

**Quelle protection juridique pour les soumissionnaires en cas d'interruption
de la procédure d'adjudication ?**

Droit des marchés publics

Mémoire de maîtrise universitaire en droit

Présenté à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de
l'Université de Lausanne par

Virginie DUBUIS

Sous la direction du

Professeur Etienne POLTIER

Semestre de printemps 2019

Table des abréviations

art.	article(s)
al.	alinéa
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994
AMP	Accord international sur les marchés publics de l'OMC du 15 avril 1994, RS 0.632.231.422
ch.	chiffre(s)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme), RS 0.101
cf.	se référer à
cit.	cité
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911, RS 220
consid.	considérant
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CPJA-FR	Code fribourgeois de procédure judiciaire et de juridiction administrative, RS-FR 150.1
CRM	Commission fédérale de recours en matière de marchés publics
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
DEMP	Directives d'exécution de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994
NLFA	Nouvelle ligne ferroviaire à travers les Alpes
éd.	édition
édit.	éditrice/éditeur
et al.	<i>et alii</i> (et autres)
FR	Canton de Fribourg
GE	Canton de Genève
let.	lettre
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
in	dans

JdT	Journal des tribunaux
LCart	Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995, RS 251
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994, RS 172.056.1
LMP-VD	Loi vaudoise sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP-VD), RSV 726.01
LMI	Loi sur le marché intérieur du 6 octobre 1995, RS 943.02
LPA-GE	Loi genevoise sur la procédure administrative, RS-GE E5 10
LPA-VD	Loi sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 RSV 173.36
LPJA-BE	Loi bernoise sur la procédure et la juridiction administrative du 23 mai 1989, RS-BE 155.21
LPJA-VS	Loi valaisanne sur la procédure et la juridiction administrative, RS-VS 172.6
LTAF	Loi sur le tribunal administratif fédéral du 17 juin 2015, RS 173.32
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110
n°	numéro(s)
n. p.	non publié
NE	Canton de Neuchâtel
OFROU	Office fédéral des routes
OMP	Ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995, RS 172.056.11
OMP-VS	Ordonnance valaisanne sur les marchés publics du 26 mars 1997, RS-VS 801.20
Org-LMP	Ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale du 24 octobre 2012, RS 172.056.15
p.	page
pp.	pages
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021
RLMP-VD	Règlement vaudois d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics du 7 juin 2004, RSV 726.01.1

RMP-FR	Règlement fribourgeois sur les marchés publics du 28 avril 998, RSV 122.91.11
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	et suivant(e)
SJ	Semaine judiciaire
ss	et suivant(e)s
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
TI	Canton du Tessin
VD	Canton de Vaud
VS	Canton du Valais
ZH	Canton de Zurich

Bibliographie

Monographies

ARROWSMITH Sue, *Government Procurement in the WTO*, La Hague 2003 ; cité ARROWSMITH (2003)

BEYELER Martin, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Schulthess Zurich 2012 ; cit. : BEYELER (2012)

BEYELER Martin, *Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenerstaz*, thèse Fribourg, Schulthess Zurich 2004 ; cit. : BEYELER (2004)

BEYELER Martin, *Vergaberechtliche Entscheide 2014, 2015*, Schulthess Zurich 2016 ; cit. : BEYELER (2016)

BOCK Christian, *Das europäische Vergaberecht für Bauaufträge, unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf das schweizerische Submissionsrecht*, Helbing Lichtenhahn Bâle 1993 ; cit. : BOCK (1993)

BOVAY Benoît, *Procédure administrative*, 2^{ème} éd., Stämpfli Berne 2015 ; cit. : BOVAY (2015)

BRENCI Alessandro, *De la question juridique de principe. La traduction de l'autorité judiciaire suprême ; le reflet des hésitations sur la nature du Tribunal fédéral*, thèse, Schulthess Zurich 2015 ; cit. : BRENCI (2015)

CARRON Vincent/FOURNIER Jacques, *La protection juridique dans la passation des marchés publics – Étude de droit comparé*, Éditions Universitaires Fribourg 2002 ; cit. : CARRON/FOURNIER (2002)

CLERC Evelyne, *L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique*, thèse, Éditions Universitaires Fribourg 1997 ; cit. : CLERC (1997)

DUBEY Jacques/ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Droit administratif général*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2014 ; cit. : DUBEY/ZUFFEREY (2014)

GALLI Peter/LEHMANN Daniel/RECHSTEINER Peter, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Schulthess Zurich 1996 ; cit. : GALLI et al. (1996)

GALLI Peter/MOSER André/LANG Elisabeth/STEINER Marc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^{ème} éd., Schulthess Zurich 2013 ; cit. : GALLI et al. (2013)

GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/EMMENEGGER Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht allgemeiner Teil*, 10^{ème} éd., Schulthess Zurich 2014 ; cit.: GAUCH et al. (2014)

GAUCH Peter/STÖCKLI Hubert/DUBEY Jacques, *Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics*, Éditions Universitaires Fribourg 1999 ; cit. : GAUCH/STÖCKLI/DUBEY (1999).

GRISEL André, *Traité de droit administratif*, vol. II, éd. Ides et Calendes Neuchâtel 1984 ; cit. : GRISEL (1984)

KÖLZ Alfred/HÄNER Isabelle/BERTSCHI Martin, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^{ème} éd., Schulthess Zurich 2013 ; cit. : KÖLZ et al. (2013)

MOOR Pierre/POLTIER Etienne, *Droit administratif vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^{ème} éd., Stämpfli Berne 2011 ; cit. : MOOR/POLTIER (2011)

MOSER André/BEUSCH Michael/KNEUBÜHLER Lorenz, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2013 ; cit. : MOSER et al. (2013)

POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, Stämpfli Berne 2014 ; cit. : POLTIER (2014)

RHINOW René A./KOLLER Heinrich/KISS Christina/THURNHERR Daniela/BRÜHL-MOSER Denise, *Öffentliches Prozessrecht*, 3^{ème} éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2014 ; cit. : RHINOW et al. (2014)

STÖCKLI Hubert/BEYELER Martin, *Vergaberecht 2014: neue Themen, neue Urteile*, in *Aktuelles Vergaberecht 2014*, Schulthess Zurich 2014 ; cit. : STÖCKLI/BEYELER (2014)

SUTER Stefan, *Der Abbruch des Vergabeverfahren*, thèse, Helbing Lichtenhahn Basel 2010 ; cit. : SUTER (2010)

ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Réglementation des marchés publics en Suisse*, Textes, références, commentaires divers, Schulthess Zurich 2014 ; cit. : ZUFFEREY (2014)

ZUFFEREY Jean-Baptiste/MAILLARD Corinne/MICHEL Nicolas, *Présentation générale, éléments choisis et code annoté*, Éditions Universitaires Fribourg 2002 ; cit. : ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL (2002)

Articles

BEYELER Martin, *Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren* AJP/PJA (2005) n°7, pp. 784 ss ; cit. : BEYELER (2005)

BEYELER Martin/SCHERLER Stefan, *Vergaberecht 2016: neue Themen, neue Urteile*, in: *Marchés publics 2016*, Schulthess Zurich 2016, pp. 35 ss ; ci-après : BEYELER/SCHERLER (2016)

DUBEY Jacques, *Arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire de l'Hôpital Riviera-Chablais : quand l'adjudicateur peut-il, voire doit-il recommencer la procédure ?* in : BR/DC (2016) n°1, pp. 36 ss ; cit. : DUBEY (2016)

GAUCH Peter, *Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes*, in: RDS (1995) n°114, pp. 313 ss ; cit. : GAUCH (1995), disponible sous:

[http://doc.rero.ch/record/9450/files/Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes ZSR 114 1 995 I S. 313 ff. .pdf](http://doc.rero.ch/record/9450/files/Das_neue_Beschaffungsgesetz_des_Bundes_ZSR_114_1_995_I_S._313_ff_.pdf) consulté le 4 juin 2019

JÄGER Christoph, *Öffentliches Beschaffungsrecht* in: MÜLLER Markus/FELLER Reto, *Bernisches Verwaltungsrecht*, Stämpfli Berne 2013, pp. 807 ss; cit. : JÄGER (2013)

METZ Markus/SCHMID Gerhard, *Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens* in: ZB1 1998, p. 49-76; cit. : METZ/SCHMID

POLTIER Etienne, *Les marchés publics : premières expériences vaudoises* in RDAF 2000 I pp. 297 ss ; cit. : POLTIER (2000)

RODONDI Olivier, *Les marchés de gré à gré* in : ZUFFEREY Jean-Baptiste/STÖCKLI Hubert, *Marchés publics 2014*, Schulthess Zurich 2014, pp. 177 ss ; cit. : RODONDI (2014)

SCHERLER Stefan, *Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren*, in: ZUFFEREY Jean-Baptiste/STÖCKLI Hubert, *Marchés publics 2008*, Schulthess Zurich 2008, pp. 285 ss ; cit. : SCHERLER (2008)

STÖCKLI Hubert, *Bundesgericht und Vergabercht* in: BR/DC (2002) n°1, pp. 3 ss ; cit. : STÖCKLI (2002)

TERCIER Pierre, *La libéralisation du marché de la construction*, in: Journées du droit de la construction, Fribourg 1997, vol. I, pp. 2 ss ; cit. : TERCIER (1997)

WOLF Robert, *Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln*, in ZB1 2003, pp. 3 ss ; cit. : WOLF (2003)

ZUFFEREY Jean-Baptiste, *Marchés publics : la décision administrative et ses conséquences pour le contrat* in : GAUCHS Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Schulthess Zurich 2004, pp. 963 ss ; cit. : ZUFFEREY (2004)

Documents officiels

AlpTransit Gothard SA, *Rapport de la Délégation de surveillance de la NLFA des Chambres fédérales relatif aux investigations de son groupe de travail sur les reproches formulés en rapport avec l'adjudication du lot de gros œuvre 151 (Erstfeld) (FF 2007 3423)*, disponible sous : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2007/3423.pdf> consulté le 6 août 2019

Conseil fédéral, *Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001* (FF 2001 p. 4000), disponible sous : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2001/4000.pdf> consulté le 4 juin 2019

Conseil fédéral, *Message relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay) (Message 2 GATT) du 19 septembre 1994* (FF 1994 IV 995), disponible sous : <https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10107965> consulté le 4 juin 2019

Conseil fédéral, *Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics du 15 février 2017* ; cité : Message P-LMP, disponible sous : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2017/1695.pdf> consulté le 4 juin 2019

Office fédéral des constructions et de la logistique, *Marchés publics : répondre à un appel d'offres* de mars 2014, disponible sous : <https://www.kmu.admin.ch/kmu/fr/home/savoir-pratique/gestion-pme/marches-publics.html> consulté le 16 août 2019

Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement DTAP, *Document comparatif pour la révision du droit des marchés publics* de février 2017, disponible sous : <https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/oeffentlichen-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html> consulté le 16 août 2019

Rapport sur les résultats de la procédure de consultation concernant la révision de la loi fédérale et de l'ordonnance sur les marchés publics (LMP/OMP) et l'ordonnance sur les valeurs seuils applicables aux marchés publics (OVS) de novembre 2016 ; cité : Rapport sur les résultats de la procédure de consultation, disponible sous : <https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/oeffentlichen-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html> consulté le 15 août 2019

TABLE DES ABRÉVIATIONS	I
BIBLIOGRAPHIE	IV
1 INTRODUCTION	1
2 LE DROIT DES MARCHÉS PUBLICS	1
2.1 EN GÉNÉRAL	1
2.2 LA PROCÉDURE D'ADJUDICATION	2
2.3 L'ADJUDICATION.....	2
3 L'INTERRUPTION DE LA PROCÉDURE D'ADJUDICATION.....	3
3.1 EN GÉNÉRAL	3
3.2 L'INTERRUPTION DÉFINITIVE DE LA PROCÉDURE	4
3.3 L'INTERRUPTION SUIVIE D'UN RENOUVELLEMENT OU D'UNE RÉPÉTITION DE LA PROCÉDURE	4
3.3.1 <i>Droit applicable</i>	4
3.3.2 <i>Les motifs d'interruption d'un marché public</i>	5
3.3.2.1 Modification de l'appel d'offres.....	5
3.3.2.2 Manque d'offres satisfaisantes.....	7
3.3.2.3 Changement des circonstances	8
3.3.3 <i>Admissibilité de l'interruption</i>	10
3.3.3.1 Existence d'un intérêt public prépondérant.....	10
3.3.3.2 L'interruption n'est pas discriminatoire.....	11
3.3.3.3 L'interruption comme mesure <i>ultima ratio</i>	11
3.3.3.4 La faute du pouvoir adjudicateur ?	12
3.4 RÉVOCACTION DE LA DÉCISION D'ADJUDICATION	12
3.5 FORME DE L'INTERRUPTION	13
3.6 LES EFFETS JURIDIQUES DE L'INTERRUPTION DU MARCHÉ PUBLIC	13
3.7 L'INTERRUPTION DE LA PROCÉDURE D'ADJUDICATION À L'INITIATIVE DU SOUMISSIONNAIRE ?	14
3.8 L'INTERRUPTION PARTIELLE DE LA PROCÉDURE D'ADJUDICATION	14
4 LE RECOURS.....	14
4.1 EN GÉNÉRAL	14
4.2 LES ACTES ATTAQUABLES.....	15
4.3 LES AUTORITÉS DE RECOURS.....	16
4.4 LA RECEVABILITÉ DU RECOURS.....	16
4.4.1 <i>La qualité pour recourir</i>	16
4.4.2 <i>Les règles de forme</i>	18
4.4.3 <i>Les motifs de recours</i>	18
4.5 LES EFFETS DU RECOURS.....	19
4.6 LE DROIT DE CONSULTER LE DOSSIER	19
4.7 LA DÉCISION SUR RECOURS	20
4.8 LE RECOURS AU TRIBUNAL FÉDÉRAL.....	22
5 LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT	23
5.1 INDICATIONS LIMINAIRES.....	23
5.2 LA RESPONSABILITÉ SPÉCIALE DE L'ÉTAT EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS.....	24
5.2.1 <i>En général</i>	24
5.2.2 <i>Les conditions de la responsabilité spéciale du pouvoir adjudicateur</i>	25
5.2.3 <i>La procédure</i>	26
5.3 LES AUTRES FORMES DE RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS	26
5.3.1 <i>La responsabilité précontractuelle de droit privé selon BEYELER</i>	26
5.3.1.1 En général.....	26
5.3.1.2 L'interruption de la procédure de façon contraire à la bonne foi	27
5.3.1.3 Le cercle des ayant-droits	28
5.3.1.4 Le dommage.....	28

5.3.1.5	Remarques sur la responsabilité de droit privé selon BEYELER	29
5.3.2	<i>La responsabilité fondée sur la confiance en droit public</i>	30
6	LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LA RÉVISION DE LA LOI SUR LES MARCHÉS PUBLICS.....	31
6.1	EN GÉNÉRAL	31
6.2	L'INTERRUPTION DE LA PROCÉDURE D'ADJUDICATION	32
6.2.1	<i>L'interruption définitive de la procédure</i>	32
6.2.2	<i>L'interruption suivie d'un renouvellement ou d'une répétition de la procédure</i>	32
6.2.3	<i>Admissibilité de l'interruption</i>	33
6.2.4	<i>La révocation de la décision d'adjudication</i>	33
6.2.5	<i>La forme de la décision d'interruption</i>	33
6.3	LE RECOURS.....	34
6.3.1	<i>Les actes attaquables</i>	34
6.3.2	<i>Les autorités de recours</i>	35
6.3.3	<i>Les règles de forme</i>	35
6.3.4	<i>Les motifs de recours</i>	35
6.3.5	<i>Le droit de consulter le dossier</i>	35
6.3.6	<i>La décision sur recours</i>	36
6.3.7	<i>Le recours au Tribunal fédéral</i>	36
6.4	LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT	36
6.5	OBSERVATIONS	37
7	CONCLUSION	38

1 Introduction

L'interruption de la procédure : la formulation pose problème en soi, en tant qu'elle peut paraître contradictoire. La procédure évoque un déroulement, de son point de départ à son terme. L'interruption y met un terme à une étape intermédiaire. Ainsi, l'interruption de la procédure laisse un goût d'inachevé.

A propos des marchés publics, le Tribunal fédéral retient qu'« *un marché public se définit comme l'ensemble des contrats (de droit privé) passés par les pouvoirs publics avec des soumissionnaires (privés) portant sur l'acquisition de fournitures, de constructions ou de services*¹. ». L'État qui dispose d'importants moyens financiers est un client intéressant et fiable pour de nombreux soumissionnaires privés. Il ouvre parfois des marchés publics pour se voir ensuite contraint d'interrompre la procédure. L'interruption d'un marché public n'est pas anodine. Les soumissionnaires privés qui ont fourni des efforts pour répondre à la demande des pouvoirs publics peuvent, à bon droit, se sentir lésés par l'interruption de la procédure. Le droit des marchés publics est cependant placé sous la protection juridique voulue par le législateur. Le droit suisse offre-t-il une protection appropriée aux soumissionnaires ? Qu'est-ce qui pousse l'État à renoncer à une acquisition ? Dans quelle mesure l'État peut-il modifier son offre ? Son activité ne risque-t-elle pas d'être paralysée par une protection trop stricte des soumissionnaires ? L'intérêt du thème réside dans l'étude de ces questions, dans le but d'étudier la juste pondération entre les intérêts de l'État à interrompre l'acquisition d'un processus d'acquisition de biens ou de services et celui des soumissionnaires, à se voir attribuer un marché pour atteindre le but économique visé.

Dans un premier temps, je rappellerai les règles générales du droit des marchés publics et de la procédure d'adjudication. Puis, dans une seconde partie, j'étudierai les conditions d'interruption de la procédure d'adjudication. Finalement, je traiterai des voies de droit à la disposition des soumissionnaires pour terminer par l'étude de la responsabilité de l'État en cas d'interruption d'un marché public.

2 Le droit des marchés publics

2.1 En général

L'expression « marché public » sous-entend un processus économique et juridique. L'aspect économique découle de la volonté de l'État d'acquérir un bien ou une prestation pour accomplir une tâche publique. Il bénéficie d'une importante marge de manœuvre pour définir les besoins qui sont les siens et les prestations à même de le satisfaire². L'État détermine également les moyens à sa disposition. L'acquisition de la prestation est ensuite réglementée par le droit des marchés publics qui permet de déterminer le type de procédure d'adjudication applicable au marché.

