

II^e Cour de droit public
Arrêt du 19 mai 2025

Marchés publics ;
obligation de *standstill* ;
conclusion prématurée du
contrat

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Léonard Bruchez, La fin de la prime au fait accompli : la sanction de la violation de l'obligation de *standstill* en droit des marchés publics, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2D_14/2024, Newsletter immodroit.ch août 2025

Art. 9 et 29a Cst. ; 20 al. 1
CO ; 83 lit. f, 113, 115 et 116
LTF ; 42 al. 1 et 58
AIMP (2019)

La fin de la prime au fait accompli : La sanction de la violation de l'obligation de *standstill* en droit des marchés publics

Léonard Bruchez

I. Objet de l'arrêt

Destiné à la publication au Recueil officiel, l'arrêt du Tribunal fédéral 2D_14/2024 apporte une réponse décisive à l'une des questions les plus controversées du droit suisse des marchés publics : la validité et les effets d'un contrat conclu prématurément en méconnaissance de l'obligation légale d'attente (*standstill*). Par cet arrêt, la Haute Cour précise la nature ainsi que l'étendue de la protection judiciaire accordée au soumissionnaire illégalement évincé, mettant un terme à un débat doctrinal opposant, d'une part, l'impératif de sécurité des transactions et, d'autre part, l'effectivité des voies de droit. En qualifiant d'arbitraire la limitation de cette protection à une simple constatation d'illégalité (protection secondaire), elle consacre un renforcement substantiel de la protection primaire et met fin à l'impunité de la stratégie du « fait accompli ».

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

La commune de Wängi (ci-après : « l'autorité adjudicatrice ») a publié le 19 mai 2023 un appel d'offres en procédure ouverte pour le marché intitulé « BKP 214 Construction en éléments en bois, y compris la façade, pour l'école enfantine B. ». Les indications relatives au délai de remise des offres divergeaient : la plateforme simap.ch fixait l'échéance au 28 juin 2023 à 16 h 00, tandis que les documents de soumission ne mentionnaient aucune heure limite pour cette même date (consid. A).

Parmi les cinq offres déposées, celle de la société A. AG, remise personnellement à 21h47 le jour de l'échéance, a été classée première selon le procès-verbal d'ouverture (consid. A).

Le 4 août 2023, l'autorité adjudicatrice a notifié à A. AG son exclusion pour dépôt tardif et a, par un courrier distinct du même jour, adjugé le marché à une autre participante (ci-après : « l'adjudicataire ») (consid. B.a).

A. AG a recouru le 4 septembre 2023 auprès du *Verwaltungsgericht* du canton de Thurgovie, concluant principalement à l'annulation de son exclusion et à l'adjudication en sa faveur, cela en requérant l'effet suspensif (consid. B.b). Le 8 septembre 2023, le président de la Cour a accordé l'effet suspensif, alors que l'autorité adjudicatrice avait déjà créé un fait accompli en concluant le contrat avec l'adjudicataire dès le 5 septembre 2023 à 10h00, soit le lendemain de l'expiration du délai de recours (consid. B.c).

Par arrêt VG.2023/109/E du 13 mars 2024, le *Verwaltungsgericht* a admis le recours sur le fond¹ : il a constaté le caractère illégal de l'exclusion de A. AG, son offre ayant été déposée à temps (consid. B.e). Il a de plus jugé que l'autorité adjudicatrice avait clairement enfreint l'obligation d'attente (dite de *standstill*) prévue à l'art. 42, al. 1, de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Néanmoins, il a estimé que, le contrat étant signé, la protection juridique se limitait à la constatation de l'illégalité, sans qu'il soit nécessaire de statuer plus avant sur la légalité de la conclusion du contrat (consid. B.e).

C'est contre ce refus d'octroyer une protection primaire que A. AG a formé un recours constitutionnel subsidiaire au Tribunal fédéral (consid. C.a).

B. Le droit

Le raisonnement du *Verwaltungsgericht* du canton de Thurgovie

Le *Verwaltungsgericht* a, sur le fond, entièrement donné raison à la recourante en constatant une double illégalité :

D'une part, il a jugé que son exclusion du marché public était illicite, l'autorité adjudicatrice devant supporter les conséquences de ses propres indications contradictoires sur le délai de soumission. Il a conclu sans équivoque, au considérant 2.5.2 de son jugement, que : « *Die Beschwerdeführerin hätte daher nicht wegen verspäteter Eingabe des Angebots vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden dürfen* » (trad. libre : « *La recourante n'aurait donc pas dû être exclue de la procédure d'adjudication pour dépôt tardif de l'offre* »).

D'autre part, au considérant 3.2.2 de sa décision, il a qualifié la conclusion du contrat avec l'adjudicataire de « *klarer Verstoss gegen Art. 42 Abs. 1 IVöB und somit eine qualifizierte Verletzung des kantonalen Submissionsrechts* » (trad. libre : « *violation claire de l'art. 42 al. 1 AIMP et donc [d']une violation qualifiée du droit cantonal des marchés publics* »), estimant en cela que l'autorité adjudicatrice ne pouvait ignorer la haute probabilité d'un recours.

Malgré ces constats, le *Verwaltungsgericht* a estimé que cette signature, même intervenue en violation des règles, constituait un fait accompli paralysant sa compétence : se fondant sur une interprétation stricte de l'art. 58 al. 2 AIMP, il a considéré qu'une fois le contrat conclu, la protection primaire n'était plus possible.

¹ L'auteur remercie le *Verwaltungsgericht* du canton de Thurgovie pour l'aimable communication de son arrêt du 13 mars 2024 dans la cause VG.2023.109/E.

Par conséquent, bien qu'ayant reconnu le caractère illégal de la conclusion prématurée du contrat, il a jugé cette question « *unerheblich* », soit sans pertinence, pour déterminer la nature de la protection juridique à accorder, comme l'indique le passage central de son raisonnement, au considérant 3.2.3, de son jugement : « *Der Rechtsschutz bei rechtswidrig abgeschlossenen Beschaffungsverträgen erschöpft sich letztlich in der Feststellung der Rechtswidrigkeit, sodass es mit Blick auf Art. 58 Abs. 2 IVÖB unerheblich ist, ob der am 5. September 2023 abgeschlossene Vergabevertrag unrechtmässig vor oder rechtmässig nach der Stillhalterregelung gemäss Art. 42 Abs. 1 IVÖB abgeschlossen wurde* » (trad. libre : « *La protection juridique en cas de contrats de marché public conclus illégalement se limite en fin de compte à la constatation de l'illégalité, de sorte qu'au regard de l'art. 58 al. 2 AIMP, il est sans pertinence de savoir si le contrat d'adjudication conclu le 5 septembre 2023 l'a été illicitement avant ou licitement après la règle du standstill* »).

L'arrêt du *Verwaltungsgericht* se limite donc à un constat formel d'illégalité, laissant le contrat en place et renvoyant implicitement la recourante à une éventuelle action en dommages-intérêts, sur laquelle il ne statue pas faute de conclusions en ce sens.

Le raisonnement du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral examine d'office la recevabilité du recours (art. 29 al. 1 LTF). Après avoir confirmé la voie du recours constitutionnel subsidiaire (consid. 1.1) et le respect des conditions formelles (consid. 1.2), il se penche sur l'intérêt juridique de la recourante. Il qualifie de « *doppelrelevanter Sachverhalt* » (fait doublement pertinent) la question de savoir si une protection primaire efficace demeure possible, cette interrogation constituant à la fois une condition de recevabilité et l'objet du litige au fond (consid. 1.3.3, en application de la jurisprudence ATF 141 II 14, consid. 5.1). Il écarte également le grief d'irrecevabilité des conclusions de la recourante, estimant qu'il ne s'agit pas de requêtes nouvelles mais d'une adaptation des conclusions initiales à la situation de fait modifiée par la signature du contrat (consid. 1.4).

Dans ses premiers considérants consacrés à la procédure, le Tribunal fédéral rappelle que son pouvoir d'examen est limité à l'arbitraire (art. 9 Cst.), ce qui exclut un simple contrôle de la correcte application du droit des marchés publics (consid. 2.1). Il précise, ensuite, se fonder entièrement sur les faits établis par l'instance précédente, jugeant irrecevables les griefs de l'autorité adjudicatrice à leur encontre (consid. 3.2). Enfin, il écarte les griefs formels de la recourante (consid. 4), puis aborde le cœur du litige.

