

Précis de droit Stämpfli

Étienne Poltier

Droit des marchés publics

2^e édition



Stämpfli Editions

Les « marchés publics » désignent les acquisitions – travaux, fournitures ou services – auxquelles procède l'État par contrat. Sous l'impulsion du droit international, la Suisse a adopté une première législation de droit public qui a régi cette matière dès 1996 ; elle a choisi notamment, en réglant la phase de sélection du cocontractant, de traiter l'adjudication en la qualifiant de décision administrative sujette à recours. Le droit des marchés publics (au niveau international, fédéral – avec la nouvelle LMP, entrée en vigueur le 1er janvier 2021 –, intercantonal et cantonal), tout en poursuivant dans cette ligne, fait aujourd'hui peau neuve.

Cette 2e édition, entièrement revue et corrigée, présente cette mue, pour partie encore en cours. Elle évoque ainsi le nouveau régime, en insistant sur le contenu des nouvelles dispositions, tout en les reliant à l'ancien droit. Cependant, les nouvelles règles, en s'affranchissant parfois des solutions antérieures, soulèvent de nouvelles questions, nombreuses et délicates. Le présent ouvrage dresse donc un panorama à la fois du (nouveau) droit positif et des questions encore ouvertes.

Au-delà des concepts centraux, il passe en revue de manière approfondie les différentes phases de la procédure administrative (de l'appel d'offres à l'adjudication, puis le contentieux) ; il traite aussi l'étape – distincte – de la conclusion du contrat et le thème de la responsabilité du pouvoir adjudicateur à raison d'une adjudication illicite.

Étienne Poltier

Docteur en droit, professeur honoraire
de l'Université de Lausanne

Droit des marchés publics

2^e édition



Stämpfli Editions

Ce livre est protégé par le droit d'auteur. Toute forme de distribution à des tiers (à titre onéreux ou gratuit) est interdite. Le fichier contient un filigrane caché dans lequel les données de téléchargement sont stockées.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électriquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2023
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-4954-9

Dans notre librairie en ligne
www.staempflishop.com, la version suivante est également disponible :

Print ISBN 978-3-7272-3531-3

printed in
switzerland



Avant-propos

Les « marchés publics » désignent les acquisitions – travaux, fournitures ou services – auxquelles procède l'État par contrat. En Suisse et jusqu'en 1996, la commande publique – elle était bien sûr indispensable au fonctionnement de l'État – n'était pas saisie par le droit, à tout le moins par le droit public (on vise ici au premier chef le droit administratif, mais également le droit constitutionnel), et le droit privé la traitait comme un contrat de droit privé ordinaire, sans prêter attention à sa dimension « publique ». Une commune pouvait ainsi attribuer librement des travaux publics à l'entreprise de son choix, dirigée par un proche, voire par un membre de l'exécutif communal.

Sous l'impulsion de l'Organisation mondiale du commerce et de l'Accord sur les marchés publics (AMP) conclu sous son égide, il a fallu changer d'approche. Il s'agissait de conférer aux fournisseurs étrangers un accès non discriminatoire aux marchés publics des États parties ; il fallait aussi leur assurer une protection juridictionnelle. Pour mettre en œuvre ces deux exigences, la Suisse a adopté une législation de droit public régissant la phase de sélection du cocontractant, dont le point d'orgue est l'adjudication (qualifiée de décision sujette à recours). À noter que l'ouverture à la concurrence internationale profitait par contrecoup aussi aux fournisseurs internes. Schématiquement, le dispositif mis en place implique que la corporation publique est tenue d'ouvrir une procédure de marchés publics, durant laquelle l'État est frappé par une interdiction, provisoire, de contracter ; c'est l'adjudication qui lève celle-ci et autorise la conclusion du contrat.

Pour la Suisse, la naissance du droit des marchés publics coïncide ainsi avec l'année 1996 (et l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1996, de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics, puis celle d'une première version de l'accord intercantonal) ; cette date marque à cet égard une véritable rupture et l'ajout d'une nouvelle branche de droit administratif spécial à l'arbre du droit public. La matière était nouvelle et les tâtonnements nombreux, sur la notion même de marché public, par exemple ; l'objet de la première édition de cet ouvrage était donc de fournir un premier guide dans ce domaine en friche.

Un quart de siècle plus tard, le droit des marchés publics, tout en poursuivant dans la même ligne, fait peau neuve. Aux différents niveaux de la réglementation : au plan international, avec la révision de l'AMP, avec la nouvelle loi fédérale, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021 (LMP), le nouvel accord intercantonal (AIMP) – l'adhésion des cantons est un processus en cours – et au plan cantonal. Le nouveau droit ne constitue pas une révolution, mais il consacre par contre une évolution très significative : d'une certaine manière, on

peut dire que le droit (suisse) des marchés publics passe à l'âge adulte. Les deux sources principales (la LMP et l'AIMP) sont des textes désormais étoffés, beaucoup plus explicites que les versions antérieures et les solutions retenues dans la LMP et l'AIMP convergent pour l'essentiel. Il en découle une harmonisation (verticale) très poussée du droit des marchés publics entre Confédération et cantons. En outre, dès lors que l'AIMP est conçu comme un texte d'application directe, il en résulte une quasi-unification des droits cantonaux (pour autant que les cantons adhèrent au nouvel accord).

