

# NE\_GERICHTE TA.1999.178 vom 17. November 2000

NE Tribunal cantonal, 2000-11-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_TA.1999.178](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.1999.178)

FR: NE\_GERICHTE TA.1999.178 du 17 novembre 2000

IT: NE\_GERICHTE TA.1999.178 del 17 novembre 2000

## Erwägungen

### E. 1

a) La loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) est entrée en vigueur le 1er juillet 1996. Ses dispositions matérielles ont plein effet dès cette date (ATF 123 I 319 cons.3d). Elle s'applique, en particulier, aux marchés publics cantonaux et communaux, indépendamment des valeurs seuils et des types de marchés (art.5 LMI ; ATF 125 II 91 cons.1c; FF 1995 I p. 231, 1237; Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, 1997, p.435-436). Ainsi, le marché adjugé par la défenderesse tombe sous le coup de la LMI. b) Depuis le 1er octobre 1999, la procédure et les conditions de passation des marchés publics des communes dans le canton de Neuchâtel sont réglées par la loi cantonale du 23 mars 1999 sur les marchés publics (LCMP; RSN 601.72). Cette loi s'applique à toutes les procédures pour lesquelles l'appel d'offres s'effectue après son entrée en vigueur (art.48 al.1 LCMP). Partant, le marché litigieux, pour lequel l'appel d'offre a été publié en 1997, échappe à la LCMP. c) L'Accord GATT /OMC sur les marchés publics, conclu à Marrakech le 15 avril 1994 et entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1996 (RS 0.632.231.422), ne régit pas les marchés publics des communes suisses, sauf dans des secteurs particuliers, non concernés en l'espèce (eau potable, énergie, transports urbains, aéroports et installations portuaires ; ATF 125 II 90 cons.1a et les références citées). d) Les valeurs seuils de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994, (AIMP ; entré en vigueur pour le canton de Neuchâtel le 24.12.1996, v. RO 1996, p. 3258 et loi du 26.06.1996 portant adhésion à l'AIMP, RSN 601.70) ne sont pas atteintes, de sorte que l'AIMP n'est pas applicable (art.7 AIMP et § 5 des Directives pour l'exécution de l'AIMP). e) Selon l'article 9 alinéa 1 LMI, les restrictions à la liberté d'accès au marché, en particulier en matière de marchés publics, doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours. Le droit cantonal prévoit au moins une voie de recours devant une instance indépendante de l'administration (art.9 al.2 LMI). Si les règles matérielles de la LMI déploient leurs effets, sans exception, dès l'entrée en vigueur de la loi (ATF 123 I 319 cons.3d), son article 9, en tant qu'il concerne la protection juridictionnelle dans le domaine des marchés publics cantonaux et communaux (art.5 LMI), n'est applicable que depuis le 1er juillet 1998 (RO 1996, p.1742 ; ATF 123 I 319 cons.3c, 125 II 92 cons.2a). La demanderesse ne pouvait dès lors pas saisir les voies de droit instituées par la LMI lorsque son offre a été écartée, en mars 1998. Le règlement communal du 21 novembre 1994 concernant les soumissions et adjudications (ci-après : le règlement communal) ne prévoit quant à lui pas qu'une décision, susceptible de recours, soit rendue au moment de l'adjudication par la commune d'un marché public. Ainsi, l'autorité ne disposant à l'époque pas, en vertu de la réglementation légale topique, de la compétence de statuer par un acte fondé sur son pouvoir souverain et contraignant, la demanderesse est légitimée à faire valoir ses prétentions en réparation du dommage contre la Ville de Neuchâtel par la voie de l'action de droit administratif, conformément à la loi sur la

responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (LResp, RSN 150.10 ; RJN 1994, p.259). Introduite au surplus dans le délai de six mois à compter de la prise de position du Conseil communal de la défenderesse (art.11 al.2 LResp), la demande est recevable (art.21 al.1 LResp, 58 litt.g LPJA).

