

BGer 2D 25/2018 vom 2. Juli 2019

Bundesgericht, 2019-07-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_25_2018

FR: TF 2D 25/2018 du 2 juillet 2019

IT: TF 2D 25/2018 del 2 luglio 2019

Regeste

Adjudication pour des prestations de ramassage et de transport des déchets urbains combustibles | Droit fondamental

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF) et contrôle librement la recevabilité des recours portés devant lui (ATF 140 IV 57 consid. 2 p. 59).

E. 1.1

La présente cause relève du droit public (art. 82 let. a LTF). Dans le domaine des marchés publics, un recours en matière de droit public n'est recevable, en vertu de l' art. 83 let. f LTF, qu'à la double condition que la valeur du mandat à attribuer soit supérieure ou égale aux seuils déterminants prévus à cet effet et que la décision attaquée soulève une question juridique de principe (ATF 141 II 113 consid. 1.2 p. 116 s.; 140 I 285 consid. 1.1 p. 288 s.). Il incombe à la partie recourante de démontrer la réalisation de ces deux conditions (cf. art. 42 al. 2 LTF ; ATF 141 II 113 consid. 1.2 p. 117), qui sont cumulatives (arrêt 2C_384/2016 du 6 mars 2017 consid. 1.2, non publié in ATF 143 I 177), à moins que la question de principe s'impose avec évidence (ATF 141 II 353 consid. 1.2 p. 361; 141 II 113 consid. 1.4.1 p. 119). Dès lors que la recourante ne soutient ni n'explique que l'arrêt querellé soulèverait une question juridique de principe et qu'une telle question n'apparaît pas d'emblée clairement, c'est à bon droit qu'elle a interjeté un recours constitutionnel subsidiaire (cf. arrêt 2D_42/2016 du 3 octobre 2017 consid. 1.1).

E. 1.2

En sa qualité de partie à la procédure cantonale et d'entreprise soumissionnaire évincée, positionnée au deuxième rang dans le cadre d'une procédure ouverte d'adjudication, la recourante dispose de la qualité pour recourir au sens de l' art. 115 LTF , notamment d'un intérêt juridique. En particulier, même si, à la suite du rejet par le Tribunal fédéral de la requête d'effet suspensif présentée par l'intéressée (cf. supra let. A.d), la Commune a déjà conclu le contrat relatif au marché en cause avec l'adjudicataire, la recourante possède encore un intérêt actuel à faire constater l'illicéité de l'adjudication, en vue d'une éventuelle action en dommages-intérêts (cf. ATF 141 II 353 consid. 1.3.2 p. 361; 137 II 313 consid. 1.2.2 p. 317; arrêt 2D_42/2016 du 3 octobre 2017 consid. 1.2 et les nombreuses références citées).

E. 1.3

Aux dires de la recourante, le recours aurait été déposé dans une boîte postale le 12 avril 2018, soit le dernier jour du délai, compte tenu des fêtes (art. 117, 46 al. 1 let. a et 100 al. 1

LTF). A l'appui de cette affirmation, l'intéressée a transmis au Tribunal fédéral un document, signé par un agent de sécurité, attestant que le mémoire de recours avait été déposé dans une boîte aux lettres de la Poste suisse le 12 avril 2018 à 22h40. Le même jour, la recourante a en outre transmis le recours au Tribunal fédéral par télécopie. Dans ces circonstances, on peut admettre que la recourante est en mesure de prouver que son envoi a été expédié à temps, de sorte que le recours est recevable sous cet angle (cf. arrêts 2D_73/2015 du 30 juin 2016 consid. 1.3 et 1B_488/2011 du 2 décembre 2011 consid. 1.2).

E. 1.4

Pour le surplus, interjeté dans les formes prévues par la loi (art. 42 LTF), le recours est dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF) rendue en dernière instance cantonale par une autorité judiciaire supérieure (art. 114 et 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF). Il est donc recevable.

