

NE_GERICHTE TA.2002.343 vom 14. Oktober 2004

NE Tribunal cantonal, 2004-10-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2002.343

FR: NE_GERICHTE TA.2002.343 du 14 octobre 2004

IT: NE_GERICHTE TA.2002.343 del 14 ottobre 2004

Erwägungen

E. 1

La cassation prononcée sur recours de droit public ne constitue pas un renvoi. Il faut dès lors considérer que seule l'autorité administrative peut se saisir du dossier et prendre une nouvelle décision, sauf si le motif de la cassation est un vice de la décision de la dernière instance cantonale qui doit alors s'en saisir et le corriger. Selon Knapp, en recours de droit public, même en l'absence d'un renvoi formel, l'autorité auteur de la décision finalement sanctionnée par le Tribunal fédéral doit se saisir d'elle-même d'office de l'affaire (Précis de droit administratif, 4e éd., p.427 no 2063). En l'espèce, le Tribunal fédéral a annulé l'arrêt de la Cour de céans au motif que celle-ci avait, à tort, déclaré le recours du consortium Z. SA irrecevable, si bien qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le litige.

E. 2

La loi cantonale sur les marchés publics (LCMP), du 23 mars 1999, est entrée en vigueur avec effet au 1er octobre 1999 et s'applique, selon la disposition transitoire de son article 48 al.1, aux procédures pour lesquelles l'appel d'offres s'effectue après son entrée en vigueur, ce qui est le cas du marché public en cause puisqu'il a été mis en soumission le 5 juin 2002. En revanche, la loi du 4 novembre 2003 portant modification de la LCMP ne s'appliquant qu'aux procédures pour lesquelles l'appel d'offres s'effectue après son entrée en vigueur le 1er janvier 2004 (art.48 al.2 LCMP), la présente cause reste soumise aux dispositions de la LCMP dans leur teneur valable jusqu'au 31 décembre 2003.

E. 3

a) Selon l'article 5 LCMP, pour que la concurrence efficace soit garantie, les soumissionnaires doivent être indépendants du pouvoir adjudicateur. Ne sont pas considérés comme tels, notamment, les soumissionnaires dont les organes dirigeants comprennent une ou plusieurs personnes appartenant aux organes dirigeants du pouvoir adjudicateur (art.5 litt.a RELCMP) ou dont l'exploitation est subventionnée par le pouvoir adjudicateur (litt.b). La sanction de cette dépendance consiste en l'exclusion du soumissionnaire de la procédure d'adjudication (art.21 litt.a LCMP). En l'occurrence, le consortium recourant ne soutient pas que l'un de ces deux cas de figure serait réalisé. Certes, les hypothèses décrites à l'article 5 RELCMP ne sont pas exhaustives. Il convient toutefois de limiter les situations dans lesquelles il incomberait aux soumissionnaires de se retirer, "à défaut de quoi le principe de libre accès au marché resterait lettre morte" (n. Esseiva in DC 2003, p.64-65 no S16), ce d'autant que toute procédure de passation de marchés doit nécessairement respecter les conditions de récusation des personnes concernées (art.11 litt.d AIMP), afin d'assurer l'impartialité de l'adjudication (art.1 al.2 litt.b AIMP; 1 al.2 litt.b LCMP). b) Le devoir de se récuser des membres d'une autorité administrative se détermine tant en fonction des prescriptions cantonales de procédure qu'au regard de l'article 4 aCst., respectivement 29

