



BRAHIER MAGNIN  
AVOCATS SA

## Jurisprudences récentes

Jean-Michel Brahier  
*brahier@bmlegal.ch*

1

1



## Champ d'application objectif

2

2

## Location en l'état futur



« Puis-je échapper au droit des marchés publics en concluant un contrat de bail sur un bâtiment qui n'est pas encore construit ? »

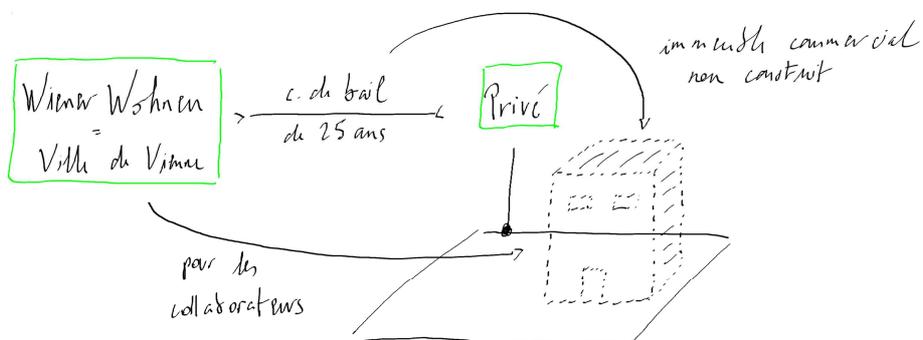
(oui, mais c'est dangereux)

**CJUE C-537/19 (Wiener Wohnen)**

3

3

## Location en l'état futur



4

4

## Location en l'état futur

Art. 10 al. 1 let. b AIMP / LMP 2019

« Le présent accord ne s'applique pas

b. à l'acquisition, à la location ... de constructions  
[existantes] ... »

Privilège étendu en cas  
d'ouvrage non encore  
construit

5

5

## Location en l'état futur

**Privilège** si l'adjudicateur

- NE **définit** PAS les caractéristiques de l'ouvrage ou
- N'exerce PAS une **influence déterminante** sur la conception (architecturale) de celui-ci
- NE formule PAS des demandes (spéciales ou importantes) concernant les **aménagement intérieurs**
- Ne demande PAS des **spécifications** qui vont au-delà des exigences habituelles d'un locataire

**Sinon: Pas de privilège (donc marchés publics)**

6

6

## Location en l'état futur

### En conséquence

« Puis-je vraiment commander un bâtiment à un partenaire privé et le lui louer par la suite sans passer les marchés publics, si je respecte ces conditions ? »

(non, la CJUE ne va pas si loin !)

**Pas de privilège** si l'activité de construction **débute suite à une initiative** de l'adjudicateur

7

7

## Location en l'état futur

Immeubles conçus avant, pour des bureaux classiques, flexibles

Durée de 25 ans

Planification du projet

Conclusion du contrat de bail

Permis de construire

Contrôle en cours d'exécution



Choix du site effectué par la Ville

Exigences de normes et standards

Début des travaux

Pas d'influence sur la conception / sur la planification  
Pas de modification substantielle de la planification

8

8



## Organisation de la procédure

9

9

## Gré à gré

« Est-ce que je peux acquérir de gré à gré une nouvelle balayeuse électrique qui n'existe pas encore sur le marché ? »

(non, ce n'est pas un prototype)

**TC BE 100.2020.399U**

10

10

## Gré à gré

Art. 21 al. 2 let. f AIMP / LMP 2019

« *L'adjudicateur peut adjuger un marché de gré à gré ... s'il achète de nouvelles marchandises (prototypes) ... qui ont été produites à sa demande dans le cadre d'un marché de recherche, d'expérimentation... »*

11

11

## Gré à gré

### **Invoquer la clause du gré à gré**

- si l'adjudicateur a pour objectif d'acquérir les **résultats** de la recherche ou du développement  
= *des connaissances, le knowledge*

### **Pas le cas** si l'adjudicateur

- si l'adjudicateur veut acquérir une **prestation opérationnelle**, *un bien de production*
- s'il peut *décrire* la prestation recherchée

12

12



## Règlement d'appel d'offres

13

13

## Références

*« Dans le règlement d'appel d'offres, un projet « déjà réalisé », c'est un projet achevé ou non ? »*

(ça dépend de l'humeur de l'adjudicateur; et il vaut mieux se renseigner !)

