

# NE\_GERICHTE CDP.2017.145 vom 2. August 2017

NE Tribunal cantonal, 2017-08-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2017.145](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2017.145)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2017.145 du 2 août 2017

IT: NE\_GERICHTE CDP.2017.145 del 2 agosto 2017

## Erwägungen

### E. 1

al. 2 let. a), de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication (let. b), d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés (let. c) et de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (let. d). En procédure ouverte, les offres sont jugées d'abord selon les critères d'aptitude, puis selon les critères techniques ou autres et enfin selon le prix (critères d'adjudication). L'appel d'offres mentionne notamment l'exclusion éventuelle ou la limitation des consortiums comme soumissionnaires (art. 17 let. ILCMP) et l'exclusion éventuelle ou la limitation de l'emploi par le soumissionnaire de sous-traitants (art. 17 let. mLCMP).

3.a) Pour des motifs d'économie de la procédure, le pouvoir adjudicateur peut, voire doit écarter d'emblée les dossiers qui ne respectent pas les conditions d'admission au marché. Ces dernières, qui peuvent être extrêmement variées, peuvent concerner les entreprises soumissionnaires comme les offres elles-mêmes. En substance, l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres peuvent poser des conditions minimales d'aptitude ; lorsqu'elles ne sont pas remplies, le soumissionnaire doit logiquement être éliminé du marché. Cette conséquence rigoureuse découle de l'application des principes à la fois d'égalité de traitement entre concurrents et de transparence (Poltier, Droit des marchés publics, 2014, p. 186).

b) En l'espèce, tant l'appel d'offres que le cahier des charges mentionnent que la constitution d'une communauté de soumissionnaires est interdite. A cet égard, le cahier des charges ajoute que le marché sera attribué au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse au regard des critères d'adjudication (ch. 8.1). L'interdiction d'une communauté de soumissionnaires constitue manifestement une condition minimale d'aptitude au sens décrit ci-dessus qui, si elle n'est pas remplie, doit conduire l'adjudicateur à éliminer le soumissionnaire du marché.

c) Les parties divergent quant à la question de savoir si l'offre de A. doit être assimilée à une offre d'une communauté de soumissionnaires.

La notice de l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL) déposée par la recourante permet de mieux cerner ce qu'il y a lieu d'entendre par communauté de soumissionnaires, à savoir "un groupement d'au moins deux entreprises juridiquement indépendantes constitué en vue de la présentation d'une offre commune et de l'exécution commune du mandat en jeu". Il y est ajouté que les communautés de soumissionnaires sont souvent constituées dans le but de réunir les qualités et compétences exigées. Elles doivent alors remplir la totalité des critères de qualifications en tant qu'ensemble et chacun de leur membre doit remplir les critères de qualifications liés aux prestations relevant de sa compétence.

Si A. et B. (plusieurs sociétés anonymes comprenant cette appellation figurent au registre du commerce) font partie du même groupe de société d'un point de vue économique, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de deux entreprises juridiquement indépendantes.

L'organigramme "spécifique pour la Cité des étudiants" qui figure dans l'offre de A. démontre que la gestion technique, la conciergerie et le nettoyage sont assumés par A. alors que les services généraux du groupe B. assurent la gestion financière, le contentieux, la qualité et l'informatique et enfin que B., agence immobilière de proximité, s'occupe de la gestion locative et administrative. Force est dès lors de constater que A. et B. ont en vue l'exécution commune du mandat en jeu et ce malgré le fait que, formellement, seule A. a présenté une offre. A cela s'ajoute que deux des cinq personnes-clés présentées par A. appartiennent à B. (directrice-adjointe et réceptionniste-gestionnaire). Par ailleurs, à l'appui de ses références, A. mentionne plusieurs projets gérés en coopération avec B.

Il résulte par ailleurs de l'offre de A. qu'elle n'entendait pas sous-traiter les gestions locative, administrative et financière à B. puisqu'elle mentionne dans l'annexe 6 à l'offre, concernant la gestion relationnelle efficace, que A. s'occupe des aspects opérationnels et B. des aspects de location, les sociétés unissant leurs forces pour "proposer un package efficace pour la Cité des étudiants" cette collaboration ayant déjà fait ses preuves sur trois sites de références. Est ensuite décrite la façon dont B. assurera une gestion locative efficace. Dans son annexe 6, relative à la gestion financière efficace, il est également mentionné que la base d'une gestion financière efficace repose notamment sur "l'entretien de la chose louée et le relationnel entre les locataires et le staff A. et B. sur place".

