

EXERCICE 5 – Droit des marchés publics I

RESOLUTION

Casus n°1

Le comportement du pouvoir adjudicateur viole gravement et en particulier les principes du droit des marchés publics suivants :

- la transparence, l'objectivité et l'impartialité que se doit de respecter tout pouvoir adjudicateur (art. 11 let. a LMP) ;
- égalité de traitement entre les soumissionnaires (art. 11 let. c LMP) ;
- interdiction de négocier les prix (art. 11 let. d LMP).

Selon l'art. 38 al. 1 LMP/AIMP, l'adjudicateur vérifie si les offres déposées respectent les exigences de forme. Les erreurs manifestes de calcul sont corrigées d'office.

L'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires de donner des explications sur leurs offres. Le cas échéant, il consigne les questions posées et les réponses obtenues (art. 38 al. 2 LMP/AIMP).

Cela signifie que le pouvoir adjudicateur doit documenter, conformément au principe de transparence, la correspondance échangée avec un soumissionnaire dans le cadre de la rectification de l'offre déposée par ce dernier.

En l'espèce, cette obligation n'a à l'évidence pas été respectée par le pouvoir adjudicateur.

Selon la loi, il est possible pour un pouvoir adjudicateur de rectifier les offres qui comportent des erreurs, à condition toutefois que l'erreur soit manifeste et que la correction à effectuer s'impose de façon évidente.

Selon le principe de l'intangibilité des offres, les offres déposées par les soumissionnaires ne peuvent plus être modifiées. Ce principe confère un caractère définitif à l'offre déposée et vise à garantir une certaine égalité de traitement entre les soumissionnaires.

Le but est d'éviter qu'un soumissionnaire puisse, après le délai de soumission, améliorer le contenu matériel de son offre, par exemple en modifiant le rapport qualité-prix initialement proposé.

Il faut se limiter à s'assurer que le contenu de l'offre reflète la volonté initiale du soumissionnaire. En cas de doute, la correction ne peut pas être effectuée, sous peine de violer le principe de l'intangibilité des offres et le principe de l'égalité entre les soumissionnaires.

Casus n°2

La société Green Heating SA est un pouvoir adjudicateur en vertu de l'art. 4 al. 2 let. g AIMP.

Selon cette disposition légale, entrent dans le champ d'application personnel du droit des marchés publics, les entreprises publiques ou privées qui assurent un service public et qui bénéficient de droits exclusifs ou spéciaux, si elles exercent des activités en Suisse notamment dans le secteur de la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de la chaleur.

Tel est le cas de Green Heating SA, qui est une entreprise privée en mains de collectivités publiques et qui bénéficie d'une concession lui conférant le droit exclusif d'exploiter un réseau de chauffage à distance.

Green Heating SA est donc soumise au droit des marchés publics.

Les travaux de construction à réaliser sont estimés à CHF 100 mios. Cela dépasse largement les valeurs seuils applicables aux marchés soumis aux accords internationaux (annexe 1 AIMP [CHF 8,7 mios]).

Ces travaux de construction devront ainsi faire l'objet d'un appel d'offres en procédure ouverte ou sélective (art. 18-19 AIMP).

La clause *de minimis* est prévue à l'art. 16 al. 3 AIMP. Selon cette disposition, lorsque la valeur totale de plusieurs travaux de construction visés à l'annexe 1 ch. 1 AIMP, qui sont nécessaires à la réalisation d'un même ouvrage atteint la valeur seuil déterminante pour l'application des accords internationaux, les dispositions de l'AIMP qui régissent les marchés soumis aux accords internationaux s'appliquent.

En revanche, lorsque ces travaux de construction ont chacun une valeur inférieure à 2 millions de francs et que leur valeur cumulée ne dépasse pas 20 % de la valeur totale de l'ouvrage, ils sont soumis aux dispositions de l'AIMP qui régissent les marchés non soumis aux accords internationaux.

En clair, cela signifie que le pouvoir adjudicateur doit commencer par déterminer la valeur globale de l'ouvrage à réaliser. En l'espèce, l'ouvrage consiste en l'extension et la rénovation du réseau de chauffage à distance. Sa valeur globale est de CHF 100 mios.

La clause *de minimis* permet au pouvoir adjudicateur de soumettre certaines prestations, jusqu'à 20 % du volume total (soit 20 mios dans notre cas), aux dispositions régissant les marchés non soumis aux accords internationaux, c'est-à-dire notamment à l'annexe 2 AIMP.

Dans ce volume maximal de 20 %, le pouvoir adjudicateur pourra mettre en soumission des prestations alloties. Ces appels d'offres seront soumis à la procédure d'adjudication applicable aux marchés non soumis aux accords internationaux (annexe 2 AIMP).

Le choix de la procédure d'adjudication dépendra de la valeur de la prestation mise en soumission, laquelle ne pourra pas dépasser CHF 2 mios par marché.