

NE_GERICHTE CDP.2016.235 vom 19. August 2016

NE Tribunal cantonal, 2016-08-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2016.235

FR: NE_GERICHTE CDP.2016.235 du 19 août 2016

IT: NE_GERICHTE CDP.2016.235 del 19 agosto 2016

Erwägungen

E. 1

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable (art. 42 al. 2 let e et 43 al. 1 LCMP ; art. 35 LPJA par renvoi de l'art. 41 LCMP).

E. 2

L'autorité de recours n'est pas liée par les constatations de l'état de fait ni par les motifs invoqués à l'appui du recours (art. 43 al. 1 et 2 LPJA). Il n'est toutefois pas possible de déduire des principes de la maxime inquisitoire et de l'application d'office du droit une obligation générale de l'autorité de procéder à un examen exhaustif et minutieux de l'ensemble des questions susceptibles d'être soulevées dans un cas d'espèce, alors même que celles-ci ne ressortiraient ni de la décision attaquée ni des écritures des parties. Cela vaut tout particulièrement lorsqu'une erreur ne paraît pas d'emblée évidente, l'autorité pouvant s'abstenir de vérifier des solutions qui ne sont pas suspectes d'illégalité et que les parties ne prennent pas le soin de discuter (arrêt du TF du 06.11.2015 [1C_214/2015] cons. 2.2.2 et les références citées). Il en résulte qu'il ne peut être exigé du juge qu'il examine d'office toutes les hypothèses envisageables et qu'il procède à un examen du litige sous tous ses aspects même non évoqués (ATF 140 V 399, cons. 5.5), sous réserve des cas dans lesquels une violation du droit ou une irrégularité dans la constatation des faits paraît d'emblée évidente (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2 e éd., p. 214-215; Schaer, Juridiction administrative neuchâtelaise, p. 82, 150, 177). Au demeurant, tout comme le Tribunal administratif avant elle, la Cour de droit public examine d'office les conditions formelles de validité et la régularité de la procédure administrative suivies devant les autorités précédentes (RJN 1996, p. 245 cons. 2, 204 cons. 2a).

E. 3

a) La législation sur les marchés publics a notamment pour but de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 2 let. b LCMP). Les soumissionnaires doivent être traités de manière égale à toutes les étapes de la procédure d'adjudication, et ne doivent faire l'objet d'aucune discrimination, notamment par le biais de la détermination des spécifications techniques ou des produits à utiliser (art. 3 al. 1 et 2, 4 LCMP). b) Le respect des principes susmentionnés est en cause dans le cas du soumissionnaire dit "préimpliqué", c'est-à-dire qui a participé à la préparation de la procédure de passation, que ce soit par l'élaboration de projets, la préparation des documents d'appel d'offres ou l'information au pouvoir adjudicateur sur les spécifications techniques relatives à l'objet du marché (arrêt du TF du 25.01.2005 [2P.164/2004] cons. 3.1 et les références citées). La loi ne règle ni les conditions auxquelles une telle implication du soumissionnaire serait admissible, ni les conséquences d'une situation qui serait, pour ce motif, contraire aux principes susmentionnés. En général, une préimplication a pour

