

NE_GERICHTE CDP.2019.358 vom 19. Dezember 2019

NE Tribunal cantonal, 2019-12-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2019.358

FR: NE_GERICHTE CDP.2019.358 du 19 décembre 2019

IT: NE_GERICHTE CDP.2019.358 del 19 dicembre 2019

Erwägungen

E. 1

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable.

E. 2

de A._____ SA (4) en raison de l'incapacité de cette société à réaliser les travaux dans la précédente procédure de soumission.

Selon le dossier d'appel d'offres et les précisions de l'intimé dans ses observations sur le recours, le critère no 2 (Organisation pour l'exécution du marché) était noté sur la base de 4 sous-critères (bois provenance de Suisse, organisation, programme des travaux, "nombre du personnel" sur chantier). Les éventuelles précédentes expériences du pouvoir adjudicateur avec les soumissionnaires ne figurent pas dans les critères d'adjudication. En outre, l'antécédent allégué, non contesté, ne permettait pas non plus de préjuger de la bonne ou mauvaise exécution du marché par A._____ SA en 2020. L'intimé pouvait donc, sans tomber dans l'arbitraire, renoncer à utiliser cet antécédent en défaveur de A._____ SA dans le cadre de l'appréciation du critère no 2. Le grief de la recourante est dès lors mal fondé et peut être rejeté.

5.a) La recourante relève encore que A._____ SA aurait bénéficié d'informations confidentielles susceptibles de la favoriser dans la seconde procédure, l'adjudicataire étant au courant des attentes du pouvoir adjudicateur, contrairement aux autres soumissionnaires.

aa) 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. bLCMP). 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, 4LCMP). Le respect de ces principes est en cause dans le cas du soumissionnaire dit "préimpliqué", c'est-à-dire lorsqu'il 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). Le droit cantonal 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. La jurisprudence a apporté une solution pragmatique pour résoudre ce problème (sur les détails, cf. RJN 2018, p. 649).

bb) La situation évoquée par la recourante ne relève toutefois pas d'un cas de préimplication tel qu'il est défini ci-dessus, puisqu'il est uniquement reproché à

A. _____ SA d'_____ avoir tiré avantage, au détriment des autres soumissionnaires, de la première procédure de soumission. X. _____ SA évoque en particulier le fait que sa concurrente a eu connaissance du prix du marché adjugé.

En-dehors de cette société, on ignore qui a participé à la première soumission, finalement révoquée et répétée. Cette question n'est pas décisive et il y a lieu de préciser ce qui suit au sujet des avantages qu'un soumissionnaire pourrait obtenir dans un tel contexte. Selon la jurisprudence, l'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure n'est possible qu'à titre exceptionnel et suppose un motif important, motif qu'il n'y a pas lieu d'examiner ici, dans la mesure où cette question sort de l'objet de la contestation.

L'approche jurisprudentielle restrictive s'explique 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. Or, cette chance est effectivement retirée lorsque le pouvoir adjudicateur interrompt la procédure. Les soumissionnaires pourront certes à nouveau déposer une offre si la procédure est répétée, mais cela engendre des coûts supplémentaires et, selon les circonstances, une diminution des chances d'obtenir le marché dans cette seconde procédure au cas où le nombre de soumissionnaires serait plus important ou si de nouvelles exigences les désavantageraient. S'ajoute à cela que la mise en œuvre d'une seconde procédure peut produire des effets contraires aux règles sur les marchés publics et à l'objectif de libre concurrence poursuivi, notamment parce que les précédents soumissionnaires auront pu (à tout le moins partiellement) prendre connaissance des premières offres formulées par leurs concurrents (ATF 141 II 353, cons. 6.1 et les références).

Le Tribunal fédéral admet donc, dans son principe, qu'un soumissionnaire ayant participé à une procédure annulée peut déposer une nouvelle offre en cas de répétition de celle-ci, quand bien même il a connaissance d'éléments qui vont l'avantager dans la nouvelle procédure. Selon la doctrine, sous réserve d'une discrimination ciblée constitutive d'un abus de droit, les soumissionnaires doivent ainsi se voir opposer l'inégalité de traitement qui pourrait résulter de la répétition de la procédure ("Und solange im Abbruch nicht gezielte Diskriminierung und mithin Missbrauch liegt, haben die Unternehmer allfällige Ungleichbehandlungen, die sich etwa aus der Neudefinition der Leistungsanforderungen im neuen Verfahren ergeben können, klaglos hinzunehmen.", cf. Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in : AJP 2005 p. 784, ch. 36, p. 791).

