

ATC (Cour de droit public) du 4 janvier 2023 – A1 22 156

Distinction entre le gré à gré concurrentiel et la procédure sur invitation

- Règles relatives aux valeurs seuils applicables aux différents types de marché (art. 7 AIMP, art. 12^{bis} AIMP, art. 8 LcAIMP ; consid. 2.1.1).
- La procédure de gré à gré concurrentiel consiste à adjuger un marché dans les limites de la valeur seuil du gré à gré, mais en demandant une offre simultanément à plusieurs concurrents à des fins de comparaison et de négociation (consid. 2.1.3).
- La procédure sur invitation exige le respect de formalités supplémentaires par rapport à celle de gré à gré ; le pouvoir adjudicateur ne doit pas créer l'impression qu'il a choisi la procédure sur invitation en se conformant à ces formalités (consid. 2.1.4).

Unterscheidung zwischen dem freihändigen Konkurrenzverfahren und dem Einladungsverfahren

- Regeln für die Schwellenwerte bei den verschiedenen Verfahrensarten (Art 7 IVöB, Art. 12^{bis} IVöB, Art. 8 kGIVöB ; E. 2.1.1).
- Beim freihändigen Verfahren unter Konkurrenz wird ein Auftrag im Rahmen des Schwellenwerts für freihändige Vergabe vergeben, wobei zu Vergleichs- und Verhandlungszwecken gleichzeitig mehrere Wettbewerber um ein Angebot gebeten werden (E. 2.1.3).
- Beim Einladungsverfahren müssen verglichen mit dem freihändigen Verfahren zusätzliche Formalitäten eingehalten werden; die Vergabebehörde darf nicht den Eindruck erwecken, sie habe sich für das Einladungsverfahren entschieden, indem sie diese Formalitäten einhält (E. 2.1.4).

Faits (résumé)

A. Les 1^{er} et 4 juillet 2022, la commune de A. a adressé à dix entreprises, dont X., un courrier intitulé « Appel d'offre – Déblaiement des parkings à A. ». Elle y fixait un délai au vendredi 15 juillet 2022 à 16 h pour lui envoyer une offre et avait joint, à titre indicatif, le contrat qui serait conclu si l'offre était retenue, en sus du plan des parkings concernés ainsi que du document de soumission à remplir comprenant notamment une liste de prix par poste et les conditions générales s'appliquant à l'exécution des prestations (lieu, durée, horaire, etc.).

B. Le 31 août 2022, la commune a indiqué à X. que son offre n'avait pas été retenue, pour des raisons de coût. En annexe à ce courrier se trouvait un tableau d'ouverture des offres, duquel il ressortait que

quatre entreprises avaient déposé des offres, la moins chère étant celle de Y. pour un montant de 41'679 fr. 90. Selon ce tableau, l'offre de X. était la deuxième meilleure marché avec un prix s'élevant à 41'922 fr. 20.

Le 1^{er} septembre 2022, X. s'est plainte du fait que le rabais et l'escompte n'avaient pas été pris en considération, ce à quoi la commune a répondu, le 8 septembre 2022, que le marché avait été adjugé sous la forme d'une procédure de gré à gré concurrentiel, dans laquelle l'attribution pouvait se faire librement, sans critère d'adjudication.

C. Le 12 septembre 2022, X. a formé un recours de droit administratif contre cette adjudication, en concluant à l'attribution du marché, subsidiairement, à l'annulation de la décision du 31 août 2022 et au renvoi de la cause à la commune pour nouvelle décision. Contrairement à l'avis du pouvoir adjudicateur qui soutenait avoir suivi la procédure de gré à gré concurrentiel, X. estimait avoir pris part à une procédure sur invitation.

