ATF 143 II 425 – TF, 22.05.2017, 2C_582/2016*

Faits

L’Office fédéral de la communication (OFCOM) lance un appel d’offres pour un marché de services intitulé « Analyse de l’offre en ligne de la SSR ». L’Université de Zurich (Université) et une entreprise déposent chacune une offre dans le délai. L’OFCOM adjuge le marché à l’Université, dont l’offre est plus basse. Dans l’offre de l’Université, les frais pour le responsable du projet ne sont pas comptés dans les coûts du projet couverts par le prix.

L’entreprise recourt contre la décision d’adjudication. Le TAF admet le recours et renvoie la cause à l’OFCOM pour que celui-ci examine s’il convient d’exclure l’Université de la procédure pour violation des principes de droit des marchés publics. Le Département fédéral de l’environnement, des transports, de l’énergie et de la communication (DETEC), représenté par l’OFCOM, recourt contre cette décision auprès du Tribunal fédéral. Celui-ci doit déterminer si le principe constitutionnel de la neutralité concurrentielle de l’activité publique appartient aux principes du droit des marchés publics dont le non-respect peut ou doit conduire à l’exclusion du soumissionnaire et si, cas échéant, le pouvoir adjudicateur a l’obligation de clarifier si ce principe est violé par le soumissionnaire public dont l’offre est déficitaire.

Droit

A titre préliminaire, le Tribunal fédéral rappelle que l’activité entrepreneuriale de l’État doit reposer sur une base légale au sens formel, être dans l’intérêt public, respecter le principe de la proportionnalité et être neutre du point de vue concurrentiel (art. 94 Cst.), c’est-à-dire soumise aux mêmes conditions de concurrence qu’une entreprise privée. Il en découle qu’un subventionnement croisé d’un domaine concurrentiel d’une entreprise publique par son domaine monopolisé est inadmissible, lorsque celui-ci a lieu de manière systématique et est dès lors susceptible de fausser la libre concurrence.

En ce qui concerne les règles fédérales de droit des marchés publics, le Tribunal fédéral note premièrement que l’art. 11 LMP n’est pas exhaustif en matière de motifs d’exclusion.

L'exclusion d'un soumissionnaire public qui ne respecte pas le principe de la neutralité concurrentielle n'est pas expressément réglée par le texte légal. La LMP et l'accord OMC poursuivent toutefois des objectifs d'économicité et d'égalité de traitement (art. 1 al. 1 let. c et al. 2 LMP, art. 8 al. 1 let. a LMP, art. III al. 1 Accord OMC) qui entretiennent des liens étroits avec le principe de la neutralité concurrentielle. Le premier exige que l'adjudication n'ait pas lieu selon des critères faussant la concurrence, alors que le second protège également les intérêts des soumissionnaires, contribue à réaliser la dimension individuelle de la liberté économique (art. 27 Cst.) et requiert un comportement neutre du pouvoir adjudicateur. Le principe de neutralité concurrentielle est donc étroitement lié aux objectifs du droit des marchés publics, mais il concerne en premier lieu l'autorité adjudicatrice. Les soumissionnaires publics y sont en principe tenus en raison des principes constitutionnels généraux.

L'interprétation systématique de la loi permet néanmoins de retenir que le non-respect de ce principe par un soumissionnaire public représente un motif d'exclusion de la procédure comparable à ceux de l'art. 11 LMP. Or, il y a notamment violation du principe de neutralité lorsque l'offre du soumissionnaire public repose sur un subventionnement croisé inadmissible et est ainsi susceptible de fausser la concurrence pour le marché en question. Il ne suffit ainsi pas qu'il y ait une offre déficitaire. Tant que le découvert n'est pas compensé de manière inadmissible par les revenus d'impôts ou du domaine monopolisé mais avec le produit d'une activité privée, le soumissionnaire étatique ne viole pas le principe de la neutralité concurrentielle.