E. 2.1

Le recours constitutionnel subsidiaire ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF). En vertu de l' art. 106 al. 2 LTF , applicable par renvoi de l' art. 117 LTF , les griefs y relatifs doivent être invoqués et motivés par le recourant, à savoir expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée, en précisant en quoi consiste la violation (cf. ATF 139 I 229 consid. 2.2 p. 232). Celui-ci ne peut donc se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit remettre en cause les considérants de la décision attaquée sous des aspects relevant des droits constitutionnels (arrêts 2D_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 2.1 et 2D_42/2016 du 3 octobre 2017 consid. 2.1).

E. 2.2

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 118 al. 1 LTF). Il peut néanmoins rectifier ou compléter les constatations de cette autorité si les faits ont été constatés en violation d'un droit constitutionnel (art. 118 al. 2 LTF cum art. 116 LTF), ce que le recourant doit démontrer d'une manière circonstanciée et précise, conformément aux exigences de motivation posées à l' art. 106 al. 2 LTF (par renvoi de l' art. 117 LTF ; cf. consid. 2.1 ci-dessus).

E. 3

Invoquant l'interdiction de l'arbitraire, la recourante soutient, en substance, que B. _____ SA aurait dû être exclue de la procédure d'adjudication à cause de son inaptitude à exécuter le marché (recours, p. 9). En effet, au moment où la décision d'adjudication avait été prise, cette société n'était pas en possession de l'équipement nécessaire à exécuter le mandat. En particulier, elle ne disposait pas d'une "pince de type Kinshofer 920" (ci-après: la pince Kinshofer) permettant à ses véhicules de procéder à la vidange des conteneurs à ordures faisant l'objet du marché.

E. 3.1

Une décision est arbitraire (art. 9 Cst.) lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou qu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une solution autre que celle de l'autorité cantonale semble concevable, voire préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que sa

motivation soit insoutenable; il faut encore que cette décision soit arbitraire dans son résultat (ATF 141 III 564 consid. 4.1 p. 566; 140 I 201 consid. 6.1 p. 205).

E. 3.2

Il n'est pas contesté que, pour pouvoir lever les conteneurs à ordures enterrés et semi enterrés présents sur le territoire de la Commune, l'adjudicataire devait impérativement disposer de la pince Kinshofer précitée (ou d'un système équivalent) (cf. également la réponse de B. _____ SA, p. 8). Il est également établi que ladite pince n'a été acquise par B. _____ SA qu'après la décision d'adjudication du 16 mars 2016. En effet, il ressort de l'arrêt attaqué que, le 12 avril 2016, cette entreprise avait affirmé qu'elle allait devoir "acquérir une pince Kinshofer KM 920 à monter sur sa grue FASSI M 40" et qu'elle aurait rempli les conditions techniques exigées par l'appel d'offres "après acquisition de la pince précitée" (arrêt attaqué, p. 3).

