

## **NE\_GERICHTE TA.1998.29 vom 9. April 1998**

NE Tribunal cantonal, 1998-04-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_TA.1998.29](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.1998.29)

FR: NE\_GERICHTE TA.1998.29 du 9 avril 1998

IT: NE\_GERICHTE TA.1998.29 del 9 aprile 1998

### **Erwägungen**

#### **E. 24**

décembre 1996 (RO 1996, p.3258). L'AIMP n'est applicable que si certaines conditions sont remplies (art.6 ss). Il faut en particulier que le marché à adjuger atteigne certains seuils (art.7), notamment 403'000 francs pour les fournitures et services (art.7 al.1 litt.b AIMP). Toutefois, si un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de constructions pour la réalisation d'un ouvrage, leur valeur totale est déterminante (art.7 al.2 AIMP). Le paragraphe 3 al.1 des directives pour l'exécution de l'AIMP précise que l'application des règles régissant les marchés publics ne doit pas être contournée en divisant le marché. Le but est donc d'éviter qu'un adjudicateur puisse échapper aux règles de l'AIMP en subdivisant un projet de telle façon que chaque tranche soit inférieure aux valeurs minimales de l'article 7 AIMP.

En l'espèce, le département a distingué les installations électriques et la protection contre la foudre. Il ne ressort pas du dossier que ces deux soumissions constituaient en fait un tout indissociable et qu'elles auraient été abusivement distinguées. On ne verrait d'ailleurs pas le but d'une telle manoeuvre, le coût des installations électriques étant de toute façon supérieur au seuil de l'article 7 al.1 litt.b AIMP. Ainsi, le marché de la protection contre la foudre aurait pu être attribué à une entreprise tierce. Le seul fait qu'il ait été adjugé au consortium V., comme celui des installations électriques, ne suffit pas pour que la valeur minimale de l'article 7 AIMP soit atteinte. En conséquence, l'adjudication du marché de la protection contre la foudre n'entre pas dans le champ d'application de l'AIMP, de sorte que F. SA n'était pas habilité à recourir au sens de l'article 15 AIMP. Partant, son recours à ce sujet est irrecevable.

b) Si un recourant n'a pas la possibilité d'avoir connaissance du dossier de l'affaire, il adresse, dans le délai de recours, une déclaration de recours à l'autorité compétente (art.36 al.1 LPJA). Cette disposition vise le cas de l'empêchement de consulter un dossier, généralement dû au fait que l'autorité ne l'a pas mis à disposition de l'intéressé (Schaer, Juridiction administrative neuchâteloise, 1995, p.160). Selon l'article 15 AIMP, les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours. Le Tribunal administratif est l'autorité juridictionnelle cantonale compétente (art.2 de la loi neuchâteloise du 26.06.1996 portant adhésion à l'AIMP). L'article 15 al.2 AIMP prévoit certes qu'un recours doit être dûment motivé et déposé dans les dix jours, mais cette disposition ne suffit pas pour en conclure que le législateur a voulu exclure une possibilité de déclaration de recours. A défaut de règle cantonale contraire, il y a lieu de considérer que le Tribunal administratif doit appliquer par analogie les dispositions de procédure qui lui sont spécifiques, contenues dans la LPJA (ATA du 25.02.1998 en la cause S. contre Expo 2001). Ainsi, la voie de la déclaration de recours peut être utilisée dans le domaine des marchés publics, si les conditions de l'article 36 LPJA sont réunies.

En l'espèce, l'association d'architectes pour le nouveau musée d'archéologie de Neuchâtel a dans un premier temps refusé de mettre le dossier à la disposition de la recourante (D.2/5). Celle-ci allègue que, lorsqu'elle en a finalement eu connaissance, elle a constaté que certaines pièces manquaient et que, lorsqu'elle s'est enquis de celles-ci, il lui a été répondu qu'elles se trouvaient à Yverdon, au bureau d'ingénieurs P. SA (D.2/9 et déclaration de recours, p.2). Ces allégations ne sont pas contestées par le département qui, dans ses observations du 3 mars 1998, considère que les conditions de l'article 36 LPJA sont remplies (p.2). Il y a dès lors lieu d'admettre que la recourante n'a effectivement pas eu la possibilité de prendre connaissance du dossier, au sens de l'article 36 al.1 LPJA. La motivation du recours a été adressée à la Cour de céans dans les dix jours où un complément de dossier a été envoyé à la recourante (art.36 al.2 LPJA).

c) En sa qualité de soumissionnaire écarté, F. SA a qualité pour

recourir (art.32 litt.a LPJA). Elle est en outre domiciliée dans le canton (art.9 litt.a AIMP). Interjeté dans les formes légales, le recours relatif à l'adjudication des installations électriques est ainsi recevable.