NB : dans les considérants qui suivent, les références légales sont celles qui étaient en vigueur jusqu'au 31.12.2023

Considérants (extraits)

2.1.1 Selon les art. 7 al. 1^{bis} et 12^{bis} al. 2 AIMP, ainsi que selon l'annexe 2 de cet accord intercantonal, pour les marchés de prestations de services qui ne sont pas soumis aux traités internationaux, la procédure de gré à gré est applicable si le marché en cause a une valeur de 150'000 fr. au plus ; à partir de ce seuil, ces marchés peuvent être passés dans une procédure sur invitation jusqu'à un montant de 250'000 francs. Au-delà de ce seuil, la procédure ouverte ou la procédure sélective deviennent applicables. L'art. 12^{bis} al. 3 AIMP laisse aux cantons la faculté d'abaisser ces valeurs seuils dans leurs dispositions d'exécution qui doivent rester conformes à l'AIMP (cf. ses art. 3 et 4 al. 2 let. c). L'art. 8 al. 4 LcAIMP prévoit, à cet égard, que les marchés de services dont la valeur est inférieure à 150'000 fr. peuvent être passés de gré à gré. A partir de 150'000 fr. et jusqu'à 250'000 fr., ils peuvent être passés selon la procédure sur invitation. Dès 250'000 fr., ils doivent être passés soit

selon la procédure ouverte, soit selon la procédure sélective. L'art. 8 al. 1 LcAIMP permet toutefois à l'adjudicateur de choisir dans tous les cas une procédure de rang supérieur à celle qui correspond à la valeur seuil, tout en l'astreignant à respecter dans cette hypothèse les règles et les conditions fixées pour la procédure ainsi choisie.

2.1.2 Dans la procédure sur invitation, l'adjudicateur demande sans appel d'offres au moins cinq offres à des entreprises ou des prestataires qualifiés (art. 11 LcAIMP). L'art. 6 al. 1 OcMP règle le contenu minimal des documents d'appel d'offres dans une procédure sur invitation en prescrivant qu'ils doivent spécifier, entre autres modalités, le type de procédure (let. b), la durée de validité de l'offre (let. h), les personnes autorisées à assister à l'ouverture des offres, la date, l'heure et le lieu de l'ouverture (let. i), et tous les critères d'adjudication et leur pondération (let. m). Par ailleurs, conformément à l'art. 10 al. 4 let. a OcMP, le délai pour le dépôt d'une offre ne peut être inférieur à 20 jours depuis l'invitation dans la procédure sur invitation.

2.1.3 Sont des marchés de gré à gré ceux où l'adjudicateur demande une offre directement à une entreprise ou à un prestataire (art. 12 al. 1 LcAIMP), sans procéder à un appel d'offres au sens strict ni à une publication (art. 12 al. 1 let. c AIMP et 20 al. 2 LcAIMP).

La procédure de gré à gré concurrentiel (ou comparatif) est un cas spécial de procédure de gré à gré. A certaines conditions, elle autorise l'adjudicateur à demander des offres à plusieurs soumissionnaires de son choix, à les comparer et à négocier dans le cadre d'une procédure sans formalisme (SÖZERMAN, Procédure de gré à gré – Fardeau de la preuve et autres questions choisies *in* ZUFFEREY/BEYELER/SCHERLER [éd.], Marchés publics 2022, n° 71, p. 281). Ainsi, la procédure de gré à gré concurrentiel consiste à adjuger un marché de gré à gré (parce que sa valeur le permet) et donc à en négocier les termes avec l'adjudicataire mais en demandant une offre simultanément à plusieurs concurrents. Selon cette définition, l'institution du gré à gré concurrentiel se distingue clairement de la procédure d'appel d'offres (JACQUIER, Le « gré à gré exceptionnel » dans les marchés publics, thèse 2018, n° 742, p. 485). Un tel procédé vise surtout à conserver une procédure rapide, bon marché et facile dans le cadre de l'attribution de petits mandats et à éviter la lourdeur d'une procédure sur invitation et de ses exigences

de forme (cf. à ce sujet GALLI *ET AL.*, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd. 2013, n° 371, p. 167 s.).

