

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C_1078/2014

{T 0/2}

Arrêt du 9 février 2015

Ile Cour de droit public

Composition
MM. les Juges fédéraux Zünd, Président,
Seiler et Stadelmann.
Greffier : M. Dubey.

Participants à la procédure
X. _____ SA,
représentée par Me Benoît Lambercy, avocat,
recourante,

contre

Ville de Neuchâtel,

Y. _____ SA.

Objet
Exclusion de la procédure d'adjudication,

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, Cour de droit public, du 27 octobre 2014.

Considérant en fait et en droit :

1.

Le 21 mars 2014, la Ville de Neuchâtel a fait paraître un appel d'offres public relatif à un projet de remplacement des couplages chaleur-force (CCF) -partie module de cogénération. X. _____ SA et Y. _____ SA ont chacune remis une offre dans le délai fixé. Les conditions générales de participation, les critères de recevabilité et d'adjudication et la pondération de ceux-ci étaient mentionnés dans le dossier d'appel d'offres. Selon le chiffre 3.19 de ce document, les offres partielles n'étaient pas acceptées, conduisant, cas échéant, à l'exclusion de l'offre de la procédure. Parmi les critères de recevabilité, l'absence d'une attestation requise était également éliminatoire.

Après contrôle de la recevabilité des offres et de leur exactitude, seule l'offre de Y. _____ SA a été jugée recevable. En raison de l'absence de l'attestation prouvant le respect des usages professionnels et des conditions de base relatives à la protection des travailleurs et d'une indication de prix incomplète, l'offre de X. _____ SA a été écartée par décision de la Ville de Neuchâtel du 23 juin 2014. Parallèlement, cette dernière a adjugé, par décision du même jour, le marché à Y. _____ SA pour le montant de 613'567.76 francs.

X. _____ SA a interjeté recours auprès du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel contre la décision d'exclusion. Dans la mesure où elle n'était partie à aucune CCT et n'avait conclu aucun CTT, elle ne pouvait pas déposer l'attestation litigieuse. Elle avait en revanche signé l'engagement sur l'honneur qu'elle respectait les usages professionnels et les conditions de base relatives à la protection des travailleurs, de sorte que si cet engagement n'était pas suffisant aux yeux du pouvoir adjudicateur, il lui appartenait de l'interpeller à ce sujet.

Après avoir consulté le dossier de la Ville de Neuchâtel, le 14 août 2014, et avoir pris connaissance de la décision d'adjudication du marché à Y. _____ SA, qui ne lui avait pas été notifiée,

X. _____ SA a déposé une nouvelle écriture le 22 août 2014 qui, d'une part, répondait aux observations de l'intimée du 25 juillet 2014 et, d'autre part, constituait un recours contre la décision d'adjudication.

2.

Par arrêt du 27 octobre 2014, le Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel a rejeté le recours contre la décision d'exclusion et déclaré irrecevable le recours contre la décision d'adjudication. Il n'était pas contesté que l'intéressée avait signé un "engagement sur l'honneur" (annexe P1) confirmant qu'elle respecterait, en particulier, les usages professionnels et les conditions de base relatives à la protection des travailleurs. Un autre critère de recevabilité exigeait néanmoins des soumissionnaires qu'ils remettent, en même temps que leur offre, certaines attestations sous peine d'élimination, en particulier la "preuve de la signature d'une CCT ou d'un CTT applicable au lieu d'origine (...) en rapport avec le marché mis en concurrence". Cette preuve pouvait être remplacée par un engagement à respecter les usages professionnels et les conditions de base relatives à la protection des travailleurs auprès d'un organisme officiel du lieu d'exécution (annexe P2 : "attestations requises"). Or, il était patent que l'intéressée, qui avait déclaré, en procédure de recours, ne pas être liée par une CCT et ne pas avoir conclu de CTT, n'avait pas déposé, en lieu et place, avec son offre l'engagement attendu. Sur ce point, l'exigence minimale requise par le dossier d'appel d'offres n'avait clairement pas été respectée quant bien même celle-ci était pourtant expressément rendue attentive - comme tous les soumissionnaires - aux conséquences de l'absence des attestations requises, soit l'élimination de l'offre. Dans la mesure où l'offre de l'intéressée avait été, à juste titre, écartée de la procédure d'appel d'offres, cette dernière n'avait pas la qualité pour contester l'adjudication du marché.

