

NE_GERICHTE TA.2003.284 vom 27. August 2003

NE Tribunal cantonal, 2003-08-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2003.284_d20030827

FR: NE_GERICHTE TA.2003.284 du 27 août 2003

IT: NE_GERICHTE TA.2003.284 del 27 agosto 2003

Regeste

Marchés publics. Qualité pour recourir. Egalité de traitement. Exclusion d'un soumissionnaire pré-impliqué.

Erwägungen

E. 1

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

E. 2

Selon l'article 9 al.3 LCMP, lorsque l'Accord intercantonal sur les marchés publics n'est pas applicable, soit en raison de la valeur du marché, soit en raison des exceptions prévues par l'accord lui-même, les marchés publics peuvent être adjugés, en fonction de leur valeur, selon la procédure d'invitation ou la procédure de gré à gré. Le Conseil d'Etat arrête des limites de valeur déterminantes. D'après l'article 3 al.1 RELCMP, pour autant que l'Accord intercantonal sur les marchés publics ne soit pas applicable, les marchés publics de fournitures et de prestations de services peuvent être adjugés selon la procédure d'invitation lorsque leur valeur, sans la TVA, est inférieure à 263'000 francs, et selon la procédure de gré à gré lorsque leur valeur est inférieure à 50'000 francs. En l'espèce, comme le lui permettait cette disposition, le pouvoir adjudicateur a décidé d'appliquer la "procédure sur invitation, respectant la loi cantonale sur les marchés publics", ainsi que cela est indiqué au chiffre 3.4 du cahier des charges, nonobstant une estimation initiale de la valeur du marché qui ne l'exigeait pas. Que l'offre retenue est inférieure à la limite de 50'000 francs n'y change rien. Dirigé contre l'adjudication par un soumissionnaire écarté, le recours est possible comme le mentionne d'ailleurs également le cahier des charges sous chiffre 3.10.

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 , Droit des marchés publics, Fribourg, 2002, 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. 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). Le Tribunal fédéral, dans un récent arrêt du 8 août 2003 (no 2P.261/2002, par lequel il a cassé le jugement rendu par la Cour de céans le 09.10.2002 dans la cause P., no TA.2002.343), a de son côté retenu, en bref, que l'on ne saurait suivre les auteurs qui récusent par principe l'idée que l'accès au juge puisse être conditionné, en matière de marchés publics, à l'exigence que le recourant ait une chance d'obtenir le marché, et que l'objection selon laquelle l'annulation de la décision d'adjudication représentait déjà un intérêt suffisant, parce qu'elle rétablit les chances du soumissionnaire évincé d'être réintégré dans la procédure, n'emportait pas la conviction. Certes, relève la Haute Cour, l'annulation de la décision attaquée ne garantit pas au soumissionnaire d'être réintégré – avec toutes ses chances – dans la procédure d'adjudication, si bien que la seule perspective d'obtenir une telle annulation ne suffit pas toujours pour justifier d'un intérêt digne de protection; du moins les juridictions cantonales peuvent-elles sans arbitraire en juger de la sorte dans certaines situations. Ainsi en est-il lorsque le soumissionnaire évincé en raison d'un défaut d'aptitude se limite à critiquer l'appréciation des offres : parce qu'il n'a en principe aucune chance d'obtenir le marché même en cas d'admission de son recours, la qualité pour recourir pourra – sauf exceptions – lui être déniée; il en va de même du soumissionnaire évincé dont l'offre est nettement moins avantageuse que celles de ses concurrents : à moins qu'il n'invoque des motifs propres à bouleverser le classement ou qui justifient de reprendre la procédure à son début – avec le dépôt de nouvelles soumissions -, ses chances d'emporter le marché seront le plus souvent nulles et son recours pourra en principe être déclaré irrecevable. Il reste, poursuit la Cour, que, comme le relève une partie de la doctrine, du seul fait de sa participation à la procédure d'adjudication, le soumissionnaire évincé acquiert une position privilégiée dans cette procédure : ayant engagé du temps et de l'argent, il est plus touché par la décision d'adjudication que ne peut l'être, par exemple, un concurrent qui n'aurait pas soumissionné, et son intérêt à obtenir un contrôle judiciaire de la procédure et, le cas échéant, l'annulation du marché, ne se confond pas avec la poursuite d'un intérêt général. Cette considération doit inciter le juge à ne pas faire preuve d'une trop grande rigueur dans l'examen de l'utilité pratique que présenterait l'admission du recours pour le soumissionnaire. Une certaine souplesse s'impose aussi en raison du pouvoir d'appréciation qui revient à l'autorité d'adjudication : hors les cas où la solution apparaît évidente, le juge s'abstiendra donc,

