

NE_GERICHTE CDP.2018.390 vom 27. Dezember 2018

NE Tribunal cantonal, 2018-12-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2018.390

FR: NE_GERICHTE CDP.2018.390 du 27 décembre 2018

IT: NE_GERICHTE CDP.2018.390 del 27 dicembre 2018

Erwägungen

E. 1

a) Selon la doctrine et la jurisprudence, le fait que la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que "demandeur", acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques est caractéristique d'un marché public (cf. ATF 144 II 184 cons. 2.2).

b) L'intimé fait valoir que le recours est irrecevable dès lors que le marché en cause n'entre pas dans le champ d'application de la législation sur les marchés publics. Selon lui, il est tout d'abord douteux que la conclusion d'un contrat de mandat portant sur la gestion du portefeuille d'assurances du canton relève d'une tâche publique. D'autre part, il soutient que le contrat litigieux n'implique aucune contrepartie financière, même indirecte, de la part de l'Etat puisque celui-ci ne verse rien au courtier; qu'au contraire, le contrat, basé sur un système de commissions, rapporte de l'argent à l'Etat dès lors que la rémunération du mandataire est prélevée par celui-ci sur les commissions qu'il perçoit des assureurs, à concurrence d'un montant défini, le solde étant reversé à l'Etat. L'intimé se trompe doublement. c) La gestion du portefeuille des assurances d'une collectivité publique fait à l'évidence partie de l'administration de cette collectivité publique. Il s'agit de gérer les assurances conclues par la collectivité publique pour se prémunir contre la réalisation de certains risques découlant de l'activité de la collectivité en question ou de ses agents. Que la collectivité décide d'externaliser cette tâche plutôt que de la confier à un de ses services ne change rien à son caractère public. L'argument de l'intimé doit être rejeté. d) Il ressort du dossier d'appel d'offres que le mandataire est rémunéré par l'Etat de Neuchâtel d'un honoraire forfaitaire annuel; ce montant annuel constitue du reste l'objet de l'appel d'offres (cf. ch. 2.5.9). Il est prévu que les commissions perçues sont intégralement dues à l'Etat de Neuchâtel (cf. ch. 2.5.10). Cela étant, le fait que pour éviter des mouvements de liquidités inutiles, le mandataire compense l'honoraire convenu avec les commissions perçues et que seul le solde fasse l'objet d'un versement, respectivement d'une facturation (cf. ch. 2.5.10), ne change rien au fait que le mandat confié par l'Etat l'est à titre onéreux. Prétendre le contraire est insoutenable et relève de la témérité au vu des pièces univoques et claires au dossier. L'argument de l'intimé doit être rejeté. e) Pour le surplus, interjeté dans les formes et délai légaux contre une décision prise en matière de marchés publics, le recours est recevable.

E. 1.2

Profil souhaité du soumissionnaire). Par une interprétation insoutenablement stricte du texte de l'appel d'offres et par un raisonnement spécieux, la recourante tente de faire admettre qu'elle pouvait légitimement ne pas joindre l'attestation en question au motif que celle-ci ne la concernait pas, et qu'elle était du reste dans l'impossibilité de le faire puisque, n'employant pas de personnel étranger, elle ne payait pas d'impôt à la source et ne pouvait