## **E. 2**

a) L'article 5 al. 1 LMI dispose que les marchés publics des cantons et des communes sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse de manière contraire à l'article 3 LMI (art.5 al.1, 2ème phrase LMI). Cette disposition fixe les règles minimales que doivent observer les pouvoirs adjudicateurs cantonaux et communaux lors de la passation de marchés publics, non seulement dans l'élaboration de leurs réglementations mais aussi dans les décisions qui en découlent (ATF 125 II 91 cons.1c, 123 I 317 cons.2b et 319 cons.3c ; Clerc , op. cit., p.433). Il ne peut donc être tenu compte du règlement communal du 21 novembre 1994 que dans la mesure où ses dispositions ne violent ni le sens ni l'esprit du droit fédéral et ne compromettent pas sa réalisation (ATF 124 I 109 cons.2a). b) Selon l'article 12 al.1 du règlement communal, les offres ne sont prises en considération que si - à charge du soumissionnaire d'en apporter la preuve - les conditions de travail prévues par les lois ainsi que par les conventions collectives et les contrats-types du lieu de travail (ou à défaut les usages de la profession) sont respectées, si les cotisations sociales ont été versées et si les impôts sont payés. Il s'agit de déterminer si la défenderesse a violé la LMI en écartant, sur la base de la disposition précitée, l'offre de la demanderesse au motif qu'elle n'avait pas produit dans son dossier de candidature une attestation émanant de la commission paritaire neuchâteloise. c) La LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art.1 al.1 LMI). La liberté d'accès au marché d'offres externes ne peut être restreinte en fonction des prescriptions applicables au lieu de destination que si ces restrictions s'appliquent de la même façon aux offres locales, sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et répondent au principe de la proportionnalité (art.3 al.1 LMI). Sont disproportionnées les restrictions qui sont prononcées alors que la protection recherchée peut être obtenue au moyen des prescriptions applicables au lieu de provenance ou lorsqu'il n'a pas été tenu compte des attestations de sécurité ou des certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance (art.3 al.3 litt.a et b LMI; FF 1995 I p.1245). Le Conseil fédéral a précisé dans son message à l'appui de la LMI qu'une réglementation prévoyant que les marchés publics de travaux doivent toujours être exécutés en respectant les conventions collectives en vigueur au lieu d'exécution serait incompatible avec l'article 5 LMI. Une telle réglementation aurait pour conséquence d'exclure pratiquement du marché concerné les concurrents externes liés à d'autres conventions collectives et de les contraindre à avoir une filiale spécialement pour le territoire en question. Conformément à l'article 3 al.3 litt.a LMI, l'application des dispositions des conventions collectives en vigueur au lieu d'exécution n'est conforme au principe de la proportionnalité et, partant, autorisée, que si la protection recherchée ne peut être obtenue autrement. Comme le niveau des conventions collectives applicables aux diverses branches est à peu près comparable dans toute la Suisse, l'adjudication devra en principe intervenir en tenant compte des conventions en vigueur au lieu de provenance (FF 1995 I p.1248-1249). Cette solution, voulue par le législateur fédéral, correspond à l'idée d'un marché intérieur uniforme dans lequel prévaut le principe de l'égalité des réglementations

