

Le fourgon tonne-pompe de démonstration, la remise de 20% et la clause du gré à gré exceptionnel de la « bonne affaire »

Dans cet arrêt, le Tribunal cantonal du canton du Valais examine la question de savoir si un adjudicateur peut se fonder sur la circonstance exceptionnelle de la « bonne affaire » pour acquérir de gré à gré un fourgon tonne-pompe de démonstration à un prix avantageux.

In diesem Urteil geht das Walliser Kantonsgericht der Frage nach, ob der Ausnahmetatbestand der «günstigen Gelegenheit» es der Auftraggeberin erlaubt, ein Tanklöschfahrzeug, das bereits zu Vorführzwecken gedient hatte, zu einem günstigen Preis freihändig zu erwerben.

Arrêt du Tribunal cantonal valaisan du 8 juillet 2021 (VS A1 21 34)

Manuel Jaquier, docteur en droit, Yverdon-les-Bains

Les Faits

(260) Au début de l'année 2016, la commune de A. (ci-après : la commune) a des vues sur un fourgon tonne-pompe de démonstration, qui se trouve chez le vendeur B. SA. Elle cherche alors à savoir si elle doit organiser un appel d'offres selon la procédure ouverte ou sélective ou si l'économie qu'elle pourrait faire en achetant un véhicule de démonstration justifierait une adjudication de gré à gré. Elle contacte alors le Département de l'économie, de l'énergie et du territoire à cette fin.

Les 16 et 26 février 2016, le Département précité, par la plume de son secrétaire général adjoint, lui répond qu'elle pourrait recourir au gré à gré exceptionnel et à la clause de la « bonne affaire », à condition qu'elle obtienne une remise d'au moins 20% sur le prix du fourgon neuf.

Le 14 août 2017, l'entité adjudicatrice dépose une demande de subvention de CHF 378 432.– pour l'acquisition de ce véhicule auprès de l'Office cantonal du feu¹. Le 31 août 2017, le Service de la sécurité civile et militaire renvoie sa demande, sans entrer en matière.

Par contrat de vente du 7 février 2018, la commune achète le fourgon tonne-pompe de démonstration à B. SA pour un montant de CHF 350 400.– (hors TVA) au lieu des CHF 438 000.– (hors TVA) qu'elle aurait dû déboursier pour un véhicule neuf.

Le 8 juillet 2019, la commune soumet sa demande de subvention du 14 août 2017 à l'Office cantonal du feu pour nouvel examen, qui la refuse par décision du 8 janvier 2020 aux motifs notamment que le marché public n'a pas fait l'objet d'une mise en concurrence en bonne et due forme et que les conditions du gré à gré exceptionnel ne sont pas remplies en l'espèce.

Par arrêt du 8 janvier 2020, le Conseil d'État, en sa qualité d'autorité de recours, confirme cette décision de refus.

Le 12 février 2021, la commune recourt auprès du Tribunal cantonal. Elle conclut à l'annulation de la décision du Conseil d'État et à celle de l'Office cantonal du feu et à l'admission de sa demande de subvention.

L'arrêt

Dans son arrêt², le Tribunal cantonal se demande si le Conseil d'État retient à raison que la commune n'a pas respecté la clause de la « bonne affaire » de l'art. 13 al. 1 lit. j LcAIMP-VS et qu'elle aurait dû, pour ce motif, organiser une procédure ouverte.

Le Tribunal cantonal commence par rappeler que les clauses exceptionnelles de l'art. 13 LcAIMP-VS permettent à l'entité adjudicatrice d'échapper à son obligation de concurrence, alors même que le marché atteint les valeurs seuils de la procédure ouverte, sélective ou sur invitation.

Il concentre ensuite son examen sur la clause de la « bonne affaire ». Selon cette dernière, l'adjudicateur est en droit de recourir au gré à gré exceptionnel lorsqu'il « [...] peut acquérir les biens à un prix nettement inférieur aux prix usuels à la faveur d'une offre avantageuse limitée dans le temps, en particulier lors de liquidation » (art. 13 al. 1 lit. j LcAIMP-VS).

