

Adjudications News n°

35

Réussir son recours sous le régime du droit révisé des marchés publics

La révision du droit des marchés publics intègre plusieurs nouveautés intéressantes en matière de procédures de recours au niveau fédéral et cantonal. Quels avantages et inconvénients apporte la révision de la loi aux soumissionnaires ? Quels sont les obstacles, nouveaux ou déjà connus, dont il faut tenir compte pour réussir son recours ?



Par **Felix Tuchs Schmid**
Avocat, MLaw
Associate
Téléphone +41 58 658 56 16
felix.tuchs Schmid@walderwyss.com



et **Ramona Wyss**
Avocate, MLaw, LL.M.
Associée
Téléphone +41 58 658 52 44
ramona.wyss@walderwyss.com



Traduction par **Hai Nhu Pham**
MLaw
Trainee Lawyer
Téléphone +41 58 658 84 13
hainhu.pham@walderwyss.com

Réussir son recours sous le régime du droit révisé des marchés publics

La procédure de recours en matière de marchés publics est une tâche exigeante pour les soumissionnaires. Diverses exigences formelles strictes doivent être respectées pour qu'un recours soit admis. Cet article a pour but d'exposer les principales nouveautés du droit des marchés publics révisé et de rappeler certains écueils connus.

1. Aperçu

La loi fédérale sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1) révisée est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2021. L'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) révisé est dans l'intervalle également entré en vigueur dans différents cantons. Les deux textes révisés contiennent quelques nouveautés pour la procédure de recours dont les soumissionnaires doivent tenir compte (cf. ch. 2).

Beaucoup d'éléments demeurent inchangés et pour qu'un recours aboutisse, il convient de tenir compte de divers écueils connus (cf. ch. 3). La procédure de recours se divise en principe, sous le droit révisé également, en une procédure consacrée à l'effet suspensif et en une procédure principale. Celle concernant l'effet suspensif est d'une grande importance, car le tribunal compétent décide de l'octroi de l'effet suspensif sur la base d'une évaluation *prima facie* des chances de succès du recours et d'une pesée des intérêts (notamment en ce qui concerne l'urgence de l'acquisition). Si l'effet suspensif n'est pas accordé par décision incidente, le pouvoir adjudicateur peut conclure le contrat avec l'adjudicataire. Le soumissionnaire évincé ne peut alors plus faire annuler l'adjudication dans la procédure principale, mais seulement faire constater son caractère illicite et requérir des dommages-intérêts pour les dépenses qu'il a engagées dans la préparation et la soumission de l'offre.

2. Nouveautés notables dans le droit révisé

2.1. Motivation sommaire des décisions susceptibles de recours

Le droit révisé prescrit désormais explicitement que toutes les décisions susceptibles de recours doivent être motivées sommairement par le pouvoir adjudicateur. En règle générale, la motivation sommaire des décisions d'adjudication doit au moins mentionner le type de procédure, le nom de l'adjudicataire, le prix total ainsi que les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue (cf. art. 51 al. 2 et 3 LMP/ AIMP). Les soumissionnaires évincés ont en outre et comme dans l'ancien régime le droit à un « débriefing », au cours duquel le pouvoir adjudicateur leur communique les principales raisons pour lesquelles leur offre n'a pas été retenue (art. 12 de l'OMP ; RS 172.056.11).

Dans l'optique d'un éventuel recours contre une décision d'adjudication, la motivation sommaire ainsi que les informations obtenues lors du débriefing constituent souvent les griefs principaux pour fonder un recours. En effet, le problème principal des soumissionnaires reste le même sous le nouveau droit, soit qu'en règle générale, ils n'ont pas encore eu accès au dossier lors du dépôt du recours.

Compte tenu de ce désavantage en termes d'information, il est crucial pour les soumissionnaires de faire valoir rapidement et avec insistance leurs

droits découlant de l'art. 51 LMP/AIMP auprès du pouvoir adjudicateur et, si nécessaire, d'exiger par écrit une justification claire des caractéristiques et des avantages de l'offre retenue, une description des principales raisons pour lesquelles leur offre n'a pas été retenue ainsi qu'une évaluation détaillée de leur propre offre, qui doit comprendre les justifications des déductions de points.