al.1 Cst (JAB 2003, p.353, cons.4 et les références citées). Selon l'article 11 LPJA, les personnes appelées à rendre ou à préparer la décision doivent se récuser notamment si elles ont un intérêt personnel dans l'affaire (litt.a). La disposition constitutionnelle n'a pas une portée plus étendue, les membres des autorités exécutives et les fonctionnaires ne devant se récuser, selon la jurisprudence y relative, que s'ils ont un intérêt personnel au résultat de la procédure (JAB 2003 p.253 cons.4; DC 2003, p.62; RDAF 1998 I, p.475; SIC 1997, p.154 cons.3a). Il n'y a par contre pas d'obligation de récusation si les membres des autorités administratives représentent des intérêts publics. Ainsi, le magistrat qui représente la collectivité publique dans une entreprise de droit public ou mixte exerce une fonction dans l'intérêt public et ne défend généralement pas des intérêts privés, de sorte qu'il n'a, en principe, pas l'obligation de se récuser, même s'il doit prendre en considération, pour sa décision, des intérêts opposés (ATF 107 Ia 135, cons.2b, JT 1983 I, p.551). En l'espèce, outre sa qualité de président de la commission de construction SIS/PCN/JI, J. était également conseiller communal à La Chaux-de-Fonds et administrateur vice-président de Electricité Neuchâteloise SA (ENSA). Cette société étant détenue majoritairement (@ 71.50 %) par les pouvoirs publics (canton et communes), J. agissait au sein du conseil d'administration de ENSA comme délégué de la commune qu'il représentait. Il exerçait par conséquent sa fonction dans l'intérêt public. Certes, ENSA détient une participation de 47,8 % au capital-actions de l'adjudicataire, X. SA (rapport de gestion 2001 de ENSA, p.4). Cette circonstance ne suffit toutefois pas à fonder une apparence de partialité du président de la commission de construction SIS/PCN/JI. Il s'ensuit que celui-ci ne se trouvait pas dans une position qui eût exigé sa récusation.

E. 4

Le consortium recourant considère que tant l'offre de X. SA que celle de W. SA auraient dû être écartées dans la mesure où celles-ci reposaient sur une entente entre soumissionnaires de nature à fausser une concurrence efficace. a) Est interdit tout acte, convention ou entente entre soumissionnaires de nature à fausser la concurrence efficace (art.6 al.1 LCMP). Les offres qui reposent sur de tels actes, conventions ou ententes doivent être écartées (al.2). Tant cette disposition que l'article 5 al.1 de la loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995, (LCart) - qui dispose que les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites – ne définissent pas ce qu'il faut entendre par accords qui affectent la concurrence efficace, ni ne précisent le moment à partir duquel une entente produit un tel effet (v. à ce sujet Schaller , Les ententes à l'importation en droit de la concurrence, p.318). La législation sur les cartels pose en revanche des présomptions. Ainsi, en vertu de l'article

E. 5

al.3 LCart, sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords qui fixent directement ou indirectement des prix (litt.a), qui restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir (al.3), qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux (litt.c). Par son contenu, chaque accord de soumission (Submissionsabsprache) modifie en effet le comportement des soumissionnaires pour le marché en cause; la connaissance réciproque que les parties à un accord acquièrent du

contenu des offres des autres soumissionnaires modifie leur comportement en relation avec l'offre; enfin, l'accord de soumission cause un préjudice au pouvoir adjudicateur et aux soumissionnaires non parties à l'accord (JAAC 64, no 29, cons.3, p.404, et les références citées).

b) Se pose la question de savoir à quelles exigences de fiabilité doivent répondre les preuves de l'existence d'une entente illicite. En effet, le pouvoir adjudicateur ne parviendra que très rarement à obtenir la preuve directe d'une telle convention et devra, en règle générale, se contenter d'indices (DC 2000, no S21, p.60). A cet égard, auteur d'un ouvrage sur le sujet (Die Submissionsabsprache, Rechtswirklichkeit und Rechtslage, Fribourg 1999), Christfait observer que certaines caractéristiques de la soumission peuvent déjà trahir l'existence d'un accord. Il s'agit d'une part du prix de l'offre. Si le pouvoir adjudicateur a établi, avant l'appel d'offres, une estimation du marché, et que l'offre la plus avantageuse s'en écarte, vers le haut ou le bas, de manière notable, cela peut être l'indication d'une entente. Cette méthode n'est toutefois pas très fiable puisque l'appel d'offres sert précisément à connaître les prix du marché, desquels l'estimation de l'adjudicateur est peut-être très éloignée. Au demeurant, les soumissionnaires peuvent s'être entendus même si l'offre la plus avantageuse ne s'écarte pas grossièrement de l'estimation de l'adjudicateur. D'autre part, si, au niveau des prix, les offres s'écartent à peine l'une de l'autre (les unes des autres), les soumissionnaires pourraient avoir convenu un prix standard, c'est-à-dire un prix de référence avec une marge de tolérance. La différence des prix entre l'offre la plus avantageuse et celle qui suit peut également constituer une indication d'une manipulation de l'adjudication. En présence d'une entente, cette différence se situera souvent entre 3 % à 5 %. Un écart moindre pourrait attirer l'attention et un écart plus important pourrait faire apparaître les autres offres beaucoup trop chères. Par ailleurs, des offres qui se ressemblent dans leur structure et qui se distinguent seulement à l'échelon du prix de chaque poste, celui-ci paraissant régulièrement gonflé aux alentours d'un pourcentage déterminé, peuvent indiquer une entente insuffisamment dissimulée. De même, une faute de calcul identique dans les offres pourrait aussi constituer un indice que des soumissionnaires ont travaillé de concert (Christ, op., cit., § 8, ch.833 à 837 et 843, p.213-215).