conséquence d'écarter le soumissionnaire concerné de la procédure. Toutefois, des exceptions sont admises dans les cas suivants : (1) l'avance dans les connaissances gagnées sur les autres soumissionnaires est minime; (2) l'objet du marché ne peut être fourni que par un petit nombre de soumissionnaires; (3) la préimplication a été communiquée de manière transparente aux autres soumissionnaires; (4) la participation à la préparation de la procédure de passation était d'une importance secondaire (arrêt du Tribunal fédéral du 25.01.2005 [2P.164/2004] cons. 3.3 et les références citées). c) En l'espèce, la série de prix et le descriptif du cahier des charges ont été préparés par une équipe pluridisciplinaire de mandataires en collaboration technique avec plusieurs entreprises dont la recourante, X. SA (cf. conditions générales de participation figurant dans le dossier d'appel d'offres, chiffre 2.9 qui précise que "ces entreprises peuvent participer à la présente mise en concurrence car leurs interventions étaient secondaires dans le cadre de la préparation de l'appel d'offres"). Cela étant, le degré de préimplication de la recourante se mesure au fait que tous les types de portes prévus dans le cahier des charges ont été décrits en faisant référence à sa marque A. et à une typologie propre à cette marque. Il convient de souligner aussi que, selon les affirmations de l'intimé, certains types de portes – comme par exemple le type [aaaa] pour les portes pliables – étaient une exclusivité de la recourante jusqu'à la fin du mois de juin 2016. Au vu de ces éléments, la question peut se poser de savoir si la préimplication de la recourante pouvait être de nature à entraîner une discrimination des autres soumissionnaires, notamment sous l'angle de la détermination des spécifications techniques et en particulier en ce qui concerne les portes pliables à deux vantaux asservies (type PB6). Cette question peut toutefois demeurer ouverte dans le cadre de la présente procédure, dès lors qu'aucun recours n'a été déposé contre la publication de l'appel d'offres ni contre le dossier de soumission (art. 42 LCMP), alors même que les éventuels vices affectant ces décisions doivent être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure (ATF 130 I 241 cons. 4.3, 125 I 203 cons. 3a). Certes, on ne peut opposer la forclusion à une partie que pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées ou qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances, car on ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres. C'est la raison pour laquelle il convient de ne pas se montrer trop strict à cet égard et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes (RJN 2009, p. 265 cons. 4b). Dans le cas concret, un éventuel vice affectant la publication de l'appel d'offres et le dossier de soumission tiré de la préimplication de la recourante et de son influence sur la détermination des spécifications techniques ne pouvait être que facilement reconnaissable pour les soumissionnaires, à l'examen du cahier des charges, compte tenu de leur domaine d'activité (travaux de menuiserie, fabrication de portes et fenêtres), de sorte que tout grief tiré de la préimplication et des spécifications techniques se heurterait à l'objection de la forclusion.

E. 4

L'adjudicateur dispose d'une liberté sinon absolue, du moins très large dans la définition de l'objet du marché. C'est en effet à lui, et à lui seul, qu'il appartient de déterminer ses besoins et ce qu'il entend acquérir pour y répondre, à travers l'appel d'offres; dans le cadre des recours en matière de marchés publics, il n'est donc pas possible d'exiger ni d'obtenir que les tribunaux prescrivent à l'administration d'acheter un produit autre que celui dont elle envisage de faire l'acquisition (ATF 137 II 313 cons. 3.3.1). Cette liberté doit être

reconnue à l'adjudicateur même si d'autres solutions sont envisageables pour répondre aux besoins identifiés et qui font l'objet de l'appel d'offres (Poltier , Droit des marchés publics, 2014, ch. 279 et 358). Demeurent réservées les considérations relevant de la discrimination envers certains soumissionnaires découlant d'une détermination par trop précise des spécifications techniques (cf. cons. 3 ci-dessus). Cette liberté dans la définition du marché trouve son corollaire dans l'obligation de l'adjudicateur de se tenir aux besoins exprimés, en vertu du principe de l'intangibilité du marché et sous réserve des règles, restrictives, sur la modification du marché (Poltier , op. cit., ch. 348 et 349).