La législation a pour objectif premier d'assurer la libre concurrence et de garantir l'égalité de traitement entre soumissionnaires (art. 1 al. 2 AIMP³). Le principe de non-discrimination (art. III AMP) empêche ainsi le pouvoir adjudicateur de favoriser des concurrents ; il se rattache aux

¹ Arrêt du Tribunal fédéral n. p. 2C_1131/2013 consid. 1.2.1.

² SUTER (2010), p. 5.

³ Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP), disponible sous : <https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/rechtsgrundlagen/kantonale-erlasse.html> consulté le 4 juin 2019.

principes constitutionnels de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.) et de la liberté économique (art. 27 Cst.). Le principe de transparence (art. 9 Cst.⁴ ; préambule de l'AMP⁵) assure une concurrence saine entre soumissionnaires⁶. En vertu de ce principe, le pouvoir adjudicateur doit publier l'appel d'offres, les règles applicables au marché et les informations nécessaires aux fournisseurs pour qu'ils puissent présenter leurs offres. L'adjudicateur est ensuite lié aux règles qu'il a fixées.

2.2 La procédure d'adjudication

La procédure d'adjudication est introduite par l'appel d'offres public dans les procédures ouvertes et sélectives ou par l'invitation à soumissionner dans les procédures sur invitation et de gré à gré (art. 16 LMP ; art. 11 al. 1 et 2 RLMP-VD⁷). En vertu du principe de transparence, l'adjudicateur décrit précisément l'objet du marché qu'il souhaite passer avec les soumissionnaires, dans les documents d'appel d'offres. Il fixe simultanément les critères qui permettront de déterminer la meilleure offre. L'adjudicateur doit préparer consciencieusement l'appel d'offres pour qualifier précisément les prestations qu'il envisage d'acquérir car des modifications ultérieures importantes peuvent amener l'interruption de la procédure. En plus des critères, l'adjudicateur impartit un délai, péremptoire⁸, aux entreprises pour soumettre leur offre. L'appel d'offres lancé par l'adjudicateur a un effet externe. C'est une décision incidente contre laquelle on peut recourir dans un délai de dix jours⁹.

2.3 L'adjudication

A l'échéance du délai fixé, le pouvoir adjudicateur procède à l'évaluation des offres sur la base des critères fixés dans l'appel d'offres. Il adjuge le marché à l'adjudicataire dont l'offre est la plus avantageuse économiquement (art. XIII ch. 4 let. b AMP). L'adjudicateur vérifie d'abord la recevabilité des offres, pour ensuite analyser l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le marché, et enfin, déterminer laquelle des prestations offertes est la mieux à même de le satisfaire.

Premièrement, le pouvoir adjudicateur élimine d'emblée les entreprises ne respectant pas les conditions de recevabilité, garantes d'une saine concurrence. L'art. 11 LMP¹⁰ contient différents motifs d'exclusion. Il est notamment exigé du soumissionnaire qu'il honore ses obligations de droit public, qu'il paie ses impôts et ses cotisations sociales, qu'il respecte les conditions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail et qu'il n'ait pas conclu d'accords illicites affectant la concurrence entre soumissionnaires (comme par exemple les ententes cartellaires).

Deuxièmement, le pouvoir adjudicateur contrôle l'aptitude des soumissionnaires à remplir le marché. Il vérifie que les candidats ont bien les qualifications nécessaires pour prendre part au marché et exécuter la prestation en question¹¹.

⁴ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

⁵ Accord sur les marchés publics entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1996 (AMP), RS 0.632.231.422.

⁶ TERCIER (1997), pp. 16 et 24 s.

⁷ Règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics du 7 juillet 2004 (RLMP-VD), RSV 726.010.1.

⁸ POLTIER (2014), p. 184.

⁹ POLTIER (2014), p. 176.

¹⁰ Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP), RS 172.056.1.

¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 2C_107/2007 du 22 janvier 2008 consid. 2.1.

Troisièmement, l'adjudicateur est tenu d'adjuger le marché au soumissionnaire dont l'offre est la plus avantageuse économiquement (art. 21 al. 1 LMP). Seuls les soumissionnaires qui remplissent les conditions de participation et les critères d'aptitude seront pris en compte. L'offre la plus avantageuse économiquement est celle qui présente le meilleur rapport qualité-prix. Elle est évaluée en fonction des critères d'adjudication fixés par l'adjudicateur dans les documents d'appel d'offres. Pour les biens largement standardisés ne présentant pas de différence qualitative, le critère retenu est celui du prix le plus bas (art. 21 al. 3 LMP). Si le prix offert est anormalement bas, le pouvoir adjudicateur doit s'informer de la composition du prix proposé (art. 36 RLMP-VD) afin de s'assurer que le soumissionnaire sera apte à exécuter la prestation¹².

En vertu du principe de l'intangibilité des offres, celles-ci sont examinées sur la seule base des dossiers remis à l'échéance du délai imparti (art. 29 al. 3 RLMP-VD)¹³. Les erreurs évidentes de calcul et d'écriture sont corrigées (art. 33 al. 2 RLMP-VD). Une fois les offres évaluées en fonction des critères fixés dans l'appel d'offres, l'adjudicateur établit un classement dans le but de déterminer l'offre qui présente le meilleur rapport qualité-prix. Au terme de la phase d'évaluation, l'autorité adjudicatrice procède à l'adjudication du marché, qui revêt la forme d'une décision administrative sujette à recours. L'adjudication autorise l'adjudicateur à conclure le contrat. Une fois le délai de recours échu, l'adjudicateur est autorisé à conclure un contrat avec l'adjudicataire.

3 L'interruption de la procédure d'adjudication

3.1 En général

Au vu des exigences élevées de participation au marché, le pouvoir adjudicateur a le devoir de traiter sérieusement les offres reçues. Or, il arrive que la procédure d'adjudication ne parvienne pas à son terme, le pouvoir adjudicateur y mettant fin avant de rendre une décision d'attribution du marché¹⁴.

La procédure d'adjudication se termine soit par l'adjudication du marché, soit par son interruption (*tertium non datur*)¹⁵. L'interruption peut intervenir dans n'importe quelle procédure d'adjudication. Elle peut être définitive ou alors déboucher sur la réalisation d'un nouvel appel d'offres. En interrompant le marché, l'adjudicateur se libère des devoirs et obligations auxquels la procédure de passation du marché l'astreint¹⁶.

L'interruption de la procédure doit être distinguée de la révocation de la décision après adjudication. Celle-ci intervient une fois le marché attribué, lorsque le pouvoir adjudicateur revient sur la décision prononcée. Il procédera ensuite à une nouvelle attribution du marché ou

¹² ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL (2002) pp. 121 s. ; GAUCH/STÖCKLI/DUBEY (1999), p. 36 ; POLTIER (2000), p. 306.

¹³ GALLI et al. (2013), p. 312.

¹⁴ BEYELER (2016), p. 138.

¹⁵ SUTER (2010) p. 7.

¹⁶ SCHERLER (2008), p. 287.

à une interruption¹⁷ de la procédure d'adjudication ré-ouverte¹⁸. Au surplus, une partie de la doctrine reconnaît au droit des marchés publics la possibilité d'exercer une influence sur l'exécution du contrat. Dans ce cas, la résolution du contrat est régie par le droit privé.

3.2 L'interruption définitive de la procédure

Aucune obligation de contracter ne peut être imposée au pouvoir adjudicateur (*keine Kontrahierungspflicht*) car le droit des marchés publics ne touche pas le droit des contrats¹⁹. La possibilité offerte au pouvoir adjudicateur d'interrompre définitivement la procédure est ancrée à l'art. 30 al. 1 OMP²⁰ et à l'art XIII ch. 4 let. b AMP. Au niveau intercantonal, l'interruption définitive est prévue à l'art. 13 let. i AIMP et se déduit du § 36 al. 1 let. c DEMP²¹.

Il y a interruption définitive du marché public lorsque le pouvoir adjudicateur renonce à réaliser le projet initialement prévu. La prestation devient dès lors sans objet pour lui²². Cette interruption ne peut évidemment déboucher sur l'envoi d'un nouvel appel d'offres portant sur une prestation similaire. Lorsque le pouvoir adjudicateur opte pour une prestation fournie à l'interne (*in house*), l'interruption est également qualifiée de définitive car là non plus la prestation ne sera pas fournie par une entreprise privée²³.

Afin d'être conforme au droit et aux principes généraux du droit des marchés publics, l'interruption du marché doit reposer sur un motif d'intérêt public raisonnable et ne pas être discriminatoire.

L'interruption définitive de la procédure d'adjudication est toujours admissible (art. 30 al. 1 OMP, art. XIII ch. 4 let. b AMP, art. 13 let. i AIMP) puisque la décision d'adjudication ne crée pas d'obligation de contracter à la charge du pouvoir adjudicateur²⁴. Ce dernier s'expose néanmoins à un éventuel appel en responsabilité.

3.3 L'interruption suivie d'un renouvellement ou d'une répétition de la procédure

3.3.1 Droit applicable

Aux termes de l'art. XIII ch. 4 lettre b AMP, le pouvoir adjudicateur doit adjuger le marché au soumissionnaire dont l'offre est celle qui apparaît la plus avantageuse économiquement selon les critères d'adjudication spécifiés à moins qu'il n'y renonce pour des « raisons d'intérêt public ». Cette disposition concerne la procédure d'adjudication et ne doit pas être confondue avec l'obligation de conclure le contrat après l'adjudication ou la possibilité d'y renoncer, en relation avec le droit privé des contrats²⁵. Les raisons d'intérêts publics sont énoncées dans le préambule de l'AMP, qui fixe les buts de l'Accord, soit l'ouverture des marchés publics aux

¹⁷ ZUFFEREY (2004), pp. 971 ss.

¹⁸ Arrêt en ligne de la Cour de justice du Tribunal cantonal du canton de Genève ATA/742/2015 du 17 juillet 2015 consid. 5 ; POLTIER (2014), p. 232.

¹⁹ BEYELER (2016), p. 138 ; ATF 129 I 410 consid. 3.4.

²⁰ Ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 (OMP), RS 172.056.11.

²¹ Directives d'exécution de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (DEMP), disponible sous : <https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/rechtsgrundlagen/kantonale-erlasse.html> consulté le 4 juin 2019.

²² BEYELER (2005), p. 785.

²³ Arrêt en ligne de la Cour de justice du Tribunal cantonal du canton de Genève ATA/1056/2015 consid. 9.e.

²⁴ ATF 129 I 410 consid. 3.4.

²⁵ ATF 129 I 410 consid. 3.

fournisseurs étrangers, sans discrimination. L'Accord ne donne pas d'information supplémentaire sur l'intérêt public qu'il met en œuvre, ce qui laisse aux cantons et à la Confédération une certaine marge d'interprétation.

La législation fédérale énonce différents motifs d'interruption (art. 30 OMP). Le droit intercantonal pour sa part autorise l'interruption de la procédure de passation pour de « justes motifs uniquement » (art. 13 let. i AIMP). Les législations cantonales autorisant l'interruption de la procédure d'adjudication reprennent les mêmes motifs que ceux fixés au paragraphe 36 al. 1 DEMP.

3.3.2 Les motifs d'interruption d'un marché public

Les art. 30 al. 2 et 3 OMP prévoient une interruption de la procédure d'adjudication avec pour objectif la répétition ou le renouvellement de la procédure d'adjudication car le besoin d'une prestation spécifique demeure²⁶.

L'interruption provisoire ouvre la voie à une nouvelle procédure alors que l'interruption définitive clôt une procédure devenue sans objet²⁷. Plus les prestations faisant l'objet d'appel d'offres successifs se ressemblent, plus il y a lieu d'affirmer que l'interruption est provisoire et non pas définitive²⁸.

L'autorité adjudicatrice doit être consciente des risques et des raisons qui la motivent lorsqu'elle interrompt la procédure. L'interruption de la procédure doit être prononcée pour des raisons objectives que l'on ne peut corriger, pour protéger la libre concurrence du marché public lorsque celle-ci est menacée par des circonstances non imputables à l'autorité adjudicatrice, ou lorsque les circonstances changent.

3.3.2.1 Modification de l'appel d'offres

La modification de l'appel d'offre est admise restrictivement. Lorsqu'elle est de nature à élargir le cercle de soumissionnaires potentiels, le pouvoir adjudicateur est tenu d'interrompre le marché afin de lancer une procédure intégrant les éléments nouveaux²⁹. Or, l'interruption de la procédure et la modification de façon essentielle de l'appel d'offres doivent rester exceptionnelles en raison de l'intérêt public à la célérité de la procédure de soumission³⁰. Dans le présent paragraphe, il convient de se concentrer sur l'admission de ce motif d'interruption de la procédure d'adjudication.

Des manquements dans les documents de l'appel d'offres, le choix du mauvais type de procédure, une planification financière erronée, des délais trop optimistes peuvent par exemple pousser le pouvoir adjudicateur à interrompre la procédure³¹. Une telle situation ne correspond pas aux motifs d'interruption prévus par la législation sur les marchés publics (art. 30 OMP).

²⁶ SCHERLER (2008), p. 290 ; POLTIER (2014), p. 228.

²⁷ BEYELER (2005), p. 785.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ POLTIER (2014), p. 229 ; SUTER (2010), pp. 107 ss ; Arrêt n. p. du Tribunal administratif fédéral B-6274/2015 consid. 4.6.2.

³⁰ Arrêt en ligne du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel CDP.2017.22 du 6 juillet 2017 consid. 5. B ; ATF 141 II 353, consid. 6.1.

³¹ BEYELER (2005), p. 788.

Or, l'adjudicateur est lié par le principe de la légalité. Aucune décision de la jurisprudence ne reconnaît pourtant un caractère exhaustif à cette disposition.

Les principes généraux du droit des marchés publics doivent être pris en compte. Si la décision d'adjudication devait de toute façon être annulée ultérieurement, le principe d'économie de la procédure oblige l'adjudicateur à interrompre la procédure de passation du marché puis de la renouveler lorsque le besoin de la prestation faisant l'objet du marché subsiste³². Le pouvoir adjudicateur rencontre notamment cette situation s'il a choisi une procédure erronée. Lorsque la modification de l'appel d'offres est de nature à élargir le cercle des soumissionnaires, elle est considérée comme essentielle. Partant, elle nécessite l'interruption du marché, en vertu des principes de transparence et de publicité³³. Il faut néanmoins rester prudent. La violation des principes applicables à la procédure d'adjudication ne justifie pas nécessairement l'interruption de la procédure. Selon certaines jurisprudences, l'interruption n'est admise que pour autant que la violation ait influé sur l'adjudication³⁴.

Préalablement à l'interruption, l'adjudicateur examinera l'appel d'offres pour déterminer si le vice peut être corrigé plus simplement, s'il aura un impact sur le résultat du marché ou si la concurrence sera faussée³⁵. C'est l'importance des modifications à apporter aux documents de l'appel d'offres et leur effet sur le cercle des soumissionnaires qui est déterminante pour trancher en faveur de l'interruption, ou non, du marché :

- lorsque le pouvoir adjudicateur entend, en cours de procédure, apporter de petites modifications aux critères ou aux spécifications techniques, le principe de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 let. a LMP) exige de les communiquer à toutes les personnes ayant demandé le dossier d'appel d'offres (art. XIV ch. 4 let. b AMP)³⁶ ; dans cette perspective, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'interrompre le marché ;
- lorsque le pouvoir adjudicateur doit procéder à des modifications plus importantes, il usera de son pouvoir d'appréciation pour choisir entre une procédure d'ajustement des offres et une interruption suivie d'un renouvellement du marché. Il reste lié par les principes de transparence et d'égalité de traitement qui doivent être strictement respectés³⁷.

Les principes de transparence et d'égalité de traitement jouent un rôle primordial dans l'examen de l'interruption de la procédure d'adjudication. Le Tribunal cantonal du canton du Valais a condamné le pouvoir adjudicateur qui a violé ces deux principes à annuler la procédure *ab ovo*³⁸. Dans le cas d'espèce, le pouvoir adjudicateur avait commis une erreur dans les documents d'appel d'offres, ce qui a conduit à une évaluation du prix de l'offre sur la base de métrés différents entre les soumissionnaires. Le vice a été qualifié de grave en raison de son influence sur le marché et parce qu'il faussait le jeu de concurrence. Il aurait cependant été

³² POLTIER (2014), p. 228.

³³ POLTIER (2014), p. 218 ; SUTER (2010), pp. 107 ss ; GALLI et al. (2013), p. 358 ; arrêt du Tribunal fédéral n. p. 2C_876/2014 du 4 septembre 2015 consid. 6.4 ; arrêt n. p. du Tribunal administratif fédéral B-6274/2015 consid. 4.6.1.

³⁴ JÄGER (2013), p. 833 et la jurisprudence citée.

³⁵ Arrêt en ligne de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud MPU.2015.0040 du 10 novembre 2015 consid. 6b/bb et cc ; arrêt en ligne de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud MPU.2015.0034 du 11 août 2015 consid. 3c ;

³⁶ GALLI et al. (2013), p. 356.

³⁷ POLTIER (2014), p. 229.

³⁸ Arrêt en ligne du Tribunal cantonal du canton du Valais A1-17-51 du 2 novembre 2001, publié in BR/DC 2018 n°4 p. 260.

admissible de remédier à l'interruption et à l'annulation de la procédure en communiquant la modification des documents d'appel d'offres à tous les soumissionnaires. Le pouvoir adjudicateur aurait alors respecté les principes de transparence, d'égalité de traitement et de célérité de la procédure.

3.3.2.2 Manque d'offres satisfaisantes

Le pouvoir adjudicateur peut décider de mettre fin à la procédure de passation lorsque celle-ci se révèle infructueuse :

- en raison d'une absence d'offres, lorsque les offres entrées ne satisfont pas aux exigences de l'appel d'offres³⁹ ou lorsqu'aucun soumissionnaire ne répond aux critères d'aptitude (1) ;
- lorsque le nombre d'offres entrées n'est pas satisfaisant ; que toutes les offres dépassent les moyens financiers de l'adjudicateur (2) ;
- en raison d'un manque de concurrence⁴⁰ par exemple lorsque les offres rendues ont visiblement fait l'objet d'une concertation (3).