2. La recourante estime que la publication de l'appel d'offres ne répondait pas aux critères prévus en la matière par l'ordonnance fédérale sur les marchés publics (recours, p.5). Toutefois, la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 ne s'applique pas aux adjudications cantonales (art.2 al.1 litt.a a contrario).

Le canton de Neuchâtel n'a adhéré qu'à l'AIMP (art.1 de la loi cantonale du 26.6.1995). Les directives pour l'exécution de l'AIMP n'ont en conséquence pas force obligatoire dans le canton de Neuchâtel. Pour qu'elles acquièrent une valeur contraignante, il faudrait que le Conseil d'Etat y renvoie expressément dans les dispositions qu'il édictera en vertu de l'article 3 de la loi précitée. A défaut, on ne peut que considérer qu'elles ont valeur de recommandations à l'égard des autorités. En d'autres termes, la violation d'une disposition des directives AIMP qui ne trouve pas une base claire dans l'accord ne saurait, en l'état, entraîner l'annulation d'une décision d'adjudication (ATA du 20.02.1998 en la cause G. et R. contre Conseil communal de La Chaux-de-Fonds). Or, l'AIMP se borne à prévoir une publication appropriée, au moins dans la Feuille officielle cantonale de l'adjudicateur (art.13 litt.a AIMP), ce qui a été fait en l'espèce. Le recours est ainsi mal fondé sur ce point.

3. a) Lors de la passation de marchés publics, il y a lieu de respecter notamment le principe de la renonciation à des rounds de négociations (art.11 litt.c AIMP). Les directives AIMP précisent que cela concerne les prix, les remises de prix et des modifications des prestations (paragraphe 26). Il s'agit d'une des règles les plus importantes de la réglementation sur les marchés publics dont seul le strict respect peut permettre de garantir les principes d'égalité de traitement et de concurrence efficace prévus à l'article 11 litt.a et b AIMP. Elle constitue une question de droit, que l'autorité de céans revoit librement. La saine concurrence voulue par le législateur exige que l'autorité d'adjudication examine les offres dans l'état où elle les a

reçues et ne soit en principe pas autorisée à prendre en compte des modifications postérieures à l'expiration du délai d'offre (Michel, Droit public de la construction, 1997, p.395 ch. 1963). Cette règle vise en particulier les réductions subséquentes d'offres. Si une entreprise est invitée par l'autorité d'adjudication à faire un nouvel examen technique de son offre et que, par la suite, elle dépose une offre corrigée à la baisse, il ne s'agit pas d'une mise au point technique, mais d'une modification inadmissible de l'offre. Il en va de même si un soumissionnaire accepte, à la demande de l'autorité d'adjudication, d'offrir un rabais de 5 % postérieurement à l'ouverture des offres (Michel, opus cité, p.389-390 ch.1944 et 1947).

Des exceptions à ce principe ne doivent être admises que restrictivement. Il est par exemple possible pour un soumissionnaire de corriger une erreur de calcul ou pour l'adjudicateur de demander des informations complémentaires pour autant que cela ne conduise pas à la modification des bases de l'offre ou des prix (Michel, opus cité, p.390 ch.1946, p.395 ch.1966). Il est également admissible que l'adjudicateur demande aux soumissionnaires de revoir leurs offres financières si l'examen de celles-ci a démontré des écarts tels qu'ils ne peuvent que résulter d'une mauvaise compréhension par les soumissionnaires des prestations réellement attendues (ATA du 20.02.1998 en la cause G. et R. contre Conseil communal de La Chaux-de-Fonds).

