

Switzerland / Suisse

Jurisprudence

I. Marchés publics

Concernant la législation et la jurisprudence applicable en matière de marchés publics, l'ouvrage de H. STÖCKLI, *Das Vergaberecht der Schweiz. Überblick, Erlasse, Rechtsprechung*, Zurich, Bâle, Genève, 2008, est recommandé afin d'approfondir la matière. Il offre un très bon panorama des marchés publics et de la jurisprudence fédérale et cantonale dans le domaine.

Notion de « marché public »

ATF 125 I 209, JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA contre Ville de Genève, Etat de Genève et Société Générale d’Affichage, consid. 6b

« On se trouve en présence d'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que "demandeur" ("Nachfrager"), acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont il a besoin pour exécuter ses tâches publiques. C'est la collectivité publique qui est "consommatrice" ("Konsument") de la prestation et c'est l'entreprise privée qui en est le "fournisseur" ("Produzent") ».

Voie de recours : Art. 9 LMI

ATF 132 I 86, X Sàrl. Contre Conseil d’Etat du canton d’Appenzell Rhodes-Intérieures et Tribunal cantonal ainsi que Y SA, arrêt du 14 mars 2006

« Lorsqu'un contrat a déjà été passé, l'instance cantonale de recours a, selon l'art. 9 al. 3 LMI, l'obligation, au lieu d'annuler l'adjudication, de constater son éventuelle illicéité par rapport au droit fédéral. Cette obligation existe indépendamment de la base juridique et de la procédure selon lesquelles réparation peut être demandée au pouvoir adjudicateur en vertu du droit public cantonal ».

ATF 131 I 153, A. Sàrl, Contre Ville de Genève ainsi que Tribunal Administratif du canton de Genève, arrêt du 17 décembre 2004

« Aussi longtemps que le contrat entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire n'est pas conclu, les membres d'un consortium évincé ne peuvent recourir contre la décision d'adjudication que de manière conjointe, car ils ne peuvent faire valoir qu'un droit indivisible de la société, soit celui d'obtenir l'attribution d'un marché ».

ATF 131 I 137, X. Gegen Einwohnergemeinde Sigriswil, Regierungsstatthalteramt von Thun und Verwaltungsgericht des Kantons Bern, arrêt du 11 février 2005

« L'arrêt cantonal attaqué constate dans le cas présent, et ceci conformément à la législation cantonale bernoise, que le défaut de recevabilité d'un recours contre un marché passé de gré à gré ne viole pas l'article 9 LMI, respectivement le principe de la force dérogatoire du droit fédéral. L'arrêt confirme également les conditions auxquelles il pourrait exister un droit à disposer d'une voie de

recours, dans le cadre d'un marché passé de gré à gré, directement fondé sur l'art. 9 LMI même sans base dans le droit cantonal de procédure ».

ATF 130 I 258, X. AG gegen Elektrizitäts Aktiengesellschaft Basel (EAGB) und Baudepartement sowie Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, arrêt du 13 juillet 2004

Conditions de recevabilité du recours de droit public en matière de soumissions; étendue du droit de constatation selon l'art. 9 al. 3 LMI.

Effet suspensif

ATF 134 II 192, X. AG gegen Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL), arrêt du 29 avril 2008

« Recevabilité du recours en matière de droit public contre une décision incidente de refus d'effet suspensif dans une procédure de recours en matière de révocation de l'adjudication et d'interruption de la procédure d'adjudication; question juridique de principe. L'adjudicateur peut interrompre une procédure d'adjudication fédérale, définitivement ou en vue de la présentation d'un nouveau projet, et révoquer une adjudication déjà effectuée, à condition que cela soit justifié par des motifs objectifs et ne vise pas à discriminer délibérément les soumissionnaires. L'effet suspensif peut être refusé sur la base d'un examen *prima facie* conforme au droit fédéral du bien-fondé du recours ».

Arrêt du Tribunal fédéral 2C_338/2010 du 11 juin 2010, Résumé au BR/DC 2010, p. 206

L'arrêt du Tribunal fédéral du 20 mai 2010 concerne un appel d'offres en procédure sur invitation pour la remise en état d'un passage à niveau ainsi que pour un système de réfection de trente autres passages à niveau. Lorsqu'elle statue sur une requête d'effet suspensif, la juridiction compétente dispose d'un pouvoir d'appréciation considérable. Le recours contre une décision d'adjudication n'a en principe pas d'effet suspensif, sauf s'il paraît suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 17 al. 2 AIMP). En l'espèce, il existe un intérêt public prépondérant à la remise en état rapide du passage à niveau. Partant, le Tribunal administratif n'a pas agi de manière arbitraire.

In-House

Un contrat liant deux entités publiques ne constitue pas un marché public.

Arrêt du Tribunal administratif vaudois du 2 juillet 1999, GE 98/0178, RDAF 2000 I p. 123

Cet arrêt concerne une délégation du service d'ordures entre la Ville de Lausanne et la Commune de Satigny, fondée sur un contrat de droit administratif. Selon les juges vaudois, la passation d'un contrat de droit administratif entre deux entités publiques ne saurait être soumise au droit des marchés publics.