2.2. Numerus clausus des objets du recours

La loi énumère désormais de manière exhaustive les décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours. Outre la décision d'adjudication, sont sujets à recours l'appel d'offres, la décision concernant le choix des participants à la procédure sélective, la décision d'inscrire un soumissionnaire sur une liste ou de l'en radier, la décision concernant les demandes de récusation, la révocation de l'adjudication, l'interruption de la procédure, l'exclusion de la procédure ainsi que le prononcé d'une sanction (art. 53 al. 1 LMP/AIMP). Les prescriptions contenues dans les documents d'appel d'offres, pour autant que leur importance soit identifiable par les soumissionnaires, doivent en outre être contestées en même temps que l'appel d'offres (art. 53 al. 2 LMP/AIMP).

Pour les soumissionnaires, cela signifie d'une part que tous les autres actes et décisions des pouvoirs adjudicateurs, tels que les retards de procédure ou les lettres de parage par lesquelles le pouvoir adjudicateur informe un soumissionnaire que son offre ne sera pas examinée plus avant jusqu'à la décision d'adjudication ne peuvent, soit pas être contestés, soit seulement et uniquement en même temps que la décision d'adjudication.

D'autre part, les irrégularités manifestes dans les documents d'appel d'offres, par exemple une grille d'évaluation inadmissible ou des critères de qualification illicites, doivent être

contestées dans les 20 jours qui suivent leur publication. Si ces griefs sont formulés uniquement lors d'un recours contre la décision d'adjudication, les tribunaux risquent de ne pas entrer en matière sur les arguments tardifs concernant des documents d'appel d'offres erronés. Il est donc recommandé aux soumissionnaires de tenter de clarifier suffisamment tôt (idéalement dans les jours qui suivent la publication) les imprécisions ou les irrégularités des documents d'appel d'offres avec le pouvoir adjudicateur, de faire appel à un expert en droit des marchés publics et, le cas échéant, d'interjeter recours.

2.3. Procédures de recours pour les marchés hors du champ d'application des accords internationaux

Au niveau fédéral, la protection juridique des soumissionnaires a été quelque peu étendue. Désormais, un recours est également possible en dehors du champ d'application des accords internationaux, pour autant que la valeur seuil de la procédure d'adjudication (CHF 150'000) soit atteinte pour les services ou les fournitures, ou que la valeur seuil de la procédure sélective/ouverte (CHF 2 millions) soit atteinte pour les travaux de construction (art. 52 al. 1 LMP). En dehors du champ d'application des accords internationaux et contrairement au droit cantonal, la décision d'adjudication ne peut plus être contestée au niveau fédéral, et seule demeure une protection juridique dite secondaire (constatation de l'illégalité et dommages-intérêts ; art. 52 al. 2 LMP). Au niveau cantonal, la décision d'adjudication peut, comme jusqu'à présent, être contestée dès que la valeur seuil pour la procédure sur invitation est atteinte (art. 52 al. 1 AIMP).

En théorie, cela permet un contrôle judiciaire plus étendu des activités des pouvoirs adjudicateurs de droit fédéral. Dans la pratique, les recours contre les décisions d'adjudication non soumises

aux accords internationaux au niveau fédéral resteront l'exception, d'autant plus que les prétentions en dommages-intérêts se limitent aux dépenses engagées dans l'établissement de l'offre (art. 58 al. 4 LMP).

2.4. Délai de recours cantonal prolongé

Pour les procédures de droit cantonal, l'AIMP révisé apporte une simplification bienvenue pour les soumissionnaires. À l'avenir, un délai de recours de 20 jours (au lieu de 10) à compter de la notification de la décision s'appliquera également au niveau cantonal, à l'instar du droit fédéral (art. 56 al. 1 AIMP). Cela donne aux soumissionnaires un temps supplémentaire pour requérir du pouvoir adjudicateur une motivation suffisante de la décision, pour examiner cette motivation et pour déposer un recours motivé de manière aussi précise que possible.

Il est néanmoins recommandé aux soumissionnaires de faire appel le plus rapidement possible à un expert en droit des marchés publics après la décision d'adjudication (ou toute autre décision contraignante), afin d'utiliser au mieux le peu de temps dont ils disposent pour rédiger un recours. Il faut notamment tenir compte du fait que tous les délais en matière de droit des marchés publics continuent de courir pendant les fêtes judiciaires (art. 56 al. 2 LMP/AIMP).

2.5. Les instances intermédiaires cantonales sont en grande partie supprimées

Avec la révision de l'AIMP, les voies de recours au niveau cantonal ont été uniformisées et alignées avec le droit fédéral.

Les instances intermédiaires cantonales ont été supprimées et le recours doit être déposé directement auprès du tribunal administratif cantonal, par exemple auprès du tribunal administratif du canton de Zurich (art. 52 al. 1 AIMP).