cc) On peut déduire de ces considérations que, en principe, un soumissionnaire qui a participé à une procédure qui a été révoquée et répétée ne peut pas être exclu dans la nouvelle procédure en raison de sa participation à la première procédure, quand bien même il a pu en tirer certains avantages. Demeure réservée l'existence d'indices concrets et sérieux d'une discrimination qualifiée. La solution contraire reviendrait d'ailleurs à vider de sa substance la notion, centrale en matière de marchés publics, d'offre économiquement la plus avantageuse. En effet, la mise à l'écart d'office des soumissionnaires ayant participé à une procédure annulée et répétée limiterait considérablement la concurrence qui est recherchée et qui vise en particulier à obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Au demeurant, quoi qu'en pense la recourante, la répétition de la procédure présentait également des inconvénients pour A. _____ SA, qui a pris le risque de voir diminuer ses chances d'obtenir le marché dans cette seconde procédure, notamment par la présence de nouveaux soumissionnaires, comme la recourante. En sa qualité de nouveau

soumissionnaire qui a renoncé à participer à la première procédure, celle-ci doit de son côté accepter le fait que les précédents participants ont déjà une meilleure connaissance du marché mis au concours. Ils ont par exemple été informés du prix, qui est obligatoirement divulgué dans la décision d'adjudication (art. 32LCMP). On ne peut pas non plus exclure qu'ils ont pu prendre connaissance des premières offres formulées par leurs concurrents. Pour les motifs qui précèdent, de telles circonstances ne suffisent néanmoins pas à retenir un avantage qualifié dans le sens défini ci-dessus. En l'absence d'indices concrets et sérieux d'une discrimination ciblée au détriment de la recourante, il n'y a donc pas lieu d'exclure A. _____ SA de la présente procédure.

Partant le grief d'inégalité de traitement peut être rejeté.

6. Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté, sans qu'il soit nécessaire de donner suite aux moyens de preuve requis, les pièces du dossier de la présente cause s'étant révélées suffisantes pour trancher le litige.

La Cour de céans ayant statué au fond, la demande d'octroi d'effet suspensif est sans objet.

Vu l'issue du litige, les frais sont mis à la charge de la recourante. Celle-ci n'a pas droit à des dépens (art. 47 al. 1 et 2, 48 a contrario LPJA; par renvoi de l'art. 41LCMP).

Par ces motifs, la Cour de droit public

1. Rejette le recours.
2. Déclare sans objet la demande d'octroi d'effet suspensif.
3. Met les frais, par 2'200 francs, à la charge de la recourante, montant compensé par son avance.
4. N'alloue aucuns dépens.

Neuchâtel, le 19 décembre 2019

E. 3

a) L'article 32 al. 1 et 2 LCMP stipule en particulier que la décision d'adjudication, sommairement motivée, est communiquée aux soumissionnaires. Elle indique notamment le nom de l'adjudicataire, le montant de l'adjudication et le tableau final d'appréciation des offres. Le tableau final d'évaluation des offres mentionne les critères d'adjudication, les pondérations et les notes obtenues par chaque soumissionnaire. b) En l'occurrence, la décision d'adjudication litigieuse respecte les exigences légales, quand bien même elle recelait une erreur (absence de pondération des critères no 2 et 3), qui n'a d'ailleurs pas échappé à la recourante. Une fois la pondération des critères 2 et 3 effectuée, A. _____ SA est toujours classée à la première place (460 points), alors que X. _____ SA rétrograde à la 3^{ème} place (386.45 points). La recourante ne prétend d'ailleurs pas que la correction des erreurs qu'elle dénonce conduirait à lui adjuger les travaux en cause. Ce grief peut donc être rejeté.

E. 4

a) X. _____ SA remet en cause l'aptitude de l'adjudicataire à réaliser le marché au motif qu'il n'a pas été en mesure d'exécuter celui qui lui avait été adjugé à l'issue de la première procédure. En l'espèce, les documents d'appel d'offres définissent comme suit les critères d'aptitude en renvoyant aux annexes Q : organisation qualité du candidat pour satisfaire les