(1) L'appel d'offres publié par l'adjudicateur a pour but de lui permettre de dégager, parmi des offres concurrentes, celle qui répond la mieux à ses besoins. Le but n'est manifestement pas atteint lorsqu'aucune offre n'a été rendue⁴¹. Dans ce cas, les législations fédérale et cantonales prévoient l'interruption de la procédure⁴². C'est d'ailleurs la seule issue possible quand aucun fournisseur n'a répondu à l'appel d'offres. Pour autant que les critères fixés dans l'appel d'offres ne soient pas discriminatoires, l'adjudicateur peut adjuger le marché directement à un soumissionnaire, sans procéder à un nouvel appel d'offres⁴³. Les critères fixés dans l'appel d'offres ne sont pas considérés discriminatoires lorsqu'ils sont formulés de manière à donner une chance égale à tous les fournisseurs de la branche en question⁴⁴. L'exigence d'une marque précise, de critères portant sur l'écologie et le lieu d'implantation du fournisseur ne sont pas admis⁴⁵.

(2) La concurrence est un principe du droit des marchés publics. Elle contribue à la dépense parcimonieuse des deniers publics, tout en garantissant la qualité de l'exécution de la prestation, le respect des délais d'exécution et la compétence professionnelle du personnel de l'adjudicataire⁴⁶. La loi ne fixe pas quel nombre de soumissionnaires garantit la concurrence mais exige qu'elle soit efficace (art. 1 al. 1 let. b LMP). L'art. XIII ch. 4 let. b AMP mentionne l'intérêt public à ne pas passer le marché faute de concurrence effective. A cet égard, les Directives pour l'exécution de l'AIMP disposent qu'une raison importante d'interruption de la procédure existe lorsque les offres déposées ne permettent pas de garantir une concurrence efficace (§ 36 al. 1 let. c DEMP en lien avec l'art. 13 let. c AIMP). L'adjudicateur doit donc user de son pouvoir d'appréciation pour déterminer si l'intérêt public à une concurrence accrue, grâce à un nombre de soumissionnaires potentiellement plus élevé dans un futur appel d'offre, l'emporte sur l'intérêt des quelques soumissionnaires à la continuation de la procédure. Lorsque

³⁹ Arrêt en ligne du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel CDP.2016.76 du 6 septembre 2016.

⁴⁰ BEYELER (2005), p. 788.

⁴¹ SUTER (2010), pp. 132 s.

⁴² Art. 30 al. 2 let. a OMP, art. 36 al. 1 let. a AIMP, art. 35 al. 2 let. a OMP-VS, art. 41 al. 2 let. a RLMP-VD, art. 34 al. 1 let. a RMP-FR notamment.

⁴³ Art. XV ch. 1 let. a AMP ; art. 13 al. 1 let. a. et b OMP ; § 9 al. 1 let. a et b DEMP.

⁴⁴ SUTER (2010), p. 134.

⁴⁵ SUTER (2010), pp. 134 s.

⁴⁶ SUTER (2010), p. 133.

l'intérêt public prévaut, l'adjudicateur peut interrompre la procédure de passation et adjuger le marché de gré à gré⁴⁷. L'interruption n'est pas considérée comme définitive, le pouvoir adjudicateur n'ayant pas renoncé à acquérir la prestation faisant l'objet du marché. S'il rend les conditions du marché plus attractives ou qu'il précise les spécifications qui n'étaient précédemment pas complètes, l'adjudicateur doit renouveler le marché⁴⁸.

La jurisprudence est hésitante lorsque la procédure est interrompue par suite d'un défaut de planification du pouvoir adjudicateur. Le Tribunal administratif de Zurich⁴⁹ a estimé qu'une différence de 25 % entre l'estimation des coûts et l'offre la plus favorable justifiait l'interruption de la procédure alors qu'un tel écart est jugé insuffisant pour le Tribunal administratif de Fribourg⁵⁰. Dans une telle situation, l'adjudicateur doit user de son pouvoir d'appréciation afin de déterminer dans quelle mesure son erreur constitue un motif d'intérêt public invocable pour interrompre une procédure de passation.

(3) En vertu du principe de la concurrence (art. 1 al. 1 let. b LMP) et de l'interdiction de l'abus de position dominante (art. 7 LCart⁵¹), les ententes sur les prix sont interdites en droit des marchés publics. La concurrence entre soumissionnaires est effective pour autant que le nombre de soumissionnaires soit suffisant, et que les offres déposées ne montrent pas de similarités troublantes.⁵² Ce n'est pas le cas lorsque les fournisseurs se sont concertés sur la prestation à soumettre afin d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans l'attribution du marché. Partant, la loi donne la possibilité d'interrompre la procédure de passation en cas d'entente illicite faussant le jeu de la concurrence. Il faut en plus pouvoir s'attendre à ce que le renouvellement du marché permette de corriger la situation en obtenant des offres plus avantageuses (art. 30 al. 2 let. b OMP). La notion d'offre avantageuse concerne tant le prix que la qualité de la prestation offerte⁵³. Lorsque l'entente illicite ne concerne qu'un nombre restreint de soumissionnaires (art. 11 let. e LMP), l'adjudicateur usera de son pouvoir d'appréciation pour décider d'adjuger le marché à un soumissionnaire éligible ou répéter la procédure de passation⁵⁴. Son choix dépendra notamment des coûts liés à la répétition de la procédure par rapport à l'adjudication directe du marché⁵⁵.

3.3.2.3 Changement des circonstances

Étant donné que quelques mois peuvent s'écouler entre le lancement de l'appel d'offres et la conclusion du contrat, un changement considérable des circonstances relatives au marché en cause peut se produire. Cette situation peut amener l'autorité adjudicatrice à prononcer opportunément une interruption de procédure. A titre d'exemple, il peut s'agir : d'une importante chute des prix du marché ; d'innovations techniques ; d'une modification des besoins d'approvisionnement qui permettent d'entrevoir une meilleure acquisition ; de la découverte d'obstacles techniques ou économiques⁵⁶.

⁴⁷ Art. XV al. 1 let. a AMP.

⁴⁸ RODONDI (2014), p. 197 ; ARROWSMITH (2003), pp. 284 s.

⁴⁹ Arrêt en ligne du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2000.00403 du 31 janvier 2002 consid. 4e ; arrêt en ligne du Tribunal administratif du canton des Grisons U 02 26 du 1^{er} mai 2002, consid. 2b.

⁵⁰ Arrêt non publié du Tribunal administratif du canton de Fribourg 2A 00 59 du 6 septembre 2000 consid. 3b.

⁵¹ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart), RS 251.

⁵² BEYELER (2004), p. 114.

⁵³ SUTER (2010), p. 141.

⁵⁴ SUTER (2010), pp. 149s.

⁵⁵ SUTER (2010), p. 159.

⁵⁶ BEYELER (2005), p. 788.

L'effondrement des prix du marché est un critère fréquemment invoqué pour interrompre le marché public. Il faut cependant que l'écart entre le prix des soumissions entrées et le prix estimé par le pouvoir adjudicateur soit considérable pour interrompre la procédure⁵⁷. L'interruption en raison d'un changement des circonstances est différente de l'interruption en vue d'une modification des besoins de l'adjudicateur dans la mesure où le changement de circonstances ne modifie en rien la volonté de l'adjudicateur d'acquiescer la prestation telle que précédemment demandée dans les documents d'appel d'offres⁵⁸. Le motif de la baisse des prix de l'objet du marché doit être interprété restrictivement car dans la situation inverse, lorsque les prix du marché augmentent après que les soumissionnaires ont répondu à l'appel d'offre, ces derniers restent liés par l'offre soumise (art. 9 CO⁵⁹ *a contrario*). Partant, ce motif d'interruption n'est valable que pour autant que les coûts prévus par l'adjudicateur se fondent sur des estimations sérieuses⁶⁰. En effet, l'interruption du marché en raison d'un changement des circonstances ne peut être admis au seul motif que l'adjudicateur souhaite obtenir des offres à un prix inférieur⁶¹. Il doit y avoir eu un changement fondamental des circonstances⁶², survenu pour des raisons externes⁶³ au marché. A ce jour, la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur l'étendue du changement des circonstances.

A titre d'exemple, l'interruption a été jugée conforme au droit et aux règles de la bonne foi dans un arrêt neuchâtelois du 7 février 2007⁶⁴. Dans cet arrêt, le pouvoir adjudicateur cantonal a été empêché d'adjuger le marché juste avant que la compétence y relative ne passe des mains des cantons à celles de la Confédération, au premier janvier 2008. L'Office fédéral des routes (OFROU) a contraint le pouvoir adjudicateur neuchâtelois à reporter la construction d'un tronçon de route nationale d'au moins une année pour des raisons budgétaires et, partant, de clore la procédure en cours.

Le changement de circonstances peut également pousser l'adjudicateur à conclure le marché au plus vite. Si, en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle que l'adjudicateur ne peut poursuivre la procédure qu'il a engagée, l'art. XV par. 1 let. c AMP (art. 13 al. 1 let. d OMP ; § 9 let. e DEMP) l'autorise à l'adjuger directement au fournisseur de son choix. L'invocation de la clause d'urgence est subordonnée à cinq conditions cumulatives : la survenance d'un événement imprévisible; celui-ci est à l'origine d'une situation d'urgence impérieuse; l'urgence ne doit pas résulter du fait du pouvoir adjudicateur, comme une imprévoyance, ni résulter d'un défaut de planification; l'urgence doit être telle que l'autorité d'adjudication ne serait pas en mesure de faire face à ses obligations si elle appliquait la procédure correspondant au cas d'espèce; le pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure de gré à gré dans la seule mesure lui permettant d'acquiescer les prestations nécessaires à rétablir

⁵⁷ Arrêt en ligne du Tribunal administratif du canton de Zürich VB.2000.00403 du 31 janvier 2002 consid. 4.

⁵⁸ SUTER (2010), p. 160.

⁵⁹ Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (CO), RS 220.

⁶⁰ GALLI Et al. (1996), p. 139.

⁶¹ METZ/SCHMID, p. 74 ; TC/VS du 14 juillet 1999, in RVJ 2000 p. 51.

⁶² SUTER (2010), p. 162 ; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, pp. 139 s. : les auteurs se fondent sur la clause *clausula rebus sic stantibus*.

⁶³ BEYELER (2005), p. 788.

⁶⁴ Arrêt en ligne de la Cour de justice du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel TA.2007.332. du 7 février 2008.

une situation normale⁶⁵. Avant d'invoquer la clause d'urgence l'adjudicateur doit interrompre la procédure d'adjudication en cours.

Lorsque la possibilité se présente d'acquérir la prestation faisant l'objet du marché à des conditions particulièrement avantageuses, l'adjudicateur peut être autorisé à interrompre la procédure en cours au profit d'une procédure de gré à gré (art. XV ch. 1 let. i. AMP). L'art. XV ch. 1 let. i AMP énumère les exemples suivants : l'écoulement inhabituel de produits par des entreprises qui ne sont normalement pas fournisseurs ou la cession de biens d'entreprises en liquidation ou en administration judiciaire. Dans ces cas, les biens ne sont acquérables qu'à très court terme, à des prix inhabituellement bas. Les marchés de services et de travaux ne sont pas concernés.

3.3.3 Admissibilité de l'interruption

Afin de protéger la confiance, respectivement les investissements des soumissionnaires, le droit des marchés publics pose des conditions à l'interruption de la procédure d'adjudication⁶⁶. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation⁶⁷. L'ouverture d'une procédure a néanmoins pour objectif la conclusion du contrat⁶⁸. Dans le respect du principe de la bonne foi, le pouvoir adjudicateur n'est pas autorisé à lancer un appel d'offre dans la seule perspective de sonder le marché.

Le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de l'interruption du marché public⁶⁹ ; l'adjudicateur peut interrompre une procédure de passation, définitivement ou provisoirement, pour autant que deux conditions soient réunies⁷⁰ :

- l'interruption doit être justifiée par des motifs objectifs et ;
- ne doit pas délibérément discriminer des soumissionnaires.

Le Tribunal fédéral⁷¹ et la doctrine majoritaire estiment que la prévisibilité des motifs objectifs ayant conduit à l'interruption de la procédure ne joue aucun rôle dans l'admissibilité de l'interruption. Elle pourrait avoir une éventuelle incidence sur une prétention en dommages-intérêts des soumissionnaires⁷².

3.3.3.1 Existence d'un intérêt public prépondérant

⁶⁵ Arrêt en ligne de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud MPU.2013.005 du 30 octobre 2013 consid. 4 aa ; arrêt en ligne du Tribunal administratif du canton de Vaud GE.2000.0036 du 24 janvier 2001 consid. 4.

⁶⁶ SUTER (2016), pp. 47ss.

⁶⁷ Arrêt en ligne de la Cour de justice du Tribunal cantonal du canton du Valais A1 16 234 du 9 février 2017 consid. 4.1.

⁶⁸ SUTER (2010), p. 6.

⁶⁹ ATF 134 II 192 consid. 2.3.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.* ; BEYELER (2005), pp. 791 s. ; pour l'opinion inverse, GALLI et al. (2013), pp. 363 s. selon lesquels une prétention en dommages-intérêts ne dépend pas de la prévisibilité des motifs objectifs ayant conduit à l'interruption de la procédure mais ne doit être reconnue que dans le cas où le pouvoir adjudicateur renonce définitivement à acquérir la prétention faisant l'objet du marché. Dans les autres cas, le pouvoir adjudicateur devrait être contraint de continuer la procédure d'adjudication précédemment initiée.

La jurisprudence admet l'interruption de la procédure pour autant qu'elle repose sur un motif d'intérêt public⁷³. L'AMP et l'AIMP posent les mêmes exigences. Au niveau du droit fédéral, les conditions précitées ressortent également de l'interprétation par le Tribunal fédéral de l'art. 30 OMP au sens de la Constitution (art. 5 al. 2 Cst.)⁷⁴.

Un motif d'intérêt public est admis dès lors que les avantages liés à l'interruption du marché priment l'intérêt des soumissionnaires à la continuation de la procédure de passation⁷⁵. Partant, l'adjudicateur se fonde sur des motifs objectifs pour décider d'interrompre la procédure en raison d'un intérêt public prépondérant⁷⁶. Une interruption prononcée pour des motifs subjectifs, sans influence sur le marché en question ou dans le but de résoudre des problèmes de peu d'importance n'est pas admissible. L'existence de motifs raisonnables suffisent à rendre admissible l'interruption de la procédure de passation⁷⁷.

S'il existe un juste motif, l'adjudicateur dispose encore d'un large pouvoir d'appréciation pour décider d'interrompre ou non la procédure de passation, sous réserve du respect du principe de non-discrimination⁷⁸.

3.3.3.2 L'interruption n'est pas discriminatoire

Bien que le pouvoir adjudicateur dispose d'une liberté d'appréciation étendue, les principes généraux du droit des marchés publics et le respect de la bonne foi lui interdisent de faire naître une discrimination entre soumissionnaires.

L'interruption est discriminatoire lorsque :

- elle n'est qu'un prétexte pour éviter d'attribuer le marché à un soumissionnaire précis ou ;
- pour éviter qu'un soumissionnaire se voie refuser l'attribution du marché en faveur d'un autre⁷⁹.

3.3.3.3 L'interruption comme mesure *ultima ratio*

Le Tribunal fédéral, dans son arrêt sur l'hôpital Riviera-Chablais énumère différentes raisons à l'exigence d'*ultima ratio* pour l'interruption de la procédure de passation d'un marché⁸⁰. Premièrement, interrompre une procédure constitue une atteinte à la sécurité juridique car elle implique l'annulation des précédents actes de procédure, notamment des décisions entrées en force⁸¹. Deuxièmement, l'adjudicateur doit respecter le principe de célérité de la procédure, ce qui plaide en faveur de la continuation ou de la modification de la procédure de passation. Troisièmement, l'autorité doit assurer à chaque soumissionnaire une chance réelle et juste de se voir attribuer le marché. Bien que la possibilité de reprendre la procédure d'adjudication

⁷³ ATF 134 II 192 consid. 2.3 ; ATF 141 II 353 consid. 6.2.

⁷⁴ SCHERLER (2008), p. 288.

⁷⁵ Arrêt en ligne de la Cour de justice du Tribunal cantonal du canton du Valais A1 16 234 du 9 février 2017 consid. 4.1. ; DUBEY/ZUFFEREY (2014), p. 196.

⁷⁶ ATF 134 II 192 consid. 2.3.

⁷⁷ SUTER (2010), p. 42 ; BEYELER (2005), p. 789 ; SCHERLER (2008), p. 288.

⁷⁸ BEYELER (2005), p. 785 ; SUTER (2010), p. 14 ; ATF 134 II 192 consid. 2.3.

⁷⁹ BEYELER/SCHERLER (2016), p. 64.

⁸⁰ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 2C_876/2014 consid. 6.1.

⁸¹ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 2C_876/2014 consid. 6.1 ; Arrêt en ligne de la Cour de justice du Tribunal cantonal du canton de Genève ATA/1056/2015 consid. 9.a.

subsiste après son interruption, la préparation d'une nouvelle offre engendre des coûts supplémentaires pour les soumissionnaires. Ceux-ci pourraient en plus se trouver désavantagés par l'introduction de nouveaux critères ou devoir faire face, dans le second appel d'offres, à une concurrence accrue. Finalement, les objectifs de libre concurrence et d'égalité de traitement dans un marché public ne seraient pas atteints, les précédents soumissionnaires ayant eu potentiellement connaissance des participants et de leurs offres au cours de la procédure d'adjudication initiale⁸².

Comme expliqué précédemment, le pouvoir adjudicateur peut modifier le marché plutôt que de l'interrompre, dans la mesure où il respecte les principes d'égalité de traitement et de transparence. La modification n'est possible que pour autant qu'elle ne porte pas sur des éléments essentiels⁸³, soit tant qu'il n'y a pas de modification du cercle des soumissionnaires intéressés par l'appel d'offres⁸⁴.

3.3.3.4 La faute du pouvoir adjudicateur ?

La doctrine est partagée sur les conséquences d'un manquement du pouvoir adjudicateur dans la mesure où les motifs d'interruption de la procédure de passation étaient prévisibles.

Pour les uns, les manquements imputables à l'adjudicateur ne peuvent constituer un motif d'interruption de la procédure, à l'exception des erreurs portant sur des éléments essentiels à même de modifier le cercle des soumissionnaires potentiels⁸⁵. L'interruption ne peut avoir pour seul but d'ouvrir une nouvelle procédure qui comblerait les manquements du pouvoir adjudicateur. L'adjudicateur serait alors tenu de poursuivre la procédure de passation jusqu'à l'adjudication du marché. La décision d'adjudication crée une obligation négative et conditionnelle, à la charge du pouvoir adjudicateur : il lui est interdit de conclure tout autre contrat que celui dont le contenu a été fixé dans l'appel d'offres et avec un autre cocontractant que l'adjudicataire⁸⁶. En revanche, l'interruption définitive de la procédure d'adjudication ne peut être remise en cause.