par conséquent pas faire attester qu'elle en payait. La recourante ne peut être suivie. Il paraît évident qu'un soumissionnaire ne peut se contenter de simplement omettre de produire une attestation figurant sur une liste des attestations à joindre à l'offre au motif qu'il n'est pas ou qu'il ne se sent pas concerné. Le simple fait que la production d'une attestation particulière figure parmi les conditions à remplir dans le cadre du dépôt d'une offre implique que le pouvoir adjudicateur accorde une importance décisive au point concerné par cette attestation. En l'espèce, l'exigence de l'appel d'offres relative au dépôt de l'attestation en cause démontre qu'il était important pour le pouvoir adjudicateur de savoir que les soumissionnaires étaient à jour avec le paiement des impôts à la source pour leur personnel étranger. Or, comme le relève l'intimé, il ne peut pas savoir quels sont les soumissionnaires qui y sont soumis et il dépend à cet égard des informations que doivent lui fournir les soumissionnaires. Certes, un examen a posteriori des conditions du marché permet d'affirmer qu'il aurait été possible d'en améliorer la clarté en précisant que l'attestation requise ne vaut que pour les sociétés qui emploient du personnel étranger et que les autres doivent attester qu'elles n'en emploient pas. Cela n'enlève rien au fait que la recourante ne pouvait de bonne foi agir comme elle l'a fait, faisant complètement abstraction de la condition posée par le pouvoir adjudicateur dès lors qu'elle n'a ni déposé l'attestation requise ni expliqué la raison de cette absence. Soit encore relevé à ce propos que le dossier d'appel d'offres mentionnait expressément la possibilité pour le soumissionnaire de justifier par courrier la raison pour laquelle il ne pouvait pas respecter une condition. Par ailleurs, si elle se sentait dans l'embarras sur la manière de donner suite à l'exigence de l'appel d'offres au vu de sa situation particulière, la recourante avait la possibilité de poser des questions au pouvoir adjudicateur sur ce point, ce qu'elle ne prétend pas avoir fait. Enfin, on relève que la recourante a pu rapidement obtenir, à réception de la décision d'exclusion, une " attestation relative à l'impôt à la source " du 26 novembre 2018 dans laquelle le Service des contributions certifie qu'elle n'est pas enregistrée au rôle des employeurs occupant du personnel soumis à l'impôt à la source. Cette attestation répond manifestement aux exigences du pouvoir adjudicateur, même si la recourante l'invoque à titre de preuve que le Service des contributions n'est pas en mesure d'attester ce qui était demandé par le pouvoir adjudicateur. En résumé, l'interprétation étreiquée que fait la recourante de la condition posée par le pouvoir adjudicateur est insoutenable et ne peut pas être suivie. Son grief doit être rejeté.

E. 2

a) Selon la loi cantonale sur les marchés publics (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 critères d'aptitude requis ainsi que les preuves à fournir par le soumissionnaire (art. 18 let. e LCMP). Le pouvoir adjudicateur fixe des critères objectifs et vérifiables pour juger de l'aptitude des soumissionnaires. Ces critères ont trait à la capacité technique, économique, financière et organisationnelle. Ils sont adaptés en fonction de la nature et de l'importance du marché (art. 19 LCMP). Le pouvoir adjudicateur vérifie en outre l'aptitude des soumissionnaires sur la base des critères contenus dans le dossier de soumission (art. 27 LCMP). Un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication notamment s'il ne répond pas aux critères d'aptitude (art. 21 al.1 let. a LCMP) ou s'il ne s'est pas acquitté de ses cotisations sociales et de ses impôts, y compris la TVA (let. d). La décision d'exclusion, sommairement motivée, est communiquée par le pouvoir adjudicateur au soumissionnaire concerné, au plus tard en même temps que la décision d'adjudication (art. 21a LCMP). b) Le dossier d'appel d'offres indiquait, sous

chiffre 3.3 " Recevabilité de l'offre ", que l'adjudicateur ne prendra en considération que les offres qui respectent les conditions de participation, à savoir les offres qui, entre autres exigences, sont accompagnées des attestations demandées. Parmi ces attestations figurait une " attestation du paiement de l'impôt à la source pour le personnel étranger ". Le dossier précisait que si le soumissionnaire ne peut pas ou ne pourra pas respecter une des conditions, il devra se justifier par courrier dans le même délai fixé pour le dépôt de l'offre (annexe B). Les soumissionnaires avaient également la possibilité de poser des questions (ch. 4.4 du dossier d'appel d'offres). Il n'est pas contesté que la recourante n'a pas joint à son offre d'attestation relative au paiement de l'impôt à la source pour le personnel étranger et qu'elle n'a fourni aucune explication concernant le paiement de l'impôt à la source ou l'absence de l'attestation requise.