Pour le Tribunal cantonal, cette clause exceptionnelle se justifie lorsqu'il s'avère qu'une procédure de passation ordinaire ne permettrait manifestement pas de déterminer l'offre la plus avantageuse. Il en va ainsi, lorsqu'en raison de circonstances particulières et de façon inhabituelle, le soumissionnaire concerné peut exceptionnellement livrer à l'adjudicateur une prestation à des conditions avantageuses, que les

¹ Dans l'arrêt, en allemand, le Tribunal cantonal du canton du Valais utilise le terme «Tanklöschfahrzeug»; nous le traduisons librement par le vocable «fourgon tonne-pompe».

² Notre résumé se concentre sur la partie de l'arrêt (en droit) qui a trait à la circonstance exceptionnelle de la « bonne affaire » et laisse de côté les éléments qui portent sur le droit fédéral et cantonal des subventions à proprement parler.

autres participants ne pourraient offrir. Toutefois, pour des raisons de temps ou pour d'autres motifs, dans ce cas particulier, on ne peut pas attendre du soumissionnaire qu'il participe à une procédure de passation.

Selon les juges, il est incontestable que le marché litigieux atteint les seuils de la concurrence et qu'à cet égard, il aurait dû faire l'objet d'une procédure ouverte ou sélective. Ils cherchent alors à examiner si la clause de la «bonne affaire» trouve application en l'espèce. Le Tribunal cantonal y répond par la positive :

- La commune pouvait se fier à la réponse du secrétaire général adjoint du Département de l'économie, de l'énergie et du territoire des 16 et 26 février 2016. Selon celle-ci, une adjudication de gré à gré fondée sur l'art. 13 al. 1 lit. j LcAIMP-VS pouvait exceptionnellement se justifier si «l'argument du véhicule de démonstration passait au premier plan» et si l'économie réalisée était d'au moins 20%.
- La commune a acquis son fourgon tonne-pompe de démonstration pour un montant de CHF 350 400.– (hors TVA) en lieu et place du prix de CHF 438 000.– (hors TVA) qu'elle aurait dû déboursier pour acquérir le véhicule neuf. Elle a donc économisé CHF 88 000.–, soit une remise de 20,1%.

Le Commentaire

A Les conditions de la circonstance exceptionnelle

1. Un écoulement inhabituel

a) La liquidation, la faillite et l'administration judiciaire

Pour invoquer la circonstance exceptionnelle de la «bonne affaire»³, l'adjudicateur doit en premier lieu se trouver en présence d'un «écoulement inhabituel». L'art. XIII par. 1 lit. g AMP 2012 en énonce trois exemples : «(...) comme ceux qui résultent d'une liquidation, d'une administration judiciaire ou d'une faillite».

La notion d'«écoulement inhabituel» dépend avant tout du statut du fournisseur du marché de gré à gré. En effet, l'art. XIII par. 1 lit. g AMP 2012 dispose que la circonstance ne s'applique pas pour les «achats courants effectués auprès de fournisseurs habituels». Dans le cas de la faillite, de l'administration judiciaire et de la liquidation, la masse en faillite, l'office des poursuites et le liquidateur ont le statut de «fournisseur inhabituel».

³ Pour une présentation détaillée de la circonstance exceptionnelle de la «bonne affaire», cf. M. JAQUIER, Le «gré à gré exceptionnel» dans les marchés publics, Etude de droit suisse et européen, thèse, Genève, Zurich, Bâle 2018, p. 324 ss N 458 ss.

b) Les autres situations visées

En dehors des trois exemples énumérés par le législateur international, en pratique, il ne sera pas aisé de déterminer si un fournisseur est effectivement inhabituel. L'entité adjudicatrice devra tenir compte des observations suivantes, avant de reconnaître ce statut à son prestataire :

