

# **NE\_GERICHTE CDP.2022.367 vom 10. März 2023**

NE Tribunal cantonal, 2023-03-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2022.367](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2022.367)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2022.367 du 10 mars 2023

IT: NE\_GERICHTE CDP.2022.367 del 10 marzo 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté en temps utile et dans les formes légales, le recours est recevable.

### **E. 2**

a) A la recourante qui s'interroge dans un premier grief sur la compétence du jury de prononcer son exclusion, le pouvoir adjudicateur répond, dans ses observations, que soit le jury n'a aucune compétence décisionnelle et, partant, le recours est irrecevable faute de décision susceptible d'être attaquée, soit le président du jury a agi en qualité de représentant du Service des bâtiments et, partant, sa décision est valable en tant qu'elle émane du maître de l'ouvrage et adjudicateur. b) En l'occurrence, il n'est pas contestable que ni l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 (AIMP 1994/2001) - l'adhésion du canton de Neuchâtel à l'AIMP révisé [AIMP 2019] est en cours - ni la loi cantonale sur les marchés publics (LCMP), respectivement son règlement d'exécution (RELCMP), ne confèrent un pouvoir décisionnel au jury d'un concours. Une décision d'exclusion de la procédure, à l'instar de toutes les décisions sujettes à recours en matière de marchés publics (art. 15 al. 1bis AIMP 1994/2001 ; 42 al. 2 LCMP), relève de la compétence du seul pouvoir adjudicateur (art 15 al. 1 AIMP 1994/2001 ; 42 al. 1 LCMP). Selon la jurisprudence, l'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision est un motif de nullité (ATF 145 IV 197 cons. 1.3.2, 139 II 243 cons. 11.2, 132 II 21 cons. 3.1 ; arrêt du TF du 30.11.2022 [2C\_959/2021, 2C\_961/2021] cons. 7.2, destiné à la publication aux ATF), à moins que l'autorité ayant statué ne dispose d'un pouvoir décisionnel général dans le domaine concerné (ATF 148 IV 445 cons. 1.4.2, 137 III 217 cons. 2.4.3) ce qui, comme exposé ci-avant, n'est pas le cas d'un jury de concours. c) Il suit de ce qui précède que le jury du concours de projets d'architecture et d'ingénierie CAP à La Chaux-de-Fonds ne disposait à l'évidence d'aucun pouvoir de puissance publique et, par voie de conséquence, d'aucun pouvoir décisionnel. Quand bien même une telle conclusion devrait conduire, sans discussion possible, à déclarer nulle la décision excluant le projet de la recourante dudit concours, une telle issue ne constituerait en réalité qu'une vaine formalité et aboutirait, dans le cas particulier, à un allongement inutile de la procédure. Il ressort en effet des pièces du dossier que le Service des bâtiments, auquel revenait la compétence formelle d'exclure le projet no [xx] « A. \_\_\_\_\_ » de la procédure du concours, est à l'origine de la proposition d'exclusion qui a été soumise pour approbation au jury, si bien que la décision litigieuse reflète bien la volonté du pouvoir adjudicateur, quand bien même elle émane, indûment, du président du jury du concours.

### **E. 3**

Dans un deuxième grief, la recourante se prévaut d'une violation de son droit d'être entendue au motif que l'exclusion de son projet a été décidée sans qu'elle ait eu la

possibilité de se déterminer à ce sujet. Selon le Tribunal fédéral, le droit d'être entendu vaut également en matière de marchés publics ( ATF 139 II 489 cons. 3.3 et les références citées). Dans cette cause, la Haute Cour a considéré que si une autorité adjudicatrice avait le droit de demander des références qui n'avaient pas été indiquées dans son offre par le soumissionnaire, cette pratique était soumise à des exigences constitutionnelles minimales, en ce sens que si les références étaient utilisées au détriment du soumissionnaire, ce dernier devait obtenir la possibilité de s'exprimer à leur sujet, sous-entendu avant que l'autorité ne statue. On peut déduire de cette jurisprudence que, a contrario, lorsque, comme en l'espèce, l'adjudicateur se prononce au désavantage d'un soumissionnaire, respectivement d'un participant à un concours en fonction des éléments figurant dans l'offre, respectivement dans le rendu du projet, il n'a pas à lui accorder un droit d'être entendu avant de statuer. Le grief de violation du droit d'être entendu doit partant être écarté dans le cas particulier.