La 2^e édition du présent ouvrage, entièrement revue et corrigée, présente cette mue, pour partie encore en cours. Le nouveau droit codifie sur de nombreux points les acquis de la jurisprudence (p. ex. la notion même de « marché public » ou celle de « pouvoir adjudicateur »). Ce domaine s'en trouve désormais beaucoup mieux balisé que sous l'ancien droit ; les objectifs poursuivis restent néanmoins pour l'essentiel les mêmes, avec une nuance : ces textes tendent à assurer à la fois une ouverture des marchés publics à la concurrence et une meilleure gestion des deniers publics, mais le nouveau droit y ajoute les préoccupations du développement durable. La nouvelle loi fédérale consacre aussi un régime de protection juridique un peu élargi.

Cette 2^e édition présente ainsi le nouveau régime, en insistant sur le contenu des nouvelles dispositions, tout en les reliant à l'ancien droit et aux solutions dégagées précédemment par la jurisprudence. Cependant, les nouvelles règles se sont parfois largement affranchies des solutions antérieures (p. ex., l'extension de ce droit aux délégations de tâches publiques et à certaines concessions ; la négociation des offres) et elles soulèvent naturellement de nouvelles questions, nombreuses et délicates. Le présent ouvrage dresse ainsi, sans ambition d'exhaustivité, un large panorama à la fois du (nouveau) droit positif et des questions encore ouvertes. Au-delà des concepts centraux (champs d'application objectif et subjectif), il passe en revue de manière approfondie les différentes phases de la procédure administrative (de l'appel d'offres à l'adjudication, puis le contentieux) ; il traite aussi l'étape – distincte – de la conclusion du contrat et le thème de la responsabilité du pouvoir adjudicateur à raison d'une adjudication illicite.

Le processus de révision que l'on vient d'évoquer s'est étendu sur une longue période (on rappelle que l'AMP révisé date de 2012 !). Cette 2^e édition marque la fin d'un chantier, qui a connu lui aussi une certaine lenteur, propice à de premières réflexions sur les nouveaux textes ; dans ce cadre,

les échanges avec les spécialistes du domaine ont été très précieux. Je tiens à exprimer ici une reconnaissance toute particulière à mon collègue Martin BEYELER, professeur à l'Université de Fribourg, en lien avec les nombreuses discussions que nous avons eues, riches de questions, de réponses et de perspectives nouvelles autour du thème des marchés publics. Mes remerciements vont également à M^e Olivier RODONDI, avocat à Lausanne.

ÉTIENNE POLTIER

Les sources ont été prises en compte dans leur état au 31 mars 2023.

Sommaire

Avant-propos	V
Table des matières	XI
Table des abréviations.....	XXVII
Table des lois citées	XXXI
Bibliographie.....	XXXV
1. Éléments introductifs	1
2. Le champ d’application personnel du droit des marchés publics : les pouvoirs adjudicateurs ; les soumissionnaires	43
3. Le champ d’application objectif.....	109
4. La procédure de soumission	233
5. La protection juridique en matière de marchés publics.....	357
6. Droit des marchés publics et contrats.....	441
7. La responsabilité de l’État en droit des marchés publics.....	481
8. Marchés publics : points de contact avec des législations voisines.....	515
Index	529

Table des matières

Avant-propos	V
Sommaire	IX
Table des abréviations	XXVII
Table des lois citées	XXXI
Bibliographie	XXXV
1. Éléments introductifs	1
1.1 Historique	1
<i>1.1.1 Avant l'adoption des législations sur les marchés publics</i>	1
1.1.1.1 Les acquisitions de l'État : une activité auxiliaire.....	1
1.1.1.2 Les (premières) ordonnances sur les soumissions	2
1.1.1.3 Le choix du cocontractant, un acte interne	3
1.1.1.4 Les défauts de ce régime	3
<i>1.1.2 Les accords passés sous l'égide de l'OMC : les AMP 1994 et 2012</i>	4
1.1.2.1 Le changement de perspective résultant de l'accord AMP 1994	4
1.1.2.2 Les solutions adoptées en Suisse pour la mise en œuvre de l'AMP 1994	5
1.1.2.3 L'AMP révisé (AMP 2012).....	6
1.1.2.4 La mise en œuvre en Suisse de l'AMP 2012.....	6
<i>1.1.3 Le droit des marchés publics – un modèle à suivre ?</i>	7
1.1.3.1 L'État et le recours à des formes de droit privé..	7
1.1.3.2 Retour au droit des marchés publics.....	9
1.2 Les sources	10
<i>1.2.1 Le droit international</i>	11
1.2.1.1 L'AMP 1994 ; l'AMP 2012	11
1.2.1.2 L'accord bilatéral avec la Communauté européenne	13
1.2.1.3 Autres accords internationaux	15
<i>1.2.2 Le droit fédéral</i>	16
1.2.2.1 Le régime applicable aux marchés publics fédéraux	16
a. La LMP et l'OMP (dans leurs versions successives)	16
b. Règles complémentaires (<i>pro memoria</i>).....	18