b) En l'espèce, le département avance avoir décidé d'envisager une réalisation à forfait, solution de plus en plus fréquente en pratique, raison pour laquelle il a été demandé aux soumissionnaires entendus le 5 décembre 1997 s'ils pouvaient entrer en matière et, le cas échéant, quelle serait leur offre (observations du 03.03.1998, p.4 ch.3.2 paragraphe 2). Cette explication ne convainc pas. Le département s'est adjoint l'aide d'un bureau d'ingénieurs conseils pour élaborer le dossier de soumission (ibid., p.2 ch.2.1 in fine). Dès lors, il convenait que l'appel d'offres précise que l'adjudicateur entendait également obtenir une offre financière à forfait. Ne faire apparaître cet élément qu'au moment des auditions faussait le jeu de la concurrence et créait une inégalité de traitement vis-à-vis des soumissionnaires qui n'ont pas été

auditionnés et n'ont donc pas pu présenter une offre à forfait.

Le département avance que les auditions du 5 décembre 1997 n'ont pas été conçues ou présentées comme des rounds de négociations financières, mais qu'il s'agissait simplement de demander des précisions, de vérifier la bonne compréhension réciproque des travaux et d'obtenir confirmation de certaines corrections apportées aux prix proposés (observations du 03.03.1998, p.4 ch.3.2). Cette interprétation est contredite par le dossier. L'audition de chaque soumissionnaire a fait l'objet de deux procès-verbaux se présentant comme des formulaires (v.D.5a). Or, on constate sur le second de ceux-ci une section intitulée "Déductions contractuelles" (rabais, escompte, prorata), subdivisée en "consenties" et "nouvelles". En d'autres termes, il était clairement prévu de discuter des prix avec les soumissionnaires afin d'obtenir des baisses. Le procès-verbal du consortium V. montre d'ailleurs que, lors de son audition, il a offert un rabais de 5 % qui ne figurait pas dans l'offre initiale. Dans sa lettre du 8 décembre 1997, il s'agit du premier point précisé par le consortium V. : "Un rabais supplémentaire de 5 % sera accordé sur la soumission courant fort et faible". Il y a ainsi eu, lors de l'audition du 5 décembre 1997, une négociation sur les prix entre l'adjudicateur et le consortium V., qui a abouti à l'octroi par celui-ci d'un rabais de 5 %. Un tel procédé est contraire à l'article 11 litt.c AIMP.

c) Lorsqu'une modification inadmissible d'une offre financière est constatée, il y a en principe lieu d'annuler l'adjudication prononcée en faveur de l'auteur de l'offre diminuée afin qu'une nouvelle décision soit prise compte tenu des offres initialement déposées (Michel, opus cité, p.398 ch.1944).

En l'espèce, il n'y a toutefois pas lieu d'annuler la décision d'adjudication, car l'offre initiale du consortium V. était la plus basse, de sorte que le marché aurait pu lui être adjugé sur cette base.

4. La recourante se plaint du fait que la procédure d'examen ne s'est pas faite selon des critères objectifs et vérifiables et n'a pas été impartiale (recours, p.6 ch.3).

L'adjudication a été faite à l'offre la plus basse, ce qui constitue un critère objectif et vérifiable. En ce qui concerne l'impartialité, il y a lieu d'admettre que ce grief est absorbé par celui de la violation de l'interdiction des négociations, examiné plus haut (cons.3).

5. La recourante relève qu'aucune publication de l'adjudication, au sens du paragraphe 30 des directives AIMP, n'est prévue (recours, p.7-8 ch.6). Le département avance que le délai de 72 jours du paragraphe précité n'est pas encore échu (observations du 03.03.1998, p.5). Comme déjà mentionné (ci-dessus cons.2), les directives AIMP n'ont pas force obligatoire dans le canton de Neuchâtel. Or, l'AIMP ne prévoit pas la publication de l'adjudication, mais seulement la notification et la motivation sommaire des décisions d'adjudication (art.13 litt.h AIMP). Le recours est ainsi également mal fondé sur ce point.

6. Comme il est statué au fond, il n'y a plus lieu d'examiner la requête d'effet suspensif.

7. Le recours portant sur l'adjudication des travaux de protection contre la foudre est ainsi irrecevable, celui relatif aux installations électriques mal fondé. Les frais doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe, montants compensés par ses avances. Le consortium V. a présenté des observations, sans toutefois démontrer qu'il a engagé des frais, de sorte qu'il n'a pas droit à des dépens (art.48 al.1 LPJA).

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