

# **JU\_GERICHTE ADM 2018 147 vom 4. Juli 2019**

JU Tribunal cantonal, 2019-07-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ju\\_gerichte\\_ADM\\_2018\\_147](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ju_gerichte_ADM_2018_147)

FR: JU\_GERICHTE ADM 2018 147 du 4 juillet 2019

IT: JU\_GERICHTE ADM 2018 147 del 4 luglio 2019

## **Regeste**

Marchés publics; rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif au recours d'un soumissionnaire évincé. | effet suspensif

## **Erwägungen**

### **E. 2**

B. Le 7 décembre 2018, A.\_\_\_\_\_ (ci-après la recourante) a recouru contre cette décision auprès de la Cour administrative et a également requis la restitution de l'effet suspensif. En résumé, elle demande principalement la restitution de l'effet suspensif au recours, l'annulation de la décision d'adjudication et que le marché lui soit attribué. Subsidiairement, elle conclut à l'annulation de la décision d'adjudication et au débouter de l'intimé de toute autre conclusion. En substance, elle conteste le prix retenu pour l'offre de l'appelée en cause, alléguant une violation du principe d'intangibilité des offres, ainsi que ses notes concernant les critères relatifs à la qualité de ses prestations, de ses références, de son organisation et à la problématique de la sous-traitance du support. Elle fait en outre valoir une violation de son droit d'être entendue et demande une expertise relative à sa capacité de couverture technique des besoins de la qualité des prestations de la République et Canton du Jura, l'analyse technique d'une implication annualisée de son personnel et la nature des services de support fournis par le sous-traitant. Elle requiert en outre la restitution de l'effet suspensif au recours. C. Par ordonnance du 11 décembre 2018, la présidente de la Cour administrative a appelé en cause B.\_\_\_\_\_, restitué à titre superprovisionnel l'effet suspensif au recours, précisant que le contrat ne pouvait pas être conclu avec l'adjudicataire jusqu'à droit connu sur la requête de mesures provisionnelles. D. Dans sa prise de position du 20 janvier 2019, l'intimé a conclu au rejet du recours sous suite des frais et dépens. Il conteste l'intégralité des griefs soulevés. S'agissant de la requête de restitution de l'effet suspensif, il allègue que le recours est dépourvu de chances de succès. Il relève en outre que le marché public concerné est censé débiter le 1er février 2019. Outre l'urgence à conclure le marché, il estime qu'il existe un intérêt public à ce que ce délai puisse être respecté, les prestations du nouveau marché n'étant pas identiques au précédent. Même en maintenant provisoirement le contrat actuel, les nouvelles plateformes ne pourront pas y être intégrées et d'importants surcoûts en découleront. E. La recourante ayant requis le caviardage de plusieurs passages de son recours envers l'appelée en cause, une audience limitée à cette problématique s'est tenue le

### **E. 5**

La recourante conteste également les points qu'elle a obtenus pour la qualité de ses prestations, de ses références, de son organisation et la problématique de la sous-traitance support.

### **E. 5.1**

En matière de marchés publics, le pouvoir adjudicateur a une large liberté d'appréciation dans le choix des critères d'aptitude et d'adjudication, des documents requis, ainsi que dans la pondération des différents critères d'adjudication. Dans la mesure où elle nécessite un savoir technique, une comparaison des offres soumises comporte inévitablement une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur, de sorte que l'autorité de recours doit apprécier les prestations offertes sur la base des critères d'adjudication avec une retenue particulière (POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, n. 338 ; ADM 22/2016 du 5 avril 2016). Il convient de rappeler à cet égard que, selon la jurisprudence, la notion d'offre la plus avantageuse économiquement est une notion juridique imprécise et que l'autorité de recours doit faire preuve de retenue sur l'interprétation donnée à une telle notion. Elle doit laisser au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus grande que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques et que l'autorité intimée a confié l'analyse des offres à un bureau spécialisé. Par ailleurs, lorsqu'un recours met en cause une décision qui a pour objet l'interprétation et l'application de la notion d'offre la plus avantageuse économiquement, il ne suffit pas, pour que le recours soit fondé, que l'un ou l'autre des critères pris isolément ait été mal interprété ou mal appliqué ; il faut encore que le résultat, considéré dans son ensemble, soit en contradiction avec le sens de la norme ou constitue un usage abusif ou excessif du pouvoir d'appréciation (RJJ 2011 p. 64 consid. 5.1 et les références). Il faut en outre préciser qu'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 ; une décision n'est pas arbitraire du seul fait qu'elle apparaît discutable ou même critiquable; il faut qu'elle soit manifestement insoutenable, et cela non seulement dans sa motivation mais dans son résultat (ATF 140 III 16 consid. 2.1 et les références).