autant que faire se peut, de préjuger de la décision à prendre, ne serait-ce également que parce que les besoins de l'adjudicateur peuvent évoluer (v. Zufferey/Maillard/Michel, op.cit., p.143) ou que d'autres changements peuvent intervenir du côté des soumissionnaires qui sont de nature à influencer la question de l'utilité pratique du recours comme par exemple la restructuration ou la faillite de l'un d'eux (ibid., p.134/135). En conclusion, le Tribunal fédéral a estimé dans le cas particulier, qu'en contestant un point essentiel concernant le déroulement de la procédure d'adjudication, soit l'indépendance et l'impartialité du pouvoir adjudicateur, le recourant soulevait un grief de nature formelle qui devait en principe conduire le juge à admettre sa qualité pour recourir, sans égard à sa compétitivité. Il a ajouté que cela se justifiait d'autant plus qu'en l'occurrence le recourant était classé en troisième position dans l'adjudication, soit à un rang qui, sauf à vider de sa substance la protection juridictionnelle en matière de marchés publics, n'autorise normalement pas à conclure à l'absence de chances d'emporter le marché. b) Dans le cas présent, la recourante fait valoir qu'en violation du principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, l'autorité adjudicatrice a adjugé le marché à A. Sàrl qui – ou dont l'un des associés – avait été chargé d'établir le dossier de soumission, ce qui semble lui avoir permis de faire une "sous-enchère". Un tel grief, s'il se révèle fondé, ne constitue certes pas encore un motif pour considérer que la procédure d'adjudication est viciée dans son ensemble, mais peut conduire, comme cela est exposé plus loin, en tout cas à l'exclusion du soumissionnaire visé. Dans ce contexte, les chances de la recourante d'obtenir le marché en cas d'admission de son recours doivent donc également être pris en considération, étant toutefois relevé qu'un autre soumissionnaire, qui n'a pas recouru, a présenté une offre nettement moins chère. Il faut cependant tenir compte du fait qu'en cas d'annulation de l'adjudication, il appartiendrait au pouvoir adjudicateur – auquel il convient de laisser une certaine liberté d'appréciation sur ce point – de décider de la manière de procéder pour adjudger à nouveau le marché à l'offre censée la plus avantageuse, et on ne peut pas exclure par exemple une répétition de la procédure d'invitation sur la base du dossier de soumission existant. Dès lors, on ne peut pas à priori dénier d'emblée, à ce stade, toute chance à la recourante dans l'adjudication à venir, ce qui fonde en définitive sa qualité pour recourir dans la présente procédure.

E. 4

a) La législation sur les marchés publics a notamment pour but de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication (art.1 al.2 litt.b LCMP). Pour autant qu'ils aient un établissement en Suisse, les soumissionnaires doivent être traités de manière égale à toutes les étapes de la procédure d'adjudication, et ne doivent faire l'objet d'aucune discrimination, notamment par le biais de la détermination des spécifications techniques ou des produits à utiliser (art.3 al.1 et 2 LCMP). Le respect de ces principes est en cause dans le cas du soumissionnaire dit "pré-impliqué", c'est-à-dire de l'entrepreneur ou du mandataire qui participe à la procédure de soumission et présente une offre alors qu'il a collaboré à l'élaboration de l'appel d'offres. Cette question se distingue de la problématique, voisine, de la récusation des personnes participant à la décision d'adjudication. La loi ne règle ni les conditions auxquelles une telle implication du soumissionnaire serait admissible, ni les conséquences d'une situation qui serait, pour ce motif, contraire aux principes susmentionnés. En revanche, l'article 27 al.4 RELCMP, reprenant la règle figurant à l'article VI al.4 AMP, précise que le pouvoir adjudicateur s'abstient de solliciter ou d'accepter, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, des avis pouvant être utilisés pour l'établissement des spécifications relatives à

