



Marchés publics 2022

La protection juridique primaire et secondaire

François BELLANGER / Milena PIREK

Sommaire

2

- Une protection en deux étapes
- Le système au plan fédéral
- Le système selon l'AIMP₁₉
- Le recours au Tribunal fédéral



Une protection en deux étapes



Définitions

4

- La protection juridique **primaire** (*Primärrechtsschutz*)
 - Elle permet de recourir contre les décisions du pouvoir adjudicateur et tend à l'annulation des décisions attaquées
- La protection juridique **secondaire** (*Sekundärrechtsschutz*)
 - Elle vise le versement de dommages et intérêts au titre de la responsabilité de l'Etat à raison de l'illicéité d'une décision, notamment d'une décision d'adjudication.



Ces deux étapes sont liées

5

- La protection juridique **secondaire** dépend de la constatation de l'illicéité de la décision à l'origine de la responsabilité de l'Etat:
 - Ceci peut nécessiter d'engager la protection juridique **primaire** avec la protection juridique secondaire.
- La protection juridique **secondaire** peut être provoquée par un refus d'effet suspensif et la conclusion du contrat entre l'adjudicateur et l'adjudicataire indépendamment du recours initié dans le cadre de la protection juridique **primaire**.



La protection juridique **secondaire** est **subsidaire**

6

- la responsabilité spéciale de l'Etat en matière de droit des marchés publics est possible que lorsque trois conditions cumulatives sont remplies:
 - Le soumissionnaire évincé recourt contre la décision de l'adjudicateur attaquée afin d'empêcher la décision d'entrer en force et d'être réputée licite.
 - La restitution de l'effet suspensif est sollicitée par le recourant puis refusée par l'autorité de recours.
 - Le recours est admis et la constatation de l'illicéité de la décision attaquée prononcée par l'autorité de recours.
- L'obtention d'une décision constatant le caractère illicite de la décision attaquée est donc un préalable nécessaire à la protection juridique secondaire.
- Ceci signifie que sans protection juridique **primaire**, il ne peut y avoir de protection juridique **secondaire**.



L'objet de la protection juridique secondaire

7

- La protection juridique secondaire dépend de l'existence d'un préjudice susceptible d'être réparé qui résulterait de la décision de l'adjudicateur.
- Le TAF précise que, la protection juridique secondaire, sous forme de dommages-intérêts au sens du droit des marchés publics, n'entre en ligne de compte que si la recourante n'a plus aucune chance d'obtenir le marché.
 - En cas de nouvel appel d'offres avec la possibilité pour la recourante, d'obtenir le marché, une prétention à des dommages-intérêts est exclue, même si les irrégularités constatées ont entraîné des coûts inutiles pour l'établissement de l'offre devaient être avérés (ATAF 2020 IV/2 du 25 février 2020, consid. 7.3).



L'impact sur les conclusions

8

- La demande en constatation de l'illicéité est en principe comprise dans les conclusions du recours en protection juridique primaire et plus précisément dans les conclusions en annulation de l'adjudication.
 - En conséquence, la demande de constatation de l'illicéité n'a pas à être formellement exprimée.
- En revanche, la demande d'indemnisation doit donner lieu à une conclusion spécifique.
- Si un contrat est conclu après l'introduction de la procédure de, cette dernière ne devient pas sans objet mais se transforme en une action en constatation de l'éventuelle illicéité de la décision attaquée, qui permettra au recourant, si elle est fondée, de demander des dommages-intérêts.
 - La protection juridique secondaire remplace ainsi la protection juridique primaire en tant qu'objet du litige.
 - Les conclusions en annulation de la décision et en attribution du marché deviennent sans objet et ne peuvent plus être traitées par le tribunal.
 - En l'absence de conclusion sur la protection juridique secondaire, le tribunal devrait dans tous les cas octroyer au recourant un délai pour adapter ses conclusions postérieurement au dépôt du recours et formuler des demandes en dommages-intérêts.
- Par prudence, il conviendrait de formuler dès le dépôt du recours des demandes en dommages-intérêts tout en se réservant le droit de chiffrer plus précisément et définitivement la demande en cours de procédure en cas de conclusion du contrat par l'adjudicateur.



Le système au plan fédéral



Le système au niveau fédéral: la base légale

10

Art. 52 LMP

- ¹ Les décisions des adjudicateurs peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral lorsqu'elles concernent:
 - a. un marché portant sur des fournitures ou des services dont la valeur atteint la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation;
 - b. un marché portant sur des travaux de construction dont la valeur atteint la valeur seuil déterminante pour les procédures ouvertes ou sélectives.
- ² (...).
- ³ (...).
- ⁴ (...).
- ⁵ Les décisions relatives aux marchés publics visés à l'annexe 5, ch. 1, let. c et d, ne sont pas sujettes à recours.



