

Avis de droit

À: Association romande des entrepreneurs forestiers (AREF)
De: Denis Cherpillod
Objet: **Problématiques juridiques en lien avec la participation des triages forestiers à des marchés publics portant sur des travaux forestiers**
Date: 19 décembre 2025

Résumé exécutif

Le présent avis de droit traite de la légalité de la participation de triages forestiers, qui sont des entités publiques financées par les collectivités publiques, à des appels d'offres publics dans lesquels ils entrent en concurrence avec des entreprises privées.

L'activité entrepreneuriale de l'Etat est en principe licite, pour autant qu'elle demeure neutre sur le plan de la concurrence et qu'elle n'entraîne pas de distorsion de concurrence ; elle doit donc être assujettie à des conditions de concurrence identiques à celles d'une entreprise privée similaire. La neutralité concurrentielle de l'activité entrepreneuriale étatique est compromise si l'Etat et les concurrents privés ne sont pas soumis à des règles comparables.

En droit des marchés publics, le principe de l'égalité de traitement entre concurrents requiert un comportement concurrentiellement neutre du pouvoir adjudicateur. Le principe de la neutralité concurrentielle se rattache étroitement à des objectifs importants du droit des marchés publics.

La violation du principe de la neutralité concurrentielle par un soumissionnaire lié aux pouvoirs publics est un cas d'exclusion de la procédure. Ce principe est notamment violé lorsque l'offre d'un soumissionnaire étatique repose sur un subventionnement transversal prohibé et que cette offre est ainsi de nature à fausser la concurrence. Tel est notamment le cas lorsque le prix offert ne couvre pas les coûts du soumissionnaire, de sorte que les pertes économiques que l'offre implique sont compensées par des ressources liées à l'activité étatique du soumissionnaire et sont donc à la charge des collectivités publiques.

Il appartient aux pouvoirs adjudicateurs de s'assurer du respect du principe de neutralité concurrentielle, le cas échéant en excluant l'offre du soumissionnaire public de l'appel d'offres (art. 44 LMP/AIMP).

1. Contexte et objet de l'avis de droit

L'Association romande des entrepreneurs forestiers (AREF) regroupe des entreprises forestières privées actives dans les cantons de Vaud, Neuchâtel, Fribourg, Jura, Valais, Genève et dans le Jura bernois.

L'économie forestière romande se caractérise par une implication assez marquée des pouvoirs publics, ce qui découle certainement du fait que la majorité des forêts sont la propriété d'entités publiques, essentiellement des communes (politiques ou bourgeoises selon les cantons). La gestion des forêts communales est généralement assurée par un triage forestier, qui a pour mission principale d'entretenir et de valoriser les forêts communales.

Les triages forestiers ont cependant progressivement étendu leurs prestations pour les offrir sur le marché à tous les propriétaires de forêts, publiques ou privées. C'est ainsi qu'elles entrent en concurrence avec les entreprises privées membres de l'AREF pour des travaux forestiers de tout type, que ce soit dans des propriétés privées ou publiques, pour les routes nationales ou les CFF, pour le débardage de bois, l'abattage et le façonnage des bois ou encore pour le transport de bois.

Or, les triages forestiers étant des entités publiques financées par de l'argent public, elles sont souvent à même d'offrir des prix inférieurs aux entreprises privées qui ne bénéficient pas d'un tel financement public. L'AREF a notamment connaissance de plusieurs cas dans lesquels des triages forestiers ont participé à des marchés publics (en particulier d'entreprises de chemin de fer ou d'électricité) et ont pu offrir des prix substantiellement inférieurs aux entreprises privées.

L'AREF part de l'idée que les prix offerts dans ces marchés publics ne permettent pas de couvrir la totalité des coûts des prestations offertes et qu'ils ne seraient pas viables si les coûts des triages forestiers n'étaient pas assumés principalement par les collectivités publiques.

Le présent avis de droit vise à déterminer dans quelle mesure la concurrence est faussée par la participation des triages forestiers à des marchés dans lesquels ils entrent en concurrence avec des entreprises privées et quels sont les moyens pour remédier à cette éventuelle distorsion de concurrence.

