

NE_GERICHTE TA.2003.134 vom 26. August 2003

NE Tribunal cantonal, 2003-08-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2003.134

FR: NE_GERICHTE TA.2003.134 du 26 août 2003

IT: NE_GERICHTE TA.2003.134 del 26 agosto 2003

Erwägungen

E. 1

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

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 doit l'être en application de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) auquel le canton de Neuchâtel a adhéré en 1996, et 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). Selon l'article 7 al.1 litt.a AIMP, cet accord s'applique aux offres si la valeur estimée du marché à adjuger atteint le seuil, sans la taxe sur la valeur ajoutée, de 9'575'000 francs. D'après l'alinéa 2 de cette disposition, si un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un ouvrage, leur valeur totale est déterminante. En l'occurrence, comme l'avait déjà constaté le Tribunal administratif dans son arrêt du 4 décembre 2002 dans la cause CGC/Ville de Neuchâtel concernant le même ouvrage, le coût total de celui-ci est estimé par l'adjudicateur à 13'380'000 francs. Il s'agit donc d'un marché soumis à l'AIMP, dont les principes généraux sont ainsi applicables à la soumission litigieuse en l'espèce, laquelle a fait l'objet d'un appel d'offres public selon la procédure ouverte comme cela est prévu par le règlement communal (art.18) pour les travaux de construction (autres que le génie civil et la maçonnerie) à partir d'un montant de 150'000 francs.

E. 3

a) Selon l'article 32 litt.a LPJA, a qualité pour recourir toute personne touchée par la décision et ayant un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Selon la jurisprudence, a qualité pour agir celui qui subit les conséquences d'une décision dans une mesure et avec une intensité plus grandes que quiconque. Il suffit de démontrer l'existence d'un intérêt de fait important, économique, matériel ou idéal, résultant de sa situation par rapport à l'objet litigieux. L'intérêt digne de protection réside ainsi dans l'utilité pratique que présenterait pour le recourant l'admission du recours (RJN 2002, p.330 cons.2a, 2001, p.274 cons.2b et les références). Dans le domaine des marchés publics, la qualité pour recourir est reconnue d'une part à toute personne ayant participé à la procédure de passation, notamment l'entreprise dont la candidature est exclue ou celle dont l'offre est

rejetée et, d'autre part, à tout concurrent qui n'a pas pu participer à la procédure de passation faute de publication d'un appel d'offres (Clerc , L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, p.524 ss). La jurisprudence a parfois considéré, dans ce domaine, que le recourant devant attester par ailleurs d'un intérêt pratique au recours, il devait rendre vraisemblable les chances qu'il avait d'accomplir la prestation adjugée et d'obtenir le marché en question, condition non remplie par exemple lorsque le soumissionnaire recourant est classé en mauvaise position dans la procédure d'adjudication, à moins qu'il invoque un vice de procédure (Zufferey/Maillard/Michel , op.cit., p.134; DC 2/1999, p.59 no S15, DC 4/2000, p.132 no S54 avec note, DC 2/2002, p.79 no S23; arrêt du Tribunal administratif du 09.10.2002 en la cause B., non encore entré en force). Cette question est toutefois controversée. Selon Clerc (op.cit., p.525), le recourant n'a pas à démontrer qu'il obtiendrait l'adjudication s'il était admis ou réadmis à participer à la procédure de passation. Il a un intérêt suffisant à demander l'annulation de la décision attaquée, car il obtient le rétablissement de ses chances s'il est (ré-)intégré dans la procédure de passation. Certains tribunaux ont ainsi considéré, à juste titre selon Galli/Moser/Lang (Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, p.330) que les chances d'obtenir l'adjudication en cas d'admission du recours ne devaient pas constituer une condition de la qualité pour recourir et que les soumissionnaires devaient avoir la possibilité de contester des violations supposées du droit des marchés publics dans le cas de marchés à la participation desquels ils ont ou avaient un intérêt (v. les références citées par ces auteurs, par exemple JAB 1998, p.172). Pour les motifs qui suivent, la question n'a toutefois pas besoin d'être examinée plus avant. b) L'adjudicataire fait valoir que les recourantes (le consortium) ne peuvent faire valoir aucun intérêt pratique à l'admission de leur recours, lequel serait ainsi irrecevable, parce que leur offre aurait dû être exclue de la soumission et que leur variante était irrecevable. Car leur offre souffrait de graves vices de forme : il résulte d'une lettre du bureau d'ingénieur C. SA à l'une des entreprises recourantes, du 12 août 1999, que n'étaient notamment pas intégrées dans l'offre la liste des références de chaque entreprise, l'attestation bancaire garantissant l'octroi des crédits nécessaires, l'indication des chiffres d'affaires et du personnel pour les trois dernières années, l'assurance RC de chaque entreprise ainsi que toutes les attestations de l'entreprise G. SA; au surplus, il semble que l'offre n'avait pas été signée par l'entreprise G. SA. L'intimée relève, elle aussi, que l'offre déposée par le consortium présentait de nombreuses lacunes (diverses attestations et signatures, le nom du consortium, celui de l'entreprise pilote, etc.) et que d'après le chiffre 4.4 des conditions générales de l'architecte, le consortium aurait pu être exclu de la procédure en raison de l'absence de ces renseignements. Cependant, le pouvoir adjudicateur n'a pas tenu compte d'un tel motif d'exclusion. Il a au contraire sollicité et obtenu du consortium les documents et renseignements manquants – des compléments ont d'ailleurs également été demandés à l'adjudicataire, sur des points secondaires il est vrai – puis il a procédé à l'évaluation comparative des offres qui a conduit, le 22 octobre 1999, à une proposition d'adjudication du marché au consortium. Comme le relèvent les recourantes, on peut se demander s'il est admissible d'invoquer a posteriori des motifs d'exclusion, non retenus même lors de l'adjudication au soumissionnaire concurrent, qui a offert le prix le plus bas, une telle attitude pouvant être considérée comme contradictoire (DC 4/2000, p.125 note ad no S30). Au surplus, l'exclusion d'une offre incomplète implique que l'informalité présente une certaine gravité; à cet égard, le pouvoir adjudicateur jouit d'un certain pouvoir d'appréciation (Galli/Moser/Lang , op.cit., p.111 ss; DC 2/2002, p.77, note pour les arrêts S15-S19). c) Quoi qu'il en soit des effets que les informalités de l'offre du consortium