1.2.2.2	Les marchés cantonaux : art. 5 et 9 LMI	20
1.2.2.3	Législations complémentaires (<i>pro memoria</i>) ...	21
1.2.3	<i>Le droit intercantonal : l'AIMP dans ses versions de 1994 et 2019</i>	22
1.2.4	<i>Les législations cantonales</i>	24
1.2.5	<i>Aperçu des sources du droit de l'Union européenne</i>	26
1.3	Les marchés publics dans l'ordre juridique (et constitutionnel) suisse	28
1.3.1	<i>L'accès des fournisseurs étrangers aux marchés publics de la Suisse</i>	29
1.3.2	<i>Le régime applicable au marché intérieur</i>	30
1.3.3	<i>La répartition des compétences en matière de marchés publics</i>	32
1.3.4	<i>Les traits essentiels du droit des marchés publics. Autonomie privée de l'État ?</i>	34
1.4	Enjeux économiques	35
1.5	Le marché public et ses acteurs	38
1.6	Plan de l'ouvrage	41
2.	Le champ d'application personnel du droit des marchés publics : les pouvoirs adjudicateurs ; les soumissionnaires	43
2.1	Introduction	43
2.2	Une entité étatique ; un rattachement à la collectivité publique	44
2.2.1	<i>L'approche organique : l'administration, organisation étatique</i>	46
2.2.2	<i>L'approche fonctionnelle : l'administration, activité ou tâche publique</i>	48
2.2.3	<i>La coopération entre sujets de droit public ou avec des tiers</i>	50
2.2.3.1	Les structures regroupant des acteurs publics ...	51
2.2.3.2	La coopération entre entités assujetties et organismes de droit privé non soumis ; « les partenariats publics-privés » (PPP)	53
2.3	Rappel de quelques distinctions	54
2.3.1	<i>La distinction entre marchés soumis ou non soumis aux accords internationaux</i>	54
2.3.2	<i>Marchés fédéraux ; marchés cantonaux et communaux</i> ...	56
2.4	Un aperçu des solutions du droit de l'Union	57
2.4.1	<i>En particulier, les organismes de droit public</i>	58
2.4.2	<i>Les secteurs</i>	62
2.4.3	<i>Les marchés subventionnés</i>	65

2.5	Les marchés fédéraux	66
2.5.1	<i>Remarques liminaires</i>	66
2.5.2	<i>Les engagements internationaux de la Suisse</i>	67
2.5.2.1	L'accord AMP 2012 et ses annexes 1 et 3.....	67
2.5.2.2	L'accord bilatéral Suisse-CE.....	68
2.5.2.3	Mise en œuvre interne de ces engagements.....	69
	a. Administration centrale/décentralisée (art. 4 I LMP ; annexe 1 AMP).....	70
	b. Les secteurs (art. 4 II et III LMP ; annexe 3 AMP).....	73
	c. Les marchés conclus par un représentant (art. 4 IV LMP).....	75
2.5.3	<i>La coopération entre entités soumises au droit fédéral et entités relevant du droit cantonal</i>	76
2.6	Les marchés cantonaux	78
2.6.1	<i>Les marchés soumis aux accords internationaux</i>	78
2.6.1.1	L'accord AMP.....	78
	a. Les marchés relevant du régime général (annexe 2 à l'AMP)	78
	b. Les marchés relevant des secteurs (annexe 3 à l'AMP)	81
2.6.1.2	L'accord bilatéral avec la Communauté européenne	83
2.6.1.3	La mise en œuvre en droit interne de ces engagements internationaux	85
	a. L'administration centrale.....	86
	b. Les organismes de droit public – l'administration décentralisée.....	87
	c. Les entreprises publiques – les entités de droit privé bénéficiaires de droits exclusifs ou spéciaux	92
2.6.2	<i>Les marchés non soumis aux accords internationaux</i>	95
2.6.2.1	Généralités.....	95
2.6.2.2	L'art. 4 IV/a AIMP 2019.....	97
2.6.2.3	Le cas des projets subventionnés (4 IV/b AIMP 2019).....	99
2.6.3	<i>Les coopérations régies par le droit cantonal</i>	102
2.6.3.1	La coopération entre cantons ou entre cantons et autres entités assujetties au droit cantonal	102
2.6.3.2	La coopération entre collectivités publiques et partenaires privés (PPP)	103
2.7	Appréciation	104
2.8	Les soumissionnaires (art. 6 LMP/AIMP 2019)	104

3. Le champ d'application objectif	109
3.1 Généralités	109
3.1.1 <i>Les marchés publics : les grandes lignes de la notion</i>	109
3.1.1.1 Absence de définition sous l'empire de l'ancien droit	109
3.1.1.2 Les définitions de la LMP/AIMP 2019	111
3.1.1.3 Les éléments essentiels d'un marché public.....	111
3.1.1.4 Casuistique	112
a. Quelques cas simples.....	112
b. Configurations complexes	113
3.1.2 <i>Schéma de présentation</i>	113
3.2 Analyse de la notion de marché public	114
3.2.1 <i>Un contrat passé à titre onéreux ; les éléments de ce contrat</i>	115
3.2.1.1 Un acte bilatéral	116
3.2.1.2 Le caractère onéreux du contrat	119
a. Les contrats complexes	120
b. L'opérateur privé poursuit un objectif commercial dans le cadre du marché	122
aa. L'opérateur privé fournit sa prestation à titre gratuit	123
bb. La prestation publique est fournie sans contrepartie ou sans contrepartie équivalente	125
cc. Le contrat est conclu entre deux ou plusieurs collectivités publiques (voire avec d'autres entités publiques) ..	126
c. La prestation caractéristique est fournie par l'opérateur privé	127
d. La prestation caractéristique présente un intérêt pour l'État : quelle est la nature de cet intérêt ?.....	128
3.2.2 <i>Quelques catégories de contrats qui ne sont pas des marchés publics</i>	132
3.2.2.1 Les contrats d'aliénation conclus par l'État	133
3.2.2.2 La création d'une société ne constitue pas un marché public	134
a. Le principe.....	134
b. L'exception (dont la portée est large)	134
3.2.3 <i>Opérations analogues à des marchés publics (art. 9 LMP/AIMP 2019) ; délégations de tâches publiques et concessions</i>	136
3.2.3.1 Les délégations de tâches publiques	139
a. La notion de tâche publique.....	139