Tout d'abord, il constate que la conclusion du contrat par l'autorité adjudicatrice constitue une violation manifeste de la période d'attente imposée par l'art. 42 al. 1 AIMP (consid. 5.3.1). Il juge alors que la décision de l'instance précédente, qui limite la protection à la seule constatation d'illégalité (art. 58 al. 2 AIMP) au motif que le contrat a déjà été conclu, est arbitraire (art. 9 Cst.) : « *erscheint es [...] offensichtlich unhaltbar, sprich willkürlich, den Rechtsschutz bei während laufender Stillhaltefrist abgeschlossenen Beschaffungsverträgen auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit [...] zu beschränken. Vielmehr ist das submissionsrechtswidrige Verhalten der Vergabebehörde nach Möglichkeit über den vergleichsweise schwachen Sekundärrechtsschutz hinaus auf dem Wege des Primärrechtsschutzes zu sanktionieren* » (trad. libre : « *il apparaît [...] manifestement insoutenable, voire arbitraire, de limiter la protection juridique en cas de contrats de marchés publics conclus pendant la période d'attente à la constatation de l'illégalité [...]. Au contraire,*

le comportement contraire au droit des marchés publics de l'autorité adjudicatrice doit, si possible, être sanctionné par la voie de la protection juridique primaire » (consid. 5.4.5).

Pour fonder son constat d'arbitraire, le Tribunal fédéral s'appuie sur quatre piliers convergents :

- Sa propre jurisprudence récente (ATF 150 II 225, consid. 6.4 et ATF 137 II 313, consid. 1.2.2), qui distingue les contrats conclus de manière licite (où la protection secondaire s'applique) des contrats conclus illicitement (où la protection primaire doit rester ouverte) (consid. 5.4.1) ;
- La doctrine majoritaire, qui souligne que la protection primaire doit subsister pour garantir l'effectivité du droit des marchés publics (consid. 5.4.2) ;
- Le Message-type relatif à l'AIMP, qui évoque explicitement la faculté pour l'autorité de recours d'ordonner la résiliation d'un contrat conclu prématurément (consid. 5.4.3) ;
et
- Le droit européen comparé, qui peut aller jusqu'à priver d'efficacité le contrat conclu en violation de la période de *standstill* (consid. 5.4.4).

Ces éléments l'amènent à conclure que valider l'approche de l'instance inférieure « *öffnete dies einem vergaberechtswidrigen Verhalten, insbesondere in Form eines verfrühten Vertragsabschlusses, auch über den vorliegenden Fall hinaus Tür und Tor* » (trad. libre : « *ouvrirait la porte, au-delà du cas d'espèce, à un comportement contraire au droit des marchés publics, notamment sous la forme d'une conclusion de contrat prématurée* » (consid. 7).

S'agissant des remèdes, le Tribunal fédéral écarte la nullité systématique du contrat, source d'insécurité juridique, la réservant aux cas graves comme la corruption (consid. 6.2). Il lui préfère une solution où le contrat, bien que valable, peut faire l'objet d'une intervention indirecte de l'autorité de recours : celle-ci peut enjoindre à l'autorité adjudicatrice d'en ordonner la résiliation ou l'adaptation, dans les limites de la proportionnalité et des possibilités contractuelles existantes (consid. 6.3.2, se référant à l'ATF 148 II 564, consid. 8.3).

Pour ces motifs, la Cour admet le recours, annule la décision attaquée et renvoie l'affaire au *Verwaltungsgericht* pour qu'il examine concrètement les possibilités d'octroyer une protection primaire, notamment en fonction du degré d'exécution du contrat (consid. 8.1 et 9).

Le Tribunal fédéral précise, enfin, que si une protection primaire s'avérait impossible, l'action en dommages-intérêts qui s'ensuivrait relèverait du droit de la responsabilité de l'État et ne serait (vraisemblablement) pas limitée aux seuls frais de soumission, la porte semblant ainsi ouverte à une réparation du gain manqué (consid. 8.2). Il enjoint également l'instance inférieure à inviter l'adjudicataire à participer à la nouvelle procédure (consid. 8.3) et confirme que la question de la validité du contrat au regard du droit civil relève des tribunaux civils et non administratifs (consid. 8.4).

C. Analyse

L'analyse de l'arrêt 2D_14/2024 révèle une décision d'une portée considérable, qui non seulement met un terme à la stratégie du « fait accompli » en matière de marchés publics, mais redéfinit également les contours de la protection juridique des soumissionnaires évincés à tort. L'analyse s'attache d'abord à démontrer en quoi cet arrêt constitue une réponse indispensable à un paysage jurisprudentiel cantonal profondément fracturé, source d'une insécurité juridique majeure. Elle se penche ensuite sur la légitimation de la solution retenue par le Tribunal fédéral : elle s'inscrit dans la droite ligne de l'intention du législateur concordataire de 2019, s'articule de manière cohérente avec la théorie des actes administratifs, et tranche un débat doctrinal de longue date en consacrant la voie pragmatique de l'injonction indirecte. Enfin, elle examine la portée et les implications futures de cette décision, notamment sa qualification d'arrêt de principe à portée nationale, l'extension de sa logique aux violations les plus graves du droit des marchés publics et, surtout, l'ouverture, par un *obiter dictum* capital, vers la question du dommage indemnisable.

Un renforcement nécessaire de l'État de droit et la garantie de l'effet utile des voies de droit

L'apport principal de l'arrêt 2D_14/2024 est de mettre un terme à la « stratégie du fait accompli », qui permettait à un adjudicateur de neutraliser un recours en signant le contrat avec une célérité calculée². Cette pratique consistait à se hâter de conclure le contrat juste après l'échéance du délai de recours pour limiter le plaignant à une protection purement secondaire et financière en vertu de l'art. 58 al. 2 AIMP.

Fondamentalement, l'arrêt commenté garantit l'effet utile du droit de recours et de l'octroi de l'effet suspensif prévus par l'AIMP. Ce principe cardinal de procédure, qui peut être rattaché à l'art. 29a Cst., ne doit pas être vidé de sa substance (art. 36 Cst.). La solution restrictive adoptée par l'instance cantonale rendait précisément le recours illusoire, car une signature rapide du contrat suffisait à le priver de son objectif principal : l'obtention du marché. En restaurant la possibilité d'une protection primaire même après une conclusion illicite du contrat, le Tribunal fédéral redonne toute sa force à l'effet suspensif, dont la fonction est de geler la situation factuelle et juridique en attendant une décision de justice³.

La diversité des approches jurisprudentielles cantonales

Une controverse juridique majeure avant l'harmonisation fédérale

Jusqu'à l'intervention unificatrice de l'arrêt 2D_14/2024, les suites d'un contrat soumis au droit des marchés publics signé avant la fin du délai de recours faisaient l'objet des questions les plus débattues de ce domaine du droit suisse. Sous le régime de l'ancien Accord

² L'expression de stratégie du « fait accompli » est utilisée par le jugement rendu le 12 avril 2021 par le Tribunal administratif de première instance de Genève dans la cause JTAPI/371/2021, consid. 29, confirmé par arrêt A/717/2020 du 19 octobre 2021 de la Chambre administrative de la Cour de justice du Canton de Genève, lui-même confirmé par arrêt du TF 2C_959/2021 et 2C_961/2021 du 30 octobre 2022 partiellement publié *in* ATF 148 II 564, consacré aux conséquences de la nullité de l'attribution d'un monopole d'affichage sans appel d'offres.

³ Voir sur l'effet suspensif : CLÉA BOUCHAT, *L'effet suspensif en procédure administrative*, thèse, Bâle 2015 ; BENJAMIN MÄRKLI, *Die aufschiebende Wirkung im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone*, thèse, Saint-Gall/Zurich 2022. En matière de marchés publics, ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2^e éd., Berne 2023, no 776 et 859 ss et les références ; MARTIN ZOBL, *in* Hans Rudolf Trüb [édit.], *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich 2020, Art. 54 no 1 ss.

intercantonal sur les marchés publics (AIMP), les décisions judiciaires cantonales dessinaient une mosaïque de solutions cantonales divergentes. Les tribunaux naviguaient entre une vision pragmatique, donnant la priorité à la sécurité des transactions, et une vision plus légaliste, soucieuse de garantir l'efficacité des voies de recours. Cette profonde divergence a engendré un climat d'incertitude juridique notable.

