

# **NE\_GERICHTE CDP.2015.178 vom 3. November 2015**

NE Tribunal cantonal, 2015-11-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2015.178](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2015.178)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2015.178 du 3 novembre 2015

IT: NE\_GERICHTE CDP.2015.178 del 3 novembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'intérêt de la recourante à s'opposer à une décision d'interruption suivie d'une répétition de la procédure d'appel d'offres, et partant sa qualité pour recourir à son encontre, n'est pas sans susciter quelques doutes. Les principaux arguments qu'elle fait valoir à cet égard relèvent de sa crainte que la procédure ne soit pas répétée sous la même forme et pour le même objet, ou qu'elle-même soit désavantagée par l'implication d'autres entreprises dans la phase préalable à un nouvel appel d'offres. Par nature, ces arguments relèvent de suppositions que l'on ne peut écarter sans autre. Le pouvoir adjudicateur n'y a répondu que partiellement dans sa réponse et sa duplique. Certains arguments sont développés dans l'avis de droit produit, réputé faire partie intégrante de la détermination de l'intimée. Dans la mesure où la recourante invoque son incertitude et sa crainte d'être évincée par une distorsion de la procédure visant à favoriser un autre soumissionnaire, et que l'intimée n'y a répondu qu'au stade de ses observations, son intérêt à contester la décision attaquée et, partant, sa qualité pour recourir est admise. Interjeté pour le reste dans les formes et délais légaux, le recours est recevable.

### **E. 2**

a) L'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 ( AIMP ) vise l'ouverture des marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales et à harmoniser les règles de passation des marchés conformément à des principes définis en commun ainsi qu'à transposer les obligations découlant de l'Accord relatif aux marchés publics (OMC) et de l'Accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur certains aspects relatifs aux marchés publics (art. 1 al. 1 et 2 AIMP). Les autorités compétentes de chaque canton édictent des dispositions d'exécution, qui doivent être conformes à l'accord (art. 3 AIMP). Les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir notamment la possibilité d'interrompre et de répéter la procédure de passation en cas de justes motifs uniquement (art. 13 let. i AIMP ). b) La loi cantonale sur les marchés publics du 23 mars 1999 ( LCMP ) se fonde sur la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) du 6 octobre 1995 et sur l' AIMP . Elle se veut un complément de l' AIMP (art. 1 al. 1 LCMP) et réserve les dispositions particulières résultant d'accords internationaux et intercantonaux liant le canton ou les pouvoirs adjudicateurs qui en dépendent (art. 8 LCMP). Dans sa section 4, intitulée "Interruption et répétition de la procédure d'adjudication", la loi cantonale prévoit, à son article 36, les cas d'interruption et de répétition de la procédure sans mentionner l'existence de "justes motifs" tels que contenus dans l'article 13 let. i AIMP . L'interruption est obligatoire lorsqu'aucune offre satisfaisant les exigences techniques et les critères définis dans l'appel d'offres et le dossier de soumission n'a été présentée (art. 36 al. 1 let. a LCMP), lorsque des offres plus avantageuses sont attendues du fait de la disparition de distorsions