E. 3

a) La recourante soutient en substance que la décision attaquée relève d'une fausse appréciation des faits et d'une application incorrecte du droit. Elle fait valoir qu'elle n'occupe pas de personnel étranger, de sorte qu'il lui était impossible de fournir une attestation du paiement de l'impôt à la source puisqu'une telle attestation ne peut être fournie que pour le personnel étranger; qu'il n'était pas demandé une attestation confirmant qu'elle n'emploie pas de personnel étranger soumis à l'impôt à la source et qu'il n'était pas non plus demandé une attestation de non-enregistrement au rôle des employeurs occupant du personnel soumis à l'impôt à la source. b) Cette argumentation relève du sophisme et surprend de la part d'une société dont il est attendu qu'elle ait " une bonne connaissance générale et pratique des procédures et législations relatives aux marchés publics et du cadre légal y relatif " (dossier d'appel d'offres, ch.

E. 4

a) La recourante est d'avis que son exclusion du marché faute d'avoir déposé l'attestation en cause relève du formalisme excessif et que la décision attaquée est arbitraire. Elle fait aussi valoir une inégalité de traitement. b) Le formalisme excessif est un aspect particulier du déni de justice prohibé par l'article 29 al. 1 Cst. féd. Il est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux. Il est conforme au but et à la nature de la procédure de marchés publics que la violation de certaines exigences de forme par un soumissionnaire puisse entraîner son exclusion du marché. Une telle conséquence ne se justifie toutefois pas en présence de n'importe quel vice. Il faut en particulier y renoncer lorsque celui-ci est de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif visé par la prescription formelle violée (arrêt du TF du 20.08.2014 [2C_418/2014] cons. 4.1 et les références citées). c) Une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle contredit d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas que la motivation de la décision critiquée soit insoutenable; encore faut-il que celle-ci se révèle arbitraire dans son résultat. En outre, il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une solution autre que celle adoptée par l'autorité intimée serait concevable, voire préférable (ATF 138 III 378 cons. 6.1, 133 I 149 cons. 3.1). d) Une décision viole le principe de l'égalité de traitement consacré à l'article 8 al. 1 Cst. féd. lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable

