

Adjudications Öffentliches Beschaffungsrecht

ATC (Cour de droit public) du 6 février 2024 – A1 23 131

Procédure de gré à gré justifiée par des particularités techniques ou artistiques du marché

- Lorsqu'est contesté le choix d'une procédure de gré à gré justifié en raison des particularités techniques ou artistiques du marché, la charge de la preuve de l'absence de solution de rechange revient au pouvoir adjudicateur et non à l'entreprise recourante (art. 13 al. 1 let. c aLcAIMP, art. 21 al. 2 let. c AIMP ; consid. 3.1).
- En l'espèce, l'adjudicateur n'est pas parvenu à démontrer avoir procédé à des recherches actives pour s'assurer que le marché concerné ne pouvait effectivement pas être réalisé par une autre entreprise que l'adjudicataire (consid. 3.2).

Freihändiges Verfahren aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags

- Wenn die Wahl eines freihändigen Verfahrens aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags angefochten wird, liegt die Beweislast für das Fehlen von Alternativen bei der Vergabebehörde und nicht beim beschwerdeführenden Unternehmen (Art. 13 Abs. 1 lit. c akGIVöB ; Art. 21 Abs. 2 lit. c IVöB; E. 3.1).
- Im vorliegenden Fall konnte die Vergabestelle nicht nachweisen, dass sie aktive Nachforschungen angestellt hat, um sicherzustellen, dass der betreffende Auftrag tatsächlich nicht von einem anderen Unternehmen als dem erfolgreichen Bieter ausgeführt werden kann (E. 3.2).

Faits (résumé)

A. En 2021, le Service de l'agriculture (ci-après : SAgr) a mis à l'enquête publique les mesures de protection des troupeaux portant sur l'aménagement de cabanes mobiles de bergers dans plusieurs alpages.

Le Département de l'économie et de la formation a derechef rendu une décision approuvant et déclarant d'utilité publique ce projet.

B. Le 11 mai 2022, le bureau d'architectes X. Sàrl a adressé un courriel au chef de l'Office des améliorations structurelles en lui indiquant avoir été informé du projet de cabanes mobiles de bergers, et à travers lequel il lui proposait ses services.

C. Pour l'achat des cabanes mobiles pour l'année 2023, le SAgr a rédigé un rapport à l'intention du Conseil d'Etat, le 30 juin 2023. En particulier, le service indiquait qu'il ne connaissait pas d'autres entreprises en Valais que Y. qui répondaient aux exigences et aux normes pour la construction de cabanes mobiles et qui étaient en mesure de livrer un modèle adéquat dans les délais, raison pour laquelle il était prévu une adjudication en procédure de gré à gré exceptionnel avec cette entreprise.

Le 12 juillet 2023, le Conseil d'Etat a adjugé un marché de « fourniture de cabanes de bergers mobiles » à Y. selon une procédure de gré à gré exceptionnel (art. 13 al. 1 let. c et d aLcAIMP). Cette décision a été publiée au B. O.

D. Le 3 août 2023, X. a recouru céans contre cette décision.

Considérants (extraits)

3. Dans un premier grief, la recourante estime que l'adjudicateur ne pouvait attribuer le marché *via* une procédure de gré à gré exceptionnel fondée sur les particularités techniques ou artistiques du marché puisque d'autres entreprises, la sienne y compris, étaient à même de réaliser le marché en question. Ce faisant, elle invoque une violation de l'art. 13 al. 1 let. c aLcAIMP. Elle fait également référence à une jurisprudence récente du Tribunal fédéral qui impose à l'adjudicateur d'apporter certaines preuves sur son choix de recourir à une procédure de gré à gré exceptionnel (arrêt du Tribunal fédéral 2C_50/2022 du 6 novembre 2023).

3.1 Dans l'arrêt *Microsoft* du 11 mars 2011, le Tribunal fédéral a considéré qu'en cas d'adjudication de gré à gré exceptionnel fondée sur les particularités techniques du marché et l'absence de solution de rechange adéquate, le respect de cette dernière condition n'avait pas forcément à être analysé dans le cadre du jugement au fond, mais pouvait en soi déjà être examiné au stade de la recevabilité du recours, étant précisé que, dans un cas comme dans l'autre, le fardeau de la preuve ne devait pas incomber à l'adjudicateur mais à l'entreprise recourante (ATF 137 II 313 consid. 3.3.3 et 3.5.2).

Dans un arrêt 2C_50/2022 du 6 novembre 2023, le Tribunal fédéral est revenu sur cette jurisprudence. Il s'est ainsi rallié à la majorité de la doctrine qui estimait que la règle posée dans la jurisprudence *Microsoft* allait à l'encontre du principe selon lequel celui qui se prévaut d'une circonstance exceptionnelle doit démontrer qu'il en remplit les conditions. De même, il a constaté que la Suisse se trouvait jusque-là à contre-courant du droit européen, dont l'AMP, et partant le droit suisse, s'inspirent. En particulier, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) prévoyait clairement que c'est à celui qui entend se prévaloir d'une dérogation (à savoir une procédure négociée sans procédure préalable) qu'incombe la charge de la preuve. Dès lors, lorsqu'une procédure de gré à gré fondée sur les actuels art. 21 al. 2 let. c LMP et AIMP (particularités techniques ou artistiques du marché) est contestée, il s'agit d'imputer au pouvoir adjudicateur, et non à l'entreprise recourante, la charge de la preuve de l'absence de solution de rechange (arrêt 2C_50/2022 précité consid. 5.7.1 et 5.10).