de concurrence (art. 36 al. 1 let. b LCMP), ou lorsqu'une modification importante du projet a été nécessaire (art. 36 al. 1 let. c LCMP). Le rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi cantonale sur les marchés publics du 10 février 1999 (BOGC 1998/99, vol. 164 II, p. 2336 ss, 2357 s.) disposait que l'article 36 al. 1 avait été modifié par rapport au projet initial afin de préciser, de manière exhaustive, les circonstances dans lesquelles une procédure d'adjudication pouvait être interrompue ou répétée. La modification ultérieure de cette disposition, introduite par la loi du 4 novembre 2003, a abouti à l'introduction d'un second alinéa qui donne le choix au pouvoir adjudicateur d'interrompre et de répéter la procédure, au stade de l'adjudication dans l'hypothèse où toutes les offres dépassent le crédit prévu (art. 36 al. 2 let. a LCMP), ne permettent pas de garantir une concurrence efficace, soit parce que seule une offre est valable soit qu'il n'y a pas plus de deux offres valables et qu'un écart important de prix les caractérise (art. 36 al. 1 let. b LCMP) et lorsque les offres apparaissent comme manifestement réparties entre les différents soumissionnaires (art. 36 al. 2 let. c LCMP). La notion d'exclusivité des motifs d'annulation et de répétition n'a plus été abordée dans le rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil ni au cours des débats parlementaires, quand bien même l'élargissement de l'alinéa 2 introduisait un catalogue de nouveaux motifs potentiels d'interruption de la procédure. La jurisprudence cantonale, spécialement l'arrêt de la Cour de droit public du 5 mars 2014 publié in RJN 2014, p. 395, laisse indécise la question de savoir si l'énumération des conditions d'une répétition de la procédure prévues à l'article 36 LCMP est ou non exhaustive. c) Selon la doctrine et la jurisprudence, l'annulation d'une procédure de marchés publics, avec ou sans répétition ultérieure, doit être réservée à un cas où il existe de justes motifs ou des motifs importants. Cette restriction au libre pouvoir de disposer des collectivités adjudicatrices peut se fonder soit sur les obligations précontractuelles déduites de l'article 2 CC ( Galli/Lehmann/Rechsteiner, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, p. 138), soit sur le principe de la bonne foi, en tant que principe général du droit, applicable directement à la procédure administrative que constitue la phase de passation du marché. L'appel d'offres peut être analysé comme une promesse de passer un marché que le pouvoir adjudicateur doit en principe honorer en procédant à une adjudication, mais qu'il peut interrompre pour de justes motifs. Une interruption ne saurait être admise si l'on peut reprocher au pouvoir adjudicateur un comportement contraire aux règles de la bonne foi ( Stöckli, note ad S.20, DC 2003, p. 67 ch. 4; note ad S9, DC 1999, p. 56) et l'interruption de la procédure ne doit pas être discriminatoire (DC I/2013, p. 38 no 17). On ne saurait, en règle générale, admettre un juste motif d'interruption définitive de passation du marché lorsque le motif de l'interruption est imputable, respectivement causé, par l'autorité adjudicatrice elle-même ( Galli/Moser, Lang/Clerc, op. cit. ch. 506, p. 215) ou que le motif était prévisible pour le pouvoir adjudicateur lors de l'ouverture de la procédure de soumission. Par ailleurs, le principe de la confiance découlant de l'article 9 Cst. féd. protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il règle sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 131 II 627 cons. 6.1 et les références citées in RJN 2014, p. 395 ss, sp. 400)

### **E. 3**

Il s'agit tout d'abord d'examiner si l'une des conditions prévues à l'article 36 LCMP est remplie en l'espèce et, dans la négative, si la liste que contient cette disposition doit être considérée comme exhaustive ou si d'autres raisons que celles qui y sont énumérées peuvent être admises dans le cadre des justes motifs prévus à l'article 13 let. i AIMP. Si tel est le

