

Adjudications News n°

33

Une **adjudication de fait** peut avoir de multiples conséquences. Dans certaines conditions, les soumissionnaires non-retenus sont en droit d'interjeter recours et les autorités compétentes peuvent prendre des mesures, notamment de surveillance. Est-ce que ces soumissionnaires sont toutefois en droit d'obtenir des dommages-intérêts ? Comment faut-il apprécier le contrat conclu en violation du droit des marchés publics ?



Par **Martin Zobl**
 Avocat, Dr. iur., LL.M.
 Associé
 Téléphone +41 58 658 55 35
 martin.zobl@walderwyss.com



et **Lena Götzinger**
 Avocate (Bar Association Frankfurt am Main)
 Associate
 Téléphone +41 58 658 56 63
 lena.goetzinger@walderwyss.com



Traduction par **Matthieu Seydoux**
 Avocat, Dr. iur.
 Associate
 Téléphone +41 58 658 80 00
 matthieu.seydoux@walderwyss.com

Les conséquences d'une adjudication de fait sont multiples. En particulier, il faut s'attendre à des recours des soumissionnaires non-retenus ainsi qu'à une intervention des autorités de surveillance. Lorsque le non-respect des procédures applicables est intentionnel, les fonctionnaires risquent également l'ouverture d'une procédure pénale. Enfin, il ne faut pas négliger le préjudice réputationnel ainsi que les conséquences personnelles en cas de retombées médiatiques négatives.

On parle d'adjudication de fait lorsque des marchés sont adjugés en dehors de toute application des procédures prévues par le droit des marchés publics, alors que ces marchés auraient dû respecter ces procédures. À quelles conséquences est-ce que les pouvoirs adjudicateurs doivent s'attendre en cas d'adjudication de fait ? De quelle façon les soumissionnaires non-retenus peuvent-ils réagir lorsqu'ils apprennent l'existence d'un contrat conclu entre un concurrent et un pouvoir adjudicateur, qui de leur point de vue a été conclu à tort, sans organiser une procédure d'adjudication ?

Recours d'un soumissionnaire potentiel

Lorsqu'un soumissionnaire apprend qu'une adjudication de fait a eu lieu, il lui est en principe recommandé d'exiger premièrement une prise de position de la part du pouvoir adjudicateur. Il convient à cette occasion de demander si un contrat a effectivement été conclu avec ce concurrent. Un recours déposé de façon précipitée est rarement conseillé, notamment en raison du fait qu'en cas d'échec, les frais de la procédure de recours pourraient être mis à sa charge. Si toutefois ces soupçons se confirment, alors le dépôt d'un recours tend à se justifier.

Conditions procédurales

La possibilité de déposer un recours ne va pas de soi. En particulier, les conditions générales de procédure trouvent également application en matière de droit des marchés publics. Le recours du soumissionnaire non-retenu

se heurte d'abord à des limites d'un point de vue formel. En effet, seules sont sujettes à recours les décisions, en particulier l'appel d'offres, l'adjudication ou l'exclusion de la procédure (art. 53 al. 1 LMP/AIMP 2019). En cas d'adjudications de fait, la difficulté réside en ce que le pouvoir adjudicateur n'agit pas de manière reconnaissable en sa qualité de pouvoir adjudicateur. Certes, il conclut un contrat (en général de droit privé), mais il ne rend pas de décision. Il n'y a donc pas d'objet du litige déterminé et il n'est pas clair quand le délai de recours commence à courir (art. 56 al. 1 LMP/AIMP 2019). En outre, il n'y a pas de procédure d'adjudication antérieure à laquelle le soumissionnaire aurait pu participer. Or et en principe, le recours est ouvert uniquement au soumissionnaire qui a participé à la procédure (cf. art. 55 LMP 2019 *cum* art. 48 al. 1 lit. a PA).

Cette approche purement formelle et juridique n'aboutit toutefois à aucun résultat satisfaisant. La question de savoir si, dans un cas d'espèce, il a valablement été renoncé à l'organisation d'une procédure d'adjudication, ne peut pas échapper à un contrôle juridictionnel. Dans le cas contraire, le pouvoir adjudicateur pourrait exciper d'un contrôle du juge uniquement en invoquant le non-assujettissement au droit des marchés publics¹. Il est donc possible de faire l'impasse sur l'absence d'une décision formelle, en tant qu'objet du litige, lorsque l'existence d'une adjudication de fait est suffisamment étayée.

