



Président : Pierre Broglin
Juges : Sylviane Liniger Odiet et Jean Moritz
Greffière : Gladys Winkler Docourt

ARRET DU 27 OCTOBRE 2014

en la cause liée entre

A.,

recourant,

et

la Commune mixte des Genevez, 2714 Les Genevez JU,

intimée,

relative à la décision de l'intimée du 20 mai 2014.

Appelée en cause : B. SA.

Vu la décision de la Commune des Genevez du 20 mai 2014, par laquelle elle attribue au bureau B. SA le mandat de réalisation du plan spécial « ... » pour la somme de CHF 8'100.- ; cette décision a été notifiée à l'adjudicataire par courrier du 22 mai 2014 ; dans un courrier du même jour, le pouvoir adjudicateur a informé A., architecte-urbaniste qui avait également déposé une offre, que le mandat avait été attribué à un autre bureau pour la somme de CHF 8'100.- ;

Vu le recours formé le 2 juin 2014 par A. auprès de la Cour de céans contre cette décision, concluant à son annulation et au renvoi de la cause à l'intimée avec des instructions impératives, notamment celle de reprendre la procédure sur invitation en établissant un appel d'offres contenant les indications prévues par les articles 27 et 28 de l'ordonnance concernant l'adjudication des marchés publics (OAMP ; RSJU 174.11), en particulier la méthode de notation du prix et les autres critères d'adjudication, sous suite des frais et dépens ; le recourant relève que l'intimée lui a demandé le 27 mars 2014 une offre pour l'établissement d'un plan spécial destiné à la création d'une nouvelle zone de construction ; sur question de sa part, l'intimée a répondu qu'elle avait demandé des offres à d'autres

bureaux et que la procédure applicable était celle de la procédure sur invitation ; l'intimée n'a toutefois ni établi ni communiqué de documents d'appel d'offres ; le recourant a déposé une offre qui n'a pas été retenue ; de toute évidence, l'intimée a retenu comme seul critère l'offre la meilleure marché, à l'exclusion de l'offre économiquement la plus avantageuse, violant ainsi la législation en matière de marchés publics ; elle n'a pas non plus respecté ses obligations légales en n'établissant pas de documents décrivant la méthode de notation du prix qui serait employée et les autres critères d'adjudication ; on ne saurait reprocher au recourant de ne pas avoir recouru plus tôt sur ce plan, dès lors qu'il n'est pas juriste et que l'intimée n'a établi aucun document d'appel d'offres indiquant les voies de recours ; le recourant demande en outre à pouvoir compléter son argumentation une fois qu'il aura pu consulter les autres pièces du dossier relatifs à la procédure d'adjudication en cause ;

Vu la requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles déposée en parallèle et visant à la restitution de l'effet suspensif au recours ;

Vu l'ordonnance du 3 juin 2014 par laquelle le président de la Cour administrative a suspendu la procédure d'adjudication jusqu'à droit connu sur la question de l'effet suspensif en précisant que le contrat ne pourrait pas être conclu avec l'adjudicataire ; par ailleurs un délai a été imparti à l'intimée pour produire la décision d'adjudication ;

Vu l'ordonnance du 6 juin 2014 par laquelle B. SA, adjudicataire, a été appelée en cause ;

Vu la prise de position de l'intimée du 2 juillet 2014 rappelant la chronologie du dossier ;

Vu la réponse de l'intimée du même jour, concluant au rejet du recours; elle souligne que le recours paraît pour le moins disproportionné compte tenu de la somme en jeu, d'autant qu'il interfère et bloque le développement d'une collectivité ; dans un souci de bonne gestion financière, la Commune a décidé d'ouvrir l'offre à sept bureaux, malgré le faible coût du mandat d'adjudication ; il s'agissait d'adjuger de manière implicite le mandat à l'offre la meilleure marché ; le prix a toujours été le seul critère pour la prise de décision et il convient ainsi de retenir le principe de la bonne foi ;