cas, il conviendra d'examiner si l'annulation de la procédure peut se faire ab initio, c'est-à-dire porter sur l'ensemble des démarches effectuées par l'autorité jusqu'au stade de l'appel d'offres y compris, comme le prévoit la décision attaquée. a) En l'espèce, la commune adjudicatrice a fondé sa décision sur l'article 36 al. 1 let. a LCMP, qui impose d'interrompre la procédure d'appel d'offres lorsqu'aucune offre satisfaisant les exigences techniques et les critères définis dans l'appel d'offres et le dossier de soumission n'a été présentée. Ce motif n'est pas réalisé puisque la commune a adjugé, et par deux fois, le marché à l'un des soumissionnaires, dont l'offre a été considérée comme satisfaisante. Il ressort de l'arrêt du 3 juillet 2014 de la Cour de céans que d'autres offres avaient également été établies selon un catalogue de possibilités plutôt que dans le détail d'une seule variante. b) La condition de l'article 36 al. 2 let. b LCMP n'est pas non plus remplie en l'espèce, à mesure qu'il n'est pas attendu d'offres plus avantageuses en raison de la disparition de distorsions de concurrence. c) Selon l'article 36 al. 1 let. c LCMP, une modification importante du projet doit aussi entraîner l'interruption et la répétition de la procédure. Cette disposition est analysée dans l'avis de droit produit par la commune adjudicatrice. Comme le relève la recourante, l'objectif de la commune d'équiper un nouveau complexe scolaire d'un système de chauffage-ventilation-MCR et le cadre prévu sont restés identiques. Si, comme le soutient l'adjudicatrice, l'appel d'offres souffrait d'un manquement qui a vicié la procédure depuis son début, ce n'est pas le projet qui est modifié, mais la formulation de ce que l'adjudicatrice attendait des soumissionnaires. Les besoins sont restés les mêmes, mais doivent être exprimés d'une manière propre à éviter une confusion. Les conditions de l'article 36 al. 1 let. c LCMP, interprété strictement, ne sont pas remplies en l'espèce. d) Les conditions de l'article 36 al. 2 LCMP, énoncées au cons. 2, let. b ci-dessus, ne le sont pas davantage, sans qu'il soit besoin de les analyser de manière détaillée. e) Il convient donc de déterminer dans quelle mesure les motifs invoqués par la commune adjudicatrice peuvent donner lieu à une interruption suivie d'une répétition de la procédure, ce qui revient à se prononcer sur le caractère exhaustif ou non de l'énumération de l'article 36 LCMP. A cet égard, on rappellera que cette disposition, qui se voulait exhaustive lors des premiers débats parlementaires qui ont présidé à l'élaboration de la LCMP, a subi un élargissement lors de l'introduction du second alinéa de l'article 36 LCMP par la loi du 4 novembre 2003 (cf. cons. 2b ci-dessus). On doit du reste se demander si une formulation fermée des motifs d'interruption et de répétition d'une procédure d'adjudication respecte le cadre des "justes motifs" en présence desquels l'article 13 let. i AIMP enjoint les cantons de permettre, dans leur législation, l'interruption de la procédure, tant il paraît difficile, devant la diversité et la multiplicité des situations et les contraintes techniques de certains marchés, de fixer une fois pour toutes le cadre des "justes motifs" susceptibles de justifier cette démarche du pouvoir adjudicateur. Comme le relève l'intimée, le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation étendue. Par ailleurs, dans d'autres domaines du droit, la notion de "justes motifs" présuppose l'examen de l'ensemble des circonstances d'un cas. Le cadre tracé par l'AIMP et le droit international, auquel le législateur cantonal s'est fréquemment référé, vise à assurer aux pouvoirs publics l'accès au marché à des conditions qui garantissent une concurrence efficace, l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, l'impartialité dans l'appréciation des offres, la transparence des procédures et l'utilisation parcimonieuse des deniers publics. Dans la mesure où ces objectifs sont respectés, il convient encore d'examiner les circonstances concrètes du cas. La jurisprudence et la doctrine exigent que les justes motifs propres à entraîner l'interruption de la procédure relèvent de l'intérêt public, ne soient pas imputables au pouvoir adjudicateur ou du moins qu'il n'en ait pas eu