Le système au niveau fédéral:

L'accès limité au recours

11

■ PRINCIPE

- L'article 52 al. 1 LMP impose une condition de **valeur minimale** pour l'ouverture de la voie de recours (valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation):
 - Pour les marchés portant sur des fournitures ou des services: 1 500 000 francs (ann. 4 LMP).
 - Pour les marchés portant sur des travaux de construction: 2 000 000 francs (ann. 4 LMP).
- Seules les décisions visées à l'article 53 al. 1 LMP sont sujettes à recours (art. 53 al. 5 LMP).
- **Si ces deux conditions ne sont pas réalisées, le recours n'est pas ouvert (les autres conditions de recevabilité sont réservées).**

■ EXCEPTION

- Le recours est ouvert indépendamment de la valeur pour les décisions relatives:
 - A l'inscription d'un soumissionnaire sur une liste ou sa radiation.
 - Au prononcé d'une sanction (art. 53 al. 4 LMP_o).
- Le recours est exclu en toute hypothèse pour les marchés publics visés à l'annexe 5, ch. 1, let. c et d:
 - Les marchés relatifs à l'acquisition d'armes, de munitions, de matériel de guerre ou, s'ils sont indispensables à des fins de défense et de sécurité, d'autres fournitures, de services, de travaux de construction, de travaux de recherche ou de développement;
 - les marchés publics passés dans le cadre de la coopération internationale au développement, de la coopération avec l'Europe de l'Est, de l'aide humanitaire ainsi que de la promotion de la paix et de la sécurité humaine.
- Pas de recours des soumissionnaires étrangers si l'État dans lequel ils ont leur siège n'accorde pas la réciprocité en cas de recours contre des décisions relatives à des marchés non soumis aux accords internationaux.



Si le recours est fermé

- Pas de **protection juridique primaire**.
- Pas de **protection juridique secondaire**.



Si le recours est ouvert

- Si le marché est soumis aux accords internationaux, le pouvoir de décision de l'autorité de recours est en principe complet (**protection juridique primaire**):
 - Elle peut en principe :
 - Annuler la décision attaquée.
 - Renvoyer l'affaire renvoyer l'affaire à l'autorité précédente ou à l'adjudicateur avec des instructions impératives.
 - Adjuger le marché au recourant.
- Ce pouvoir peut toutefois être limité (passage à la **protection juridique secondaire**) si le contrat est conclu.



L'enjeu de l'effet suspensif (art. 54 LMP)

■ **PRINCIPE**

- Le recours n'a pas effet suspensif.
 - La conclusion du contrat est possible.

■ **EXCEPTION**

- L'effet suspensif ne peut être accordé qu'à un recours contre une décision relative à un marché soumis aux accords internationaux lorsque ce recours paraît suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public prépondérant ne s'y oppose.
 - Octroi de l'effet suspensif.
 - La conclusion du contrat est exclue.
 - Refus de l'effet suspensif.
 - La conclusion du contrat est possible.



Les conséquences...

- Recours pour un marché **non soumis aux traités internationaux**
 - **Pas d'effet suspensif.**
 - La conclusion du contrat provoque le passage de la **protection juridique primaire** à la **protection juridique secondaire**.
 - Le pouvoir de décision de l'autorité de recours est limité:
 - Constatation du caractère illicite;
 - Octroi éventuel de dommages et intérêts (art. 58 al. 2 LMP).
- Recours pour un marché **soumis aux traités internationaux**
 - **Pas d'effet suspensif demandé ou effet suspensif refusé.**
 - La conclusion du contrat provoque le passage de la **protection juridique primaire** à la **protection juridique secondaire**.
 - **Effet suspensif demandé et octroyé.**
 - le pouvoir de décision de l'autorité de recours reste complet (**protection juridique primaire**):
 - Elle peut en principe :
 - Annuler la décision attaquée.
 - Renvoyer l'affaire renvoyer l'affaire à l'autorité précédente ou à l'adjudicateur avec des instructions impératives.
 - Adjuger le marché au recourant.
 - Eventuellement octroyer des dommages et intérêts.



Le système selon l'AIMP₁₉



Le système au niveau cantonal: L'accès limité au recours

17

■ PRINCIPE

- L'article 52 al. 1 AIMP₁₉ impose une condition de **valeur minimale** pour l'ouverture de la voie de recours (valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation):
 - Pour les marchés portant sur des fournitures ou des services: 250'000 francs.
 - Pour les marchés portant sur des travaux de construction de second œuvre: 250'000 francs.
 - Pour les marchés portant sur des travaux de construction de gros-œuvre: 500'000 francs.
- Seules les décisions visées à l'article 53 al. 1 AIMP₂₀₁₉ sont sujettes à recours (art. 53 al. 5 AIMP₁₉).
- **Si ces deux conditions ne sont pas réalisées, le recours n'est pas ouvert (les autres conditions de recevabilité sont réservées).**

■ EXCEPTION

- Le recours est ouvert indépendamment de la valeur pour les décisions relatives:
 - A l'inscription d'un soumissionnaire sur une liste ou sa radiation.
 - Au prononcé d'une sanction (art. 53 al. 4 AIMP₁₉).
- Pas de recours des soumissionnaires étrangers si l'État dans lequel ils ont leur siège n'accorde pas la réciprocité en cas de recours contre des décisions relatives à des marchés non soumis aux accords internationaux.



