

# Wilhelm Gilliéron

## AVOCATS



Auteur: Wilhelm Avocats | Le : 7 mars 2022

## Marchés publics : le soumissionnaire peut-il être indemnisé pour le travail fourni pour la préparation de l'offre ?

Participer à un marché public est un investissement conséquent pour toute entreprise.

Le temps consacré à la rédaction d'une offre est important et mobilise souvent plusieurs personnes à temps plein pendant plusieurs jours voire semaines. A moins de remporter le marché, le travail ainsi fourni n'est pas rémunéré.

Il existe toutefois la possibilité pour les soumissionnaires d'interjeter **recours** contre la décision d'adjudication lorsque celle-ci viole les dispositions du droit des marchés publics. Dans ce cadre, l'objectif du recours est le plus souvent de faire annuler la décision d'adjudication et de se voir adjuger le marché en lieu et place de l'adjudicataire (« protection juridique primaire »). Lorsque le contrat a déjà été conclu entre ce dernier et le pouvoir adjudicateur, il n'est toutefois plus possible de révoquer la décision. Reste alors la possibilité pour les soumissionnaires évincés de demander d'éventuels **dommages-intérêts pour les dépenses et frais occasionnés par l'appel d'offres** ; il s'agit de la « protection juridique secondaire » prévue dans la Loi fédérale révisée sur la marchés publics (LMP).

Contrairement aux anciennes dispositions de la LMP, la protection juridique primaire n'est possible, selon la LMP révisée, que pour les marchés qui sont soumis aux accords internationaux (NB : contrairement à l'AIMP qui prévoit une voie de recours même pour les marchés non soumis aux accords internationaux). En revanche, pour les marchés qui ne sont pas soumis aux accords internationaux, le recours peut tendre uniquement à faire constater que la décision attaquée viole le droit fédéral et donc à demander des dommages-intérêts (art. 52 al. 2 LMP). La protection juridique secondaire s'applique en revanche toujours lorsque le pouvoir adjudicateur a déjà conclu le contrat avec l'adjudicataire.

Concrètement, un recours peut être déposé contre les décisions relatives aux documents d'appel d'offres, à l'adjudication ainsi qu'à sa révocation, à l'interruption de la procédure ou encore à l'exclusion de celle-ci (art. 53 al. 1 LMP). Le recours n'a toutefois pas d'effet suspensif, de sorte que le pouvoir adjudicateur pourrait conclure le contrat immédiatement après avoir adjugé le marché, sans attendre l'issue de la procédure judiciaire. Il est ainsi indispensable de **solliciter à titre préalable l'octroi de l'effet suspensif** dans le cadre du recours.

Si le tribunal n'accorde pas l'effet suspensif au recours et que le contrat est conclu, le soumissionnaire évincé ne peut que demander de faire constater l'illicéité de l'adjudication en question (art. 58 al. 2 LMP), ce qui ne le mènera pas bien loin.

La LMP révisée prévoit toutefois désormais la possibilité pour les tribunaux de **statuer simultanément** sur la constatation de la violation du droit ainsi que sur une éventuelle demande en dommages-intérêts (art. 58 al. 3 LMP).

Pour se voir indemniser pour le travail consacré à la préparation de l'offre, le soumissionnaire pourrait alors prendre une conclusion subsidiaire en **dommages-intérêts en se fondant sur l'art. 58 al. 4 LMP**. Cette disposition prévoit que les dommages-intérêts sont limités aux **dépenses que le soumissionnaire a dû engager en relation avec la préparation et la remise de son offre**. Attention : les frais d'avocat ne sont donc pas compris dans ces dépenses et ne seront couverts que par les éventuels dépens accordés par l'instance judiciaire.

En pratique, ces dépenses devraient pouvoir être justifiées en détails et doivent rester raisonnables. Il est donc conseillé aux soumissionnaires de pouvoir démontrer le temps consacré à la préparation de l'offre (heures de travail, nombre d'employés impliqués et à quel taux, frais engagés, etc.).

Wilhelm Gilliéron Avocats SA vous conseille et vous assiste dans le cadre de procédures de recours en droit des marchés publics.

---

**Source :**

***<https://www.wg-avocats.ch/actualites/marches-publics/soumissionnaire-indemnie-travail-fourni-preparation-offre/>***