

# **NE\_GERICHTE TA.2002.249 vom 4. Dezember 2002**

NE Tribunal cantonal, 2002-12-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_TA.2002.249](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2002.249)

FR: NE\_GERICHTE TA.2002.249 du 4 décembre 2002

IT: NE\_GERICHTE TA.2002.249 del 4 dicembre 2002

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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

### **E. 2**

La loi cantonale sur les marchés publics (LCMP) du 23 mars 1999 est entrée en vigueur le 1er octobre 1999. Elle s'applique à toutes les procédures pour lesquelles l'appel d'offres s'effectue après son entrée en vigueur ou, si les marchés sont passés sans appel d'offres, lorsque aucun contrat n'a été conclu avant son entrée en vigueur. Les autres procédures restent régies par l'ancien droit (art. 48 al.1 et 2 LCMP). Sur le vu de ces dispositions transitoires, le présent litige ne doit pas être tranché au regard de la LCMP mais devrait l'être directement en application de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), auquel le canton de Neuchâtel a adhéré en 1996, qui peut (pouvait) être invoqué directement par les soumissionnaires en l'absence de dispositions d'exécution cantonales (art.16 al.3 AIMP) et qui a le pas sur le Règlement concernant les soumissions et adjudications de la Ville de Neuchâtel du 21 novembre 1994 (ci-après : règlement communal). Encore faudrait-il cependant que la valeur seuil déterminante (9'575'000 francs pour les ouvrages) soit atteinte (art.7 al.1 litt.a AIMP), sachant que si un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un ouvrage, leur valeur totale est déterminante (al.2). En l'espèce, si la valeur du marché adjugé à la recourante n'atteint pas le seuil fixé par l'AIMP, en revanche, le coût total de l'ouvrage est estimé par l'adjudicateur à 13'380'000 francs. Certes, en l'absence de plus de précisions, il est difficile de vérifier la part des marchés de construction adjugés. Point n'est toutefois besoin de résoudre cette question. En effet, que l'on applique l'AIMP ou le règlement communal, le problème de l'interruption de la procédure se pose de la même manière.

### **E. 3**

a) A son article 13 litt.i, l'Accord intercantonal dispose que les cantons doivent garantir la possibilité d'interrompre et de répéter la procédure de passation en cas de justes motifs uniquement. Dans les Directives pour l'exécution de cet Accord, il est précisé que l'adjudicateur peut interrompre la procédure pour des raisons importantes (§ 32 al.1). La procédure peut en outre être répétée ou renouvelée lorsque aucune offre satisfaisant les exigences techniques et les critères définis dans les documents d'appel d'offres ou dans l'appel d'offres n'a été adressée (al. 2 litt.a); lorsqu'en raison de modifications des conditions-cadres ou marginales, des offres plus avantageuses sont attendues du fait de la disparition des distorsions de concurrence (al.2 litt.b) ou lorsqu'une modification importante du projet a été nécessaire (al.2 litt.c). L'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure sont immédiatement communiqués par écrit aux soumissionnaires (al.3). Quant au règlement communal, il prévoit que le pouvoir adjudicateur peut en tout temps

interrompre ou répéter la procédure de passation, l'interruption ou la répétition devant être communiquée aux soumissionnaires (art.42). b) Par définition, une interruption de la procédure de passation suppose que celle-ci n'est pas clôturée par la décision d'adjudication du marché ( Clerc , L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, p.486). En l'espèce, par décision du 27 août 1999, la Ville de Neuchâtel a adjugé le marché litigieux à l'association P. SA et C. SA pour le montant de 1'705'256 francs, mettant ainsi un terme à la procédure de passation. Indépendamment des motifs invoqués par l'adjudicateur, une interruption de la procédure n'était dès lors plus envisageable. Reste que, du fait du temps écoulé entre l'adjudication et la date prévue pour le démarrage des travaux (3 ans), C. SA se déclare incapable d'exécuter le marché au prix arrêté dans la décision d'adjudication.