Les approches privilégiant la stabilité contractuelle et la validation du fait accompli

Une part importante des jurisprudences cantonales – bien que reconnaissant le caractère illégal d'une signature anticipée – hésitaient fréquemment à prononcer l'annulation. Ces tribunaux préféraient protéger la situation de fait créée par le contrat, limitant ainsi la réparation du soumissionnaire évincé à une action en dommages-intérêts.

Les pratiques genevoise (ancienne), neuchâteloise, grisonne et valaisanne incarnaient cette approche « pragmatique » qui privilégiaient la sécurité des transactions :

- **Genève (pratique initiale) : une adhésion littérale à la loi au profit du contrat signé :** L'arrêt ATA/626/2009 rendu le 1^{er} décembre 2009 par le Tribunal administratif de Genève illustre une lecture stricte de la loi. Face à un contrat signé avant l'expiration du délai de recours, le tribunal a d'abord reconnu un manquement flagrant, jugeant que l'adjudicateur n'avait « *même pas attendu l'échéance du délai de recours pour signer le contrat avec l'adjudicataire, ce qui constituait une violation de l'art. 14 al. 1 [a]AIMP* ». Il a immédiatement fait valoir l'obstacle légal qui restreignait la protection juridique une fois le contrat conclu. La conclusion du tribunal fut donc que seules des réparations financières restaient possibles, précisant que « *seules les conclusions à caractère constatatoires et celles en paiement d'une indemnité fondée sur l'art. 3 al. 3 L-AIMP [avaient] encore un objet* ». Cette approche, tout en admettant la faute du pouvoir adjudicateur, n'avait pas de conséquence sur le contrat lui-même.
- **Neuchâtel : l'hypothèse de la « validation » du contrat par l'inaction du recourant :** Le Tribunal administratif neuchâtelois, dans sa décision TA.2004.170 rendue le 27 janvier 2005, a avancé une thèse intermédiaire. Le Tribunal a développé l'idée que, même si l'annulation d'un contrat prématuré était théoriquement envisageable, cette possibilité disparaissait si le recourant omettait de demander l'effet suspensif. Selon le Tribunal : « *Si l'on devait suivre la thèse selon laquelle la décision d'adjudication peut être annulée à certaines conditions lorsque le contrat a été passé prématurément, il faudrait constater qu'en l'absence de requête d'effet suspensif, l'intimée pouvait conclure le contrat dès après le dépôt du recours, de sorte que le contrat passé prématurément serait réputé validé, le tribunal ne pouvant alors que constater le caractère illicite de la décision d'adjudication.* » Cette logique revenait à « guérir » l'irrégularité procédurale par le manque de diligence du recourant.
- **Grisons : la validation du contrat par l'absence d'effet suspensif :** La pratique grisonne s'approchait de la solution neuchâteloise. Celle-ci faisait reposer l'entière responsabilité de la protection de ses droits sur le soumissionnaire. Dans l'arrêt VR1 25 40 du 27 juin 2025 (d'ailleurs rendu après l'arrêt du Tribunal fédéral commenté), le Tribunal cantonal des Grisons a jugé qu'un contrat conclu par l'adjudicateur après le dépôt d'un recours mais avant une décision sur l'effet suspensif était parfaitement licite, car le recourant avait omis d'en faire la demande. Le tribunal en a déduit que la

conclusion du contrat n'était pas contraire au droit des marchés publics (« *vergaberechtlich nicht zu beanstanden* »). La conséquence est sévère : une fois le contrat signé, le recourant perd définitivement toute chance de se voir attribuer le marché. Le tribunal a précisé que « *mit dem Vertragsabschluss definitiv die Möglichkeit [verliert], mittels der Vergabebeschwerde den Auftrag noch selbst zu erlangen* » (trad. libre : « *avec la conclusion du contrat, [le soumissionnaire] perd définitivement la possibilité d'obtenir lui-même le marché par la voie du recours* »). La protection était alors limitée à une simple action en dommages-intérêts pour les frais d'offre (protection secondaire). Cette approche validait le fait accompli en raison de l'inaction procédurale du recourant.

- **Valais : l'application du principe de proportionnalité à un contrat en cours d'exécution** : Le 21 octobre 2022, dans l'affaire A1 22 100, le Tribunal cantonal du Valais a été confronté à un contrat conclu illicitement avant même la publication de l'adjudication. Le tribunal a jugé que cette manière de faire était contraire au droit : « *folglich hat die Vergabebehörde den Vertrag vor der Publikation der Zuschlagsverfügung ohne vergaberechtliche Erlaubnis abgeschlossen* » (trad. libre : « *par conséquent, le pouvoir adjudicateur a conclu le contrat avant la publication de la décision d'adjudication, sans autorisation du droit des marchés publics* »). Néanmoins, il a procédé à une pesée des intérêts et a renoncé à l'annulation au nom du principe de proportionnalité, car le marché était déjà presque entièrement exécuté. Il a ainsi constaté que : « *Der Lieferauftrag ist schon Ende Juni 2022 praktisch vollständig erfüllt worden. Daher rechtfertigt sich eine Aufhebung des Zuschlags und die Rückabwicklung des Vertrags aus technischen und finanziellen Gründen sowie im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit nicht.* » (trad. libre : « *Le marché de livraison a été exécuté de manière pratiquement complète déjà à la fin juin 2022. Par conséquent, une annulation de l'adjudication et une résolution du contrat ne se justifient pas pour des motifs techniques et financiers, ainsi qu'à la lumière du principe de proportionnalité.* »). Cette décision est emblématique d'une approche où le « pragmatisme » l'emporte sur une violation avérée des règles de procédure.

L'approche nuancée des autorités zurichoises

La jurisprudence du *Verwaltungsgericht* de Zurich se distingue par sa finesse d'analyse et son approche nuancée, évoluant au fil de ses arrêts pour distinguer rigoureusement entre les violations manifestes et les situations plus ambiguës :

- **L'arrêt précurseur de 2005 : VB.2005.00068 du 20 avril 2005** : Dans cette décision fondatrice, le *Verwaltungsgericht* a été confronté à un contrat conclu alors qu'un effet suspensif avait été accordé. Il a posé le principe qu'une conclusion de contrat manifestement illicite ne devait pas empêcher le juge d'annuler l'adjudication. Le Tribunal a jugé que la règle limitant la protection à un simple constat d'illégalité ne s'appliquait que lorsque le contrat avait été conclu de manière licite. Il a ainsi affirmé sans ambiguïté « *dass der unzulässigerweise geschlossene Vertrag die Rechtsmittelinstanz [...] nicht daran hindert, den angefochtenen Zuschlagsentscheid aufzuheben* » (trad. libre : « *que le contrat conclu illicitement, n'empêche pas l'instance de recours [...] d'annuler l'adjudication* »).

- **La nuance de 2012 : VB.2012.00436 du 5 septembre 2012 :** Cet arrêt a affiné le principe établi par l'arrêt précédent. Le contrat avait été signé après le dépôt d'un recours, mais avant que la recourante n'ait demandé l'octroi de l'effet suspensif. Le Tribunal a estimé que, dans ce cas précis, l'adjudicateur n'avait pas à anticiper une telle demande tardive. Il a donc jugé que l'adjudicateur « *musste nicht damit rechnen, dass die Beschwerdeführerin nachträglich ein Gesuch um aufschiebende Wirkung stellen würde* » (trad. libre : « *ne devait pas s'attendre à ce que la recourante dépose ultérieurement une demande d'effet suspensif* »). Cette décision est également importante puisque le Tribunal y a introduit la notion de « vice guérissable » (*heilbarer Mangel*), estimant que la violation potentielle des droits des autres soumissionnaires (qui, eux, n'avaient pas fait recours) avait été « guérie » (*geheilt*) par leur inaction. Par ailleurs, le Tribunal a explicitement rejeté la thèse de la nullité du contrat, la qualifiant de position « *nur vereinzelt verfochten worden* » (trad. libre : « *seulement défendue de manière isolée* »), pour s'aligner sur la doctrine et la jurisprudence, selon lui, dominantes.
- **La confirmation de 2014 : VB.2013.00672 du 8 mai 2014 :** Cette dernière décision a confirmé la ligne jurisprudentielle dessinée antérieurement. En l'absence d'une demande d'effet suspensif déposée à temps, la conclusion du contrat par l'adjudicateur était jugée « *rechters* » (« licite »). Dans une telle situation, la protection du soumissionnaire évincé se limitait à la simple constatation de l'illégalité de l'adjudication, et ce, au nom de la sécurité juridique (« *Rechtssicherheit* »).