connaissance avant le début de la procédure. Enfin, les règles générales de la sécurité du droit, de la bonne foi ainsi que les obligations qui régissent les relations précontractuelles trouvent application. L'interruption de la procédure ab initio et sa répétition depuis le stade de l'appel d'offres constituent une démarche que le Tribunal fédéral n'a jugée possible qu'à titre exceptionnel et pour un motif important, comme pour les marchés fédéraux (arrêt du 04.09.2015 dans la cause [2C\_876/2014] avec référence à ATF 134 II 192 cons. 2.3, p. 198 s.; pour le droit cantonal, voir ATF 130 II 156 cons. 2.7.1). Il a rappelé que l'interruption du marché, ce qui suppose l'annulation de tous les actes déjà accomplis, apparaît comme une ultima ratio (arrêt [2C\_876/2014] précité avec référence à Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht, 3<sup>ème</sup> éd. 2013, no 799, p. 353). Le Tribunal fédéral a justifié cette approche restrictive par le fait que, lorsqu'il met en place une procédure de marché public, le pouvoir adjudicateur doit assurer à chaque soumissionnaire une chance réelle et juste d'être choisi en fonction des exigences posées. L'interruption suivie d'une répétition peut avoir pour effet de désavantager le soumissionnaire dans la seconde procédure, elle engendre des coûts supplémentaires pour les deux parties et elle freine le déroulement d'une procédure que l'on voulait rapide. Impliquant de revenir sur des décisions qui peuvent être entrées en force, elle nuit également à la sécurité juridique. Le Tribunal fédéral a néanmoins estimé qu'il appartient en premier lieu au pouvoir adjudicateur de décider s'il convient d'interrompre la procédure, soit définitivement, soit en la répétant ou en la renouvelant (arrêt [2C\_876/2014] précité, cons. 6.3), en présence de justes motifs.

#### **E. 4**

Dans sa décision du 22 juin 2015, la commune adjudicatrice a indiqué qu'elle souhaitait à la base obtenir une réflexion générale sur des propositions de solutions pour qu'elle puisse choisir de réaliser celle qu'elle estimait préférable, dans le sens d'une procédure s'apparentant à un concours, mais que les experts qu'elle a mandatés pour rédiger le cahier des charges n'avaient pas formulé le premier critère de "compréhension et analyse du projet" de manière adéquate. Elle n'a pas détaillé davantage les raisons de cet état de fait. L'avis de droit qu'elle produit postule l'existence d'un "malentendu entre la commune et certains soumissionnaires" et voit l'interruption de la procédure comme "moyen de mettre fin à ce quiproquo pour procéder à une nouvelle mise en concurrence sur des bases plus claires". Ces objectifs, qui visent à reprendre la procédure sur des bases plus solides, répond sans conteste aux objectifs de la loi sur les marchés publics. L'allégation du pouvoir adjudicateur quant à l'existence d'une erreur ou d'une imprécision dans la libellé de l'appel d'offres est crédible et peut avoir entraîné la présentation d'offres jugées sans adéquation avec ce qui était attendu des soumissionnaires, ce qui désavantageait certains d'entre eux. L'évaluation effectuée sur cette base a été annulée par l'arrêt de la Cour de céans du 4 juillet 2015. Cette erreur dans la formulation de l'appel d'offres est uniquement imputable à l'adjudicatrice. Son intérêt se recouvre en l'espèce avec l'intérêt public, à mesure qu'elle doit assurer rapidement les conditions du chauffage de son futur collège et assurer un déroulement rapide et sans heurts du chantier. La recourante, pour sa part, aura la possibilité de présenter une nouvelle offre comme les autres soumissionnaires et conserve les mêmes chances de remporter le marché que dans la procédure initiale. Les objections de la recourante à l'égard de l'interruption et de la répétition de la procédure ne convainquent pas. Elle énonce des craintes d'ordre général quant au lancement d'une étude préliminaire dont l'objectif serait de scinder le marché en deux pour échapper aux seuils des marchés publics au stade de la réalisation, ce que l'adjudicatrice a déclaré ne pas envisager. La recourante craint également d'être évincée de la procédure ultérieure, voire d'être défavorisée si l'un des

soumissionnaires était impliqué dans le projet avant la répétition de la procédure. Cet argument relève d'une simple éventualité et n'est pas étayé plus avant, et l'implication d'une entreprise avant l'appel d'offres pourrait être sanctionnée par une mise à l'écart de celle-ci dans la procédure ultérieure. Par ailleurs, on ne distingue pas, dans les pièces soumises à la Cour, d'indice que l'adjudicatrice aurait agi de mauvaise foi dans l'intention de défavoriser la recourante. La raison qu'elle invoque, soit une erreur dans la formulation de l'appel d'offres qui ne peut être réparée autrement que par la répétition de la procédure ab initio, peut être considérée comme un juste motif au sens de l'article 13 let. i AIMP et prendre place dans le catalogue de l'article 36 al. 1 LCMP .