n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. Il y a notamment inégalité de traitement lorsque l'Etat accorde un privilège ou une prestation à une personne, mais dénie ceux-ci à une autre personne qui se trouve dans une situation comparable (ATF 140 I 201 cons. 6.5.1). e) Le principe d'intangibilité de l'offre impose d'apprécier celle-ci sur la seule base du dossier remis. Les offres qui ne réalisent pas les conditions de l'appel d'offres, ou celles dans lesquelles l'absence d'éléments essentiels empêche l'adjudicateur d'évaluer l'offre à la lumière des critères posés doivent être qualifiées d'offres incomplètes. Les manquements qui font qu'une offre peut être qualifiée d'incomplète varient dans leur importance. Pour prendre en compte le principe de la proportionnalité et les exigences découlant de la prohibition du formalisme excessif, une exclusion ne devrait intervenir que si le vice apparaît intrinsèquement grave ou si sa gravité découle du non-respect de conditions essentielles fixées dans le dossier d'appel d'offres. En l'espèce, l'absence de l'attestation en cause concernant le paiement de l'impôt à la source pour le personnel étranger avait pour conséquence que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas se prononcer sur une condition d'aptitude essentielle – l'intégrité sociale et fiscale du soumissionnaire – expressément mentionnée dans l'appel d'offres. Il importe peu que la recourante n'emploie pas de personnel étranger, dès lors que ce fait est inconnu du pouvoir adjudicateur et que la recourante n'a fourni aucun renseignement à ce propos, alors qu'elle en avait la possibilité. Dès lors qu'elle n'a ni remis l'attestation demandée ni fourni d'explication relative à cette absence, la recourante a remis une offre incomplète qui ne permettait pas au pouvoir adjudicateur de savoir si le soumissionnaire remplissait les conditions concernant l'intégrité sociale et fiscale (cf. Annexe B). Dans une affaire valaisanne, le Tribunal fédéral a estimé que l'absence d'une attestation dûment exigée et propre à garantir pendant la durée du contrat l'aptitude du candidat à fournir des prestations conformes au cahier des charges constituait un manquement grave et devait conduire à l'exclusion de l'offre incomplète, conformément aux conditions du marché qui avaient été précisées par le pouvoir adjudicateur (arrêt du TF du 14.08.2007 [2P.322/2006]). Quant à la jurisprudence neuchâteloise relative à l'absence des pièces et attestations demandées dans les appels d'offre, la Cour de céans a déjà jugé que le fait pour un soumissionnaire de ne pas avoir déposé avec son offre un engagement exigé dans le dossier d'appel d'offres contrevenait aux exigences minimales et justifiait son exclusion (arrêt de la CDP du 27.10.2014 [CDP.2014.176] cons. 2c). Si le Tribunal fédéral a annulé cet arrêt, c'est uniquement au motif que le soumissionnaire avait aussi déposé une autre attestation, également exigée par le pouvoir adjudicateur, qui portait sur des promesses identiques à celles exigées dans l'engagement manquant. La Haute Cour a relevé que s'il était défendable de rappeler que l'omission d'une annexe pouvait conduire à l'élimination de l'offre, il ne se justifiait pas dans le cas précis d'exclure l'offre de la recourante dès lors que son offre contenait un engagement similaire à celui qui n'avait pas été déposé (arrêt du TF du 09.02.2015 [2C_1078/2014] cons. 6.3). Dans le cas d'espèce, la recourante n'a pas déposé une " attestation du paiement de l'impôt à la source pour le personnel étranger ". Elle n'a pas non plus justifié les raisons pour lesquelles elle n'a pas déposé cette pièce et le dossier ne contient aucun autre élément portant sur ce point qui permettrait de suppléer ce manquement. Ainsi, sur ce point, l'exigence fixée par le dossier d'appel d'offres n'a pas été respectée par la recourante. Or, en signant la page de garde et en déposant son offre, la recourante a certifié qu'elle avait pris connaissance des conditions de la procédure (dossier

d'appel d'offres, ch. 6 – Engagements du soumissionnaire), et donc de celle figurant au chiffre 3.3 (Recevabilité de l'offre) du dossier d'appel d'offres, selon laquelle l'adjudicateur ne prendra en considération que les offres qui respectent les conditions de participation, à savoir les offres qui sont accompagnées des attestations demandées par l'adjudicateur. Ces considérations amènent au rejet des griefs de formalisme excessif et d'arbitraire soulevés par la recourante. Quant au grief d'inégalité de traitement, la recourante demande que le soumissionnaire qui n'a pas d'employé étranger soit traité sur pied d'égalité avec celui qui en a. Outre que ce grief est difficilement compréhensible, la Cour de céans ne discerne pas en quoi l'appel d'offres traiterait de manière insoutenablement différente les soumissionnaires ayant du personnel étranger et ceux qui n'en n'ont pas. f) La décision d'exclusion n'est ainsi pas critiquable et peut être confirmée, ce qui conduit au rejet du recours. Cela étant, la Cour ayant statué au fond, la demande de la recourante tendant à l'octroi de l'effet suspensif, voire à des mesures provisionnelles, devient sans objet.

E. 5

Les frais de la procédure sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 47 al. 1 LPJA par le renvoi de l'art. 41 LCMP) et qui ne peut ainsi pas prétendre à des dépens (art. 48 al. 1 LPJA a contrario par le renvoi de l'art. 41 LCMP).

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