3.2 En l'espèce, le marché a notamment été attribué sur la base de l'art. 13 al. 1 let. c (circonstances techniques) aLcAIMP, qui a une teneur quasi identique aux art. 21 al. 2 let. c LMP et AIMP, si bien que cette jurisprudence lui est opposable.

Dans le cadre de son recours, la recourante a versé en cause plusieurs de ses mandats (réalisation de la cabane de A., agrandissement de la cabane de B., transformation d'une petite grange en logement de vacances, réalisation d'un sauna mobile, etc.). Face à ces références, l'adjudicateur se borne à relever dans sa détermination du 22 août 2023 que ces projets concernent exclusivement des bâtiments fixes alors qu'il est ici question d'une construction mobile, légère et héliportable et qu'il s'agit de projets de trop grande envergure au regard du projet recherché. En somme, ces références ne permettaient pas à la recourante de répondre favorablement aux attentes de l'adjudicateur [...]. Or, la recourante a précisément prouvé avoir réalisé au moins une construction mobile (sauna) et les autres ouvrages dont elle se prévaut sont similaires à la construction envisagée, à tout le moins en termes de technique (construction en altitude et exiguë). Quoi qu'il en soit, on peine à comprendre le point de vue de l'adjudicateur, qui sous-entend dans sa détermination que seules des entreprises ayant réalisé des projets mobiles, légers et héliportables, auraient été à même de déposer une offre dans le cas présent. En effet, l'essence même du métier d'architecte est de concevoir et développer des projets conformément

aux desideratas du maître d'ouvrage ainsi que d'en chapeauter l'exécution, sa compétence ne découle pas uniquement d'une expérience préalable identique au projet envisagé mais également, et surtout, de son aptitude à le réaliser. De plus, il ressort de l'article du *Nouvelliste* du xxx que les cabanes mobiles de bergers existent en Suisse depuis 2015 au moins et qu'il ne s'agit donc pas d'un concept novateur qui nécessiterait des compétences spécifiques s'éloignant de celles d'un architecte ordinaire [...]. Du reste, les extraits du registre du commerce de la recourante et de l'adjudicataire permettent d'établir qu'ils exercent dans le même domaine, ce dernier étant toutefois spécialisé dans la construction en bois, particularité qui n'est, au vu du dossier déposé, pas essentielle pour l'exécution du marché litigieux. Partant, la recourante disposait à première vue des compétences nécessaires lui permettant de déposer une offre pour le marché litigieux.

Par ailleurs, la recourante avait informé l'adjudicateur de sa volonté et de sa capacité de réaliser la construction litigieuse en 2022 déjà, comme l'atteste son courriel du 11 mai 2022 [...]. L'adjudicateur était également conscient de l'existence d'au moins une autre entreprise à même de fournir la prestation sollicitée, soit l'entreprise Z., qui a été la première à fournir les alpages valaisans sur demande privée d'exploitants et auprès de laquelle il avait envisagé de passer commande en 2023 [...]. De même, l'adjudicateur aurait dû présumer de la compétence d'autres entreprises puisque la prestation sollicitée, bien qu'originale, existe depuis plusieurs années déjà et s'apparente, en termes de structure et d'aménagement, à des constructions usuelles réalisées par des entreprises du secteur concerné. Quant à la « particularité » de la cabane développée par l'adjudicataire qui était selon lui « vivement recherchée » et « répondait beaucoup mieux aux besoins particuliers des alpages valaisans » [...], on ne discerne pas, à première vue, en quoi la situation des alpages valaisans diffère de celles des autres alpages suisses ainsi que la particularité de la cabane proposée par l'adjudicataire vis-à-vis des autres cabanes existant sur le marché. Cet argument, qui est dans la pratique la résultante de l'examen mené par l'autorité adjudicatrice dans le cadre d'une procédure ordinaire donnant lieu à une comparaison et à une évaluation des offres reçues, n'est d'ailleurs pas étayé par l'adjudicateur.

Invité à se déterminer sur l'écriture de la recourante portant à la connaissance du Tribunal de céans le revirement de jurisprudence opéré par le Tribunal fédéral en matière de fardeau de la preuve,

l'adjudicateur indique que la décision litigieuse est antérieure à l'arrêt en question et qu'il ne pouvait dès lors se conformer à des « prescriptions qui n'étaient pas encore édictées ni même pensées », mais devait se fonder sur la jurisprudence alors en vigueur [...]. Cela étant, il méconnaît que le revirement de jurisprudence opéré par le Tribunal fédéral porte uniquement sur le fardeau de la preuve en cas de contestation d'une procédure de gré à gré exceptionnel, mais qu'il revient au pouvoir d'adjudicateur d'opter *ab initio* pour la procédure régulière selon le droit des marchés publics. Il s'agit là d'un examen auquel l'autorité adjudicatrice doit de toute manière procéder dès lors que le principe de légalité lui impose d'éclaircir l'existence réelle de conditions lui permettant de mettre en place ce type de procédure exceptionnelle (arrêt 2C_50/2022 précité consid. 5.9.4). Le fardeau de la preuve de l'absence de solution de rechange ne lui incombait certes pas au moment de sa détermination du 22 août 2023 mais, une fois informé du revirement de jurisprudence, il lui aurait été loisible de compléter sa détermination, ce qu'il n'a pas fait.

Partant, l'adjudicateur, à qui le fardeau de la preuve incombe, n'est pas parvenu à démontrer avoir procédé à des recherches actives pour s'assurer que le marché concerné ne pouvait effectivement pas être réalisé par une autre entreprise que l'adjudicataire. Cet examen lui aurait d'ailleurs permis de constater que tel n'était pas le cas ici, si bien que son argument reposant sur l'art. 13 al. 1 let. c aLcAIMP est erroné.

Ce premier grief est donc admis.