Le canton de Berne demeurera un cas particulier puisque sa loi sur l'adhésion à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LAIMP ; RSB 731.2) prévoit une voie de droit propre. Les instances cantonales intermédiaires prévues sont le préfet (pour les adjudicateurs communaux), ou la direction compétente, ou la chancellerie d'Etat (pour les adjudicateurs cantonaux). Après cela, un recours auprès du tribunal administratif cantonal est possible (cf. art. 6 AIMP).

2.6. Un seul échange d'écritures

L'art. 54 al. 2 LMP/AIMP prévoit désormais et de manière expresse que la question de l'effet suspensif du recours ne donne lieu qu'à un échange d'écritures. Par conséquent, du point de vue d'un soumissionnaire évincé, il est recommandé de faire figurer tous les motifs de recours connus et pertinents, au moins dans les grandes lignes, dans le mémoire de recours. Le soumissionnaire ne peut en effet pas s'attendre à ce que le tribunal lui donne une nouvelle occasion de s'exprimer sur tous les griefs.

Dans la pratique, un deuxième échange d'écritures a souvent lieu sur certains points importants concernant l'effet suspensif. Si le pouvoir adjudicateur présente de nouveaux faits ou se réfère à des documents d'adjudication dont le soumissionnaire ne disposait pas, il doit avoir la possibilité de prendre position sur ces éléments.

3. Des obstacles connus

3.1. Effet suspensif du recours

Le principe selon lequel le recours n'a pas d'effet suspensif s'applique également sous le nouveau droit (art. 54 al. 1 LMP/AIMP). Le recours doit donc contenir une demande motivée d'octroi de l'effet suspensif. L'effet suspensif doit à chaque fois être demandé de manière superprovisionnelle par le soumissionnaire évincé, c'est-à-dire sans consultation préalable du pouvoir adjudicateur.

L'octroi de l'effet suspensif est d'une grande importance pour le soumissionnaire évincé, car c'est le seul moyen d'empêcher le pouvoir adjudicateur de conclure un contrat avec l'adjudicataire et d'annuler l'adjudication. Dans la pratique, les recours sont donc souvent retirés après le rejet de la requête d'effet suspensif.

Pour que le tribunal ne rejette pas la demande, il faut démontrer dans la motivation du recours que celui-ci n'est pas dénué de toute chance de succès. En outre, il convient de réfuter les motifs d'urgence avancés par le pouvoir adjudicateur ou tout autre intérêt public à une conclusion rapide du contrat. Compte tenu de la longueur d'avance que le pouvoir adjudicateur du point de vue des informations du dossier, il s'agit d'une tâche exigeante. La motivation ne doit donc pas être sujette à des exigences trop élevées.

Dans leur pratique, différents tribunaux cantonaux (et plus récemment le Tribunal administratif fédéral) ont parfois tendance à accorder l'effet suspensif aux recourants à titre superprovisionnel et à reporter la décision relative à l'effet suspensif (en cas d'absence d'urgence d'adjuger) avec la décision finale. Cela présente l'avantage pour les recourants de pouvoir s'exprimer dans tous les cas au moins deux fois sur la cause et de pouvoir rédiger d'autres écritures, le cas échéant avec un accès limité au dossier (cf. ch. 3.3).

3.2. Qualité pour recourir

Dispose de la qualité pour recourir quiconque est particulièrement touché par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (cf. art. 48 al. 1 PA). En cas de recours contre une décision d'adjudication, le recourant doit pour cela prouver qu'il obtiendrait le marché si ses griefs étaient admis ou que l'appel d'offres devrait être (partiellement) répété. Ainsi, les soumissionnaires

classés en deuxième position ont les meilleures chances de voir leur recours être admis. En revanche, un soumissionnaire classé plus bas doit également contester le classement de tous les soumissionnaires classés avant lui pour avoir qualité pour recourir.

Pour recourir contre une adjudication de gré à gré, le recourant doit en outre démontrer qu'il peut et veut fournir la prestation demandée ou des prestations équivalentes, et que la procédure de gré à gré a été appliquée de manière indue ou que l'adjudication est entachée de corruption (art. 56 al. 4 LMP/AIMP).

3.3. Droit d'accès limité au dossier pour le recourant

Comme dans la procédure d'adjudication, les soumissionnaires ont le désavantage, dans la procédure relative à l'effet suspensif, de n'avoir en règle générale aucun accès au dossier. Dans la procédure principale aussi, le droit de consultation du dossier ne porte que sur l'évaluation de sa propre offre. Les pièces ne peuvent être consultées que si aucun intérêt privé ou public prépondérant ne s'y oppose (art. 57 LMP/AIMP). En principe donc, les offres des autres soumissionnaires ne peuvent pas être consultées.