	b.	La délégation de tâches publiques. Notion ; délimitations	141
	aa.	Les auxiliaires	141
	bb.	La délégation de tâches publiques	143
	c.	Délégation de tâches publiques, au sens de l'art. 9 LMP/AIMP 2019.....	145
	d.	Les délégations saisies par des lois spéciales (art. 9, 2 ^e phr. LMP/AIMP 2019).....	147
	aa.	Généralités.....	147
	bb.	Les délégations régies par la LSu	148
3.2.3.2		Les concessions	149
	a.	Généralités	150
	b.	Terminologie	151
	aa.	Aperçu du droit de l'UE	151
	bb.	Le concept de concession en droit suisse	154
	c.	Les concessions régies par l'art. 9 LMP/AIMP 2019	155
	d.	Une parenthèse : les concessions qui ne relèvent pas de l'art. 9 LMP/AIMP 2019 ; l'art. 2 VII LMI.....	157
	aa.	Les concessions régies par les lois spéciales	157
	bb.	Les concessions cantonales (ne) relevant (que) de l'art. 2 VII LMI	159
3.2.3.3		Synthèse : la distinction entre les marchés publics au sens étroit (art. 8 I) et les opérations relevant de l'art. 9 LMP/AIMP 2019	161
	a.	Les points communs	162
	b.	Critères de distinction	164
	aa.	Marchés publics et délégations.....	164
	bb.	Marchés publics et concessions.....	166
	cc.	Les opérations complexes	169
3.2.3.4		Le régime applicable dans le cadre des opérations visées à l'art. 9 LMP/AIMP.....	170
3.2.4		<i>Délimitations. La coopération entre entités assujetties et organismes de droit privé non soumis ; « les partenariats publics-privés » (PPP).....</i>	171
	3.2.4.1	Remarques liminaires	171
	3.2.4.2	Examen de quelques modèles de PPP	172
	a.	Le modèle <i>Build-operate-transfer</i> (BOT).....	173
	b.	La privatisation d'activités précédemment publiques.....	174
	c.	Projets d'ouvrages réalisés en commun avec le partenaire privé.....	175

	d. Les PPP institutionnalisés (sociétés d'économie mixte).....	175
3.2.5	<i>La coopération au sein du secteur public : une exception spécifique (art. 10 III/b-d LMP ; art. 10 II/b-d AIMP 2019) ; les marchés in house, quasi in house et in state</i>	176
3.2.5.1	Les marchés <i>in house</i> (art. 10 III/c LMP ; art. 10 II/c AIMP 2019).....	177
3.2.5.2	Les marchés quasi <i>in house</i> (art. 10 III/d LMP ; art. 10 II/d AIMP 2019).....	179
	a. L'exigence d'un contrôle exercé sur le fournisseur	180
	b. L'exigence d'une activité exercée au profit du pouvoir adjudicateur	182
3.2.5.3	Les marchés <i>in state</i> (art. 10 III/b LMP ; art. 10 II/b AIMP 2019).....	183
3.2.5.4	Exceptions similaires.....	186
3.3	Catégories de marchés – les valeurs seuils	188
3.3.1	<i>Introduction</i>	188
3.3.2	<i>Classification des marchés</i>	189
3.3.2.1	Les marchés de fournitures.....	189
3.3.2.2	Les marchés de travaux	191
3.3.2.3	Les marchés de services	191
3.3.2.4	Les marchés combinés (art. II : 2 AMP)	192
3.3.3	<i>Les valeurs seuils</i>	194
3.3.3.1	Introduction	194
	a. Le mécanisme des valeurs seuils	194
	b. L'application du mécanisme	197
3.3.3.2	La valeur d'un marché (marché de fournitures et de services)	199
3.3.3.3	Les marchés de travaux : la valeur de l'ouvrage (immobilier) pris dans sa globalité	200
3.3.4	<i>La loi applicable</i>	202
3.3.4.1	Introduction ; critère de rattachement.....	202
3.3.4.2	Les marchés publics « fédéraux »	203
3.3.4.3	Les marchés publics « cantonaux » et « communaux »	204
3.3.4.4	Les coopérations.....	206
	a. Avec une entité de la Confédération.....	207
	b. Coopérations impliquant des entités cantonales et communales relevant de plusieurs cantons.....	208
	aa. Les formes contractuelles	208
	bb. Les formes institutionnelles.....	209