#### **E. 4**

a) Dans le domaine des marchés publics, l'adjudicateur se trouve privé de deux attributs de la liberté contractuelle que sont la liberté de contracter et la liberté de lever le contrat. C'est dire que la décision d'adjudication l'oblige à conclure le contrat avec le soumissionnaire désigné et selon les termes de l'adjudication. Il ne reste ainsi pas de place pour des pourparlers, sous réserve de la mise au net des points de détails. Cette étape ne doit cependant pas permettre à l'adjudicateur d'imposer à l'adjudicataire une modification importante du marché, ce qui équivaldrait alors à une révocation partielle implicite de la première décision d'adjudication et à la passation d'un autre marché par une quasi procédure de gré à gré ( Clerc , op.cit., p.497-498). Valables pour le pouvoir adjudicateur, ces principes doivent s'appliquer avec la même rigueur à l'adjudicataire. Le cas échéant, l'adjudicateur doit donc pouvoir s'opposer librement aux modifications apportées par l'adjudicataire à la décision d'adjudication, s'il considère que celles-ci sont disproportionnées et remettent en cause les principes mêmes que la réglementation sur les marchés publics entend promouvoir, à commencer par une adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse (art.13 litt.f AIMP, 44 du règlement communal). b) En l'espèce, les travaux adjugés à la recourante au mois d'août 1999 ne pouvant finalement être exécutés qu'en automne 2002, la Ville de Neuchâtel a prié l'adjudicataire de lui indiquer si ses prix pouvaient être maintenus jusqu'à la fin des travaux et, si tel n'était pas le cas, de justifier les éventuelles augmentations. Donnant suite à cette requête, C. SA a déposé une nouvelle offre, le 19 février 2002, réadaptée en fonction de diverses augmentations, dont le montant s'élève à 2'213'022.70 francs. Comparé au prix auquel la Ville de Neuchâtel avait adjugé les travaux à la recourante au mois d'août 1999 (1'705'256 francs), il en résulte un renchérissement notable de 29.77 %. L'indice suisse des prix de la constructions publié par l'OFS faisant apparaître pour la période d'octobre 1998 (base = 100) à avril 2002 (117.2) une hausse de 17.2 % pour le même genre de travaux portant sur un immeuble administratif (Tablette 13, CFC 21), on ne peut blâmer le pouvoir adjudicateur d'avoir conçu des doutes légitimes sur la justification d'une telle hausse. Bien que l'ouvrage en cause ne puisse être qualifié de bâtiment administratif, il n'en diffère pas au point que l'indice s'en trouverait plus que doublé dans le cas particulier. En effet, compte tenu que la première offre présentée par la recourante date du mois de juin 1999, c'est la différence entre l'indice du mois d'avril 1999 (104.2) et celui d'avril 2002 (117.2) qui est déterminante, soit 13 %. c) Certes, contestant l'application de l'indice suisse des prix de la construction au motif que, selon les commentaires de l'OFS (p.5 no 3) cet indice ne servirait que tant et aussi longtemps qu'aucun prix n'a été fixé par une adjudication ou un contrat, la recourante fait prévaloir l'usage de la norme SIA 118. N'est cependant pas contesté le principe suivant lequel, après

la conclusion d'un contrat, soit lorsqu'un prix a définitivement été arrêté par les parties, le recours à des indices de coûts pour l'indexation doit être préféré à l'indice des prix de la construction. Sont cités en exemple par l'OFS les indices des coûts de production de la Société suisse des entrepreneurs, qui reflètent le renchérissement des coûts de production de l'entreprise. Mais, faute d'un contrat conclu, ce cas de figure n'est pas réalisé en la cause. Cela étant, il ne s'agit pas d'indexer le prix de l'offre de l'entreprise recourante à ses coûts de production mais bien de l'adapter à l'évolution des coûts de la construction, trois ans séparant l'offre retenue de la conclusion prévisible du contrat, respectivement du début des travaux. Au demeurant, "les conditions générales du projet" ne réservent l'application de la norme SIA 118 qu'à la conclusion, au contenu et à l'exécution du contrat d'entreprise (5.1.5). C'est dès lors à tort que, en dehors de toute conclusion d'un contrat, la recourante croit pouvoir se référer à cette norme pour procéder à la réadaptation de son offre et, en particulier, aux articles 64 et suivants qui traitent de la "modification de la rémunération par suite d'une variation des prix". d) A la lumière de la hausse de l'indice suisse des prix de la construction déterminant (13 %), l'augmentation de 29.77 % constituait à l'évidence une modification non négligeable apportée par C. SA au contenu de la décision du 27 août 1999. L'adjudication du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, selon les critères fixés dans le dossier de soumission, n'apparaissant plus objectivement assuré, la Ville de Neuchâtel était fondée à remettre en discussion sa décision.