#### **E. 5**

La recourante fait valoir que la norme SIA 108, qui coiffe le projet, permet de faire des propositions et des choix de variantes après l'adjudication. La commune adjudicatrice serait ainsi libérée de la crainte d'être "enfermée" dans une solution qu'elle n'aurait pas choisie. Cet argument néglige le fait que l'appel d'offres implique un cadre financier et qu'un changement du type de chauffage, ne serait-ce que pour le combustible, entraînera des variations de prix importantes. Il est rappelé que les parties demeurent liées par leurs offres sans pouvoir les modifier par la suite ni surtout en modifier les prix. Ceux-ci étaient du reste pris en compte pour 25 % dans l'appréciation des offres. Par ailleurs, s'il est vrai que le chapitre 4 de la norme SIA 108 distingue les études préliminaires et l'étude du projet avant l'appel d'offres, le présent dossier porte sur une phase postérieure. Enfin, si la norme SIA 108 coiffe l'appel d'offres, elle ne peut se substituer au cadre tracé par celui-ci.

#### **E. 6**

Ces considérants amènent au rejet du recours. Le présent arrêt rend la demande de mesures provisionnelles et superprovisionnelles sans objet, dans la mesure où elle en aurait conservé un après le dépôt de la réplique. Vu l'issue du litige, les frais, par 2'200 francs en regard de la valeur litigieuse, sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 47 al. 1 LPJA , par renvoi de l'art. 41 LCMP ). Elle n'a pas droit à des dépens.

#### **E. 36**

al. 1 let. b LCMP) et lorsque les offres apparaissent comme manifestement réparties entre les différents soumissionnaires (art. 36 al. 2 let. c LCMP). La notion d'exclusivité des motifs d'annulation et de répétition n'a plus été abordée dans le rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil ni au cours des débats parlementaires, quand bien même l'élargissement de l'alinéa 2 introduisait un catalogue de nouveaux motifs potentiels d'interruption de la procédure. La jurisprudence cantonale, spécialement l'arrêt de la Cour de droit public du 5 mars 2014 publié inRJN 2014, p. 395, laisse indécise la question de savoir si l'énumération des conditions d'une répétition de la procédure prévues à l'article 36LCMP est ou non exhaustive.

c) Selon la doctrine et la jurisprudence, l'annulation d'une procédure de marchés publics, avec ou sans répétition ultérieure, doit être réservée à un cas où il existe de justes motifs ou des motifs importants. Cette restriction au libre pouvoir de disposer des collectivités adjudicatrices peut se fonder soit sur les obligations précontractuelles déduites de l'article 2 CC (Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, p. 138), soit sur le principe de la bonne foi, en tant que principe général du droit, applicable directement à la procédure administrative que constitue la phase de passation du marché. L'appel d'offres peut être analysé comme une promesse de passer un marché que le pouvoir

adjudicateur doit en principe honorer en procédant à une adjudication, mais qu'il peut interrompre pour de justes motifs. Une interruption ne saurait être admise si l'on peut reprocher au pouvoir adjudicateur un comportement contraire aux règles de la bonne foi (Stöckli, note ad S.20, DC 2003, p. 67 ch. 4; note ad S9, DC 1999, p. 56) et l'interruption de la procédure ne doit pas être discriminatoire (DC I/2013, p. 38 no 17). On ne saurait, en règle générale, admettre un juste motif d'interruption définitive de passation du marché lorsque le motif de l'interruption est imputable, respectivement causé, par l'autorité adjudicatrice elle-même (Galli/Moser, Lang/Clerc, op. cit. ch. 506, p. 215) ou que le motif était prévisible pour le pouvoir adjudicateur lors de l'ouverture de la procédure de soumission. Par ailleurs, le principe de la confiance découlant de l'article 9 Cst. féd. protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il règle sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF131 II 627cons. 6.1 et les références citées inRJN 2014, p. 395ss, sp. 400)