#### **E. 4**

a) En vertu de l'article 15 al. 4 LCMP, la procédure de mise en concours doit respecter les principes de la présente loi. Pour le surplus, elle est régie par des directives élaborées en collaboration avec les associations professionnelles concernées. A cet égard, l'article 8 RELCMP précise que, dans les limites fixées par la loi et le présent règlement, le pouvoir adjudicateur définit la procédure de concours selon les cas (al. 1). Il se réfère aux règles appliquées par les organisations professionnelles contenues, notamment, dans le règlement des concours d'architecture et d'ingénierie SIA 142 (al. 2). b) Sous le chiffre 1.8 « Conflits d'intérêts », le programme du concours de projets d'architecture et d'ingénierie CAP prévoyait ceci : « Les bureaux et leur personnel ne doivent pas se trouver en conflit d'intérêts avec un membre ou un suppléant du jury, par analogie à l'article 12.2 du règlement SIA 142 édition 2009. Est exclue du concours : · toute personne employée par le maître de l'ouvrage, par un membre du jury ou par un spécialiste-conseil dans le programme du concours ; · toute personne proche parente ou en relation de dépendance ou d'association professionnelle avec un membre du jury ou un spécialiste-conseil nommé dans le programme du concours ; · toute personne ayant participé à la préparation du concours. Pour l'interprétation de l'article 12.2 du règlement SIA 142 édition 2009, les candidats peuvent consulter le document « Conflits d'intérêts » publié par la commission SIA 142/143 sur le site [www.sia.ch](http://www.sia.ch) sous la rubrique « Concours-lignes directrices ». » Ce motif d'exclusion correspond peu ou prou à celui envisagé par l'article 21 al. 1 let. a LCMP, selon lequel un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication s'il n'est pas indépendant du pouvoir adjudicateur. c) En l'espèce, la recourante a fait appel dans le cadre de son projet à la société B. \_\_\_\_\_ Sàrl, à Z. \_\_\_\_\_ (personne de contact : C. \_\_\_\_\_) en tant que spécialiste en protection incendie AEAI. Dans le programme du concours, il était indiqué que le jury pourrait solliciter au cours de la procédure des spécialistes-conseils, parmi lesquels figurait nommément « D. \_\_\_\_\_, ingénieur en génie thermique HES, B. \_\_\_\_\_ Sàrl, à Z. \_\_\_\_\_ ». Il n'est ni contesté ni contestable que D. \_\_\_\_\_ est associé et président des gérants de la société B. \_\_\_\_\_ Sàrl, qui a son siège à W. \_\_\_\_\_ et plusieurs succursales dont l'une à Z. \_\_\_\_\_, et que C. \_\_\_\_\_ en est l'un des associés gérants avec 50 parts sociales. Partant, on ne saurait nier que D. \_\_\_\_\_, spécialiste-conseil auquel le jury du concours a fait appel au cours de la procédure, et C. \_\_\_\_\_, spécialiste en protection-incendie qui a collaboré au projet de la recourante, sont associés professionnellement, ce qui constitue objectivement un conflit d'intérêts au sens des règles de procédure définies dans le programme du concours. Il n'est pas relevant que l'un et l'autre travaillent dans deux secteurs différents de leur société, sur

des sites distincts, voire qu'ils ignoraient tout de la participation de l'autre au même concours. Est en revanche déterminant le fait qu'ils sont associés gérants et exercent collectivement la gestion de la société B.\_\_\_\_\_ Sàrl (art. 809 CO), laquelle est ainsi intervenue dans le concours à deux titres totalement opposés. À cet égard, on ne peut pas suivre la recourante lorsqu'elle fait une interprétation restrictive du chiffre 1.8 du programme du concours en ce sens que la mention que « les bureaux et leur personnel ne doivent pas se trouver en situation de conflit d'intérêts » n'inclurait pas les spécialistes auquel les participants pouvaient faire appel. Car, dès l'instant où un participant s'octroyait les services d'autres spécialistes, ceux-ci devaient être mentionnés dans la « fiche d'identification de l'auteur du projet », qui comportait au surplus l'engagement suivant : « Le concurrent confirme par sa signature qu'aucune des personnes figurant sur la présente fiche ne se trouve dans l'une des situations définies à l'article 12.2 du règlement SIA 142, édition 2009 ». Le fait que la recourante ait mentionné dans cette fiche la participation au projet de la société B.\_\_\_\_\_ Sàrl, par le biais de C.\_\_\_\_\_, tout en signant l'engagement précité semble exclure toute intention déloyale de sa part, quand bien même son affirmation selon laquelle si elle avait été consciente de cette situation, « il va de soi qu'elle se serait bien gardée de faire mention de la participation de C.\_\_\_\_\_ dans sa fiche A03 », laisse songeuse la Cour de céans. Cela étant, même si la recourante n'a pas prêté attention au nom « B.\_\_\_\_\_ », qui suivait la spécialisation de D.\_\_\_\_\_ dans le programme du concours ou que, l'ayant noté, elle n'a pas fait le rapprochement malgré la similitude avec l'adresse mail de C.\_\_\_\_\_ (C.\_\_\_\_\_@B.\_\_\_\_\_.ch) qu'elle a pourtant reproduite dans le document A03, il n'en demeure pas moins que le pouvoir adjudicateur est le garant d'une procédure dont le déroulement ne doit pas prêter le flanc à la critique. Le conflit d'intérêts était dans le cas particulier si évident qu'aucune autre mesure moins rigoureuse que l'exclusion du projet de la recourante du concours n'était envisageable.

#### **E. 5**

Il suit de ce qui précède que, mal fondé, le recours doit être rejeté, aux frais de son auteur qui, succombant, n'a pas droit à des dépens.

#### **E. 6**

La Cour de céans ayant statué au fond, la requête tendant à l'octroi de l'effet suspensif n'a plus d'objet.

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