La procédure de gré à gré concurrentiel est en particulier admise pour des prestations simples, où le critère du prix est le seul déterminant ou est clairement prépondérant (RODONDI, *Les marchés de gré à gré in ZUFFEREY/STÖCKLI* [éd.], *Marchés publics* 2014, n° 35, p. 195). Il doit exister un rapport raisonnable entre les moyens de procédure mis en œuvre et l'importance du marché à adjuger ; une procédure formelle n'a en effet pas à être organisée pour le moindre marché et les décisions correspondantes n'ont pas toujours à revêtir la forme d'une décision attaquable indépendamment de la valeur du marché. Un tel régime serait incompatible avec la pratique (ATF 137 II 313 consid. 2.2 et 131 I 137 consid. 2.4). En d'autres termes, le seul fait de demander plusieurs offres n'implique pas à lui seul le passage de la procédure de gré à gré à la procédure sur invitation (GALLI *ET AL.*, *op. cit.*, n° 372, p. 168 ; POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2014, n° 249, p. 154 s.). Le pouvoir adjudicateur doit cependant respecter les principes du droit administratif que sont l'interdiction de l'arbitraire, la bonne foi et l'organisation d'une procédure équitable (RODONDI, *op. cit.*, n° 29, p. 190 s. ; GALLI *ET AL.*, *op. cit.*, n° 376, p. 170), même si les principes du droit des marchés publics (économicités, transparence, concurrence) ne s'appliquent que sous forme affaiblie dans les procédures de gré à gré (SÖZERMAN, *op. cit.*, n° 7, p. 271).

En Valais, le Service administratif et juridique du Département de l'économie, de l'énergie et du territoire (aujourd'hui le Département de l'économie et de la formation) a publié en janvier 2016 quelques recommandations en lien avec le gré à gré concurrentiel, afin de limiter les dérives constatées dans la pratiques (ci-après : recommandations du SAJ). Selon ce document, l'utilisation du gré à gré concurrentiel est admissible uniquement pour des travaux ou des prestations simples, ne présentant aucune complexité (ch. 1). L'adjudicateur ne doit pas créer chez les soumissionnaires approchés l'impression qu'il mène en réalité une procédure sur invitation déguisée. La demande d'offres doit à cet égard clairement faire ressortir que la procédure utilisée est la procédure de gré à gré (ch. 2). Le nombre de soumissionnaires approchés ne devrait jamais dépasser cinq, qui est en Valais le nombre minimum d'offres à demander dans le cadre de la procédure sur invitation. Pour cette raison, il est recommandé de se limiter à trois offres (ch. 3). Seule une

offre financière portant sur le prix peut être demandée sur la base d'un cahier des charges comprenant le descriptif des travaux ou prestations et aucune autre information ne doit être réclamée (ch. 4). Aucune négociation sur le prix, sous quelque forme que ce soit, ne devrait intervenir avant l'attribution du marché (ch. 5). Enfin, il appartient à l'adjudicateur de vérifier que le soumissionnaire choisi respecte les dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et de salaire et qu'il est en règle avec le paiement des charges sociales. A cet égard, le formulaire établi par le service de protection des travailleurs et des relations du travail doit être joint à l'offre (ch. 6).

2.1.4 La distinction entre le gré à gré concurrentiel et la procédure sur invitation n'est pas toujours évidente à opérer. Celle-ci exige le respect de quelques formalités, notamment l'établissement d'un bref cahier des charges avec des critères d'adjudication pondérés, la remise des documents relatifs aux assurances et impôts, l'établissement d'un procès-verbal d'ouverture des offres, la rédaction d'un bref rapport d'adjudication et la notification des décisions avec indication des voies de recours (RODONDI, *op. cit.*, n° 35, p. 195). Le pouvoir adjudicateur doit avoir une approche transparente et précise de la procédure qu'il va effectivement appliquer et ne peut mélanger les genres. S'il opte pour du gré à gré concurrentiel, il doit faire en sorte de ne pas créer chez les soumissionnaires l'impression qu'il a choisi la procédure sur invitation. Une telle impression proviendra par exemple du fait que l'adjudicateur aura informé tous les soumissionnaires démarchés qu'il les met en concurrence et que leurs offres seront évaluées sur la base de critères qu'il annonce, ou encore s'il exige des informations précises sur le délai d'exécution, sur les personnes-clés qui vont intervenir et sur l'engagement de l'entreprise dans la formation des apprentis (RODONDI, *op. cit.*, n° 34, p. 194 s. ; ZUFFEREY/STÖCKLI, *L'Etat réglemente, adjuge et construit in Journées suisses du droit de la construction 2013*, p. 40).