2. Statut et financement des triages forestiers

Les triages forestiers ou groupements forestiers sont des entités publiques ou parapubliques émanant de communes ou d'associations de communes. Leur forme juridique est variée. Ils peuvent être rattachés à une commune et faire ainsi partie de l'administration communale. Ils peuvent également être constitués en association de communes ou groupements de communes. Selon le droit cantonal applicable, ces groupements intercommunaux disposent d'une personnalité juridique distincte, de droit public. Enfin, il est aussi envisageable – quoique plus rare – de les constituer sous forme d'une société de capitaux (SA ou Sàrl) en main des communes concernées.

La base légale de l'organisation du territoire en triages forestiers se trouve à l'art. 51 de la loi fédérale sur les forêts (LFor, RS 921.0) ainsi que dans la législation cantonale. Dans le canton de Vaud par exemple,

l'art. 9 de la loi forestière (LVLFo, RS VD 921.01) dispose que chaque arrondissement forestier est subdivisé en triages forestiers et que chaque triage est placé sous la responsabilité d'un garde forestier de triage. Ce dernier, engagé par l'Etat, une commune ou un groupement forestier, est chargé de la surveillance des forêts du triage et de l'organisation et de l'exécution des travaux qui lui sont confiés. Il conseille les propriétaires forestiers en matière de gestion et veille à l'application des lois et des dispositions spéciales concernant le milieu forestier (art. 10 LVLFo).

Le financement des triages forestiers est assuré principalement par les communes. Le personnel des triages est d'ailleurs généralement employé par la commune ou le par groupement intercommunal. Les coûts du triage forestier (personnel, équipement, etc.) sont donc assumés par les budgets communaux, que ce soit directement ou indirectement par le financement des groupements intercommunaux.

Les triages forestiers bénéficient en outre de subventions cantonales et parfois fédérales, bien que celles-ci bénéficient généralement à tous les propriétaires de forêts, publics comme privés.

Enfin, en tant qu'entités publiques, les triages forestiers sont généralement exonérés d'impôts.

3. Liberté économique et participation d'entités étatiques ou quasi-étatiques à l'économie

a. Principes

La liberté économique est garantie par l'art. 27 de la Constitution fédérale (Cst) ainsi que par nombre de constitutions cantonales. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice.

Selon l'art. 94 Cst, la Confédération et les cantons sont tenus de respecter le principe de la liberté économique et veillent à créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée. L'art. 94 al. 4 Cst prévoit que les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons.

La jurisprudence a déduit de la protection constitutionnelle de la liberté économique le droit à l'égalité de traitement entre concurrents directs, qui fait interdiction à la Confédération et aux cantons, sauf exception, de prendre des mesures qui faussent la libre concurrence¹. Plus concrètement, le principe de la libre concurrence a pour conséquence l'obligation de neutralité économique de l'Etat et le droit à l'égalité de traitement entre concurrents².

¹ Cf. notamment ATF 138 I 378, JdT 2014 I 3, c. 6.1 ; DUBEY, Droits fondamentaux, vol. 2, Bâle 2018, N 2833.

² DUBEY, op. cit., N 2834 ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung – Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4^{ème} édition, Berne 2006, p. 143 ss; BIAGGINI, Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2007, p. 200; GRISEL, Liberté économique – Libéralisme et droit économique en Suisse, Berne 2006, p. 162 ss.

Le principe de la neutralité concurrentielle de l'activité étatique résulte donc de la conjonction des art. 27 et 94 Cst. Alors que l'art. 27 Cst garantit la liberté économique individuelle, l'art. 94 Cst protège la dimension institutionnelle ou systémique de la liberté économique à titre de maxime fondamentale d'un ordre économique fondé sur l'économie de marché. Ces deux aspects sont étroitement liés et ils ne sauraient être abordés séparément. Les principes de l'égalité de traitement entre concurrents et de la neutralité de l'Etat dans le domaine de la concurrence revêtent à cet égard une portée essentielle. La composante individuelle de la liberté économique (art. 27 Cst.) ne confère aux particuliers aucune protection contre la concurrence, y compris contre celle d'une entreprise étatique, pour autant que celle-ci opère avec les mêmes droits et obligations et que l'intervention étatique n'ait pas pour effet d'évincer l'offre privée³.

