

# **NE\_GERICHTE CDP.2011.187 vom 24. Juni 2011**

NE Tribunal cantonal, 2011-06-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2011.187](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2011.187)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2011.187 du 24 juin 2011

IT: NE\_GERICHTE CDP.2011.187 del 24 giugno 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable (42 al. 2 let. e et 43 al. 1 LCMP).

### **E. 2**

a) Les dispositions d'exécution cantonales de l'accord intercantonal sur les marchés publics doivent garantir des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 13 let. f AIMP). Le marché est adjugé au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour en décider, le pouvoir adjudicateur prend en considération l'ensemble des critères définis dans le dossier de soumission, à l'exclusion de critères étrangers au marché, propres à créer une inégalité de traitement entre les soumissionnaires (art. 30 al. 1, 2 LCMP). Cette réglementation a pour but d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication, d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés, ainsi que de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 2 let. a à d LCMP).

b) Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix des critères d'adjudication, tout comme pour l'évaluation des offres. A cet égard, le contrôle de l'autorité de recours ne porte que sur la violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation et la constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents, à l'exclusion du grief d'inopportunité (art. 33 LPJA par renvoi de 41 LCMP ; 16 al. 1 et 2 AIMP). Peut constituer un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation, et donc une violation de la loi, le fait par exemple d'accorder à certains critères une importance manifestement disproportionnée ou d'appliquer un critère de manière arbitraire à certains soumissionnaires (RJN 2003, p. 301 cons. 4a, p. 323 cons. 4a et les références). Outre le fait qu'elle n'en revoit pas l'opportunité, la Cour de droit public ne revoit l'appréciation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication qu'avec retenue, puisqu'une telle appréciation suppose souvent des connaissances techniques, qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres présentées par l'ensemble des soumissionnaires et qu'elle comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur. Sur ce point, le pouvoir d'examen de l'autorité judiciaire est pratiquement restreint à l'arbitraire (RJN 2009, p. 265 cons. 5b; ATF 125 II 86 cons. 6).

c) 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). La décision de mise à l'écart, sommairement motivée, est communiquée au candidat ou au soumissionnaire concerné, au plus tard en même temps que la communication de la décision relative au

choix des participants ou de la décision d'adjudication (art. 23 al. 3 LCMP). Selon l'art. 26a RELCMP, dans toutes les procédures de marchés publics, une offre peut être éliminée si, malgré une aptitude reconnue du soumissionnaire et bien que satisfaisant au cahier des charges, elle ne satisfait pas aux critères techniques requis (al. 1). Les critères techniques requis par le pouvoir adjudicateur ont notamment trait à la compréhension du descriptif, à la fiabilité, à la sécurité et à la pérennité de la solution technique proposée par le soumissionnaire (al. 2). La décision de mise à l'écart, sommairement motivée, est communiquée au soumissionnaire concerné, au plus tard en même temps que la communication de la décision d'adjudication (al. 3).

### E. 3

a) Le principe de transparence exige du pouvoir adjudicateur qu'il fasse connaître à l'avance les diverses étapes de la procédure et leur contenu et qu'il indique également à l'avance toutes les informations minimales et utiles pour permettre aux candidats de déposer une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées (ATF 125 II 86 cons. 7c). Le même principe interdit ainsi de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres de soumissionnaires, la présentation des critères, en particulier les pourcentages de pondération arrêtés (arrêt du TA du 29.10.2010 [TA.2010.180] cons. 6bb). Un pouvoir adjudicateur ne saurait donc attribuer un marché sur d'autres critères d'adjudication et leur pondération que ceux annoncés dans le dossier de soumission (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, p. 225 ch. 480). b) En l'espèce, le dossier de soumission prévoyait la notation du critère du prix par la formule " $70 \times (S_{\min}/S_i)^3$ " alors que la notation des autres critères et sous-critères se faisait sur une échelle de 0 à 5. L'évaluation globale de l'offre nécessitait dès lors l'application de deux échelles de notation pour les différents critères, le prix étant noté sur un maximum de 70% de  $70 \times 1^3$  et les autres critères sur un maximum de 5 avec les pour-cents respectifs. Or l'emploi d'une échelle uniforme, identique pour tous les critères, est une nécessité absolue si l'on entend conserver leur signification usuelle aux pourcentages de pondération. En cas d'application d'échelles de notes différentes, la moyenne pondérée n'a plus aucun sens (v. l'exemple chiffré donné par Pictet/Bollinger, Adjuger un marché au mieux-disant, Lausanne 2003, p. 41 ss; arrêt du TA du 16.09.2004 [TA.2001.330] cons. 4b). L'intimé s'est d'ailleurs apparemment rendu compte de l'inadéquation de la méthode de notation. En effet, en affirmant que "la pondération du prix à 70% annoncée impose une correction correspondante des points à attribuer pour les autres critères (...)", il admet implicitement que la simple addition des points, qu'implique pourtant l'application stricte de la formule initiale, n'est pas praticable. Ce qui précède conduit à l'admission du recours et à l'annulation de la décision litigieuse. Le pouvoir adjudicateur devra ainsi ouvrir une nouvelle procédure d'adjudication et choisir une méthode de notation plus appropriée. c) Probablement pour les raisons évoquées ci-dessus, l'intimé a appliqué la formule " $4 \times (S_{\min}/S_i)^3 + 1$ " (D.5, p. 10) au lieu de celle annoncée dans le dossier de soumission. Il n'en demeure pas moins que, quelle qu'en soit la raison, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas, après l'appel d'offres, modifier sans autre la formule de notation du prix. En effet, en appliquant une autre formule d'évaluation du critère du prix que celle annoncée dans le dossier de soumission, le pouvoir adjudicateur a modifié la méthode de notation de l'offre et, par voie de conséquence, violé le principe de la transparence. Ce principe étant de nature formelle, sa violation conduit à l'annulation de la décision d'adjudication, indépendamment d'un lien de causalité entre la violation et l'attribution d'un marché (arrêt du TAF du 5.11.2009 [B-891/2009] cons. 6).