### **E. 5.2**

Les documents d'appel d'offres comprennent un barème d'évaluation et les exigences sur lesquelles porte l'évaluation. Les notes sont attribuées de 0 à 5. Obtient par exemple la note 5 le candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes avec beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la sur-qualité ou la surqualification. L'intimé a procédé à l'évaluation des offres selon ces critères sur la base d'un tableau d'évaluation complet qui a été remis à la recourante et à l'appelée en cause le 17 avril 2019.

### **E. 5.3**

S'agissant du critère de la qualité des prestations, la recourante a obtenu un total de 17.02 points, ce qui représente une note de 2.5. Selon le tableau d'évaluation, cette note se situe entre le partiellement suffisant (2) et le suffisant (3). De son côté, l'appelée en cause a obtenu 23.95 points, soit une note de 3.6. Dans la motivation complémentaire du 4 décembre 2018, l'intimé a relevé plusieurs points négatifs pour l'appréciation de l'offre de la recourante, reprenant notamment les notes de la défense d'offre du 27 septembre 2018 tout en mentionnant les avantages de l'offre de l'adjudicataire. La recourante estime qu'elle aurait dû obtenir 22 points pour une note de 3.33. Son argumentation se base notamment sur les services similaires qu'elle fournit à ... ou à .... Or de tels arguments ne sont pas de nature à remettre en cause

### **E. 5.4**

Pour le critère de la qualité des références, la recourante a obtenu 3 points, soit une note suffisante et l'appelée en cause 4 (bon à avantageux). Les documents d'appel d'offres exigeaient au moins trois clients de référence comparables (taille et périmètre), au moins deux références en Suisse et la gestion de ce client doit être encore actuelle. Dans son offre, la recourante a mentionné quatre contrats avec trois acteurs différents et l'appelée en cause cinq contrats dans différents secteurs économiques publics et/ou privés. Dans sa motivation complémentaire, l'intimé précise que les références fournies par la recourante étaient connues et donc estimées comme correctes. Elles n'étaient toutefois pas de taille ou de complexité équivalente à l'environnement de l'intimé. Les références de l'adjudicataire étaient au moins équivalentes à la taille ou à la complexité de l'environnement de l'intimé. Dans son mémoire de réponse, l'intimé explique que la taille du périmètre technique de ... est inférieure à celui du marché litigieux et qu'il le restera à fin 2019 même après son développement. Dans ces conditions, en attribuant la note 3 aux références de la recourante, soit un « suffisant » dans la mesure où le candidat a fourni l'information par rapport à un critère fixé et dont le contenu répond aux attentes minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats, l'intimé n'a pas transgressé son pouvoir d'appréciation. Celui-ci a marqué une différence avec l'appelée en cause en attribuant à cette dernière la note 4 pour un contenu qui répond aux attentes et qui présente un minimum d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats. Dans un examen prima facie du dossier, cette appréciation ne porte pas flanc à la critique et correspond à la motivation complémentaire donnée par l'intimé et explicitée dans son mémoire de réponse.

#### **E. 5.5**

La recourante conteste également l'appréciation de l'intimé quant à la qualité de l'organisation proposée, revendiquant 7 points pour une note de 3.5, alors qu'elle en a obtenu 4, soit la note 2. Elle fait valoir que le degré et la qualité de l'organisation de la recourante sont corroborés directement par ... et .... Compte tenu du nombre d'employés qu'elle entend impliquer, la redondance des compétences est assurée de manière particulièrement avantageuse. De son côté, l'appelée en cause a obtenu 9 points à ce critère, soit la note 4.5. Dans sa motivation complémentaire, l'intimé précise que la taille de l'entreprise recourante, avec des collaborateurs essentiellement orientés dans le développement de logiciels, lui a fait constater certaines limites dans les compétences liées au domaine de l'exploitation des systèmes ainsi qu'un manque de redondance des compétences spécifiques. Il

#### **E. 5.6**

La recourante conteste encore l'appréciation du critère relatif à l'absence de sous-traitance pour lequel elle n'a été créditée d'aucun point alors que l'appelée en cause a obtenu 5 points. L'appel d'offres n'exclut pas la sous-traitance, mais la soumet à des conditions. Il est toutefois précisé dans les critères d'adjudication : « pas de sous-traitance pour le support ». La recourante a mentionné un sous-traitant pour un support, ce qui est rappelé dans la motivation complémentaire, de telle sorte qu'elle n'a pas interdit la sous-traitance dans le marché. En revanche, le soumissionnaire savait à l'avance qu'il serait pénalisé au niveau des notes s'il proposait une sous-traitance dès lors qu'un des critères d'adjudication se réfère expressément à la sous-traitance. Rien n'empêche en effet l'adjudicateur de prévoir au niveau des critères d'adjudication que le soumissionnaire prévoyant de la sous-traitance recevrait moins de points et de favoriser un soumissionnaire sans sous-traitant (ATF 141 II

