

## **BGer 2D\_30/2017 vom 29. November 2017**

Bundesgericht, 2017-11-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2D\\_30\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_30_2017)

FR: TF 2D\_30/2017 du 29 novembre 2017

IT: TF 2D\_30/2017 del 29 novembre 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence ( art. 29 al. 1 LTF ) et contrôle librement la recevabilité des recours portés devant lui ( ATF 140 IV 57 consid. 2 p. 59).

#### **E. 1.1**

La présente cause relève du droit public ( art. 82 let. a LTF ). Dans le domaine des marchés publics, un recours en matière de droit public n'est recevable, en vertu de l' art. 83 let . f LTF, qu'à la double condition que la valeur du mandat à attribuer soit supérieure ou égale aux seuils déterminants prévus à cet effet et que la décision attaquée soulève une question juridique de principe ( ATF 141 II 113 consid. 1.2 p. 116 s. et les références citées). Il incombe à la partie recourante de démontrer la réalisation de ces deux conditions (cf. art. 42 al. 2 LTF ; ATF 141 II 113 consid. 1.2 p. 117 et les références citées), qui sont cumulatives (arrêt 2C\_384/2016 du 6 mars 2017 consid. 1.2, non publié in ATF 143 I 177 ).

Dès lors que la recourante explique en particulier que l'arrêt querellé ne soulève pas une question juridique de principe et que le seuil déterminant n'est pas atteint, c'est à bon droit qu'elle a interjeté un recours constitutionnel subsidiaire (arrêt 2D\_15/2011 du 31 octobre 2011 consid. 1.2).

#### **E. 1.2**

En sa qualité de partie à la procédure cantonale et d'entreprise soumissionnaire évincée, positionnée au deuxième rang dans le cadre d'une procédure ouverte d'adjudication, la recourante dispose de la qualité pour recourir au sens de l' art. 115 LTF , notamment d'un intérêt juridique. En particulier, même si, à la suite du rejet par le Tribunal fédéral de la requête d'effet suspensif présentée par l'intéressée, la Commune venait à avoir déjà conclu le contrat relatif au marché en cause avec l'adjudicataire, la recourante posséderait encore un intérêt actuel à faire constater l'illicéité de l'adjudication, en vue d'une éventuelle action en dommages-intérêts (cf. ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 p. 317; arrêts 2C\_384/2016 du 6 mars 2017 consid. 1.3.1, non publié in ATF 143 I 177 ; 2C\_876/2014 du 4 septembre 2015 consid. 1.3.2; art. 18 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 [AIMP; RS/VS 726.1-1]; art. 9 al. 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur [LMI; RS 943.02]).

#### **E. 1.3**

Au surplus, déposé en temps utile ( art. 117 et 100 al. 1 LTF ) et dans les formes requises ( art. 42 LTF ), le recours est dirigé contre une décision finale rendue en dernière instance cantonale par une autorité judiciaire supérieure ( art. 114 et 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF). Le recours constitutionnel subsidiaire est donc recevable.

#### **E. 2.1**

Le recours constitutionnel subsidiaire ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels ( art. 116 LTF ). En vertu de l' art. 106 al. 2 LTF , applicable par renvoi de l' art. 117 LTF , les griefs y relatifs doivent être invoqués et motivés par le recourant, à savoir expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée, en précisant en quoi consiste la violation (cf. ATF 139 I 229 consid. 2.2 p. 232). Celui-ci ne peut donc se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit remettre en cause les considérants de la décision attaquée sous des aspects relevant des droits constitutionnels ( ATF 134 II 349 consid. 3 p. 351 s.).

## **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 118 al. 1 LTF ). Il peut néanmoins rectifier ou compléter les constatations de cette autorité si les faits ont été constatés en violation d'un droit constitutionnel ( art. 116 et 118 al. 2 LTF ), ce que le recourant doit démontrer d'une manière circonstanciée et précise, conformément aux exigences de motivation posées à l' art. 106 al. 2 LTF (par renvoi de l' art. 117 LTF ; cf. consid. 2.1 ci-dessus).

## **E. 3**

Dans un premier grief qu'elle a allégué au stade de sa réponse, la recourante se plaint de ce que la société chargée d'évaluer les offres entretient des liens étroits avec les intimées adjudicataires. Elle a déposé diverses pièces avec son mémoire de réponse et expliqué que les faits démontrant ces liens n'ont été portés à sa connaissance qu'en début du mois de septembre 2017. Il s'agit notamment de photographies prises le 5 septembre 2017.

