

NE_GERICHTE TA.2004.198 vom 16. März 2005

NE Tribunal cantonal, 2005-03-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2004.198

FR: NE_GERICHTE TA.2004.198 du 16 mars 2005

IT: NE_GERICHTE TA.2004.198 del 16 marzo 2005

Erwägungen

E. 1

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

E. 2

La présente cause est régie par les dispositions de la loi cantonale sur les marchés publics (LCMP), du 23 mars 1999, y compris les modifications importantes dont elle a fait l'objet et qui sont entrées en vigueur le 1er janvier 2004, l'appel d'offres étant intervenu postérieurement (art.48 al.2 LCMP).

E. 3

a) A l'occasion du recours que R. SA a interjeté contre la décision du 8 juillet 2004 adjugeant le marché à M. SA et C. SA, l'intimée a fait usage de la faculté accordée à l'autorité dont la décision est attaquée de reconsidérer ou réviser sa décision jusqu'au dépôt de sa réponse sur le recours (art.39 al.2 LPJA). Faisant droit à R. SA, qui invoquait notamment la nullité de la décision d'adjudication dans la mesure où elle n'émanait pas d'une autorité détentrice de la puissance publique mais d'un mandataire privé, l'intimée a révoqué celle-ci pour ce seul motif, en se fondant sur l'article 39 al.1 litt.a LCMP qui exige la révocation de l'adjudication s'il apparaît que le marché a été indûment adjugé, en violation des dispositions légales applicables ou sur la base d'un état de fait inexact ou incomplet. Selon le rapport du Conseil d'Etat à l'appui de la loi sur les marchés publics, les motifs de révocation d'une adjudication sont identiques à ceux qui permettent l'exclusion d'un soumissionnaire d'une procédure d'adjudication au sens de l'article 21 LCMP (BGC 1998-99 II, p.2358), lesquels sont énumérés de manière exhaustive (BGC op.cit., p.2352 ad art.21). b) Force est de constater que l'irrégularité de forme retenue par la commune pour justifier la révocation de la décision d'adjudication du 8 juillet 2004 ne constitue pas l'un de ces motifs. A supposer donc que son mandataire eût pris l'initiative d'adjuger de son propre chef le marché public à M. SA et C. SA, une telle adjudication ne serait pas sujette à révocation au sens de l'article 39 al.1 litt.a LCMP mais elle serait frappée de nullité totale car n'émanant pas d'une autorité détentrice de la puissance publique. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Outre que le bureau d'ingénieurs N. SA était expressément désigné dans le dossier de soumission comme mandataire principal de l'intimée, il résulte de la lettre de celui-ci du 8 juillet 2004 – dont la teneur n'est par ailleurs pas contestée par celle-là – que la décision d'adjuger les travaux à M. SA et C. SA émane bien du maître de l'ouvrage et adjudicatrice, savoir la Commune de Fontainemelon, et qu'elle a été prise lors d'une séance du conseil communal du 5 juillet 2003.

E. 4

a) Dans le cadre de ses observations sur le recours, la commune invoque un nouveau motif de révocation, à savoir que tant M. SA que R. SA n'étaient pas indépendantes du pouvoir

adjudicateur (art.39 al.2, 21 al.1 litt.a LCMP). Selon l'article 5 RELCMP, ne sont pas considérés comme indépendants du pouvoir adjudicateur, notamment, les soumissionnaires dont les organes dirigeants comprennent une ou plusieurs personnes appartenant aux organes dirigeants du pouvoir adjudicateur (litt.a) ou dont l'exploitation est subventionnée par le pouvoir adjudicateur (litt.b). Même s'il convient 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), les hypothèses décrites à l'article 5 RELCMP ne sont pas exhaustives et on peut imaginer d'autres situations dans lesquelles il se justifierait d'exclure un soumissionnaire en raison des relations qu'il entretient ou aurait entretenues avec le pouvoir adjudicateur. b) En l'espèce, l'intimée ne soutient pas que l'un des deux cas de figure énumérés à l'article 5 RELCMP serait réalisé. En revanche, elle estime que, pour avoir présenté une offre pour l'exécution des travaux en cause en dehors de toute procédure d'adjudication, M. SA n'était plus indépendante du pouvoir adjudicateur. Si, pour sa part, l'intéressée admet avoir établi, le 16 avril 2002, à la requête de la commune, un devis estimatif du coût des travaux de réaménagement de son terrain de sport, elle considère que l'envoi d'un tel document ne constituait pas une offre et en tout cas pas un motif d'exclusion de la procédure d'adjudication, ainsi que, par extension, un motif de révocation de celle-ci.

E. 5

a) A teneur de l'article 27 al.4 RELCMP, 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 techniques relatives à un marché déterminé, de la part d'une société qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché. Si ni la loi ni l'AIMP ne règlent les conséquences d'une implication d'un soumissionnaire dans l'élaboration des dossiers de soumission, les nouvelles directives d'exécution de l'AIMP révisé (DEMP) prévoient désormais 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 (§ 8). b) En l'espèce, les deux devis estimatifs des 16 avril 2002 et 24 novembre 2003 que M. SA a établis à l'intention de la commune n'ont pas été utilisés par celle-ci aux fins d'élaborer l'appel d'offres ou les documents de soumission. Ils ont simplement servi de base à la préparation du rapport du conseil communal au conseil général concernant une demande de crédit de 1'112'000 francs pour le réaménagement du terrain de football de la commune. La similitude entre les prix proposés dans le devis du mois de novembre 2003 et les montants sur lesquels s'est fondé le conseil communal dans son rapport du mois de décembre 2003 est à cet égard suffisamment éloquente. Or, l'utilisation par l'intimée du devis de M. SA dans l'élaboration de sa demande de crédit ne suffit pas pour considérer que cette entreprise devait – à l'instar d'un soumissionnaire pré-impliqué (sur cette notion v. ATA du 18.11.2003 [2003.205] publié sur www.simap.ch, rubrique canton de Neuchâtel) – être exclue de la procédure d'adjudication. Rien ne permet en effet de penser que, par ce biais, elle a pu bénéficier d'un avantage par rapport à ses concurrents ou influencer l'adjudication en sa faveur. c) R. SA n'étant pas l'adjudicataire des travaux mis en soumission, la nature ou l'intensité de sa collaboration à la procédure d'adjudication n'a pas à être précisée dans le cadre de la présente procédure de recours.