3. Il s'agit tout d'abord d'examiner si l'une des conditions prévues à l'article 36 LCMP est remplie en l'espèce et, dans la négative, si la liste que contient cette disposition doit être considérée comme exhaustive ou si d'autres raisons que celles qui y sont énumérées peuvent être admises dans le cadre des justes motifs prévus à l'article 13 let. i AIMP. Si tel est le cas, il conviendra d'examiner si l'annulation de la procédure peut se faire ab initio, c'est-à-dire porter sur l'ensemble des démarches effectuées par l'autorité jusqu'au stade de l'appel d'offres y compris, comme le prévoit la décision attaquée.

a) En l'espèce, la commune adjudicatrice a fondé sa décision sur l'article 36 al. 1 let. a LCMP, qui impose d'interrompre la procédure d'appel d'offres lorsqu'aucune offre satisfaisant les exigences techniques et les critères définis dans l'appel d'offres et le dossier de soumission n'a été présentée. Ce motif n'est pas réalisé puisque la commune a adjugé, et par deux fois, le marché à l'un des soumissionnaires, dont l'offre a été considérée comme satisfaisante. Il ressort de l'arrêt du 3 juillet 2014 de la Cour de céans que d'autres offres avaient également été établies selon un catalogue de possibilités plutôt que dans le détail d'une seule variante.

b) La condition de l'article 36 al. 2 let. b LCMP n'est pas non plus remplie en l'espèce, à mesure qu'il n'est pas attendu d'offres plus avantageuses en raison de la disparition de distorsions de concurrence.

c) Selon l'article 36 al. 1 let. c LCMP, une modification importante du projet doit aussi entraîner l'interruption et la répétition de la procédure. Cette disposition est analysée dans l'avis de droit produit par la commune adjudicatrice. Comme le relève la recourante, l'objectif de la commune d'équiper un nouveau complexe scolaire d'un système de chauffage-ventilation-MCR et le cadre prévu sont restés identiques. Si, comme le soutient l'adjudicatrice, l'appel d'offres souffrait d'un manquement qui a vicié la procédure depuis son début, ce n'est pas le projet qui est modifié, mais la formulation de ce que l'adjudicatrice attendait des soumissionnaires. Les besoins sont restés les mêmes, mais doivent être exprimés d'une manière propre à éviter une confusion. Les conditions de l'article 36 al. 1 let. c LCMP, interprété strictement, ne sont pas remplies en l'espèce.

d) Les conditions de l'article 36 al. 2 LCMP, énoncées au cons. 2, let. b ci-dessus, ne le sont pas davantage, sans qu'il soit besoin de les analyser de manière détaillée.

e) Il convient donc de déterminer dans quelle mesure les motifs invoqués par la commune adjudicatrice peuvent donner lieu à une interruption suivie d'une répétition de la procédure, ce qui revient à se prononcer sur le caractère exhaustif ou non de l'énumération de l'article 36LCMP. A cet égard, on rappellera que cette disposition, qui se voulait exhaustive lors des premiers débats parlementaires qui ont présidé à l'élaboration de la LCMP, a subi un élargissement lors de l'introduction du second alinéa de l'article 36LCMP par la loi du 4 novembre 2003 (cf. cons. 2b ci-dessus). On doit du reste se demander si une formulation fermée des motifs d'interruption et de répétition d'une procédure d'adjudication respecte le cadre des "justes motifs" en présence desquels l'article 13 let. iAIMP enjoint les cantons de permettre, dans leur législation, l'interruption de la procédure, tant il paraît difficile, devant la diversité et la multiplicité des situations et les contraintes techniques de certains marchés, de fixer une fois pour toutes le cadre des "justes motifs" susceptibles de justifier cette démarche du pouvoir adjudicateur. Comme le relève l'intimée, le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation étendue. Par ailleurs, dans d'autres domaines du droit, la notion de "justes motifs" présuppose l'examen de l'ensemble des circonstances d'un cas.

