

# **BGer 2P.322/2001 vom 11. September 2002**

Bundesgericht, 2002-09-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2P.322\\_2001](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2P.322_2001)

FR: TF 2P.322/2001 du 11 septembre 2002

IT: TF 2P.322/2001 del 11 settembre 2002

## **Regeste**

Droit fondamental

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 128 II 13 consid. 1a p. 16).

#### **E. 1.1**

Même si la législation fédérale sur les routes nationales contient des règles concernant la procédure d'adjudication de travaux publics, c'est à juste titre que la décision attaquée se fonde sur le droit cantonal; le recours de droit administratif est dès lors irrecevable dans ce domaine (arrêt du Tribunal fédéral 2P.274/1999 du 2 mars 2000 in: SJ 2000 I 546; arrêt du Tribunal fédéral 2P.429/1996 du 17 mars 1997 in: RDAT1997 II 105 consid. 2 p. 106; cf. également Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, thèse Fribourg 1997, p. 565 s.). La voie du recours de droit public est ouverte.

#### **E. 1.2**

Le recours de droit public exige en principe un intérêt actuel et pratique à l'annulation de l'arrêt attaqué, respectivement à l'examen des griefs soulevés ( art. 88 OJ ). En l'espèce, le contrat est déjà conclu avec le Consortium concurrent. Évincée, la recourante conserve néanmoins un intérêt juridique à faire constater l'illicéité de la décision d'adjudication conformément à l'art. 9 al. 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02; ATF 125 II 86 consid. 5b p. 97/98).

#### **E. 1.3**

Au surplus, déposé en temps utile contre un arrêt final pris en dernière instance cantonale, le présent recours est en principe recevable au regard des art. 84 ss OJ .

### **E. 2**

La recourante reproche au Tribunal administratif une interprétation insoutenable de l' art. 1 AIMPu , plus précisément de ses dispositions d'application cantonales sur la surveillance du marché au sens des art. 32 ss LcMP , en ne sanctionnant pas le pouvoir adjudicateur d'avoir, avec le Consortium adjudicataire, pris un mandataire commun devant le Tribunal administratif alors même que la décision d'adjudication n'était pas entrée en force.

#### **E. 2.1**

Dans la mesure où les arguments développés par la recourante reposent sur des éléments de fait - le choix par le pouvoir adjudicateur et le Consortium du même mandataire devant le Tribunal administratif - qui ont été portés à sa connaissance (cf. lettre B ci-dessus) avant le

prononcé de l'arrêt litigieux, sans avoir été invoqués en procédure cantonale, ils sont irrecevables, l'allégation de faits nouveaux n'étant pas admise dans les recours de droit public soumis à l'exigence de l'épuisement des instances cantonales ( art. 86 OJ ; ATF 107 Ia 265 consid. 2a p. 265; 102 Ia 246 consid. 2; 99 Ia 86 consid. 3 b).

## **E. 2.2**

Ce grief est également irrecevable faute d'être motivé conformément aux exigences de l' art. 90 al. 1 lettre b OJ , selon lequel l'acte de recours doit, à peine d'irrecevabilité, contenir un exposé succinct des droits constitutionnels ou des principes juridiques violés et préciser en quoi consiste la violation. L' art. 1 AIMPu énumère les principes que les cantons doivent respecter dans l'ouverture réciproque de leurs marchés publics, en particulier l'égalité de traitement entre soumissionnaires, l'impartialité de l'adjudication et la transparence des procédures de passation des marchés. Ces principes se retrouvent également dans l' art. 1 LcMP . Les art. 32 ss LcMP précisent la procédure et les conditions relatives à la décision d'adjudication et au contrat faisant suite à la décision d'adjudication. Si la recourante expose bien que le choix d'un mandataire commun par le pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire avant la décision d'adjudication serait incompatible avec le principe de l'égalité de traitement et l'impartialité de la procédure, elle n'indique toutefois pas en quoi le choix, après la décision d'adjudication, d'un mandataire commun par le pouvoir adjudicateur et le concurrent choisi pour défendre des intérêts certes différents mais néanmoins convergents serait de nature à violer les dispositions des art. 1 AIMPu et 32 ss LcMP. Au demeurant, ses critiques, qui visent le comportement du mandataire en l'espèce, relèveraient à première vue plutôt des autorités disciplinaires chargées de la surveillance du Barreau.