cantonales et communales de même qu'un système de sécurité sociale largement unifié (v. recommandations de la Commission de la concurrence concernant le projet de LCMP, DPC 1998, p.337). Dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral a relevé, en matière d'aide publique aux entreprises, que, lorsque l'assistance de l'Etat prend la forme de l'octroi de marchés publics, l'exigence relative à la conclusion d'une convention collective de travail constitue une restriction inadmissible à la liberté d'accès au marché pour les entreprises extérieures au canton qui ne connaissent pas les mêmes conditions. Selon la Haute Cour, une telle restriction, qui poursuivrait certes un objectif de politique sociale au sens de l'article 3 al.2 litt.d LMI, se révélerait non seulement contraire au principe de la proportionnalité réservé à l'article 3 al.1 litt.c et al.3 LMI, mais serait de surcroît un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser des intérêts économiques locaux, au sens de l'article 3 al.4 LMI (ATF 124 I 112 cons.2f). En résumé, selon la LMI, le pouvoir adjudicateur doit reconnaître comme équivalentes les conditions de travail en vigueur au lieu de provenance du soumissionnaire, sauf exception en cas de véritable dumping social. Sur ce dernier point, le législateur fédéral a volontairement choisi une solution moins protectionniste que celle résultant de l'AIMP ( Clerc , op. cit., p.434-435). d) Lorsqu'elle a soumissionné, la demanderesse a joint à son offre une attestation établie par la "Paritätische Berufskommission – Baugewerbe Biel" confirmant qu'elle respectait le "Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe 1995-1997" et le "Gesamtarbeitsvertrag GAV Bauhauptgewerbe Biel-Bienne 1995-1997" (D.6/2). Selon ladite commission, le premier de ces contrats collectifs a été déclaré applicable dans toute la Suisse (D.2/9). Dès lors que l'entreprise avait prouvé qu'elle se soumettait aux conventions collectives de son lieu de provenance, voire même à une convention valable sur tout le territoire suisse, la défenderesse ne pouvait prétendre que soit produite une attestation concernant les conditions de travail sur le lieu d'exécution, et encore moins exiger que ce document soit impérativement délivré par l'instance paritaire neuchâteloise. On ne saurait par ailleurs suivre la Ville de Neuchâtel lorsqu'elle soutient que sa requête avait également pour but de vérifier, comme prévu par les articles 12 et 29 litt.d du règlement communal, que la société était à jour dans le paiement de ses cotisations sociales. En effet, la commission paritaire neuchâteloise souligne dans la "lettre-type" déposée par l'un des autres soumissionnaires (D.2/11) qu'elle n'est pas en mesure de se prononcer sur "les paiements des cotisations aux caisses sociales (...) au sujet desquels les partenaires sociaux n'ont pas de renseignements". On doit ainsi conclure que l'éviction de la demanderesse constitue une restriction à la liberté d'accès au marché contraire à la LMI et, partant, illicite.

### **E. 3**

Il est hautement probable, c'est à dire dans une proportion se situant entre 50 et 99 % de chances ( Clerc , op. cit., p.639), que si son dossier de candidature n'avait pas été écarté à tort, la demanderesse aurait emporté l'adjudication. Le montant de son offre était en effet inférieur de plus de 10 % à celle de son concurrent immédiat (D.14a/11). L'article 44 du règlement communal prescrit que l'adjudication se fait à l'offre la plus avantageuse, en tenant compte du rapport prix-prestation et de divers autres critères (qualité, délais d'exécution, rentabilité, frais d'exploitation, service après-vente, etc.). Or, on ne voit pas en l'espèce de circonstances qui permettraient de penser que l'offre de la demanderesse n'aurait pas été choisie. La défenderesse fait certes référence dans sa prise de position du 9 février 1999 (D.2/22) à des doutes émis par la direction des travaux quant à la qualité des prestations exécutées par l'entreprise sur d'autres chantiers. Elle lui reproche d'autre part de ne pas être spécialisée dans les carrelages (réponse, D.5, p.4). Ces allégations ne sont

toutefois nullement étayées. Le dossier laisse de plus apparaître que la Ville de Neuchâtel, elle-même ou par le truchement du pool d'ingénieurs-architectes, a déclaré à répétitions reprises que l'éviction de la demanderesse était motivée par le seul fait que celle-ci n'avait pas joint à son dossier l'attestation de la commission paritaire neuchâteloise (D.2/ 11, 16, 20). Il y a dès lors lieu de s'en tenir à cette première explication, sans prendre en considération les réserves formulées après l'ouverture de la procédure litigieuse proprement dite.