auraient pu ou dû avoir, cette question n'a pas d'incidence sur la qualité pour recourir de celui-ci. Car les recourantes font valoir un vice de la procédure d'adjudication, moyen dont l'admission peut conduire à la répétition de celle-ci. Elles soutiennent en effet que leur offre était la moins chère malgré les corrections, qu'elles jugent d'ailleurs injustifiées, opérées à leur désavantage et à l'avantage de l'adjudicataire par le maître de l'ouvrage, l'adjudication en faveur de J. SA étant le résultat d'une modification finale des offres, suggérée par le pouvoir adjudicateur, des prix offerts initialement. Or, ce grief se révèle justifié.

E. 4

Selon l'article 11 litt.c AIMP, il doit être renoncé à des rounds de négociation. Ainsi, le § 26 des directives pour l'exécution de l'AIMP, précise que les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires sur les prix, les remises de prix et modifications des prestations sont interdites (v. également art.29 al.3 LCMP). En l'occurrence, selon le dossier de soumission et les conditions générales du projet, l'ouverture du chantier était prévue en juillet 1999, la remise du bâtiment au maître de l'ouvrage à fin 2000. Les travaux "structure bois" étaient planifiés pour la période de janvier à avril 2000. L'entrepreneur était lié par son offre pendant 10 mois à partir de la date du dépôt de celle-ci (ch.5.1.2 des conditions générales). Lorsqu'il existe une telle planification relative à l'exécution des travaux faisant l'objet du marché, il n'est pas admissible que le pouvoir adjudicateur invite, après le délai pour le dépôt des offres, les soumissionnaires à se déterminer sur la question de savoir quelles seraient les conséquences sur leurs prix en cas de report des travaux, de quelques mois par exemple. Car les délais d'exécution constituent un élément des prestations du soumissionnaire contenues dans son offre. Une modification de ce contenu dans le cadre d'une épuration des offres ne peut pas être acceptée et doit être considérée comme une "modification des prestations" au sens du § 26 des directives d'application de l'AIMP. Ainsi, un soumissionnaire n'a pas à procéder à une telle modification et l'autorité adjudicatrice n'est pas autorisée à accepter des modifications de l'offre dans ce sens à ce stade de la procédure (Galli/Moser/Lang , op.cit., p.155 ch.m. 345). A cet égard, la connaissance que les soumissionnaires peuvent avoir, en vertu du protocole d'ouverture des offres, du montant des offres des soumissionnaires concurrents est susceptible d'avoir une influence sur leur disponibilité à adapter ou non leurs prix en cas de report des travaux, compte tenu d'une éventuelle modification des coûts. Celle-ci est d'ailleurs sujette à discussion et ne se répercute pas nécessairement de la même manière sur tous les soumissionnaires. L'intimée ne pouvait donc pas procéder, trois ans et demi après le dépôt des offres, à l'adjudication sur la base des déterminations des soumissionnaires, décisives en l'espèce, quant au maintien ou non de leur prix initial. Aussi, lorsque le pouvoir adjudicateur constate que la planification annoncée des travaux doit être modifiée, il doit recommencer la procédure d'adjudication (Galli/Moser/Lang , op.cit., p.156).

E. 5

L'adjudicataire soutient par ailleurs en vain que l'offre du consortium ne correspondait pas aux conditions relatives à la présentation d'une variante. D'une part, le pouvoir adjudicateur n'a pas considéré que l'offre ou sa variante ne répondait pas aux exigences. D'autre part, à supposer qu'une telle hypothèse serait réalisée, un rejet du recours par substitution de motifs n'entrerait en ligne de compte que si l'offre du consortium ou sa variante se révélait irréalisable, ce qui n'est pas prétendu. Il en va, en effet, différemment du précédent invoqué par l'adjudicataire, tiré de la jurisprudence de la Commission fédérale de recours (JAAC 65.78; arrêt CRM 2000/013), dans lequel la variante présentée par le soumissionnaire

recourant était affectée d'un vice dirimant relatif aux exigences techniques minimales à remplir.

E. 6

Il s'ensuit que le recours doit être admis et la décision entreprise annulée, l'intimée étant invitée à répéter la procédure d'adjudication du marché litigieux en l'espèce. Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de percevoir des frais (art.47 al.1 a contrario, al.2 LPJA). Les recourantes peuvent prétendre par ailleurs des dépens (art.48 LPJA) à la charge de la commune.

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