L'activité entrepreneuriale de l'Etat est donc en principe licite, pour autant qu'elle repose sur une base légale formelle, qu'elle réponde à un intérêt public et qu'elle respecte le principe de la proportionnalité (art. 5 al. 1 et 2 Cst.). Cette activité doit de plus demeurer neutre sur le plan de la concurrence et ne pas entraîner de distorsion ; elle doit donc être assujettie à des conditions de concurrence identiques à celles d'une entreprise privée similaire. La neutralité concurrentielle de l'activité entrepreneuriale étatique est compromise si l'Etat et les concurrents privés ne sont pas soumis à des règles comparables⁴.

b. Le contenu du droit à l'égalité de traitement entre concurrents directs

L'obligation de neutralité de l'Etat prohibe « les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique (concurrents directs), notamment lorsqu'elles ont pour but d'interférer dans la concurrence, pour avantager ou désavantager certains concurrents ou certains groupes de concurrents »⁵. L'exigence d'égalité de traitement qui découle de l'art. 27 Cst est plus étendue que celle qui découle de l'art. 8 Cst⁶. L'égalité de traitement entre concurrents protège ainsi même contre des inégalités de traitement qui reposeraient sur des motifs objectifs et sérieux, mais qui entraveraient certains concurrents par rapport à d'autres⁷.

Il suffit qu'une mesure ait pour *effet* de fausser la concurrence pour qu'elle contrevienne à l'obligation de neutralité concurrentielle de l'Etat. Il n'est pas nécessaire que tel soit son but⁸. Une mesure étatique qui a un tout autre but mais a pour effet de fausser la concurrence contrevient à l'obligation de neutralité de l'Etat si elle ne remplit pas les conditions nécessaires.

³ ATF 143 II 425, JdT 2018 I 55, c. 4.2.

⁴ ATF 143 II 425, JdT 2018 I 55, c. 4.3; ATF 138 I 378 c. 6.3.2, JdT 2014 I 3, avec de nombreuses références.

⁵ DUBEY, op. cit., N 2835 ; ATF 143 I 37 c. 8.2; ATF 131 II 271, c. 9.2.2; MARTENET, L'Etat et les acteurs privés / L'Etat en concurrence avec le secteur privé, in BOILLET/FAVRE/MARTENET, Le droit public en mouvement, Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genève Zurich Bâle 2020, pp. 676 s. (critique sur la définition du concurrent direct)

⁶ ATF 121 I 129 c. 3 d); GRISEL, op. cit., p. 164.

⁷ VALLENDER, op. cit., p. 601 s.

⁸ DUBEY, op. cit., N 2836.

Les concurrents protégés, qu'ils soient des personnes physiques ou des personnes morales, ont un droit subjectif directement invocable à l'encontre de l'Etat.⁹ Quant à ce dernier, il doit veiller à ne pas désavantager, sans motif admissible, un concurrent par rapport à d'autres¹⁰.

Il découle de ces principes qu'un subventionnement transversal entre l'activité monopolistique d'une entreprise publique et son activité soumise à la concurrence est inconstitutionnel s'il se pratique de manière systématique et qu'il est ainsi propre à fausser la libre concurrence¹¹.

4. Application en droit des marchés publics

a. Neutralité concurrentielle et marchés publics

Les principes susmentionnés trouvent application dans tous les domaines de l'action étatique, y compris en droit des marchés publics, dont les buts, énoncés à l'art. 2 AIMP/LMP, comprennent notamment la transparence des procédures d'adjudication, l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires, ainsi qu'une concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires.

Selon le Tribunal fédéral, il faut prendre en considération que les objectifs tendant à renforcer la concurrence dans les marchés publics, à favoriser l'utilisation économique des fonds publics et à assurer l'égalité de traitement se rattachent étroitement au principe de la neutralité concurrentielle de l'activité étatique. Le marché doit être adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Outre l'utilisation économique des fonds publics, cette règle assure que l'adjudication n'intervienne pas selon des critères provoquant une distorsion de la concurrence. Le principe de l'égalité de traitement est destiné à favoriser non seulement l'utilisation économique des fonds publics par l'ouverture des marchés, mais aussi les intérêts individuels des soumissionnaires.

