

Jurisprudence du Tribunal Cantonal

N° dossier: CDP.2022.367

Autorité: CDP
Date: 10.03.2023
décision:
Publié le: 08.08.2023
Revue: RJN 2023, P.461
juridique:

Articles de loi:

Art. 15 al. 4 LCMP
Art. 8 RELCMP

Titre: Marchés publics. Absence de pouvoir décisionnel d'un jury de concours. Cas exclusion de la procédure en raison d'un conflit d'intérêts.

Résumé: Une décision d'exclusion de la procédure, à l'instar de toutes les décisions sujettes à recours en matière de marchés publics, relève de la compétence du seul pouvoir adjudicateur.

Constitue un conflit d'intérêts prohibé le fait que deux associés gérants d'une même société interviennent dans la procédure d'un concours de projets à deux titres totalement opposés, l'un pour le jury, l'autre pour l'un des participants au concours.

A. Le 25 mai 2022, l'Etat de Neuchâtel, par le biais du Service des bâtiments, a publié un appel d'inscriptions à un concours de projets d'architecture et d'ingénierie pour un Centre archives et patrimoine (CAP) à La Chaux-de-Fonds (procédure ouverte à un degré). Le programme du concours précisait, notamment, les conflits d'intérêts justifiant l'exclusion d'un projet du concours (ch. 1.8). Le concours était soumis à la législation sur les marchés publics (AIMP ; LCMP). Le règlement SIA 142, édition 2009, faisait foi, subsidiairement aux dispositions sur les marchés publics (ch. 1.3 et 1.4).

L'évaluation des projets reçus a conduit le jury à classer au 4^e rang, respectivement à attribuer le 4^e prix au projet no [xx] « A._____ ». Au terme de cette procédure, le jury a levé l'anonymat des projets présentés. Lors du contrôle des fiches d'identification des personnes impliquées dans les différents projets, il est apparu que la société X._____ Sàrl, auteur du projet no [xx] « A._____ », avait fait appel à la société B._____ Sàrl, à titre de spécialiste en protection incendie, et plus particulièrement, au sein de cette entreprise, à C._____. Constatant que l'un des spécialistes-conseils nommés dans le programme du concours (ch. 1.12), soit D._____, travaillait également au sein de cette entreprise, l'entité organisatrice du concours (E._____ SA), a avisé le Service des bâtiments et le président du jury de cette problématique, tout en relevant que, a priori, ce participant devrait être exclu du concours en raison d'un conflit d'intérêts. Après discussion, le Service des bâtiments et le président du jury, en accord avec E._____ SA, a proposé aux membres du jury d'exclure le projet no [xx] du jugement et partant, du classement et de l'attribution des prix ; cette proposition a été approuvée à l'unanimité par le jury, ce qui a conduit son président à informer, par décision du 5 décembre 2022, X._____ Sàrl que son projet « A._____ » était exclu de la procédure du concours en raison d'un conflit d'intérêts.

B. X. _____ Sàrl interjette recours le 12 décembre 2022 devant la Cour de droit public du Tribunal cantonal contre cette décision, en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à ce qu'elle soit réformée en ce sens qu'il est renoncé à son exclusion et qu'elle se voie attribuer le 4^e prix et soit rétablie dans tous ses droits en cette qualité. Subsidiairement, elle conclut à l'annulation de son exclusion et au renvoi de la cause au jury pour nouvelle décision dans le sens des considérants de l'arrêt à rendre. À titre préalable, elle demande à ce que l'effet suspensif soit ordonné et que, en conséquence, interdiction soit faite au jury du concours, au pouvoir adjudicateur et à l'organisateur du concours, de distribuer le 4^e prix, voire également le 5^e prix et suivant jusqu'à droit connu sur le présent recours et, au besoin, à ce que la nullité de la décision attaquée soit constatée. Dans un premier grief, elle fait valoir que la compétence du jury du concours de prononcer son exclusion est douteuse et qu'il se peut que cette décision soit purement et simplement nulle et dépourvue d'effets. Elle se prévaut par ailleurs d'une violation de son droit d'être entendue faute d'avoir pu se déterminer sur certaines accusations graves portées à son encontre dans la décision attaquée, notamment eu égard à ses intentions. Enfin, elle s'inscrit en faux contre l'existence d'un conflit d'intérêts.

Dans le délai de recours, X. _____ Sàrl reformule partiellement sa conclusion principale après avoir pris connaissance du rapport du jury du concours, en ce sens qu'elle se voit attribuer le 4^e prix, soit un montant de 20'000 francs, et qu'elle soit rétablie dans tous ses droits, notamment celui de voir son projet figurer dans le rapport final du jury et que, ordre est donné à ce dernier, respectivement au pouvoir adjudicateur ou à l'organisateur du concours, de pourvoir à ce qui précède.

C. Au nom du Service des bâtiments, le Service juridique de l'Etat conclut au rejet de la requête d'effet suspensif et du recours dans la mesure où ce dernier est recevable, s'en remettant sur ce point à l'appréciation de la Cour de droit public.

