

Adjudications News n°

31

La participation aux procédures d'adjudication représente un investissement conséquent

pour les soumissionnaires, qui n'est généralement récompensé que par l'adjudication du marché. La loi fédérale sur les marchés publics (« LMP ») prévoit la possibilité de demander des dommages-intérêts, mais comment celle-ci fonctionne-t-elle dans la pratique et à quoi les soumissionnaires évincés doivent-ils prêter attention ?



De Isabelle Hanselmann
M.A. HSG, Avocate
Senior Associate
Téléphone +41 58 658 56 07
isabelle.hanselmann@walderwyss.com

Demandes d'indemnisation selon la LMP révisée

La LMP révisée est entrée en vigueur le 1er janvier 2021 et, avec elle, les nouveaux articles sur la procédure de recours. Cette Newsletter traite de la demande de dommages-intérêts pour les marchés publics de droit fédéral et indique quand et comment déposer une telle demande.

Protection juridique primaire et secondaire

La participation à une procédure de marché public représente un investissement conséquent pour les soumissionnaires. Aucune indemnisation n'est en principe prévue ; le travail fourni est rémunéré uniquement par l'adjudication du marché. Les soumissionnaires peuvent toutefois interjeter recours contre une procédure de marché public entachée de vices. Pour le soumissionnaire, le but premier de la protection juridique est de réformer la procédure d'adjudication en sa faveur ; dans la plupart des cas, le résultat visé est d'obtenir l'adjudication du marché, respectivement de conclure le contrat (protection juridique primaire). C'est uniquement lorsque la conclusion du contrat n'est pas (ou plus) possible que se pose la question des dommages-intérêts pour les dépenses et les frais investis (protection juridique secondaire).

Font partie des décisions susceptibles de recours celles relatives aux documents d'appel d'offres, à l'adjudication ainsi qu'à sa révocation, à l'interruption de la procédure ou encore à l'exclusion de celle-ci (cf. art. 53 al. 1 LMP). Selon le type de prestation concernée, outre la présence d'un objet de recours recevable et donc sujet à recours, les valeurs seuils qui s'appliquent en la matière doivent être atteintes. Le recours est recevable pour les fournitures et les services à partir de la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation (CHF 150'000), et, pour les travaux de construction, à partir de la valeur déterminante

pour la procédure ouverte ou sélective (CHF 2'000'000 ; cf. art. 52 al. 1 LMP).

À l'instar de l'ancien droit, la protection juridique primaire n'est possible, selon la LMP révisée, que pour les marchés qui sont soumis aux accords internationaux. En revanche, pour les marchés qui ne sont pas soumis aux accords internationaux, le recours peut tendre uniquement à faire constater que la décision attaquée viole le droit fédéral et donc à demander des dommages-intérêts (art. 52 al. 2 LMP). Sur ce point, il s'agit d'une amélioration par rapport à l'ancien système, car ces marchés ne bénéficiaient jusqu'à présent pas de protection juridique.¹ La protection juridique secondaire s'applique en outre lorsque le pouvoir adjudicateur a déjà conclu (de manière licite) le contrat avec l'adjudicataire.

Demande de dommages-intérêts selon la LMP

La partie recourante vise principalement à obtenir l'adjudication du marché, concrètement le contrat objet de l'appel d'offres. D'un point de vue juridique, la partie recourante conclut à l'annulation ou à une modification de la décision contestée.

En droit des marchés publics, le recours n'a pas automatiquement effet suspensif. Le recours doit donc conclure explicitement à l'octroi de l'effet suspensif.

¹ Il en va autrement de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (« AIMP ») : la protection juridique primaire était et reste possible même pour les marchés non soumis aux accords internationaux.

Si le tribunal n'accorde pas l'effet suspensif au recours contre l'adjudication, ou le retire, le pouvoir adjudicateur est libre de conclure le contrat avec l'adjudicataire. La conclusion du contrat a pour conséquence que l'adjudication ne peut plus être annulée. Seule la constatation de son illicéité demeure possible.