Même si aucun délai ne court, le soumissionnaire doit déposer un recours sans délai, dès qu'il a connaissance d'une adjudication de fait². À défaut le risque est que son recours soit jugé irrecevable³. Sont légitimées à recourir les personnes qui allèguent que la procédure d'adjudication n'a, à tort, pas été appliquée et qui font parties des soumissionnaires potentiels⁴. Tel est en particulier le cas des soumissionnaires dont les prestations adjudgées relèvent de leur domaine d'activités. Les autres conditions générales de procédure doivent également être respectées, notamment l'atteinte de la valeur-seuil déterminante (art. 52 al. 1 LMP/AIMP 2019).

Recours et mesures provisionnelles avant la conclusion du contrat

Si le contrat n'a pas encore été conclu, le soumissionnaire qui recourt va tenter d'empêcher la conclusion du contrat. À cet effet, il va conclure à ce que l'autorité juridictionnelle oblige le pouvoir adjudicateur à mener une procédure d'adjudication en bonne et due forme pour l'acquisition des prestations en question, et éventuellement au constat du caractère illicite de l'acte du pouvoir adjudicateur.

Cette conclusion sera en général accompagnée d'une requête d'octroi de l'effet suspensif. À cet effet, le soumissionnaire va tenter d'interdire au pouvoir adjudicateur, à titre (super) provisionnel, de conclure un contrat concernant l'acquisition des prestations en question. Cette requête a des chances de succès lorsque le recours, à l'occasion d'un examen *prima facie*, ne semble pas manifestement dénué de chance de succès et si les intérêts publics à la conclusion du contrat ne sont pas prépondérants.

Recours et mesures provisionnelles après la conclusion du contrat

La question se pose de savoir ce qu'un

soumissionnaire non-retenu peut obtenir par la voie juridictionnelle lorsque le contrat a déjà été conclu avec un concurrent. Cela dépend notamment du sort réservé au contrat d'adjudication lors d'une adjudication de fait.

La jurisprudence récente tend à considérer que les contrats conclus en violation du droit des marchés publics sont valables (et non pas nuls)⁵. Cette position paraît convaincante et est conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁶. En effet, lorsque le droit fédéral prévoit la nullité comme conséquence d'une violation des prescriptions de droit public, la loi doit prévoir expressément cette sanction. Or, les textes de la LMP et de l'AIMP 2019 ne la prévoient⁷.

Après la conclusion du contrat, l'organisation d'une procédure d'appel d'offres conforme au droit des marchés publics entre en considération uniquement lorsque le contrat n'a pas encore été (entièrement) exécuté. Dans ces situations, les tribunaux administratifs ont occasionnellement ordonné aux pouvoirs adjudicateurs de faire usage des clauses contractuelles applicables afin d'arriver à un résultat qui correspond au droit des marchés publics⁸. Ces injonctions des autorités juridictionnelles peuvent notamment inclure une résiliation du contrat, à la première échéance possible. Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent en revanche pas être contraints de violer le contrat.

Lorsque le contrat a déjà été entièrement exécuté, seule une conclusion en constatation du caractère illicite de l'adjudication de fait, respectivement de la conclusion illicite du contrat, entrent en considération. Néanmoins, l'octroi de dommages-intérêts ne devrait pas être possible. Selon l'art. 58 al. 4 LMP/AIMP 2019, seules les dépenses que le soumissionnaire a dû engager, en relation avec la préparation et la remise de son offre, peuvent être indemnisées. En l'occurrence, le soumissionnaire n'a, par

essence, pas déposé d'offre. Même si on partait du principe que le soumissionnaire pourrait conclure à l'octroi de dommages-intérêts, du fait de la responsabilité de l'Etat, le soumissionnaire ne devrait pas réussir à établir la causalité de son dommage consécutif à l'adjudication de fait. Et même dans l'hypothèse d'un marché organisé conformément au droit des marchés publics, il n'est pas suffisamment certain que le soumissionnaire aurait obtenu le marché.

