

EXAMEN DU 21 AOÛT 2017

Veillez vous limiter à trois pages au maximum. L'énoncé comporte trois pages, y compris la législation annexée.

La durée de l'examen est de deux heures.

Sponz SA (ci-après Sponz) a participé à un appel d'offres du département fédéral de justice et police concernant un marché de 3 millions de francs relatif à la mise en place d'un système de sécurité du stockage de la documentation sensible du département. Par décision du 15 novembre 2016, le département a adjugé le marché à l'entreprise Ducran-Lapoigne SA. Persuadée d'avoir déposée la meilleure offre, Sponz a immédiatement recouru auprès du Tribunal administratif fédéral contre cette décision en concluant à son annulation. Elle n'a pris aucune autre conclusion.

Dans le courant du mois de janvier 2017, Sponz a appris que le contrat relatif au système de sécurité avait été conclu entre la Confédération et Ducran-Lapoigne. Sponz a aussitôt écrit au Tribunal administratif fédéral pour compléter son recours : la conclusion du contrat était illicite, car son recours avait effet suspensif conformément à l'article 55 alinéa 1 PA et aucune demande de retrait de cet effet n'avait été formulée ; elle demandait donc au Tribunal administratif fédéral d'annuler ou de déclarer nulle la conclusion du contrat.

Sponz a jugé utile de rendre publiques ses doléances. Interrogé à ce sujet par un journaliste, Gaston Lagaffe, haut responsable du département a répondu visiblement irrité que « de toute façon Sponz SA était une entreprise très peu fiable, offrant des services d'une qualité ridiculement faible ». Sponz s'est immédiatement plainte de ces déclarations auprès de la cheffe du département en exigeant qu'une sévère sanction soit infligée à Gaston Lagaffe, qui avait clairement violé ses devoirs de service en la dénigrant de façon totalement injustifiée.

A ce jour, le Tribunal administratif fédéral ne s'est pas encore prononcé sur le recours, les derniers échanges d'écriture étant intervenus tout récemment. En revanche, Sponz a appris fortuitement que, suite à son intervention auprès de la cheffe du département, une enquête administrative avait été ouverte contre Gaston Lagaffe. A l'issue de celle-ci l'autorité compétente avait rendu une décision le 23 mai 2017, dont Sponz avait obtenu hier, tout aussi fortuitement, une copie. Dans cette décision, l'autorité relevait que M. Lagaffe n'aurait pas dû faire les déclarations incriminées et avait ainsi violé ses devoirs de service. Cependant, compte tenu des circonstances, notamment le fait qu'il avait été harcelé par la presse, ses excellents antécédents et le fait qu'il n'avait proféré ses remarques dénigrantes qu'une seule fois, il y avait lieu de renoncer à toute sanction, sa faute apparaissant comme très faible, voire quasiment inexistante.

Sponz vient vous consulter ce jour.

Elle vous demande d'abord si elle peut être confiante dans le fait que son recours au Tribunal administratif fédéral aboutira à l'annulation du contrat passé entre la Confédération et Ducran-Lapoigne, ou au moins qu'elle pourra être indemnisée pour ce que lui avait coûté sa soumission infructueuse, ainsi que pour le manque à gagner résultant de la perte du marché en cause. Elle vous demande de lui indiquer, pour tous ces aspects, la procédure à suivre, y compris pour contester « le plus loin possible » d'éventuelles décisions qui lui seraient défavorables.

Sponz souhaite ensuite réclamer à Gaston Lagaffe une indemnisation pour le dommage qu'elle a subi en raison de ses déclarations. En effet, suite à celles-ci, plusieurs contrats, d'une valeur de plusieurs centaines de milliers de francs, lui avaient échappé, des clients prêts à signer s'étant désistés en dernière minute. Si cette voie devait se révéler difficile, elle vous demande de lui indiquer si d'autres démarches lui permettraient d'obtenir, d'une manière ou de l'autre, réparation. Là aussi, elle souhaite savoir comment, le cas échéant, elle pourra contester le plus loin possible d'éventuelles décisions défavorables.

Enfin, elle vous indique être très choquée par la décision disciplinaire rendue envers Gaston Lagaffe. En effet, cette décision ne lui avait pas été officiellement notifiée et violait son droit d'être entendu, car elle n'avait même pas été informée de l'enquête administrative et des actes d'instruction qui avaient été accomplis dans ce cadre. Elle vous demande auprès de qui elle pourra contester cette décision, en vous précisant qu'elle considère que le délai de recours n'a commencé à courir pour elle qu'hier, puisque ce n'est qu'à ce moment qu'elle avait eu connaissance de la décision en cause.

Extraits de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP)
du 16 décembre 1994

RS 172.056.1

Section 1 *But*

Art. 1

¹ Par la présente loi, la Confédération entend:

- a. régler les procédures d'adjudication des marchés publics de fournitures, de services et de construction et en assurer la transparence;

[...]

