

# JU\_GERICHTE ADM 2018 149 vom 29. Januar 2019

JU Tribunal cantonal, 2019-01-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ju\\_gerichte\\_ADM\\_2018\\_149](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ju_gerichte_ADM_2018_149)

FR: JU\_GERICHTE ADM 2018 149 du 29 janvier 2019

IT: JU\_GERICHTE ADM 2018 149 del 29 gennaio 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

pondération du critère prix est passée de 60 % dans les conditions générales du marché à 50 % dans la décision d'adjudication, sans aucune explication à ce sujet ; elle arrive en deuxième position avec 465 points ; elle conteste la fixation du prix de l'offre, la pondération octroyée s'agissant du critère « prix », l'analyse du critère « références du candidat », ainsi que celle du critère « organisation du candidat » ; Vu la réponse de l'appelée en cause du 7 janvier 2019 concluant à la confirmation de l'adjudication et au rejet de la requête de restitution de l'effet suspensif, faisant valoir que la construction d'une école prédomine sur d'autres intérêts privés ; Vu la réponse de l'intimée du 9 janvier 2019 concluant au rejet du recours et à la confirmation de la décision d'adjudication, ainsi qu'au rejet de la requête de restitution de l'effet suspensif, le tout sous suite de frais et dépens ; elle relève qu'elle a adressé le procès-verbal d'ouverture des offres à la recourante le 12 octobre 2018, avant de lui demander de compléter son offre le 18 octobre 2018 après avoir constaté que manquait le cahier de soumission « renforcements et percements » pour lequel la recourante a transmis une offre complémentaire de CHF 106'925.00 hors taxes ; cette offre complémentaire n'aurait pas dû être sollicitée et la soumission de la recourante, incomplète, aurait dû être éliminée ; pour le surplus, elle conteste les allégués du recours ; celui-ci n'a aucune chance de succès, de telle sorte qu'une pesée des intérêts n'a pas à être effectuée ; l'intimée relève toutefois que le chantier est soumis à des impératifs d'urgence, dans la mesure où elle a dû trouver des locaux à louer de juillet 2019 à juin 2020 pour environ CHF 550'000.00 par an, une construction provisoire coûterait CHF 1'690'000.00, ce qui impliquerait un crédit supplémentaire à voter ; ces impératifs financiers l'emportent sur l'intérêt de la recourante à ce que son offre soit réévaluée ; Vu les autres allégués des parties sur lesquels il sera revenu ci-après en tant que besoin ; Attendu que la compétence de la présidente de la Cour de céans pour connaître de la requête à fin de restitution de l'effet suspensif découle des articles 25 al. 1 de la loi concernant les marchés publics (LMP ; RSJU 174.1) et 64 al. 2 de l'ordonnance concernant l'adjudication des marchés publics (OAMP ; RSJU 174.11) ; Attendu qu'aux termes de l'article 25 al. 3 LMP, le recours n'a pas d'effet suspensif ; l'effet suspensif au recours peut être accordé d'office ou sur demande, lorsque ce dernier paraît suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (cf. également art. 17 al. 2 AIMP et 64 al. 2 OAMP) ; Attendu que pour déterminer si l'effet suspensif doit être accordé en matière de marchés publics, il convient dans un premier temps d'apprécier l'apparence de recevabilité et de bien-fondé du recours ; si le

recours apparaît manifestement irrecevable ou mal fondé, la demande d'effet suspensif est d'emblée vouée à l'échec ; une pondération des intérêts en présence ne s'avère dans ce cas-là pas nécessaire ; en revanche, si la recevabilité du recours apparaît prima facie vraisemblable et que le recours ne paraît pas d'emblée dénué de chances de succès, une pesée des intérêts en présence doit être effectuée ; les chances de succès sont alors examinées plus précisément et prises en compte dans le cadre de la pesée des intérêts ;