un marché déterminé, de la part d'une société qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché. Les auteurs, de même que la jurisprudence cantonale d'une manière générale, se montrent restrictifs quant à l'admissibilité de la participation d'un soumissionnaire pré-impliqué. Pour l'appréciation du cas, l'intensité ou la nature de la collaboration du soumissionnaire dans la préparation de la procédure de soumission joue un certain rôle; ainsi, le fait de fournir par exemple certaines informations techniques préalables n'a pas nécessairement pour effet de favoriser le soumissionnaire qui les a fournies ou de porter préjudice aux concurrents, de la même manière que si un soumissionnaire effectue une étude préalable et prépare sur cette base tout ou partie des documents de soumission. La doctrine et la jurisprudence semblent, quoi qu'il en soit, unanimes sur un point : le pouvoir adjudicateur ne peut pas associer un futur soumissionnaire (lui-même ou par l'intermédiaire d'une société qu'il contrôle) à la configuration du marché, par exemple pour le calcul du devis, ou à la préparation des documents d'appel d'offres. En d'autres termes, les planificateurs ou les entrepreneurs qui ont contribué à la préparation de l'appel d'offres doivent être exclus de la procédure d'adjudication qui suit (Gauch/Stöckli , Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, p.14 ss, 15 ch.8.3; Zufferey/Maillard/Michel , op.cit., p.102; Galli/Moser/Lang , op.cit., p.243 ss, 244 ch.515; DC 2/2003 p.65 no S17, avec la note de Stöckli). Il faut relever, en outre, que les nouvelles directives pour l'exécution de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) prévoient désormais, sous § 8, que les personnes et entreprises qui participent à la préparation des documents d'appel d'offres ou aux procédures de passation des marchés publics de manière à pouvoir influencer l'adjudication en leur faveur, ne peuvent présenter d'offre. b) Dans le cas présent, une telle participation de l'adjudicataire dans la préparation de l'appel d'offres n'est pas contestée. Il résulte des explications du comité scolaire ainsi que du procès-verbal de sa séance du 12 septembre 2002, que ce comité a entendu un responsable de E. ainsi qu'un représentant de la société T., qui ont expliqué que les installations électriques du collège étaient vétustes, voire dangereuses, que la consommation d'électricité était beaucoup trop élevée d'après les mesures effectuées, et qu'une modernisation des installations s'imposait, ce qui nécessitait une étude préalable des travaux à réaliser. Le comité scolaire a décidé de ce fait de demander plusieurs offres pour cette étude préalable. Au vu de la complexité de cette tâche, la direction du collège a établi un cahier des charges avec l'aide de l'entreprise A. qui a déjà participé à la réalisation de travaux lors de l'extension du collège en 1995. On doit déduire de ces explications que, selon toute vraisemblance, le dossier de soumission a été, pour l'essentiel, en tout cas dans ses aspects techniques, réalisé par A. Sàrl, ou son associé C.. Dans ces conditions, il n'était pas admissible que cette société soit invitée à participer à la procédure et à présenter une offre, laquelle a été retenue. L'adjudicataire fait valoir en vain que son rôle dans la phase préparatoire dans la procédure d'adjudication, s'est limité à soumettre un modèle de cahier des charges sur la base de documents accessibles aux autres prestataires invités à présenter une offre, et qu'il n'a jamais été impliqué dans la procédure d'adjudication elle-même, à savoir de l'invitation à faire une offre à la décision d'adjudication; que les trois concurrents ont obtenu la note maximale pour le critère "connaissance des lieux"; que s'il a bénéficié d'un avantage, celui-ci ne résulte pas directement de la procédure d'adjudication mais de connaissances acquises lors de précédents mandats, ce qui n'est pas constitutif d'une inégalité de traitement, parce qu'il serait absurde d'écarter l'entreprise de la soumission pour des travaux de rénovation au seul motif qu'elle a participé antérieurement à la construction de bâtiments et qu'elle en a assuré l'entretien (Zufferey/Maillard/Michel , op.cit., p.197). Cette argumentation n'est pas

pertinente, car l'exclusion d'un soumissionnaire pré-impliqué ne suppose pas la démonstration que le soumissionnaire en cause a effectivement bénéficié d'un avantage sur ses concurrents. Il suffit que, au regard des circonstances du cas, un avantage du soumissionnaire concerné et donc une distorsion de la concurrence se révèle possible (DC 2/2003, p.65 no S17 et la note de Stöckli; DC 2/1999, p.56 no S8; v. aussi la jurisprudence citée par Galli/Moser/Lang , op.cit., p.245 notamment). Une telle possibilité est manifeste en l'espèce, les conditions-cadre de la soumission ayant pu être déterminées par l'entreprise adjudicataire elle-même, travail pouvant être influencé par des particularités liées à l'entreprise en tant que futur soumissionnaire, et qui entraînent en outre une connaissance du dossier susceptible d'influencer également le prix de l'offre. Que les trois soumissionnaires aient obtenu exactement le même nombre de points pour tous les autres critères – ce qui ne laisse pas de surprendre – n'est pas propre à démontrer le contraire. Au surplus, il y a lieu de relever que l'on ne se trouve pas en l'espèce dans un cas exceptionnel permettant de renoncer à l'exclusion du soumissionnaire pré-impliqué, savoir par exemple celui où l'entrepreneur ou le planificateur n'a participé que de façon secondaire à la préparation de l'appel d'offres, ou celui dans lequel la prestation mise en soumission ne peut être fournie que par un petit nombre d'entreprises (v. Gauch/Stöckli , op.cit., p.16; Zufferey/Maillard/Michel , op.cit., p.102).

E. 5

Cela étant, le recours doit être admis sans qu'il y ait lieu d'examiner plus avant si, comme le soutient la recourante, l'évaluation de la qualité de l'offre de l'adjudicataire par rapport à la sienne a été effectuée correctement ou non. Il appartiendra à l'autorité adjudicatrice, comme exposé plus haut, de décider si et dans quelle mesure la répétition de la procédure s'impose. Le présent arrêt rend sans objet la requête d'effet suspensif. L'adjudicateur n'ayant pas pu passer le contrat (art.33 LCMP), le Tribunal prononcera l'annulation de l'adjudication (art.45 al.2 LCMP a contrario).

E. 6

Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice (art.47 al.1 et 2 LPJA) ni d'allouer des dépens à la recourante qui n'est pas représentée par un mandataire (art.48 LPJA).

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