**B-1511/2020 ; TAF B-255/2021 ; B-4157/2021**

14

14

## Références

Art. 27 AIMP / LMP 2019 : critères d'aptitude

*« L'adjudicateur définit ... les critères d'aptitude auxquels doivent répondre les soumissionnaires.*

*« Ils peuvent concerner en particulier l'expérience des soumissionnaires. »*

15

15

## Références

Un projet « déjà réalisé »:

- **Pour le TAF 1** : Doit être un projet **entièrement terminé** au moment du dépôt de l'offre
- **Pour le TAF 2** : peut être un projet de référence **non complètement achevé**
  - Il restait, lors du dépôt de l'offre, des prestations à effectuer

16

16

## Références

«Et une référence comparable, c'est comparable à quoi ? »

(1) C'est la **complexité des ouvrages** qui doit être comparable, et non les ouvrages entre eux

- Pour le TAF 2: Les ouvrages ne doivent **pas avoir été conçus avec la même technique** de construction

(2) La référence doit être **comparable au projet**

- Pour le TAF 3: le projet portait sur une gare; la référence devait porter sur un **chantier de gare et non un chantier de tunnel**

17

17

## Durée du marché



« Dois-je lancer un appel d'offres si j'ai déjà conclu un contrat avec une entreprise pour la collecte et l'élimination de déchets textiles ? »

(Oui, si votre contrat est de durée indéterminée. Dans ce cas, il faut rendre une nouvelle décision d'adjudication, en principe, au plus tard 5 ans après son entrée en vigueur)

**TC VD MPU.2019.0031**

18

18



## Conditions d'accès à la procédure

19

19

## Exigences minimales d'aptitude

« Mais à quel moment dois-je remplir les conditions d'aptitude ? »

(ça dépend – et il vaut mieux se renseigner)

**TF 2D\_17/2020 / TF 2D\_25/2018**

20

20

## Exigences minimales d'aptitude

Art. 27 AIMP / LMP 2019

*« L'adjudicateur définit ... les critères d'aptitude auxquels doivent répondre les soumissionnaires.*

*« Ils peuvent concerner en particulier les capacités ... techniques ... des soumissionnaires. »*

21

21

## Exigences minimales d'aptitude

Les critères d'aptitude (p. ex: des capacités techniques) doivent

- Être remplis **au moment de la « décision d'adjudication »**  
(« disposer de la pince Kinshofer »)
  - Exceptionnellement : Exister **au moment de la conclusion** du contrat si cela découle de l'appel d'offres
    - Expressément
    - **Implicitement** lorsque, sinon, la concurrence serait restreint  
(« disposer d'une fraiseuse monobloc »)
- ➔ Nécessité d'avoir une assurance correspondante du soumissionnaire

22

22

## Conformité de l'offre au cahier



« *S'il me semble que le descriptif de l'ouvrage est incomplet, devrais-je me taire ? (et je réclamerai des plus-values !)* »

(ce n'est pas une bonne idée)

**TA SG B 2021/78**

23

23

## Conformité de l'offre au cahier

Art. 44 AIMP / LMP 2019

« *L'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication si ... le soumissionnaire*

*b. remet une offre ... qui s'écarte de manière importante des exigences fixées dans l'appel d'offres »*

24

24

## Conformité de l'offre au cahier

### Descriptif de l'ouvrage

CAN 113 (choix de la variante partiellement détaillée)

- § 100: Ensemble des installations de chantier
- § 200: Dessertes de chantier
  - Article xx
  - ~~Article 212 : Pistes de chantier~~
  - ~~Article 232 : Installations de feux de circulation~~

N'y  
figuraient  
pas

Soumissionnaire **n'a pas offert** ces 2 prestations

25

25

## Conformité de l'offre au cahier

### Or:

- Prestations nécessaires pour l'ouvrage
- Soumissionnaire **conscient** de la nécessité de ces 2 articles

### Sanction:

- **Omission délibérée** de prendre en compte ces coûts  
→ **exclusion** (contraire à la BF)

### Morale :

- Ne pas faire une **lecture littérale du CAN**
  - Interpréter l'appel d'offres !
  - Ce n'est pas aux soumissionnaires d'imposer leur lecture du CAN !