### **E. 3**

celle-ci s'effectue en fonction des intérêts du recourant, de l'intérêt public invoqué par le pouvoir adjudicateur, dont l'intérêt à ce que l'offre retenue soit effectivement la plus économiquement avantageuse, ainsi que d'autres intérêts publics éventuels, notamment celui à une correcte application du droit, l'urgence à l'exécution du contrat, ainsi que des intérêts privés de tiers intéressés ; il faut par ailleurs veiller à ne pas rendre illusoire la garantie d'une protection juridique efficace ; plus les travaux ont un caractère urgent, plus les chances de succès doivent être élevées pour que l'effet suspensif soit accordé ; l'urgence peut résulter de plusieurs éléments, notamment du fait qu'un report des travaux engendrerait des surcoûts ; la nature et la gravité des griefs invoqués jouent également un rôle ; ainsi, quand bien même la réalisation du marché serait extrêmement urgente, un tel intérêt ne saurait l'emporter face à des allégués crédibles de corruption lors de son attribution ; au contraire, si sont en cause des questions juridiques sur lesquelles on peut, de bonne foi, avoir des appréciations différentes, par exemple la pondération des critères d'adjudication, on peut, selon les circonstances, refuser l'effet suspensif à un recours pourtant doté de bonnes chances de succès, compte tenu de l'urgence (RJJ 2011 p. 64, consid. 2.1 et les références ; ATAF 2008/7 consid. 3 ; cf. également BR/DC 2014 p. 52ss, remarques ad 55 ; cf. également TF 2D\_43/2015 du 10 décembre 2015 consid. 3.1 et BOUCHAT, L'effet suspensif en procédure administrative, 2014, n° 909ss, en particulier 1010 et 1021) ; Attendu qu'en règle générale, la juridiction se prononce sur la base des pièces qui lui sont soumises, sans procéder à des mesures d'instruction supplémentaires (RJJ 2010, p. 203 consid. 2.2 et les références) ; Attendu que l'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire qui ne respecte pas les exigences essentielles de forme fixées dans les documents d'appel d'offres ou a modifié ces derniers (art. 51 al. 1 let. c OAMP) ; une offre ne remplit pas les exigences essentielles de forme notamment si elle n'est pas remise dans le délai, si elle est incomplète ou si elle n'est pas ou pas valablement signée (art. 51 al. 2 OAMP) ; les offres incomplètes doivent être exclues sous réserve du principe de proportionnalité et de l'interdiction du formalisme excessif ; l'exclusion ne se justifie en réalité que si l'informalité constatée relève d'une certaine gravité ; l'entité adjudicatrice doit, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, prendre en compte le principe de la proportionnalité et les exigences découlant de la prohibition du formalisme excessif ; son examen porte ainsi sur la nature de l'informalité ; si le vice est en soi à considérer comme 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, l'exclusion se justifie ; si le manquement est de moindre importance, l'adjudicateur ne devrait pas exclure automatiquement l'offre, mais bien plutôt accorder à son auteur un délai supplémentaire pour la compléter (RJJ 2012 p. 49 consid. 4.1 et les références citées) ; Attendu qu'en l'espèce, il ressort du dossier que la recourante a transmis le cahier de soumission « renforcement et percements » pour une offre complémentaire de CHF 105'425.00 suite à la requête de C. du 18 octobre 2018, soit après l'ouverture des offres, le procès-verbal constatant « cahier de soumission percement non rempli » ; la recourante admet par ailleurs expressément dans son recours avoir complété

son offre après coup ; il est manifeste que ce complément revêt une importance certaine, dès lors que, sans lui, l'offre ne pouvait tout simplement pas être appréciée par l'intimée dès lors qu'elle ne contient pas un