3.4	Le droit des marchés publics prévoit différents régimes	209
3.4.1	<i>Les marchés internationaux.....</i>	211
3.4.1.1	Le régime ordinaire	212
3.4.1.2	L’admissibilité de la procédure de gré à gré en présence de circonstances exceptionnelles	213
3.4.2	<i>Les marchés non soumis aux traités internationaux (ou marchés internes).....</i>	213
3.4.2.1	Généralités.....	213
3.4.2.2	Marchés fédéraux ; marchés cantonaux.....	214
3.4.2.3	Les marchés internes soumis à une procédure de mise en concurrence	217
3.4.2.4	Application partielle du droit des marchés publics	219
a.	La procédure sur invitation	219
b.	La procédure (ordinaire) de gré à gré	221
c.	Assujettissement spontané à des règles de procédure plus favorables à la concurrence .	221
d.	Gré à gré exceptionnel	223
3.5	Les exceptions	224
3.5.1	<i>Les sources.....</i>	224
3.5.2	<i>Les pseudo-exceptions.....</i>	225
3.5.3	<i>Les exceptions liées aux finalités de concurrence.....</i>	225
3.5.4	<i>Les exceptions in house, quasi in house et in state (pro memoria)</i>	229
3.5.5	<i>Prestations de service exclues.....</i>	229
3.5.6	<i>Autres exceptions</i>	230
4.	La procédure de soumission	233
4.1	Les principes ; les principes de non-discrimination et de transparence.....	234
4.1.1	<i>Généralités.....</i>	234
4.1.2	<i>Le principe de transparence.....</i>	236
4.1.2.1	La publication d’un avis de marché.....	237
4.1.2.2	Les conditions applicables à un marché donné...	238
4.1.2.3	Le respect des règles posées préalablement tout au long de la procédure	239
4.1.2.4	Sanctions de la violation de ce principe	240
4.1.3	<i>Le principe de non-discrimination</i>	240
4.1.4	<i>Autres objectifs et principes.....</i>	243
4.2	Les catégories de procédure. Généralités	244
4.2.1	<i>Remarques liminaires</i>	244
4.2.2	<i>Les procédures comportant une mise en concurrence pleine et entière.....</i>	247
4.2.2.1	Les procédures ouvertes et sélectives (renvoi) ...	247

4.2.2.2	Les procédures de concours et de mandats d'études parallèles	249
4.3	La procédure ouverte	251
4.3.1	<i>Survot</i>	251
4.3.2	<i>La préparation de l'appel d'offres</i>	252
4.3.2.1	La liberté du pouvoir adjudicateur dans la définition du marché.....	252
4.3.2.2	Le problème de la préimplication (art. 14 LMP/AIMP 2019).....	255
4.3.3	<i>Les conditions de participation au marché</i> (art. 26 LMP/AIMP 2019).....	257
4.3.3.1	Conditions générales	257
4.3.3.2	La protection de l'environnement	258
4.3.3.3	Les conditions sociales et de travail	259
4.3.4	<i>L'appel d'offres et les documents d'appel d'offres</i>	261
4.3.4.1	Les processus de communication d'informations du pouvoir adjudicateur aux soumissionnaires... ..	261
4.3.4.2	Le contenu de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres (art. 35 et 36 LMP/AIMP 2019)	262
a.	Remarques liminaires	262
b.	La description du marché.....	264
aa.	Le régime ordinaire	265
bb.	Alternatives à la définition précise de l'objet du marché	265
c.	Le cercle des soumissionnaires.....	268
aa.	Les critères (éliminatoires) d'aptitude (art. 27 LMP/AIMP 2019).....	269
bb.	Les listes permanentes (art. 28 LMP/AIMP 2019).....	271
cc.	Les communautés de soumissionnaires et sous-traitants (art. 31 LMP/AIMP 2019).....	272
d.	Les spécifications techniques (art. 30 LMP/AIMP 2019)	274
e.	Lots, prestations partielles (art. 32 LMP/AIMP 2019)	276
f.	Variantes (art. 33 LMP/AIMP 2019).....	278
aa.	La notion de variante ; l'admissibilité de principe des variantes	278
bb.	Les exigences de forme applicables aux variantes.....	279
cc.	Les règles matérielles applicables aux variantes.....	280

	g. Les critères d'adjudication (art. 29 III LMP/AIMP 2019).....	281
	h. Les informations relatives au déroulement de la procédure	283
	i. Informations complémentaires	284
4.3.5	<i>L'ouverture des offres</i>	285
4.3.6	<i>Analyse, épuration, exclusion, modification des offres</i>	286
4.3.6.1	Généralités.....	286
4.3.6.2	L'exclusion de soumissionnaires ou d'offres irrégulières.....	287
	a. Remarques liminaires	287
	b. Le respect par les soumissionnaires des conditions de participation et des règles de la loyauté commerciale	290
	c. Exigences minimales d'aptitude	291
	d. La conformité des offres aux exigences posées	293
	e. La conformité des offres aux exigences posées : plus spécifiquement, les conditions de forme	294
	aa. Remarques liminaires	294
	bb. Le respect du délai fixé pour le dépôt des offres	296
	cc. Offres en la forme écrite ; l'exigence de signature	296
	dd. La production par le soumissionnaire d'un dossier incomplet	297
	f. Motifs d'exclusion divers	298
4.3.6.3	L'épuration des offres	300
	a. Examen préliminaire des offres	301
	b. La modification du marché ou des offres	302
	aa. Le formalisme du droit des marchés publics	302
	bb. La modification du marché : généralités	303
	cc. Négociations techniques (art. 39 LMP/AIMP 2019).....	306
4.3.7	<i>L'adjudication</i>	308
4.3.7.1	Généralités.....	308
4.3.7.2	Les prestations standardisées (art. 29 IV LMP/AIMP 2019).....	310
4.3.7.3	Les critères d'aptitude et d'adjudication	311
	a. Remarques liminaires ; notions.....	311
	b. Les critères d'aptitude (art. 27 LMP/AIMP 2019).....	313