353 consid. 8.4), d'autant moins que ce critère n'est pondéré qu'à 5%. Cela participe de la liberté de l'adjudicataire dans la définition des critères. Au cas d'espèce, la recourante n'a obtenu aucun point à ce critère, ce qui correspond, selon le barème des notes à « pas d'information => le candidat n'a pas fourni l'information ou le document non éliminatoire demandé par rapport à un critère fixé ». Une telle appréciation est manifestement erronée, à tout le moins disproportionnée, dans la mesure où la recourante a bien fourni l'information concernant la sous-traitance qu'il entendait mettre en place s'il obtenait le marché. L'intimé s'en est parfaitement rendu compte dans son mémoire de réponse puisqu'il relève que la recourante pour ce critère n'aurait pas obtenu une note supérieure à 3, ce qui peut être admis dans le cadre d'un examen prima facie du dossier, dans la mesure où, selon le recours, la sous-traitance oscille entre 7 et 10% du marché. En outre, même si la recourante avait obtenu la note de 4.5 revendiquée, elle n'aurait pas obtenu le marché sur la base d'une appréciation prima facie du dossier (cf. consid. 6.4). 6. La recourante estime que le prix retenu pour l'offre de l'appelée en cause doit être celui constaté à l'ouverture des offres le 20 septembre 2018. Elle se prévaut d'une violation du principe d'intangibilité des offres.

### **E. 6.1**

A teneur de l'article 39 al. 2 OAMP, l'offre ou la demande de participation doit porter la signature originale ou authentifiée de son auteur et parvenir complète au lieu et dans le délai fixés par l'appel d'offres. A l'échéance de ce délai, l'offre ou la demande de participation ne peut plus être modifiée (al. 3). Cette disposition légale concrétise le principe d'intangibilité des offres. L'article 46 al. 2 OAMP prévoit cependant que les erreurs évidentes de calculs et d'écriture sont corrigées. En outre, l'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre (art. 47 al. 1 OAMP). En application du principe d'intangibilité des offres, qui impose d'apprécier celles-ci sur la seule base du dossier remis, une exclusion ne devrait intervenir que si le vice apparaît intrinsèquement grave ou si sa gravité découle du non-respect de conditions essentielles fixées dans l'avis d'appel d'offres ou dans la documentation y relative. Hormis le canton de Genève, qui a sur ce point développé une jurisprudence sévère, en excluant d'emblée les offres incomplètes ou contenant des attestations périmées, la tendance semble aujourd'hui plutôt, dans les autres cantons, de fixer aux soumissionnaires un délai supplémentaire pour produire ou corriger les attestations défailtantes. La distinction entre ce qui relève de la correction des erreurs et de la clarification des offres (admissible) et ce qui ressortit à la modification des offres contraire au principe de l'intangibilité peut se révéler délicate (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 et les références citées ; TF 2C\_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1).

### **E. 6.2**

Selon la jurisprudence, les questions posées en vue d'éclaircir le contenu d'une offre, respectivement d'obtenir une base de comparaison uniforme entre les offres, est admissible. Dans le cadre de son épuration technique par le pouvoir adjudicataire, une offre peut devoir être rectifiée afin de pouvoir être comparée avec le contenu des autres offres, sans toucher à son contenu matériel. Par exemple, des erreurs évidentes d'écriture (autres que celles de calcul) peuvent être corrigées par ce biais (Jean-Michel BRAHIER, Offre et contrat : vérification, épuration, rectification et négociation, in *Marchés publics* 2018 no 42 p. 291 et la référence). En outre, le pouvoir adjudicataire peut laisser aux soumissionnaires la possibilité de remédier à des imprécisions, lorsqu'il remarque à la lecture des offres que les documents d'appel d'offres ont été compris différemment selon les soumissionnaires

(DUBEY / WASER / DI CICCIO, la jurisprudence en marchés publics entre 2014 et 2016 in *Marchés publics* 2016, nos 154 et 155 p. 156 et les références citées). L'opération de clarification ne doit pas entraîner de modification matérielle des offres. Le contenu matériel des offres, soit les prestations offertes pour un certain prix, ne doit pas être modifié (Brahier, op. cit. no 43, p. 92). L'adjudicateur ne peut pas, par ce biais, compléter les offres ou les modifier, sans s'exposer à une violation des principes d'égalité de traitement entre concurrents et d'intangibilité des offres. En particulier, les clarifications qui conduiraient à une modification des prix, à des remises ou rabais nouveaux, ou à des modifications du contenu de la prestation offerte ou des modalités de son exécution ne sont pas permises. Un ajustement purement technique des offres, qui n'a pas de telles conséquences, est toujours autorisé (BRAHIER, op. cit. no 43 p. 292 et les références).

