

Urteilskopf

145 II 249

23. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public dans la cause A. SA contre B. SA et Commune de U. (recours constitutionnel subsidiaire) 2D\_25/2018 du 2 juillet 2019

**Regeste (de):**

Beschaffungsrecht; Eignungskriterien.

Die Eignungskriterien müssen von der Vergabebehörde vor dem Zuschlagsentscheid überprüft werden können. Damit reicht es nicht aus, dass die Zuschlagsempfängerin die wesentlichen Eigenschaften für die Auftragsausführung erst zu einem späteren Zeitpunkt erfüllt. Falls die Vergabebehörde davon ausgeht, es reiche aufgrund der Natur des Auftrags aus, dass die Anbieterinnen lediglich gewährleisten müssen, im Zeitpunkt der Auftragsausführung die wesentlichen Eigenschaften zu besitzen, muss sie dies in der Auftragsausschreibung bekannt geben. Äussert sie sich nicht dazu und ergibt sich eine solche Absicht auch nicht klarerweise aus einer Auslegung der Auftragsausschreibung, kann in der Folge der Zuschlag nicht an eine Anbieterin erteilt werden, die im Zeitpunkt des Zuschlags ein Eignungskriterium nicht erfüllt (E. 3.3).

**Regeste (fr):**

Marchés publics; critères d'aptitude.

Les critères d'aptitude doivent pouvoir être contrôlés par l'adjudicateur avant la décision d'adjudication, ce qui exclut que des éléments essentiels pour l'exécution du mandat ne soient acquis par l'adjudicataire que par la suite. 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, 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, 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 (consid. 3.3).

**Regesto (it):**

Commesse pubblica; criteri di idoneità.

I criteri di idoneità devono potere essere controllati dal committente prima della decisione di aggiudicazione, ciò che esclude che l'offerente acquisisca solo successivamente degli elementi essenziali per l'esecuzione del mandato. Se, per ragioni pratiche legate alla realtà del mercato, il committente ritiene sufficiente che gli offerenti si limitino a garantire, al momento dell'aggiudicazione, che possederanno gli elementi essenziali per l'esecuzione del mandato quando dovrà essere eseguito, allora deve menzionarlo nel bando di concorso. Se non lo fa e se una tale volontà non può essere chiaramente dedotta da un'interpretazione del bando di concorso, l'appalto non può in seguito essere attribuito ad un'impresa che non adempie un criterio di idoneità al momento dell'aggiudicazione (consid. 3.3).

Erwägungen ab Seite 250

BGE 145 II 249 S. 250

Extrait des considérants:

3. (...)

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; ATF 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  
BGE 145 II 249 S. 251

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).