Vu l'absence de détermination de l'appelée en cause ;

Vu la décision du 31 juillet 2014 du président de la Cour de céans rejetant la requête à fin de restitution de l'effet suspensif ;

Vu la lettre du même jour adressée par le président de la Cour de céans au recourant et lui demandant si, au vu de cette décision, il maintient son recours et lui impartissant le cas échéant un délai pour produire d'ultimes remarques ;

Vu les remarques finales du recourant du 22 août 2014 ; il relève qu'en consultant le dossier officiel de la procédure, il a constaté que l'ouverture des offres n'avait pas été faite conformément aux exigences légales ; les différents soumissionnaires n'ont manifestement pas tous reçu les mêmes informations de la part de l'intimée; ces éléments jettent le discrédit sur l'organisation d'une procédure équitable et transparente ; l'égalité de traitement n'est pas

garantie ; il importe peu à cet égard que l'intimée ne soit pas tous les jours confrontée à de telles procédures ; il existe en effet un Guide romand des marchés publics qui fournit tous les outils nécessaires ; la prétendue procédure de gré à gré concurrentiel pour laquelle l'intimée aurait opté ainsi que le retient la décision du 31 juillet 2014 est par ailleurs controversée tant en doctrine qu'en pratique ; en adressant sa demande à sept bureaux aux compétences variées, l'intimée a manifestement opté pour une procédure sur invitation, sans en respecter toutefois la forme ;

Vu la prise de position de l'intimée du 23 septembre 2014 qui relève que le contrat avec B. SA n'a pas encore été conclu ;

Attendu que la compétence de la Cour de céans découle de l'article 25 al. 1 LMP ;

Attendu que le recours a été déposé dans les formes et délais légaux, par une personne disposant manifestement de la qualité pour recourir, de sorte qu'il est recevable ;

Attendu que le recourant reproche à l'intimée de ne pas avoir respecté les obligations légales applicables à la procédure sur invitation, notamment en ne précisant pas dans des documents d'appel d'offres quels critères elle prendrait en considération pour attribuer le marché ; elle aurait violé l'égalité de traitement en ne fournissant pas toutes les mêmes informations aux différents soumissionnaires ;

Attendu qu'à titre liminaire, il convient de préciser qu'au vu du montant en jeu, pour un marché de services, comme en l'espèce, inférieur à CHF 10'000.-, l'intimée était fondée à passer par la procédure de gré à gré applicable jusqu'à une valeur-seuil de CHF 150'000.- (cf. annexe 2 à l'OAMP) ;

Attendu toutefois que selon l'article 23 al. 2 OAMP, lorsqu'un marché est susceptible, en fonction de sa valeur, d'être passé selon la procédure de gré à gré, l'adjudicateur peut choisir, en lieu et place, la procédure sur invitation, la procédure ouverte ou la procédure sélective ; le cas échéant, il est tenu de respecter les règles correspondant au type de procédure choisi ;

Attendu qu'il convient d'examiner, en premier lieu, si l'intimée a fait usage de cette disposition en optant pour une procédure sur invitation quand bien même elle aurait pu passer le marché selon une procédure de gré à gré ;

Attendu qu'il est possible de demander plusieurs offres dans le cadre d'une procédure de gré à gré (« procédure de gré à gré concurrentiel » ; RJJ 2013, p. 90 consid. 5.1 ; RODONDI, Les marchés de gré à gré, in *Marchés publics 2014* p. 177 ss, n. 29 ; MOSER/GALLI/LANG/STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^{ème} éd., n. 370), laquelle n'est soumise à aucune prescription de forme (art. 25 al. 2 OAMP ; RODONDI, op. cit., n. 4 ; MOSER/GALLI/LANG/STEINER, op. cit., n. 280) ; 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 MOSER/GALLI/LANG/STEINER, op. cit., n. 371) ; 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, op. cit., n. 35) ; 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 (AT 131 I 137 = JdT 2006 I 639 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 (MOSER/GALLI/LANG/STEINER, op. cit., n. 372 ; POLTIER, Droit des marchés publics, Berne 2014, n. 249) ; 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 et les références citées ; MOSER/GALLI/LANG/STEINER, op. cit., n. 376 et les références) ;