3.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public et celle subsidiaire du recours constitutionnel, X. _____ SA demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler l'arrêt rendu le 27 octobre 2014 par le Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, de dire qu'elle n'est pas exclue de la procédure d'adjudication et d'annuler la décision d'adjudication. Elle demande l'effet suspensif et se plaint d'arbitraire dans l'application du droit cantonal, de formalisme excessif et d'inégalité de traitement.

La Ville de Neuchâtel et Y. _____ SA concluent au rejet du recours dans la mesure où il est recevable.

4.

Le recours en matière de droit public n'est pas ouvert contre les décisions en matière de marchés publics si la valeur estimée du mandat à attribuer est inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics et si elles ne soulèvent pas une question juridique de principe (art. 83 let. f LTF). Il appartient à la partie recourante de démontrer que les deux conditions cumulatives sont réunies (art. 42 al. 2 LTF; cf. ATF 133 II 396 consid. 2.2 p. 398 s.). La recourante a démontré que le seuil du marché en cause dépassait 230'000 fr. (cf. art. 6 al. 1 let. b de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics [LMP: RS 172.056.1]). Elle ne précise en revanche pas en quoi les questions qu'elle énonce constitueraient des questions juridiques de principe. Il s'ensuit que son recours en matière de droit public est irrecevable et que seul son recours constitutionnel subsidiaire est recevable pour violation des droits constitutionnels.

5.

En vertu de l'art. 118 LTF, le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente. Il peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis en violation des droits constitutionnels. Si la partie recourante entend se plaindre de l'établissement des faits par l'instance précédente, elle doit exposer conformément aux exigences accrues de motivation de l'art. 106 al. 2 LTF, par renvoi de l'art. 117 LTF, en quoi celle-ci aurait violé le droit au sens de l'art. 116 LTF. A défaut, il n'est pas possible de s'écarter des faits retenus dans l'arrêt attaqué. En l'espèce, la recourante ajoute de nombreux faits à ceux qui sont contenus dans la décision attaquée sans aucune motivation à cet effet. Tous ces faits sont par conséquent irrecevables (art. 989 et 117 LTF). Le grief d'inégalité de traitement qui se fonde sur le contenu de l'offre de l'adjudicataire qui n'est pas décrit dans l'arrêt attaqué est par conséquent irrecevable.

6.

Invoquant l'art. 9 Cst., la recourante soutient que la décision attaquée est arbitraire dans sa motivation et dans son résultat, en ce qu'elle relève du formalisme excessif.

6.1. Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (ATF 138 I 305 consid. 4.3 p. 319).

Le formalisme excessif est un aspect particulier du déni de justice prohibé par l'art. 29 al. 1 Cst. Il est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 130 V 177 consid. 5.4.1 p. 183; 128 II 139 consid. 2a p. 142; 127 I 31 consid. 2a/bb p. 34). En principe, en matière de marché public, le fait qu'une rubrique ne soit pas remplie n'implique pas nécessairement l'invalidité de l'offre, sous peine de tomber dans le formalisme excessif (arrêts 2C_167/2012 du 1er octobre 2012 consid. 5.2; 2C_144/2009 du 15 juin 2009 consid. 6.2; cf. à ce sujet: E. Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, p. 194 s.; Galli/ Moser/Lang/Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungs-rechts*, 3e éd., Schulthess 2013, n° 456 ss, p. 204 ss).