Pour d'autres auteurs et pour la jurisprudence, la faute du pouvoir adjudicateur ne joue aucun rôle dans l'admissibilité de l'interruption de la procédure⁸⁷. Sa responsabilité pourrait néanmoins avoir une incidence sur la question des dommages-intérêts s'il peut lui être reproché qu'il n'aurait pas dû introduire la procédure d'adjudication ou qu'il aurait dû l'interrompre à un moment plus opportun.

3.4 Révocation de la décision d'adjudication

Les motifs pouvant conduire à l'interruption de la procédure d'adjudication peuvent apparaître après la notification de la décision d'adjudication du marché mais avant la conclusion du contrat. Ils pourraient survenir en raison d'une modification significative des besoins du pouvoir adjudicateur. C'est notamment le cas lorsqu'il ne trouverait plus d'utilité à la prestation

⁸² ATF 129 I 313 consid. 10.

⁸³ POLTIER (2014), p. 218.

⁸⁴ GALLI et al. (2013), pp. 366 s.

⁸⁵ GALLI et al. (2013), p. 364.

⁸⁶ ZUFFEREY (2004), p. 971.

⁸⁷ BEYELER (2005), p. 790 ; ATF 134 II 192 consid. 2.3.

demandée ou qu'il poursuivrait une prestation différente⁸⁸. Le pouvoir adjudicateur serait alors libre de révoquer l'adjudication.

La décision de révocation de l'adjudication porte atteinte à la sécurité juridique⁸⁹. De même nature que la décision administrative, elle n'est admise qu'en application des principes généraux du droit administratif⁹⁰. Dès lors, la révocation n'est possible qu'en présence d'un intérêt public prépondérant et pour autant qu'elle ne discrimine aucun soumissionnaire. Contre l'avis de la doctrine⁹¹, la jurisprudence reconnaît à l'adjudicateur la liberté de ne pas conclure le contrat, sans avoir à prendre la décision de révoquer l'adjudication car il n'est soumis à aucune obligation de contracter⁹².

3.5 Forme de l'interruption

La procédure d'adjudication a pour but d'assurer l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires. Par conséquent, le droit des marchés publics est un droit formaliste⁹³. Le pouvoir adjudicateur qui souhaite interrompre, renouveler ou répéter un appel d'offre doit formellement révoquer la procédure d'adjudication en cours⁹⁴. L'art. 29 let. a LMP dispose que l'interruption doit prendre la forme d'une décision. Elle doit être communiquée par notification individuelle (23 al. 1 LMP) ou par publication (art. 24 al. 1 LMP), afin de respecter le droit d'être entendu consacré par l'art. 29 al. 2 Cst. La décision d'interruption est d'ailleurs soumise à des exigences de justification plus élevées que la décision d'adjudication car il ressort de l'art. 23 al. 2 LMP *a contrario* que les soumissionnaires ne peuvent demander des informations une fois celle-ci prononcée. Partant, le pouvoir adjudicateur doit exposer les motifs sur la base desquels il clôt la procédure et indiquer si l'interruption est définitive ou si un renouvellement voire une répétition de l'appel d'offres sont prévus⁹⁵. Les nombreuses exigences de forme ont pour objectif de permettre aux soumissionnaires de recourir contre la décision d'interruption (art. 29 let. a LMP ; § 36 al. 2 DEMP)⁹⁶.

3.6 Les effets juridiques de l'interruption du marché public

Le pouvoir adjudicateur est autorisé, en vertu des art. 22 al. 1 LMP (droit fédéral) et 14 al. 1 AIMP (droit cantonal) à conclure le contrat avec le soumissionnaire après l'adjudication. L'emploi de la forme potestative exclut donc l'obligation de conclure le contrat d'adjudication (*Pflicht zum Vertragschluss*)⁹⁷.

Par l'interruption de la procédure d'adjudication, le pouvoir adjudicateur se libère des charges et des obligations y afférents. Le soumissionnaire ne peut plus, a priori, faire valoir un droit quelconque à son encontre⁹⁸. L'interruption a pour effet de mettre fin au marché public et permet, dans certains cas, une adjudication de gré à gré (art. XV ch. 1 AMP ; art. 13 al. 1 OMP).

⁸⁸ POLTIER (2014), p. 190 ; GALLI et al. (2013), p. 231.

⁸⁹ SUTER (2010), p. 11.

⁹⁰ MOOR/POLTIER (2011), p. 383 ; POLTIER (2014) p. 230.

⁹¹ BEYELER (2012), pp. 1514 ss ; POLTIER (2014), pp. 230ss.

⁹² ATF 129 I 410 consid. 3.

⁹³ DUBEY/ZUFFEREY (2014), p. 705.

⁹⁴ ATF 134 II 192 consid. 1.4, II 297 consid. 4.4, JdT 2009 I 720.

⁹⁵ Arrêt B-2449/2012 du 6 septembre 2012 consid. 3.6.2 et consid. 3.6.4 ; GALLI et al. (2013), p. 350 ; SUTER (2010), p. 7.

⁹⁶ BEYELER (2005), p. 785.

⁹⁷ SCHERLER (2008), p. 297.

⁹⁸ BEYELER (2005), p. 788.

3.7 L'interruption de la procédure d'adjudication à l'initiative du soumissionnaire ?

Bien qu'il dispose d'un important pouvoir d'appréciation, le pouvoir adjudicateur peut se voir obligé par décision de justice d'interrompre la procédure. C'est le cas dans trois situations : en cas de modification d'éléments essentiels du marché ou des conditions d'attribution (cf. *supra* 3.3.2.1.) ; lorsque le pouvoir adjudicateur ne donne pas suite à une procédure d'adjudication car elle est devenue sans objet (cf. *supra* 3.2.) ; lorsque le pouvoir adjudicateur a ouvert une autre procédure portant sur le même objet, qu'il a attribué le marché à un service interne ou qu'il a conclu un contrat directement avec une entreprise, sans passer par la procédure d'adjudication en cours⁹⁹. Partant, les soumissionnaires peuvent déposer une plainte pour déni de justice ou requérir une décision formelle d'interruption de la procédure afin qu'ils puissent, à certaines conditions, engager une action en responsabilité de l'État (art. 26 ss LMP ; art. 15 ss AIMP ; cf. *infra* 5)¹⁰⁰.

3.8 L'interruption partielle de la procédure d'adjudication

Le pouvoir adjudicateur peut-il choisir d'adjuger une partie seulement des prestations mises en soumissions et offertes par le soumissionnaire ? Les besoins du pouvoir adjudicateur peuvent évoluer en cours de procédure, notamment lorsqu'il n'entend plus adjuger l'ensemble des services faisant l'objet de l'appel d'offres mais seulement certains d'entre eux¹⁰¹. Grâce au pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur, l'interruption partielle est admissible pour autant que le motif soit important, et conforme à l'intérêt public et au principe de non-discrimination.

Toutefois, il faut porter une attention particulière aux effets d'une telle interruption sur la concurrence entre soumissionnaires. L'interruption d'une petite partie de l'appel d'offres, pour autant qu'elle soit faite dans le respect du principe de la transparence et de l'égalité de traitement, ne doit pas avoir d'impact majeur sur la concurrence¹⁰². Une réduction significative de la prestation faisant l'objet de l'appel d'offres n'est en revanche pas possible dans la procédure en cours. Pour modifier des éléments essentiels du marché, le pouvoir adjudicateur doit interrompre la procédure d'adjudication afin d'ensuite lancer un nouvel appel d'offre correspondant à ses besoins actuels¹⁰³.

4 Le recours

4.1 En général

Afin de se limiter le risque de contentieux, le droit des marchés publics, par l'art. XX ch. 2 AMP exige des États parties qu'ils établissent une « procédure non discriminatoire, rapide, transparente et efficace permettant aux soumissionnaires de contester de prétendues violations de l'Accord dans le cadre de la passation de marchés dans lesquels ils ont, ou ont eu, un intérêt ». En tant qu'État-membre, la Suisse a donné à la juridiction administrative la compétence de régler les litiges des marchés publics. Cette solution découle de la loi qui qualifie la décision d'adjudication de « décision administrative » (art. 26 ss LMP, art. 15 ss AIMP et

⁹⁹ BEYELER (2005), p. 787.

¹⁰⁰ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 2D_42/2018 du 11 mars 2019 consid. 3.8.

¹⁰¹ BEYELER (2005), p. 786.

¹⁰² STÖCKLI (2002), pp. 10 s.

¹⁰³ BEYELER (2005), p. 786.

art. 9 al. 1 LMI), ce qui suppose qu'elle est prise au terme d'une procédure administrative non contentieuse¹⁰⁴. Partant, les litiges de marchés publics sont, à certaines conditions, tranchés par le Tribunal administratif fédéral ou par les tribunaux cantonaux. Une voie de recours au Tribunal fédéral est ouverte dans des cas exceptionnels. Cette solution est ancrée dans le régime ordinaire de protection juridictionnelle administrative (LTF¹⁰⁵, LTAF¹⁰⁶, PA¹⁰⁷ et les lois cantonales de procédure administrative), sous réserve des dispositions spéciales du droit des marchés publics.

4.2 Les actes attaquables

L'art. 29 LMP énumère exhaustivement les décisions sujettes à recours. L'interruption d'une procédure d'adjudication en fait partie (art. 29 let. a LMP). Seules les décisions prises dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective, soit celles qui entrent dans le champ d'application de l'AMP, sont susceptibles de recours lorsque la procédure d'adjudication relève de la compétence d'un pouvoir adjudicateur fédéral. Les décisions d'une autorité fédérale prises dans le cadre d'une procédure sur invitation ou de gré à gré (prévues au chapitre 3 de l'OMP) ne constituent pas un acte attaquant (art. 2 al. 3 LMP, dernière phrase, art. 39 OMP). Le législateur fédéral s'est limité à la mise en œuvre l'Accord international sur les marchés publics, sans étendre son champ d'application. La décision rendue dans une procédure irrégulière sans voie de droit, est néanmoins susceptible de recours si la procédure qui s'imposait de par la loi le permettait¹⁰⁸.

Les cantons sont tenus de reprendre les dispositions des accords internationaux et de la LMI¹⁰⁹ (art. 5 et art. 3 LMI) dans leur législation. Pour les décisions d'interruption de la procédure d'adjudication prises dans le cadre d'un marché « international »¹¹⁰, le régime est le même qu'au niveau fédéral. Celles-ci sont sujettes à recours. Pour les procédures non soumises aux accords internationaux et ouvertes à une concurrence nationale uniquement (procédure sur invitation et procédure de gré à gré), la LMI dispose que les décisions prises en matière de marchés publics doivent être sujettes à recours (art. 9 al. 1 LMI) devant une autorité cantonale indépendante (art. 9 al. 2 LMI). Le Tribunal fédéral admet cependant que les lois cantonales ne prévoient pas de contrôle juridique pour les marchés ne dépassant pas les valeurs-seuils prévues par les accords internationaux¹¹¹. Le recours doit cependant être admis lorsqu'il est fait application de la clause d'urgence au travers d'une procédure de gré à gré exceptionnel pour un marché qui serait, dans d'autres circonstances, soumis aux exigences internationales et ainsi sujet à recours.

¹⁰⁴ ATF 125 II 86 consid. 3a et 3b.

¹⁰⁵ Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF), RS 173.110.

¹⁰⁶ Loi sur le tribunal administratif fédéral du 17 juin 2015 (LTAF), RS 173.32.

¹⁰⁷ Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA), RS 172.021.

¹⁰⁸ Décision de la CRM du 19 juillet 1999 consid. 1b.

¹⁰⁹ Loi sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI), RS 943.02.

¹¹⁰ POLTIER (2014), pp. 59 ss ; art. 8 al. 1 AIMP concrétisé dans les législations cantonales.

¹¹¹ ATF 131 I 137, consid. 2.

4.3 Les autorités de recours

Les autorités juridictionnelles administratives compétentes doivent offrir les garanties procédurales exigées par l'art. XX ch. 6 AMP ainsi que celles découlant de l'art. 6 § 1 CEDH¹¹². L'accès au juge est garanti par l'art. 29a Cst.

Depuis la réforme de l'organisation judiciaire fédérale en 2007, le Tribunal administratif fédéral statue dans les recours dirigés contre des décisions émanant d'autorités fédérales (art. 27 al. 1 LMP et 31 LTAF). L'interruption d'un marché public fédéral peut y être contestée.

Au niveau cantonal, les autorités doivent désigner une autorité juridictionnelle indépendante et impartiale¹¹³ pour statuer sur les recours portant sur des décisions cantonales ou communales tombant dans le champ d'application de l'AIMP et de la LMI. Les recours en matière de droit des marchés publics ne peuvent d'ailleurs être soumis au Conseil d'État, faute de constituer une instance de recours indépendante de l'administration¹¹⁴. Dans le canton de Vaud, c'est la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal qui est compétente pour les recours de droit administratif contre l'interruption d'un marché public (art. 92 al. 1 LPA-VD¹¹⁵).

L'art. 15 al. 1 AIMP prévoit que l'autorité juridictionnelle cantonale statue de manière définitive. En d'autres termes, c'est une instance cantonale unique. Ce système correspond à l'exigence de célérité dans la résolution des litiges en matière de marchés publics¹¹⁶. La juridiction cantonale de recours doit remplir les conditions de l'art. 6 § 1 CEDH, soit que le juge dispose d'un pouvoir réformatoire ou cassatoire et qu'il puisse revoir les décisions en fait et en droit. Un recours soumis à l'autorité hiérarchique supérieure, préalable à la voie de recours judiciaire, est néanmoins admissible (tel est notamment le cas dans les cantons de Berne et de Fribourg). L'étendue de la protection juridique est ensuite laissée au libre choix du législateur cantonal, conformément à l'art. 9 al. 3 LMI¹¹⁷. La décision d'interruption de la procédure d'adjudication, prise par le pouvoir adjudicateur, est contestable auprès de la cour cantonale de droit administratif et public pour les marchés cantonaux et communaux, respectivement auprès du Tribunal administratif fédéral pour les marchés fédéraux. Les recours auprès du Tribunal fédéral seront traités ultérieurement (cf. *infra* 4.8.).

4.4 La recevabilité du recours

4.4.1 La qualité pour recourir

Le droit des marchés publics ne connaît pas de régime particulier. Dès lors, selon le renvoi de l'art. 26 al. 1 LMP, les règles générales de la procédure administrative s'appliquent (art. 48 PA).

Pour être partie et ester en justice, le recourant doit avoir l'exercice des droits civils. Il peut interjeter recours contre la décision d'interruption de la procédure d'adjudication s'il remplit les trois conditions cumulatives suivantes :

¹¹² Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH), RS 0.101.

¹¹³ Art. 6 § 1 CEDH.

¹¹⁴ ATF 125 I 406 consid. 3 ; 117 Ia 375 consid. 5c.

¹¹⁵ Loi sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 (LPA-VD), RSV 173.36.

¹¹⁶ CLERC (1997), p. 516.

¹¹⁷ ATF 131 I 137 consid. 2.2.

- il doit avoir participé à la procédure devant l'autorité précédente ou avoir été empêché de le faire;
- il doit être spécialement touché par la décision attaquée;
- il doit avoir un intérêt digne de protection à ce que la décision soit annulée ou modifiée (art. 48 al. 1 PA).

Remplit le critère de la participation à la procédure devant l'autorité précédente le recourant qui a transmis une offre au pouvoir adjudicateur avant l'interruption de la procédure¹¹⁸. La condition est aussi réputée remplie par celui qui a été empêché de participer à la procédure contre laquelle il recourt. Les fournisseurs qui peuvent, de bonne foi, démontrer qu'ils auraient transmis une offre dans le délai fixé ou ceux empêchés de le faire par suite d'un choix d'une procédure non conforme entrent dans le cercle des recourant admis¹¹⁹. Le soumissionnaire exclu n'est légitimé à recourir contre la décision d'interruption que s'il a précédemment contesté la décision d'exclusion¹²⁰.

Le recourant doit ensuite démontrer que ses intérêts sont effectivement et spécialement touchés par la décision attaquée. Le recourant est « particulièrement atteint » (art. 48 al. 1 let. b PA) par la décision d'interruption lorsque son intérêt personnel se distingue nettement de l'intérêt général des autres membres de la collectivité dont l'organe a statué afin d'exclure l'action populaire¹²¹ et d'éviter un « débordement » des possibilités de recours¹²². Il doit ainsi matériellement prouver le préjudice qu'il subirait du fait de la décision d'interruption de la procédure de passation. Le préjudice doit être de nature économique, matérielle ou idéale¹²³.

Le soumissionnaire recourant doit encore démontrer qu'il dispose d'un intérêt légitime à l'annulation de la décision d'interruption¹²⁴. Son intérêt personnel à la continuation de la procédure d'adjudication doit être actuel, la modification de la décision attaquée devant permettre la suppression du dommage causé¹²⁵. C'est le cas s'il apporte la preuve qu'il a des chances de se voir adjudger le marché en cas de modification de la décision d'interruption et ainsi de supprimer le dommage subi¹²⁶. Sur ce point, il faut déterminer à quel moment de la procédure a eu lieu l'interruption :

- si la décision d'interruption est notifiée avant l'adjudication, la position des soumissionnaires dans le classement ne joue aucun rôle et tous les éventuels soumissionnaires disposent d'un intérêt légitime à l'annulation de la décision d'interruption de la procédure d'adjudication¹²⁷ ;
- lorsque le pouvoir adjudicateur renonce à conclure le contrat pour lequel il avait lancé le marché public, seul l'adjudicataire bénéficie de la qualité pour recourir¹²⁸.

¹¹⁸ ATF 130 I 258 consid. 1.2.

¹¹⁹ GALLI et al. (2013), pp. 657 s. ; SUTER (2010), p. 196.

¹²⁰ Arrêt en ligne du Tribunal administratif cantonal du canton du Tessin 52.2015.239 du 4 août 2015 consid. 1 ; BEYELER (2016), p. 169.

¹²¹ Message FF 2001, p. 4127.

¹²² ATF 137 II 30 consid. 2.2.3, JdT 2012 I 393 consid. 2.2.3.

¹²³ BOVAY (2016), p. 495.

¹²⁴ BOVAY (2016), pp. 481 ss.

¹²⁵ Message FF 2001, p. 4127.

¹²⁶ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 2C_107/2007 du 22 janvier 2008 consid. 1.2.

