Médiateur européen

La traduction de cette page a été générée par traduction automatique [Lien]. *Les traductions automatiques peuvent comporter des erreurs susceptibles de nuire à la clarté et à l'exactitude; le Médiateur décline toute responsabilité en cas de divergences. Pour obtenir les informations les plus fiables et pour assurer la sécurité juridique, veuillez consulter la version source en anglais dont le lien figure ci-dessus. Pour en savoir plus, veuillez consulter notre* politique linguistique et de traduction [Lien].

Décision du Médiateur européen clôturant l'enquête sur la plainte 178/2014/AN contre la Banque européenne d'investissement

Décision
Affaire 178/2014/AN - **Ouvert le** 06/02/2014 - **Décision le** 23/10/2014 - **Institution concernée** Banque européenne d'investissement (Commentaire critique) |

L'affaire concernait la décision de la Banque européenne d'investissement d'approuver l'exclusion du plaignant (l'entreprise italienne Impresa Pizzarotti & C. SpA) d'un appel d'offres public qu'elle a financé en Bosnie-Herzégovine. Le plaignant avait été exclu en raison de la prétendue non-conformité de l'offre avec le cahier des charges. Le plaignant a eu recours aux services du mécanisme de traitement des plaintes de la BEI qui l'ont jugée favorable au plaignant, estimant que l'exclusion était illégale. La direction de la BEI a néanmoins rejeté la conclusion de son propre mécanisme de traitement des plaintes et a approuvé la décision d'exclure le plaignant de la procédure d'appel d'offres.

Le Médiateur s'est enquêté sur la question et a constaté une mauvaise administration en ce sens que la décision de la BEI était fondée sur une erreur de droit. Aucune solution n'était possible étant donné que le marché avait été attribué à un autre soumissionnaire et que les travaux de construction avaient déjà commencé. Le Médiateur a donc clôturé l'affaire en formulant une remarque critique. Le Médiateur s'est également dit préoccupé par le fait que la mauvaise administration de la Banque dans cette affaire risque de remettre en cause l'engagement de l'Union européenne à renforcer l'état de droit en Bosnie-Herzégovine. Elle a annoncé qu'elle envisagerait d'ouvrir une enquête d'initiative sur les questions systémiques qui sous-tendent le traitement de la question par la BEI.

Les antécédents de la plainte

1. La Banque européenne d'investissement (BEI) est l'institution de prêt à long terme de l'Union européenne. La BEI a pour mission de promouvoir les objectifs de l'Union européenne en mettant à disposition des financements à long terme pour des investissements sains. Au sein de la BEI, le mécanisme de traitement des plaintes a été créé afin de faciliter et de traiter les plaintes déposées contre la BEI par des particuliers, des organisations ou des sociétés concernées par les activités de la BEI. Un protocole d'accord entre le Médiateur européen et la BEI [1] explique comment le premier tient compte des travaux du mécanisme de traitement des plaintes. Le mécanisme de traitement des plaintes est indépendant des services de la BEI qui sont responsables des activités contestées par le plaignant. Les plaignants qui sont toujours insatisfaits après avoir eu recours au mécanisme de traitement des plaintes peuvent aggraver la plainte auprès du Médiateur européen.

2. En 2012, la plaignante, la société italienne Impresa Pizzarotti & C. SpA, a participé à un appel d'offres pour la construction d'un viaduc en Bosnie-Herzégovine (BiH), financé par la BEI. En dépit de la soumission la plus basse, le plaignant a été exclu par le promoteur de la Bosnie-Herzégovine au motif que son offre ne correspondait pas au cahier des charges.

3. Le plaignant a contesté cette décision avec le promoteur, qui a maintenu son point de vue. Le droit local exclut tout recours devant les tribunaux locaux en ce qui concerne les offres de ce type. Le plaignant s'est tourné vers le mécanisme de traitement des plaintes de la BEI, qui a conclu, à la suite d'une enquête, que le plaignant avait raison. Le mécanisme de traitement des plaintes a recommandé à la BEI de retirer son approbation (la «non-objection») pour l'attribution du marché à un autre soumissionnaire. La BEI a toutefois souscrit à la position du promoteur et a maintenu sa non-objection.

L'enquête

4. Le 6 février 2014, le Médiateur a ouvert une enquête sur la plainte sur la base d'une allégation selon laquelle la BEI n'aurait pas examiné à tort sa non-objection en l'espèce, et a fait valoir que la BEI devrait réexaminer la non-objection et suspendre le financement du projet.

5. Au cours de l'enquête, le Médiateur a reçu l'avis de la BEI sur la plainte et, par la suite, les observations du plaignant en réponse à cet avis. Ses services ont également procédé à une inspection du dossier de la BEI en la matière. La présente décision tient compte des arguments et des avis avancés par les parties.