Section 2 *Champ d'application et définitions*

Art. 2 **Adjudicateur**

¹ Sont soumis à la présente loi:

- a. l'administration générale de la Confédération;

[...]

Art. 6 **Ampleur du marché**

¹ La présente loi n'est applicable que si la valeur estimée du marché public à adjudger atteint le seuil ci-après sans la taxe sur la valeur ajoutée:

- a. 230 000 francs pour les fournitures;
- b. 230 000 francs pour les services;
- c. 8,7 millions de francs pour les ouvrages;

[...]

Section 4 *Procédures d'adjudication*

Art. 14 **Procédure ouverte**

¹ L'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu.

² Chaque soumissionnaire peut présenter une offre.

Art. 22 Conclusion du contrat

- ¹ Le contrat peut être conclu avec le soumissionnaire après l'adjudication, à moins que le Tribunal administratif fédéral n'ait accordé à un recours un effet suspensif au sens de l'art. 28, al. 2.
- ² Si une procédure de recours est en suspens, l'adjudicateur informe immédiatement le tribunal de la conclusion du contrat.

Section 5 Procédure et voies de droit**Art. 27 Recours**

- ¹ Les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral.
- ² Si un recours est déposé, le tribunal en informe immédiatement l'adjudicateur.

Art. 28 Effet suspensif

- ¹ Le recours n'a pas effet suspensif.
- ² Sur demande, le Tribunal administratif fédéral peut accorder l'effet suspensif.

Art. 29 Décisions sujettes à recours

Sont réputées décisions sujettes à recours:

- a. l'adjudication ou l'interruption d'une procédure d'adjudication;
- b. l'appel d'offres;
- c. la décision concernant le choix des participants à la procédure sélective;
- d. l'exclusion prévue à l'art. 11;
- e. la décision concernant l'inscription des soumissionnaires sur la liste prévue à l'art. 10.

Art. 30 Délai de recours

Les recours doivent être déposés dans les vingt jours à compter de la notification de la décision.

Art. 32 Décision sur recours

- ¹ Le Tribunal administratif fédéral statue ou renvoie l'affaire à l'adjudicateur avec des instructions impératives.
- ² Si le recours s'avère fondé et qu'un contrat a déjà été conclu avec le soumissionnaire, le tribunal se limite à constater dans quelle mesure la décision attaquée viole le droit fédéral.

Art. 34 Dommages-intérêts

- ¹ La Confédération ou l'adjudicateur extérieur à l'administration fédérale ordinaire répondent du dommage qu'ils ont causé en prenant une décision dont la non-conformité au droit a été constatée lors de la procédure prévue à l'art. 32, al. 2, ou 33.
- ² La responsabilité selon l'al. 1 se limite aux dépenses nécessaires engagées par le soumissionnaire en relation avec les procédures d'adjudication et de recours.
- ³ Pour le reste, la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité est applicable.

Art. 35 Demande de dommages-intérêts et délais

- ¹ Le soumissionnaire dépose sa demande de dommages-intérêts auprès de l'adjudicateur. Le Conseil fédéral désigne l'organe compétent pour statuer.
- ² Un recours peut être déposé auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision de cet organe.
- ³ La demande de dommages-intérêts doit être présentée au plus tard dans les douze mois qui suivent la constatation de la non-conformité au droit lors de la procédure prévue à l'art. 32, al. 2, ou 33.

Extrait de l'ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale
(Org-OMP)
du 24 octobre 2012

RS 172.056.15

Art. 32 Décision concernant les demandes en dommages-intérêts

- ¹ Le DFF est compétent pour édicter les décisions portant sur les demandes en dommages-intérêts au sens de la LMP. Il consulte préalablement le service concerné par la demande.
- ² L'Administration fédérale des douanes statue sur les réclamations de son ressort inférieures à 10 000 francs.

I. Adjudication du marché et contrat

La LMP et son ordonnance (Org-OMP) s'appliquent puisque la mise en place d'un système de sécurité de stockage atteint 5 millions de francs, soit plus que le seuil requis pour des prestations de services, art. 6 al. 1 let. b LMP. La PA, la LTAF et la LTF sont applicables pour ce qui est de la procédure.