## **E. 3**

La recourante considère que le Tribunal administratif a violé les "conditions générales de juin 1999 et les "conditions particulières" régissant le marché public en cause. Elle se plaint de ce que ses griefs n'ont pas été examinés par le Tribunal, ce qui l'a conduit à ne pas réclamer le dossier complet de la cause, violant ainsi son droit d'être entendue.

### **E. 3.1**

Selon l' art. 18 LcMP , le dossier de soumission doit contenir tous les documents et toutes les informations nécessaires à la préparation d'une offre, notamment en ce qui concerne les conditions spécifiques (lettre d). Le Service cantonal a constitué un dossier de soumission exposant les conditions générales et les conditions particulières, en particulier les données à fournir lors du dépôt de l'offre, les conditions de validation techniques et économiques. Le chiffre 3.3 des conditions générales prévoit: "Le dossier de soumission est l'expression de la solution du Maître de l'Ouvrage. Il est absolument interdit de modifier ou de supprimer tout ou partie du texte du cahier des charges, du devis descriptif (série de prix) ou autre document faisant partie du dossier de l'offre. Le non respect de cette clause entraînera l'irrecevabilité de l'offre. Si l'entrepreneur tient à offrir une variante, il le fera séparément, sur feuilles annexes, en joignant tous les documents nécessaires à son appréciation complète et objective [...]. Dans tous les cas, sauf si le contraire est stipulé dans les conditions particulières ou qu'une dérogation écrite a été envoyée à tous les soumissionnaires, il remplira la soumission correspondant à la solution prévue par le Maître de l'Ouvrage, à défaut de quoi son offre ne sera pas retenue. En cas de refus d'une variante, le Maître de l'Ouvrage n'est pas tenu de justifier sa décision."

### **E. 3.2**

Dans un premier grief, la recourante soutient que le Tribunal administratif a violé les chiffres 3.3 des conditions générales ainsi que 9 et 11.2 des conditions particulières, en n'éliminant pas l'offre du Consortium adjudicataire non conforme, selon elle, au cahier des charges s'agissant du critère "Plans d'exécution", la largeur des armoires devant être de 1100 mm et non pas de 800 mm, comme représenté dans l'offre. A son avis, le Consortium, pour se conformer aux conditions générales, aurait dû présenter des plans avec des cellules de 1100 mm, cas échéant, une variante de 800 mm présentée séparément, accompagnée d'un devis descriptif (série de prix). Le critère "Plans d'exécution" a valu la note 1 à la recourante et la note 2 au Consortium. Le pouvoir adjudicateur a expliqué cette différence par le fait que la recourante n'avait proposé que quelques plans d'implantation des armoires et coffrets, ne répondant que de manière insuffisante au cahier des charges, alors que son concurrent avait déposé tous les plans d'implantation. La recourante n'a pas contesté ce point. En revanche, elle avait fait valoir devant le Tribunal administratif que la largeur de certaines cellules représentées sur les plans établis par le Consortium n'était pas conforme au cahier des charges, ce que le Tribunal administratif n'a pas examiné, considérant que l'attribution de la note 1 au lieu de la note 2 au Consortium n'était pas suffisante à modifier le classement et donner le premier rang à la recourante. Le raisonnement hâtif du Tribunal administratif est erroné. Parmi les règles destinées à assurer la régularité et la transparence de la procédure d'adjudication que le pouvoir adjudicateur s'est librement imposées en édictant les conditions générales et particulières applicables au marché en cause figurait l'obligation pour le soumissionnaire qui présentait une variante de la déposer séparément de l'offre conforme au cahier des charges et, dans tous les cas, de remplir la soumission correspondant à la solution prévue par le Maître de l'Ouvrage, à défaut de quoi son offre n'était pas retenue (cf. art. 3.3 des conditions générales). Dans ces conditions, dès l'instant où la recourante arguait de la non-conformité de l'offre de son concurrent, le Tribunal administratif devait vérifier le bien-fondé de telles allégations et, le cas échéant, examiner les conséquences de l'éventuelle non-conformité de l'offre de l'adjudicataire eu égard aux conditions générales et particulières qui régissaient le marché en cause. En particulier, il ne pouvait pas éviter de confronter la largeur de armoires décrites dans les offres concurrentes aux exigences techniques du cahier des charges. A l'issue de cet examen, il ne pouvait pas non plus éviter de se prononcer sur la conformité des offres au cahier des charges. Dans l'hypothèse où l'offre du soumissionnaire choisi n'était pas conforme aux exigences techniques, il devait se demander si l'offre constituait une plus-value ou une variante. Il devait également vérifier que la présentation d'une éventuelle variante avait eu lieu séparément et en sus de l'offre conforme au cahier des charge. Enfin, il devait déterminer à la lumière des dispositions contenues dans les conditions générales et particulières applicables au marché en cause les conséquences de ses constatations sur le sort des offres, telles que, par exemple, l'élimination de l'offre ou l'octroi d'une note entre 1 et 4.

