

Update

Newsflash juin 2019

Nouveau droit suisse des marchés publics

Le Parlement vient d'adopter vendredi dernier une révision de la loi fédérale sur les marchés publics ("LMP"). Certains changements importants par rapport au droit actuel et de possibles conséquences pratiques sont présentés ci-après.

Situation de départ

La LMP révisée vise à intégrer en droit suisse l'Accord de l'OMC révisé sur les marchés publics du 30 mars 2012 ("GPA") ainsi qu'à une harmonisation aussi grande que possible des bases légales de la Confédération et des cantons. L'harmonisation au niveau des cantons aura lieu par le biais de l'adhésion des cantons au nouvel accord intercantonal sur les marchés publics. Il est prévu que la révision de la LMP ainsi que celle des règles cantonales entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2020.

Le nouveau droit des marchés publics impliquera des changements substantiels aussi bien pour les pouvoirs adjudicateurs que pour les soumissionnaires. Un aperçu des changements les plus importants est présenté ci-après.

Changement de paradigme concernant les critères d'adjudication

Le Parlement entend introduire un changement de paradigme, dans la mesure où le marché sera attribué à l'"offre la plus avantageuse" et non plus à l'offre "économiquement la plus avantageuse". Les nombreux critères d'adjudication prévus dans la nouvelle loi et qui

entreront en vigueur, dans la mesure où ils ne contreviennent pas aux obligations internationales (par exemple celles du droit de l'OMC), auront plus d'importance par rapport au critère du prix. Les critères d'adjudication comprennent l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts du cycle de vie, l'esthétique, le développement durable, la plausibilité de l'offre, les niveaux de prix différents dans les pays dans lesquels la prestation est fournie, la fiabilité du prix, la créativité, le service après-vente, les conditions de livraison, l'infrastructure, le caractère innovant, la fonctionnalité, le service à la clientèle, les compétences techniques et l'efficacité de la méthode.

Ces nouvelles dispositions dotent les pouvoirs adjudicateurs d'une plus grande marge de manœuvre en ce qui concerne les critères d'adjudication. Ils auront ainsi à l'avenir la possibilité de prendre en compte de manière plus importante la qualité de l'offre. En outre, des critères comme la durabilité pourront plus fortement être pris en compte. Le critère d'adjudication débattu au Parlement relatif au "niveau de prix" (c'est-à-dire la prise en compte d'un éventuel niveau de prix plus bas à l'étranger) devrait rester très controversé dans la pratique.

Champ d'application objectif

La loi définit désormais la notion de "*marché public*", sa définition se basant sur la jurisprudence existante.

Selon la définition légale, un marché public est un contrat conclu par lequel un adjudicateur soumis à la loi se procure (i) *contre rémunération* des prestations dont il a besoin (ii) *en vue de l'exécution de tâches publiques*. Le marché public se caractérise par sa nature onéreuse et par l'échange de prestation et de contre-prestation. Il n'est pas nécessaire que la contre-prestation soit sous forme d'argent; des avantages financiers qui ont un rapport indirect entrent également en compte.

En ce qui concerne les attributions de concessions, il est désormais prévu dans la loi qu'elles sont soumises au droit des marchés publics, lorsque le soumissionnaire se voit accorder, (i) des droits exclusifs ou spéciaux (ii) qu'il exerce dans l'intérêt public (iii) en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité directe ou indirecte. Les dispositions de lois spéciales (comme par exemple celles de la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques, la loi sur l'approvisionnement en électricité, ou en droit des télécommunications et de la radiodiffusion) prévalent.

Illicéité des négociations portant sur le prix

Comme déjà le cas dans les cantons, les "rounds" de négociation (c'est-à-dire des négociations ayant pour unique objectif de faire baisser le prix de l'offre) vont être interdits au niveau fédéral.

Les adaptations de prix ne sont toutefois pas purement et simplement exclues. Ainsi, dans le cadre de modifications de l'offre ou de procédures spéciales comme celle du dialogue, il est possible que l'objet des prestations connaisse des modifications de faible importance et que l'offre de prix soit adaptée. En outre, des adaptations de prix peuvent survenir dans le cadre d'une enchère électronique ou lors de négociations d'une offre dans une procédure de gré à gré.

Modernisation du droit des marchés publics à l'aide de nouveaux instruments

La révision de la loi vise à garantir aux pouvoirs adjudicateurs une plus grande marge de manœuvre à l'aide de l'utilisation de technologies modernes. Dans ce but, la nouvelle loi prévoit désormais entre autre *l'enchère électronique et la procédure d'adjudication menée par voie électronique*. Au niveau fédéral et désormais également au niveau cantonal, le dialogue (dialogue de concurrence), dans lequel les pouvoirs adjudicateurs et les soumissionnaires peuvent déterminer ensemble l'objet de la prestation, sera possible dans le cadre de services complexes, intellectuels et innovants.

Des instruments flexibles comme celui du dialogue pourraient à l'avenir gagner en importance, en particulier lors de l'adjudication de prestations intellectuelles. La pratique montrera à quel point ces nouveaux instruments seront utilisés et si de nouvelles adaptations réglementaires seront nécessaires en raison de questions d'application.

Voies de droit – changements modérés

Les voies de droit seront harmonisées en droit des marchés publics au niveau fédéral et cantonal avec des règles unifiées de motivation et de notification de décisions, des motifs et objets de recours unifiés et un délai de recours de 20 jours. En outre, les voies de droit relatives aux marchés publics fédéraux ont été développées de manière modérée.

Perspectives

Les modifications du GPA 2012 tout comme l'harmonisation des dispositions légales du droit des marchés publics fédéral et des cantons sont à saluer. Le texte de loi prévu implique une plus grande sécurité juridique dans certains domaines du droit et développe même en partie les voies de droit. De nouvelles questions juridiques se posent toutefois suite à cette révision, notamment en relation avec la configuration des critères d'adjudication. La pratique des autorités adjudicatrices devra répondre à ces questions

ouvertes suite à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions.

Nous nous tenons volontiers à disposition pour toute question à ce sujet.

Avis légal: Le contenu de cet UPDATE Newsflash est de nature générale et ne constitue pas un conseil juridique. Nous nous tenons volontiers à disposition pour toute question spécifique.

Contacts

Zurich

Astrid Waser
astrid.waser@lenzstaehelin.com
Tel: +41 58 450 80 00

Genève / Lausanne

Benoît Merkt
benoit.merkt@lenzstaehelin.com
Tel: +41 58 450 70 00

Nos bureaux

Genève

Lenz & Staehelin
Route de Chêne 30
CH-1211 Genève 6
Tél: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

Zurich

Lenz & Staehelin
Brandschenkestrasse 24
CH-8027 Zurich
Tél: +41 58 450 80 00
Fax: +41 58 450 80 01

Lausanne

Lenz & Staehelin
Avenue de Rhodanie 58
CH-1007 Lausanne
Tél: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

www.lenzstaehelin.com