c) En l'espèce, si les principaux organes de l'adjudicataire, X. SA, et de W. SA sont identiques, que les offres ont été signées par leur directeur commun et que ces circonstances ont pour conséquence que ces deux entreprises connaissent leur participation respective à la procédure de passation, ces éléments ne suffisent cependant pas à établir l'existence d'une entente illicite sur les prix.

Hors taxes, le devis général du marché litigieux établi par l'adjudicateur s'élevait à 1'478'100 francs. Excepté une offre, toutes les soumissions rentrées étaient inférieures à cette évaluation. En particulier, les offres de l'adjudicataire (1'111'043.80 francs), de W. SA (1'190'186 francs), de Y. SA (1'192'841.37 francs) et du consortium recourant (1'252'515.45 francs) s'en écartaient respectivement de 24.83 %, 19.47 %, 19.29 % et 15.26 %. Ces écarts - pas plus d'ailleurs que celui existant entre l'offre de l'adjudicataire et celle de W. SA (6.65 %) - ne permettent de mettre en évidence l'existence d'une entente sur les prix entre les entreprises X. SA et W. SA. Certes, à l'examen des tableaux récapitulatifs des prix offerts par celles-ci sur chacune des positions de la soumission (offre X. SA, p.259 / offre W. SA, p.229), on est frappé de constater que, contrairement à l'offre du consortium recourant, qui propose sur plusieurs positions des prix plus avantageux que l'adjudicataire (p.ex. : 232.5; 236.16; 236.50.03 + 04 + 06), W. SA n'est jamais meilleur marché que X. SA. Les écarts de

prix, à l'avantage de l'adjudicataire, qui vont de 0,35 % (position 232.8) à 33 % (position 232.24) ne sont toutefois pas suffisamment constants pour y voir un accord illicite sur les prix. En définitive, les seuls éléments troublants proviennent de la parfaite similitude des prix offerts par X. SA et W. SA sur les positions 234.01 (3'160.20 francs), 235.10.02 (1'029.25 francs) et 236.16 (11'533.65 francs). Mais, outre que la soumission compte plusieurs centaines de positions et qu'un accord de prix sur trois d'entre elles n'affecterait pas de manière notable la concurrence, le prix offert sur la position 236.16 (11'533.65 francs) est bien loin d'être avantageux, le consortium recourant proposant pour la même prestation quasiment la moitié de ce prix (6'491.60 francs).

On note par ailleurs que X. SA a consenti un rabais de 5 % et W. SA de 7 % et que leur tarif horaire de régie respectif est pour le moins contrasté :

Tarif horaire de régie

X. SA

W. SA

Chef de chantier

56.-

94.90

Monteurs

50.-

84.60

Aide-monteurs

47.-

79.20

Apprentis 3e-4e année

22.-/24.-

37.30/40.90

Apprentis 1e-2e année

21.-/19.-

34.60/32.70

Il s'ensuit que, à supposer même qu'il y ait eu entre ces deux soumissionnaires concertation sur le prix de deux ou trois postes, ce qui n'est pas établi avec certitude, cette circonstance n'a pas été propre à influencer le résultat de l'adjudication.