exigences du client (Q 1); capacité en personnel et formation de base des personnes-clés (Q4); contribution à la composante sociale du développement durable (Q5), contribution à la composante environnementale du développement durable (Q6); application d'un système de management compatible avec l'environnement (Q7). L'adjudicateur doit écarter les offres qui n'ont pas reçu au moins la note 2 sur l'un ou l'autre des critères d'aptitude (annexes Q) (4.17). Les critères d'aptitude des soumissionnaires sont en outre additionnés aux critères d'adjudication pour déterminer la note finale (ch. 4.8). Les critères d'aptitude ont été repris et organisés en trois sous-critères relatifs au critère n° 3, soit (1) organisation qualité du soumissionnaire pour satisfaire les exigences du client, (2) contribution de l'entreprise à la composante sociale du développement durable et (3) contribution de l'entreprise à la composante environnementale du développement durable. A. _____ SA a obtenu la note 4 à ce critère, sur un maximum de 5. Dans ses observations sur le recours, l'intimé admet que A. _____ SA, à qui les travaux, prévus durant les vacances scolaires de l'été 2019, avaient été adjugés lors de la première adjudication, n'a pas été en mesure de respecter les délais. La société justifie l'empêchement initial par l'augmentation inattendue des commandes lors de la procédure de soumission qui s'est déroulée au printemps 2019. Cette circonstance avait conduit à la révocation de la décision d'adjudication et à la répétition de la procédure (décision du 06.06.2019). Les éventuelles expériences négatives avec un soumissionnaire lors de précédents marchés ne figurant pas dans les critères d'aptitude définis dans le dossier d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas prononcer pour ce seul motif l'exclusion de A. _____ SA en application de l'article 21 al. 1 let. a LCMP. D'ailleurs, ni l'article 21 LCMP, ni l'AIMP ne permettent d'exclure un soumissionnaire en raison d'anciennes expériences négatives. Cette société remplit en outre les exigences minimales d'aptitude (note supérieure à 2, cf. ch. 4.17 du dossier d'appel d'offres). Rien ne permet à cet égard de considérer que l'adjudicataire ne sera pas en mesure d'effectuer les travaux dans les nouveaux délais impartis, soit durant les vacances scolaires de l'été 2020. Contrairement à la précédente procédure, qui prévoyait un planning très serré (procédure d'adjudication au printemps 2019, travaux durant l'été 2019), il reste plusieurs mois avant le début des travaux. L'adjudicataire a donc suffisamment de temps pour s'organiser et gérer à moyen/long terme les autres commandes. La recourante ne peut donc pas se prévaloir des circonstances entourant la décision de révocation du 6 juin 2019 pour demander l'exclusion de l'adjudicataire désigné dans la nouvelle procédure. b) X. _____ SA invoque l'arbitraire de la note octroyée au critère no 2 de A. _____ SA (4) en raison de l'incapacité de cette société à réaliser les travaux dans la précédente procédure de soumission. Selon le dossier d'appel d'offres et les précisions de l'intimé dans ses observations sur le recours, le critère no 2 (Organisation pour l'exécution du marché) était noté sur la base de 4 sous-critères (bois provenance de Suisse, organisation, programme des travaux, "nombre du personnel" sur chantier). Les éventuelles précédentes expériences du pouvoir adjudicateur avec les soumissionnaires ne figurent pas dans les critères d'adjudication. En outre, l'antécédent allégué, non contesté, ne permettait pas non plus de préjuger de la bonne ou mauvaise exécution du marché par A. _____ SA en 2020. L'intimé pouvait donc, sans tomber dans l'arbitraire, renoncer à utiliser cet antécédent en défaveur de A. _____ SA dans le cadre de l'appréciation du critère no 2. Le grief de la recourante est dès lors mal fondé et peut être rejeté.

E. 5

a) La recourante relève encore que A. _____ SA aurait bénéficié d'informations confidentielles susceptibles de la favoriser dans la seconde procédure, l'adjudicataire étant

au courant des attentes du pouvoir adjudicateur, contrairement aux autres soumissionnaires.

aa) 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). Le respect de ces principes est en cause dans le cas du soumissionnaire dit "préimpliqué", c'est-à-dire lorsqu'il 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). Le droit cantonal 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. La jurisprudence a apporté une solution pragmatique pour résoudre ce problème (sur les détails, cf. RJN 2018, p. 649).