	c. Les critères d’adjudication.....	314
	aa. Les critères énoncés par les textes légaux (art. 29 I LMP/AIMP 2019).....	315
	bb. Le critère du prix	317
	cc. Critères marquant une préférence locale	319
	dd. Les critères environnementaux.....	321
	ee. Les critères sociaux	322
	d. La pondération des critères ; l’échelle de notation	325
	aa. La pondération des critères.....	325
	bb. L’échelle de notation	327
	e. Les procédures spéciales.....	327
	f. L’évaluation des offres et la décision d’adjudication (art. 40 et 41 LMP/AIMP 2019).....	329
4.3.8	<i>Les « accidents » pouvant émailler la procédure d’adjudication.....</i>	330
4.3.8.1	Généralités.....	330
4.3.8.2	L’interruption de la procédure (art. 43 LMP/AIMP 2019).....	331
	a. L’interruption définitive (art. 43 I/a LMP/AIMP 2019).....	333
	b. Les cas d’interruption provisoire	334
4.3.8.3	La révocation/la modification de la décision d’adjudication.....	337
	a. Les motifs de révocation.....	340
	b. La pesée des intérêts	341
	c. Les conséquences de la révocation	342
	d. La décision de révocation et les voies de recours.....	343
4.3.8.4	Mesures administratives prises à l’encontre de pouvoirs adjudicateurs, spécialement des entités subventionnées (art. 45 IV et V AIMP) ..	344
4.3.8.5	Les sanctions du droit des marchés publics (art. 45 I-III LMP/AIMP 2019)	345
	a. L’art. 45 I LMP/AIMP 2019. Les différentes sanctions prévues	346
	aa. Généralités.....	346
	bb. L’avertissement ; l’exclusion des marchés publics futurs.....	349
	cc. L’amende.....	351
	dd. L’inscription sur une liste officielle (non publique) des mesures d’exclusion (art. 45 III LMP/AIMP 2019).....	352

	b. Les sanctions prévues par d'autres textes	353
	c. L'entraide administrative.....	355
5.	La protection juridique en matière de marchés publics.....	357
5.1	Introduction – historique	357
5.1.1	<i>La situation antérieure : absence de voies de recours.....</i>	357
5.1.2	<i>L'adhésion à l'AMP et l'évolution subséquente.....</i>	358
5.1.3	<i>Les grands axes du système.....</i>	360
5.1.3.1	Contentieux de droit public par voie de recours ...	360
	a. La voie du recours	361
	b. L'acte attaquant : la décision (au sens formel) d'adjudication	362
	c. Les effets de l'adjudication (décision au sens matériel)	362
	d. Au préalable, une procédure administrative non contentieuse	365
5.1.3.2	Les moments critiques de la procédure (pré)contentieuse	366
	a. Effets juridiques de l'adjudication : en particulier l'autorisation de conclure le contrat	367
	aa. Entre la notification de l'adjudication et le dépôt d'un recours	367
	bb. Dès le dépôt d'un recours, avant décision sur effet suspensif	369
	cc. Le refus ou l'octroi de l'effet suspensif.	369
	dd. La décision sur le fond	369
	b. Adjudication et contrat	370
	c. Annulation de l'adjudication et responsabilité du pouvoir adjudicateur	371
5.1.4	<i>Plan.....</i>	371
5.2	Procédure (administrative) non contentieuse	372
5.2.1	<i>Généralités.....</i>	373
5.2.2	<i>Droit d'être entendu, droit à la consultation du dossier et confidentialité des offres.....</i>	374
5.2.3	<i>Notification</i>	376
5.2.4	<i>La motivation sommaire de la décision.....</i>	377
5.3	La procédure de recours	379
5.3.1	<i>Généralités.....</i>	379
5.3.2	<i>Autorité de recours.....</i>	380
5.3.2.1	Les marchés fédéraux	380
5.3.2.2	Les marchés cantonaux	381
5.3.3	<i>Les actes attaquables</i>	382
5.3.3.1	Généralités (art. 53 I LMP/AIMP 2019)	382
5.3.3.2	Les marchés fédéraux (art. 52 LMP).....	385

5.3.3.3	Les marchés cantonaux (art. 52 AIMP 2019 et 9 II LMI).....	386
5.3.4	<i>La qualité pour recourir</i>	388
5.3.4.1	Généralités.....	388
	a. Remarques liminaires	388
	b. L'intérêt digne de protection.....	390
5.3.4.2	Droit des marchés publics et intérêt digne de protection.....	391
	a. Généralités	391
	b. L'adjudication.....	392
	c. Le gré à gré exceptionnel (art. 56 IV LMP/ V AIMP 2019)	395
	d. La légitimation à recourir des tiers	397
	e. La qualité pour recourir des soumissionnaires évincés dans la LMI.....	398
	f. La qualité pour recourir des soumissionnaires étrangers.....	398
	g. La qualité pour recourir des autorités et des collectivités publiques	399
	h. Les parties à la procédure de recours	401
5.3.5	<i>Règles de forme</i>	401
5.3.6	<i>Les motifs de recours ; le pouvoir d'examen de l'autorité de recours</i>	402
5.3.7	<i>Le régime de l'effet suspensif</i>	405
	5.3.7.1 Généralités.....	405
	5.3.7.2 Les critères d'octroi de l'effet suspensif.....	408
5.3.8	<i>Le droit à la consultation du dossier (art. 57 II LMP/AIMP 2019)</i>	409
5.3.9	<i>La décision sur recours</i>	414
	5.3.9.1 Cassation, réforme.....	416
	a. Annulation ou réforme de la décision : les effets du jugement sur recours.....	417
	b. L'annulation de la décision par l'autorité de recours, assortie ou non d'instructions	421
	5.3.9.2 Constatation de l'illicéité (<i>pro memoria</i>)	423
5.4	Les recours au Tribunal fédéral	424
5.4.1	<i>Généralités</i>	424
5.4.2	<i>Le recours en matière de droit public</i>	425
	5.4.2.1 Les actes attaquables	425
	a. Décisions finales, décisions incidentes. L'adjudication.....	427
	b. Les valeurs seuils.....	429
	c. L'exigence d'une question juridique de principe	430
	d. Conséquences de l'irrecevabilité du recours... ..	432