¹²⁷ Décision de la CRM du 16 août 1999, consid. 1b. ; SUTER (2010), p. 198 qui traite aussi de l'opinion de jurisprudences cantonales qui dénie la qualité pour recourir au recourant qui n'avait aucune chance d'obtenir le marché.

¹²⁸ SUTER (2010), p. 198.

Les personnes (les employés, les sous-traitants d'un soumissionnaire évincé, les associations et les commissions professionnelles paritaires) et les organisations indirectement touchées par la décision d'interruption ne dispose pas de la qualité pour recourir, faute d'avoir un intérêt personnel à ce que la décision d'interruption de la procédure soit annulée.

En cas d'interruption de la procédure d'adjudication, chaque soumissionnaire doit déposer un recours, la procédure administrative ne reconnaissant pas le recours joint. Cette exigence permet aussi de délimiter le cercle des bénéficiaires de la décision sur recours, soit les soumissionnaires qui pourraient potentiellement se voir adjudger le marché en cas de reprise de la procédure d'adjudication.

L'art. 111 LTF exige du droit cantonal qu'il ne durcisse pas les conditions afin que celles-ci puissent être revues par la voie du recours en matière de droit public ouverte au Tribunal fédéral (art. 82 ss LTF). Le droit cantonal reprend pour l'essentiel les mêmes critères que ceux précédemment évoqués. Partant, ces critères sont en principe applicables aux marchés cantonaux.

4.4.2 Les règles de forme

Pour l'essentiel, les actes de recours contre des décisions relatives aux marchés publics tant fédéraux que cantonaux doivent respecter les conditions de formes fixées dans les dispositions légales de la procédure administrative (respectivement art. 26 al. 1 LMP et art. 10 al. 3 LMP-VD¹²⁹ notamment). Le recours doit être écrit et motivé (art. 52 PA ; art. 15 al. 2 AIMP).

La procédure de recours en droit des marchés publics se distingue toutefois de la procédure administrative ordinaire en quelques points : premièrement, le pouvoir adjudicateur bénéficie d'une obligation de motivation moindre ; deuxièmement, le délai de recours est plus court ; troisièmement, le droit d'accès aux dossiers est limité ; quatrièmement, l'effet suspensif n'est pas automatiquement octroyé ; et finalement, lorsqu'un recours est jugé bien-fondé mais que le contrat est déjà conclu, le pouvoir de décision de l'autorité de recours est limité au constat de l'illicéité de la décision d'adjudication¹³⁰.

Le droit des marchés publics ne ménage pas les recourants en matière de délais. La loi assujettit le recours à un délai péremptoire¹³¹. En droit fédéral, les recours doivent être déposés dans un délai de vingt jours dès la notification de la décision (art. 30 LMP). C'est un délai plus court que celui prévu par l'art. 50 PA. En droit cantonal, l'AIMP prévoit que les recours doivent être déposés dans un délai de dix jours (art. 15 II AIMP). Il commence à courir dès la notification individuelle ou par publication officielle de la décision d'interruption. Les règles sur les fêtes ne s'appliquent pas (art. 26 II LMP en lien avec l'art. 22a PA).

4.4.3 Les motifs de recours

Bien que le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation, sa marge de manœuvre n'est pas illimitée puisque le recours doit permettre de contrôler la violation du droit, comprenant l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, et la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 26 al. 1 LMP ; art. 49 let. a et b PA ; art. 16 al. 1 let. a et b

¹²⁹ Loi vaudoise sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP-VD), RSV 726.01.

¹³⁰ WOLF (2003), p. 3.

¹³¹ CARRON/FOURNIER (2002), p. 74.

AIMP). Dès lors, le droit fédéral et le droit cantonal sont conformes aux exigences de l'art. XX al. 2 AMP. L'autorité de recours est dénuée d'un pouvoir d'examen en opportunité (art. 31 LMP en tant que *lex specialis* de l'art. 49 PA en lien avec l'art. 4 PA ; art. 16 al. 2 AIMP).

4.5 Les effets du recours

La législation du droit des marchés publics ne contient aucune disposition spéciale, elle renvoie à la procédure administrative (art. 26 al. 1 LMP). Les recours cantonaux ont un effet dévolutif¹³² : leur traitement passe à l'autorité de recours (art. 54 PA). L'art. 58 al. 1 PA du droit fédéral et les lois cantonales qui s'en inspirent modèrent l'effet de la dévolution en autorisant l'autorité inférieure à procéder à un nouvel examen de la décision attaquée et rendre une nouvelle décision en faveur du recourant ou en annulant la décision attaquée¹³³. Si l'adjudicateur décide de reprendre la procédure de passation du marché pendant que la décision d'interruption fait l'objet d'un recours, l'intérêt du soumissionnaire recourant disparaît et le recours devient sans objet¹³⁴. Le prononcé de la décision de recours vaudra ensuite pour tous les soumissionnaires, recourants et non recourants (cf. *infra* 4.7.)¹³⁵.

Le droit des marchés publics, contrairement au régime ordinaire de la PA, ne prévoit pas d'effet suspensif en cas de recours (art. 28 al. 1 LMP, art. 17 al. 1 AIMP), ceci afin d'éviter que le dépôt du recours ne soit utilisé comme moyen de pression par les soumissionnaires évincés¹³⁶. Le juge peut toutefois l'accorder sur requête (art. 28 al. 2 LMP) ou d'office (art. 17 al. 2 AIMP) après avoir procédé à une pesée des intérêts en présence¹³⁷. Le juge tiendra compte de l'éventuel intérêt, prépondérant, du recourant à l'exécution immédiate de la prestation par rapport à celui du pouvoir adjudicateur d'interrompre le marché¹³⁸. Il tiendra également compte d'autres intérêts en présence, comme l'intérêt à ce que la procédure soit exécutée avec célérité¹³⁹ ou celui de l'exigence d'une protection juridique effective ancrée à l'art. XX ch. 2 AMP. L'octroi de l'effet suspensif, en cas d'interruption de la procédure de soumission, empêchera le pouvoir adjudicateur de conclure un contrat ayant le même contenu avec une autre entreprise ou d'entamer une nouvelle procédure de marché public portant sur le même objet¹⁴⁰. En revanche, en cas d'interruption définitive, l'octroi de l'effet suspensif ne joue aucun rôle puisque le pouvoir adjudicateur renonce définitivement à l'acquisition de la prestation.

4.6 Le droit de consulter le dossier

En application des principes généraux de procédure administrative et, plus précisément, du droit d'être entendu, le recourant dispose d'un droit de consulter les pièces du dossier afin de se déterminer (art. 26 PA). Le droit de consulter le dossier ne s'applique pas de manière absolue¹⁴¹. Il peut notamment être limité en cas d'intérêt privé important (art. 27 al. 1 let. b PA). Les soumissionnaires bénéficient d'un intérêt à la protection de leurs secrets d'affaires et de leur

¹³² BOVAY (2016), p. 574.

¹³³ BOVAY (2016), p. 574 ; art. 71 LPJA-BE ; art. 85 al. 2 CPJA-FR ; art. 67 al. 2 LPA-GE ; art. 57 al. 1 LPJA-VS ; art. 83 al. 1 LPA-VD.

¹³⁴ ATF 142 I 135 consid. 1.3.1.

¹³⁵ ATF 141 II 14 consid. 4.7, JdT 2017 I 81 consid. 4.7.

¹³⁶ POLTIER (2014), p. 269.

¹³⁷ POLTIER (2014), p. 269 ; BOVAY (2016), p. 582.

¹³⁸ SUTER (2010), p. 200.

¹³⁹ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 2C_876/2014 consid. 6.1.

¹⁴⁰ ATF 134 II 192 consid. 1.4 ; arrêt du Tribunal fédéral n.p. 2C_43/2015 du 10 décembre 2015 consid. 1.3.1.

¹⁴¹ ATF 129 I 249 consid. 3, JdT 2006 I 582 ; arrêt du Tribunal fédéral n. p. 2C_890/2008 du 22 avril 2009 consid. 5.3.3.

savoir-faire entrepreneurial pendant la procédure d'adjudication, en vertu de quoi il leur est interdit de consulter le dossier des soumissionnaires concurrents (art. 8 al. 1 let. 2 LMP, art. 11 let. g AIMP). Partant, des restrictions au droit de consulter le dossier s'appliquent également dans le cadre d'une procédure de recours, faute de quoi la confidentialité des offres, garantie par la loi, serait compromise dès l'introduction d'un recours¹⁴². C'est le juge qui procédera à une pondération entre l'intérêt public du droit à la consultation du dossier et l'intérêt privé au maintien du secret d'affaire, compte tenu de l'ensemble des circonstances¹⁴³.

4.7 La décision sur recours

Le recours est une « *demande tendant à la modification, à l'annulation ou à la constatation de la nullité d'un acte* »¹⁴⁴. S'il est réputé recevable, le tribunal statue sur l'objet du litige (art. 108 al. 1 let. a LTF notamment). Après que la procédure d'adjudication a été interrompue, l'autorité de recours a le pouvoir de réformer la décision attaquée ou de l'annuler¹⁴⁵. Il se peut alors que le pouvoir adjudicateur doive relancer la procédure d'adjudication telle quelle ou qu'il doive la renouveler, en tout ou en partie¹⁴⁶.

L'autorité de recours dispose d'un pouvoir d'examen limité au fait et au droit. Le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué (art. 31 LMP ; art. 16 al. 2 AIMP). Lors du contrôle juridictionnel des motifs d'interruption du marché, l'adjudicateur doit démontrer l'intérêt des modifications qu'il entend apporter au marché¹⁴⁷. L'autorité de recours se bornera à contrôler que les conditions de l'interruption de la procédure sont remplies¹⁴⁸ et que l'adjudicateur a rendu sa décision dans les limites de l'exercice de sa liberté d'appréciation¹⁴⁹. Dans une telle perspective, l'autorité de recours doit respecter le choix de l'adjudicateur alors même que la continuation de la procédure s'avérerait plus appropriée que son interruption¹⁵⁰. Le droit suisse est dès lors conforme à l'exigence de l'art. XX ch. 2 AMP selon laquelle chaque partie doit établir des procédures efficaces permettant de contester les violations de l'Accord dans le cadre de la passation de marchés.

Le pouvoir de décision de l'autorité est différent selon l'avancement de la procédure d'adjudication :

- si le contrat portant sur l'objet de la procédure d'adjudication n'est pas encore conclu, l'autorité de recours peut réformer la décision d'interruption du marché ou l'annuler (art. 32 al. 1 LMP ; art. 18 al. 1 AIMP)¹⁵¹ ;
- si le contrat a déjà été conclu, le pouvoir de décision de l'autorité de recours se limite à la constatation de l'illicéité de l'adjudication¹⁵² ; les recourants auront alors une prétention en dommages-intérêts fondée sur la responsabilité du pouvoir adjudicateur¹⁵³.

¹⁴² Arrêt du Tribunal fédéral n. p. 2P.274/1999 du 2 mars 2000 consid. 2c.bb.

¹⁴³ ATF 122 I 153 consid. 6a.

¹⁴⁴ GRISEL (1984), p. 460.

¹⁴⁵ Art. 61 al. 1 PA.

¹⁴⁶ SCHERLER (2008), p. 298.

¹⁴⁷ BEYELER (2004), p. 283.

¹⁴⁸ SUTER (2010), p. 203.

¹⁴⁹ RHINOW et al. (2014), p. 324.

¹⁵⁰ SUTER (2010), p. 204.

¹⁵¹ POLTIER (2014), p. 275.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ ATF 125 II 86 consid. 5b ; arrêt n. p. du Tribunal fédéral 2P.157/2003 consid. 1.2.

L'autorité de recours qui admet le recours annule la décision d'interruption puis renvoie généralement la cause au pouvoir adjudicateur¹⁵⁴. Lorsque les faits sont clairs, l'autorité de recours dispose d'un pouvoir de réforme (art. 61 al. 1 PA)¹⁵⁵. Une telle situation se présente rarement en droit des marchés publics, en raison du large pouvoir d'appréciation dont dispose l'adjudicateur¹⁵⁶.

Si le recours contre la décision d'interruption du marché est admis, que la décision d'interruption est annulée, l'autorité de recours devrait renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur avec des instructions impératives (par exemple la publication d'un nouvel appel d'offres)¹⁵⁷. L'adjudicateur peut alors :

- reprendre la procédure, en tout ou en partie (1) ;
- renoncer définitivement à l'acquisition de la prestation (2).

(1) Lorsque l'adjudicateur reprend la procédure d'adjudication en tout ou en partie, il dispose encore de la faculté de l'interrompre sur la base de justes motifs différents de ceux précédemment avancés. Encore faut-il déterminer qui parmi les soumissionnaires peut continuer à y participer. De nombreuses autorités juridictionnelles retiennent que seuls ceux qui ont interjeté recours sont autorisés à prendre part à la procédure de passation ultérieure¹⁵⁸. Cette solution présente l'avantage d'éviter la naissance d'une forme d'action collective¹⁵⁹. Une partie de la doctrine conteste néanmoins cette solution au motif que si un seul soumissionnaire fait recours tandis que son offre ne s'avérait pas intéressante, l'adjudication serait alors contraire au principe de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics, voire influencerait l'autorité de recours dans sa prise de décision¹⁶⁰. Selon le Tribunal fédéral, l'effet du prononcé ne peut pas être restreint aux soumissionnaires recourants¹⁶¹.

(2) L'adjudicateur demeure libre de conclure ou non le contrat pour lequel l'appel d'offres a été lancé¹⁶². Il peut renoncer définitivement à l'acquisition de la prestation dont il n'a plus besoin, pour autant qu'il existe un motif d'intérêt public¹⁶³. Le Tribunal administratif a cependant annulé une décision d'interruption d'un adjudicateur qui renonçait au marché dans le but de se procurer *in house* la prestation dont il avait besoin¹⁶⁴.

Lorsque l'adjudicateur fait valoir qu'il a interrompu le marché en optant pour une passation de gré à gré, l'autorité de recours doit vérifier le respect des conditions préalables à l'application d'une telle procédure (art. XV AMP ; art. 13 al. 1 LMP et 36 al. 2 OMP ; art. 12bis al. 1 phrase

¹⁵⁴ POLTIER (2014), pp. 275 s. ; SUTER (2010), p. 205.

¹⁵⁵ POLTIER (2014), p. 276 ; CLERC (1997), pp. 555 ss.

¹⁵⁶ Le Conseil fédéral se prononce dans le sens du respect des compétences du pouvoir adjudicateur, *Message 2 GATT*, pp. 1239 ss.

¹⁵⁷ CLERC (1997), p. 557.

¹⁵⁸ POLTIER (2014), pp. 276 s. qui cite le Tribunal administratif fédéral et les effets de l'annulation de la décision d'adjudication dans ses arrêts B-891/2009 consid. 6.3. et B-7571/2009 consid. 9.2.

¹⁵⁹ SUTER (2010), p. 205.

¹⁶⁰ *Ibid* ; WOLF (2003), p. 27.

¹⁶¹ ATF 141 II 14 consid. 4.7, JdT 2017 I 81 consid. 4.7.

¹⁶² BEYELER (2005), p. 790.

¹⁶³ POLTIER (2014), p. 227 et les références citées.

¹⁶⁴ Arrêt du Tribunal administratif fédéral n. p. B-536/2013 consid. 3.2.4.

2 et al. 2 AIMP)¹⁶⁵. Les conditions doivent être remplies au moment de l'interruption de la procédure d'adjudication¹⁶⁶.

4.8 Le recours au Tribunal fédéral

Pas plus la LMI que la LMP ne comportent de disposition sur le recours au Tribunal fédéral. C'est donc la voie de droit ordinaire qui doit être suivie. Selon l'art. 82 let. a LTF, le Tribunal fédéral statue sur le recours en matière de droit public dirigé contre « les décisions rendues dans des causes de droit public ». Le recours en matière de droit public peut être dirigé contre des décisions de droit public fédéral ou cantonal¹⁶⁷. Seules les décisions émanant du Tribunal administratif fédéral ou des autorités cantonales de dernière instance, pour autant que le recours devant le Tribunal administratif fédéral ne soit pas ouvert, peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral (art. 86 LTF).

En matière de marchés publics, des exigences supplémentaires ayant trait à la recevabilité sont fixées :

- les recours en matière de droit public ne sont admis que si la valeur estimée du marché à attribuer est supérieure aux seuils prévus par la LMP, l'AIMP ou l'accord du 21 juin 1999 conclu entre la Confédération suisse et la Communauté européenne ;
- la LTF pose comme condition cumulative¹⁶⁸ que la décision juridique soulève une question juridique de principe (art. 83 let. f LTF)¹⁶⁹.

Le Tribunal fédéral s'est montré restrictif concernant l'admission de la question juridique de principe¹⁷⁰. Celle-ci doit relever matériellement du droit des marchés publics et non de la mise en œuvre de la loi sur le Tribunal fédéral ou de l'application du droit cantonal¹⁷¹. Elle doit pouvoir être tranchée avec un libre pouvoir d'examen par le Tribunal fédéral¹⁷².

Devant le Tribunal fédéral, le recours peut notamment être formé pour violation du droit fédéral, du droit international, des droits constitutionnels cantonaux et du droit intercantonal (art. 95 LTF). Cette exigence rend difficile le recours au Tribunal fédéral contre l'interruption de marchés cantonaux. Il est néanmoins rendu possible grâce à l'adoption de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP).

Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, le recours constitutionnel subsidiaire est parfois possible. Le recours constitutionnel subsidiaire est ouvert contre les décisions des tribunaux supérieurs des cantons (art. 113 ss LTF). Il ne l'est pas contre les arrêts du Tribunal administratif fédéral (art. 113 LTF *a contrario*). Selon l'art. 116 LTF, le recours constitutionnel subsidiaire ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels. Le recourant ne peut donc invoquer ni la violation de l'AIMP ou des lois cantonales, ni la violation du principe de

¹⁶⁵ BEYELER (2004), p. 283.

¹⁶⁶ BEYELER (2008), p. 298.

¹⁶⁷ BOVAY (2016), p. 441.

¹⁶⁸ Le cumul des conditions est toutefois controversé. Brenci, après avoir procédé à une analyse comparative des textes en français, allemand et italien, préconise de ne retenir que la condition de la question juridique de principe, le critère pécuniaire n'étant pas déterminant dans la recevabilité d'une contestation relevant du droit des marchés publics ; BRENCI (2015), p. 548.