Force est dès lors de constater qu'il y a en l'occurrence constitution d'une communauté de soumissionnaires interdite, ce qui aurait dû conduire l'adjudicateur à éliminer A. de la passation du marché, lequel ne pouvait donc pas lui être adjugé.

d) Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit ainsi être admis et que la décision d'adjudication doit être purement et simplement annulée sans toutefois qu'il se justifie d'adjuger le marché à la recourante. En effet, l'exclusion de A. ayant pour conséquence qu'il n'y a plus qu'une seule offre valable (celle de la recourante), l'adjudicateur doit pouvoir disposer de la faculté, qui lui appartient dans cette circonstance selon l'article 36 al. 2 let. b LCMP, d'interrompre la procédure d'adjudication et de la répéter.

4. Le présent arrêt rend la demande d'effet suspensif sans objet.

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). En revanche, la recourante a droit à des dépens, à la charge de l'intimé (art. 48 al. 1 LPJA, par renvoi de l'art. 41 LCMP). Le tiers intéressé qui a conclu au rejet du recours et n'est pas représenté par un mandataire professionnel n'a pas droit à des dépens (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 (art. 66 al. 1), les dépens seront fixés sur la base du dossier (art. 66 al. 2). Tout bien considéré, l'activité déployée par ce mandataire devant le Cour de céans peut être évaluée à quelque 8 heures. Eu égard au tarif usuellement appliqué par la Cour de céans de l'ordre de 250 francs l'heure, des débours à raison de 10 % des honoraires (art.

65TFrais) et de la TVA au taux de 8 %, l'indemnité de dépens doit être fixée à 2'376 francs, débours et TVA compris.

Par ces motifs, la Cour de droit public

1. Admet le recours et annule la décision entreprise au sens des considérants.
2. Statue sans frais et ordonne la restitution à la recourante de son avance de frais.
3. Alloue à la recourante une indemnité de dépens de 2'376 francs à la charge de l'intimé.

Neuchâtel, le 2 août 2017

## **E. 2**

La LCMP règle la procédure et les conditions de passation des marchés publics de constructions, de fournitures et de services dans le canton, en complément à l'Accord intercantonal sur les marchés publics ( AIMP ). Elle a pour but d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 1 al. 2 let. a), de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication (let. b), d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés (let. c) et de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (let. d). En procédure ouverte, les offres sont jugées d'abord selon les critères d'aptitude, puis selon les critères techniques ou autres et enfin selon le prix (critères d'adjudication). L'appel d'offres mentionne notamment l'exclusion éventuelle ou la limitation des consortiums comme soumissionnaires (art. 17 let. l LCMP ) et l'exclusion éventuelle ou la limitation de l'emploi par le soumissionnaire de sous-traitants (art. 17 let. m LCMP ).

## **E. 3**

a) Pour des motifs d'économie de la procédure, le pouvoir adjudicateur peut, voire doit écarter d'emblée les dossiers qui ne respectent pas les conditions d'admission au marché. Ces dernières, qui peuvent être extrêmement variées, peuvent concerner les entreprises soumissionnaires comme les offres elles-mêmes. En substance, l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres peuvent poser des conditions minimales d'aptitude ; lorsqu'elles ne sont pas remplies, le soumissionnaire doit logiquement être éliminé du marché. Cette conséquence rigoureuse découle de l'application des principes à la fois d'égalité de traitement entre concurrents et de transparence ( Poltier , Droit des marchés publics, 2014, p. 186). b) En l'espèce, tant l'appel d'offres que le cahier des charges mentionnent que la constitution d'une communauté de soumissionnaires est interdite. A cet égard, le cahier des charges ajoute que le marché sera attribué au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse au regard des critères d'adjudication (ch. 8.1). L'interdiction d'une communauté de soumissionnaires constitue manifestement une condition minimale d'aptitude au sens décrit ci-dessus qui, si elle n'est pas remplie, doit conduire l'adjudicateur à éliminer le soumissionnaire du marché. c) Les parties divergent quant à la question de savoir si l'offre de A. doit être assimilée à une offre d'une communauté de soumissionnaires. La notice de l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL) déposée par la recourante permet de mieux cerner ce qu'il y a lieu d'entendre par communauté de soumissionnaires, à savoir "un groupement d'au moins deux entreprises juridiquement indépendantes constitué en vue de la présentation d'une offre commune et de l'exécution commune du mandat en jeu". Il y est ajouté que les communautés de soumissionnaires sont souvent constituées dans le but de réunir les qualités et compétences exigées. Elles doivent alors remplir la totalité des critères de