La solution zurichoise ne reposait donc pas sur une acceptation monolithique du fait accompli, mais sur une analyse différenciée qui distinguait rigoureusement entre la conclusion manifestement illicite (où l'annulation restait possible) et la conclusion formellement licite ou dont le vice était considéré comme « guéri » et où la sécurité des transactions primait.

Les approches garantissant l'effet utile du recours :

En opposition directe ou plus catégorique vis-à-vis des solutions précédentes, d'autres cours cantonales et le Tribunal fédéral administratif ont développé des raisonnements plus rigoureux. Leur objectif partagé était d'affirmer la primauté du droit public et d'assurer que les voies de recours ne soient pas une simple formalité. Ces autorités ont considéré que la violation du *standstill* devait être sanctionnée par la possibilité d'annuler l'adjudication afin de garantir l'effectivité du recours.

Les positions de principe en faveur de l'annulation ont ainsi été relevées dans les cantons suivants :

- **La solution vaudoise : l'annulation comme sanction de principe :** Dans un arrêt du 24 janvier 2001 (GE.2000.0136), la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois a adopté une position particulièrement protectrice des voies de droit. Confrontée à une adjudication de gré à gré où les contrats avaient été conclus avant même la publication de la décision et l'échéance du délai de recours, la CDAP a développé une interprétation systématique de la loi cantonale (LVMP). Elle a jugé que la limitation de la protection à une simple constatation d'illégalité (art. 13 al. 2 LVMP) ne devait s'appliquer que lorsque le contrat avait été conclu de manière licite, c'est-à-dire après l'échéance du délai de recours (art. 9 LVMP). La CDAP a estimé qu'il serait

« peu compréhensible que le non-respect de l'art. 9 précité soit dépourvu de sanction pour le pouvoir adjudicateur ». En conséquence, elle a affirmé que lorsqu'un contrat avait été passé prématurément, il fallait « faire abstraction de cette circonstance et partant statuer en application de l'art. 13 al. 1 LVMP, le tribunal pouvant ainsi être amené à annuler les adjudications querellées ». Cette approche, en refusant de reconnaître l'effet paralysant d'un contrat conclu en violation du *standstill*, a ainsi maintenu ouverte la voie de l'annulation, garantissant ainsi une protection primaire effective.

- **La jurisprudence lucernoise (V 03 50)**: Dans une logique similaire, le *Verwaltungsgericht* de Lucerne a jugé par arrêt du 26 septembre 2003 que « *die Aufhebung des Zuschlages gemäss obgenannter Lehre und Rechtsprechung noch möglich* » (trad. libre : « l'annulation de l'adjudication devait rester possible »). Il a estimé que « *Nur mit dieser Praxis lässt sich verhindern, dass die Regelung von Art. 14 IVöB unterlaufen werden könnte* » (trad. libre : « Ce n'est qu'avec cette pratique que l'on peut empêcher que la réglementation de l'art. 14 AIMP ne soit contournée »), préservant ainsi l'effet utile de la loi⁴.
- **La position stricte du canton d'Uri : l'interdiction de contracter par la litispendance** : Le canton d'Uri a mis en place un système offrant une protection particulièrement robuste et automatique au soumissionnaire. La procédure de recours y débute obligatoirement par une phase de conciliation. Dans son arrêt de principe OG V 13 57, du 4 juillet 2014, l'*Obergericht* a jugé que la simple saisine de cette autorité de conciliation suffisait à rendre l'affaire « *judiciairement pendante* » (« *gerichtlich rechtshängig* »). Cette qualification déclenchait une interdiction formelle et immédiate de conclure le contrat en vertu du principe du *standstill*, sans qu'une mesure provisionnelle du tribunal ne soit nécessaire. Le Tribunal l'a formulé ainsi : « *Sobald die Schlichtungsbehörde angerufen wurde, gilt das Geschäft indessen als gerichtlich rechtshängig. In diesem Fall verbietet es der "standstill" [...] den Vertrag abzuschliessen.* » (trad. libre : « Dès que l'autorité de conciliation a été saisie, l'affaire est considérée comme judiciairement pendante. Dans ce cas, le "standstill" [...] interdit de conclure le contrat. »). Plus récemment, dans une décision du 16 octobre 2024 (OG V 24 5), le tribunal a été confronté à une violation flagrante de cette règle : l'autorité adjudicatrice avait signé le contrat avant même d'avoir notifié son exclusion au soumissionnaire évincé. La Haute Cour d'Uri a qualifié cette signature de contrat d'« *illicite et prématurée* » (« *unerlaubterweise bzw. verfrüht abgeschlossen* »). Bien qu'elle n'ait pas eu à statuer sur le sort du contrat car le recours avait été rejeté au fond, son analyse a confirmé la gravité d'une telle violation et l'importance de respecter les délais légaux. Toute signature de contrat après la saisine de l'autorité de conciliation est donc considérée comme illicite, garantissant ainsi l'effet utile du recours de manière quasi-absolue.

Enfin, allant au-delà de la simple annulation, certaines juridictions, dont les décisions ont été confirmées par le Tribunal fédéral, ont développé des outils contraignants pour forcer l'administration à rétablir une situation conforme au droit.

⁴ L'arrêt est publié in LGVE 2003 II Nr. 14, p. 262 ss.

De telles solutions novatrices – préfigurant l’arrêt commenté – reposant sur la nullité de l’adjudication et l’injonction de résilier le contrat, validées par le Tribunal fédéral, ont été relevées dans les cantons suivants :

- **La solution argovienne (WBE.2012.159 du 1^{er} juillet 2013) et sa confirmation par le Tribunal fédéral (2C_770/2013) : l’injonction de résiliation** : Dans un premier arrêt précurseur, le *Verwaltungsgericht* du canton d’Argovie a ordonné à l’Hôpital cantonal d’Aarau de résilier un contrat de services informatiques conclu sans appel d’offres pour le prochain terme possible et d’organiser un nouvel appel d’offres⁵. Cette décision a été confirmée par le Tribunal fédéral par arrêt 2C_770/2013 du 28 octobre 2013. En rejetant l’argument de l’hôpital sur les délais, le Tribunal fédéral a validé la méthode de l’injonction. Il a notamment relevé que l’hôpital pouvait mettre au concours une solution transitoire, comme indiqué dans l’arrêt : « *es steht ihr frei, bloss eine befristete Übergangslösung analog zu den bisherigen Verträgen auszuschreiben bzw. zu vergeben, was nach ihrer eigenen Aussage problemlos möglich ist* » (trad. libre : « *elle est libre de simplement mettre au concours ou d’attribuer une solution transitoire limitée, analogue aux contrats précédents, ce qui, selon ses propres dires, est possible sans problème* »).
- **La solution genevoise (JTAPI/371/2021, consid. 29 du 12 avril 2021, confirmé par arrêt A/717/2020 du 19 octobre 2021 de la Chambre administrative de la Cour de justice du Canton de Genève, lui-même confirmé par arrêt du TF 2C_959/2021 et 2C_961/2021 du 30 novembre 2022 partiellement publié in ATF 148 II 564) : la nullité de la décision et l’injonction de réformer** : Par cette décision, le Tribunal fédéral a validé une décision de la Cour de justice de Genève qui avait traité un cas d’attribution d’un monopole d’affichage sans aucun appel d’offres. Il a confirmé que l’absence totale de mise en concurrence constituait un vice « *particulièrement grave* », « *manifeste* » et « *facilement décelable* », justifiant la sanction de la nullité de la décision d’attribution. Le TF n’a pas trouvé à redire de l’injonction faite à la commune de rétablir une situation conforme au droit dans un délai de six mois. Il a ainsi souligné qu’il incombait à la commune de « *prendre toutes les mesures nécessaires afin de remédier à la situation illicite qu’elle a elle-même créée* »⁶.