Ce principe tend à réaliser une composante de la liberté économique garantie par l'art. 27 Cst, composante qui par ailleurs ne confère aucune prétention à l'attribution de marchés étatiques et qui requiert dans le contexte spécifique du droit des marchés publics un comportement concurrentiellement neutre du pouvoir adjudicateur. Le principe de la neutralité concurrentielle se rattache ainsi étroitement à des objectifs importants du droit des marchés publics. Le respect de la neutralité concurrentielle par le pouvoir adjudicateur revêt donc une importance essentielle dans la réalisation des objectifs du droit des marchés publics¹².

b. Conséquences d'une violation du principe de neutralité concurrentielle dans le cadre d'un marché public : exclusion de la procédure

La mise en œuvre des principes susmentionnés incombe prioritairement au pouvoir adjudicateur. Pour les soumissionnaires étatiques, l'exigence d'un comportement concurrentiellement neutre résulte seulement,

⁹ Arrêt du TF 2C_116/2011 du 29 août 2011, c. 7.1. ; DUBEY, op. cit., N 2840.

¹⁰ MARTENET, op. cit., p. 677.

¹¹ ATF 143 II 425, JdT 2018 I 55, c. 4.3 ; ATF 138 I 378, JdT 2014 I 3 c. 6.3.2, avec de nombreuses réf.

¹² ATF 143 II 425, JdT 2018 I 55, c. 4.4.2.

mais néanmoins, des principes constitutionnels généraux de l'ordre économique fondé sur l'économie de marché¹³.

Dans un arrêt de principe publié en 2018, le Tribunal fédéral a jugé qu'un soumissionnaire étatique devait être exclu de la procédure d'adjudication s'il ne se conforme pas au principe de la neutralité concurrentielle. L'exclusion s'impose alors même que dans la procédure d'adjudication, le respect de la neutralité concurrentielle incombe au premier chef au pouvoir adjudicateur et que l'adjudication à un soumissionnaire étatique qui manque à la neutralité ne provoque qu'indirectement une distorsion de la concurrence¹⁴.

La violation du principe de la neutralité concurrentielle par un soumissionnaire lié aux pouvoirs publics est ainsi un cas d'exclusion de la procédure. Ce principe est notamment violé lorsque l'offre d'un soumissionnaire étatique repose sur un subventionnement transversal prohibé et que cette offre est ainsi de nature à fausser la concurrence sur le marché des prestations en cause¹⁵.

Cela étant, les conditions d'une exclusion ne sont pas réunies en présence de n'importe quelle offre à prix sous-évalué d'un soumissionnaire étatique. Pour autant que la perte ne soit pas couverte de manière prohibée par des ressources fiscales ou par les revenus d'un secteur monopolistique, mais plutôt par ceux de l'activité économique privée par ailleurs exercée, le soumissionnaire étatique ne viole pas le principe de la neutralité concurrentielle s'il stipule dans une affaire un prix inférieur à ses propres coûts. Un pareil procédé peut même répondre à des considérations commerciales légitimes, ce qui entraîne son innocuité au regard du droit des marchés publics. L'offre est d'ordinaire aussi valable lorsqu'elle est influencée par des subventions versées conformément à la législation applicable. Il n'existe d'ordinaire pas de distorsion inadmissible de la concurrence, seule répréhensible au regard du droit des marchés publics, en présence de subventions étatiques régulièrement allouées¹⁶.

En d'autres termes, un acteur économique étatique est libre d'offrir un prix sous-évalué si les pertes ainsi réalisées sont compensées par des gains réalisés également par le biais d'une activité économique privée ou par des subventions régulières. En revanche, un prix sous-évalué constitue une distorsion de concurrence illicite si les pertes économiques que l'offre entraîne sont compensées par des ressources liées à l'activité étatique.

Par exemple, dans le cas soumis au Tribunal fédéral dans l'arrêt publié aux ATF 143 II 425, la distorsion de concurrence résultait du fait que le coût du travail du chef de projet n'était pas inclus dans le calcul du prix de l'offre, ce coût étant couvert par le budget alloué à l'entité concernée par la collectivité publique.

Rapporté aux cas qui préoccupent l'AREF, il y aurait certainement distorsion de concurrence illicite dans le cas où un triage forestier présente, dans le cadre d'un appel d'offres, une offre dont le prix ne couvre pas les coûts de ressources nécessaires à l'exécution des travaux en question, ces coûts restant à la charge des

¹³ Ibidem.