Spouse se trompe en disant que son recours au TAF a effet suspensif. L'art. 55 al. 1 PA ne s'applique pas dans la mesure où une norme spéciale s'applique ici, l'art. 28 al. 1 LMP. Spouse aurait du demander lui-même l'effet suspensif, selon l'art. 28 al. 2 LMP. Le fait que Spouse complète son recours en janvier ne change donc rien, le délai de recours de 20 jours prévu par l'art. 30 LMP étant en plus dépassé. Il n'y a aucune chance que le contrat puisse être annulé puisque l'art. 22 al. 1 LMP permet une conclusion du contrat, même si un recours est déposé, pour autant que l'effet suspensif ne soit pas accordé. De plus, le TAF ne pourra que constater la violation du droit fédéral, art. 32 al. 2 LMP, et ne peut donc pas annuler le contrat conclu.*

Spouse pourrait être indemnisée, mais seulement pour les coûts de sa soumission infructueuse, selon l'art. 34 al. 1 et 2 LMP. Elle ne pourra donc pas être indemnisée pour le manque à gagner résultant de la perte du marché. Elle devra adresser une demande de dommages-intérêts auprès de l'adjudicateur, art. 35 al. 1 LMP, donc le DFJP. La décision sera ensuite prise par le DFF, art. 32 al. 1 Org-OMP. Contre la décision du DFF, Spouse pourra recourir au TAF, selon l'art. 33 let. d LTAF. Si la décision du TAF n'est pas satisfaisante, un RMDR au TF peut être formé^{art. 86 al. 1 let. a LTF}, pour autant que la valeur litigieuse soit d'au moins 30'000.-, art. 85 al. 1 let. a LTF, ce qui paraît douteux ici.

* contre la décision du TAF, Spouse pourra recourir au TF, art. 86 al. 1 let. a LTF. Cependant, même si la valeur estimée du mandat est supérieure au seuil prévu par la LMP, art. 83 let. f ch. 1 LTF, il est douteux qu'une question juridique de principe puisse se dégager, art. 83 let. f ch. 2 LTF. Spouse ne pourra donc sans doute pas recourir contre la décision du TAF pour ce qui est de l'adjudication.

3 pages

II. Demande d'indemnisation à Gaston

La LRCF s'applique puisqu'il s'agit d'un cas de responsabilité d'un membre de l'administration fédérale, art. 1 al. 1 let. d LRCF. Pour ce qui est de la procédure, la PA, la LTAF et la LTF s'appliquent.

ILLICÉITÉ ?
FAUTE

Spouse ne pourra s'adresser directement à Gaston, puisque c'est la Confédération qui répond du dommage causé sans droit par un fonctionnaire*, art. 3 al. 1 LRCF, et qu'aucune action n'est ouverte envers le fautif, art. 3 al. 3 LRCF. On peut considérer que Gaston était dans l'exercice de ses fonctions puisqu'il est haut responsable et qu'il a été invité à se prononcer sur la situation. Spouse devra donc se tourner vers la Confédération, directement.

Spouse devra s'adresser au DFF, art. 20 al. 2 LRCF, dans un délai d'un an à compter du jour où elle a eu connaissance du dommage et au plus tard dans les 10 ans à compter de l'acte dommageable, art. 20 al. 1 LRCF. Le DFF rendra une décision^{au sens de l'art. 15 PA} qui pourra être contestée devant le TAF, art. 33 let. d LTAF. Si la décision du TAF ne s'avérerait pas satisfaisante, un RMDP ou TF serait possible, art. 86 al. 1 let. a LTF. La valeur litigieuse minimale de l'art. 85 al. 1 let. a LTF serait ici atteinte puisque l'on parle ici de plusieurs centaines de milliers de francs de gains manqués, causés par l'acte de Gaston.

25a PA ?

*: dans l'exercice de ses fonctions

III. procédure disciplinaire contre Gaston

La PA est applicable puisque Gaston est soumis à une procédure fédérale, art. 1 al. 1 PA.

En se plaignant à la cheffe du département, Spouse dénonce des faits qui appellent dans l'intérêt public une intervention d'office contre une autorité, art. 7 al. 1 PA.

Le dénonciateur n'a aucun des droits reconnus à la partie, art. 7 al. 2 PA.

Pour bénéficier de la notification officielle, du droit d'être entendu et de l'information d'une ouverture d'enquête, Spouse doit avoir la qualité de partie prévue par l'art. 6 PA; Spouse doit être touché dans ses droits et obligations par la décision rendue. Une sanction à l'égard de Gaston ne toucherait en rien les droits et obligations de Spouse.

Spouse pourrait néanmoins recourir si elle était touchée directement plus que n'importe qui dans un intérêt digne de protection par ladite décision, art. 48 PA. L'admission du recours doit apporter un avantage concret.

Une décision de sanction procurera peut-être, indirectement, une satisfaction psychologique à Spouse mais ne la touchera pas du tout concrètement.*
Le fait que Spouse soit lésée par les actes de Gaston ne change rien à sa qualité de simple dénonciatrice. Spouse ne pourra donc pas contester la décision du 23 mai 2017.

* La qualité de partie d'une personne qui souhaite qu'une décision soit prise à l'égard d'un tiers dépend de l'existence d'un rapport étroit digne de protection de cette personne avec la décision à prendre et non avec les actes du tiers qui motivent sa démarche.