Conclusion : La fin de la mosaïque jurisprudentielle

Ce panorama révélait ainsi une profonde fragmentation de la pratique cantonale. D’un côté, des tribunaux privilégiaient la sécurité des transactions, limitant la protection juridique à un constat d’illégalité. De l’autre, des juridictions avaient développé des approches plus strictes pour préserver l’effet utile des voies de droit. Cette divergence, source d’une insécurité juridique considérable, rendait la protection largement imprévisible. L’arrêt 2D_14/2024 met fin à cette situation en consacrant une solution claire et unifiée pour l’ensemble de la Suisse et en marquant une étape décisive dans le renforcement de l’État de droit en matière de marchés publics.

⁵ La décision cantonale est publiée in AGVE 2013, Nr. 37, p. 193 ss.

⁶ Voir le commentaire consacré à cet arrêt par JACQUES DUBEY intitulé « Arrêt au milieu du gué de l’Aire, à Lancy (GE) », in BR/DC 4/2023, p. 191 ss.

L'arrêt 2D_14/2024 comme revirement, unification de la pratique et solution au débat doctrinal

L'arrêt du Tribunal fédéral opère un véritable revirement par rapport à la variété de la pratique cantonale. Il contredit frontalement la conclusion de l'arrêt cantonal en affirmant que l'objectif de la protection primaire peut et doit être poursuivi, même après la conclusion illicite du contrat. Ce faisant, il unifie la pratique en Suisse et met fin à une controverse doctrinale de longue date.

Cette approche est justifiée pour plusieurs raisons :

La solution au regard de l'intention du législateur concordataire : une application fidèle de la réforme de 2019 :

Loin d'être une création jurisprudentielle audacieuse, la décision 2D_14/2024 s'avère être une application rigoureuse et méticuleuse de la volonté exprimée par le législateur concordataire lors de la révision totale de l'AIMP en 2019 (mais également de la LMP). Cette révision ne visait pas seulement une harmonisation formelle, mais cherchait explicitement à corriger les faiblesses de l'ancien système, notamment en renforçant l'effectivité de la protection juridique primaire⁷.

Un des objectifs principaux de la révision était de garantir une protection juridique efficace, ce que la pratique du « *fait accompli* » anéantissait systématiquement.

L'introduction de l'art. 42 al. 1 AIMP a été la réponse directe et délibérée à ce problème. Celui-ci précise désormais que le contrat « *peut être conclu après l'expiration du délai de recours* », une formulation qui exclut toute signature pendant celui-ci.

Le Message-type va même plus loin, en recommandant une prudence accrue pour garantir l'effet utile du recours, cela en conservant un battement « *jusqu'au moment où l'adjudicateur peut raisonnablement supposer qu'aucun recours et aucune demande d'effet suspensif n'ont été déposés* »⁸.

Cette recommandation, bien que non contraignante, démontre une volonté claire d'imposer une réelle période d'attente pour que le recours ne soit pas vidé de sa substance avant même d'avoir été examiné.

Plus important encore, le législateur concordataire n'a pas seulement créé l'obligation du *standstill* ; il a aussi explicitement envisagé le remède en cas de violation, préfigurant la solution que le Tribunal fédéral a finalement consacrée.

Le commentaire de l'art. 58 AIMP dans le Message-type est, à cet égard, d'une clarté limpide et a été repris mot pour mot par le Tribunal fédéral dans son arrêt : « *Lorsque le contrat a été conclu prématurément ou qu'il ne repose, à tort, ni sur un appel d'offres ni sur une procédure*

⁷ BELLANGER/DAYEN « Les nouveautés concernant la phase postérieure à la décision d'adjudication », in BR/DC 01/2020, p. 36 ss.

⁸ Le Message-type de la Révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (Version 1.3 du 8 septembre 2022) s'appuyant sur l'arrêt du TF 2C_203/2014 du 9 mai 2015 rappelle ce qui suit : « *Étant donné que la conclusion immédiate du contrat est susceptible de constituer un abus de droit, il convient d'observer une période d'attente de cinq jours en général après la réception de la décision de première instance avant de conclure le contrat* » (p. 83).

sur invitation, le tribunal peut éventuellement ordonner à l'adjudicateur de résilier le contrat pour la prochaine échéance possible et de mettre le marché en soumission, à moins que les prestations requises ne puissent être fournies par des ressources internes »⁹.

Cette phrase est centrale : elle montre que le scénario de la violation a été spécifiquement anticipé, que le législateur a opté pour un pouvoir d'appréciation du juge (« éventuellement »), soit « en fonction des circonstances » plutôt qu'une sanction automatique comme la nullité, et que le remède privilégié est bien une injonction de résiliation, soit une protection primaire indirecte.

En définitive, le Tribunal fédéral, par une interprétation historique et systématique rigoureuse, ne fait que donner sa pleine portée à la norme du *standstill*, conformément à l'intention claire et documentée du législateur. Il ne crée pas une solution *praeter legem*, mais applique fidèlement le mécanisme de sanction que les cantons eux-mêmes ont voulu et inscrit dans les travaux préparatoires de l'AIMP 2019.

L'arrêt 2D_14/2024 assure ainsi la cohérence et l'effectivité de la réforme, en veillant à ce que les garanties procédurales ne restent pas lettre morte.

La solution du TF au regard de la théorie des actes administratifs

La solution de l'arrêt 2D_14/2024 s'éclaire lorsqu'on la replace dans le cadre théorique du contrat public, marqué par l'imbrication de deux ordres juridiques : le droit public et le droit privé. Il s'agit d'opérer une articulation entre deux corps de règles où une procédure de droit public vise à préparer un contrat régi, le plus souvent, par le droit privé.

Pour gérer cette complexité, la jurisprudence suisse a consacré la « théorie des deux étapes » (*Zweistufentheorie*) ou « des deux couches » (« *Zweischichtentheorie* »)¹⁰, dont les fondements ont été établis par l'arrêt de principe ATF 129 I 410, *Tujetsch*¹¹.

Cette théorie opère une distinction conceptuelle et juridique claire entre la phase d'adjudication (étape 1) et la phase contractuelle (étape 2) :

- **Étape 1 : L'adjudication, un acte de droit public** : La première étape est entièrement régie par le droit public. L'adjudication (*Zuschlag*) est une décision administrative unilatérale, par laquelle l'État, en tant que puissance publique, choisit son cocontractant. Sa nature juridique est fondamentale : comme l'a jugé le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité, elle ne crée aucune obligation de contracter (« *keine Kontrahierungspflicht* ») pour l'adjudicateur. Le Tribunal y précise que : « *Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts begründen weder die Ausschreibung noch die Zuschlagsverfügung in einem Submissionsverfahren eine Kontrahierungspflicht des Submittenten. Das öffentliche Submissionsrecht berührt insofern das private*

⁹ *Ibid.*, p.

¹⁰ MARTIN BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht*, Zurich 2012, p. 1304 ss (cit. BEYELER [2012]) ; THOMAS M. MÜLLER, in Hans Rudolf Trüb [édit.], *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Zurich 2020, no 7 ad art. 41.

¹¹ Voir sur l'ensemble de la question : ETIENNE POLTIER, *op. cit.*, no 933 ss ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd., Zurich 2013, no 1088. Cf. ég. PASCAL PICHONNAZ, « Marchés publics et principes contractuels : de la distinction à la contamination ? », in BR/DC4/2016, p. 190.

Vertragsrecht nicht. » (trad. libre : « Contrairement à l'avis du Tribunal administratif, ni l'appel d'offres ni la décision d'adjudication dans une procédure de soumission ne fondent une obligation de contracter pour le soumissionnaire. Le droit public des marchés publics n'affecte pas le droit privé des contrats à cet égard. »)

La doctrine précise la portée de cet acte : l'adjudication n'est rien d'autre qu'une autorisation de contracter qui lève une interdiction de principe pesant sur l'adjudicateur durant toute la procédure¹².