- comme pour toutes les conditions du gré à gré exceptionnel, la notion de fournisseur inhabituel exige d'être interprétée de manière restrictive⁴. De plus, ce statut doit reposer sur des considérations objectives. Deux illustrations : (1) un prestataire qui vend habituellement du matériel de bureau n'aura pas le statut de fournisseur «inhabituel» au sens de l'art. XIII par. 1 lit. g AMP 2012, au motif qu'il déciderait de commercialiser des machines de chantiers à une seule occasion. (2) Le seul fait, pour un concessionnaire automobile, de vendre une voiture de démonstration à un prix avantageux ne suffit pas à lui reconnaître le statut de fournisseur inhabituel. Il se peut qu'un autre prestataire soit susceptible de servir le marché.
- Le critère du «marché exceptionnel» permet de déterminer si le fournisseur est inhabituel (dans les autres cas que ceux cités par la loi). Il consiste à comparer la prestation qu'offre normalement le fournisseur avec celle qu'il se propose de vendre à l'adjudicateur dans des conditions exceptionnellement avantageuses. Plus il paraîtra exceptionnel qu'il offre la prestation en question, plus il faudra admettre qu'il a la qualité de fournisseur inhabituel.

2. Une offre d'achat à très court terme à un prix exceptionnellement avantageux

a) Le champ d'application objectif de la circonstance exceptionnelle

Dans la pratique, la circonstance exceptionnelle de la «bonne affaire» concernera en premier lieu l'achat de marchandises.

Deux remarques :

- un adjudicateur pourrait se procurer de gré à gré du matériel Software sur la base de l'art. XIII par. 1 lit. g AMP 2012⁵.
- Il arrivera que l'adjudicateur convoite un bien immobilier en main, par exemple d'une masse en faillite. En vertu du «Grundstücksprivileg» (cf. art. II par. 3 lit. a AMP 2012)⁶, il pourra l'acquérir sans devoir lancer une procédure de passation. Ici, le gré à gré exceptionnel ne sera donc pas nécessaire.

⁴ Pour un arrêt, qui fait état du principe selon lequel les conditions du gré à gré exceptionnel s'interprètent restrictivement, cf. ATF 141 II 113, cons. 5.3.2.

⁵ M. BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zurich, Bâle, Genève 2012, N 693.

⁶ Sur cette notion, cf. BEYELER, (n. 5) , p. 78 s. N 16 par. 3.

b) Des « conditions exceptionnellement avantageuses »

Le droit de l'OMC statue que l'achat doit se faire dans des « conditions exceptionnellement avantageuses » (art. XIII par. 1 lit. g AMP 2012).

Le législateur ne donne pas de point de repère pour aider l'adjudicateur à déterminer si le prix offert est exceptionnellement avantageux. Doit-il être de 20, 40 ou 60% inférieur à celui du prix « normal »? Sans toutefois énoncer des chiffres, les législateurs fédéraux et intercantonaux sont plus précis. Ils font état d'un « prix nettement inférieur aux prix usuels » (art. 21 al. 2 lit. h LMP 2019 et art. 21 al. 2 lit. h AIMP 2019). Quelques jalons pour apprécier l'exigence « des conditions exceptionnellement avantageuses »:

- il faut d'abord conseiller à l'adjudicateur de partir du prix usuel de la prestation convoitée (par exemple, le montant qu'il devrait verser pour acquérir le fourgon tonne-pompe s'il mettait le marché en concurrence) et de le comparer avec celui que lui offre le fournisseur inhabituel. Si l'adjudicateur arrive à la conclusion qu'en aucun cas le lancement d'une procédure ouverte ou sélective ne lui permettrait d'obtenir le prix que le prestataire inhabituel lui propose, il respecte a priori la condition⁷.
- En principe, cette exigence ne sera pas remplie si le prix que le fournisseur inhabituel propose à l'adjudicateur est 40% moins cher que celui que ce dernier obtiendrait en lançant une procédure ouverte ou sélective (sans escomptes ou rabais) pour ce marché. En effet: **(1)** pour mémoire, l'institution de l'offre anormalement basse admet un prix jusqu'à 30% inférieur au prix de revient⁸. En dessous de 40% de réduction, il y a bien des chances qu'un autre soumissionnaire puisse offrir la prestation en question, cela même s'il doit vendre à perte. **(2)** Ce pourcentage est conforme au principe jurisprudentiel qui impose d'interpréter restrictivement les circonstances exceptionnelles. **(3)** Au-delà de 40% de « remise », il faut admettre que la restriction à l'accès au marché des soumissionnaires potentiels est proportionnée. L'intérêt public à une telle économie est prépondérant sur l'intérêt privé des soumissionnaires à accéder au marché.