E. 6

Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision entreprise purement et simplement annulée. Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice et les recourantes ont droit à des dépens (art.47 al.1 et 2, 48 LPJA).

E. 39

al.1 litt.a LCMP mais elle serait frappée de nullité totale car n'émanant pas d'une autorité détentrice de la puissance publique. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Outre que le bureau d'ingénieurs N. SA était expressément désigné dans le dossier de soumission comme mandataire principal de l'intimée, il résulte de la lettre de celui-ci du 8 juillet 2004 ■ dont la teneur n'est par ailleurs pas contestée par celle-là ■ que la décision d'adjuger les travaux à M. SA et C. SA émane bien du maître de l'ouvrage et adjudicatrice, savoir la Commune de Fontainemelon, et qu'elle a été prise lors d'une séance du conseil communal du 5 juillet 2003.

4.a) Dans le cadre de ses observations sur le recours, la commune invoque un nouveau motif de révocation, à savoir que tant M. SA que R. SA n'étaient pas indépendantes du pouvoir adjudicateur (art.39 al.2, 21 al.1 litt.a LCMP).

Selon l'article 5 RELCMP, ne sont pas considérés comme indépendants du pouvoir adjudicateur, notamment, les soumissionnaires dont les organes dirigeants comprennent une ou plusieurs personnes appartenant aux organes dirigeants du pouvoir adjudicateur (litt.a) ou dont l'exploitation est subventionnée par le pouvoir adjudicateur (litt.b). Même s'il convient 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.Esseivain DC 2003, p.64-65 no S16), les hypothèses décrites à l'article 5 RELCMP ne sont pas exhaustives et on peut imaginer d'autres situations dans lesquelles il se justifierait d'exclure un soumissionnaire en raison des relations qu'il entretient ou aurait entretenues avec le pouvoir adjudicateur.

b) En l'espèce, l'intimée ne soutient pas que l'un des deux cas de figure énumérés à l'article 5 RELCMP serait réalisé. En revanche, elle estime que, pour avoir présenté une offre pour l'exécution des travaux en cause en dehors de toute procédure d'adjudication, M. SA n'était plus indépendante du pouvoir adjudicateur. Si, pour sa part, l'intéressée admet avoir établi, le 16 avril 2002, à la requête de la commune, un devis estimatif du coût des travaux de réaménagement de son terrain de sport, elle considère que l'envoi d'un tel document ne constituait pas une offre et en tout cas pas un motif d'exclusion de la procédure d'adjudication, ainsi que, par extension, un motif de révocation de celle-ci.

5.a) A teneur de l'article 27 al.4 RELCMP, 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 techniques relatives à un marché déterminé, de la part d'une société qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché. Si ni la loi ni l'AIMP ne règlent les conséquences d'une implication d'un soumissionnaire dans l'élaboration des dossiers de soumission, les nouvelles directives d'exécution de l'AIMP révisé (DEMP) prévoient désormais 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 (§ 8).

b) En l'espèce, les deux devis estimatifs des 16 avril 2002 et 24 novembre 2003 que M. SA a établis à l'intention de la commune n'ont pas été utilisés par celle-ci aux fins d'élaborer

l'appel d'offres ou les documents de soumission. Ils ont simplement servi de base à la préparation du rapport du conseil communal au conseil général concernant une demande de crédit de 1'112'000 francs pour le réaménagement du terrain de football de la commune. La similitude entre les prix proposés dans le devis du mois de novembre 2003 et les montants sur lesquels s'est fondé le conseil communal dans son rapport du mois de décembre 2003 est à cet égard suffisamment éloquente. Or, l'utilisation par l'intimée du devis de M. SA dans l'élaboration de sa demande de crédit ne suffit pas pour considérer que cette entreprise devait ■ à l'instar d'un soumissionnaire pré-impliqué (sur cette notion v. ATA du 18.11.2003 [2003.205] publié sur www.simap.ch, rubrique canton de Neuchâtel) ■ être exclue de la procédure d'adjudication. Rien ne permet en effet de penser que, par ce biais, elle a pu bénéficier d'un avantage par rapport à ses concurrents ou influencer l'adjudication en sa faveur.

c) R. SA n'étant pas l'adjudicataire des travaux mis en soumission, la nature ou l'intensité de sa collaboration à la procédure d'adjudication n'a pas à être précisée dans le cadre de la présente procédure de recours.

6. Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision entreprise purement et simplement annulée. Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice et les recourantes ont droit à des dépens (art.47 al.1 et 2, 48 LPJA).

Par ces motifs, LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

1. Annule la décision de la Commune de Fontainemelon du 2 août 2004.

2. Dit qu'il n'est pas perçu de frais de justice et ordonne la restitution aux recourantes de leur avance de frais.

3. Alloue aux recourantes une indemnité de dépens de 2'400 francs à la charge de l'intimée.

Neuchâtel, le 16 mars 2005

AU NOM DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

Le greffier

Le président

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