5.4.2.2	La qualité pour recourir	432
5.4.2.3	Les motifs de recours	433
5.4.2.4	Les règles de procédure.....	436
5.4.3	<i>Le recours constitutionnel subsidiaire</i>	438
5.4.3.1	Généralités.....	438
5.4.3.2	La qualité pour recourir – les motifs de recours ...	438
6.	Droit des marchés publics et contrats	441
6.1	Introduction	441
6.1.1	<i>Généralités</i>	441
6.1.2	<i>L'État et la liberté de contracter, au regard du droit constitutionnel</i>	441
6.1.3	<i>Schéma de présentation</i>	443
6.2	La portée respective du droit des marchés publics et du droit privé des contrats	444
6.2.1	<i>Le problème</i>	444
6.2.2	<i>Le droit (public) des marchés publics</i>	445
6.2.3	<i>Le droit privé des contrats</i>	445
6.2.4	<i>Les relations entre ces deux corps de règles ; quelques illustrations</i>	446
6.3	Le droit des marchés publics laisse à l'État une liberté de contracter étroitement surveillée	447
6.3.1	<i>Le préalable au contrat : l'ouverture et l'aboutissement d'une procédure de marchés publics</i>	448
6.3.2	<i>À quel moment l'autorisation de contracter déploie-t-elle ses effets ?</i>	449
6.3.2.1	Généralités.....	449
6.3.2.2	La première phase : le régime du <i>standstill</i>	449
6.3.2.3	La seconde phase, en cas de dépôt d'un recours ; l'effet suspensif	450
6.4	Le contrat subséquent ; contenu et exécution	452
6.4.1	<i>Le contenu du contrat</i>	452
6.4.2	<i>La modification ultérieure du contrat</i>	454
6.5	La violation des règles du droit des marchés publics et la validité du contrat de droit privé	456
6.5.1	<i>Quelques configurations typiques</i>	459
6.5.2	<i>Le spectre des solutions envisageables</i>	462
6.5.2.1	Intangibilité du contrat, malgré l'illicéité de l'adjudication.....	462
6.5.2.2	Nullité, invalidité, voire inexistence du contrat..	464
6.5.2.3	Sanction prononcée par le juge de l'adjudication.....	469
a.	Remarques liminaires	469

	b. Le pouvoir de décision du juge de l'adjudication	470
	c. Exécution du dispositif	473
6.5.2.4	Appréciation	474
6.5.2.5	Adjudications viciées par le fait de l'adjudicataire	475
6.6	Le contrat subséquent relève du droit public	477
6.6.1	<i>Les contrats régis par l'art. 9 LMP/AIMP 2019</i>	477
6.6.2	<i>Les contrats régis par l'art. 2 VII LMI</i>	479
7.	La responsabilité de l'État en droit des marchés publics	481
7.1	Introduction	481
7.1.1	<i>Généralités</i>	481
7.1.2	<i>Les sources</i>	483
7.2	Le régime spécial de responsabilité découlant de l'art. 58 LMP/AIMP	484
7.2.1	<i>Le caractère subsidiaire de cette responsabilité (Sekundärrechtsschutz)</i>	484
7.2.1.1	La responsabilité de l'État à raison de décisions	484
7.2.1.2	L'adjudication, en tant que décision sujette à recours	486
7.2.1.3	Compétence et procédure dans le nouveau régime	487
7.2.1.4	Champ d'application de ce régime spécial	491
7.2.2	<i>Le régime de cette responsabilité spéciale</i>	493
7.2.2.1	<i>Généralités</i>	493
7.2.2.2	<i>L'exigence de l'illicéité</i>	493
7.2.2.3	<i>Le dommage</i>	494
7.2.2.4	<i>Le lien de causalité</i>	495
7.2.2.5	<i>Procédure</i>	497
7.3	Autres fondements à la responsabilité de l'État	498
7.3.1	<i>La responsabilité spéciale exclut-elle d'autres fondements à la responsabilité de l'État en matière de marchés publics ?</i>	498
7.3.2	<i>Fondement de droit privé à une responsabilité plus large de l'État ?</i>	500
7.3.2.1	La responsabilité précontractuelle en droit privé ..	500
7.3.2.2	La responsabilité fondée sur la confiance	501
7.3.2.3	Application d'une responsabilité précontractuelle de droit privé en matière de marchés publics	502
a.	La thèse de BEYELER	503
b.	Critique	504