Mesures de surveillances et mesure de la COMCO

En cas d'adjudication de fait, les mesures de surveillance jouent un rôle important pour la mise en œuvre du droit des marchés publics, puisque le dépôt d'un recours ne se fera que si le soumissionnaire non-retenu aura eu connaissance de l'adjudication de fait. Dans cette matière, la compétence des autorités, la procédure et les mesures de surveillance sont régies par le droit fédéral, cantonal ou communal applicable. Les autorités de surveillance peuvent agir soit d'office, soit sur plainte (p. ex. d'un soumissionnaire non-retenu).

En principe, les instruments de surveillance vont des simples questions de l'autorité de surveillance, aux enquêtes administratives et aux sanctions (p. ex. mesures disciplinaires), en passant par les instructions qui visent à rétablir l'état de fait conforme au droit. En cas de soupçon de manquements graves ou de carences systémiques, il n'est pas rare que des enquêtes parlementaires soient organisées, à l'instar de ce qui a été fait pour le projet « Insieme » de l'administration fédérale ou pour le cartel des constructeurs des Grisons. Si des contributions financières ont été attribués à l'occasion d'un marché public, celles-ci peuvent faire l'objet d'une demande de restitution selon l'art. 45 al. 5 AIMP 2019 ou selon le droit des subventions, et le mandat de prestation

peut même être retiré (sur la base d'une loi spéciale). Dans ce cas, l'autorité de surveillance peut agir de sa propre initiative ou sur plainte.

Dans le respect du principe de proportionnalité, les autorités de surveillance devraient en principe d'abord ordonner que l'adjudication en question, ainsi que tous les futurs marchés publics, soient organisés en conformité avec les dispositions sur le droit des marchés publics, cas échéant sous la menace d'une sanction pénale selon l'art. 292 CP. La décision du Conseil d'Etat zurichois dans l'affaire GZO-Listenspital Wetzikon en est une illustration⁹.

En cas d'adjudication de fait par des cantons, des communes ou d'autres organes qui assument des tâches publiques, une intervention de la part de la Commission de la concurrence (COMCO) est possible¹⁰. La COMCO peut non seulement effectuer des enquêtes et adresser des recommandations à ces autorités (art. 8 al. 3 LMI), mais elle est également en droit de déposer un recours pour faire constater qu'une décision restreint indûment l'accès au marché (art. 9 al. 2^{bis} LMI).

Conséquences pénales et autres conséquences

Selon les constellations envisagées de l'adjudication de fait, des conséquences pénales sont également concevables. Il est possible d'imaginer qu'une responsabilité pénale soit établie en lien avec un abus d'autorité (art. 312 CP) ou une gestion déloyale des intérêts publics (art. 314 CP), à condition que la partie responsable ait agi de manière intentionnelle.

Quelles que soient les conséquences juridiques, des adjudications de fait peuvent avoir des retombées médiatiques négatives et cas échéant s'accompagner de pressions politiques, qui peuvent impliquer des conséquences personnelles. Par ailleurs, l'organisation

en cause, respectivement l'unité administrative peuvent souffrir d'un préjudice réputationnel. Tel sera notamment le cas pour des marchés qui portent sur un objet sensible, qui ont des volumes importants ou en relation avec des soupçons d'infractions pénales.

Conclusion et conseils pratiques

Les pouvoirs adjudicateurs devraient soigneusement vérifier si et à quelles conditions les marchés qu'ils concluent sont assujettis au droit des marchés publics. Le respect des règles applicables à la commande publique fait aujourd'hui partie de la sphère de responsabilité des instances dirigeantes, notamment au regard des conséquences juridiques et politiques qu'elles impliquent. Des directives internes claires et des formations à intervalles réguliers du personnel en charge des achats sont indispensables.

La question de l'application du droit des marchés publics fait régulièrement partie des questions les plus exigeantes pour les pouvoirs adjudicateurs, qui opèrent dans des domaines à la jonction entre une activité étatique respectivement monopolistique, d'une part, et l'économie privée, d'autre part. Cette remarque s'applique en particulier aux pouvoirs adjudicateurs, qui sont certes détenus en mains privées, mais qui bénéficient d'un mandat de prestation ou d'une concession de monopole, respectivement pour les pouvoirs adjudicateurs qui exercent non seulement une activité régaliennne, mais qui sont également partiellement en concurrence, de sorte qu'ils ne sont pas nécessairement soumis au droit des marchés publics pour l'ensemble de leur activité (p. ex. entités adjudicatrices qui opèrent sur des marchés sectoriels).

