

# Marchés publics: quels recours pour un soumissionnaire évincé?

**Andreas Fabjan**  
Avocat, Etude  
Avocats Immobilier



Le Tribunal fédéral (TF) a rendu récemment un arrêt qui soulève des questions sur les mesures à prendre par un soumissionnaire évincé d'un appel d'offres dans le cadre d'un marché public, et les conséquences d'un éventuel constat d'illicéité, mais sans y apporter, hélas, toutes les réponses attendues.

L'affaire en question concerne l'adjudication d'un marché public portant sur des services de sécurité pour près de 4 millions de francs qui ont été adjugés à un adjudicataire suite à un appel d'offres. L'un des participants, évincé, a contesté cette décision en déposant un recours auprès de la Chambre administrative de la Cour de justice.

Un tel recours ne déploie pas automatiquement un effet suspensif. Le recourant doit donc solliciter que celui-ci lui soit octroyé, ce qu'il a fait. En effet, à défaut d'obte-

nir l'effet suspensif, la décision d'adjudication devient exécutoire. L'adjudicateur peut alors conclure le contrat. Or, une fois ce contrat conclu, le recourant se verrait définitivement privé de la possibilité d'obtenir le marché, même si son recours était admis.

Dans le cas jugé par le TF, la Cour de justice a refusé d'accorder l'effet suspensif. La décision a été reçue par les parties un vendredi. Le mardi suivant, le recourant a contesté cette décision auprès du TF afin que l'effet suspensif lui soit accordé. Toutefois, la veille, l'adjudicateur a conclu le contrat avec l'adjudicataire.

Face à une telle situation, le TF a notamment retenu les principes suivants. D'une part, la conclusion diligente d'un contrat après la notification d'un arrêt cantonal de dernière instance qui rejette l'effet suspensif n'est pas en soi abusive. D'autre part, l'adjudicateur et l'adjudicataire qui s'empresseraient de conclure le contrat portant sur le marché public litigieux peuvent commettre un abus de droit en particulier lorsque le soumissionnaire évincé a diligemment saisi le TF d'un recours avec demande de mesu-

res superprovisoires contre le refus cantonal de lui octroyer l'effet suspensif, et qu'il a avisé au plus vite l'adjudicateur de son intention imminente de faire recours au TF.

Lorsque le contrat a déjà été conclu, le recourant n'a plus d'intérêt à l'octroi de l'effet suspensif dont le but est précisément d'empêcher la conclusion du contrat. Le soumissionnaire évincé ne peut donc plus qu'espérer obtenir la constatation de l'illicéité de la décision attaquée. Le Tribunal admet toutefois lui-même que les conséquences concrètes qu'il convient d'attacher à la conclusion illicite d'un contrat ne sont pas encore établies.

Cette question n'a pas fait l'objet d'un examen dans le cas d'espèce, car l'existence d'un intérêt juridique a été niée au recourant, qui n'a pas démontré qu'il possédait des chances réelles de se voir adjudger le marché public.

En conclusion, un soumissionnaire qui entend contester une adjudication doit agir avec la plus grande diligence.

[www.avocats-immo.ch](http://www.avocats-immo.ch)