Allégation de maintien erroné de la non-objection et de la réclamation connexe

Arguments présentés au Médiateur

6. La BEI a approuvé, en substance, l'avis du promoteur de la Bosnie-Herzégovine selon

lequel la méthode de construction proposée par la plaignante dans son offre était différente de celle exigée par la documentation relative à l'appel d'offres, qui ne permettait aucun écart.

7. La BEI a également estimé que la méthode de construction proposée par le plaignant aurait entraîné un délai supplémentaire important, non seulement pour procéder à une refonte de la conception, mais aussi pour obtenir un nouvel ensemble de permis administratifs auprès des autorités de Bosnie-Herzégovine. La décision du promoteur de Bosnie-Herzégovine d'exclure l'offre du plaignant, au motif qu'elle ne satisfaisait pas aux exigences de la documentation relative à l'appel d'offres, a été appuyée par trois experts externes mandatés par le promoteur. En outre, la BEI a chargé un quatrième expert international d'examiner l'affaire, qui était d'accord avec le point de vue de ce dernier. En outre, les services techniques de la BEI ont également conclu que l'offre du plaignant ne satisfaisait pas aux exigences de l'appel d'offres.

8. L'un des experts externes a également fait observer que la documentation relative à l'appel d'offres était claire et sans ambiguïté. En particulier, la BEI a estimé que la méthodologie de construction requise était exprimée de manière suffisamment claire et précise pour permettre à un ingénieur civil raisonnablement expérimenté de comprendre exactement ce qui était requis. Cela est évident, selon la BEI, par l'absence, au cours de la procédure de clarification, de toute question des soumissionnaires relative à la méthode de construction et par le fait que tous les autres soumissionnaires ont présenté des offres sur la base de la méthode de construction correcte.

9. À la lumière de la recommandation du mécanisme de traitement des plaintes de réexaminer la non-objection, les services de la BEI ont réexaminé l'affaire et réaffirmé la non-objection initiale. La BEI a donc maintenu sa décision.

10. La plaignante, quant à elle, estimait que la documentation relative à l'appel d'offres ne nécessitait pas une méthode de construction particulière et que, par conséquent, la méthode proposée ne pouvait pas être considérée comme s'écartant du cahier des charges. Ce point de vue a également été approuvé par le Mécanisme de traitement des plaintes. Le plaignant a déclaré à plusieurs reprises que son exclusion de l'appel d'offres lui a non seulement causé un préjudice économique important, mais a également conduit la BEI à financer une offre qui était 11 % plus coûteuse, entraînant des dépenses supplémentaires d'environ 18 millions d'euros.

L'évaluation du Médiateur

11. Les positions divergentes des parties dans la présente affaire comprennent des arguments techniques relatifs à des questions de génie civil. Il n'est ni approprié ni nécessaire que le Médiateur prenne position sur ces questions, car la question centrale porte sur la signification juridique des documents d'appel d'offres, en particulier sur les dispositions relatives au degré de liberté technique laissée aux soumissionnaires dans la préparation de leurs offres.

12. La question juridique qui est au cœur du litige est de savoir si **le cahier des charges exigeait clairement et sans ambiguïté une méthode de construction particulière** , comme

le prétendait la BEI, ou s'il laissait de la place à d'autres méthodes, comme le pensait le plaignant et le mécanisme de traitement des plaintes.

13. La documentation relative à l'appel d'offres examinée par les services du Médiateur consiste en un ensemble de documents, certains écrits (ci-après la «partie écrite»), d'autres constitués de dessins (ci-après les «dessins») et, enfin, d'autres contenant des informations financières (ci-après la «facture des quantités»). La documentation relative à l'appel d'offres était accompagnée de lignes directrices pour la conception, la construction, l'entretien et la supervision des routes et la conception des ponts (ci-après les «lignes directrices»).

14. Après avoir examiné l'intégralité du dossier de la BEI concernant l'appel d'offres, le Médiateur partage le point de vue du plaignant et du mécanisme de traitement des plaintes selon lequel la documentation relative à l'appel d'offres n'indique pas clairement et sans ambiguïté quelle méthode de construction doit être utilisée. Il n'y a rien à cet égard dans la partie écrite. En outre, comme la BEI l'a reconnu dans son avis, les dessins fournis aux soumissionnaires faisaient référence au «conception principale», sans aucune mention que ce dessin principal était définitif. Au contraire, la section 1.1.2 du projet de loi de quantité contient un élément destiné à couvrir le coût estimé de la modification du dessin ou modèle principal, ce qui montre que ce dernier n'était pas considéré comme immuable dans la documentation relative à l'appel d'offres.