3. Une opportunité à « très court terme »

Selon l'art. XIII par. 1 lit. g AMP 2012, il faut des conditions exceptionnellement avantageuses qui se présentent « à très court terme ».

Quelques observations :

- suivant la règle qui impose d'interpréter les conditions du gré à gré exceptionnel de manière restrictive, l'adjudicateur ne devrait pas admettre trop facilement qu'il est en

présence d'une opportunité « à très court terme ». Plus la bonne affaire sera exceptionnelle, plus il pourra interpréter largement cette dernière notion.

- Si le fournisseur inhabituel dispose du temps nécessaire pour participer à une procédure de passation ordinaire, avec un délai de présentation des offres réduit, la condition ne sera pas remplie⁹. À cet égard, le délai minimum de 10 jours de l'art. XI par. 6 AMP 2012 constitue un point de repère utile. À condition d'y ajouter le temps nécessaire pour organiser la procédure, examiner les offres et adjuger le marché, il convient de s'y référer pour interpréter cette exigence temporelle.
- Le concurrent n'est pas autorisé à faire une offre particulièrement avantageuse, qu'il conditionne à un délai d'acceptation très court en expliquant à l'adjudicateur qu'elle ne vaut que si le marché lui est adjugé de gré à gré¹⁰.

B Économie circulaire et gré à gré exceptionnel

Le 19 mai 2020, la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national a déposé l'initiative parlementaire 20.433 « Développer l'économie circulaire en Suisse »¹¹. Ce texte vise à encourager l'économie circulaire et à réduire globalement les nuisances à l'environnement. Le projet prévoit à cette fin de nouvelles bases légales dans la LPE et l'adaptation (notamment) de la LMP 2019. Pour cette dernière, la Commission envisage la modification du libellé actuel de l'art. 30 al. 4 LMP 2019¹², en ce sens que l'adjudicateur public serait désormais obligé d'examiner les aspects écologiques lors de chaque acquisition et si possible, d'en tenir compte dans les spécifications techniques¹³.

En pratique, les collectivités publiques montrent toujours plus d'intérêt pour les biens d'occasion, au motif notamment qu'ils coûtent moins chers que les marchandises neuves. À bien y regarder, de tels marchés tendent à atteindre le but d'économie circulaire poursuivi par l'initiative précitée. Il se pose alors la question de savoir si la circonstance exceptionnelle de la « bonne affaire » peut permettre aux adjudicateurs

⁷ MEYER, *Freihändige Vergabe als Ausnahme von der Ausschreibungspflicht im öffentlichen Beschaffungsrecht*, PJA 2005, p. 725 s.

⁸ Cf. par exemple, arrêt CDAP VD MPU.2019.0005 du 31 juillet 2019, cons. 5.

⁹ MEYER (n. 7), p. 725.

¹⁰ S. ARROWSMITH, *Gouvernement Procurement in the WTO*, The Hague, Londres, New York, 2003, p. 294 s.

¹¹ Initiative parlementaire 20.433 Développer l'économie circulaire en Suisse, Rapport de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national du 31 octobre 2022, FF 2023 13.

¹² Cette norme a la teneur suivante : « L'adjudicateur peut prévoir des spécifications techniques permettant de préserver les ressources naturelles ou de protéger l'environnement » (souligné par réd.).