Le cadre tracé par l'AIMPet le droit international, auquel le législateur cantonal s'est fréquemment référé, vise à assurer aux pouvoirs publics l'accès au marché à des conditions qui garantissent une concurrence efficace, l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, l'impartialité dans l'appréciation des offres, la transparence des procédures et l'utilisation parcimonieuse des deniers publics. Dans la mesure où ces objectifs sont respectés, il convient encore d'examiner les circonstances concrètes du cas. La jurisprudence et la doctrine exigent que les justes motifs propres à entraîner l'interruption de la procédure relèvent de l'intérêt public, ne soient pas imputables au pouvoir adjudicateur ou du moins qu'il n'en ait pas eu connaissance avant le début de la procédure. Enfin, les règles générales de la sécurité du droit, de la bonne foi ainsi que les obligations qui régissent les relations précontractuelles trouvent application.

L'interruption de la procédure ab initio et sa répétition depuis le stade de l'appel d'offres constituent une démarche que le Tribunal fédéral n'a jugée possible qu'à titre exceptionnel et pour un motif important, comme pour les marchés fédéraux (arrêt du 04.09.2015 dans la cause [2C\_876/2014] avec référence à ATF134 II 192 cons. 2.3, p. 198 s.; pour le droit cantonal, voir ATF130 II 156 cons. 2.7.1). Il a rappelé que l'interruption du marché, ce qui suppose l'annulation de tous les actes déjà accomplis, apparaît comme une *ultima ratio* (arrêt [2C\_876/2014] précité avec référence à Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht*, 3<sup>ème</sup> éd. 2013, no 799, p. 353). Le Tribunal fédéral a justifié cette approche restrictive par le fait que, lorsqu'il met en place une procédure de marché public, le pouvoir adjudicateur doit assurer à chaque soumissionnaire une chance réelle et juste d'être choisi en fonction des exigences posées. L'interruption suivie d'une répétition peut avoir pour effet de désavantager le soumissionnaire dans la seconde procédure, elle engendre des coûts supplémentaires pour les deux parties et elle freine le déroulement d'une procédure que l'on voulait rapide. Impliquant de revenir sur des décisions qui peuvent être entrées en force, elle nuit également à la sécurité juridique. Le Tribunal fédéral a néanmoins estimé qu'il appartient en premier lieu au pouvoir adjudicateur de décider s'il convient d'interrompre la procédure, soit définitivement, soit en la répétant ou en la renouvelant (arrêt [2C\_876/2014] précité, cons. 6.3), en présence de justes motifs.

4. Dans sa décision du 22 juin 2015, la commune adjudicatrice a indiqué qu'elle souhaitait à la base obtenir une réflexion générale sur des propositions de solutions pour qu'elle puisse

choisir de réaliser celle qu'elle estimait préférable, dans le sens d'une procédure s'apparentant à un concours, mais que les experts qu'elle a mandatés pour rédiger le cahier des charges n'avaient pas formulé le premier critère de "compréhension et analyse du projet" de manière adéquate. Elle n'a pas détaillé davantage les raisons de cet état de fait. L'avis de droit qu'elle produit postule l'existence d'un "malentendu entre la commune et certains soumissionnaires" et voit l'interruption de la procédure comme "moyen de mettre fin à ce quiproquo pour procéder à une nouvelle mise en concurrence sur des bases plus claires".