15. En plus de ce qui précède, il convient de noter que l'article 13 des Lignes directrices, qui fait spécifiquement référence aux méthodes de construction de ponts, énumère et détaille les méthodes de construction possibles , y compris celle proposée par le plaignant. Bien que les lignes directrices ne fassent pas partie du cahier des charges, elles ont bien accompagné les documents d'appel d'offres et étaient destinées à aider les soumissionnaires dans leurs choix techniques. Étant donné que les documents d'appel d'offres n'exigeaient pas clairement une méthode de construction spécifique, le fait que les lignes directrices faisaient référence à plusieurs méthodes a raisonnablement permis au plaignant, ainsi qu'à tout autre soumissionnaire, de conclure qu'aucune d'entre elles n'était exclue.

16. Le Médiateur accepte la position de la BEI selon laquelle l'intention du promoteur de la Bosnie-Herzégovine était d'attribuer le marché à un contractant en utilisant une méthode de construction spécifique, différente de celle proposée par le plaignant. En outre, le Médiateur n'a aucune raison de douter que la méthodologie en question puisse raisonnablement être considérée, pour un certain nombre de raisons, comme la plus appropriée dans les circonstances. Toutefois, il ne s'agit pas des questions pertinentes. Les soumissionnaires participant à une procédure d'appel d'offres publique financée par une institution de l'UE doivent être en mesure de déterminer ce qui leur est demandé et dans quelle mesure ils peuvent s'écarter des exigences établies, ou faire des propositions qui aboutissent au même résultat par des moyens différents. En l'espèce, quelles que soient les intentions sous-jacentes du promoteur, elles n'ont pas été exprimées avec suffisamment de clarté dans les documents d'appel d'offres pour exclure l'interprétation du plaignant.

17. À cet égard, il n'est pas pertinent que, comme l'a mentionné la BEI, il n'y ait pas eu de

questions de clarification et que le plaignant ait été le seul soumissionnaire à interpréter le cahier des charges d'une manière qui n'était pas celle prévue. Il peut y avoir de nombreuses raisons à cela, par exemple qu'aucun autre soumissionnaire n'a eu accès à la technologie nécessaire pour proposer la même méthode de construction que le plaignant, ou que d'autres soumissionnaires ont simplement lu la documentation de l'appel d'offres d'une manière différente. La question demeure que **le cahier des charges permettait l'interprétation du plaignant et empêchait ainsi le promoteur de le disqualifier au motif que ce dernier interprétait les règles pertinentes d'une manière différente de celle que le promoteur préférait.**

18. Outre ce qui précède, le Médiateur ne peut accepter l'argument de la BEI selon lequel l'offre du plaignant n'était pas conforme, car la méthode de construction proposée aurait retardé l'exécution du projet, puisqu'elle nécessitait la délivrance de nouveaux permis de construction. Bien que la Médiatrice comprenne parfaitement les raisons économiques qui sous-tendent la mise en œuvre du projet dans les meilleurs délais, elle souligne néanmoins que, sauf indication contraire dans la documentation relative à l'appel d'offres, une telle justification ne peut conduire à l'exclusion d'un soumissionnaire.

19. Si la BEI ou le promoteur avait eu l'intention de faire de la mise en œuvre rapide du projet une exigence essentielle, cela aurait dû être explicitement mentionné dans la documentation relative à l'appel d'offres. Au lieu de cela, la partie 1 de la section IV des documents d'appel d'offres mentionne simplement que le soumissionnaire doit « *montrer la capacité d'achever tous les travaux dans un délai de 20 mois* ». Comme l'a souligné à juste titre le mécanisme de traitement des plaintes, la durée des travaux à exécuter par le contractant ne devrait pas inclure le temps nécessaire au promoteur pour obtenir les permis de construction. En outre, la plaignante a précisé, dans son offre, que la méthode qu'elle proposait lui permettrait d'exécuter les travaux dans ce délai.

20. Il s'ensuit que **la décision de la BEI de maintenir sa non-objection à l'exclusion de l'offre du plaignant reposait sur une lecture juridiquement erronée des documents d'appel d'offres. C'était un cas de mauvaise administration.**

21. La mauvaise administration est particulièrement grave parce que, comme l'a reconnu l'OCDE, le bon déroulement des procédures de passation de marchés est un instrument clé dans la lutte contre la corruption dans le secteur public. Selon l'OCDE, les marchés publics sont l'activité gouvernementale la plus vulnérable au gaspillage, à la fraude et à la corruption en raison de l'ampleur des flux financiers concernés. L'intégrité dans les marchés publics est essentielle pour maintenir la confiance des citoyens dans le gouvernement [2] .