#### **E. 4**

élément chiffré ; ce vice doit manifestement être qualifié de grave ; pour ce motif déjà, l'offre de la recourante aurait dû être écartée d'emblée par l'intimée ; en outre, il ressort du dossier que l'intimée était très vraisemblablement en possession du procès-verbal d'ouverture des offres dès le 12 octobre 2018 ; le fait de compléter son offre chiffrée en étant en possession du procès-verbal d'ouverture des offres apparaît ainsi de nature à fausser la concurrence et représente un avantage certain pour le soumissionnaire concerné, d'autant qu'il s'agit d'un montant conséquent de plus de CHF 100'000.00 et que le chiffre 1.4 de l'appel d'offre mentionne que seule les offres arrivées [...] dans le délai fixé, signées, datées et complètes seront prises en considération ; en outre, le chiffre 344.001 let. b des conditions générales précise que les documents incomplets, modifiés ou non signés entraînent l'élimination de l'offre ; certes, l'intimée n'a pas éliminé l'offre de la recourante et lui a demandé de compléter son offre ; la Cour ne saurait cependant ignorer ce grief, d'autant moins que, dans le cadre de la présente procédure, l'appelée en cause le soulève expressément ; ainsi, dans un examen *prima facie*, l'offre de la recourante aurait dû être éliminée de telle sorte que la requête de restitution de l'effet suspensif devrait être rejetée sans qu'il soit nécessaire d'examiner les chances de succès des autres griefs ; Attendu par ailleurs que, s'agissant de la pondération du prix, le chiffre 245 des conditions générales comporte effectivement une incohérence ; il y est mentionné une pondération 60 % pour le prix et 40 % pour les autres critères ; il ressort toutefois du tableau d'évaluation adjacent que les autres critères (que le prix) interviennent à raison de 50 % ; en tout état de cause, pour regrettable que soit cette différence, il apparaît que la recourante n'a ni posé de question, ni recouru contre l'appel d'offre qui renvoie sur ce point aux critères cités dans les documents et mentionne expressément un délai de recours (art. 62 OAMP) ; elle n'a pas non plus recouru dans les 10 jours dès la réception des documents d'appel d'offre (art. 62 OAMP) ; le fait d'attendre le résultat de l'adjudication pour contester cet élément pourrait ainsi s'avérer contraire aux règles de la bonne foi (RJJ 2006 p. 46 consid. 6 *in fine*) ; elle ne saurait dès lors plus s'en plaindre dans le cadre de l'adjudication, d'autant moins que tous les soumissionnaires ont été traités de la même manière, à savoir que le prix intervient pour 50 % dans l'appréciation et les autres critères pour 50 % conformément au tableau, ce qui permet de respecter le principe de non-discrimination, respectivement d'égalité de traitement entre les soumissionnaires ; Attendu que le pouvoir adjudicateur dispose également d'une liberté d'appréciation étendue pour arrêter la pondération des différents critères, l'échelle des notes, ainsi que pour la notation proprement dite des offres (POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2014, no 325, p. 202) ; 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

## **E. 5**

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) ; Attendu que, s'agissant du critère des références des candidats pondéré à hauteur de 5 %, selon le tableau d'évaluation des soumissionnaires, la note 4 est accordée pour trois références en rapport avec l'objet de la soumission (description et moyens de preuve satisfaisants) et la note 5 pour trois références (ou plus) en rapport avec l'objet de la soumission (descriptions moyens de preuve très complets) ; sur ce point, on peut renvoyer dans une large mesure à la réponse de l'intimée ; il ressort en effet clairement du dossier que la recourante a fourni une liste de références en annexe 3, mais ne l'a accompagnée d'aucune pièce justificative ; de son côté, l'appelée en cause a produit une liste moins longue de références, mais les références comprennent nombre d'indications qui permettent de les apprécier et sont en adéquation avec le chantier à réaliser ; aussi, l'appréciation de l'intimée sur ce point n'apparaît pas critiquable ; Attendu que pour le critère de l'organisation, pondéré à 25 %, et qui comprend l'organisation du candidat pour répondre aux prestations demandées, la qualification du personnel engagé pour le mandat, le nombre de personnes minimum sur le chantier, le respect du planning et plan de phase avec personnel mis à disposition, les normes ISO 9018, 9014, 9001 et le label EN 1090, la note 4 est attribuée pour une qualification du personnel, un organigramme et des mesures de sécurité satisfaisants, un bon rapport avec le marché, une capacité sur le chantier suffisante, une petite réserve dans l'entreprise, 3-4 apprentis et un système qualité < à 3 ans ; pour obtenir la note 5, le soumissionnaire doit présenter une qualification du personnel en parfaite adéquation avec le marché, un organigramme très satisfaisant, en parfaite adéquation avec le marché, une capacité sur chantier et dans l'entreprise largement suffisante, plus de 6 apprentis, un système de qualité > à 3 ans et des mesures de sécurité en parfaite adéquation avec le marché ; Attendu qu'en l'espèce, l'intimée a procédé de manière détaillée à l'évaluation de ce critère en tenant compte des différents paramètres ; elle a notamment valorisé le fait que l'appelée en cause avait proposé un planning raccourci, comme trois autres sociétés d'ailleurs, alors que la recourante respectait le planning de la soumission ; elle a également tenu compte chez l'appelée en cause d'un organigramme très satisfaisant, en parfaite adéquation avec le marché ; quant aux apprentis, critère soulevé par la recourante, l'appelée en cause en a 33 et 315 employés et la recourante 2 et 19 employés ; ainsi, en accordant 5 points à l'appelée en cause qui dispose de 315 employés, l'appréciation de l'intimé est en adéquation avec la définition du critère de pondération, lequel n'impose pas de tenir compte du rapport apprentis/employés, étant rappelé que l'adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix des critères ; en tout état de cause en octroyant 2 points à la recourante pour 2 apprentis, l'intimée a respecté le tableau de définition des critères ; en demandant que l'on tienne compte du rapport employé/apprenti, la recourante entend substituer sa propre interprétation de ce critère qui n'est pas celle définie par l'intimée ; ainsi, l'appréciation de cette dernière sur ce critère n'apparaît pas non plus critiquable ; Attendu enfin s'agissant du prix, respectivement de la prise en compte de l'escompte dans l'évaluation des offres, que la question peut rester ouverte, dans la mesure où même si l'on

