

NE_GERICHTE TA.2003.321 vom 28. November 2003

NE Tribunal cantonal, 2003-11-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2003.321

FR: NE_GERICHTE TA.2003.321 du 28 novembre 2003

IT: NE_GERICHTE TA.2003.321 del 28 novembre 2003

Erwägungen

E. 1

a) Sans remettre en cause le fait que le recours contre la décision d'adjudication consécutive au concours est en principe ouvert, ce que le Tribunal administratif avait déjà indiqué dans son arrêt du 8 juillet 2003, solution que consacre l'article 42 al.2 litt.f du projet de loi portant modification de la loi cantonale sur les marchés publics (LCMP) adopté par le Grand Conseil à sa session de novembre 2003, le pouvoir adjudicateur prétend que le recourant ne peut faire valoir aucun intérêt digne de protection à ce que la décision litigieuse soit annulée, son projet n'ayant pas été recommandé par le jury et ne pouvant pas être accepté pour diverses raisons. 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). b) 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. c) Transposées en matière de procédure de concours, ces considérations conduisent à reconnaître la qualité pour recourir de l'auteur d'un projet, qui n'a pas été recommandé par le jury et qui, comme en l'espèce, fait valoir des irrégularités susceptibles de mettre en cause le déroulement correct de la procédure, en particulier en ce qui concerne l'indépendance du jury ou le respect des règles arrêtées dans le programme du concours. Interjeté au surplus dans les formes et délai légaux, le recours est dès lors recevable.

E. 2

a) En vertu de l'article 15 al.3 LCMP, la procédure de mise en concours est régie par des directives élaborées en collaboration avec les associations professionnelles concernées. En ce qui concerne le programme de concours préparé par le pouvoir adjudicateur et approuvé par le jury (art.18 al.1 RELCMP), il doit permettre aux intéressés de participer au concours en toute connaissance de cause (art.12 al.1 RELCMP). Il définit notamment le nom des membres du jury (al.1 litt.e), qui doit se composer de professionnels qualifiés dans les domaines sur lesquels porte le concours (art.17 al.1 litt.a) et d'autres personnes choisies librement par le pouvoir adjudicateur (litt.b). En tous les cas, "la majorité des membres du jury doit être formée de professionnels, et la moitié au moins de ceux-ci doit être indépendante du pouvoir adjudicateur" (art.17 al.2). b) Le recourant soutient en vain que la majorité des membres du jury n'était pas indépendante de la commune intimée. Outre que la majorité des neuf membres du jury était constituée de professionnels, soit cinq architectes, la moitié au moins de ces cinq professionnels était indépendante du maître de l'ouvrage ainsi que l'exige l'article 17 al.2 RELCMP. On trouve une règle semblable sur le plan des marchés publics de la Confédération, à l'article 50 al.2 et 4, dernière phrase, OMP : la majorité des membres du jury doivent (sic) être des spécialistes, et au moins la moitié des juges spécialisés doivent (sic) par ailleurs être indépendants de l'adjudicateur. Cela étant, même si l'article 17 al.2 devait être interprété autrement – ce qui semble exclu étant donné que le démonstratif "ceux-ci" désigne toujours les êtres ou les objets nommés en dernier lieu ("professionnels") par opposition au démonstratif "ceux-là" qui se rapporte aux êtres ou objets nommés en premier lieu ("membres du jury") – il eut appartenu au recourant de signaler le prétendu vice affectant la composition du jury dès réception du courrier de l'intimée du 17 janvier 2003 l'informant de cette composition. Ne l'ayant pas fait, l'intéressé a tacitement accepté que le jury ainsi constitué exerce ses tâches. Il ne saurait dès lors s'en plaindre sans encourir le reproche de la mauvaise foi.

E. 3

a) Relevant que le projet du bureau lauréat contrevenait à deux prescriptions essentielles du programme du concours, le recourant soutient qu'il n'aurait pas dû être classé, ni primé ni recommandé pour une adjudication. En vertu de l'article 20 RELCMP, le jury établit un classement des projets conformes aux conditions formelles (al.1). Il ne peut attribuer des prix que pour des projets conformes au programme (al.3). La participation au concours d'architecture pour la construction d'une nouvelle école primaire à Fenin-Vilars-Saules impliquait par ailleurs pour l'organisateur, les concurrents et le jury, l'acceptation des clauses du règlement de concours et du programme, des réponses aux questions et du règlement SIA 142, édition 1998 (ch.2.3 du règlement de concours). L'article 19.1 SIA 142 en particulier stipule qu'une proposition de concours doit être exclue du jugement si elle a été livrée en dehors du délai ou de manière incomplète dans ses parties essentielles; si elle est incompréhensible, laisse supposer des intentions déloyales ou si un participant a enfreint la règle de l'anonymat (litt.a). Elle doit être exclue de la répartition des prix si elle s'écarte des dispositions du programme sur des points essentiels (litt.b). b) Dans le domaine des marchés publics, comme dans d'autres, le principe de l'interdiction du formalisme excessif doit toutefois être observé (Moser , Überblick über die Rechtsprechung 1998/1999 zum öffentlichen Beschaffungswesen, in AJP 2000, p.687-688). En procédure de concours en particulier, Esseiva souligne qu'il arrive fréquemment que les propositions ne respectent pas certaines exigences de forme (caractère complet des documents, respect des prescriptions en matière d'alignement ou d'aménagement du territoire, violation de l'anonymat). Une exclusion du concurrent n'est cependant justifiée selon lui que pour des vices graves ou