Comme l'indique d'ailleurs la recourante, ces photographies constituent de véritables *nova car* survenues postérieurement au prononcé de l'arrêt entrepris. Or, en application de l' art. 99 al. 1 LTF par renvoi de l' art. 117 LTF , il ne saurait être tenu compte de tels moyens de preuve devant le Tribunal fédéral ( ATF 143 V 19 consid. 1.2 p. 23 et les références citées). Au demeurant, le grief de la recourante doit de toute façon être écarté, dès lors que, pour le motiver, elle fait référence à une disposition d'un traité intercantonal (en l'occurrence l'AIMP) qui ne saurait être invoqué comme telle dans le cadre d'un recours constitutionnel subsidiaire (cf. art. 116 LTF ) et que, pour le surplus, elle ne motive pas à suffisance une éventuelle violation de l' art. 29 al. 1 Cst. (cf. art. 106 al. 2 LTF ), les prétendus liens sensés exister entre la société D. \_\_\_\_\_ SA et le consortium A. \_\_\_\_\_ SA/ B. \_\_\_\_\_ SA n'étant pas démontrés à suffisance. Sa référence à une disposition de procédure cantonale ne lui est en outre d'aucun secours, faute d'en avoir invoqué, par exemple, l'application arbitraire (cf. arrêt 2D\_7/2016 du 25 août 2017 consid. 2.1 et les références citées, destiné à publication).

## **E. 4**

La recourante estime que l'appréciation de certains critères et sous-critères effectuée par le Tribunal cantonal est arbitraire.

### **E. 4.1**

A titre préliminaire, il convient de relever qu'en matière de marchés publics, l'autorité judiciaire a pour fonction de contrôler en principe librement la correcte application du droit par le pouvoir adjudicateur. Toutefois, lorsque le droit matériel laisse une grande liberté

d'appréciation à ce dernier, ce qui est en particulier le cas dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres (cf. ATF 141 II 353 consid. 3 p. 362), le juge doit veiller à ne pas s'immiscer de façon indue dans la liberté de décision de l'autorité chargée de l'adjudication. Il ne lui appartient donc pas de substituer sa propre appréciation à celle d'un pouvoir adjudicateur dans l'adjudication d'un marché public (cf. ATF 141 II 353 consid. 3 p. 362 s. et les références citées). L'autorité judiciaire ne peut ainsi intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur, ce qui en pratique peut s'assimiler à un contrôle restreint à l'arbitraire ( ATF 141 II 353 consid. 3 p. 363 et les références citées). En l'occurrence, le Tribunal cantonal a confirmé l'appréciation de l'autorité adjudicatrice s'agissant de l'évaluation des critères de l'appel d'offres, sous réserve d'une modification de points obtenus par la recourante pour l'un des sous-critères du critère "Organisation et Service après-vente", qui est sans influence sur le classement final et n'est pas remise en question dans la présente procédure. Saisi d'un recours constitutionnel subsidiaire, le Tribunal fédéral devrait ainsi examiner si, ce faisant, les juges précédents ont renoncé de manière insoutenable à sanctionner un abus ou un excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur, ce qui, comme on vient de le voir, équivaut aussi à un contrôle sous l'angle de l'arbitraire. Une telle figure revient donc en pratique au contrôle d'un "arbitraire au carré". Or, selon la jurisprudence, le Tribunal fédéral s'interdit de restreindre son pouvoir d'examen à l'arbitraire au carré ("

Willkür im Quadrat "; cf. arrêt 2D\_42/2016 du 3 octobre 2017 consid. 5.1 et les références citées). Il conviendra donc de vérifier librement si le Tribunal cantonal a correctement estimé qu'il n'y avait pas d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation de la part de l'autorité adjudicatrice, autrement dit s'il a correctement appliqué la notion d'arbitraire (arrêt 2D\_42/2016 du 3 octobre 2017 consid. 5.1 et les références citées).

#### **E. 4.2**

Une décision est arbitraire ( art. 9 Cst. ) lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou qu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une solution autre que celle de l'autorité cantonale semble concevable, voire préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable; il faut encore que cette décision soit arbitraire dans son résultat ( ATF 140 I 201 consid. 6.1 p. 205).

#### **E. 5**

La recourante invoque l'arbitraire dans l'évaluation des critères "Alternateur" et "Prix".