## **E. 6**

prend en compte le montant de l'offre totale de la recourante, à savoir avec l'escompte, pour un montant total de CHF 1'829'747.00, la recourante se verrait gratifier de 250 points au

critère du prix et l'appelée en cause de 245 points ; dans la mesure où les autres critères ont été correctement évalués par l'intimée, l'appelée en cause, avec une offre à CHF 1'849'075.00, obtiendrait 475 points et la recourante 470, de telle sorte que le marché aurait toujours dû être adjugé à l'appelée en cause ; Attendu qu'il apparaît ainsi que les griefs de la recourante relatifs aux notes qui ont été attribuées pour certains critères n'apparaissent pas, à ce stade, présenter de chances de succès, au vu du dossier produit et des explications données par l'intimée, laquelle dispose encore une fois d'un large pouvoir d'appréciation dans l'attribution des notes ; par ailleurs, quand bien même ces allégués présenteraient des chances de succès, l'effet suspensif au recours pourrait être refusé compte tenu de l'urgence (cf. RJJ 2011 p. 46 consid. 5.3) ; il existe en effet dans le cadre de travaux de rénovation d'une école qui implique de déplacer les élèves une certaine urgence à ce que les travaux soient réalisés dans les délais fixés afin que les élèves soient le moins possible perturbés et puissent réintégrer les classes le plus rapidement possible, à tout le moins dans des délais normaux, le déménagement des classes étant prévu début juillet 2019 et la fin à fin juin 2020 ; or, si la procédure devait se prolonger, le risque existe que la scolarisation des élèves s'exerce dans des conditions moins favorables au-delà d'un délai raisonnablement admissible et prévu par l'intimée puisqu'il est nécessaire de vider complètement le bâtiment scolaire durant les travaux et de reloger les élèves à différents endroits ainsi que de prendre des mesures pour garantir leur sécurité et confort ; il existe un intérêt public manifeste à ce que les élèves puissent suivre leur scolarité avec le moins de perturbation possible ; dans ces circonstances, l'intérêt public à l'attribution du marché et, partant, à l'exécution des travaux, l'emporterait manifestement sur les autres intérêts en présence, notamment sur l'intérêt privé de la recourante à se voir adjuger les travaux en lieu et place de l'appelée en cause ; Attendu qu'il convient dès lors de rejeter la requête à fin de restitution de l'effet suspensif au recours ; ... ; PAR CES MOTIFS La présidente de la Cour administrative rejette la requête à fin de restitution de l'effet suspensif ; joint au fond les frais et dépens de cette partie de la procédure ;

#### **E. 7**

informe les parties des voies et délai de recours selon avis ci-après ; ordonne la notification de la présente décision : ■ à recourante, par son mandataire, Me Manuel Piquerez, avocat à Porrentruy ; ■ à l'intimée, par son mandataire, Me Alain Steullet, avocat, à Delémont ; ■ à l'appelée en cause, B. SA ; ■ à la Commission fédérale de la concurrence (COMCO), Hallwylstrasse 4, 3003 Berne. Porrentruy, le 29 janvier 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.

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