- **Étape 2 : Le contrat, un acte de droit privé** : Le contrat qui suit est, en principe, un acte de droit privé (contrat d'entreprise, de mandat, etc.), régi par le Code des obligations. Dans cette phase, l'État n'agit plus en tant que puissance publique, mais comme une simple partie contractante. Toutefois, la doctrine souligne que cette césure est en partie artificielle, car le contenu du contrat de droit privé est presque entièrement prédéterminé par la procédure de droit public. La jurisprudence a d'ailleurs évolué : après avoir jugé dans l'ATF 134 II 297, *Corvatsch* que l'offre du soumissionnaire n'était pas une offre au sens du CO, le Tribunal fédéral a opéré un revirement dans l'ATF 141 II 14, *Monte Ceneri* en la qualifiant d'« offre contractuelle ferme » (*verbindliche Vertragsofferte*), reconnaissant ainsi la « contamination » de la phase contractuelle par les principes des marchés publics¹³.

Le dilemme qui en découle est au cœur de l'affaire commentée ici : comment le juge administratif, compétent pour l'étape 1, peut-il sanctionner une illégalité sans empiéter sur la compétence du juge civil, seul maître de l'étape 2 ? La jurisprudence antérieure (cantonale) à 2D_14/2024 a souvent buté sur cet obstacle, se limitant à constater l'illégalité sans toucher au contrat.

La solution de l'injonction indirecte, consacrée par l'arrêt 2D_14/2024, est la construction juridique qui permet de jeter une passerelle entre les deux étapes tout en respectant la séparation des compétences. Le mécanisme est le suivant : le juge administratif, statuant dans sa sphère de compétence, annule la décision d'adjudication (étape 1). Cette annulation prive le contrat de droit privé (étape 2) de sa cause juridique, de son fondement de droit public. L'injonction intervient alors : en vertu de son autorité sur l'administration, le juge lui ordonne de prendre les mesures nécessaires pour mettre fin à la situation illicite. Cette mesure est une action de droit privé : la résiliation du contrat. Ainsi, le juge administratif ne résilie pas lui-même le contrat, mais contraint l'administration à le faire, provoquant la caducité de l'acte de l'étape 2 en raison de l'illégalité de l'acte de l'étape 1.

Cette approche pragmatique, guidée par la sécurité juridique et la protection des tiers, amène le Tribunal fédéral à écarter les thèses doctrinales plus radicales, comme celle de la nullité ou de l'inexistence du contrat.

La solution au débat doctrinal

L'arrêt 2D_14/2024 tranche une controverse ancienne et complexe. Face à un contrat conclu prématurément, en violation du *standstill*, la question de sa validité et des sanctions

¹² ETIENNE POLTIER, *op. cit.*, no 941.

¹³ La formule est de PASCAL PICHONNAZ, *op. cit.*, p. 190.

applicables a donné lieu à un large éventail de solutions théoriques. Le Tribunal fédéral, en choisissant l'une d'entre elles, met fin à une longue période d'incertitude.

Pour saisir toute la portée de sa décision, il y a lieu de distinguer les différents courants doctrinaux :

Thèse 1 : La nullité du contrat pour illicéité (art. 20 CO)

Cette thèse, défendue notamment par la Professeure ÉVELYNE CLERC, propose la sanction la plus radicale du droit privé. Elle postule que le contrat conclu en violation des règles impératives du droit des marchés publics a un objet illicite et doit donc être considéré comme nul de plein droit, en application de l'art. 20 CO¹⁴.

Cette approche a cependant soulevé de nombreuses critiques, en particulier de la part du Professeur PETER GAUCH. Dans une analyse de 1998, il réfutait déjà cet argument en expliquant que le vice n'affectait pas le contenu du contrat, mais les circonstances de sa conclusion. De plus, la norme violée (l'obligation de *standstill*) ne s'adresse qu'à l'une des parties, l'adjudicateur, ce qui, selon la jurisprudence, ne justifie généralement pas une sanction aussi lourde que la nullité pour le cocontractant, souvent de bonne foi. GAUCH résumait ainsi sa critique : « *Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung führt die Verletzung einer verwaltungsrechtlichen Vorschrift nicht ohne weiteres zur Nichtigkeit des Vertrages nach Art. 20 OR. Das gilt namentlich dann, wenn die verletzte Vorschrift (wie hier die Regeln über den "richtigen" Zeitpunkt des Vertragsschlusses) nicht den Inhalt des Vertrages, sondern bloss das Verhalten einer Partei betrifft.* » (trad. libre : « *Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la violation d'une prescription de droit administratif n'entraîne pas sans autre la nullité du contrat selon l'art. 20 CO. Cela vaut notamment lorsque la norme violée (comme ici les règles sur le " bon " moment de la conclusion du contrat) ne concerne pas le contenu du contrat, mais seulement le comportement d'une partie* »)¹⁵.

Le Professeur ETIENNE POLTIER abonde dans le même sens, estimant que la sanction de la nullité n'est « guère appropriée » dans ce contexte et que la jurisprudence en la matière est nuancée¹⁶. Il souligne également que la nullité pour illicéité est généralement réservée aux cas les plus graves, comme la corruption, où le contrat lui-même peut être considéré comme vicié dans son essence, ce qui est différent d'un vice purement procédural comme la conclusion prématurée.

Thèse 2 : L'inexistence et l'invalidité du contrat fondées sur la violation du droit des marchés publics

La Professeure ARIANE MORIN soutient que le droit des marchés publics influence directement le droit privé des contrats, remettant en cause la séparation stricte entre la phase de droit

¹⁴ EVELYNE CLERC, « Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics », in PJA 1997, p. 804 ss.

¹⁵ PETER GAUCH, « Zur Nichtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages », in BR/DC 4/98, p. 120 (cit. GAUCH [1998]).

¹⁶ ETIENNE POLTIER, *op.cit.*, no 978 ss.

public (adjudication) et la phase de droit privé (conclusion du contrat). Son argumentation repose sur une double incidence¹⁷ :

- Sur l'existence du contrat : Le contrat ne peut pas exister avant la fin du délai de recours contre l'adjudication (période de *standstill*). En effet, le droit des marchés publics interdit de considérer l'adjudication comme une acceptation contractuelle durant cette période. Par conséquent, toute manifestation de volonté de l'État de contracter pendant ce délai est sans effet juridique, et le fournisseur ne peut invoquer sa bonne foi pour obtenir une indemnité.
- Sur la validité du contrat : Un contrat conclu après la période de *standstill* est radicalement nul (selon l'art. 20 du Code des obligations) s'il se fonde sur une adjudication qui s'avère par la suite absolument illicite. Cette nullité se justifie car l'objectif du droit des marchés publics – assurer une concurrence loyale et protéger les soumissionnaires évincés – prime sur les intérêts des parties au contrat. Néanmoins, le cocontractant de bonne foi peut être protégé par une responsabilité de l'État pour faute dans les négociations (*culpa in contrahendo*).

Thèse 3 : L'invalidité fondée sur le droit de la représentation (*Stellvertretungsrecht*)

Initialement proposée par le Professeur Peter GAUCH, cette théorie ingénieuse utilise les outils du Code des obligations pour résoudre le dilemme¹⁸. Elle part du principe que l'agent public (par exemple, le directeur des constructions) qui signe le contrat agit en tant que représentant de la collectivité publique. Or, son pouvoir de représentation (*Vertretungsmacht*) pour conclure le contrat découle directement de la décision d'adjudication. Si cette décision n'est pas encore entrée en force (parce que le délai de recours court encore), le représentant agit sans pouvoirs valables. Le contrat est alors dans un état de « suspension » (*Schwebezustand*), conformément à l'art. 38 CO, et ne déploie aucun effet tant qu'il n'est pas ratifié par la collectivité (par exemple, par l'expiration du délai de recours sans opposition). Thomas M. MÜLLER résume cette approche comme suit : « *Wird das vergaberechtliche Akzept in Missachtung dieser vergaberechtlichen Ermächtigung erklärt, ist der Vertrag zwar im Sinne des OR abgeschlossen. Er befindet sich aber gemäss OR 38 Abs. 1 in einem Schwebezustand, während dessen die Auftraggeberin nicht gebunden ist.* » (trad. libre : « *Si l'acceptation en droit des marchés publics est déclarée en violation de cette autorisation, le contrat est certes conclu au sens du CO. Mais il se trouve, conformément à l'art. 38 al. 1 CO, dans un état de suspension, pendant lequel le pouvoir adjudicateur n'est pas lié.* »)¹⁹.