#### **E. 4**

a) A moins que cette faculté n'ait été expressément exclue par l'appel d'offres, l'offre peut comporter des variantes, à côté de l'offre de base (art. 22 al. 3 LCMP ). Les variantes sont examinées séparément (art. 29 al. 4 LCMP ) . Selon la jurisprudence, le pouvoir adjudicateur peut imposer des variantes prédéfinies, interdire les variantes, les restreindre – en particulier en leur imposant des contraintes sous la forme d'exigences minimales à respecter impérativement – ou n'émettre aucune réserve en laissant les soumissionnaires totalement libres. Le soumissionnaire est en principe libre de s'écarter dans une variante des conditions techniques, systèmes de construction ou procédés de fabrication figurant dans le cahier des charges, mais sous deux réserves importantes. D'une part, l'adéquation de la variante par rapport à l'objet du marché impose que la variante respecte les éventuelles conditions minimales impératives fixées dans le cahier des charges. D'autre part, les caractéristiques techniques de la variante doivent être fonctionnellement équivalentes aux spécifications techniques exigées de l'offre de base, eu égard au but assigné à l'objet du marché (JAAC 2001 no 78, p. 825 cons. 3a) . La conformité des offres - respectivement des variantes - aux conditions de l'appel d'offres constitue un critère préalable d'adjudication. Lorsqu'elle est incomplète ou ne correspond pas aux conditions de l'appel d'offres, elle doit en principe être exclue (arrêt du Tribunal administratif [GE] du 21.09.2010 [ATA/648/201] cons. 6). L'adéquation des variantes par rapport à l'objet du marché est dès lors vérifiée dans le cadre de l'épuration des offres. Une variante libre qui, du fait de ses caractéristiques techniques, ne remplit pas l'une des deux conditions susmentionnées doit être écartée comme irrégulière (JAAC 2001 no 78, p. 825 cons. 3a). Le pouvoir adjudicateur dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer si une variante correspond ou non aux exigences minimales de la soumission (DC 2003, p. 145-150, S27 note). Par ailleurs, les mêmes règles sont applicables à l'évaluation des offres de base et à celle des variantes. Le pouvoir adjudicateur doit, en toute hypothèse, respecter, à tous les stades tant le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires que celui de la transparence. Si la phase d'épuration révèle qu'une variante n'est pas fonctionnellement équivalente aux spécifications techniques de l'offre de base ou à des exigences techniques minimales impératives formulées dans le cahier des charges, la variante en cause doit être exclue comme non conforme à l'objet du marché. S'il ressort au contraire de la phase d'épuration qu'une variante, tout en étant adéquate par rapport à l'objet du marché, semble qualitativement moins bonne qu'une offre de base déposée, l'évaluation de la variante doit être poursuivie au regard des critères d'adjudication publiés en vertu des principes de l'égalité de traitement et de la transparence. Une variante ne pourra dès lors obtenir l'adjudication du marché que si elle remplit les critères d'adjudication mieux que toutes les autres offres de base et variantes déposées (JAAC 2001 no 78, p. 825 cons. 3a). Le pouvoir adjudicateur dispose d'un important pouvoir d'appréciation quant à la décision d'attribuer le marché à une offre de base ou à une variante. Il n'appartient pas au juge de jouer le rôle de "super pouvoir adjudicateur" ou de revoir s'il fallait choisir une solution plus innovante (arrêt du TAF du 10.03.2010 [B-822/2010] cons. 4.3). Lorsque le pouvoir adjudicateur conteste l'adéquation d'une variante par rapport à l'objet du marché, le fardeau de la preuve du respect d'éventuelles conditions minimales impératives ainsi que celui de l'équivalence fonctionnelle de la variante avec les spécifications techniques de l'offre de base repose sur le soumissionnaire auteur de la variante. Les règles sur le fardeau de la preuve doivent toutefois s'appliquer conformément au principe de la bonne foi. Ainsi, l'administration ne saurait faire supporter à l'administré les conséquences de la répartition