7.3.3	<i>Une telle responsabilité plus étendue de l'État repose sur un fondement de droit public</i>	506
7.3.3.1	La responsabilité fondée sur la confiance en droit public.....	506
7.3.3.2	La responsabilité fondée sur la confiance en matière de marchés publics.....	508
7.3.3.3	Illustrations.....	510
7.4	Responsabilité de droit privé	511
7.5	Appréciation	513
8.	Marchés publics : points de contact avec des législations voisines	515
8.1	Quelques situations de fait typiques (droit de la concurrence).	516
8.1.1	<i>Les offres concertées</i>	516
8.1.2	<i>Le(s) soumissionnaire(s) en position dominante</i>	517
8.1.3	<i>Le pouvoir adjudicateur considéré comme entreprise en position dominante</i>	519
8.1.4	<i>Autres comportements critiquables du pouvoir adjudicateur</i>	519
8.1.5	<i>Constat intermédiaire</i>	520
8.2	Les différentes sanctions prévues	522
8.2.1	<i>Le droit des marchés publics</i>	523
8.2.2	<i>Le droit des cartels</i>	525
Index	529

Table des abréviations

a	Suivi de l'abréviation d'une loi : désigne l'ancienne loi
AELE	Association européenne de libre-échange
AiMP	Autorité intercantonale des marchés publics
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
act.	actuellement
AF	Assemblée fédérale
aff.	affaire
AG	Argovie
AG	Aktiengesellschaft
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
al.	alinéa
art.	article
ASDPO	Association suisse du droit public de l'organisation
ASPAN	Association suisse pour l'aménagement national
ATA	Arrêt du Tribunal administratif (GE)
ATAF	Arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse ; recueil officiel
BE	Berne
BEZ	Baurechtsentscheide Kanton Zürich
BLS	Berner Alpenbahngesellschaft (Bern–Lötschberg–Simplon)
BLV	Base législative vaudoise
BO-CE	Bulletin officiel du Conseil des États
BO-CN	Bulletin officiel du Conseil national
BOT	Build-operate-transfer
BSK	Basler Kommentar
c.	considérant
CE	Communauté européenne
CEE	Communauté économique européenne
CF	Conseil fédéral
CFE	Chemins de fer fédéraux suisses
CFM	Commission fédérale de recours en matière de marchés publics
CFR	Commission fédérale de recours
ch.	chiffre

Table des abréviations

CHF	franc suisse
CJ	Cour de justice des communautés européennes/de l'Union européenne
COM	Commission européenne
Comco	Commission de la concurrence
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Classification centrale des produits
CPV	Common procurement vocabulary
CR	Commentaire romand
DC	Revue Droit de la construction
DDPS	Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
DFE	Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DFER)
DPC	Droit et politique de la concurrence en pratique
DTS	Droits de tirages spéciaux
ECA	Établissement cantonal d'assurances (VD)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
et al.	et alii (et les autres)
EET	Secteurs eau, électricité et transports
EG	Communauté européenne (abréviation allemande)
EPFZ	École polytechnique fédérale de Zurich
EU	Union européenne (abréviation anglaise)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FAO	Feuille des avis officiels du canton de Vaud
FF	Feuille fédérale
FR	Fribourg
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GE	Genève
GFM	Chemins de fer Gruyère-Fribourg-Morat (act. Transports publics fribourgeois)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Allemagne)

HUG	Hôpitaux universitaires genevois
ibid.	ibidem
id.	idem
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAB ou BVR	Jurisprudence administrative bernoise
JOCE ou JO	Journal officiel des Communautés européennes
JU	Jura
LF	Loi fédérale
Mess-2 GATT	Message relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay)
Mess- Accords Sectoriels	Message du Conseil fédéral concernant les accords sectoriels entre la Confédération suisse d'une part et, d'autre part, la Communauté européenne ainsi que, le cas échéant, ses États membres ou la Communauté européenne de l'énergie atomique (FF 1999 5440)
Mess-rév LMI	Message du Conseil fédéral du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur
N	Numéro
ndbp	note de bas de page
NE	Neuchâtel
O	ordonnance
NW	Nidwald
OFJ	Office fédéral de la justice
OG	Obergericht
OMC	Organisation mondiale du commerce
p.	page
phr.	phrase
PJA	Pratique juridique actuelle
PPP	partenariat public-privé
PPPI	partenariat public-privé institutionnel
pt	point
pts	points
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RDS	Revue de droit suisse
RDUE	Revue du droit de l'Union européenne

Table des abréviations

Rec.	recueil
RecEDH	Recueil des arrêts et décisions de la CourEDH
RMUE	Revue du droit de l'Union européenne (act. RDUE)
RO (ou ROLF)	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse du droit des affaires
RS-XX	Recueil systématique du droit cantonal
s.	et suivant
SBVR	Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht
SEC	Documents du Secrétariat général de la Commission européenne
seco	Secrétariat d'État à l'économie
SG	Saint-Gall
SIA	Société suisse des ingénieurs et des architectes
SJ	Semaine judiciaire
SJZ	Revue suisse de jurisprudence
spéc.	spécialement
ss	et suivants
SSR	Société suisse de radiodiffusion et télévision
SUVA	Caisse nationale d'assurance
TA	Tribunal administratif
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
TI	Tessin
TL	Transports publics de la région lausannoise
TF	Tribunal fédéral
TVA	taxe sur la valeur ajoutée
UE	Union européenne
VD	Vaud
vol.	volume
VS	Valais
WTO	Organisation mondiale du commerce
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGRG	Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden
ZH	Zurich

XXX