II. Concessions

Distinction entre l'octroi d'une concession et les règles sur les marchés publics

ATF 135 II 49, X. SA contre Ville de Genève, arrêt du 9 janvier 2009

« Règles sur les marchés publics ; concession d'affichage sur le domaine public ; prestation annexe à la charge du concessionnaire ; système de vélos en libre-service. Dans cet arrêt, il est question du rapport entre l'octroi d'une concession et les règles sur les marchés publics. Les collectivités

publiques ne doivent pas détourner l'application des règles sur les marchés publics par le biais de l'octroi d'une concession; tel est notamment le cas si des prestations annexes d'une certaine importance, dissociables de la concession et qui entrent clairement dans la notion de marché public, sont exigées du concessionnaire sans faire l'objet d'un marché public ».

ATF 129 I 209, JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA contre Ville de Genève, Etat de Genève et Société générale d’Affichage

« La concession du monopole d’affichage ne constitue pas un marché public. En l'occurrence, force est de constater que la Ville et l'Etat de Genève ne se trouvent pas dans la position d'un "demandeur" (ou d'un "acquéreur") de prestations, mais plutôt dans la position inverse d'"un offreur" (ou d'un "vendeur"). En concédant le monopole de l'affichage publicitaire sur leur domaine public respectif, lesdites collectivités publiques n'entendaient pas acquérir des prestations de services, mais au contraire "vendre" le droit d'utiliser le domaine public à des fins commerciales moyennant une redevance et diverses prestations accessoires dues par l'entreprise concessionnaire ».

Durée des concessions : limite de temps

ATF 127 II 69, A. AG gegen Regierung und Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen

« Les concessions de droits d'eau doivent, selon le droit actuel, être impérativement limitées dans le temps (art. 54 let. e et art. 58 LFH) selon le principe de l'inaliénabilité de la puissance publique. Des concessions de l'ancien droit qui ont encore été octroyées sans restriction de temps, doivent être limitées ultérieurement. Est déterminant le principe de droit contractuel selon lequel aucun contrat ne peut être conclu, respectivement maintenu, de manière "perpétuelle". Il n'y a aucun droit acquis à une concession sans limite de temps. Dans le cas particulier, la concession pouvait, après une durée de 134 ans, être supprimée, sous réserve d'une période transitoire appropriée ».

***Mis en concurrence des concessions de monopole cantonales et communales :
art. 2 al. 7 LMI***

ATF 135 II 49, X. SA contre Ville de Genève, arrêt du 9 janvier 2009

« En particulier, il semble que la procédure d'appel d'offres à laquelle l'art. 2 al. 7 LMI fait référence n'ait pas pour conséquence de subordonner l'octroi des concessions de monopole cantonal ou communal à l'ensemble de la réglementation applicable en matière de marchés publics et que ne sont visées par cette disposition que certaines garanties procédurales minimales, comme celles énoncées à l'art. 9 al. 1 et 2 LMI concernant les voies de droit. Le Tribunal fédéral a cependant laissé la question ouverte jusqu'à présent ».

III. Contrat administratif

Contrat entaché d'un vice de volonté

Arrêt du Tribunal fédéral 1C.53/2010 du 15 avril 2010

« Un contrat de droit administratif affecté d'un vice de la volonté est, à l'instar d'une décision administrative, annulable - et non nul -, et l'annulation produit des effets ex tunc, ce qui permet la répétition des prestations versées sans cause ».

Admissibilité des contrats de droit administratif

ATF 136 I 142, Samnau contre X. AG, arrêt du 4 janvier 2010

« Le contrat de droit administratif concerne aujourd'hui toute forme d'acte administratif. Pour éviter que le principe de la légalité ne soit contourné, deux conditions cumulatives doivent être réalisées. Premièrement, il doit y avoir soit une norme qui permette la conclusion d'un contrat soit qui laisse une marge de manœuvre ou en tout cas qui ne l'exclut pas expressément. Une habilitation légale expresse n'est pas nécessaire (ATF 105 la 207 consid. 2a p. 209; ATF 103 la 31 consid. 1b p. 34 ; ATF 103 la 505 consid. 3a p. 512). Deuxièmement, le contrat, selon le sens et le but de la norme légale qu'il concrétise dans le cas particulier, doit être conclu sous une forme appropriée qui vaille comme règlement (jugement du Tribunal fédéral du 13 mars 2006 1A.266/2005, in: URP 2006 p. 361 consid. 2.4 : Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., 2006, N. 1071). Le contenu du contrat ne doit pas violer une norme légale en vigueur et doit reposer sur une base juridique générale et abstraite suffisante qui doit être une loi, lorsqu'il s'agit d'une règle particulièrement importante. Les exigences de précision de la norme légale sont plus faibles que pour les décisions pour autant que la nécessité de sécurité juridique et de prévisibilité soit de moindre importance en raison de l'assentiment du particulier à l'aménagement des relations juridiques. La base légale peut aussi être plus faible pour les contrats que pour les décisions parce que l'atteinte aux droits des particuliers par l'Etat est moins intrusive et, par conséquent, moins importante lorsque les personnes concernées ont donné leur consentement ».

Arrêt du Tribunal fédéral 1C_501/2009, du 4 janvier 2010

« Le contrat de droit administratif est reconnu en tant qu'acte de droit administratif. Il doit remplir deux conditions pour éviter une érosion du principe de la légalité: premièrement, une norme juridique édictée conformément aux règles de compétences doit prévoir la possibilité de conclure un tel contrat, laisser cette option ouverte ou ne pas expressément l'exclure. Deuxièmement, il faut que le contrat constitue un acte plus approprié que la décision, selon le sens et le but de la réglementation légale qu'il concrétise dans le cas particulier ».