¹⁶⁹ ATF 133 II 396 consid. 2.1, JdT 133 II 396 ; ATF 144 II 177 consid. 1.3.

¹⁷⁰ POLTIER (2014), p. 281.

¹⁷¹ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 2C_203/2008 du 29 avril 2008 consid. 1.3.

¹⁷² POLTIER (2014), p. 282.

transparence, faute de bénéficier d'une protection constitutionnelle¹⁷³. Il devra plutôt fonder sa demande sur la violation du principe de l'interdiction de l'arbitraire en rapport avec des règles cantonales ou de l'AIMP¹⁷⁴.

Le requérant qui veut faire valoir ses droits devant le Tribunal fédéral doit avoir pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou avoir été privé de le faire, et avoir un intérêt juridique à l'annulation et à la modification de la décision attaquée (art. 115 LTF). Le grief de l'arbitraire n'ayant pas de portée propre, le requérant doit se prévaloir d'une situation juridique protégée par la loi ou par un droit fondamental spécifique afin que lui soit reconnu un intérêt juridiquement protégé. L'intérêt invoqué par le requérant à l'annulation de la décision d'interruption attaquée afin que la procédure d'adjudication soit reprise et, le cas échéant, que le marché lui soit adjugé a été reconnu par le Tribunal fédéral comme étant un intérêt actuel et juridiquement protégé¹⁷⁵.

5 La responsabilité de l'État

5.1 Indications liminaires

La responsabilité de l'État en cas d'interruption de la procédure d'adjudication s'inscrit dans le contexte de la défense des droits des soumissionnaires. La protection juridique est d'abord assurée par la voie du recours puis par l'action en responsabilité à raison d'une adjudication illicite.

L'action en responsabilité engagée par le soumissionnaire contre le pouvoir adjudicateur est essentiellement régie par les règles spéciales du droit des marchés publics. L'art. XX ch. 7 let. c de l'Accord sur les marchés publics exige que les procédures de contestation, prévues par les législations nationales, prévoient la correction de la violation de l'Accord ou la compensation des pertes et dommages subis, qui pourra être limitée au coût de l'élaboration de l'offre et ceux liés à l'action judiciaire. Cette disposition exige des États-membres qu'ils transposent dans leur législation une protection juridictionnelle efficace, limitée à la compensation du dommage engendré par la préparation de l'offre et à la procédure de recours.

Les art. 34 ss LMP et 9 al. 3 LMI offrent la protection minimale exigée par l'AMP. L'AIMP n'évoque un régime spécial de responsabilité qu'implicitement (art. 18 al. 2 AIMP). Les cantons ont pour la plupart adopté des règles spécifiques, proches du régime prévu par le droit fédéral. Les cantons de Vaud et Uri n'ont arrêté aucune disposition spécifique et renvoient aux règles ordinaires de la responsabilité de l'État.

La doctrine est d'avis qu'aucune disposition de la loi ne stipule que le régime spécial de la responsabilité en droit des marchés publics ne serait exhaustif¹⁷⁶. L'art. 34 al. 3 LMP renvoie d'ailleurs à la responsabilité générale de l'État ce qui laisse entendre que son régime n'est pas exclusif d'autres régimes de responsabilité. Des fondements différents de celui du régime spécial de droit de marchés publics peuvent dès lors faire naître la responsabilité de l'État.

¹⁷³ ATF 138 I 143 consid. 2.

¹⁷⁴ GALLI et al. (2013), p. 706.

¹⁷⁵ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 2P.34/2007 du 8 mai 2007, consid. 2.

¹⁷⁶ POLTIER (2014), p. 329 ; Message FF 1994, p. 1240 s. ; GALLI et al. (2013), p. 723 ; BEYELER (2004), p. 534.

Ainsi, le présent chapitre examinera les différents fondements sur la base desquels l'État peut être recherché en responsabilité en raison de l'interruption de la procédure d'adjudication en commençant par la responsabilité spéciale pour adjudication illicite (5.2.). Il conviendra ensuite de se pencher sur la responsabilité pour la *culpa in contrahendo* de droit civil (5.3.1.) puis sur une forme de responsabilité fondée sur la confiance en droit public (5.3.2.).

5.2 La responsabilité spéciale de l'État en matière de marchés publics

5.2.1 En général

La responsabilité spéciale de l'État en matière de marchés publics n'est engagée qu'à la condition qu'un contrat a déjà été conclu avec un soumissionnaire. En s'appuyant sur la réglementation du droit des marchés publics, engager la responsabilité de l'adjudicateur en cas d'interruption de la procédure n'est dès lors possible que dans le cadre de la contestation d'une adjudication de gré à gré illicite (art. 34 LMP en lien avec l'art. 32 al. 2 LMP).

Lorsqu'un contrat portant sur la prestation qui faisait l'objet de la procédure d'adjudication interrompue est conclu avant même que l'autorité de recours ne statue, le tribunal se limite à la constatation de l'illicéité de la décision d'adjudication (art. 32 al. 2 LMP, art. 18 al. 2 AIMP, art. 9 al. 3 LMI). Une telle situation existe notamment lorsqu'une urgence surgit, imposant à l'adjudicateur de procéder à une passation du marché de gré à gré¹⁷⁷. Le recourant ne pourra pas remettre en cause la validité du contrat (en admettant que celui-ci soit valide), afin d'éviter la survenance d'une incertitude juridique¹⁷⁸. Si la décision d'adjudication est reconnue être illicite, le soumissionnaire recourant peut, à titre subsidiaire, ouvrir une procédure en dommages-intérêts pour obtenir la réparation du préjudice encouru (art. 34 LMP)¹⁷⁹.

Un tel droit découle de la responsabilité de l'État pour acte illicite (*Sekundärrechtsschutz*), subsidiaire à la protection juridique accordée par le biais du recours (*Primärrechtsschutz*) contre la décision d'interruption¹⁸⁰. Les prétentions en dommages-intérêts de la protection juridique secondaire du droit des marchés publics ne sont admises que lorsque la protection juridique primaire a été accordée mais qu'il n'est pas possible de la réaliser, soit lorsque la décision d'adjudication de gré à gré a été reconnue illicite mais que l'adjudicateur n'a alors plus d'intérêt à relancer la procédure d'adjudication précédemment interrompue¹⁸¹. Tant la protection juridique primaire que secondaire visent le rétablissement de la situation conforme au droit.

L'action en responsabilité de l'État est subsidiaire à la voie du recours en droit des marchés publics. Le soumissionnaire doit préalablement contester la décision d'interruption et d'adjudication de gré à gré par le biais d'un recours¹⁸². Cette exigence est légitimée par l'obligation de réduire voire de supprimer le dommage en attaquant la décision d'interruption dans le but que la procédure d'adjudication soit reprise¹⁸³. En l'absence du dépôt d'un recours, l'action en responsabilité ne sera pas ouverte. Si le soumissionnaire recourant s'est limité à demander la constatation de l'illicéité de la décision, sans demander son annulation ou sa

¹⁷⁷ BEYELER (2004), pp. 505 s.

¹⁷⁸ ATF 101 II 140 consid. 4b ; ATF 108 II 456 consid. 3.

¹⁷⁹ POLTIER (2014), p. 278.

¹⁸⁰ BEYELER (2004), pp. 304 s.

¹⁸¹ BEYELER (2004), p. 428.

¹⁸² POLTIER (2014), p. 321.

¹⁸³ BEYELER (2004), p. 647.

correction, l'action en responsabilité ne sera pas non plus ouverte. Le recours doit encore être admis.

5.2.2 Les conditions de la responsabilité spéciale du pouvoir adjudicateur

La responsabilité du pouvoir adjudicateur à raison d'une interruption de la procédure de passation suivie d'une adjudication de gré à gré illicite est engagée à trois conditions :

- a) L'existence d'un acte illicite : cette première condition est remplie dès l'instant où le juge administratif a admis le recours engagé par le soumissionnaire en reconnaissant le caractère illicite de la décision d'adjudication¹⁸⁴. Le juge civil qui statue sur l'action en responsabilité est en quelque sorte lié par le juge administratif. Le régime spécial de la responsabilité en droit des marchés publics est plus souple que le régime général de la responsabilité de l'État qui requiert une violation, par le fonctionnaire ou le juge, d'un devoir essentiel lié à leur fonction¹⁸⁵.
- b) Un préjudice : le droit fédéral limite la responsabilité spéciale de l'État en matière de marchés publics à la compensation des coûts d'élaboration de l'offre et de la contestation de l'interruption (art. 34 al. 2 LMP)¹⁸⁶. Ce régime correspond à l'exigence minimale fixée par l'art. XX ch. 7 let. c AMP, reprise en droit suisse. La responsabilité de l'État ne couvre pas le gain auquel le soumissionnaire aurait pu prétendre si le marché lui avait été adjugé et le contrat subséquent conclu¹⁸⁷. Elle ne comprend pas non plus la réparation du dommage subi en raison d'hypothétiques contrats manqués du fait qu'il était occupé à l'élaboration de l'offre. Cette limitation est justifiée par le fait que l'adjudicateur n'est pas obligé de conclure le contrat pour lequel il a prononcé l'adjudication, sans qu'il n'ait à rembourser les impenses de l'adjudicataire.
- c) Un lien de causalité naturel et adéquat entre l'acte illicite et le préjudice : les soumissionnaires qui ont recouru avec succès contre l'adjudication de gré à gré illicite, en vertu du *Primärrechtsschutz*, doivent démontrer qu'ils n'auraient pas subi de dommage si les règles de droit des marchés publics avaient été respectées et qu'une décision d'adjudication régulière avait été prononcée. Les titulaires d'une action en responsabilité de l'État et partant d'une indemnité réparatrice sont les soumissionnaires à même de démontrer qu'ils avaient la meilleure offre et que le marché leur aurait été adjugé s'il n'y avait pas eu d'interruption¹⁸⁸. Une telle preuve est difficile à apporter en raison de la liberté d'appréciation étendue dont bénéficie l'adjudicateur. Si aucun soumissionnaire recourant ne peut démontrer avec une haute probabilité qu'il aurait obtenu le marché, l'interruption ayant été prononcée avant l'évaluation des offres, la doctrine retient que tous ceux qui démontrent qu'ils avaient une chance réelle ou abstraite de se voir adjuger le marché peuvent prétendre à des dommages-intérêts¹⁸⁹. Les soumissionnaires recourants qui apportent la preuve qu'ils avaient une chance réelle d'obtenir le marché peuvent réclamer à l'autorité ayant lancé le marché le remboursement des frais de soumission et des frais de défense, en plus d'un intérêt compensatoire de 5% à compter de la date du jugement constatant l'illicéité de

¹⁸⁴ GALLI et al. (2013), pp. 725 ss ; CLERC (1997), pp. 607 ss ; POLTIER (2014), p. 324.

¹⁸⁵ ATF 132 II 449 consid. 3.3.

¹⁸⁶ BEYELER (2004), pp. 481 ss ; GAUCH (1995), p. 329.

¹⁸⁷ BEYELER (2004), pp. 382 ss ; POLTIER (2014), p. 325.

¹⁸⁸ BEYELER (2004), p. 507.

¹⁸⁹ BEYELER (2004), p. 453 ; GALLI et al. (2013), p. 726.

l'adjudication¹⁹⁰. Faute d'avoir apporté une telle preuve, les soumissionnaires non recourants ne seront pas dédommagés.

5.2.3 La procédure

La procédure est différente selon qu'il s'agit d'obtenir la réparation des dommages résultant de l'interruption d'un marché fédéral ou cantonal. Le régime procédural général de la responsabilité de l'État pour actes illicites est le même que celui de la responsabilité en matière de marchés publics.

Lorsque le marché relève de la législation fédérale, le soumissionnaire recourant doit adresser sa demande en réparation du dommage au Département fédéral des finances (art. 35 al. 1 LMP et 22 al. 1 Org-OMP¹⁹¹). La demande de dommages-intérêts doit être soumise dans un délai de douze mois à compter de la décision constatant l'illicéité de la décision d'adjudication (art. 35 al. 3 LMP). Le recours éventuel est à adresser à l'autorité de deuxième instance, le Tribunal administratif fédéral (art. 35 al. 2 LMP). Le recours au Tribunal fédéral est ouvert par la voie du recours en matière de droit public lorsque la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 frs pour les contentieux de nature pécuniaire (art. 85 al. 1 let. a LTF), ou s'il existe une question juridique de principe (art. 85 al. 2 LTF). L'exception de l'art. 83 let. f LTF qui exclut le recours en matière de droit public pour les décisions en matière de marchés publics ne s'applique pas à l'action en responsabilité de l'État pour adjudication illicite¹⁹².

Lorsque le marché relève de la législation cantonale, la compétence pour trancher la demande de dommages-intérêts appartient à la cour de droit public du tribunal cantonal. Un recours au Tribunal fédéral peut ensuite être entrepris pour autant que la valeur litigieuse ne soit pas inférieure à 30'000 frs (art. 85 al. 1 let. a LTF) ou, là également, si le litige soulève une question juridique de principe (art. 85 al. 2 LTF). Le soumissionnaire recourant contre la décision d'une autorité cantonale dispose encore de la voie du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 LTF).

Ainsi, le champ d'application et les conditions de la responsabilité spéciale de l'État sont fort limités. Le régime de la responsabilité spéciale de l'État fixé dans la LMP est susceptible de ne réparer les préjudices encourus par l'interruption que dans la mesure où l'interruption a été suivie d'une adjudication de gré à gré. Il paraît dès lors utile de présenter les alternatives offertes par le droit privé et le droit public.

5.3 Les autres formes de responsabilité de l'État en matière de marchés publics

5.3.1 La responsabilité précontractuelle de droit privé selon BEYELER

5.3.1.1 En général

Depuis 1996 et l'entrée en vigueur en Suisse de l'Accord sur les marchés publics, la Suisse a donné à la juridiction administrative la compétence de régler les litiges des marchés publics. Ce qui a trait au contrat subséquent à l'adjudication relève des juridictions de droit privé. Partant, la responsabilité spéciale de l'État consacrée par la législation du droit des marchés publics

¹⁹⁰ GALLI et al. (2013), p. 726.

¹⁹¹ Ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale du 24 octobre 2012 (Org-OMP), RS 172.056.15.

¹⁹² Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 2C_824/2014 du 22 mai 2015.

n'est engagée qu'en matière de droit des marchés publics, soit en raison d'une adjudication illicite.

Dans certaines situations, le comportement de l'adjudicateur peut être fautif bien que licite. Le lancement de la procédure d'adjudication de façon contraire à la bonne foi, la commission d'une erreur juridique ou la simple négligence du pouvoir adjudicateur en sont des exemples¹⁹³. En raison du champ d'application restreint de la responsabilité spéciale de l'État en droit des marchés publics, certains auteurs (GAUCH¹⁹⁴ et BEYELER¹⁹⁵ notamment) proposent de retenir une responsabilité précontractuelle de droit privé à raison de la *culpa in contrahendo*, ce qui permettrait aux soumissionnaires d'obtenir une réparation fondée sur le droit privé pour les frais occasionnés par l'élaboration de l'offre. Ces auteurs se fondent sur le fait que la procédure de passation du marché public correspond aux pourparlers précédant la conclusion d'un contrat de droit privé¹⁹⁶. Partant, la responsabilité précontractuelle (*culpa in contrahendo*) de droit privé permet de réparer le dommage des soumissionnaires lésés en cas d'interruption de la procédure d'adjudication de façon conforme au droit des marchés publics¹⁹⁷.

5.3.1.2 L'interruption de la procédure de façon contraire à la bonne foi

Les parties doivent agir selon les règles de la bonne foi lorsqu'elles poursuivent des négociations précontractuelles, selon le Tribunal fédéral¹⁹⁸. Ainsi, l'adjudicateur devenu entre-temps le maître de l'ouvrage et l'adjudicataire-contractant sont tenus de négocier sérieusement, sans déguiser leurs intentions. En vertu de la liberté contractuelle, les parties ont généralement le droit de rompre les négociations sans en donner les raisons¹⁹⁹. Si la partie qui rompt les négociations n'a pas respecté les règles de la bonne foi au cours des pourparlers, elle répondra du chef de la *culpa in contrahendo*²⁰⁰ car l'autre partie doit être protégée contre la confiance déçue. Maintenir une partie dans l'idée que le contrat serait certainement conclu ou ne pas dissiper cette illusion à temps engage une responsabilité résultant d'une *culpa in contrahendo*.

La responsabilité de l'adjudicateur en lien avec le motif d'interruption peut donc être admise sous l'angle de la *culpa in contrahendo*. C'est notamment le cas s'il engage une procédure d'adjudication tout en sachant ou devant savoir que l'adjudication ne sera vraisemblablement pas prononcée à bon droit, selon ses réels besoins ; cela également lorsqu'il attend avant d'interrompre la procédure d'adjudication alors même qu'il a eu connaissance d'un motif d'interruption.

Les situations suivantes illustrent un comportement de l'adjudicateur contraire à la bonne foi²⁰¹ :

- le pouvoir adjudicateur introduit une procédure d'adjudication sans avoir de véritable intention de conclure le marché ; il peut avoir la volonté de sonder le marché ou réaliser en cours de procédure qu'il n'a pas de véritable besoin d'acquiescer la prestation en cause ;

¹⁹³ SUTER (2010), p. 207.

¹⁹⁴ GAUCH et al. (2014), pp. 246 s.

¹⁹⁵ BEYELER (2004), pp. 551 ss.

¹⁹⁶ POLTIER (2014), p. 332 ; GAUCH (1995), p. 331 s.

¹⁹⁷ BEYELER (2005), pp. 792 ss.

¹⁹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4A_229/2014 du 19 septembre 2014 consid. 4.1.

¹⁹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 4C.152/2001 du 29 octobre 2001 consid. 3a.

²⁰⁰ ATF 90 II 449 consid. 4.

²⁰¹ SCHERLER (2008), pp. 299 s.

lancer deux procédures d'adjudication en vue de l'acquisition d'une même prestation (*Parallelausschreibung*) est également contraire à la bonne foi ;

- le pouvoir adjudicateur prononce l'adjudication alors même qu'il connaît ou devrait connaître des motifs d'interruption ; il témoigne d'un comportement fautif ou trop peu diligent, soit contraire à la bonne foi, lorsqu'il a connaissance de critères techniques lacunaires ou d'un vice dans l'appel d'offres, d'un choix de procédure inadéquate, d'une sous-estimation du prix de la prestation, d'une planification temporelle impossible à respecter, d'un risque de manque de financement ou encore lorsqu'il a finalement prévu d'opter pour une passation du marché de gré à gré ;
- est contraire à la bonne foi, le comportement du pouvoir adjudicateur qui, alors même qu'il découvre un motif d'interruption de la procédure d'adjudication, la retarde inutilement et ne la communique pas en temps utile aux soumissionnaires.