Si le recours est ouvert ou fermé

- Si le recours est fermé:
 - Pas de **protection juridique primaire**.
 - Pas de **protection juridique secondaire**.
- Si le recours est ouvert:
 - En principe: **protection juridique primaire**.
 - Contrairement au droit fédérale le passage à la **protection juridique secondaire** n'est pas automatique pour les contrats non soumis aux traités internationaux



Les différences entre LMP/AIMP₁₉

- Art 52 al. 2 LMP: « Les recours contre des décisions relatives à des marchés non soumis aux accords internationaux peuvent tendre uniquement à faire constater que lesdites décisions violent le droit fédéral...».
 - Pas de disposition équivalente à l'article 52 AIMP₁₉.
- L'article 42 al. 1 AIMP₁₉ prévoit que: « Dans le cas des marchés non soumis aux accords internationaux, un contrat peut être conclu avec le soumissionnaire retenu après l'adjudication».
 - Pas de règle équivalente dans l'article 52 LMP.
- Pas de possibilité d'avoir l'effet suspensif pour un marché non soumis aux Traités internationaux à l'article 54 al. 2 LMP.
- Selon l'article 54 al. 2 AIMP₁₉, l'effet suspensif peut être accordé pour un marché soumis ou non soumis.



En conséquence...

- Recours pour un marché **soumis ou non aux traités internationaux**
 - **Pas d'effet suspensif.**
 - La conclusion du contrat provoque le passage de la **protection juridique primaire** à la **protection juridique secondaire**.
 - Le pouvoir de décision de l'autorité de recours est limité:
 - Constatation du caractère illicite;
 - Octroi éventuel de dommages et intérêts (art. 58 al. 2 LMP).
 - **Effet suspensif demandé et octroyé.**
 - le pouvoir de décision de l'autorité de recours reste complet (**protection juridique primaire**):
 - Elle peut en principe :
 - Annuler la décision attaquée.
 - Renvoyer l'affaire renvoyer l'affaire à l'autorité précédente ou à l'adjudicateur avec des instructions impératives.
 - Adjuger le marché au recourant.
 - Eventuellement octroyer des dommages et intérêts.



Le recours au Tribunal fédéral



Un accès au recours très limité

22

- Le recours en matière de droit public n'est ouvert que les deux conditions cumulatives fixées l'article 83 let. f LTF sont remplies:
 - Le marché atteint les valeurs seuils internationales ou les valeurs seuils déterminantes de la LMP.
 - Il existe une question juridique de principe.
- Le recours constitutionnel subsidiaire:
 - Est fermé en matière de marchés publics fédéraux le Tribunal administratif fédéral n'étant pas une autorité cantonale de dernière instance (art. 114 LTF),
 - Est ouvert et est probablement même la règle, en matière de marchés publics cantonaux et communaux.



Protection juridique secondaire et valeur litigieuse

23

- Dans la mesure où l'objet de la procédure est uniquement la question des dommages et intérêts, cela requalifie-t-il le recours?
- Rapport entre les articles 83 let. f LTF et 85 LTF?
- Lorsque le tribunal constate l'illicéité et statue simultanément sur des dommages-intérêts dans le cadre de la même procédure, l'art. 83 let. f LTF devrait trouver application, puisque dans une telle situation l'élément prédominant est le marché public.
- En revanche, on peut s'interroger sur l'application de l'article 85 LTF comme condition supplémentaire de recevabilité.



L'impact sur la qualité pour recourir

24

- Dans le cadre d'un recours constitutionnel subsidiaire, le Tribunal fédéral a constaté l'absence d'intérêt pratique et juridique à déposer un recours constitutionnel subsidiaire en raison de l'absence de conclusions tendant à l'adjudication du marché public en sa faveur et de la limitation d'emblée au seul constat de l'illicéité de l'adjudication et au versement d'une indemnité.
- En renonçant à la protection juridique primaire offerte par le droit de marchés publics au profit de la protection secondaire qui est par définition subsidiaire, la recourante s'est d'emblée privée de la possibilité d'obtenir le marché litigieux, raison pour laquelle elle n'a aucun intérêt pratique et juridique digne de protection, contrairement à ce qu'exige l'art. 115 LTF (Arrêt du TF 2C_203/2014 du 9 mai 2015, consid. 2.3).



Conclusion et questions...

25

Merci beaucoup!