qualifications en tant qu'ensemble et chacun de leur membre doit remplir les critères de qualifications liées aux prestations relevant de sa compétence. Si A. et B. (plusieurs sociétés anonymes comprenant cette appellation figurent au registre du commerce) font partie du même groupe de société d'un point de vue économique, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de deux entreprises juridiquement indépendantes. L'organigramme "spécifique pour la Cité des étudiants" qui figure dans l'offre de A. démontre que la gestion technique, la conciergerie et le nettoyage sont assumés par A. alors que les services généraux du groupe B. assurent la gestion financière, le contentieux, la qualité et l'informatique et enfin que B., agence immobilière de proximité, s'occupe de la gestion locative et administrative. Force est dès lors de constater que A. et B. ont en vue l'exécution commune du mandat en jeu et ce malgré le fait que, formellement, seule A. a présenté une offre. A cela s'ajoute que deux des cinq personnes-clés présentées par A. appartiennent à B. (directrice-adjointe et réceptionniste-gestionnaire). Par ailleurs, à l'appui de ses références, A. mentionne plusieurs projets gérés en coopération avec B. Il résulte par ailleurs de l'offre de A. qu'elle n'entendait pas sous-traiter les gestions locative, administrative et financière à B. puisqu'elle mentionne dans l'annexe 6 à l'offre, concernant la gestion relationnelle efficace, que A. s'occupe des aspects opérationnels et B. des aspects de location, les sociétés unissant leurs forces pour "proposer un package efficace pour la Cité des étudiants" cette collaboration ayant déjà fait ses preuves sur trois sites de références. Est ensuite décrite la façon dont B. assurera une gestion locative efficace. Dans son annexe 6, relative à la gestion financière efficace, il est également mentionné que la base d'une gestion financière efficace repose notamment sur "l'entretien de la chose louée et le relationnel entre les locataires et le staff A. et B. sur place". Force est dès lors de constater qu'il y a en l'occurrence constitution d'une communauté de soumissionnaires interdite, ce qui aurait dû conduire l'adjudicateur à éliminer A. de la passation du marché, lequel ne pouvait donc pas lui être adjudgé. d) Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit ainsi être admis et que la décision d'adjudication doit être purement et simplement annulée sans toutefois qu'il se justifie d'adjuger le marché à la recourante. En effet, l'exclusion de A. ayant pour conséquence qu'il n'y a plus qu'une seule offre valable (celle de la recourante), l'adjudicateur doit pouvoir disposer de la faculté, qui lui appartient dans cette circonstance selon l'article 36 al. 2 let. b LCMP, d'interrompre la procédure d'adjudication et de la répéter.

#### **E. 4**

Le présent arrêt rend la demande d'effet suspensif sans objet. 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). En revanche, la recourante a droit à des dépens, à la charge de l'intimé (art. 48 al. 1 LPJA, par renvoi de l'art. 41 LCMP). Le tiers intéressé qui a conclu au rejet du recours et n'est pas représenté par un mandataire professionnel n'a pas droit à des dépens (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 (art. 66 al. 1), les dépens seront fixés sur la base du dossier (art. 66 al. 2). Tout bien considéré, l'activité déployée par ce mandataire devant le Cour de céans peut être évaluée à quelque 8 heures. Eu égard au tarif usuellement appliqué par la Cour de céans de l'ordre de 250 francs 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.

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