¹⁴ ATF 143 II 425, JdT 2018 I 55, c. 4.4.3.

¹⁵ ATF 143 II 425, JdT 2018 I 55, c. 4.5.

¹⁶ ATF 143 II 425, JdT 2018 I 55, c. 4.5.

collectivités publiques qui financent le triage forestier. On peut en particulier penser au coût du travail (salaire et assurances sociales) du personnel, aux coûts d'exploitation des machines, aux coûts globaux de fonctionnement de la structure (overhead), etc.

c. Application sous l'angle de la LMP et de l'AIMP de 2019

L'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné ayant été rendu sous l'angle de l'ancienne loi fédérale sur les marchés publics (aLMP), il convient de se demander s'il est transposable sous l'angle de la nouvelle LMP, respectivement du nouvel AIMP de 2019 qui sont, pour rappel, deux textes substantiellement identiques.

L'art. 11 aLMP contenait une liste, expressément non exhaustive, de motifs d'exclusion. Par une interprétation de la loi au regard de ses objectifs et de sa systématique, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que la violation du principe de neutralité concurrentielle par un soumissionnaire devait conduire à son exclusion¹⁷.

L'art. 44 LMP/AIMP contient une liste de motifs d'exclusion bien plus étendue que l'art. 11 aLMP. Cette liste reprend (en les reformulant) tous les critères mentionnés à l'art. 11 aLMP et en ajoute une longue série d'autres. L'art. 44 LMP/AIMP prévoit encore des mesures complémentaires à l'exclusion, telles que la radiation d'une liste ou la révocation d'une adjudication. La disposition distingue les hypothèses dans lesquelles le pouvoir adjudicateur doit apporter la preuve que les faits visés sont réalisés (al. 1) et celles où il peut s'appuyer sur des indices suffisants (al. 2)¹⁸.

Cette liste ne mentionne cependant pas la violation du principe de neutralité concurrentielle parmi les motifs d'exclusion. Il faut donc déterminer si la liste de l'art. 44 LMP/AIMP est exhaustive ou non. Cette question ne ressort pas clairement de la loi et n'a pas fait l'objet de jurisprudence à ce jour.

Selon le Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, l'énumération de l'alinéa de l'art. 44 LMP/AIMP serait exhaustive, alors que celle de l'alinéa 2 ne le serait pas¹⁹. Cette interprétation est toutefois largement critiquée en doctrine. Pour POLTIER, qui se réfère à l'arrêt du Tribunal fédéral publié aux ATF 143 II 425, la liste de l'art. 44 LMP/AIMP n'est pas exhaustive²⁰. Pour DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, l'interprétation proposée par le Message ne serait pas conforme au principe de légalité, car les mesures prévues par l'al. 2 de l'art. 44 LMP/AIMP peuvent être prononcées déjà sur la base d'indices, alors que celles de l'al. 1 requièrent une preuve complète. Par ailleurs, l'exclusion de l'appel d'offres est une mesure administrative qui vise au rétablissement d'une situation légale. Une telle mesure ne nécessite pas, en tant que telle, une base légale explicite ; la base légale découle de l'obligation primaire. Ils en concluent que la liste de l'art. 44 LMP/AIMP est nécessairement non

¹⁷ ATF 143 II 425, JdT 2018 I 55, c. 4.4.2 et 4.4.3.

¹⁸ POLTIER, Droit des marchés publics, 2^{ème} édition, Berne 2023, p. 288.

¹⁹ FF 2017 1695, spéc. pp. 1806 et 1808, repris sans autre analyse dans l'arrêt du TAF B-1456/2022 c. 2.2.

²⁰ POLTIER, op. cit., p. 289. TRÜEB/CLAUSEN, in OFK Wettbewerbsrecht II Kommentar, ad art. 44 BöB, N. 7, rattachent la violation de la neutralité concurrentielle au cas d'exclusion prévu à l'art. 44 al. 1 let. b LMP/AIMP.

exhaustive, en conformité avec la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sous l'angle de l'ancienne LMP²¹.