E. 3.3

Selon la jurisprudence, les critères d'aptitude ou de qualification (" Eignungskriterien ") sont des exigences qui subordonnent l'accès à la procédure. Ces critères servent à s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché (cf. ATF 141 II 353 consid. 7.1 p. 369; 140 I 285 consid. 5.1 p. 293 s.). Les entreprises soumissionnaires qui ne les remplissent pas voient leur offre exclue d'emblée (ATF 141 II 353 consid. 7.1 p. 369; arrêt 2C_58/2018 du 29 juin 2018 consid. 5.3). Cette conclusion s'impose toutefois uniquement lorsque le vice n'est pas anodin; le motif d'exclusion doit revêtir une certaine gravité (" ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen ", ATF 143 I 177 consid. 2.3.1 p. 182; cf. arrêts 2C_665/2015 du 26 janvier 2016 consid. 1.3.3 et 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 3.3). Lorsque les manquements du soumissionnaire aux exigences d'aptitude ne sont que légers, il serait en effet disproportionné de l'exclure de la procédure d'adjudication (arrêt 2C_58/2018 du 29 juin 2018 consid. 5.3; cf. ATF 143 I 177 consid. 2.3.1 p. 181 s.). Les critères d'aptitude doivent pouvoir être contrôlés par l'adjudicateur avant la décision d'adjudication, ce qui exclut notamment que des éléments essentiels pour l'exécution du mandat ne soient acquis par l'adjudicataire que par la suite (cf. ATF 143 I 177 consid. 2.3.2 p. 182 s.). Si l'adjudicateur estime qu'il suffit, pour des raisons pratiques liées à la réalité du marché, que les soumissionnaires se limitent à fournir des garanties, au moment de la décision d'adjudication, qu'ils posséderont les éléments essentiels pour l'exécution du mandat lorsque celui-ci devra être exécuté (ce qui peut se produire s'agissant d'attestations bancaires destinées à prouver la capacité financière des soumissionnaires, cf. ATF 141 II 353 consid. 7.2 p. 369), alors il doit le mentionner dans l'appel d'offres. S'il ne le fait pas et si une telle volonté ne peut être clairement déduite d'une interprétation de l'appel d'offres (cf. arrêt 2C_111/2018 du 2 juillet 2019 consid. 3.3.4), il ne peut, par la suite, attribuer le marché à une entreprise ne remplissant pas un critère d'aptitude au moment de la décision d'adjudication, sous peine de fausser l'attribution du marché. En effet, il n'est pas exclu que d'autres entreprises concurrentes, désireuses de participer au marché mais n'étant pas en mesure de remplir tous les critères d'aptitude au moment de soumissionner, y aient renoncé compte tenu de la teneur de l'appel d'offres (cf. ATF 141 II 353 consid. 7.3 in fine p. 370). A titre d'exemple, dans l' ATF 143 I 177 (également cité par la recourante), l'entreprise qui s'était vu attribuer le marché ne disposait pas, au moment du dépôt de l'offre, de la licence d'entreprise de transport routier exigée par la législation fédérale. Le Tribunal fédéral, après avoir constaté qu'il s'agissait d'une condition impérative pour pouvoir pratiquer le transport

de marchandises par route et donc d'une qualification technique essentielle à l'exécution du mandat, a retenu que le défaut de la licence en question était un vice grave qui aurait dû conduire à l'exclusion du marché de l'entreprise concernée (ATF 143 I 177 consid. 2.3 p. 181 ss).

E. 3.4

En l'espèce, la pince Kinshofer était un élément essentiel à l'exécution du mandat, car sans cette pièce l'adjudicataire n'aurait pas été à mesure de procéder à la vidange des conteneurs à ordures faisant l'objet du marché (cf. supra consid. 3.2 in initio). Or, l'intéressée n'a acquis la pince en question qu'après la décision d'adjudication (cf. supra consid. 3.2 in fine) et ne disposait donc pas de celle-ci au moment du dépôt de son offre. Dans ces circonstances, conformément à ce qui vient d'être exposé (cf. supra consid. 3.3), ce défaut d'équipement constituait un manquement grave au point d'imposer l'exclusion du marché de cette entreprise. En considérant que celle-ci était à même d'assurer la correcte exécution du marché et en confirmant pour cette raison la décision d'adjudication du 16 mars 2016, le Tribunal cantonal est donc tombé dans l'arbitraire. Le recours devant être admis pour cette raison, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs soulevés par la recourante.

E. 4

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours et à l'annulation de l'arrêt entrepris. Il est constaté que la décision d'adjudication du 16 mars 2016 de la Commune de U._____ était illicite. Compte tenu de l'issue du litige, les frais seront mis pour moitié à la charge de la Commune de U._____, qui succombe et dont l'intérêt patrimonial est en cause (art. 66 al. 1 et al. 4 LTF ; cf. arrêts 2C_861/2017 du 12 octobre 2018 consid. 4 et 2C_498/2017 du 5 octobre 2017 consid. 5.2), et pour l'autre moitié à la charge de B._____SA (art. 66 al. 1 LTF), solidairement entre elles (art. 66 al. 5 LTF). La recourante, qui a obtenu gain de cause avec l'aide d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens, qu'il convient de mettre pour moitié à la charge de la Commune de U._____, et pour l'autre moitié à celle de B._____ SA, solidairement entre elles (art. 68 al. 1 et al. 4 LTF). L'affaire sera également renvoyée au Tribunal cantonal pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens de la procédure qui s'est déroulée devant lui (art. 67 et 68 al. 5 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.