### **E. 6.3**

Au cas particulier, les documents d'appel d'offres définissent au point I.6 du lot 1 pour l'infrastructure de base. Après la réception des offres, l'intimé a convié les soumissionnaires à une présentation de leur offre respective et les a invités à répondre à diverses questions. Il est apparu que l'offre de l'appelée en cause intégrait la gestion de 168 OS Servers. L'intimé a alors adressé aux soumissionnaires un courriel leur précisant que le point I.6.1 de l'appel d'offres comprend l'ensemble des serveurs Linux & Windows du lot 1, dont tous ceux des plateformes listées du point I.6.2 au point I.6.10 et leur a imparti un délai pour le cas échéant corriger leur offre, ce qu'a fait l'appelée en cause qui précise dans sa nouvelle offre se baser sur un nombre de serveurs de 140 +/-10%, mais pas la recourante qui a confirmé avoir pris en compte jusqu'à 154 serveurs dans son offre (140 + 10%). Les nouveaux chiffres fournis par l'appelée en cause ont servi de base pour l'appréciation de son offre par l'intimé. Il ressort en outre d'un examen prima facie du dossier que le procès-verbal d'ouverture des offres n'a été remis aux soumissionnaires qu'avec la décision d'adjudication. Dans son mémoire de réponse, l'intimé a à nouveau corrigé les chiffres fournis par l'appelée en cause dans la mesure où il a estimé que, dans son offre du

### **E. 6.4**

Il résulte de ces éléments que l'erreur de l'appelée en cause est une erreur sur la quantité de serveurs en raison d'une compréhension différente de l'appel d'offre. Compte tenu de la jurisprudence précitée (consid. 6.1 et 6.2), une correction n'est possible que si elle n'affecte pas le contenu matériel de l'offre. Aussi, seule une correction simple et proportionnelle de l'offre initiale entrerait en l'occurrence en ligne de compte. Cela exclurait a priori d'emblée de tenir compte de la correction plus importante effectuée par l'appelée en cause le 15 octobre 2018. Cette question peut toutefois rester irrésolue dans la mesure où, même avec un calcul proportionnel, l'offre de l'appelée en cause reste la plus avantageuse économiquement pour les motifs suivants. L'offre initiale de l'appelée en cause porte sur un montant de CHF 2'128'617.00 TTC dont CHF 889'229.00 pour la gestion de serveurs et de service. Ce montant porte sur 168 serveurs, soit CHF 5'293.00 par serveur, de telle sorte que le montant corrigé proportionnellement s'élève à CHF 741'020.00 pour 140 serveurs, soit une différence de CHF 148'209.00 HT (hors taxe) et porte le montant total de l'offre à CHF 1'828'223.00 HT par rapport à l'offre HT initiale de l'appelée en cause, étant précisé que les autres montants HT demeurent inchangés. Il convient encore d'y ajouter la TVA à 7.7% (CHF 140'773.20), ce qui porte le montant de l'offre corrigée à CHF 1'968'996.20 TTC. Ce chiffre est à prendre en compte pour l'évaluation de l'offre, le prix de la recourante s'élevant à CHF 1'529'800.00 TTC. Cela étant, la notation du prix effectuée conformément

à la méthode de notation au carré du guide romand pour les marchés publics prévu dans l'appel d'offres donne une note de 3.01, soit 21.07 points au lieu de 21.23 points pour l'appelée en cause pour le critère du prix. La note finale de l'appelée en cause s'élèverait ainsi à 72.22 et celle de la recourante à 70.22 si l'on ajoute 3 points pour la sous-traitance au lieu de zéro tel que retenu dans la décision d'adjudication. La note finale de l'appelée en cause serait de 3.61 et celle de la recourante de 3.51. Il faut en outre relever que, même avec une note de 4.5 au niveau de la sous-traitance comme le demande la recourante, le total de ses points s'élèverait à 71.72 points et sa note finale à 3.58, de telle sorte qu'elle n'obtiendrait pas non plus l'adjudication du marché.