Thèse 4 : L'invalidité *sui generis* et guérissable

Conscient que sa précédente approche par la représentation ne s'était « guère imposée en pratique » (« *sich in der Praxis kaum durchzusetzen vermochte* »), GAUCH a développé en 2003

¹⁷ ARIANE MORIN, « Le sort du contrat conclu prématurément par le pouvoir adjudicateur - Quelques pistes de réflexion », in Boillet/Favre/Martenet [édit.], *Le droit public en mouvement- Mélanges en l'honneur du professeur Etienne Poltier*, Zurich 2010, pp. 433-448.

¹⁸ PETER GAUCH [1998], *op. cit.*, p. 120 ss.

¹⁹ THOMAS M. MÜLLER, *op. cit.*, no 27 ad art. 44.

une solution alternative, qu'il a qualifiée de « reprise »²⁰. Il a proposé de considérer le contrat prématuré comme étant affecté d'une « invalidité sui generis » (*Ungültigkeit sui generis*), une forme d'inefficacité propre au droit des marchés publics. Cette invalidité ne serait pas définitive mais « guérissable » (*heilbar*). Le contrat serait initialement inefficace, mais cette inefficacité serait automatiquement et rétroactivement « guérie » (*geheilt*) dès que les conditions légales pour sa conclusion sont remplies (par exemple, le rejet d'un recours ou l'expiration du délai). GAUCH décrit ainsi le mécanisme : « *Mein Vorschlag geht dahin, dass der verfrüht und deshalb rechtswidrig abgeschlossene Vertrag für beide Parteien unwirksam bleibt, seine Ungültigkeit aber ohne weiteres geheilt wird, wenn und sobald die Erlaubniswirkung des Zuschlags und damit die Erlaubnis zum Vertragsabschluss eintritt.* » (trad. libre : « *Ma proposition va dans le sens que le contrat conclu prématurément et donc illicitement reste inefficace pour les deux parties, mais que son invalidité est guérie sans autre formalité si et dès que l'effet d'autorisation de l'adjudication, et donc l'autorisation de conclure le contrat, se produit* »)²¹.

Thèse 5 : L'injonction indirecte de résiliation (la solution retenue par le Tribunal fédéral)

Enfin, la solution pragmatique, développée par le Professeur Martin BEYELER et largement suivie par la doctrine récente, consiste à maintenir la validité de principe du contrat au regard du droit privé, tout en donnant au juge administratif le pouvoir d'intervenir indirectement²². Le Professeur POLTIER, dans son analyse approfondie, semble également soutenir cette approche, laissant entendre qu'elle serait la plus apte à fournir une solution équilibrée²³. Selon cette approche, le juge, constatant l'illégalité de l'adjudication, peut ordonner à l'adjudicateur de mettre fin au contrat en utilisant les moyens que lui offre le droit privé (par exemple, le droit de résiliation de l'art. 377 CO pour un contrat d'entreprise). Cette approche apparaît aussi comme étant celle qui respecte le plus scrupuleusement la « théorie des deux étapes ». Thomas M. MÜLLER décrit ainsi ce remède, selon lui de popularité croissante au sein de la doctrine et auquel il semble se rallier : « [Die Beschwerdeinstanz kann] *der Vergabebehörde (...) aufgeben, den wirksam abgeschlossenen Vertrag unverzüglich aufzulösen, soweit dies das anwendbare Vertragsrecht zulässt.* » (trad. libre : « [L'instance de recours peut] ordonner à l'autorité adjudicatrice de résilier sans délai le contrat valablement conclu, dans la mesure où le droit des contrats applicable le permet. »)²⁴.

Cette solution évite que le juge administratif n'annule lui-même un acte de droit privé, tout en garantissant une sanction efficace et une restauration de la légalité, sous réserve d'une pesée des intérêts et du principe de proportionnalité.

C'est cette voie médiane que le Tribunal fédéral a choisie dans l'arrêt 2D_14/2024, mettant un terme à des décennies de débats doctrinaux.

Portée et implications de l'arrêt

²⁰ PETER GAUCH, « Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag (Eine Reprise) », in BR/DC 1/2003, p. 3 ss (cit. Peter GAUCH [2003]).

²¹ PETER GAUCH [2003], *op. cit.* no 7.

²² MARTIN BEYELER [2012], *op. cit.*, p. 1452 ss et 1460 ss.

²³ ETIENNE POLTIER, *op. cit.*, no 999.

²⁴ THOMAS M. MÜLLER, *op. cit.*, no 38.

Qualification : une décision de principe majeure

L'arrêt 2D_14/2024 s'impose sans conteste comme l'arrêt de principe (*Grundsatzentscheid*) attendu par la doctrine²⁵, ce que confirme sa publication future au recueil officiel (ATF). Il tranche une controverse doctrinale et jurisprudentielle épineuse qui perdurait depuis des années. En choisissant une solution claire parmi les nombreuses thèses en présence (nullité, invalidité, inexistance, etc.), il met fin à une insécurité juridique préjudiciable. Son apport créateur de droit le plus significatif est l'établissement, en articulation avec l'ATF 150 II 225²⁶, d'un système dual de protection juridique : désormais, la licéité de la conclusion du contrat devient le critère unique déterminant si la protection primaire (annulation/résiliation) reste ouverte ou si elle se limite à la protection secondaire (dommages-intérêts).

En affirmant que le contrôle judiciaire peut s'exercer sur l'activité contractuelle des organes étatiques pour sanctionner une illégalité, cet arrêt comble une lacune significative de la protection judiciaire des tiers et sa portée, affectant tous les adjudicateurs et soumissionnaires de Suisse, s'étend (bien) au-delà du seul cas de la violation du *standstill*.

Portée systématique : une jurisprudence à vocation nationale transposable au droit fédéral (LMP)

Bien que rendue sous l'empire de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), la décision 2D_14/2024 a une portée systématique nationale et s'applique avec la même force à la loi fédérale sur les marchés publics (LMP). Cette transposabilité n'est pas une simple extrapolation, mais découle directement de l'objectif cardinal de la révision totale du droit des marchés publics de 2019 : l'harmonisation.

Le Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics du 15 février 2017 est explicite sur ce point, fixant comme but de : « profiter de la révision de la LMP pour harmoniser autant que possible les actuelles législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics »²⁷.

Cette volonté de créer un espace économique unifié se reflète dans la structure et la formulation quasi-identiques des deux textes. Une comparaison de la LMP et de l'AIMP révèle une identité normative sur les points cruciaux du litige :

- **La règle du *standstill*** : L'art. 42 LMP et l'art. 42 AIMP sont formulés de manière presque identique. Les deux dispositions posent le même principe : l'interdiction de conclure le contrat avant l'échéance du délai de recours ou une décision sur l'effet suspensif.
- **Le régime de protection juridique** : L'art. 58 LMP et l'art. 58 AIMP structurent les remèdes de la même façon, en distinguant la protection primaire (annulation,

²⁵ ETIENNE POLTIER, *op. cit.*, no 999 et pré-annoncé par le Tribunal fédéral, cf. arrêt 2C_339/2010, consid. 2.3.4.

²⁶ Cf. MARTIN BEYELER, « Urteil des Bundesgerichts vom 7. Februar 2024 (2C_176/2022) ; zur Publikation vorgesehen. Schadenersatz nach rechtswidrigem Vertragsschluss », in BR/DC 04/2024, p. 166 (cit. MARTIN BEYELER [2024])

²⁷ Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) du 15 février 2017, in FF 2017, p. 1695 ss, spé. 1698.

réforme) de la protection secondaire (constatation de l'illicéité lorsque le contrat est déjà conclu).

Cette correspondance textuelle, voulue par le législateur, ne laisse pas aucune place à une interprétation divergente pour la LMP.