Dans un arrêt du 25 juillet 2024, le Tribunal cantonal fribourgeois a jugé que l'énumération de l'art. 44 LMP/AIMP n'était pas exhaustive et que la violation de l'exigence de neutralité concurrentielle constituait un cas d'exclusion, avec référence à la jurisprudence du Tribunal fédéral²².

Compte tenu de ce qui précède, il apparaît que la jurisprudence du Tribunal fédéral demeure applicable sous l'angle de la LMP et de l'AIMP de 2019 et que la violation de l'exigence de neutralité concurrentielle demeure un motif d'exclusion de l'appel d'offres.

d. Cas d'exclusion obligatoire ou facultatif ?

Tant l'art. 44 LMP/AIMP que l'art. 11 aLMP prévoient que l'adjudicateur « peut » exclure un soumissionnaire, ce qui laisse en théorie un certain pouvoir d'appréciation pour décider ou non une exclusion.

Cela dit, l'adjudicateur est tenu de prendre la mesure prévue lorsque le manquement aux exigences posées présente une certaine gravité²³.

Pour le Tribunal fédéral, lorsqu'un cas d'exclusion est destiné à réaliser un but essentiel du droit des marchés publics, comme c'est le cas de la violation du principe de neutralité concurrentielle, l'autorité adjudicatrice ne jouit que d'un pouvoir limité de renoncer à l'exclusion. Une renonciation à l'exclusion ne doit pas aboutir à ce que le marché soit attribué en violation de principes du droit des marchés publics à un soumissionnaire étatique qui ne se conforme pas au principe de la neutralité concurrentielle. Sous l'aspect de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst), il faut prendre en considération qu'une exclusion ne paraît pas obligatoire lorsqu'un subventionnement transversal prohibé ne peut rien changer à l'issue de la procédure d'adjudication, notamment parce que son ampleur est insignifiante et qu'il n'exerce pas d'influence dans le classement des soumissionnaires, ou parce que toutes les autres offres sont inadéquates et doivent être elles-mêmes exclues de la procédure (sur la proportionnalité dans l'exclusion de la procédure²⁴. Dans les autres cas, l'exclusion doit être prononcée.

e. Obligations procédurales de l'adjudicateur

La procédure des marchés publics est régie, pour les marchés fédéraux régis par la LMP, par les dispositions de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA) (art. 55 LMP) et, pour les marchés soumis à l'AIMP, par les dispositions des législations cantonales sur la procédure administrative (art. 55 AIMP).

²¹ DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, Aufsichtsinstrumente im revidierten Beschaffungsrecht, in ZUFFEREY/BEYELER/SCHERLER, Aktuelles Vergaberecht 2020, Fribourg 2020, pp. 330 ss.

²² Arrêt du 25 juillet 2024 dans la cause 602 2024 74, c. 4

²³ POLTIER, op. cit., p. 287 s.; DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, op. cit., pp. 333 s.

²⁴ ATF 143 II 425, JdT 2018 I 55, c. 4.6.

En procédure fédérale et de manière générale également en procédure cantonale, la maxime inquisitoire (art. 12 PA) et le principe de l'application du droit d'office sont déterminants. La maxime inquisitoire impose à l'autorité adjudicatrice d'élucider les faits pertinents au regard des règles de droit à appliquer. Le devoir d'investigation de l'autorité adjudicatrice est toutefois complété par l'obligation de collaborer des parties (art. 13 PA). Selon l'art. 13 al. 1er let. a PA, dans une procédure qu'une partie ouvre elle-même par l'introduction d'une requête, cette partie a le devoir de collaborer à la constatation des faits.

Dans la procédure d'adjudication, l'offre peut être assimilée à une requête selon l'art. 13 al. 1 let. a PA. L'obligation de collaborer qui en résulte porte notamment sur les faits mieux connus d'une partie que de l'autorité, dont celle-ci ne peut pas, ou seulement moyennant des efforts démesurés, prendre connaissance sans la collaboration de cette partie. Dans la procédure d'adjudication d'un marché public, le soumissionnaire assume naturellement une obligation de collaborer relativement étendue²⁵.