En cas de soupçon d'une adjudication de fait, les soumissionnaires ont tout intérêt à se renseigner auprès du pouvoir adjudicateur afin de savoir quelles prestations vont être acquises, auprès de

quel soumissionnaire et dans quel volume, et si un contrat a déjà été conclu. Si les soupçons se confirment, il convient d'envisager la voie judiciaire.

Adjudications News vous informe des développements récents et des questions importantes dans le domaine du droit suisse des marchés publics. Les informations et commentaires qu'il contient ne sont pas constitutifs d'un conseil juridique et les opinions exprimées ne doivent pas être utilisées pour agir sans un conseil juridique préalable.

Sur le site www.adjudications.ch, vous trouverez une introduction et des informations complémentaires sur le droit suisse des marchés publics, en particulier des liens utiles vers les différentes sources juridiques, ainsi que des publications.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2023

Notes de fin

- 1 Arrêt du TA AG WBE.2015.114 du 11 novembre 2015 consid. 2.4.
- 2 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_591/2014 du 29 septembre 2014 consid. 5.3.
- 3 Arrêt du TA GR U 20 58 du 26 février 2021.
- 4 ATF 137 II 321 consid. 3.2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.282/1999 du 2 mars 2000 consid. 1b.
- 5 Arrêt du TA AG WBE.2015.114 du 11 novembre 2015 et WBE.2016.539 du 28 décembre 2016 ; arrêt du TA TI 52.2018.305 du 14 novembre 2018. D'un autre avis GAUCH, Der Werkvertrag 2019, no 509, qui parle d'une inefficacité « sui generis » ainsi que la Commission de recours en matière de marchés publics (parmi d'autres : BRK 2001-014 du 16 novembre 2001, publié dans JAAC VPB 66.37, consid. 2a).
- 6 Arrêt du Tribunal fédéral 2P.274/1999 du 2 mars 2000 consid. 1c.
- 7 TRÜEB/CLAUSEN, in: OFK Wettbewerbsrecht II, art. 58 LMP no 8.
- 8 Arrêts du TA ZH VB.2015.00238 du 3 décembre 2015 consid. 6.5 ; TA AG WBE.2012.159 du 1er juillet 2013 consid. 3.2 ; TA AI V 6-2010 du 4 mai 2010 consid. III./7a; cpr. BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, no 2668 ss.
- 9 Décision du Conseil d'Etat du canton de Zurich Nr. 758/2015 du 8 juillet 2015. Dans le cas d'espèce, la sanction a toutefois été annulée par le tribunal administratif (arrêt du TA ZH VB.2015.00555 du 20 décembre 2016 consid. 2.3).
- 10 Cpr. art. 8 ss cum art. 5 LMP.

Contact



Thomas P. Müller

Associé, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 04

thomas.p.mueller@walderwys.com



Hans Rudolf Trüeb

Associé, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 88

hansrudolf.trueb@walderwys.com



Ramona Wyss

Associée, Zurich

Téléphone +41 58 658 52 44

ramona.wyss@walderwys.com



Martin Zobl

Associé, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 35

martin.zobl@walderwys.com



Daniel Zimmerli

Counsel, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 33

daniel.zimmerli@walderwys.com



Regula Fellner

Managing Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 51 98

regula.fellner@walderwys.com



Hugh Reeves

Managing Associate, Lausanne

Téléphone +41 58 658 52 73

hugh.reeves@walderwys.com



Isabelle Hanselmann

Senior Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 56 07

isabelle.hanselmann@walderwys.com



Florian Roth

Senior Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 79

florian.roth@walderwys.com



Lena Götzinger

Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 56 63

lena.goetzinger@walderwys.com



Lucina Herzog

Associate, Zürich

Téléphone +41 58 658 56 15

lucina.herzog@walderwys.com



Matthieu Seydoux

Associate, Lausanne

Téléphone +41 58 658 83 58

matthieu.seydoux@walderwys.com