D. Les parties répliquent et dupliquent.

CONSIDERANT

en droit

1. Interjeté en temps utile et dans les formes légales, le recours est recevable.

2. a) A la recourante qui s'interroge dans un premier grief sur la compétence du jury de prononcer son exclusion, le pouvoir adjudicateur répond, dans ses observations, que soit le jury n'a aucune compétence décisionnelle et, partant, le recours est irrecevable faute de décision susceptible d'être attaquée, soit le président du jury a agi en qualité de représentant du Service des bâtiments et, partant, sa décision est valable en tant qu'elle émane du maître de l'ouvrage et adjudicateur.

b) En l'occurrence, il n'est pas contestable que ni l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 (AIMP 1994/2001) - l'adhésion du canton de Neuchâtel à l'AIMP révisé [AIMP 2019] est en cours - ni la loi cantonale sur les marchés publics ([LCMP](#)), respectivement son règlement d'exécution ([RELCMP](#)), ne confèrent un pouvoir décisionnel au jury d'un concours. Une décision d'exclusion de la procédure, à l'instar de toutes les décisions sujettes à recours en matière de marchés publics (art. 15 al. 1bis [AIMP](#) 1994/2001 ; 42 al. 2 [LCMP](#)), relève de la compétence du seul pouvoir adjudicateur (art 15 al. 1 [AIMP](#) 1994/2001 ; 42 al. 1 [LCMP](#)). Selon la jurisprudence, l'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision est un motif de nullité ([ATF 145 IV 197](#) cons. 1.3.2, [139 II 243](#) cons. 11.2, [132 II 21](#) cons. 3.1 ; arrêt du TF du [30.11.2022 \[2C_959/2021, 2C_961/2021\]](#) cons. 7.2, destiné à la publication aux ATF), à moins que l'autorité ayant statué ne dispose d'un pouvoir décisionnel général dans le domaine concerné ([ATF 148 IV 445](#) cons. 1.4.2, [137 III 217](#) cons. 2.4.3) ce qui, comme exposé ci-avant, n'est pas le cas d'un jury de concours.

c) Il suit de ce qui précède que le jury du concours de projets d'architecture et d'ingénierie CAP à La Chaux-de-Fonds ne disposait à l'évidence d'aucun pouvoir de puissance publique et, par voie de conséquence, d'aucun pouvoir décisionnel. Quand bien même une telle conclusion devrait conduire, sans discussion possible, à déclarer nulle la décision excluant le projet de la recourante dudit concours, une telle issue ne constituerait en réalité qu'une vaine formalité et aboutirait, dans le cas particulier, à un allongement inutile de la procédure. Il ressort en effet des pièces du dossier que le Service des bâtiments, auquel revenait la compétence formelle d'exclure le projet no [xx] « A. _____ » de la procédure du concours, est à l'origine de la proposition d'exclusion qui a été soumise pour approbation au jury, si bien que la décision litigieuse reflète bien la volonté du pouvoir adjudicateur, quand bien même elle émane, indûment, du président du jury du concours.

3. Dans un deuxième grief, la recourante se prévaut d'une violation de son droit d'être entendue au motif que l'exclusion de son projet a été décidée sans qu'elle ait eu la possibilité de se déterminer à ce sujet.

Selon le Tribunal fédéral, le droit d'être entendu vaut également en matière de marchés publics ([ATF 139 II 489](#) cons. 3.3 et les références citées). Dans cette cause, la Haute Cour a considéré que si une autorité adjudicatrice avait le droit de demander des références qui n'avaient pas été indiquées dans son offre par le soumissionnaire, cette pratique était soumise à des exigences constitutionnelles minimales, en ce sens que si les références étaient utilisées au détriment du soumissionnaire, ce dernier devait obtenir la possibilité de s'exprimer à leur sujet, sous-entendu avant que l'autorité ne statue. On peut déduire de cette jurisprudence que, a contrario, lorsque, comme en l'espèce, l'adjudicateur se prononce au désavantage d'un soumissionnaire, respectivement d'un participant à un concours en fonction des éléments figurant dans l'offre, respectivement dans le rendu du projet, il n'a pas à lui accorder un droit d'être entendu avant de statuer. Le grief de violation du droit d'être entendu doit partant être écarté dans le cas particulier.

4. a) En vertu de l'article 15 al. 4 [LCMP](#), la procédure de mise en concours doit respecter les principes de la présente loi. Pour le surplus, elle est régie par des directives élaborées en collaboration avec les associations professionnelles concernées. A cet égard, l'article 8 [RELCMP](#) précise que, dans les limites fixées par la loi et le présent règlement, le pouvoir adjudicateur définit la procédure de concours selon les cas (al. 1). Il se réfère aux règles appliquées par les organisations professionnelles contenues, notamment, dans le règlement des concours d'architecture et d'ingénierie SIA 142 (al. 2).

b) Sous le chiffre 1.8 « *Conflits d'intérêts* », le programme du concours de projets d'architecture et d'ingénierie CAP prévoyait ceci :

« Les bureaux et leur personnel ne doivent pas se trouver en conflit d'intérêts avec un membre ou un suppléant du jury, par analogie à l'article 12.2 du règlement SIA 142 édition 2009. Est exclue du concours :

- toute personne employée par le maître de l'ouvrage, par un membre du jury ou par un spécialiste-conseil dans le programme du concours ;
- toute personne proche parente ou en relation de dépendance ou d'association professionnelle avec un membre du jury ou un spécialiste-conseil nommé dans le programme du concours ;
- toute personne ayant participé à la préparation du concours.