Attendu que 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 ; la validité de cette pratique est contestée ; ses adversaires prétendent que la procédure de gré à gré ne doit pas générer de mise en concurrence, car elle équivaut alors à un appel d'offres ; ses partisans considèrent que l'objectif de gestion parcimonieuse des deniers publics impose ou en tout cas permet dite mise en concurrence (cf. ZUFFEREY/STÖCKLI, L'Etat réglemente, adjuge et construit, in Journées suisses du droit de la construction 2013, p. 25 ss, p. 40) ; la Cour de céans a déjà retenu la validité de la procédure de gré à gré concurrentiel, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur avait demandé successivement deux offres (RJJ 2013, p. 90) ;

Attendu que 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) ; 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 ; ZUFFEREY/STÖCKLI, op. cit., p. 40) ;

Attendu qu'en l'espèce, le terme de « procédure sur invitation » a été utilisé par l'intimée à la suite d'un courriel du recourant du 9 avril 2014, qui a indiqué à celle-ci qu'étant lui-même expert en marchés publics, il se devait de la rendre attentive au fait que son appel d'offres

s'apparentait à une procédure de gré à gré, dès lors qu'apparemment, il était le seul à s'être vu demander une offre ; dans l'éventualité où elle aurait demandé plusieurs offres, un tribunal pourrait aisément casser la décision d'adjudication au profit d'un soumissionnaire qui la contesterait, l'intimée étant alors obligée de travailler avec lui ; en réponse à ce courriel, l'intimée a souligné que dès lors qu'elle avait contacté plusieurs bureaux, la procédure appliquée était celle sur invitation ; elle précise dans ce courriel que dans la mesure où elle n'est pas confrontée à de telles procédures tous les jours, elle a simplement établi un courrier pour une première demande auprès de bureaux spécialisés ;

Attendu qu'au vu de l'ensemble des circonstances, l'intimée 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 ; l'intimée a demandé des offres individuellement à différents bureaux, lesquels 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 ; ainsi que cela ressort de sa réponse au recours, l'intimée souhaitait opter pour la procédure la plus simple possible tout en gérant au mieux les deniers publics (cf. également sur l'objectif de la procédure de gré à gré: RODONDI, op. cit., n. 33) ;

Attendu qu'il est certes malheureux que l'intimée ait parlé de « procédure sur invitation » ; pour une petite commune peu versée en droit des marchés publics, une telle terminologie peut toutefois prêter à confusion, puisqu'on peut se trouver en procédure de gré à gré même lorsque le pouvoir adjudicateur a invité plusieurs soumissionnaires à lui soumettre une offre, ainsi que cela a été précisé ci-dessus ; elle a été induite en erreur par le recourant lui-même, qui se prétendait « expert en marchés publics » ;

Attendu toutefois que dans ces circonstances, l'utilisation de ce vocable à une seule occasion dans un courriel à l'attention du recourant ne saurait faire considérer que la procédure appliquée est celle de la procédure sur invitation ; du reste, aucun autre soumissionnaire, alors que sept bureaux ont été consultés, ne s'est manifestement plaint d'une confusion dans le type de procédure appliquée ;

Attendu que pour le surplus on ne voit pas en quoi le fait de contacter sept bureaux aux compétences différentes plutôt que deux serait incompatible avec la procédure de gré à gré concurrentiel ; on doit bien plutôt admettre que l'intimée souhaitait connaître le juste prix sur le marché de la prestation qu'elle voulait commander ;