Avec un constat d'illicéité, un soumissionnaire n'a en soi rien gagné et il souhaite donc obtenir une indemnisation financière. Selon la LMP révisée, le tribunal statue désormais simultanément sur une éventuelle demande de dommages-intérêts. Jusqu'à présent, cette possibilité faisait défaut, ce qui entraînait des doublons et des frais de procédures inutiles. Afin de pouvoir être traitée de façon simultanée dans la procédure de recours, la demande de dommages-intérêts doit être suffisamment établie, c'est-à-dire qu'elle doit être fondée sur des faits incontestables ou qui puissent être prouvés immédiatement, et qu'il ne soit donc pas nécessaire de procéder à de vastes instructions.

En pratique, on considère que la demande de constatation de l'illicéité est comprise dans les conclusions en cas de procédure de protection juridique primaire (p. ex. lorsque le soumissionnaire conclut à l'annulation de l'adjudication) ; en revanche, une demande de dommages-intérêts doit normalement faire l'objet d'un dépôt explicite séparé. La question se pose donc de savoir dans quelle mesure un recourant doit déposer une conclusion subsidiaire de dommages-intérêts dès le début de la procédure, ou si cela peut être fait lors d'une phase ultérieure. La LMP ne contient aucune disposition à ce sujet. En vertu de la maxime éventuelle, applicable en procédure de recours, toutes les requêtes, y compris les conclusions subsidiaires, doivent être incluses dans le mémoire de recours. Les (nouvelles) conclusions ou alternatives proposées uniquement lors de la réplique sont irrecevables et le tribunal ne peut pas entrer en matière

sur celles-ci. Par mesure de précaution, une conclusion subsidiaire de dommages-intérêts devrait donc être déposée déjà lors de l'introduction du recours.

Quel type de dommage peut être indemnisé ?

Selon l'art. 58 al. 4 LMP, les dommages-intérêts sont limités aux dépenses que le soumissionnaire a dû engager en relation avec la préparation et la remise de son offre. Cette formulation indique que seuls les coûts liés à l'offre, c'est-à-dire les dépenses engagées par le soumissionnaire pour la préparation et la présentation de l'offre, doivent être remboursés. Ne sont donc pas compris, par exemple, les frais d'avocat pour le conseil juridique (dont une partie est toutefois couverte par l'indemnité de partie accordée par le tribunal), d'autres dépenses en dehors du processus de soumission ou le manque à gagner. Étant donné que seules les dépenses nécessaires sont indemnisables, le recourant est avisé d'invoquer uniquement les dépenses raisonnablement engagées et qui sont objectivement justifiables. Dès lors qu'il incombe au recourant de prouver le préjudice qu'il allègue, il doit en détailler clairement le montant.

Il est incertain dans quelle mesure la demande de dommages-intérêts doit déjà être chiffrée et étayée dans le mémoire de recours ou si cela peut encore être fait ultérieurement. En principe, il serait déjà possible de le faire au moment du dépôt du recours, puisque les coûts liés à l'offre sont connus et que les faits sont clos avec la remise de l'offre. Par mesure de sécurité, il convient donc de détailler le dommage déjà lors du dépôt du recours. Pour le soumissionnaire, cela représente une charge supplémentaire à assumer dans le délai de recours, déjà court, de vingt jours. Il est envisageable et souhaitable, du point de vue du soumissionnaire, que les tribunaux autorisent de faire valoir des dommages-intérêts, y compris de les détailler, jusqu'au moment où la

protection juridique primaire est rejetée (annulation de l'adjudication). Un premier arrêt du Tribunal administratif fédéral (arrêt B-2963/2021 du 15 octobre 2021) laisse entrevoir une telle pratique : le tribunal a fixé un délai au recourant pour faire valoir une éventuelle demande de dommages-intérêts, après la notification de la conclusion du contrat lors de la procédure en cours.

Dans la mesure où, initialement, seule une conclusion en constatation est déposée, par exemple parce que l'adjudication d'un marché fédéral n'est pas soumise aux accords internationaux, il est recommandé de chiffrer la demande dès le début de la procédure.

La Loi sur la responsabilité est-elle plus favorable ?

En raison de l'étendue limitée des dommages-intérêts selon la LMP, des soumissionnaires ingénieurs pourraient avoir l'idée de demander des dommages-intérêts sur la base de la Loi fédérale sur la responsabilité (« LRCF »), sans même déposer de recours contre la décision d'adjudication. La LRCF exclut toutefois cette possibilité, car celui qui ne fait pas usage des moyens de recourir qui lui sont offertes perd également le bénéfice d'une procédure en responsabilité (« principe de la protection juridique unique » ; art. 12 LRCF).