Dans un deuxième temps, le Tribunal fédéral doit déterminer si ce motif d'exclusion est obligatoire ou facultatif. A cet égard, il note qu'une telle violation du principe de la neutralité concurrentielle représente en principe une atteinte grave aux objectifs du droit des marchés publics. Dès lors et malgré la lettre de l'art. 11 LMP, l'autorité ne dispose que d'une marge d'appréciation restreinte pour renoncer à exclure le soumissionnaire de la procédure. Elle doit en particulier éviter que le marché soit adjugé, en violation des principes du droit des marchés publics, à un soumissionnaire qui ne se tient pas au principe de la neutralité concurrentielle. La proportionnalité impose néanmoins de tenir compte du fait qu'une exclusion n'est pas nécessaire si un subventionnement croisé inadmissible ne

peut pas changer l'issue de la procédure d'adjudication, par exemple parce que son montant est peu élevé et n'a pas d'influence sur le rang du soumissionnaire ou parce toutes les autres offres doivent être exclues de la procédure.

Le Tribunal fédéral doit finalement déterminer si le pouvoir adjudicateur a une obligation d'investiguer pour savoir si le soumissionnaire public a réellement violé le principe de la neutralité concurrentielle. Il relève que la procédure est soumise à la maxime inquisitoire (art. 12 PA avec art. 26 al. 1 LMP), complétée par l'obligation de collaborer des parties (art. 13 PA), et au principe de l'application du droit d'office. Sous l'angle de l'égalité de traitement et de la transparence, des prises de contact de l'autorité adjudicatrice avec des soumissionnaires peuvent être problématiques, même si elles servent l'établissement de l'état de fait pertinent. Elles doivent dès lors avoir lieu pour des motifs raisonnables. Dans ce contexte, l'art. 25 al. 4 LMP autorise l'autorité à demander des renseignements supplémentaires en cas d'offre anormalement basse, même si celle-ci n'est pas en soi inadmissible ou suspecte. Cette disposition élargit la règle générale de prise de contact, en admettant une demande de renseignement même si aucun autre indice outre le prix ne donne un motif raisonnable de prendre contact avec le soumissionnaire. Elle n'impose toutefois pas d'obligation de rechercher si des motifs d'exclusion existent. Une telle obligation de clarification découle en revanche de l'obligation du pouvoir adjudicateur de respecter les droits fondamentaux (art. 35 al. 2 *cum* 27 Cst.), du principe de l'application du droit d'office et de la maxime inquisitoire (art. 12 PA). Pour éviter de mettre en danger les objectifs du droit des marchés publics, le pouvoir adjudicateur doit en effet entreprendre des clarifications lorsque des indices concrets de violation du principe de la neutralité concurrentielle apparaissent en cours de procédure. Il peut à cette fin demander des renseignements au soumissionnaire (art. 13 PA), notamment de prouver ou d'expliquer en quoi le déficit de l'offre n'est pas couvert pas des subventionnements croisés inadmissibles.

En l'espèce, le Tribunal fédéral constate que l'Université est un soumissionnaire public soumis au principe de la neutralité concurrentielle. Il ressort des constatations de fait que les frais pour le responsable du projet ne sont pas comptés dans les coûts du projet, alors qu'il s'agit d'une dépense importante. L'offre ne couvre donc pas les coûts à charge de l'Université. Certes, cette circonstance ne représente pas à elle seule un indice qu'il s'agit

d’une offre contraire à la neutralité concurrentielle qui oblige l’autorité adjudicatrice à clarifier la situation. Dans le cas concret, il n’apparaît toutefois pas de prime abord que le montant manquant soit couvert par les profits d’autres mandats ou par des subventions conformes au droit. Il y a donc suffisamment d’indices pour douter que l’Université respecte le principe de la neutralité avec son offre. Une exclusion n’aurait par ailleurs pas été disproportionnée. Le pouvoir adjudicateur est donc obligé de clarifier si le principe de la neutralité concurrentielle a été respecté en lien avec le coût du responsable de projet. Pour cette raison, le Tribunal fédéral rejette le recours et confirme l’arrêt attaqué.

Proposition de citation : Camilla Jacquemoud, L’exclusion d’un soumissionnaire public pour non-respect du principe de la neutralité concurrentielle, in: https://lawinside.ch/451/