#### **E. 6.5**

Compte tenu du résultat qui précède, on ne saurait considérer dans une appréciation prima facie du dossier que la décision attaquée est arbitraire ou manifestement inexacte dès lors que même si l'on modifie les critères relatifs à la sous-traitance et au prix, le recours semble être mal fondé et ne modifierait en tous les cas pas la décision attaquée, l'adjudication en faveur de l'appelée en cause devant très vraisemblablement être confirmée. Il n'est ainsi pas nécessaire de procéder à une pesée des intérêts en présence, les motifs de recours invoqués ayant de faibles chances de succès quant au résultat final l'adjudication. La requête de restitution de l'effet suspensif doit ainsi être rejetée. 7. Les frais et dépens de la présente procédure sont joints au fond. PAR CES MOTIFS La présidente de la Cour administrative rejette la requête de restitution de l'effet suspensif ; joint au fond les frais et dépens de cette partie de la procédure ; informe les parties des voies et délais de recours selon avis ci-après ; ordonne la notification de la présente décision : ■ à recourante, par son mandataire, Me Hoang Lê-Binh, avocat à Lausanne ; ■ à l'intimé, Gouvernement de la République et Canton du Jura, Hôtel du Gouvernement, Rue de l'Hôpital 2, 2800 Delémont, par le Département des finances ; ■ à l'appelée cause, par son mandataire, Me Amédée Kasser, avocat à Lausanne. Porrentruy, le 4 juillet 2019 La présidente : La greffière : Sylviane Liniger Odiet Carine Guenat Communication concernant les moyens de recours : Le présent arrêt peut faire l'objet, dans les trente jours suivant sa notification, d'un recours au Tribunal fédéral. Le recours en matière de droit public s'exerce aux conditions des articles 82 ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF - RS 173.110), le recours constitutionnel subsidiaire aux conditions des articles 113 ss LTF. Le mémoire de recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14; il doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit. Si le recours n'est recevable que s'il soulève une question juridique de principe, il faut exposer en quoi l'affaire remplit cette condition. Les pièces invoquées comme moyens de preuve doivent être jointes au mémoire, pour autant qu'elles soient en mains de la partie; il en va de même de la décision attaquée.

#### **E. 7**

l'appréciation des spécialistes en informatique de l'intimé, lesquels sont à même d'apprécier l'offre de la recourante, notamment s'agissant de la qualité des prestations qu'ils attendent des soumissionnaires. La satisfaction de clients de la recourante n'est pas de nature à remettre en cause l'appréciation des prestations de la recourante par l'intimé dans le cadre du marché considéré, les situations n'étant pas comparables. En outre, le fait que la recourante aurait obtenu de meilleures notes dans un précédent marché n'est pas pertinent en l'espèce, dès lors que le marché litigieux est différent du précédent. En tout état de cause,

la différence de points obtenus par la recourante à ce critère par rapport à l'appelée en cause se justifie déjà au regard de la motivation complémentaire.

#### **E. 8**

précise que l'adjudicataire a une redondance plus importante des collaborateurs certifiés qui bénéficient d'expériences sur des environnements équivalents, voire plus conséquents en taille ou complexité. Dans sa réponse au recours, il fait valoir qu'un seul collaborateur de la recourante est spécialiste par plateforme, de telle sorte qu'il y a un risque de manque de redondance de compétence spécialisée en cas d'absence d'un collaborateur. L'appréciation de l'intimé se fonde sur les offres. Dans ces conditions, en attribuant la note 2 à ce critère, l'appréciation de l'intimé n'apparaît prima facie ni erronée, ni arbitraire. Il a considéré que le contenu de l'offre ne répondait que partiellement à ses attentes. La référence faite par la recourante à la satisfaction de ses clients dans d'autres marchés n'apparaît pas pertinente, dans la mesure où seul le marché en cause entre en ligne de compte.

#### **E. 15**

octobre 2018, l'appelée en cause n'a pas seulement adapté son offre initiale à la quantité de serveurs, mais a également modifié le coût par serveur. De son côté, l'appelée en cause a relevé dans sa prise de position du 9 mai 2019 que la réduction du prix à laquelle elle a procédé le 15 octobre 2018 ne dépend pas seulement du nombre de serveurs, mais comprend également une part de coûts transversaux ou coûts fixes, indépendante du nombre de serveurs. Selon elle, une division du prix par le nombre de serveurs ne permet pas de déterminer le coût de gestion d'un serveur. Elle précise qu'elle n'a procédé qu'à une mise à jour de son offre qui a eu pour conséquence d'en réduire le coût.

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