La réparation du dommage résiduel sur la base du droit de la responsabilité de l'Etat est également exclue. La LRCF s'efface derrière les dispositions de la loi spéciale sur la responsabilité, c'est-à-dire qu'elle ne s'applique pas là où une loi spéciale, comme la LMP, régit un état de fait. Le dommage qui peut être réparé est déjà réglé par l'art. 58 al. 4 LMP, ce qui ne laisse aucune marge de manœuvre pour une définition plus large du dommage au sens de la LRCF. Il ne reste donc à la LRCF qu'un champ d'application (limité) en tant que régime subsidiaire, là où la LMP ne régit pas la matière. La LRCF peut toutefois s'appliquer pour un état de fait

où un pouvoir adjudicateur cause un dommage, qui n'est toutefois pas imputable à une décision erronée de sa part et qui ne peut donc pas faire l'objet d'un recours selon la LMP ; c'est par exemple le cas en matière de responsabilité délictuelle.

Conclusion et conseils pratiques

La LMP révisée apporte une modeste amélioration ainsi qu'une simplification de la protection juridique. Le fait qu'une demande de dommages-intérêts puisse désormais être déposée simultanément à la demande en constatation de l'illicéité est une bonne chose et constitue en même temps une simplification des procédures. Pour une partie recourante, cela réduit sa charge de travail.

En raison de l'étendue limitée des dommages-intérêts, la question de l'effet suspensif du recours reste centrale. Si l'effet suspensif n'est pas demandé ou s'il n'est pas accordé par le tribunal, la procédure de recours ne peut aboutir qu'à une indemnisation d'éventuels frais liés à la procédure d'appel d'offres, ce qui ne correspond souvent guère au souhait initial d'un recourant. La protection juridique secondaire ou le remboursement d'éventuels dommages et intérêts ne représentent souvent qu'une maigre consolation.

La protection juridique reste peu attrayante pour les marchés non soumis aux accords internationaux. Les soumissionnaires évincés hésiteront souvent à engager une procédure de recours, car les frais supplémentaires liés à l'introduction d'un recours ne peuvent être indemnisés, hormis les dépens. La protection juridique secondaire devrait donc rester largement lettre morte pour les marchés non soumis aux accords internationaux, hormis dans le cas d'une conclusion introduite simultanément dans un recours ordinaire.

En tant que recourant, il conviendrait donc de prêter attention aux éléments qui suivent :

- Noter le temps consacré à l'élaboration de l'offre (heures de travail, collaborateur impliqué, prestation effectuée).
- En cas de décision négative, décider suffisamment tôt si un recours doit être déposé, afin de pouvoir exploiter au mieux le délai de recours de 20 jours.
- Conclure explicitement dans le recours à l'octroi de l'effet suspensif.
- Introduire dès le recours une conclusion subsidiaire en dommages-intérêts, chiffrée provisoirement, en précisant qu'elle sera chiffrée et détaillée dans une phase ultérieure.

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, 2021

Contact



Thomas P. Müller
Associé, Zurich
Téléphone +41 58 658 55 04
thomas.p.mueller@walderwys.com



Hans Rudolf Trüb
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



Daniel Zimmerli
Counsel, Zurich
Téléphone +41 58 658 55 33
daniel.zimmerli@walderwys.com



Martin Zobl
Managing Associate, Zurich
Téléphone +41 58 658 55 35
martin.zobl@walderwys.com



Hugh Reeves
Managing Associate, Lausanne
Téléphone +41 58 658 52 73
hugh.reeves@walderwys.com



Regula Fellner
Senior 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



Lucina Herzog
Associate, Zürich
Téléphone +41 58 658 56 15
lucina.herzog@walderwys.com



Flora Reber
Associate, Zurich
Téléphone +41 58 658 58 24
flora.reber@walderwys.com



Florian Roth
Associate, Zurich
Téléphone +41 58 658 55 79
florian.roth@walderwys.com



Matthieu Seydoux
Associate, Lausanne
Téléphone +41 58 658 83 58
matthieu.seydoux@walderwys.com