##### **E. 5.1**

Le critère "Aspects techniques" est subdivisé en cinq sous-critères d'importance équivalente, notamment d'un sous-critère "alternateur". Celui-ci est lui-même subdivisé en trois sous-critères, en l'occurrence les sous-critères "générateur + refroidissement", "protection alternateur" et "mesures, vibrations, température, etc.". Pour le sous-critère "alternateur", la recourante a obtenu la note globale de 2,83 ( $(3,00 + 3,00 + 2,50) / 3$ ), alors que les intimées 1 et 2 ont obtenu la note de 3,33 ( $(3,50 + 3,50 + 3,00) / 3$ ).

##### **E. 5.2**

La recourante relève que le cahier des charges mentionnait une valeur inférieure à 1'000 volts (V) pour la tension aux bornes. Selon elle, les intimées 1 et 2 ont proposé une tension de

690 V, alors qu'elle a préféré offrir une tension de 400 V, en adéquation avec le cahier des charges. Elle conteste l'avis de l'expert qui a estimé qu'un alternateur de 690 V offrait une solution plus appropriée qu'une tension plus basse, sans motivation, ni argumentation. Elle ajoute que la proposition des intimées adjudicataires représente un désavantage financier pour l'adjudicateur, le coût d'un transformateur 690 V étant " probablement supérieur " à un transformateur 400 V. De plus, en cas de panne, la production serait interrompue pour plusieurs mois en raison du délai de livraison d'un nouveau transformateur spécifique de 690 V. La recourante estime ainsi que la solution proposée par les intimées 1 et 2 présente un surcoût de 37'200 fr. qui n'a pas été pris en compte par le Tribunal cantonal et que, partant, la note obtenue par celles-ci pour le critère "Prix hors taxe" doit être fixée à 2,78 pour un nombre de points pondéré de 1,11.

### **E. 5.3**

Pour sa part, le Tribunal cantonal a jugé que, puisque le cahier des charges ne faisait pas état d'exigences spécifiques en relation avec le choix du voltage et le dimensionnement de l'alternateur, il appartenait à l'adjudicateur d'évaluer les offres dans la mesure où la recourante et les intimées 1 et 2 avaient fait des propositions différentes. Sur cette base, constatant néanmoins que l'offre de la recourante était adéquate, dès lors qu'elle respectait l'exigence d'une tension aux bornes inférieure à 1'000 V, le Tribunal cantonal a considéré qu'il n'était pas arbitraire de retenir que l'offre était qualitativement moins bonne que celle des intimées adjudicataires et que l'alternateur était légèrement sous-dimensionné.

### **E. 5.4**

En l'occurrence, la motivation de l'autorité précédente est pleinement soutenable. A l'instar de ce qu'a fait le Tribunal cantonal, on peut confirmer que les deux offres respectent la demande formulée dans le cahier des charges tendant à obtenir une tension aux bornes inférieure à 1'000 V. Savoir si l'offre de la recourante, c'est-à-dire un alternateur présentant une tension de 400 V, est qualitativement moins bonne que celle des intimées 1 et 2, qui propose un alternateur avec une tension de 690 V, est une question de fait qu'on ne saurait revoir ici (cf. consid. 2.2 ci-dessus). Il en va de même de l'éventuelle différence de prix invoquée par la recourante. En définitive, il n'est donc pas arbitraire de retenir, comme l'a fait l'autorité précédente, que la proposition de la recourante est sous-dimensionnée pour le projet en cause et qu'il est dès lors justifié d'octroyer une note moins élevée à la recourante qu'aux intimées 1 et 2. Le grief d'arbitraire dans l'évaluation de ce critère doit par conséquent être écarté. Dans la mesure où on devrait considérer qu'il est suffisamment motivé (cf. art. 106 al. 2 LTF), le grief de violation du principe d'égalité de traitement devrait aussi être écarté. Dès lors que les deux offres ne sont pas qualitativement semblables, il convient à juste titre de les traiter différemment (cf. ATF 137 I 167 consid. 3.5 p. 175 et les références citées).

## **E. 6**

Dans un deuxième grief, la recourante se plaint de l'appréciation faite par le Tribunal cantonal du critère "Contrôle IHM".

### **E. 6.1**

Un autre sous-critère du critère "Aspects techniques" est le sous-critère "contrôle-commande et liaisons". Ce sous-critère est lui-même composé de trois sous-critères, dont notamment le sous-critère "fonctionnalités de l'IHM" (interface homme machine). Pour le sous-critère "contrôle-commande et liaisons", la recourante a obtenu la

note globale de 3,17 ( $[3,50 + 3,00 + 3,00] / 3$ ), alors que les intimées 1 et 2 ont obtenu la note de 3,33 ( $[3,50 + 3,00 + 3,50] / 3$ ).