### **E. 3.3**

Dans un deuxième grief, la recourante soutient que le Tribunal administratif a violé le chiffre 9 des conditions particulières, en n'éliminant pas l'offre du Consortium adjudicataire, alors qu'elle comprenait la présentation d'une variante à propos du critère "compatibilité électromagnétique" qui n'était pas accompagnée du devis descriptif des prix. De l'avis de la recourante, le Consortium devait remettre séparément sa variante et lui adjoindre un devis descriptif (série de prix). Le critère de compatibilité électromagnétique a valu la note 2 à la

recourante et la note 4 au Consortium. Cet écart était justifié, selon le pouvoir adjudicateur, par le fait que le Consortium avait "proposé une conception, en variante, de construction pour limiter les propagations d'ondes électromagnétiques de très haute fréquence"; il s'agissait ainsi "d'un plus" par rapport aux exigences du cahier des charges. La recourante n'a pas contesté ce point. En revanche, elle a affirmé que les incidences financières de cette solution, différente de l'offre de base, n'avaient pas été chiffrées, ce qui serait contraire aux conditions régissant la procédure d'adjudication. Le Tribunal administratif a considéré que "ce raisonnement était erroné puisque, selon la procédure d'adjudication établie pour le marché litigieux, le coût de cette amélioration technique n'avait, à juste titre, pas à être pris en considération au stade de l'analyse technique de l'offre puisqu'il n'était déterminant qu'au stade de l'analyse financière". Ce point de vue, mal motivé, est erroné. Les conditions générales et particulières distinguent les "variantes" des "réponses avec plus-value technique", dont elles précisent la définition et les conditions d'admission et de présentation (chiffre 3.3 des conditions générales et chiffre 9 des conditions particulières). Dans ces conditions, dès lors que la recourante reprochait au pouvoir adjudicateur de n'avoir pas tenu compte de l'absence de devis pour la solution proposée par son concurrent concernant la compatibilité électromagnétique, le Tribunal ne pouvait éviter de confronter les offres concurrentes aux exigences techniques du cahier des charges. En particulier, il ne pouvait s'abstenir d'examiner si la solution présentée par le concurrent choisi constituait une variante ou une offre conforme au cahier des charges présentant une plus-value technique. Ces constatations faites, il devait établir si les variantes et les plus-value devaient être chiffrées. Enfin, il devait motiver les conséquences de l'absence de devis à la lumière des dispositions applicables au marché en cause, après avoir, le cas échéant interprété leur contenu.

#### **E. 3.4**

Par conséquent, en ne procédant pas à la confrontation des offres concurrentes aux exigences du cahier des charges et en s'abstenant d'en examiner la conséquence sur le sort des offres, le Tribunal administratif a constaté les faits de manière manifestement inexacte et incomplète. Pour procéder aux constatations précitées, le Tribunal administratif devait disposer d'un dossier complet, contenant pour le moins les offres concurrentes, ce qui n'était pas le cas. C'est donc à juste titre que la recourante se plaint également de la violation de son droit d'être entendue, garanti par la Constitution ainsi que par l'accord intercantonal sur les marchés public et la loi cantonale sur les marchés publics.

#### **E. 4**

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours dans la mesure où il est recevable et à l'annulation de l'arrêt du Tribunal administratif du 8 novembre 2001. Vu l'issue du recours, les frais judiciaires doivent être mis à la charge du canton de Neuchâtel qui succombe, le Consortium n'ayant pas procédé devant le Tribunal fédéral et n'étant en rien concerné par les conséquences de la procédure après la conclusion du contrat ( art. 156 al. 1 OJ en relation avec les art. 153 et 153a OJ ). La recourante qui a procédé avec l'aide d'un mandataire professionnel a droit à des dépens pour la procédure fédérale ( art. 159 al. 1 OJ ).