bb) La situation évoquée par la recourante ne relève toutefois pas d'un cas de préimplication tel qu'il est défini ci-dessus, puisqu'il est uniquement reproché à A. _____ SA d'avoir tiré avantage, au détriment des autres soumissionnaires, de la première procédure de soumission. X. _____ SA évoque en particulier le fait que sa concurrente a eu connaissance du prix du marché adjugé. En-dehors de cette société, on ignore qui a participé à la première soumission, finalement révoquée et répétée. Cette question n'est pas décisive et il y a lieu de préciser ce qui suit au sujet des avantages qu'un soumissionnaire pourrait obtenir dans un tel contexte. Selon la jurisprudence, l'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure n'est possible qu'à titre exceptionnel et suppose un motif important, motif qu'il n'y a pas lieu d'examiner ici, dans la mesure où cette question sort de l'objet de la contestation. L'approche jurisprudentielle restrictive s'explique 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. Or, cette chance est effectivement retirée lorsque le pouvoir adjudicateur interrompt la procédure. Les soumissionnaires pourront certes à nouveau déposer une offre si la procédure est répétée, mais cela engendre des coûts supplémentaires et, selon les circonstances, une diminution des chances d'obtenir le marché dans cette seconde procédure au cas où le nombre de soumissionnaires serait plus important ou si de nouvelles exigences les désavantageraient. S'ajoute à cela que la mise en œuvre d'une seconde procédure peut produire des effets contraires aux règles sur les marchés publics et à l'objectif de libre concurrence poursuivi, notamment parce que les précédents soumissionnaires auront pu (à tout le moins partiellement) prendre connaissance des premières offres formulées par leurs concurrents (ATF 141 II 353 , cons. 6.1 et les références). Le Tribunal fédéral admet donc, dans son principe, qu'un soumissionnaire ayant participé à une procédure annulée peut déposer une nouvelle offre en cas de répétition de celle-ci, quand bien même il a connaissance d'éléments qui vont l'avantager dans la nouvelle procédure. Selon la doctrine, sous réserve d'une discrimination ciblée constitutive d'un abus de droit, les soumissionnaires doivent ainsi se voir opposer l'inégalité de traitement qui pourrait résulter de la répétition de la procédure (" Und solange im Abbruch nicht gezielte Diskriminierung und mithin Missbrauch liegt, haben die Unternehmer allfällige Ungleichbehandlungen, die sich etwa aus der Neudefinition der Leistungsanforderungen im neuen Verfahren ergeben können, klaglos hinzunehmen." , cf. Beyeler , Überlegungen zum Abbruch von

Vergabeverfahren, in : AJP 2005 p. 784, ch. 36, p. 791). cc) On peut déduire de ces considérations que, en principe, un soumissionnaire qui a participé à une procédure qui a été révoquée et répétée ne peut pas être exclu dans la nouvelle procédure en raison de sa participation à la première procédure, quand bien même il a pu en tirer certains avantages. Demeure réservée l'existence d'indices concrets et sérieux d'une discrimination qualifiée. La solution contraire reviendrait d'ailleurs à vider de sa substance la notion, centrale en matière de marchés publics, d'offre économiquement la plus avantageuse. En effet, la mise à l'écart d'office des soumissionnaires ayant participé à une procédure annulée et répétée limiterait considérablement la concurrence qui est recherchée et qui vise en particulier à obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse. Au demeurant, quoi qu'en pense la recourante, la répétition de la procédure présentait également des inconvénients pour A._____ SA, qui a pris le risque de voir diminuer ses chances d'obtenir le marché dans cette seconde procédure, notamment par la présence de nouveaux soumissionnaires, comme la recourante. En sa qualité de nouveau soumissionnaire qui a renoncé à participer à la première procédure, celle-ci doit de son côté accepter le fait que les précédents participants ont déjà une meilleure connaissance du marché mis au concours. Ils ont par exemple été informés du prix, qui est obligatoirement divulgué dans la décision d'adjudication (art. 32 LCMP). On ne peut pas non plus exclure qu'ils ont pu prendre connaissance des premières offres formulées par leurs concurrents. Pour les motifs qui précèdent, de telles circonstances ne suffisent néanmoins pas à retenir un avantage qualifié dans le sens défini ci-dessus. En l'absence d'indices concrets et sérieux d'une discrimination ciblée au détriment de la recourante, il n'y a donc pas lieu d'exclure A._____ SA de la présente procédure. Partant le grief d'inégalité de traitement peut être rejeté.

E. 6

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté, sans qu'il soit nécessaire de donner suite aux moyens de preuve requis, les pièces du dossier de la présente cause s'étant révélées suffisantes pour trancher le litige . La Cour de céans ayant statué au fond, la demande d'octroi d'effet suspensif est sans objet. Vu l'issue du litige, les frais sont mis à la charge de la recourante. Celle-ci n'a pas droit à des dépens (art. 47 al. 1 et 2, 48 a contrario LPJA ; par renvoi de l'art. 41 LCMP).

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