Pour l'interprétation de l'article 12.2 du règlement SIA 142 édition 2009, les candidats peuvent consulter le document « *Conflits d'intérêts* » publié par la commission SIA 142/143 sur le site [www.sia.ch](#) sous la rubrique « *Concours-lignes directrices* ». »

Ce motif d'exclusion correspond peu ou prou à celui envisagé par l'article 21 al. 1 let. a [LCMP](#), selon lequel un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication s'il n'est pas indépendant du pouvoir adjudicateur.

c) En l'espèce, la recourante a fait appel dans le cadre de son projet à la société B. _____ Sàrl, à Z. _____ (personne de contact : C. _____) en tant que spécialiste en protection incendie AEAI. Dans le programme du concours, il était indiqué que le jury pourrait solliciter au cours de la procédure des spécialistes-conseils, parmi lesquels figurait nommément « D. _____, *ingénieur en génie thermique HES*, B. _____ Sàrl, à Z. _____ ». Il n'est ni contesté ni contestable que D. _____ est associé et président des gérants de la société B. _____ Sàrl, qui a son siège à W. _____ et plusieurs succursales dont l'une à Z. _____, et que C. _____ en est l'un des associés gérants avec 50 parts sociales. Partant, on ne saurait nier que D. _____, spécialiste-conseil auquel le jury du concours a fait appel au cours de la procédure, et C. _____, spécialiste en protection-incendie qui a collaboré au projet de la recourante, sont associés professionnellement, ce qui constitue objectivement un conflit d'intérêts au sens des règles de procédure définies dans le programme du concours. Il n'est pas relevant que l'un et l'autre travaillent dans deux secteurs différents de leur société, sur des sites distincts, voire qu'ils ignoraient tout de la participation de l'autre au même concours. Est en revanche déterminant le fait qu'ils sont associés gérants et exercent collectivement la gestion de la société B. _____ Sàrl (art. 809 CO), laquelle est ainsi intervenue dans le concours à deux titres totalement opposés. À cet égard, on ne peut pas suivre la recourante lorsqu'elle fait une interprétation restrictive du chiffre 1.8 du programme du concours en ce sens que la mention que « *les bureaux et leur personnel ne doivent pas se trouver en situation de conflit d'intérêts* » n'inclurait pas les spécialistes auquel les participants pouvaient faire appel. Car, dès l'instant où un participant s'octroyait les services d'autres spécialistes, ceux-ci devaient être mentionnés dans la « *fiche d'identification de l'auteur du projet* », qui comportait au surplus l'engagement suivant : « *Le concurrent confirme par sa signature qu'aucune des personnes figurant sur la présente fiche ne se trouve dans l'une des situations définies à l'article 12.2 du*

règlement SIA 142, édition 2009 ». Le fait que la recourante ait mentionné dans cette fiche la participation au projet de la société B. _____ Sàrl, par le biais de C. _____, tout en signant l'engagement précité semble exclure toute intention déloyale de sa part, quand bien même son affirmation selon laquelle si elle avait été consciente de cette situation, « *il va de soi qu'elle se serait bien gardée de faire mention de la participation de C. _____ dans sa fiche A03* », laisse songeuse la Cour de céans. Cela étant, même si la recourante n'a pas prêté attention au nom « B. _____ », qui suivait la spécialisation de D. _____ dans le programme du concours ou que, l'ayant noté, elle n'a pas fait le rapprochement malgré la similitude avec l'adresse mail de C. _____ (C. _____@B. _____ .ch) qu'elle a pourtant reproduite dans le document A03, il n'en demeure pas moins que le pouvoir adjudicateur est le garant d'une procédure dont le déroulement ne doit pas prêter le flanc à la critique. Le conflit d'intérêts était dans le cas particulier si évident qu'aucune autre mesure moins rigoureuse que l'exclusion du projet de la recourante du concours n'était envisageable.

5. Il suit de ce qui précède que, mal fondé, le recours doit être rejeté, aux frais de son auteur qui, succombant, n'a pas droit à des dépens.

6. La Cour de céans ayant statué au fond, la requête tendant à l'octroi de l'effet suspensif n'a plus d'objet.

Par ces motifs,
LA COUR DE DROIT PUBLIC

1. Rejette le recours.
2. Déclare la requête d'effet suspensif sans objet.
3. Met à la charge de la recourante les frais de la procédure par 2'200 francs, montant compensé par son avance de frais.
4. N'alloue pas de dépens.

Neuchâtel, le 10 mars 2023