26

26

## Variantes



*« Est-ce que ma variante doit respecter les spécifications techniques minimales obligatoires »*

(Oui ! Le cas échéant, clarifiez ce qui est autorisé par l'adjudicateur)

**TC Bâle-Ville VD.2020.178**

27

27

## Variantes

Art. 33 AIMP / LMP 2019

*« On entend par variante une offre qui permet d'atteindre le but du marché d'une manière différente de celle prévue par l'adjudicateur. »*

28

28

## Variantes

### Descriptif de l'ouvrage

- pantalons avec des tailles 38-58 unisexe

#### Variante du soumissionnaire

- pantalons de taille 42-66.
- La variante offrait des tailles qui ne répondait pas à ce que demandait l'adjudicateur (conditions / spécifications **minimales impératives**)
- Exclusion

29

29



## Epuration des offres

30

30

## Processus de vérification



*« N'aurait-on pas dû m'interpeller pour que je puisse corriger mon offre ? »*

(il ne faut pas trop compter dessus – et méfiez-vous de vos propres référents)

**TC ZH VB.2020.00903 / TAF B-4157/2021**

31

31

## Processus de vérification

Art. 38 AIMP / LMP 2019

*« L'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires de donner des explications sur leurs offres. Il consigne les questions posées et les réponses obtenues. »*

32

32

## Processus de vérification

CAS 1 :

Le référent figurant indique à l'adjudicateur :

- « le traitement des défauts a été difficile »
- « pas satisfait pour le critère qualité / exécution »

**Or, la recourante estime** que ces explications ne pouvaient pas la concerner

33

33

## Processus de vérification

Le pouvoir adjudicateur a le droit de **se fonder**:

- Sur les indications fournies dans les documents
- Sur les renseignements obtenus auprès des personnes mentionnées comme références
- Sauf si doutes quant à l'exactitude

Pas de droit à **s'exprimer** sur l'évaluation négative obtenue

**Dans cette affaire : Pas de droit à être interpellé**

34

34

## Processus de vérification

Cas 2:

Le rapport d'analyse de l'adjudicateur mentionne :

- « *Non-respect du jalon de mise à voie 1 (décalage de plusieurs semaines, 27.05, alors que jalon MO au 19.04), impactant* »

**Or, la recourante soutient** qu'elle a **commis une erreur de retranscription** dans le planning

35

35

## Processus de vérification

Le pouvoir adjudicateur peut **interpeller** le soumissionnaire:

- si inadvertance manifeste (not. avant de l'exclure)
- s'il a besoin d'explication pour garantir la comparabilité des offres

**Dans cette affaire: ne pas** interpeller car :

- PAS de **problème de comparabilité** des offres
- PAS possible de corriger l'offre, car PAS **erreur manifeste**

36

36



# Adjudication

37

37

## Notation



*« Dois-je recourir, car j'estime que j'aurais dû obtenir de meilleures notes et l'écart n'est que 7,8 pts sur 500 ? »*

(chacun est libre, mais a-t-on des chances ?)

**TAF B-4157/2021**

38

38

## Notation

Art. 56 AIMP / LMP 2019

*« L'opportunité d'une décision ne peut être examinée dans le cadre d'une procédure de recours. »*

39

39

## Notation

Pour les tribunaux

- *« La recourante oppose sa propre appréciation »*
- Le pouvoir adjudicateur dispose d'une **grande latitude** de jugement pour apprécier et comparer les offres
- Une telle opération suppose le plus souvent des **connaissances** techniques et repose nécessairement sur une **comparaison** des offres
- *« Il y a lieu de faire preuve d'une retenue particulière dans l'examen de la décision attaquée »*

40

40

## Révocation et recours



« **Moi, A, je n'ai pas recouru contre l'adjudication à D.**  
Sur recours de **B**, D a été exclu et le marché a été adjugé  
à B. Puis-je désormais contester l'adjudication à **B** ? »

(oui, le fait de ne pas contester une adjudication ne signifie pas que vous acceptez l'adjudication à votre autre concurrent)

**TF 2D\_27/2020**

41

41



## Délimitations

42

42

## Concessions et délégation



« L'octroi de concessions est-il toujours non-assujéti au droit des marchés publics ? »