Partant, la responsabilité pour *culpa in contrahendo* s'applique en cas de comportements contraires à la bonne foi dès l'ouverture de la procédure ou, le cas échéant, en retardant l'interruption de la procédure.

5.3.1.3 Le cercle des ayant-droits

Seuls les soumissionnaires ayant subi un dommage du fait de l'interruption de la procédure d'adjudication et pouvant démontrer un lien de causalité entre le manquement de l'adjudicateur et leur préjudice peuvent prétendre à des dommages-intérêts. En cas d'interruption violant le principe de la bonne foi, les dommages-intérêts ne sont pas attribués en fonction des chances réelles des soumissionnaires de se voir attribuer le marché mais en raison du fait qu'ils pouvaient légitimement se fier à une intention sérieuse du pouvoir adjudicateur de conclure le marché sans se douter de l'interruption de la procédure²⁰². La responsabilité résultant d'une *culpa in contrahendo* protège la confiance que les soumissionnaires sont en droit d'attendre de l'autorité adjudicatrice. Cette dernière doit conduire la procédure avec tout le sérieux et le formalisme attendu. Bien que tous les soumissionnaires ne pussent escompter obtenir le marché, tous sont en droit de placer une certaine confiance dans la volonté de l'adjudicateur d'atteindre l'objectif de la procédure de marché public. Partant, ce sont tous les soumissionnaires qui bénéficient d'une prétention en dommages-intérêts car tous subissent les mêmes pertes financières en élaborant leur offre. Le dommage est le même selon que l'interruption est provisoire ou définitive.

5.3.1.4 Le dommage

Le lésé a droit à la réparation du dommage du seul fait de l'attente provoquée par le comportement de l'autre partie durant les négociations²⁰³. Lors de l'interruption contraire à la bonne foi, les soumissionnaires ont droit, en principe, au remboursement des dépenses engagées par la procédure d'adjudication²⁰⁴. Il importe néanmoins de distinguer différents dédommagements selon le moment de l'interruption de la procédure d'adjudication :

- lorsque l'adjudicateur a, dès le départ, introduit la procédure d'adjudication de façon contraire à la bonne foi, toutes les dépenses engagées par les éventuels soumissionnaires depuis l'appel d'offres doivent être remboursées ;

²⁰² BEYELER (2005), p. 795.

²⁰³ ATF 105 II 75 consid. 3.

²⁰⁴ BEYELER (2004), pp. 601 s.

- lorsque l'adjudicateur a injustement retardé l'interruption de la procédure, il répond des dépenses engagées depuis le moment où il aurait dû notifier l'interruption aux soumissionnaires jusqu'au moment où il l'a effectivement fait car la confiance légitime des soumissionnaires en l'annonce immédiate de l'interruption de la procédure a été entamée ;
- lorsque l'adjudicateur ne souhaite plus conclure de contrat (*keine Kontrahierungspflicht*), l'adjudicataire qui a subi des pertes financières en raison de dépenses consenties en vue de l'exécution de la prestation faisant l'objet du marché sera dédommagé pour le replacer dans la situation qui serait la sienne s'il n'avait pas engagé ces dépenses²⁰⁵.

Une distinction supplémentaire mérite encore d'être prise en considération. Selon BEYELER²⁰⁶, le dédommagement ne sera pas le même selon que les soumissionnaires pourraient participer à une procédure ultérieure portant sur une prestation similaire :

- si l'interruption de la procédure est définitive, les éventuels soumissionnaires ou les soumissionnaires effectifs ont droit au dédommagement de la totalité des frais qu'ils ont engagés ainsi qu'aux bénéfices auxquels ils peuvent démontrer avoir renoncé pour la préparation du dossier ;
- si l'interruption de la procédure est provisoire mais qu'un soumissionnaire éventuel ne peut participer à la procédure d'adjudication ultérieurement relancée pour des raisons juridiques ou factuelles, il sera dédommagé de la même manière que si la résiliation était définitive ;
- si l'interruption de la procédure est provisoire mais qu'un soumissionnaire éventuel renonce à participer à la procédure ultérieurement relancée, il ne sera pas dédommagé car il pourra lui être opposé qu'il aurait dans tous les cas renoncé à la première procédure d'adjudication ;
- si l'interruption est provisoire et que les soumissionnaires prennent ensuite part à la procédure ultérieurement relancée, ils ne seront dédommagés que pour les coûts supplémentaires causés par la seconde procédure car ils auraient de toute façon engagé les dépenses nécessaires à la participation de la première procédure et dont le résultat peut être réutilisé.

5.3.1.5 Remarques sur la responsabilité de droit privé selon BEYELER

L'application de la responsabilité pour *culpa in contrahendo* suite à l'interruption de la procédure d'adjudication par l'adjudicateur revient à considérer que la procédure de marchés publics vaut pour parler contractuels jusqu'au moment de l'adjudication et que les parties sont sur un pied d'égalité. Or, cette perspective est contraire à la réglementation du droit des marchés publics. Au terme de la procédure d'adjudication, l'État prend une décision d'adjudication dans l'exercice de sa puissance publique²⁰⁷. Cet exercice se caractérise par un rapport de subordination, incompatible avec la relation sur pied d'égalité des parties dans les pourparlers précontractuels qui relèvent du droit privé²⁰⁸.

²⁰⁵ ATF 129 I 410.

²⁰⁶ BEYELER (2004), pp. 601 ss.

²⁰⁷ Arrêt du Tribunal fédéral n.p. 2A.167/2005 du 8 mai 2006, consid. 7.

²⁰⁸ POLTIER (2014), p. 333.

Pour BEYELER cependant, la collectivité est une entité économique qui participe au marché comme toutes les autres entités²⁰⁹. Elle intervient dans le but de satisfaire un besoin économique né d'un devoir d'accomplissement d'une tâche publique. Le droit des marchés publics régirait les négociations et la procédure de passation du marché mais pas ce qui a trait à la prestation en tant que telle, qui relèverait du droit privé. Le droit des marchés publics a cependant été mis en place afin de réguler la liberté contractuelle dont l'État bénéficierait s'il agissait à titre privé²¹⁰. La collectivité est limitée dans sa liberté par les principes d'égalité entre les soumissionnaires concurrents (art. 27 Cst.) et la garantie de la bonne foi (art. 9 Cst.). Ainsi, le principe d'égalité de traitement ne permet pas de retenir l'existence d'un rapport de confiance privilégié entre l'État et l'un des soumissionnaires.

Une partie de la doctrine s'est prononcée en faveur de la responsabilité de droit privé en matière de marchés publics. Tel est notamment le cas de Denis ESSEIVA, Peter GAUCH, Peter RECHSTEINER, Stefan SCHERLER, Hubert STÖCKLI²¹¹ et Martin BEYELER²¹². La Commission fédérale de recours en matière de marchés publics²¹³ et les cours de droit administratif des cantons d'Argovie²¹⁴ et de Zurich²¹⁵ reconnaissent eux aussi plus ou moins explicitement l'application de la responsabilité précontractuelle de droit privé aux marchés publics. A l'inverse, les Cours de droit administratif des cantons de Vaud²¹⁶ et de Neuchâtel²¹⁷ s'opposent à l'application de droit privé au droit des marchés publics, tout comme Etienne POLTIER²¹⁸ et Evelyne CLERC²¹⁹.

5.3.2 La responsabilité fondée sur la confiance en droit public

Dans l'hypothèse où la responsabilité découlant du régime spécial de droit des marchés publics ne s'appliquait pas, la question d'une responsabilité générale de l'État pour activité illicite ou licite doit être examinée. La jurisprudence a développé à ce sujet la responsabilité fondée sur la confiance²²⁰.

En lançant un appel d'offres, le pouvoir adjudicateur s'oblige à transparence et diligence²²¹. Il s'engage à mener la procédure d'adjudication avec sérieux et loyauté. Ces obligations découlent de l'obligation de bonne foi, (art. 5 al. 3 et 9 Cst.), applicable en droit public. Partant, les soumissionnaires développent une confiance en la procédure d'adjudication introduite par le pouvoir adjudicateur. La responsabilité fondée sur la confiance, consacrée par la jurisprudence depuis quelques années, fait naître la responsabilité d'une partie lorsque cette dernière suscite une confiance digne de protection et la déçoit ensuite de façon contraire à la loyauté²²². La protection de la confiance est accordée à la condition stricte que la confiance légitime du partenaire contractuel soit abusée. Elle n'est pas accordée à la partie victime de sa propre

²⁰⁹ BEYELER (2004), p. 553.

²¹⁰ POLTIER (2014), p. 333.

²¹¹ BEYELER (2004), p. 565 et les références citées.

²¹² BEYELER (2004), pp. 551 ss.

²¹³ CMR 013/2002 consid. 2a. ; CMR 005/2001 consid. 2a.

²¹⁴ Arrêt du Tribunal administratif du canton d'Argovie AGVE 1999 consid. I/3 et II/2a.

²¹⁵ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2000.00403 consid. 1e et 2b.

²¹⁶ Arrêt de la Cour de droit administratif et public du canton de Vaud GE 98/0178, consid. 3a.

²¹⁷ Arrêt de la Cour de droit administratif et public du canton de Neuchâtel TA.2000.165. consid. 5.

²¹⁸ POLTIER (2014), pp. 332 s.

²¹⁹ CLERC (1997), pp. 600 s.

²²⁰ ATF 139 III 110.

²²¹ POLTIER (2014), p. 338.

²²² ATF 130 III 345 consid. 2.1., JdT 2004 I 207 et SJ 2004 I 461.

imprudence, de sa crédulité ou en cas de réalisation d'un risque inhérent à toute affaire commerciale²²³. Le Tribunal fédéral s'est penché à deux reprises sur une éventuelle responsabilité fondée sur la confiance en droit des marchés publics²²⁴. Il ne l'a pas retenue dans les cas d'espèce.

La doctrine reconnaît toutefois son utilité²²⁵. Le droit des marchés publics ne prend pas suffisamment en compte les objectifs commerciaux des soumissionnaires. En outre, les critiques opposables à la *culpa in contrahendo* en raison de son fondement de droit privé ne peuvent être opposées à la responsabilité fondée sur la confiance qui relève du droit public, comme le droit des marchés publics.

6 Les modifications apportées par la révision de la loi sur les marchés publics

6.1 En général

La nouvelle loi sur les marchés publics (LMP révisée)²²⁶ entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Elle a été adoptée à l'unanimité (moins deux abstentions) par le Conseil national et le Conseil des États en juin 2019. L'enjeu de cette révision n'est pas des moindres : la valeur totale des paiements effectués dans le cadre de marchés publics en Suisse s'élève à près de 41 milliards de francs par année²²⁷. Cette somme représente environ 25% des dépenses publiques²²⁸.

L'actuelle loi sur les marchés publics a plus de vingt ans. Avec le temps, certaines lacunes ont été constatées. L'objectif de la révision est d'harmoniser les législations fédérales et cantonales²²⁹. L'harmonisation touche en particulier le domaine des voies de droit, les valeurs seuils déterminantes pour le choix de la procédure dans le cas des marchés non soumis aux accords internationaux et la terminologie utilisée dans la LMP actuelle et l'AIMP²³⁰. Les milieux économiques demandaient depuis longtemps que le droit des marchés publics soit harmonisé.

La révision est également destinée à transposer l'accord révisé de l'AMP sur les marchés publics (AMP 2012²³¹) dans le droit national²³². Deux nouveaux principes généraux compléteront ceux de la loi actuelle. Il s'agit de la nécessité de prendre des mesures contre la collusion et la corruption et de la prise en compte de la durabilité des achats (art. 2 LMP révisée).

²²³ ATF 133 III 449 consid. 4.1., JdT 2008 I 325.

²²⁴ ATF 133 III 449 et 116 Ib 367.

²²⁵ POLTIER (2014), pp. 337 ss ; BEYELER (2004), pp. 546 ss.

²²⁶ Projet de loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP révisée), disponible sous :

<https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>

²²⁷ Message LMP révisée, p. 1698.

²²⁸ *Marchés publics : répondre à un appel d'offres* (2014), disponible sous :

<https://www.kmu.admin.ch/kmu/fr/home/savoir-pratique/gestion-pme/marches-publics.html>

²²⁹ Document comparatif pour la révision du droit des marchés publics (2017), disponible sous :

<https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>

²³⁰ Message LMP révisée, p. 1711 s.

²³¹ Accord révisé sur les marchés publics, achevé en 2012 (AMP 2012), disponible sous :

https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/rev-gpr-94_01_f.htm

²³² Message LMP révisée, p. 1711.

Enfin, la nouvelle loi a pour but de renforcer la concurrence, clarifier les questions de l'assujettissement à la législation fédérale, assouplir les procédures d'acquisitions et moderniser le droit suisse des marchés publics afin qu'il puisse faire face aux défis futurs²³³. Ces différentes améliorations répondent aux soucis d'économie des soumissionnaires.

Le présent travail illustre ici les conséquences de la révision de la loi sur les marchés publics relativement à l'interruption de la procédure d'adjudication.

6.2 L'interruption de la procédure d'adjudication

L'interruption de la procédure d'adjudication sera, dès le 1^{er} janvier 2021, réglée par la loi (art. 43 LMP révisée) et non plus par l'ordonnance (art. 30 OMP). Le législateur a voulu ancrer dans la LMP révisée les dispositions qui traitent de questions essentielles mais qui figurent actuellement dans l'OMP²³⁴.

6.2.1 L'interruption définitive de la procédure

En vertu de l'art. 43 al. 1 let. a LMP révisée, l'interruption définitive doit reposer sur des « motifs suffisants » pour qu'elle soit licite. Ainsi, une prétention en dommage-intérêts ne pourra être opposée au pouvoir adjudicateur. Dans son Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, le Conseil fédéral reconnaît que l'interruption est en principe définitive et licite lorsque l'adjudicateur ne réalise pas le projet pour lequel il a lancé l'appel d'offres²³⁵. Il reprend la formulation de l'art. 30 al. 1 OMP.

6.2.2 L'interruption suivie d'un renouvellement ou d'une répétition de la procédure

Des motifs d'interruption suivis d'un renouvellement ou d'une répétition de la procédure d'adjudication sont ensuite énumérés à titre d'exemple à l'art. 43 al. 1 let. b à e LMP révisée. Le pouvoir adjudicateur peut interrompre la procédure d'adjudication lorsqu'aucune offre ne satisfait aux critères techniques ou aux autres exigences (let. b). Si la modification des conditions-cadres laisse entrevoir que des offres plus avantageuses seront présentées, une interruption est possible (let. c). L'adjudicateur interrompt licitement encore la procédure lorsque le montant offert par les entreprises soumissionnaires dépasse largement le budget alloué au projet (let. d). Si les offres déposées laissent supposer qu'un accord illicite a été conclu, le pouvoir adjudicateur peut, après avoir clarifié la situation, interrompre le marché (let. e). L'adjudicateur doit préalablement procéder à une soigneuse évaluation des preuves²³⁶. Seuls des soupçons sérieux d'un accord illicite entraînent une rupture de confiance entre l'adjudicateur et le soumissionnaire²³⁷. En cas d'évolution des besoins du pouvoir adjudicateur, celui-ci est également autorisé à interrompre la procédure d'adjudication en vue de la modification des prestations demandées (let. f). La loi révisée clarifie ainsi la notion de « motifs objectifs²³⁸ » autorisant le pouvoir adjudicateur à interrompre la procédure d'adjudication sans qu'il discrimine délibérément des soumissionnaires, ni n'entrave la concurrence.

²³³ Message LMP révisée, p. 1697.

²³⁴ Message LMP révisée, p. 1713.

²³⁵ Message LMP révisée, p. 1804.

²³⁶ Art. 44 al. 2 LMP révisée ; Message LMP révisée, p. 1808.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ ATF 134 II 192 consid. 2.3. s.

6.2.3 Admissibilité de l'interruption

Déjà présent dans l'AMP 1994, le critère de l'existence d'un intérêt public pour interrompre une procédure d'adjudication a été repris par l'art. XV ch. 5 AMP 2012 et concrétisé par la loi révisée. Celle-ci contient une liste non exhaustive de motifs d'interruption émanant des acquis jurisprudentiels²³⁹. La décision d'interruption devra être justifiée par un motif objectif et ne pas discriminer délibérément des soumissionnaires, ni n'entraver la concurrence. Le législateur a ainsi tenu compte de la recommandation n° 12 de la Délégation de surveillance de la NLFA qui suggérait d'élargir la marge de manœuvre du maître d'ouvrage en matière d'interruption de la procédure d'adjudication²⁴⁰. Si le pouvoir adjudicateur qui dispose d'une liberté de manœuvre étendue souhaite renoncer à passer le marché pour lequel il a lancé l'appel d'offres, il reste lié par les conditions d'interruption de la procédure d'adjudication²⁴¹. En vertu de l'art. 43 al. 2 LMP révisée, aucune obligation de dédommagement en faveur des soumissionnaires n'incombera au pouvoir adjudicateur lorsque l'interruption est justifiée.

6.2.4 La révocation de la décision d'adjudication

En ce qui concerne la révocation d'une décision d'adjudication, l'art. 44 al. 1 LMP révisée prévoit une liste exhaustive de faits justifiant une telle décision de l'adjudicateur. Les motifs prévus sont plus nombreux que ceux de l'art. 11 de la loi actuelle sur les marchés publics. Le Conseil fédéral rappelle que le choix de passer ou non un marché appartient au pouvoir adjudicateur en vertu de son large pouvoir d'appréciation et que, partant, l'interruption de la procédure peut s'avérer recommandée même après le prononcé d'une décision d'adjudication²⁴².

6.2.5 La forme de la décision d'interruption

La loi révisée fixe des conditions plus élevées que la loi actuelle concernant la forme de la décision d'interruption. Elle lève, à ce sujet, une incertitude juridique²⁴³. La décision d'interruption d'une procédure ouverte ou sélective devra être publiée sur une plateforme internet²⁴⁴ (art. 48 al. 1 LMP révisée ; art. VII ch. 1 AMP 2012). Une notification individuelle est possible mais reste facultative (art. 51 al. 1 LMP révisée), l'adjudicateur étant en droit d'y renoncer.