5. Le consortium recourant soutient par ailleurs que, vu son effectif, l'entreprise X. SA ne remplissait pas l'exigence de l'article 10 de l'ordonnance sur les installations électriques à basse tension (OIBT), s'agissant du nombre de personnes du métier à affecter à la surveillance technique.

a) Selon l'article 9 al1.litt.a OIBT, l'autorisation générale d'installer est accordée aux entreprises qui occupent une personne du métier, intégrée de telle sorte qu'elle puisse

surveiller efficacement les travaux d'installation (responsable technique). Les entreprises doivent affecter à la surveillance technique au moins une personne du métier à plein temps pour 20 contrôleurs/chefs monteurs-électriciens, monteurs-électriciens, électriciens de montage, apprentis ou auxiliaires occupés à des travaux d'installations (art.10 al.1 OIBT). Selon l'alinéa 4, les installations électriques ne peuvent être mises en service que sous la surveillance de personnes du métier ou de collaborateurs selon l'alinéa 3 litt.a, c'est-à-dire qui possèdent un certificat fédéral de capacité de monteur-électricien ou un diplôme équivalent.

b) D'une part, il est constant que, le 8 juillet 2002, l'Inspection fédérale des installations à courant fort a délivré à X. SA "une autorisation générale d'installer pour une entreprise" au sens des article 6 et 9 OIBT (D.7b). D'autre part, l'article 10 al.1 OIBT posant une exigence qui ne doit être réalisée qu'au moment de l'exécution des travaux d'installation, l'adjudicataire ne viole pas l'article 10 al.1 OIBT en affectant à la surveillance technique une seule personne du métier pour un effectif de 9 personnes au maximum sur le chantier.

6.Sans grande conviction, le consortium recourant reproche encore à l'adjudicateur de ne pas avoir tenu compte, dans l'établissement des critères d'aptitude, de la certification ISO 9001, dont ses membres sont titulaires. A cet égard, il suffit de rappeler que le choix des critères d'aptitude et d'adjudication, qui dépend avant tout du marché mis en soumission, appartient à l'adjudicateur qui fixe ceux-ci en fonction de ses besoins (arts.19 et 30 LCMP;Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p.100)

7.Les dossiers déposés s'étant révélés suffisants pour statuer sur la cause, il ne sera pas donné suite aux réquisitions de preuves formulées par le recourant. La décision attaquée doit ainsi être confirmée, ce qui conduit au rejet du recours. Les frais de la cause sont mis à la charge du consortium recourant qui succombe (art.47 al.1 LPJA). L'adjudicataire, qui procède avec l'aide d'un mandataire professionnel a droit à des dépens (art.48 LPJA).

Par ces motifs,LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

1.Rejette le recours.

2.Met à la charge du consortium recourant un émolument de décision de 3'000 francs et les débours par 300 francs.

3.Alloue à X. SA une indemnité de dépens de 800 francs à la charge du consortium recourant.

Neuchâtel, le 14 octobre 2004

E. 6

Sans grande conviction, le consortium recourant reproche encore à l'adjudicateur de ne pas avoir tenu compte, dans l'établissement des critères d'aptitude, de la certification ISO 9001, dont ses membres sont titulaires. A cet égard, il suffit de rappeler que le choix des critères d'aptitude et d'adjudication, qui dépend avant tout du marché mis en soumission, appartient à l'adjudicateur qui fixe ceux-ci en fonction de ses besoins (arts.19 et 30 LCMP; Zufferey/Maillard/Miche 1, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p.100)

E. 7

Les dossiers déposés s'étant révélés suffisants pour statuer sur la cause, il ne sera pas donné suite aux réquisitions de preuves formulées par le recourant. La décision attaquée doit ainsi être confirmée, ce qui conduit au rejet du recours. Les frais de la cause sont mis à la charge

du consortium recourant qui succombe (art.47 al.1 LPJA). L'adjudicataire, qui procède avec l'aide d'un mandataire professionnel a droit à des dépens (art.48 LPJA).

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