Attendu par ailleurs qu'il est sans importance que l'intimée soit au courant ou pas de l'existence de la procédure de gré à gré, respectivement de cette dénomination, ou que les guides en la matière excluent cette possibilité ; l'intimée n'est par ailleurs en aucun cas liée par les normes SIA ;

Attendu qu'il suit de ce qui précède que la procédure suivie par l'intimée était bien une procédure de gré à gré ;

Attendu qu'il reste toutefois à examiner si l'intimée a respecté les principes du droit administratif que sont l'interdiction de l'arbitraire, la bonne foi et l'organisation d'une procédure équitable, comme on l'a vu ci-dessus ; à cet égard, le recourant prétend que tous les soumissionnaires n'auraient pas eu les mêmes informations ; les principes de transparence et de non-discrimination dont il invoque ici implicitement la violation ont toutefois une portée restreinte dans les marchés de gré à gré concurrentiels en raison du peu d'ampleur du marché (dans ce sens : POLTIER, op. cit., n. 255 et 259) ; en outre, en vertu de l'article 30 OAMP, l'adjudicateur répond dans les plus brefs délais aux questions liées aux documents d'appel d'offres, dans la mesure où les renseignements supplémentaires fournis ne favorisent pas le soumissionnaire ou le candidat ; les renseignements importants fournis à un soumissionnaire ou à un candidat doivent simultanément être communiqués aux autres ; or la portée des renseignements fournis au recourant doit être ici relativisée, puisque l'intéressé s'est simplement vu remettre des extraits de la Conception directrice des Genevez ainsi que du plan général d'évacuation des eaux ; de tels documents sont le plus souvent disponibles en ligne sur le site des communes concernées ;

Attendu qu'on ne saurait ainsi retenir que la procédure n'a pas été équitable eu égard aux informations fournies ; l'intimée n'avait par ailleurs pas à établir un procès-verbal formel d'ouverture des offres, eu égard à la procédure appliquée ;

Attendu que pour le surplus, d'éventuelles négociations sont admises dans le cadre de la procédure de gré à gré (cf. notamment art. 50 OAMP) ;

Attendu qu'il suit de ce qui précède que le recours doit être rejeté ;

Attendu que les frais de la présente procédure doivent être mis à charge du recourant qui succombe ;

Attendu qu'il n'y a pas lieu d'allouer de dépens, dès lors que l'intimée n'a pas agi avec l'aide d'un mandataire professionnel ; l'appelée en cause ne s'est quant à elle pas déterminée ;

**PAR CES MOTIFS
LA COUR ADMINISTRATIVE**

rejette

le recours ;

met

les frais de la procédure, par CHF 400.-, à la charge du recourant, à prélever sur son avance ;

dit

qu'il n'est pas alloué de dépens ;

informe

les parties des voies et délai de recours selon avis ci-après ;

ordonne

la notification du présent arrêt :

- au recourant, A. ;
- à l'intimée, la Commune des Genevez, par son Conseil communal, 2714 Les Genevez ;
- à l'appelée en cause, B. SA, ;
- à la Commission de la concurrence, Monbijoustrasse 43, 3003 Berne.

Porrentruy, le 27 octobre 2014

AU NOM DE LA COUR ADMINISTRATIVE

Le président :

La greffière :

Pierre Broglin

Gladys Winkler Docourt

Communication concernant les moyens de recours :

Le présent arrêt peut faire l'objet, dans les trente jours suivant sa notification, d'un recours au Tribunal fédéral. Le recours en matière de droit public s'exerce aux conditions des articles 82 ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF - RS 173.110), le recours constitutionnel subsidiaire aux conditions des articles 113 ss LTF. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14; il doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit. Si le recours n'est recevable que s'il soulève une question juridique de principe, il faut exposer en quoi l'affaire remplit cette condition. Les pièces invoquées comme moyens de preuve doivent être jointes au mémoire, pour autant qu'elles soient en mains de la partie; il en va de même de la décision attaquée.