2.2 En l'espèce, le marché concerne le déblaiement de la neige sur les parkings de la commune pour une période de trois saisons. La liste de prix fournie avec le courrier invitant les soumissionnaires potentiels à envoyer une offre mentionnait un montant forfaitaire minimal garanti de 15'000 francs. Le marché a finalement été adjugé pour un montant de 41'6709 fr. 90, de sorte que l'on se trouve dans le

champ d'application de la procédure de gré à gré, bien en deçà du seuil de la procédure sur invitation.

Il convient cependant d'examiner si l'intimée, comme le soutient la recourante, a fait usage de la possibilité laissée par l'art. 8 al. 1 LcAIMP en optant pour une procédure sur invitation quand bien même elle aurait pu passer le marché selon une procédure de gré à gré.

En l'occurrence, l'adjudicateur n'a jamais utilisé les termes « procédure sur invitation ». La dénomination « Appel d'offre » dans l'en-tête de son courrier de sollicitation était en effet inopportune, mais ne permettait pas au destinataire de retenir qu'il avait plus affaire à une procédure sur invitation qu'à une procédure de gré à gré, dans la mesure où aucune de ces deux procédures n'implique un appel d'offres (lequel est réservé aux procédures ouvertes et sélectives ; cf. art. 9 et 10 LcAIMP).

En réalité, rien ne permettait de penser que la soumission envoyée à la recourante le 4 juillet 2022 sans spécification particulière avait trait à autre chose qu'un marché de gré à gré destiné par définition à un prestataire capable d'exécuter le marché avec lequel l'adjudicateur communique directement. En effet, elle avait été adressée directement à la recourante et ne faisait aucune référence à l'existence d'autres soumissionnaires également invités à déposer une offre. De plus, le document de soumission annexé au courrier envoyé aux concurrents sollicités ne comportait aucune précision sur les divers points exigés aux let. b à m de l'al. 1 de l'art. 6 OcMP relatif aux procédures sur invitation. En particulier, aucun critère d'adjudication et sa pondération n'y était défini. Il ne se prêtait donc pas à l'interprétation qu'avance la recourante, mais avait, en revanche, toutes les caractéristiques de la procédure de gré à gré.

Au vu de l'ensemble des circonstances, l'adjudicateur ne souhaitait de toute évidence pas opter pour la procédure sur invitation, mais bien pour la procédure de gré à gré tout en demandant plusieurs offres, procédé tout à fait admissible ainsi que cela ressort de la jurisprudence et de la doctrine précitées (cf. consid. 2.1.3). La commune a demandé des offres individuellement à différentes entreprises, lesquelles ne savaient pas que d'autres fournisseurs de prestations avaient été contactés. Aucun document d'appel d'offres n'a été établi, aucune référence n'a été demandée aux soumissionnaires et le prix constituait de toute évidence le seul critère

d'adjudication. Du reste, aucun autre soumissionnaire, alors que dix entreprises ont été consultées, ne s'est manifestement plaint d'une confusion dans le type de procédure appliqué, ce qui tend également à infirmer que la commune ait généré l'impression qu'elle souhaitait se soumettre à une procédure sur invitation et aux contraintes inhérentes de celle-ci. Le fait d'avoir contacté dix entreprises au lieu de trois, comme cela est préconisé par les recommandations du SAJ, ne suffit pas à retenir le contraire, ces dernières n'étant pas contraignantes.

2.3 Dans ces conditions, force est de constater que la recourante n'est pas parvenue à établir que l'adjudicateur avait voulu mettre en place une procédure sur invitation, par essence plus contraignante, en lieu et place d'une procédure de gré à gré. Il s'ensuit que l'adjudication ne peut faire l'objet d'un recours (art. 12 al. 2 LcAIMP). A noter que la validité de normes qui soustraient au contrôle juridictionnel les adjudications faites dans les procédures de ce genre, y compris dans les affaires où l'adjudicateur se procure plus d'une offre afin de tirer avantage d'une concurrence entre ses interlocuteurs, est admissible (cf. ATF 131 I 137 consid. 2.4 ; ACDP A1 12 45 du 19 avril 2012 p. 3 et A1 10 193 du 9 décembre 2010 consid. F). Il n'y a donc pas à examiner les autres griefs soulevés par la recourante à l'encontre de la décision d'adjudication de gré à gré.

3. Attendu ce qui précède, le recours est irrecevable (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA) et la requête d'effet suspensif classée.