

Marchés publics : Qualité pour recourir

Confédération—Qualité pour recourir d'un consortium (Sté simple art. 530 ss CO)

Conformément à la jurisprudence de la Commission de recours, tout membre d'une société simple peut, seul, déposer un recours en matière de marchés publics, notamment pour défendre le consortium contre d'éventuels désavantages.

Cette légitimité est déniée cependant si un ou plusieurs associés sont sortis du consortium et, de fait, ne sont plus intéressés à la cause.

Le fait qu'un membre quitte un consortium, après le dépôt de l'offre, doit être considéré comme une modification

importante de cette dernière. En effet, l'offre ne comprend pas uniquement la promesse d'effectuer une prestation donnée à un prix déterminé mais également l'engagement direct des parties. De surcroît, le droit en matière de marchés publics interdit de modifier ultérieurement de quelque façon que ce soit le consortium, soit en le restreignant ou en l'augmentant, respectivement modifiant ses membres. De ce fait, la sortie d'un associé a pour conséquence de supprimer la légitimité active des autres associés à contester une décision d'adjudication. En effet, ces

derniers, même par l'admission du recours, ne pourraient obtenir l'adjudication puisqu'ils n'ont pas déposé d'offre personnelle. Dans le même sens, le TF a considéré que seuls tous les membres d'un consortium pouvaient réclamer devant la justice l'adjudication d'un marché qui leur a échappé.

Cette jurisprudence a le mérite d'être claire. Nous vous invitons par conséquent à l'avoir constamment à l'esprit lorsque vous discutez avec de potentiels partenaires d'un dépôt d'une offre commune.■



Vergaberecht : Beschwerdelegitimation

Bund—Legitimation einer Bietergemeinschaft

(S122) « Handelt es sich um eine Arbeitsgemeinschaft, so kann nach der Rechtsprechung der Rekurskommission grundsätzlich auch ein einzelner Gesellschafter allein Beschwerde erheben, insbesondere um für die Gesellschaft allfällige Nachteile abzuwehren. An der Legitimation fehlt es indes dann, wenn ein oder mehrere Gesellschafter bewusst aus der Arbeitsgemeinschaft ausgeschieden und an einem Zuschlag nicht mehr interessiert sind...

Das nachträgliche Ausscheiden eines Mitglieds

einer Bietergemeinschaft stellt nämlich eine wesentliche Änderung des Angebots dar. Das Angebot umfasst nicht nur das Versprechen einer konkreten Leistung zu einem bestimmten Preis, sondern vorab auch die unmittelbare Verpflichtung der offerierenden Vertragspartei. Das Vergaberecht verbietet es daher, eine Bietergemeinschaft nachträglich in irgendeiner Weise zu verändern, sei es durch Einschränkung oder Erweiterung oder Austausch einzelner ihrer Mitglieder ... Das Ausscheiden eines Mitglieds hat damit

zur Folge, dass die Legitimation der übrigen Gesellschafter zur Anfechtung des Vergabeentscheids entfällt. Denn diese könnten selbst bei einer Gutheissung der Beschwerde allein den Zuschlag nicht erhalten, weil sie allein keine Offerte eingereicht haben. In gleichem Sinne hält auch das Bundesgericht fest, den Erhalt des entgangenen Zuschlags könnten nur alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft gemeinsam verlangen. [BGr. 2P.111/2003 E. 1.1.]» (E.3a). BRK 2006-01 (24.2.2006)■