Ces objectifs, qui visent à reprendre la procédure sur des bases plus solides, répond sans conteste aux objectifs de la loi sur les marchés publics. L'allégation du pouvoir adjudicateur quant à l'existence d'une erreur ou d'une imprécision dans la libellé de l'appel d'offres est crédible et peut avoir entraîné la présentation d'offres jugées sans adéquation avec ce qui était attendu des soumissionnaires, ce qui désavantageait certains d'entre eux. L'évaluation effectuée sur cette base a été annulée par l'arrêt de la Cour de céans du 4 juillet 2015. Cette erreur dans la formulation de l'appel d'offres est uniquement imputable à l'adjudicatrice. Son intérêt se recouvre en l'espèce avec l'intérêt public, à mesure qu'elle doit assurer rapidement les conditions du chauffage de son futur collègue et assurer un déroulement rapide et sans heurts du chantier. La recourante, pour sa part, aura la possibilité de présenter une nouvelle offre comme les autres soumissionnaires et conserve les mêmes chances de remporter le marché que dans la procédure initiale.

Les objections de la recourante à l'égard de l'interruption et de la répétition de la procédure ne convainquent pas. Elle énonce des craintes d'ordre général quant au lancement d'une étude préliminaire dont l'objectif serait de scinder le marché en deux pour échapper aux seuils des marchés publics au stade de la réalisation, ce que l'adjudicatrice a déclaré ne pas envisager. La recourante craint également d'être évincée de la procédure ultérieure, voire d'être défavorisée si l'un des soumissionnaires était impliqué dans le projet avant la répétition de la procédure. Cet argument relève d'une simple éventualité et n'est pas étayé plus avant, et l'implication d'une entreprise avant l'appel d'offres pourrait être sanctionnée par une mise à l'écart de celle-ci dans la procédure ultérieure.

Par ailleurs, on ne distingue pas, dans les pièces soumises à la Cour, d'indice que l'adjudicatrice aurait agi de mauvaise foi dans l'intention de défavoriser la recourante. La raison qu'elle invoque, soit une erreur dans la formulation de l'appel d'offres qui ne peut être réparée autrement que par la répétition de la procédure ab initio, peut être considérée comme un juste motif au sens de l'article 13 let. iAIMPet prendre place dans le catalogue de l'article 36 al. 1LCMP.

5. La recourante fait valoir que la norme SIA 108, qui coiffe le projet, permet de faire des propositions et des choix de variantes après l'adjudication. La commune adjudicatrice serait ainsi libérée de la crainte d'être "enfermée" dans une solution qu'elle n'aurait pas choisie. Cet argument néglige le fait que l'appel d'offres implique un cadre financier et qu'un changement du type de chauffage, ne serait-ce que pour le combustible, entraînera des variations de prix importantes. Il est rappelé que les parties demeurent liées par leurs offres sans pouvoir les modifier par la suite ni surtout en modifier les prix. Ceux-ci étaient du reste pris en compte pour 25 % dans l'appréciation des offres. Par ailleurs, s'il est vrai que le chapitre 4 de la norme SIA 108 distingue les études préliminaires et l'étude du projet avant l'appel d'offres, le présent dossier porte sur une phase postérieure. Enfin, si la norme SIA 108 coiffe l'appel d'offres, elle ne peut se substituer au cadre tracé par celui-ci.

6. Ces considérants amènent au rejet du recours. Le présent arrêt rend la demande de mesures provisionnelles et superprovisionnelles sans objet, dans la mesure où elle en aurait conservé un après le dépôt de la réplique. Vu l'issue du litige, les frais, par 2'200 francs en regard de la valeur litigieuse, sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 47 al. 1 LPJA, par renvoi de l'art. 41 LCMP). Elle n'a pas droit à des dépens.

Par ces motifs, la Cour de droit public

1. Rejette le recours.

2. Dit que la requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles est sans objet.

3. Met à la charge de X. SA un émolument global de décision de 2'000 francs et les débours par 200 francs, montants compensés par son avance de frais, dont le solde lui est restitué.

4. Statue sans dépens.

Neuchâtel, le 3 novembre 2015

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.