¹³ Dans son avis du 15 février 2023 (FF 2023 437), le Conseil fédéral soutient sur le fond le but poursuivi par cette initiative. Toutefois, pour ce qui est de la modification de l'art. 30 al. 4 LMP 2019 notamment, il considère que l'administration fédérale a déjà pour stratégie de prendre en compte les aspects écologiques dans le processus de passation ; il convient donc que les services d'achat et les services demandeurs la mettent en œuvre. Pour cette raison, il préconise de renoncer à la modification de l'art. 30 al. 4 LMP 2019 (FF 2023 437, p. 10/14).

d'échapper à leur obligation de concurrence lorsqu'ils décident d'acquérir un bien d'occasion à un prix avantageux.

Il faut distinguer les deux cas de figure suivants :

- plusieurs fournisseurs offrent la prestation d'occasion convoitée. Le seul fait que la marchandise soit bon marché – car d'occasion – ne signifie pas que le prix offert est exceptionnellement avantageux. Les prestataires d'occasion influencent inévitablement le prix de l'objet à la baisse. Pour cette raison, l'adjudicateur pourra difficilement alléguer que le prix offert est nettement inférieur au prix usuel (à savoir des autres objets d'occasion). En outre, plus il y a de vendeurs, plus il sera difficile de soutenir qu'il s'agit d'un écoulement inhabituel, au sens auquel l'entend l'art. XIII par. 1 lit. g AMP 2012.
- Un seul fournisseur offre la prestation d'occasion. Cette circonstance ne signifie pas déjà que les conditions du gré à gré exceptionnel sont remplies. L'adjudicateur devra apporter la preuve qu'il les respecte. À cet égard, l'exigence du fournisseur inhabituel restera difficile à démontrer. En outre, l'entité adjudicatrice redoublera de diligence dans ses recherches et s'assurera que le prestataire est le seul à fournir la prestation d'occasion.

C Enseignements de l'arrêt

Cette jurisprudence valaisanne constitue une nouvelle pépite pour la praticienne et le praticien du droit des marchés publics. En effet, à notre connaissance, il s'agit de la première fois qu'une juridiction cantonale examine la légalité d'une adjudication de gré à gré fondée sur la circonstance exceptionnelle de la « bonne affaire ». Pour ce seul motif, il faut saluer cette décision. Il se pose toutefois la question de

savoir si sous l'angle strict du droit des marchés publics, l'entité adjudicatrice pouvait effectivement recourir au gré à gré exceptionnel. À la lumière des éléments théoriques énoncés plus haut, nous pouvons en douter. En effet :

- dans cette affaire, l'adjudicataire du marché de gré à gré n'avait pas le statut de fournisseur inhabituel. Il s'agissait d'un vendeur de véhicules anti-incendie connu sur la place. Ainsi, il n'est pas exclu qu'un autre prestataire, actif dans ce domaine, ait pu offrir un fourgon d'occasion à des conditions tout aussi avantageuses.
- L'économie de 20%, même si louable, ne suffit pas à satisfaire l'exigence des « conditions exceptionnellement avantageuses » de l'art. XIII par. 1 lit. g AMP 2012. Ce montant s'éloigne trop des 30% qui valent pour l'institution de l'offre anormalement basse et des 40% préconisés plus haut.
- L'entité contractante a approché le fournisseur du fourgon de démonstration début 2016, soit plus de deux ans avant la date de la conclusion du contrat de vente du 7 février 2018. Dans ce contexte, elle n'était donc pas en présence d'une offre exceptionnellement avantageuse « à très court terme ».

Malgré ce qui précède, il faut relativiser la portée du non-respect des conditions du gré à gré exceptionnel dans la présente affaire : **(1)** le recours du 12 février 2021 ne portait pas sur l'adjudication de gré à gré à proprement parler, mais sur le refus d'octroyer une subvention. **(2)** Lorsque le Tribunal cantonal a eu à juger de la cause, les parties avaient conclu le contrat de vente depuis plus de trois ans. **(3)** À la lumière de l'ensemble des circonstances du cas, la solution retenue paraît équitable.