

L'absence d'un élément essentiel à l'exécution du mandat comme motif d'exclusion d'un soumissionnaire

Auteur : Marion Chautard

Date : 28 août 2019

[ATF 145 II 249](#) | [TF, 02.07.19, 2D 25/2018*](#)

Le soumissionnaire qui ne dispose pas de l'équipement nécessaire à l'exécution du mandat au moment de l'appel d'offres doit en être exclu. La décision administrative adjugeant le marché à un tel soumissionnaire est illicite, et le tribunal qui confirme ladite décision d'adjudication fait preuve d'arbitraire.

Faits

Une **commune** neuchâteloise publie un **appel d'offres** (procédure ouverte) pour des prestations de ramassage et de transport des déchets urbains. Parmi les **critères techniques**, l'appel d'offres mentionne le fait que les véhicules utilisés devront disposer d'un système de levage des conteneurs à déchets, y compris une pince « Kinshofer ».

Trois entreprises soumettent une offre, ensuite de quoi la commune attribue le marché à celle d'entre elles qui avait obtenu le plus de points en fonction des critères d'adjudication énoncés dans l'appel d'offres. L'entreprise à qui le marché est attribué **ne disposait toutefois pas de la pince « Kinshofer »** au moment de la décision d'adjudication, mais l'a acquise **ultérieurement**.

La **soumissionnaire** arrivée en **deuxième** position **recourt** contre la décision d'adjudication auprès du Tribunal cantonal neuchâtelois, au motif que l'adjudicataire ne disposait pas de l'équipement nécessaire pour réaliser le mandat prévu par l'appel d'offres. Suite au rejet de son recours, l'entreprise agit par la voie du recours constitutionnel subsidiaire auprès du Tribunal fédéral, en invoquant l'interdiction de l'arbitraire.

Le Tribunal fédéral doit déterminer si la commune pouvait attribuer le marché public à un soumissionnaire qui a satisfait à certains critères de l'appel d'offres seulement après le prononcé de la décision d'adjudication.

Droit

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral rappelle sa jurisprudence (cf. notamment l'[ATF 143 I 177](#), résumé in : [LawInside.ch/432/](#)) selon laquelle les **critères d'aptitude** (*Eignungskriterien*), qui permettent de s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché, **subordonnent l'accès à la procédure**; aussi les offres d'entreprises qui ne remplissent pas ces critères doivent en être **exclues** d'emblée. Pour fonder une telle exclusion, le vice doit toutefois revêtir une certaine gravité.

Le Tribunal fédéral pose ensuite une exception au principe énoncé ci-dessus, en déclarant que l'adjudicateur peut choisir de requérir des soumissionnaires uniquement la **garantie qu'ils posséderont les éléments essentiels** à l'exécution du mandat au moment où celui-ci devra effectivement être exécuté. S'il fait ce choix, l'adjudicateur doit toutefois **le mentionner clairement dans l'appel d'offres**, faute de quoi il ne peut pas attribuer le marché à un soumissionnaire ne remplissant pas encore les critères d'aptitude au moment de la décision d'adjudication. En effet, cela **fausserait l'attribution du marché**, étant donné que d'autres entreprises concurrentes ne

remplissant pas non plus ces critères pourraient avoir **renoncé** à prendre part à la procédure en raison de la **teneur de l'appel d'offres**.

Or en l'espèce, l'appel d'offres mentionne la pince « Kinshofer » parmi les éléments techniques dont devaient disposer les véhicules des soumissionnaires. Il n'est pas contesté que l'adjudicataire ne disposait effectivement pas, au moment de l'adjudication, d'une telle pince. Celle-ci est un **élément essentiel** à l'exécution du mandat, puisqu'elle est nécessaire pour soulever les conteneurs, de sorte que ce défaut d'équipement constitue un manquement grave qui impose d'**exclure l'entreprise du marché**.

Partant, le Tribunal fédéral estime que le Tribunal cantonal a fait preuve d'**arbitraire** en considérant que l'adjudicataire était capable d'assurer la correcte exécution du marché et en confirmant en conséquence la **décision d'adjudication**.

Le Tribunal fédéral admet ainsi le recours et constate le caractère **illicite** de la décision d'adjudication.

Note

Selon le Tribunal fédéral, la volonté de l'adjudicateur d'exiger une simple **garantie qu'un des critère sera rempli au moment de l'exécution du marché** peut être déduite de l'**interprétation** de l'appel d'offres, même si elle ne ressort pas explicitement du texte de celui-ci. À titre exemplatif, dans l'arrêt [2C_111/2018](#), le Tribunal fédéral a validé l'interprétation de l'instance précédente selon laquelle l'exigence de posséder des bureaux dans le périmètre d'intervention formulée dans l'appel d'offres pouvait être remplie *a posteriori*, seule cette interprétation étant compatible avec la [Loi fédérale sur le marché intérieur](#) (cf. [TF, 02.07.2019, 2C_111/2018](#), consid. 3.3.4). Précisons que dans l'arrêt [2C_111/2018](#), comme en l'espèce, le pouvoir de cognition du Tribunal fédéral était limité à l'arbitraire.