Lors du dépôt du recours, le soumissionnaire évincé ne dispose donc souvent que de peu d'informations. En général, il dispose de l'évaluation de sa propre offre ainsi que des informations sur les principaux avantages de l'offre de l'adjudicataire. Dans le cadre de la procédure relative à l'effet suspensif, le tribunal doit toutefois accorder au recourant un accès au moins partiel à d'autres pièces.

Dans ce contexte, le recourant devrait, dès le dépôt du recours, formuler une demande formelle de consultation de l'ensemble des pièces de la procédure, sous réserve des intérêts légitimes et fondés de l'adjudicataire en matière de

confidentialité. En outre, il doit requérir du tribunal la possibilité de compléter le recours après l'octroi de l'accès au dossier. En général, les recourants auront gain de cause contre des motifs de refus d'accès au dossier formulés de manière trop générale, par l'adjudicataire ou le pouvoir adjudicateur.

3.4. Secrets d'affaires

Enfin, les secrets d'affaires du soumissionnaire évincé doivent être clairement énoncés et identifiés dans le mémoire de recours et ses annexes, et les caviardages correspondants doivent être effectués. À défaut, il y a un risque que l'adjudicataire, en tant que concurrent, et éventuellement d'autres parties à la procédure, aient par exemple accès à l'offre du soumissionnaire évincé.

3.5. Pouvoir d'appréciation important du pouvoir adjudicateur

Contrairement à ce qui prévaut en procédure administrative, l'(in)opportunité de la décision, en particulier de l'adjudication, ne constitue toujours pas un motif de recours en matière de marchés publics (art. 56 al. 3 et 4 LMP/AIMP). Il en résulte pour le pouvoir adjudicateur une marge d'appréciation considérable non seulement lors de la fixation, mais aussi lors de l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication.

Les soumissionnaires doivent donc fonder leurs griefs sur des violations du droit ou sur une constatation erronée des faits. Outre les erreurs manifestes d'appréciation, il peut y avoir violation de l'égalité de traitement, des actes de procédure illicites ou des évaluations arbitraires ou non conformes aux conditions de l'appel d'offres.

4. Conclusion

Avec la prolongation du délai de recours au niveau cantonal et l'extension (modérée) de la protection juridique dans les procédures de marchés publics au niveau fédéral, le droit des marchés

publics révisé contient certaines facilitations pour les soumissionnaires évincés. En parallèle toutefois, l'obligation de contester les irrégularités des documents d'appel d'offres dès leur publication les responsabilise davantage.

Comme par le passé, l'octroi de l'effet suspensif constitue un premier écueil décisif qu'il faut surmonter pour que le recours ait des chances de succès. Pour ce faire, le soumissionnaire évincé doit en particulier exposer qu'en cas d'admission du recours et compte tenu des critères d'adjudication fixés par le pouvoir adjudicateur, l'adjudication lui reviendrait et qu'il a donc qualité pour recourir. Le grief d'une mauvaise évaluation des offres ne suffit pas et il faut plutôt démontrer des erreurs manifestes d'appréciation, ou d'autres violations du droit.

Les points suivants sont décisifs pour réussir son recours :

- les erreurs dans les documents d'appel d'offres doivent être signalées immédiatement après leur publication ;
- il convient d'exiger le plus rapidement possible du pouvoir adjudicateur une justification écrite de la décision d'adjudication ainsi qu'un débriefing ;
- dans le mémoire de recours, il convient de requérir l'effet suspensif à titre superprovisionnel, de formuler une demande de consultation du dossier et de se réserver de compléter le recours après avoir consulté le dossier.

Si un soumissionnaire envisage de faire appel à des conseillers juridiques externes, il est fortement recommandé de le faire le plus tôt possible, eu égard aux courts délais de procédure.

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

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



Hugh Reeves

Managing Associate, Lausanne

Téléphone +41 58 658 52 73

hugh.reeves@walderwys.com



Regula Fellner

Managing Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 51 98

regula.fellner@walderwys.com



Isabelle Hanselmann

Senior Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 56 07

isabelle.hanselmann@walderwys.com



Lena Götzinger

Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 56 63

lena.goetzinger@walderwys.com



Florian Roth

Senior Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 79

florian.roth@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



Felix Tuchschnid

Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 56 16

felix.tuchschnid@walderwys.com