### **E. 6.2**

La recourante est d'avis que l'IHM proposée par les intimées adjudicataires était en fin de production depuis le 1

er octobre 2012. Elle estime que l'appréciation du Tribunal cantonal à ce propos est arbitraire, dès lors qu'elle a démontré que la solution proposée par les intimées 1 et 2 n'était pas réalisable, puisque " selon les directives Siemens, un produit annoncé avec avis de fin de production n'est définitivement plus fabriqué une année plus tard ". Elle conteste aussi le point de vue de l'autorité précédente qui considère qu'il est possible de remplacer l'IHM, sans toutefois en connaître le coût. Elle considère enfin que le résultat est choquant, puisque les intimées adjudicataires ont proposé une solution qui n'est plus réalisable et ont obtenu une note de 3,5, alors qu'elle n'a obtenu qu'une note de 3,00 en ayant respecté le cahier des charges. Elle estime donc que la note des intimées 1 et 2 devrait être réduite à 1 pour le sous-critère "fonctionnalités de l'IHM", réduisant ainsi le critère "Aspects techniques" des intimées adjudicataires à 3,3 (au lieu de 3,47).

### **E. 6.3**

Le Tribunal cantonal a relevé que le pouvoir adjudicateur avait retenu que les fonctionnalités du modèle d'IHM présenté par les intimées 1 et 2 répondait davantage à ses besoins que celui présenté par la recourante. Il a ajouté que la note de 3,50 contestée n'était pas non plus illégale du seul fait que le fournisseur avait annoncé que le produit se trouverait dans un état "de préavis d'abandon" depuis le 1

er octobre 2012. A propos de ce dernier point, il a ajouté que ce préavis ne suffisait pas à démontrer l'indisponibilité sur le marché de l'IHM proposée au moment du dépôt de l'offre, rien ne laissant en outre supposer qu'en cas d'indisponibilité, cette IHM ne pourrait pas être remplacée par un produit similaire, aux fonctionnalités comparables.

### **E. 6.4**

En premier lieu, on doit relever qu'il n'est pas arbitraire de favoriser le produit proposé par les intimées 1 et 2, dans la mesure où celui-ci répond davantage aux besoins de l'intimée 3. Comme seule explication, la recourante invoque le fait que ce produit est en fin de production. Cela n'exclut toutefois pas le fait qu'il réponde effectivement mieux aux attentes du pouvoir adjudicateur. Quant à la question de l'abandon de production, on relèvera que la motivation de la recourante se fonde une fois de plus sur des faits qui n'ont pas été constatés par le Tribunal cantonal, en l'occurrence les directives de la société productrice. De plus, si elle conteste la possibilité de réaliser le projet, elle ne se prononce nullement sur la motivation alternative de l'autorité précédente, c'est-à-dire le fait que rien ne laisse supposer que l'IHM ne pourrait pas être remplacée par un produit similaire, aux fonctionnalités comparables. Faute de motivation suffisante du recours sur ce point et d'explications quant à l'éventuel caractère arbitraire de cette motivation (cf. art. 106 al. 2 LTF ), le grief relatif à la notation du sous-critère "fonctionnalités de l'IHM" doit également être écarté.

### **E. 7**

Enfin, la recourante se plaint encore de l'appréciation du critère "Références" telle qu'effectuée par le Tribunal cantonal. Elle estime que, après pondération, les intimées 1 et 2 devraient obtenir 0,08 points à la place de 0,12. Or, cette différence de 0,04 points, même si

on devait l'admettre, n'aurait aucune incidence sur le résultat final, dès lors qu'en écartant les griefs examinés si dessus (consid. 5 et 6), la note de la recourante resterait à 3,18, alors que celle des intimées 1 et 2 passerait à 3,22. Par conséquent, il n'y a pas à examiner plus avant ce grief.

#### **E. 8**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours. Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ) et verser une indemnité de dépens aux intimées adjudicataires qui, représentées par un avocat, ont pris des conclusions en rejet du recours ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ). L'intimée 3, organisation chargée de tâches de droit public qui obtient gain de cause dans l'exercice de ses attributions officielles, n'a pas droit à des dépens ( art. 68 al. 3 LTF ).

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