lorsque la proposition est incomplète dans ses parties essentielles (JDC 2003, p.229-230 no 3.3). La jurisprudence pour sa part s'attache à reconnaître au pouvoir adjudicateur une certaine latitude pour apprécier la portée des irrégularités commises par les soumissionnaires et décider si une sanction doit être appliquée (RDAF 2002 I p. 526, cons.3b; ATA VD du 22.06.2001 commenté in DC 2/2002, p.77 S18). D'une manière générale, au stade d'une éventuelle décision d'exclusion, Esseiva propose de retenir certains critères d'appréciation, tels que l'importance de l'informalité, l'imprécision des exigences de forme contenues dans les documents d'appel d'offres ou encore l'intérêt du pouvoir adjudicateur à tout de même tenir compte d'une offre avantageuse (DC 2/2002, p.77 note pour les arrêts S15-S19). c) En l'espèce, le cahier des charges du règlement de concours, ch. 3.3, renvoyait à l'application de diverses réglementations notamment communales, dont celles d'aménagement du 15 mars 1993 et sur les constructions ainsi qu'au plan communal d'alignement. Sur la question de la forme des toitures, le règlement d'aménagement est totalement muet contrairement à l'ancien règlement d'aménagement de la commune du 28 juin 1974 – demeuré partiellement en vigueur mais dont les concurrents n'avaient apparemment pas connaissance – qui stipulait à son article 26 al.3 que les toitures plates étaient interdites sur l'ensemble du territoire de la commune, ce que prévoit également le règlement communal des constructions (art.3.08 al.3) dans sa teneur au 31 décembre 1991. Toutefois, à la question de savoir si les toits plats étaient autorisés, le jury a renvoyé les concurrents "au règlement d'aménagement en annexe" (lettre du 28.11.2002, question no 15), soit celui du 15 mars 1993, qui ne règle pas ce point. Ce flou a ainsi fortement contribué à ce que plusieurs concurrents, dont le bureau lauréat mais aussi le recourant lui-même, pour une partie de son projet, déposent des projets comportant des toits plats. Estimant cependant que cette divergence par rapport au programme du concours n'était pas essentielle, le jury a décidé à l'unanimité "de par la qualité des projets, de tous les prendre en considération et de les admettre à la répartition des prix (rapport du jury du 31.03.2003, p.6 ch.3). Compte tenu de la marge d'appréciation dont il disposait et de la présence non contestée d'un toit plat sur une annexe du collège existant, le jury pouvait, sans arbitraire, considérer qu'il ne se justifiait pas d'exclure du classement et de l'attribution des prix tous les projets incluant des toits plats. Au demeurant, en intégrant dans son projet, pour une partie de l'un des bâtiments, un toit plat de 100 m², le recourant s'écartait à son tour du programme du concours. Dès lors, si les toits à pans avaient constitué un point essentiel du concours, qui ne souffrait donc aucune exception, son projet, à l'instar de ceux du lauréat et de quelques autres concurrents, aurait dû, selon le principe de l'égalité de traitement, encourir la même sanction, soit l'exclusion du classement et de l'attribution de prix, et le concours se serait alors poursuivi exclusivement avec les projets conformes au cahier des charges. d) Le recourant objecte en outre que le projet du lauréat ne respectait pas les règles d'alignement de la commune intimée. A cet égard, non seulement le jury s'est borné, dans son rapport du 31 mars 2003, à relever "la problématique du préau couvert situé à proximité de la route" compte tenu de son "alignement limite", sans y voir un vice grave devant conduire à l'élimination du projet, mais surtout il ne s'agit que d'un empiètement léger qu'il paraît aisé de corriger, voire pour lequel une dérogation pourrait être requise au sens du règlement sur les constructions de la commune intimée.

E. 4

Donnant suite d'office à la réquisition du recourant (recours, p.10 no 10), le pouvoir adjudicateur a déposé avec son dossier toutes les pièces permettant à la Cour de céans de contrôler l'aptitude du bureau lauréat à exécuter le mandat qui lui a été attribué. S'agissant

de la seconde réquisition portant sur le rapport qui aurait été établi à l'issue de l'examen préalable, il ne s'est pas révélé nécessaire pour statuer dans la mesure où la décision dont est recours repose exclusivement sur le rapport du jury du 31 mars 2003.

E. 5

La procédure de concours s'étant ainsi déroulée correctement, le recours doit être rejeté. Le recourant, qui succombe, sera condamné aux frais de la procédure (art.47 al.1 LPJA). Une allocation de dépens sera allouée à l'atelier d'architecture P. Sàrl, qui a procédé avec l'aide d'un mandataire professionnel (art.48 LPJA; RJN 1988, p.251). En sa qualité d'autorité, la commune intimée ne peut en revanche y prétendre. Le présent arrêt rend sans objet la requête d'effet suspensif.

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