Le Tribunal administratif fédéral (TAF) a d'ailleurs déjà eu l'occasion, dans des arrêts antérieurs, de souligner la nécessité d'une application coordonnée des règles. Dans un arrêt précurseur ATAF 2009/19 du 2 juillet 2009 (consid. 7.2), concernant un contrat conclu prématurément dans une procédure de gré à gré, le TAF avait déjà jugé qu'un contrat signé illicitement ne devait pas faire obstacle à la protection primaire, affirmant que : « *Zusammenfassend darf als anerkannt gelten, dass die zivilrechtliche Gültigkeit des verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages nicht ohne Rücksicht auf die vergaberechtliche "Vorordnung des Vertragsschlusses" beurteilt werden kann.* » (trad. libre : « *En résumé, on peut considérer comme admis que la validité en droit civil du contrat de marché public conclu prématurément ne peut être appréciée sans tenir compte de la "subordination" de la conclusion du contrat au droit des marchés publics.* »)

La solution de l'arrêt 2D_14/2024 doit donc être considérée comme un précédent contraignant non seulement pour toutes les instances cantonales, mais aussi pour le Tribunal administratif fédéral lorsqu'il statue sur des recours contre des adjudications de la Confédération. Toute autre solution irait à l'encontre de l'objectif d'harmonisation et recréerait une dualité de pratiques que la révision de 2019 visait précisément à éliminer, achevant ainsi l'unification de la pratique en la matière sur l'ensemble du territoire suisse.

L'extension de la solution aux violations les plus graves du droit des marchés publics

La portée de l'arrêt 2D_14/2024 dépasse la simple sanction de la violation du *standstill*. Sa logique a vocation à s'étendre, *a fortiori*, aux violations encore plus fondamentales des principes de transparence et de concurrence, notamment les adjudications de gré à gré illicites et les modifications substantielles de contrats :

- **Application aux modifications substantielles de contrats (avenants illicites) :** Une modification substantielle d'un contrat en cours, qui en altère les conditions essentielles, est assimilée à une nouvelle acquisition attribuée de gré à gré, soit une adjudication déguisée et illicite. Par analogie avec l'arrêt 2D_14/2024, la protection des concurrents potentiellement lésés ne peut se limiter à une simple constatation d'illégalité. Ils doivent pouvoir exiger une protection primaire, en demandant au juge d'enjoindre à l'adjudicateur de ne pas exécuter les prestations issues de l'avenant illicite et de les remettre en concurrence.
- **Application *a fortiori* aux adjudications de gré à gré manifestement illicites :** Si la violation d'une règle procédurale comme le *standstill* justifie un examen de la protection primaire, alors la violation la plus grave – l'absence totale de mise en concurrence par le biais d'une adjudication de gré à gré illicite – doit *a fortiori* entraîner la même conséquence. Le raisonnement est simple : sanctionner durement le non-respect d'une étape de la procédure tout en se montrant laxiste face à l'absence complète de procédure serait incohérent et saperait les fondements du droit des marchés publics.

- **Convergence avec le droit européen et le principe d'effectivité** : Cette extension est d'ailleurs soutenue par la référence que fait le Tribunal fédéral à l'arrêt du 18 juillet 2007 de la CJCE C-503/04 (Commission c. Allemagne). Dans cet arrêt, la Cour de justice des Communautés Européennes a jugé qu'un État membre ne pouvait se prévaloir des principes de son droit interne des contrats, comme le principe *pacta sunt servanda* (la force obligatoire des contrats), pour justifier le maintien d'un contrat conclu en violation grave des directives sur les marchés publics. La Cour a affirmé : « [...] admettre qu'un État membre puisse se prévaloir de situations internes [...] pour justifier le non-respect des obligations résultant du droit communautaire reviendrait à mettre en cause le fondement même de la Communauté. » La CJCE a ainsi consacré le principe d'effectivité : la sanction d'une violation du droit des marchés publics doit être effective et dissuasive, et ne peut être neutralisée par les règles nationales sur la stabilité des contrats.

L'arrêt 2D_14/2024, en permettant au juge de remettre en cause un contrat signé, s'inscrit pleinement dans cette logique. Il n'est donc pas seulement une décision sur le *standstill*, mais un arrêt de principe sur la sanction de tous les contrats de marchés publics conclus en violation des principes fondamentaux de transparence et de concurrence.

La révolution du dommage réparable : le revirement de jurisprudence et son (éventuelle) application au cas d'espèce

La question de la réparation du dommage subi par un soumissionnaire illégalement évincé a connu une évolution fondamentale, marquée par l'arrêt de principe ATF 150 II 225²⁸, qui a procédé à un revirement de jurisprudence. Le Tribunal fédéral y a abandonné sa pratique restrictive qui limitait par principe la réparation au seul intérêt négatif (le remboursement des frais d'offre). La nouvelle règle, désormais établie, est que le soumissionnaire évincé illégalement a désormais droit à la réparation de son intérêt positif, c'est-à-dire au gain manqué, à condition de prouver avec une vraisemblance prépondérante qu'il aurait remporté le marché si la procédure s'était déroulée légalement. Le Tribunal justifie ce changement par la nécessité d'assurer une protection juridique efficace et dissuasive.

L'arrêt commenté 2D_14/2024 vient compléter (et nuancer) la portée de ce revirement dans le contexte spécifique d'une violation de l'obligation de *standstill*.

Après avoir renvoyé l'affaire à l'instance précédente pour qu'elle examine les remèdes de protection primaire, le Tribunal fédéral aborde la question subsidiaire des dommages-intérêts.

Il constate que la conclusion prématurée du contrat constitue un acte illicite et dommageable distinct de la part de l'adjudicateur. Mais, il laisse délibérément en suspens la question de l'étendue de la réparation dans ce cas précis.

Le Tribunal formule son interrogation de la manière suivante : « *Die Frage, ob in einer solchen Konstellation über das negative Interesse hinausgegangen werden kann, kann sich stellen (...), braucht hier aber nicht beantwortet zu werden.* » (trad. libre : « *La question de savoir si, dans*

²⁸ Cf. MARTIN BEYELER [2024], p. 166.

une telle configuration, il est possible d'aller au-delà de l'intérêt négatif peut se poser (...), mais il n'est pas nécessaire d'y répondre en l'espèce. »)

Cet *obiter dictum* est capital, car il indique que si la révolution de l'intérêt positif a bien eu lieu, son application n'est pas encore systématique.

L'arrêt 2D_14/2024 ne clôt donc pas le débat sur les conséquences financières d'une conclusion de contrat prématurée. Il confirme la faute de l'adjudicateur mais laisse planer une incertitude sur la nature du dommage réparable, signalant ainsi que la portée exacte du revirement de 2024 devra encore être précisée par la jurisprudence future dans la construction d'un droit des marchés publics véritablement effectif.

Conclusion générale

L'arrêt 2D_14/2024 s'impose comme une décision fondamentale qui met un terme à une longue période d'incertitude jurisprudentielle et doctrinale. En sanctionnant clairement la stratégie du « fait accompli », le Tribunal fédéral ne se contente pas de corriger une décision cantonale arbitraire ; il renforce l'État de droit et garantit l'effet utile des voies de recours en matière de marchés publics.

La contribution majeure de cet arrêt réside dans l'établissement, en articulation avec l'ATF 150 II 225, d'un système dual clair et prévisible : la protection juridique offerte au soumissionnaire évincé dépend désormais de la licéité de la conclusion du contrat. En cas de conclusion illicite, la porte de la protection primaire reste ouverte. Pour y parvenir tout en respectant la séparation des ordres juridiques, la Cour consacre l'injonction indirecte comme un remède pragmatique et proportionné, écartant les thèses plus radicales de la nullité ou de l'inexistence du contrat.

Au-delà de cette construction technique, l'arrêt affirme un principe essentiel : l'État, même lorsqu'il agit par les voies du droit privé, ne peut se prévaloir de la stabilité d'un contrat pour se soustraire aux conséquences de ses propres violations du droit public. La primauté du principe de légalité sur un pragmatisme qui confinerait à l'impunité est ainsi réaffirmée.

Enfin, en ouvrant délibérément la porte, par un *obiter dictum*, à une possible réparation du gain manqué en cas de faute de l'adjudicateur, le Tribunal fédéral ne clôt pas un chapitre mais en ouvre un nouveau. Il signale que la prochaine évolution jurisprudentielle portera sur la responsabilité de l'État, une autre question centrale pour assurer une sanction véritablement dissuasive contre les violations du droit des marchés publics. L'arrêt 2D_14/2024 marque donc une étape décisive, mais non finale, dans la construction d'un droit des marchés publics véritablement effectif.