E. 5

L'offre peut comporter des variantes à côté de l'offre de base, à moins que cette faculté n'ait été expressément exclue par l'appel d'offres (art. 22 al. 3 LCMP). Les variantes sont examinées séparément (art. 29 al. 4 LCMP). Selon la jurisprudence, le pouvoir adjudicateur peut imposer des variantes prédéfinies, interdire les variantes, les restreindre, en particulier en leur imposant des contraintes sous la forme d'exigences minimales à respecter impérativement, ou n'émettre aucune réserve en laissant les soumissionnaires totalement libres (RJN 2011, p. 421 , cons. 4a, JAAC 65.78 cons. 3a). La notion de variante n'est pas définie en matière de marchés publics. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à parler de variante pour désigner l'offre d'un soumissionnaire portant sur des prestations qui diffèrent de celles décrites par le soumettant dans l'avis et les documents d'appel d'offres. Le contenu de cette offre n'est alors pas conforme à l'objet mis en soumission, mais adapté au but poursuivi par l'adjudicateur, c'est-à-dire à son objectif. On distingue les variantes de conception (Projektvariante), qui consistent à proposer la réalisation d'un projet partiellement ou totalement différent de celui mis en soumission (p. ex. diamètre d'un tunnel), des variantes d'exécution (Ausführungsvariante), qui portent sur la réalisation du projet décrit dans le cahier des charges, mais selon une autre méthode que celle attendue (p. ex. la méthode de construction ou l'ordre des travaux; arrêt de la Cour administrative du Tribunal cantonal du Jura du 03.02.2012 [ADM 85/2011] cons. 3.1; arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 17.05.2010 [VB.2010.00171] cons. 4.1.1; Hürlimann , Unternehmenvarianten-Risiken und Problembereiche, in : DC 1/1996, p. 3 ss, S3).

L'admissibilité des variantes présente l'avantage de promouvoir le progrès technologique et d'en faire bénéficier le pouvoir adjudicateur, en lui permettant de prendre connaissance et d'évaluer des innovations, de nouveaux produits ou de nouveaux procédés de fabrication. Elle permet en outre aux soumissionnaires de préserver leur marge de bénéfice tout en proposant un prix compétitif. Les variantes constituent cependant une entorse au principe de la conformité des offres à l'avis et aux documents d'appel d'offres, principe qui est le garant d'une comparaison des offres respectueuse des principes d'égalité, de transparence et de concurrence. Aussi, la liberté en matière de variantes ■ soit la liberté du soumissionnaire de s'écarter dans une variante des conditions techniques, systèmes de construction ou procédés de fabrication figurant dans le cahier des charges ■ doit-elle être relativisée à deux égards, afin que les offres puissent être dûment comparées sur la base des critères indiqués dans l'avis et les documents d'appel d'offres. La législation prévoit que l'offre portant sur des prestations différentes doit être exclue de la procédure, au cas où le soumissionnaire qui propose cette variante ne présente pas également une offre (de base) correspondant aux prestations demandées. L'exigence d'une offre de base a pour but de permettre à l'adjudicateur d'analyser de manière objective la capacité concurrentielle du soumissionnaire pour le marché mis en soumission; il s'agit également de s'assurer que le soumissionnaire a examiné de manière approfondie l'ensemble des questions en relation

avec le marché en question (JAAC 65.78 cons. 3a). La jurisprudence estime que l'offre relative à une variante ne peut être prise en considération pour l'adjudication qu'à la double condition (i) qu'elle respecte les éventuelles conditions minimales impératives fixées dans le cahier des charges et (ii) qu'elle présente des caractéristiques techniques équivalentes à celles exigées de l'offre de base (JAAC 65.78 cons. 3a; arrêt de la Cour administrative du Tribunal cantonal du Jura du 03.02.2012 [ADM 85/2011] cons. 3.1; Dubey, *Le concours en droit des marchés publics – La passation des marchés de conception, en particulier d'architecture et d'ingénierie*, 2005, no 397 ss et les références citées; cf. également arrêt du Tribunal administratif du canton d'Argovie du 06.07.2006 [AGVE 2006 38], p. 195 cons. 2.1).