## **E. 5**

a) L'interruption de la procédure de passation n'étant en l'espèce plus possible, il faut reconnaître au pouvoir adjudicateur, lorsque les circonstances l'exigent, le droit de révoquer sa décision et de recommencer la procédure de passation, solution par ailleurs préconisée par Zufferey dans l'hypothèse où les parties n'arrivent pas à s'entendre sur la conclusion d'un contrat définitif ( Zufferey/Maillard/Michel , Droit des marchés publics : Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p.124-125). La révocation d'une décision d'adjudication n'est pas une mesure expressément prévue par le règlement communal. Quant à l'AIMP, ses directives stipulent que l'adjudication peut être révoquée aux conditions du § 23, qui traite des motifs d'exclusion (§ 31). Toutefois, même en l'absence de dispositions légales expresses, une modification d'un acte administratif reste possible après que l'autorité a procédé à une balance des intérêts en présence, soit, d'une part le respect du droit objectif, d'autre part la sécurité des relations juridiques. Celle-ci l'emporte en principe lorsque l'acte en cause a créé un droit subjectif, ou encore lorsqu'il a été adopté après un examen complet de la situation de fait et de droit. Cependant, même dans ces hypothèses, un intérêt public particulièrement prépondérant peut, selon les cas, commander la révocation. Quant aux motifs de celle-ci, ils peuvent résulter en particulier de circonstances nouvelles (ATF 120 Ib 194, 115 Ib 154; RJN 1995, p.259). b) En sa qualité d'adjudicateur d'un marché public, la Ville de Neuchâtel ne peut pas se soustraire à son obligation de conclure le contrat avec le soumissionnaire, qu'une application correcte de la réglementation en matière de marchés publics a désigné comme adjudicataire, et de le faire selon les termes de la décision d'adjudication ( Clerc , op.cit., p.489). Partant, il y a lieu de considérer que la décision d'adjudication du 27 août 1999, dont la révocation est en cause, a créé un droit subjectif au profit de la recourante. Les exigences de la sécurité du droit devraient donc l'emporter sur tout autre intérêt. Reste toutefois réservée une modification importante apportée par l'adjudicataire au contenu de la décision lui attribuant le marché, qui remettrait en cause certains des principes que la procédure de passation avait garantis (adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse, concurrence efficace, égalité

de traitement, transparence). Admettre la prééminence du droit subjectif de l'adjudicataire dans une telle hypothèse favoriserait des abus considérables et rendrait vaine la procédure de passation précédant l'adjudication. Dans de telles circonstances, et en présence d'un intérêt public prépondérant, il convient de faire prévaloir l'application correcte du droit. c) L'un des principes d'intérêt public régissant le droit des marchés publics, consacré d'ailleurs tant par le règlement communal (art.1 litt.a) que par l'AIMP (article premier al.2 litt.d) ), consiste en l'utilisation économe (parcimonieuse) des moyens financiers de la commune (des deniers publics). Les critères d'adjudication définis par la Ville de Neuchâtel dans le dossier de soumission - dont le coût - devant servir précisément à atteindre ce but, c'est en fonction de ces critères et au terme de la procédure de passation du marché que l'offre de la recourante s'est révélée la plus avantageuse en 1999. Il était certes prévisible, et au demeurant admissible, qu'en 2002, l'offre de l'adjudicataire se révèle plus onéreuse. Toutefois, une augmentation de 29.77 % s'écartant par trop des données fournies par l'OFS, cela ne pouvait que remettre sérieusement en question la décision d'adjudication prise par la Ville de Neuchâtel en 1999. Aussi, en l'absence de toute autre référence que les seuls arguments de C. SA à l'appui du renchérissement de ses prix - auquel s'oppose, en tout cas dans la mesure formulée, l'indice suisse des prix de la construction - l'adjudicateur n'avait d'autre choix que de revenir sur sa décision adjugeant les travaux à la recourante et de remettre le marché en soumission. Cette solution s'imposait d'autant plus que dans sa réponse du 6 juin 2002, C.SA ne laissait entrevoir aucune souplesse. Au contraire, elle confirmait sa nouvelle offre du mois de février 2002 alors même qu'elle avait préalablement été avertie par l'adjudicateur que, en fonction de sa proposition, "le maître de l'ouvrage se réservait le droit de confirmer l'adjudication ou de remettre au concours l'ensemble de la soumission" (lettre du 29.01.2002). d) Compte tenu de ce qui précède, il en résulte que si, à ce stade de la procédure, l'interruption de la passation du marché ne se concevait plus, la décision de révocation attaquée n'est quoi qu'il en soit pas critiquable attendu qu'elle tend à remettre en soumission des travaux que l'adjudicataire n'est plus en mesure d'exécuter, moyennant quelques adaptations, aux conditions fixées par la décision d'adjudication du 27 août 1999.

## **E. 6**

Il s'ensuit que, mal fondé, le recours doit être rejeté. La recourante, qui succombe, sera condamnée aux frais de la procédure (art.47 al.1 LPJA).

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