Une obligation d'enquêter peut résulter du devoir de l'autorité adjudicatrice de respecter les droits fondamentaux (art. 35 al. 2 en relation avec l'art. 27 Cst); elle peut aussi résulter du principe de l'application du droit d'office et de la maxime inquisitoire (art. 12 PA). L'exclusion d'un soumissionnaire dont le comportement viole le principe de la neutralité concurrentielle répond à des objectifs essentiels du droit des marchés publics, objectifs que l'autorité adjudicatrice assujettie à la loi sur les marchés publics est tenue de réaliser. Pour ne pas compromettre la réalisation des objectifs légaux, l'autorité doit donc recueillir des renseignements supplémentaires conformément à la maxime inquisitoire (art. 12 PA) si des indices concrets d'une violation du principe de la neutralité concurrentielle apparaissent au cours de la procédure. Sur la base de l'obligation de collaborer qui incombe au soumissionnaire, l'autorité peut réclamer des déclarations, attestations et explications supplémentaires pour résoudre la suspicion de violation du principe de la neutralité concurrentielle. En particulier, dans le cadre d'une conduite efficiente de la procédure, l'autorité peut réclamer du soumissionnaire étatique qu'il prouve de manière adéquate qu'il est autorisé à opérer sur le marché et qu'une perte consécutive à l'insuffisance du prix de l'offre n'est pas couverte par un subventionnement transversal prohibé²⁶.

5. Conséquences d'une violation du principe de neutralité concurrentielle pour les autorités adjudicatrices

Les pouvoirs adjudicateurs qui se trouvent confrontés à des offres émanant d'entités publiques ou parapubliques sont les gardiens du principe de la neutralité concurrentielle. A ce titre, ils sont tenus de réagir spontanément, sans attendre qu'un concurrent privé se manifeste ou se plaigne pour prendre les mesures nécessaires à assurer le respect de la neutralité concurrentielle.

En amont, lors de l'élaboration de l'appel d'offres, si le pouvoir adjudicateur s'attend à recevoir une offre émanant d'une entité publique ou parapublique, il devrait mettre en place les modalités suivantes :

- renoncer à tous les critères d'aptitude qui se fondent sur la solidité financière de l'adjudicataire ;

²⁵ ATF 143 II 425, JdT 2018 I 55, c. 5.1.

²⁶ ATF 143 II 425, JdT 2018 I 55, c. 5.3.

- imposer une transparence accrue dans la configuration du prix de l'offre, de façon à pouvoir identifier et neutraliser les effets des avantages précités ; et
- en tenir compte dans l'échelle des notes²⁷.

En aval, à la réception d'une offre émanant d'une entité publique ou parapublique que le pouvoir adjudicateur entend accepter, il doit vérifier que le soumissionnaire est autorisé à opérer sur le marché et qu'une perte consécutive à l'insuffisance du prix de l'offre n'est pas couverte par un subventionnement transversal prohibé. Il doit en particulier vérifier que le prix offert couvre intégralement les coûts de la prestation, de sorte qu'aucun coût ne soit couvert par un financement public.

Le soumissionnaire est tenu de collaborer en fournissant à l'autorité toutes les informations nécessaires.

Si l'autorité adjudicatrice ne peut obtenir la garantie que le principe de neutralité concurrentielle est respecté, notamment en cas de refus de collaboration du soumissionnaire public, elle est tenue d'exclure l'offre présentée par ce dernier.

6. Conclusion

Lorsqu'un triage forestier participe à un marché public en déposant une offre, il doit respecter le principe de la neutralité concurrentielle.

Dans ce contexte, le prix offert par le triage forestier doit couvrir la totalité des coûts de la prestation offerte, afin d'assurer qu'aucun de ces coûts ne reste à la charge de la collectivité publique, ce qui entraînerait une distorsion de concurrence contraire au principe de la neutralité concurrentielle de l'activité économique de l'Etat.

Il appartient aux pouvoirs adjudicateurs de s'assurer que l'offre respecte ces principes. A défaut, ils doivent exclure l'offre du marché public en cause.

²⁷ ZUFFEREY/RIPPSTEIN, Le soumissionnaire étatique, DC 2016 p. 216 ss, 217, qui relèvent que ces exigences génèrent des complications et incertitudes ; c'est la raison pour laquelle en pratique le pouvoir adjudicateur se demande en général s'il ne peut pas tout simplement exclure l'offre qu'il reçoit d'un soumissionnaire étatique.