#### **E. 4**

La demanderesse conclut au paiement de la somme de 21'224 francs, correspondant selon elle au bénéfice qu'elle aurait réalisé si le marché lui avait été adjugé (20 % du montant de son offre). Ni la LMI ni le règlement communal ne contiennent de dispositions concernant l'étendue du dommage qui doit être réparé en cas d'éviction illicite dans une procédure de passation d'un marché public. La LResp renvoie sur ce point aux dispositions du droit privé fédéral, applicables à titre de droit supplétif (art.3), et réserve le droit fédéral ainsi que les dispositions spéciales du droit cantonal (art.4). A ce propos, on note tout d'abord que le régime instauré par les droits fédéral (art.34 al.2 de la loi fédérale sur les marchés publics, RS 172.056.1), intercantonal (§ 34 al.2 des Directives pour l'exécution de l'AIMP) et cantonal (art.46 al.2 LCMP) exclut l'indemnisation du gain manqué par le pouvoir adjudicateur et limite celle-ci aux dépenses engagées en relation avec la procédure d'adjudication. De plus, selon les principes généraux du droit des obligations, la responsabilité de la défenderesse est en l'espèce de nature précontractuelle (*culpa in contrahendo*). Or, selon la jurisprudence et la doctrine dominante, le lésé ne peut en principe réclamer que des dommages-intérêts négatifs (perte éprouvée) lorsque l'autre partie a violé ses devoirs précontractuels (ATF 105 II 81 cons.3; Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 1997, p.755). Pour tous ces motifs, on ne peut admettre les prétentions formulées par la demanderesse. Il y a plutôt lieu de déterminer équitablement le préjudice, en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée (art.42 al.2 CO; RJN 1998, p.325), et tenir compte, en conséquence, des dépenses engagées par X. SA pour l'élaboration de son offre. C'est par ailleurs à tort que la défenderesse invoque la norme SIA 117 pour s'opposer à un dédommagement de cette nature (D.19). En effet, la règle selon laquelle le soumissionnaire n'a droit à aucune indemnité pour l'élaboration de l'offre – qui figure d'ailleurs à l'article 25 LCMP – s'applique lorsque la procédure d'adjudication se déroule de façon conforme à la loi mais non lorsqu'un soumissionnaire en est écarté de manière illicite. A défaut, l'entité adjudicatrice fautive ne pourrait jamais être appelée à réparer le dommage qu'elle a créé. En l'espèce, la demanderesse expose que son directeur a consacré trois jours de travail à la préparation de l'offre, qui comprend l'analyse de l'appel d'offres, le calcul de quantités et de main-d'œuvre, les contacts avec les fournisseurs et la direction des travaux ainsi que d'autres tâches administratives (D.17). A cela, l'entreprise ajoute une demi-journée de travail pour les réunions de chantier après la remise de l'offre. A raison de journées de 8 heures, l'investissement en temps peut donc être estimé à 28 heures, et non 32 comme indiqué par erreur par X. SA. La rémunération horaire mentionnée de 146 francs peut être admise, s'agissant d'un directeur de société. Ce montant est d'ailleurs compatible avec le "Tarif de régie 2000 pour travaux du bâtiment et du génie civil" déposé par la défenderesse (D.19a), qui prévoit des salaires pouvant aller jusqu'à 112 francs de l'heure pour un contremaître en travaux spéciaux (position 164.131). C'est ainsi la somme de 4'088 francs qui doit être retenue (28 heures x 146 francs), à laquelle il convient d'ajouter 50 francs pour une heure de travail de la part de la secrétaire de la société. En

conclusion, le préjudice subi par la demanderesse sera arrêté à 4'138 francs. Ce montant étant inférieur à celui contenu dans les conclusions de la demande, les remarques de la défenderesse quant à l'interdiction pour le Tribunal de statuer "ultra petita" sont sans objet.

#### **E. 5**

Le dossier tel que constitué s'est révélé suffisant pour statuer, de sorte que l'on peut renoncer à donner suite aux réquisitions de preuves formulées par les parties.

#### **E. 6**

Il résulte de ce qui précède que la demande doit être admise à concurrence de 4'138 francs. Cette somme porte intérêt à 5 % l'an dès la date du dépôt de l'action. La demanderesse obtient gain de cause sur le principe mais succombe nettement quant à l'ampleur du dommage. Il se justifie dès lors de la condamner à supporter une partie des frais de la procédure et de lui allouer une indemnité de dépens réduite (art.47 al.1 et 48 LPJA). La défenderesse, qui est une autorité communale, ne paie pas de frais et n'a pas droit à des dépens (art.47 al.2 LPJA; Schaer, Juridiction administrative neuchâteloise, 1995, p.190).

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