22. En outre, il est dans l'intérêt de la bonne réputation de la BEI en tant que principal fournisseur de financement de l'UE et en tant qu'institution de l'UE respectable aux yeux des autorités des pays tiers, des promoteurs et des contractants que les participants aux appels d'offres financés par des prêts de la BEI dans des pays tiers aient accès à un mécanisme de recours interne pleinement opérationnel au sein de la BEI. Cela est particulièrement important lorsque la BEI est impliquée dans des pays où les systèmes d'administration de la justice sont

sous-développés ou inefficaces.

23 . Dans ce contexte, le Médiateur prend acte de la déclaration suivante contenue dans le rapport 2013 de la Commission européenne sur l'état d'avancement de la Bosnie-Herzégovine (COM(2013) 700 final): *Aucune amélioration substantielle n'est à signaler en ce qui concerne le système juridique en Bosnie-Herzégovine, qui reste complexe et difficile. Le niveau de la législation est relativement élevé dans certains domaines; néanmoins, la mise en œuvre pratique des lois est souvent médiocre en raison de la faible capacité d'exécution des principales institutions. Le système judiciaire ne fonctionne souvent pas efficacement et ne couvre pas adéquatement les activités commerciales. L'exécution des contrats commerciaux reste un processus long, qui implique 37 procédures et prend en moyenne 595 jours, inchangé par rapport à l'année précédente. Dans l'ensemble, la faiblesse de l'état de droit, la corruption et l'application peu fiable des contrats continuent d'entraver l'environnement des entreprises* [3] .

24 . Dans ce contexte, l'approche adoptée par la BEI en l'espèce est tout à fait inacceptable. Elle risque de remettre en cause non seulement la réputation de la BEI, mais aussi l'engagement de l'Union à renforcer l'État de droit en Bosnie-Herzégovine. Ce préjudice à la réputation aurait pu être évité si la BEI avait suivi l'avis de son propre mécanisme interne de traitement des plaintes.

25. L'article 3, paragraphe 5, du statut du Médiateur européen prévoit que, lorsqu'un cas de mauvaise administration est identifié, le Médiateur recherche, dans la mesure du possible, une solution avec l'institution concernée pour éliminer cette mauvaise administration. En l'espèce, la gravité de la mauvaise administration et ses implications systémiques potentielles sont telles qu'il serait inapproprié de rechercher une telle solution. En tout état de cause, dans ce cas, aucune solution n'est désormais possible, étant donné que le projet de construction a été attribué à un autre soumissionnaire et que la construction a commencé il y a plusieurs mois. En l'espèce, le plaignant n'a pas cherché à être indemnisé pour les frais de préparation d'une demande d'appel d'offres qui, en raison d'une illégalité, ont été exclus de la procédure d'appel d'offres. En conséquence, le Médiateur ne recommandera pas de compensation financière pour ces coûts. Par conséquent, le Médiateur clôturera l'enquête par une remarque critique et enverra également une copie de cette décision aux présidents du Parlement européen, du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européenne, pour information.

26. L'Ombudsman espère que la Banque suivra la remarque critique en tirant les leçons appropriées de cette affaire pour l'avenir. Elle envisagera également d'ouvrir une enquête d'initiative sur les questions systémiques soulevées par l'affaire.

Conclusion

Sur la base de l'enquête sur cette plainte, le Médiateur la clôt avec la remarque critique suivante:

La décision de la BEI de maintenir sa non-objection à l'exclusion de l'offre du plaignant

reposait sur une lecture juridiquement incorrecte des documents d'appel d'offres. C'était un cas de mauvaise administration.

Les activités de la BEI portent atteinte à la réputation de l'Union européenne et devraient être conformes aux valeurs et aux principes de l'Union. La mauvaise administration de la BEI en l'espèce risque de remettre en cause non seulement la réputation de la BEI, mais aussi l'engagement de l'Union à renforcer l'État de droit en Bosnie-Herzégovine. Ce préjudice à la réputation aurait pu être évité si la BEI avait suivi l'avis de son propre mécanisme interne de traitement des plaintes.

Le plaignant et la BEI seront informés de cette décision. La Médiatrice enverra également une copie de sa décision aux présidents du Parlement européen, de la Commission européenne et du Conseil de l'Union européenne, pour information.

Emily O'Reilly

Fait à Strasbourg, le 23 octobre 2014

[1] Disponible à l'adresse suivante: http://www.ombudsman.europa.eu/cooperation/en/20080709-1.htm [Lien]

[2] Voir http://www.oecd.org/corruption/ethics/integrityinpublicprocurement.htm [Lien]

[3] http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/ba_rapport_2013_en.pdf, [Lien] p. 26.