L'adjudicateur qui publiera une décision d'interruption doit en donner les raisons objectives et indiquer si l'interruption est définitive ou en vue d'un renouvellement ou d'une répétition de la procédure²⁴⁵. En se conformant à cette réglementation, le pouvoir adjudicateur satisfait aux exigences du Tribunal administratif fédéral²⁴⁶.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ Rapport du 19 mars 2007 de la Délégation de surveillance de la NLFA.

²⁴¹ ATF 134 II 192 consid. 2.3. s. ; art. 43 al. 1 LMP révisée.

²⁴² Message LMP révisée, p. 1806 et p. 1714.

²⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral n. p. 2D_42/2018 du 11 mars 2019 consid. 3.

²⁴⁴ Simap.ch.

²⁴⁵ Message LMP révisée, p. 1805.

²⁴⁶ Arrêt du Tribunal administratif fédéral n. p. B-2449/2012 consid. 4.2 ss et consid. 3.4.1.

6.3 Le recours

La décision d'interruption peut faire l'objet d'un recours (art. 29 let. a LMP ; art. 53 al. 1 let. g LMP révisée). L'art. XVIII AMP 2012 précise les modalités du droit de recours déjà prévues par l'AMP 1994 (art. XX AMP) et renforce la protection juridique des soumissionnaires²⁴⁷.

6.3.1 Les actes attaquables

L'art. XVIII AMP 2012 dispose que : « *Chaque Partie établira une procédure de recours administratif ou judiciaire [...]* ». En d'autres termes, la contestation d'une décision d'interruption (art. 53 al. 1 let. g LMP révisée) relève d'une procédure de recours et, partant, un acte attaquant doit exister²⁴⁸. Les décisions sujettes à recours seront sommairement motivées et indiqueront les voies de droit permettant de s'y opposer (art. 51 al. 2 LMP révisée).

La loi révisée prévoit une extension des voies de droit. Les procédures dont l'interruption est sujette à recours sont les suivantes :

- l'interruption d'un marché portant sur des fournitures ou des services dont la valeur atteint au moins la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation (art. 52 al. 1 let. a LMP révisée) ;
- l'interruption d'un marché portant sur des travaux de construction dont la valeur atteint au moins la valeur seuil déterminante pour les procédures ouvertes ou sélectives (art. 52 al. 1 let. b LMP révisée).

La modification des valeurs ouvrant une voie de droit n'aura pas d'impact sur les valeurs seuils déterminantes pour le choix des procédures²⁴⁹.

La question de l'institution d'une voie de droit par le biais d'une procédure de recours simple et rapide pour les marchés non soumis aux accords internationaux mais dont la valeur atteint au moins la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation a été abordée²⁵⁰. La réflexion est née de l'introduction dans la Constitution fédérale de la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.). Les participants à la procédure de consultation se sont montrés favorables à l'extension des voies de droit. L'effet de la procédure prévue restait cependant douteux²⁵¹. Il a finalement été décidé que l'efficacité des procédures de passation du marché ainsi que leurs coûts primaient la protection des droits des soumissionnaires²⁵². Le principe de l'utilisation économique des deniers publics (art. 2 let. a LMP révisée) a été maintenu au premier plan. En effet, une procédure de recours engendrerait des coûts supérieurs aux bénéfices retirés par la passation de marchés aux valeurs seuils inférieurs à ceux prévus par l'art. 52 al. 1 LMP révisée.

Partant, les soumissionnaires recourant contre l'interruption d'un marché non soumis aux accords internationaux mais dont la valeur atteint celle fixée à l'art. 52 al. 1 LMP révisée sont susceptibles d'un recours²⁵³. Les soumissionnaires recourant contre une décision prise dans ce type de marchés pourront faire constater l'illicéité de la décision d'interruption en vue d'engager la responsabilité de l'adjudicateur et être indemnisés pour les dépenses engagées pour établir leurs offres (art. 52 al. 2 LMP révisée). Cette solution a fait l'objet de critiques car

²⁴⁷ Message LMP révisée, p. 1819.

²⁴⁸ POLTIER (2014), p. 254.

²⁴⁹ Message LMP révisée, p. 1822.

²⁵⁰ Message LMP révisée, p. 1819.

²⁵¹ Rapport sur les résultats de la procédure de consultation, p. 5.

²⁵² Message LMP révisée, p. 1819.

²⁵³ Message LMP révisée, p. 1823.

l'intérêt des soumissionnaires est avant tout de se faire adjudger le marché et non d'être indemnisés. Par ailleurs, la responsabilité de l'adjudicateur ne peut être mise en cause qu'en raison des dépenses effectuées pour l'établissement des offres (art. 58 al. 4 LMP révisée). Les soumissionnaires n'ayant pas encore engagé de dépenses mais qui ont néanmoins déjà examiné le dossier ou procédé à différents préparatifs n'auront droit à aucune indemnisation.

En vertu de l'art. 53 al. 5 LMP révisée, les décisions qui ne sont pas prévues par l'art. 53 al. 1 LMP révisée ne sont pas sujettes à recours.

6.3.2 Les autorités de recours

L'autorité de recours compétente pour l'examen de l'admissibilité de l'interruption d'une procédure d'adjudication est différente selon que le marché a été lancé en vertu des dispositions de la LMP ou des dispositions de la législation cantonale. Le recours contre l'interruption d'un marché lancé par une autorité fédérale relève de la compétence du Tribunal administratif fédéral (art. 52 al. 1 LMP révisée) alors que le recours contre l'interruption d'un marché lancé par une autorité cantonale est examiné par l'autorité juridictionnelle désignée par le canton.

6.3.3 Les règles de forme

La loi révisée ne traite pas de la forme du recours. En vertu de l'art. 55 LMP révisée, les règles générales de procédure administrative continueront à s'appliquer pour définir les conditions de forme du recours contre une décision d'interruption.

Seul le délai de recours fait l'objet d'un régime spécial. Il commence à courir une fois la décision d'interruption notifiée (art. 56 al. 1 LMP révisée). Le délai de vingt jours de la loi révisée correspond à la réglementation actuelle (art. 30 LMP). Il respecte le délai minimal de dix jours requis par l'art. XVIII ch. 3 AMP 2012. Les règles sur les fêtes ne sont pas applicables dans les procédures concernant les marchés publics (art. 56 al. 2 LMP révisée). La PA sera modifiée en ce sens (art. 22 al. 2 PA modifiée)²⁵⁴. A ce jour, les fêtes judiciaires ne sont pas appliquées dans la seule situation où des mesures provisionnelles sont ordonnées.

6.3.4 Les motifs de recours

Les motifs de recours qui pourront être invoqués après l'entrée en vigueur de la loi révisée seront similaires à ceux prévus par la réglementation actuelle (art. 31 LMP). Dans le cadre du recours contre l'interruption de la procédure d'adjudication, l'examen du grief de l'opportunité reste interdit (art. 56 al. 3 LMP révisée). Dans le Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, le Conseil fédéral donne les motifs de recours suivants : la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, la violation du droit et la commission par le pouvoir adjudicateur d'un excès positif ou négatif de son pouvoir d'appréciation ou l'abus de celui-ci²⁵⁵.

6.3.5 Le droit de consulter le dossier

La loi révisée règle le litige entre le droit à la protection du secret des affaires et le principe de transparence nécessaire à une protection juridique efficace. En vertu de l'art. 57 al. 2 LMP

²⁵⁴ Annexe 7 LMP révisée.

²⁵⁵ Message LMP révisée, p. 1829.

révisée, le recourant qui en fait la demande peut être autorisé à « *consulter les pièces relatives à l'évaluation de son offre et les autres actes de procédure déterminants pour la décision, à moins qu'un intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.* » Partant, le soumissionnaire recourant contre l'interruption de la procédure d'adjudication doit faire la demande de la consultation des pièces relatives à l'évaluation de son offre et aux actes de procédure déterminant pour la décision d'interruption.

6.3.6 La décision sur recours

Le pouvoir de décision accordé à l'autorité de recours par la loi révisée correspond à celui de la réglementation actuelle. Selon les circonstances du cas d'espèce, celle-ci choisira de :

- statuer elle-même sur le fond, réparant ainsi l'irrégularité constatée ou ;
- renvoyer l'affaire à l'adjudicateur pour qu'il prononce une nouvelle décision, en lui donnant des instructions impératives (art. 58 al. 1 LMP révisée).

L'autorité juridictionnelle a le choix entre ces deux alternatives sauf dans le cas d'une demande en constatation où elle statuera elle-même. Si l'autorité de recours constate l'illicéité de la décision d'interruption de la procédure d'adjudication, les soumissionnaires auront droit à une indemnisation des dépenses engagées en vue de la présentation de leurs offres (art. 43 al. 2 LMP révisée ; cf. *infra* 6.4.)²⁵⁶. Dans le cas d'un recours contre une décisions d'interruption prise en relation avec un marché non lié par les accords internationaux, l'autorité statuera en constatation car les soumissionnaires sont limités au dépôt d'une demande en constatation (art. 52 al. 2 LMP révisée)²⁵⁷.

6.3.7 Le recours au Tribunal fédéral

La révision de la loi sur les marchés publics implique la modification d'autres actes législatifs tels que la loi du 17 juin 2015 sur le Tribunal fédéral :

- les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas aux recours en matière de marchés publics devant le Tribunal fédéral (art. 46 al. 2 LTF modifiée) ;
- les conditions fixées par l'art. 83 let. f LTF, relatives à la recevabilité du recours en matière de marchés publics, seront désormais alternatives et non plus cumulatives.

Dès lors, le recours en matière de droit public est ouvert à la condition que le marché litigieux atteigne les valeurs seuils internationales ou que le recours contre la décision d'interruption soulève une question juridique de principe.

6.4 La responsabilité de l'État

L'art. XVIII ch. 7 let. b AMP 2012 dispose que les États parties doivent prévoir des procédures offrant alternativement aux soumissionnaires de corriger les violations de l'accord ou de compenser la perte ou les dommages subis. L'art. 58 LMP révisée est conforme à cette disposition.

Le régime de la responsabilité spéciale prévu par la loi révisée est tout autant restrictif que dans la loi actuelle (art. 32 al. 2 LMP). Seule la décision d'interruption contestée, suivie d'une adjudication de gré à gré illicite sera susceptible d'engager la responsabilité de l'État (art. 58 al. 2 LMP révisée). A ce jour, la jurisprudence suisse n'a abordé ce thème que rarement. Si un

²⁵⁶ Message LMP révisée, p. 1805.

²⁵⁷ Message LMP révisée, p. 1830.

contrat a déjà été conclu, le pouvoir de décision de l'autorité de recours est limité à la constatation de l'illicéité de la décision d'interruption. L'art. 43 al. 2 LMP révisée dispose que l'interruption qui n'est pas objectivement motivée, soit l'interruption illicite, offre le droit aux soumissionnaires de réclamer l'indemnisation des dépenses qu'ils ont effectuées en lien avec l'établissement de leur offre²⁵⁸. L'engagement de la responsabilité de l'État est réglé à l'art. 58 al. 3 et 4 LMP révisée.

Une innovation intéressante se trouve à l'art. 58 al. 3 LMP révisée. En vertu de cette disposition, l'autorité qui constate le caractère illicite de la décision d'interruption statue sur une éventuelle demande en dommages-intérêts. Dans la version actuelle de la loi, de telles demandes sont traitées dans une procédure distincte et sont régies par la LRCF. La loi révisée offre ainsi aux soumissionnaires une protection juridique plus efficace et moins coûteuse. Le Message du Conseil fédéral préconise de se référer à la LRCF pour déterminer quelles sont les conditions à remplir pour l'obtention de dommages-intérêts²⁵⁹.

Le dédommagement en raison de l'interruption de la procédure d'adjudication suivie d'une adjudication de gré à gré sera celui des dépenses que le soumissionnaire a engagées pour préparer et présenter son offre (art. 58 al. 4 LMP révisée). Le soumissionnaire qui n'a pas encore déposé son offre mais qui a néanmoins pris le temps d'examiner le dossier ou qui a effectué différents préparatifs en vue de l'établissement d'une offre ne pourra faire valoir de prétention en dommages-intérêts (art. 58 al. 4 LMP révisée *a contrario*). Dans ce contexte, la protection juridique sera limitée à la constatation du caractère illicite de la décision d'interruption (art. 58 al. 2 LMP révisée).

La loi actuelle prévoit que le lésé peut prétendre à la réparation des frais liés au recours. Or, ces frais sont déjà couverts par l'allocation de dépens dans la procédure de recours²⁶⁰. Bien que l'art. 58 al. 4 LMP révisée soit tout autant restrictif que dans la loi actuelle, il faut convenir qu'il est formulé de manière plus claire.

6.5 Observations

La protection juridique reste le point controversé de la révision de la loi sur les marchés publics. Bien que nécessaire à l'existence de l'État de droit, engager un recours est lourd de conséquences pour les soumissionnaires et l'État. Malgré de nombreuses discussions, les entreprises soutiennent que la loi révisée restreint les possibilités de recours et, partant, l'éventualité de se faire attribuer le marché. Au surplus, la protection juridique accordée au soumissionnaire recourant contre l'interruption d'une procédure pour laquelle il n'a pas encore déposé d'offre est limitée à la constatation de l'illicéité de la décision d'interruption. Le législateur a néanmoins pris en compte les critiques sur la lenteur et la complexité des procédures judiciaires afin de proposer une protection juridique équilibrée aux soumissionnaires. La révision de la loi permet, à tout le moins, d'apporter plus de clarté au droit des marchés publics, de le rendre plus accessible et d'éliminer de nombreuses sources d'insécurité juridique.

²⁵⁸ Message LMP révisée, p. 1805.

²⁵⁹ Message LMP révisée, p. 1831.

²⁶⁰ BEYELER (2004), pp. 492 ss.

7 Conclusion

La protection juridique dans le domaine des marchés publics est un thème difficile. La lenteur de la procédure, liée à son formalisme élevé sont souvent décriés par les milieux économiques. L'interruption d'un marché public, avec tous les inconvénients qu'elle provoque auprès des soumissionnaires, reste parfaitement admissible. Le droit suisse des marchés publics répond aux exigences internationales (art. XIII al. 4 let. b AMP) qui autorise l'adjudicateur à interrompre la procédure dès qu'il est établi qu'un juste motif d'intérêt public est constaté hors de tout abus de droit. La législation reconnaît différents motifs d'interruption d'un marché sans les régler exhaustivement. Les motifs d'interruption peuvent être regroupés en quatre catégories : l'interruption de la procédure liée à l'abandon du projet ; l'interruption en vue de la modification de l'appel d'offres ; l'interruption en raison d'un nombre insuffisant d'offres satisfaisantes ; et l'interruption liée à un changement de circonstances du marché. La naissance de l'un de ces motifs exige alors de l'adjudicateur qu'il oppose l'intérêt public à l'interruption du marché à celui des soumissionnaires à la poursuite de la procédure en vue d'aboutir à la conclusion du contrat. Lorsque la balance penche en faveur de l'intérêt public, la décision d'interruption est prononcée.

La procédure de recours de droit administratif est l'institution centrale de contrôle et d'exécution du droit des marchés publics²⁶¹. La décision d'interruption peut être contestée par ce biais. Différentes possibilités s'ouvrent à l'autorité juridictionnelle : elle peut déclarer l'interruption licite ; elle peut constater l'illicéité de la décision d'interruption ; elle peut casser la décision d'interruption illicite et la réformer en exigeant de l'adjudicateur qu'il reprenne la procédure d'adjudication. La procédure de recours correspond à la protection juridique dite primaire.

La protection juridique secondaire offre la perspective d'un rétablissement de la situation en conformité du droit. L'État est un acteur économique important. Nombreux sont les soumissionnaires à se sentir lésés par une décision d'interruption de la procédure. La responsabilité de l'État ne s'engage cependant pas si facilement. La responsabilité spéciale du droit des marchés publics n'est accordée que si le recours contre l'adjudication illicite a été admis mais qu'une reprise de la procédure d'adjudication n'est plus possible. Le soumissionnaire recourant en raison d'une interruption de la procédure d'adjudication ne peut engager la responsabilité de l'État qu'en raison d'une potentielle adjudication de gré à gré illicite. Si le recours venait à être admis, le soumissionnaire qui apporte la preuve que le marché lui aurait été adjugé obtiendra des dommages-intérêts. Si aucun soumissionnaire ne peut démontrer la haute vraisemblance d'une telle issue, tous les soumissionnaires à même de démontrer qu'ils avaient une chance réelle à se faire attribuer le marché ont droit à des dommages-intérêts. Les dommages-intérêts se limitent aux frais encourus pour répondre à l'appel d'offres et à ceux engagés pour se défendre en justice. La protection juridique secondaire de droit des marchés publics n'est en aucun cas offerte en cas d'interruption n'ayant pas conduit à une adjudication de gré à gré illicite. Au surplus, la nécessité d'engager une double action est insatisfaisante. Le régime de la responsabilité spéciale apparaît dès lors restrictif et peu à même de protéger les soumissionnaires efficacement. Des alternatives ont été proposées pour amoindrir ces nombreux inconvénients.

Pour éviter que l'État n'abuse de son pouvoir d'interrompre la procédure, certains auteurs dont GAUCH et BEYELER proposent de fonder l'action *culpa in contrahendo* dans le champ du droit

²⁶¹ BEYELER (2004), p. 300.

privé. Lorsque l'interruption n'a pas conduit à une adjudication illicite, le soumissionnaire ne dispose pas d'une prétention en dommages-intérêts en vertu du droit des marchés publics. La *culpa in contrahendo* permettrait d'y remédier. Cependant, cette théorie comporte des difficultés tant juridiques que pratiques.

C'est la responsabilité fondée sur la confiance en droit public qui semble la plus à même de pallier les lacunes de la responsabilité en droit des marchés publics. La responsabilité fondée sur la confiance reste dans le domaine du droit public et la compétence pour trancher le litige sur l'action en responsabilité de l'adjudicateur appartient à une seule autorité juridictionnelle. Ainsi, il appert que les critiques émises contre la responsabilité spéciale en droit des marchés publics et la *culpa in contrahendo* n'ont pas lieu d'être dans le cadre de la responsabilité fondée sur la confiance. Peut-être faudrait-il y recourir plus souvent à l'avenir car il faut bien convenir que les solutions offertes aux soumissionnaires pour se protéger juridiquement en cas d'interruption de la procédure d'adjudication sont encore floues. Le projet de révision de la législation fédérale sur les marchés publics laisse entrevoir une amélioration de la protection juridique qui leur serait offerte²⁶².

²⁶² Message LMP révisée, pp. 1819 ss.