E. 6

a) En l'espèce, l'adjudicateur a défini qu'il avait besoin de différents types de portes bois anti-feu EI30 et que la construction envisagée nécessitait, à six emplacements définis (4 portes pour l'art. 116.101 et 2 portes pour l'art. 116.102), des portes pliables à deux vantaux asservies. En conformité avec ces besoins, il a ainsi lancé un appel d'offres pour des portes pliables à deux vantaux asservies. En réponse aux questions posées dans le cadre de la procédure, l'adjudicateur a précisé que "une variante d'ouverture à deux battants est possible (...)" . Il paraît utile pour la compréhension du litige de préciser ici – suivant l'explication fournie par l'intimé dans ses observations – qu'une porte pliable à deux vantaux implique que les vantaux sont reliés entre eux et s'articulent l'un autour de l'autre de telle manière que le premier vantail se replie sur le second avant que les deux ne se replient ensuite d'un unique et même côté du couloir; une porte standard à deux vantaux (ou battants) implique que les deux vantaux sont indépendants l'un de l'autre et se rabattent chacun sur un côté du couloir. L'asservissement consiste à maintenir la porte ouverte grâce à un mécanisme d'électro-aimants qui se désactive en cas d'alerte, permettant la fermeture de la porte. Cela étant, une porte standard à deux vantaux asservie apparaît non pas comme un objet similaire ou équivalent à une porte pliable à deux vantaux asservie mais bel et bien comme un objet différent de l'objet du marché. Elle n'est ainsi pas conforme à l'objet mis en soumission. Elle demeure toutefois adaptée au but poursuivi par l'adjudicateur, qui est de disposer d'une porte anti-feu, de sorte qu'elle peut être admise, mais à titre de variante.

b) Par ailleurs, il n'est pas possible de considérer que l'offre d'une porte standard à deux vantaux asservie serait admissible dans le cadre de l'offre de base, à la place d'une porte pliable à deux vantaux asservie, suite à une adaptation ou à une modification du marché. En effet, l'adjudicateur n'a à aucun moment mentionné une évolution de son besoin originel de disposer de portes pliables à deux vantaux asservies. Au contraire, même après avoir eu connaissance des difficultés – évoquées dans le cadre des questions écrites – rencontrées par certains soumissionnaires à fournir cet élément, il a maintenu son exigence, tout en admettant la possibilité de soumettre des portes standards (et non pas pliables) à deux vantaux asservies à titre de variante. Ce point est d'importance puisque si une évolution des besoins était intervenue qui permettait de renoncer à des portes pliables à deux vantaux asservies au profit de portes standards à deux vantaux asservies, il aurait été impératif de respecter les règles relatives à la modification du marché (Poltier, *op. cit.*, ch. 348 et 349), ce qui impliquait à tout le moins d'informer clairement l'ensemble des participants de dite modification de manière à ce qu'ils puissent en tenir compte dans le cadre de leur offre de base, ne serait-ce qu'en ce qui concerne les répercussions sur les prix de ce changement de spécifications techniques, y compris pour la recourante.