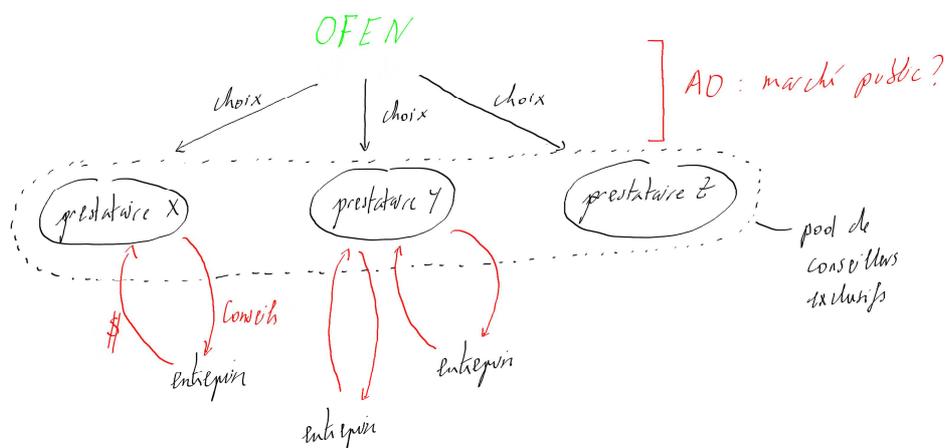
(ça dépend – et c'est compliqué)

**TAF B-2457/2020 (OFEN) / TF 2C\_759/2021**

43

43

## Concessions et délégation



44

44

## Concessions et délégation

Art. 9 AIMP / LMP 2019

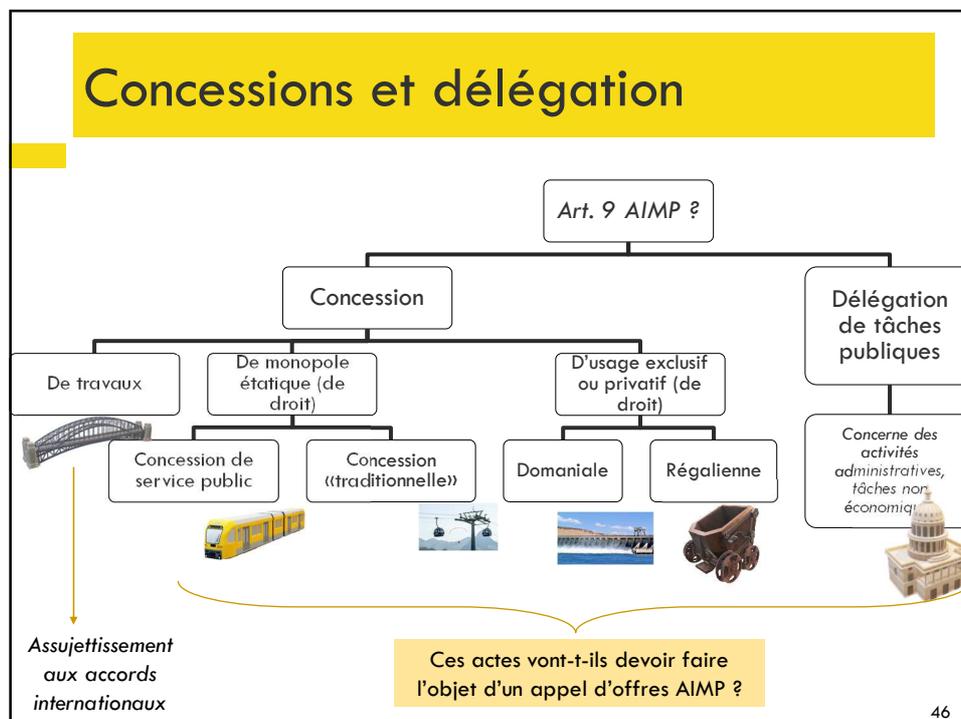
« La délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte.

*Demeurent réservées les dispositions des lois spéciales. »*

45

45

## Concessions et délégation



46

46

## Concessions et délégation

Pour le TAF, c'était un marché public

- Certes le soumissionnaire
  - déploie son activité pour des particuliers (et non pour l'OFEN)
  - est rémunéré par les particuliers (et non par l'OFEN)
- Mais:
  - Agit sur mandat de l'OFEN
  - C'est l'OFEN qui est demandeur de la prestation typique

Il s'agissait de l'**externalisation de tâches publiques**

47

47

## Concessions et délégation

Pour le TAF, c'était un marché public

- Même si le soumissionnaire
  - déploie son activité pour des particuliers (et non pour l'OFEN)
  - est rémunéré par les particuliers (et non par l'OFEN)

Remplit désormais les **conditions de 9 AIMP**

- **Commande** par l'adjudicateur
- **Acquisition de prestations** par l'adjudicateur (au bénéfice de tiers)
- **Droits spéciaux** octroyés
- Droits exercés dans l'**intérêt public**
- **Rémunération** (indirecte) par les entreprises

48

48