6.2. Selon la loi cantonale neuchâteloise du 23 mars 1999 sur les marchés publics (LCMP; RSNE 601.72), le dossier de soumission doit contenir tous les documents et toutes les informations nécessaires à la préparation d'une offre, notamment en ce qui concerne les critères d'aptitude requis ainsi que les preuves à fournir par le soumissionnaire (art. 18 let. e LCMP). Le pouvoir adjudicateur fixe des critères objectifs et vérifiables pour juger de l'aptitude des soumissionnaires. Ces critères ont trait à la capacité technique, économique, financière et organisationnelle. Ils sont adaptés en fonction de la nature et de l'importance du marché (art. 19 LCMP). Un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication notamment s'il ne répond pas aux critères d'aptitude (art. 21 al. 1 let. a LCMP) ou s'il ne respecte pas les dispositions concernant les conditions de travail et la protection des travailleurs (let. c). La décision d'exclusion, sommairement motivée, est communiquée par le pouvoir adjudicateur au soumissionnaire concerné, au plus tard en même temps que la décision d'adjudication (art. 21a LCMP). Les candidats ou les soumissionnaires remettent leur demande de participation ou leur offre, accompagnée de toutes les annexes requises, par écrit, de manière complète et dans les délais fixés (art. 23 al. 1 LCMP). Le pouvoir adjudicateur écarte de la procédure les demandes de participation et les offres contenant de graves vices de forme (art. 23 al. 2 LCMP).

6.3. L'instance précédente a jugé qu'en omettant de déposer avec son offre, en lieu et place de la preuve de son appartenance à une CCT ou de la conclusion de CTT, son engagement à respecter les usages professionnels et les conditions de base relatives à la protection des travailleurs auprès d'un organisme officiel du lieu d'exécution, la recourante devait savoir qu'elle s'exposait à l'élimination de son offre, de sorte que la décision d'exclusion du 23 juin 2014 devait être confirmée. Cette position est insoutenable comme le défend à juste titre la recourante. En effet, il ressort des faits de l'arrêt attaqué que le dossier d'offre devait contenir un engagement - fourni par la recourante - sur l'honneur qu'elle respecterait les usages professionnels et les conditions de base relatives à la protection des travailleurs (annexe P1) et un engagement auprès d'un organisme officiel du lieu d'exécution portant sur des promesses identiques (annexe P2). S'il est défendable de rappeler que l'omission d'une annexe P2 pouvait conduire à l'élimination de l'offre, il est en revanche insoutenable dans le résultat d'exclure l'offre de la recourante dès lors que son offre contenait déjà un engagement similaire et que le droit cantonal n'autorise l'exclusion que si l'offre souffre d'un vice grave de forme (art. 23 al. 2 LCMP), ce que l'instance précédente n'a du reste pas affirmé en l'espèce. L'exclusion résulte par conséquent d'une approche excessivement formaliste contraire à l'art. 29 al. 1 Cst.

Le recours est ainsi manifestement bien fondé et conduit à l'annulation de l'arrêt attaqué selon la procédure de l'art. 109 LTF. Comme la décision d'adjudication a écarté l'offre de la recourante pour un deuxième motif relatif à une indication de prix incomplète, que le recours devant l'instance précédente critiquait également ce deuxième motif et que l'arrêt attaqué n'a pas tranché ce point, il convient de renvoyer la cause à l'instance précédente.

7.

Les considérants qui précèdent conduisent à annuler l'arrêt rendu le 27 octobre 2014 par le Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel et à renvoyer la cause à ce dernier pour nouvelle décision. La demande d'effet suspensif est devenue sans objet. L'autorité intimée et l'adjudicataire, qui succombent, doivent supporter les frais de la présente procédure solidairement entre elles (art. 66 al. 1 et 5 LTF). Elles verseront en outre solidairement entre elles une indemnité à titre de dépens pour la procédure fédérale à la recourante, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un avocat (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours en matière de droit public est irrecevable.

2.

Le recours constitutionnel subsidiaire est admis dans la mesure où il est recevable. Partant l'arrêt rendu le 27 octobre 2014 par le Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel est annulé.

3.

La cause est renvoyée au Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel pour nouvelle décision.

4.

Les frais de justice arrêtés à 1'500 fr. sont mis à la charge de la Ville de Neuchâtel et de Y. _____ SA solidairement entre elles.

5.

Une indemnité de dépens pour la procédure fédérale de 2'000 fr. à charge de la Ville de Neuchâtel et de Y. _____ SA solidairement entre elles est allouée à la société X. _____ SA.

6.

Le présent arrêt est communiqué au mandataire de la recourante, à la Ville de Neuchâtel, à Y. _____ SA ainsi qu'au Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, Cour de droit public.

Lausanne, le 9 février 2015

Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Zünd

Le Greffier : Dubey