E. 7

a) La recourante affirme que le tiers intéressé n'a déposé qu'une seule offre, que cette offre est une variante puisqu'elle diverge du cahier des charges, et qu'elle ne pouvait pas être prise en considération faute pour lui d'avoir déposé une offre de base. L'intimé fait valoir que du moment que seule la recourante était à même de proposer des portes pliables à deux vantaux asservies, il était admissible de proposer dans le cadre de l'offre de base des portes standards à deux vantaux asservies. Selon lui, le vocable de variante utilisé pour désigner les portes standards à deux vantaux asservies est erroné et n'est pas adapté. Le dossier de l'adjudicateur ne contient qu'une seule offre émanant du tiers intéressé. Au regard de l'article 116, cette offre mentionne au titre de marque et type B. accompagné du prix. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, cette porte standard à deux vantaux ne peut pas être considérée comme similaire ou équivalente à une porte pliable à deux vantaux, mais bien comme une variante puisque, sans être conforme à l'objet du marché, elle est adaptée au but poursuivi, qui est de disposer d'une porte anti-feu. C'est du reste ainsi que l'adjudicateur a qualifié, dans le cadre des questions posées en cours de procédure, la possibilité d'une porte présentant une ouverture à deux battants. A cet égard, son explication concernant l'utilisation erronée du vocable variante est d'autant moins convaincante qu'il est difficile d'admettre que le SBAT, par l'intermédiaire duquel a agi l'intimé, ait pu commettre une erreur de langage aussi fondamentale en matière de marchés publics, alors qu'il est "responsable de la gestion globale du patrimoine immobilier de l'Etat, de la réalisation des nouvelles constructions, de l'assainissement, de la rénovation, de l'entretien et de l'exploitation des bâtiments existants . (...) " (art. 11 du règlement d'organisation du Département des finances et de la santé [RO-DFS], du 13.11.2013, RSN 152.100.04), et qu'à ce titre, il possède à l'évidence une vaste connaissance et une grande expérience de ce domaine. b) L'intimé affirme que le tiers intéressé, bien qu'il ait indiqué dans le cadre des questions qu'il ne disposait pas de portes pliables, avait finalement offert les deux possibilités conformément aux options du cahier des charges : une porte pliable de marque A. ou une porte à deux vantaux asservie de marque B.. Il souligne que le tiers intéressé avait aussi confirmé lors de la séance de clarification que son prix valait pour les deux possibilités. Indépendamment de l'admissibilité du procédé consistant à offrir plusieurs produits, au choix de l'adjudicateur, question qu'il n'est pas nécessaire de trancher ici, la Cour de céans observe que l'offre du tiers intéressé comporte, au regard de l'article 116, uniquement l'indication de la marque et du type de porte B. accompagnée du prix, sans aucune indication typographique, marque manuscrite ou autre signe quelconque qui permettrait de déduire que l'offre pourrait porter également sur la fourniture de portes "A., type [aaaa]" . Il n'a par ailleurs pas mentionné l'entreprise recourante parmi la liste de ses sous-traitants, alors même qu'il a fait mention d'autres entreprises. Enfin, son offre pour l'article 116 est inférieure de plus de 20 % à celle de la recourante. Au vu de ces éléments, la Cour de céans retient que l'offre déposée par le tiers intéressé dans le délai imparti ne portait, s'agissant de l'article 116, que sur des portes B. , à l'exclusion des portes faisant l'objet du marché, soit "A., type [aaaa]" ou similaire. La thèse, soulevée lors de la séance d'examen de l'offre du 3 juin 2016 et rappelé par l'intimé, selon laquelle le prix indiqué au regard de l'article 116 vaut pour les deux types de porte, de même que l'invocation d'un oubli pour expliquer la non-mention de X. SA sur la liste des sous-traitants, apparaissent comme une version établie par le tiers intéressé dans une tentative tardive de modifier son offre après le délai pour son dépôt (22.04.2016). Or, une offre ne peut pas être modifiée après l'échéance du délai pour son dépôt, conformément au principe de l'intangibilité de

l'offre (Poltier , op. cit., ch. 354). c) L'offre du tiers intéressé devait ainsi de toute manière être exclue. Considérée comme une offre de base, elle devait l'être au motif de sa non-conformité au cahier des charges. Considérée comme une variante, elle devait l'être pour défaut de dépôt d'une offre de base valable, conformément au chiffre 2.16 du cahier des charges.

E. 8

Il découle des considérants qui précèdent que le recours est admis. La décision d'adjudication du 17 juin 2016 est réformée en ce sens que le marché est adjugé à X. SA pour le montant total TTC de 853'760.45 francs (cf. rapport d'adjudication du 09.06.2016), dès lors que son offre occupe la première place au classement final après l'exclusion de l'offre du tiers intéressé.

E. 9

Le présent arrêt au fond rend sans objet la demande de consultation du dossier formulée par la recourante de même que sa requête d'effet suspensif.

E. 10

Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de percevoir des frais (art. 47 al. 1 et 2 LPJA par renvoi de l'art. 41 LCMP).

E. 11

La recourante, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens à la charge de l'intimé (art. 48 al. 1 LPJA, par renvoi de l'art. 41 LCMP). Les dépens doivent être définis dans les limites prévues par le décret fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative (TFrais), du 6 novembre 2012. Le mandataire de la recourante n'ayant pas déposé un état des honoraires et des frais, les dépens seront fixés sur la base du dossier (art. 66 TFrais). Tout bien considéré, l'activité déployée par le mandataire devant la Cour de céans peut être évalué à quelque 8 heures. Eu égard au tarif usuellement appliqué par la Cour de céans de l'ordre de 250 francs de l'heure, des débours à raison de 10 % des honoraires (art. 65 TFrais) et de la TVA au taux de 8 %, l'indemnité de dépens doit être fixée à 2'376 francs, débours et TVA compris.

E. 12

Le tiers intéressé, qui n'a pas formulé d'observations, n'a pas droit à des dépens.

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