du fardeau de la preuve, lorsque l'intéressé n'a aucune raison de savoir sur quel point particulier on attend de lui une preuve. L'administration doit avoir indiqué d'emblée ou précisé par la suite les preuves qu'elle exigeait (JAAC 2001, no.78, p. 825 cons. 3a). b) En l'occurrence, le droit de déposer une variante n'est pas litigieux, l'appel d'offres le prévoyant expressément. En revanche, est litigieuse la mise à l'écart de la variante présentée par la recourante ainsi que la qualification même de variante. Dans le cas présent, la question de savoir si la soumission déposée en plus de l'offre de base par la recourante est ou non une "vraie variante" revient à examiner si les exigences techniques impératives du cahier des charges sont respectées, et donc si une mise à l'écart est en l'espèce admissible ou non. Or, du moment qu'une nouvelle procédure d'adjudication devra avoir lieu, la justification de la mise à l'écart de la variante n'a pas besoin d'être tranchée ici. c) Cela étant, il convient toutefois de relever que, de par la manière d'agir contradictoire de l'intimé, la procédure a été doublement viciée. En effet, alors que la variante avait été évaluée selon les critères d'adjudication et fait l'objet d'un tableau comparatif séparé, l'intimé a finalement considéré qu'elle ne constituait pas "une vraie variante". Comme indiqué plus haut (cons. 4a), la conformité de la variante au cahier des charges aurait dû être contestée dans le cadre de l'épuration des offres et faire l'objet d'une décision séparée de mise à l'écart (art. 23 al. 3 LCMP et 26a al. 3 RELCMP). Or aucune pièce du dossier ne laisse apparaître que l'intimé ait notifié une telle décision à la recourante. Par ailleurs, l'intimé conteste, à tout le moins implicitement, que la variante respecte les conditions minimales impératives fixées dans le cahier des charges et le fait que les caractéristiques techniques de la variante soient fonctionnellement équivalentes aux spécifications techniques exigées de l'offre de base, eu égard au but assigné à l'objet du marché. Cependant, bien que le pouvoir adjudicateur ait expressément autorisé le dépôt de variantes "pour la superstructure", sans autres exigences, il a écarté la variante de la recourante sans avoir, au préalable, mis celle-ci en situation d'en établir la conformité avec l'objet du marché (cons. 4a). Ce n'est que par le téléphone fait à l'intimé après réception de la décision d'adjudication que la recourante a appris que sa variante avait été écartée et ce n'est finalement que par les observations sur recours de l'intimé qu'elle a pu avoir connaissance de manière précise de ce qui était reproché à sa variante. Eu égard au principe de la transparence, cette manière de procéder n'est pas admissible. Par conséquent, l'intimé ne pouvait pas, s'il entendait écarter la variante de la recourante en raison de son apparente inadéquation avec l'appel d'offres, se dispenser de l'en informer en lui donnant l'opportunité d'apporter la preuve contraire (arrêt du TA du 16.09.2004 [TA. 2002.411] cons. 4b). Ces motifs aussi conduisent à admettre le recours.

## **E. 5**

La recourante se plaint en outre de la notation du sous-critère "objets de référence", deux sur trois objets mentionnés par l'intéressée ayant été exclus, valant ainsi à celle-ci la note de "0" qui correspond à un nombre de références inférieur à 3. L'intimé motive cette évaluation par le fait que les références devaient concerner des "chemins AF" ce qui n'était pas le cas pour les deux objets litigieux. En l'espèce, les deux références en questions ne mentionnaient pas qu'elles concernaient de tels chemins, contrairement aux références produites par le tiers intéressé. L'objet de référence proposé par la recourante qui a été retenu ne contenait quant à lui pas non plus une telle mention, mais les photos y relatives montraient un site rural, ce qui paraît conforme à la notion de "chemins AF dans des terrains de culture" comme prévu par les critères d'aptitude émis dans le dossier d'adjudication. "L'expérience dans la construction de chemins AF dans des terrains de cultures" étant aussi un critère d'aptitude, il n'est pas arbitraire d'évaluer les objets de référence en fonction de

cette expérience précise. Dès lors, la non-prise en compte des deux objets de référence en question n'est pas critiquable.

#### **E. 6**

L'expertise demandée par la recourante ne se justifie pas dès lors qu'il n'y a pas eu lieu de se prononcer sur la question de la variante (cons. 4b). Pour les motifs qui précèdent, le recours doit être admis et la décision entreprise annulée. La cause est renvoyée à l'intimé pour qu'il ouvre une nouvelle procédure d'adjudication au sens des considérants. Il serait utile que le dossier de soumission indique à quelles conditions les variantes sont admises et quelles sont les exigences techniques impératives à respecter sous peine de mise à l'écart. Le présent arrêt rend la demande d'effet suspensif sans objet. Vu l'issue du litige il n'y a pas lieu de percevoir de frais (47 al. 1 et 2 LPJA ; art. 41 LCMP ). En revanche, la recourante a droit à des dépens, à la charge de l'intimé. Le tiers intéressé, qui a conclu au rejet du recours et n'était pas représenté par un mandataire, n'a pas droit à des dépens. Me P. n'ayant pas déposé un état des honoraires et des frais (art. 55 al. 1 de l'arrêté temporaire du Conseil d'Etat, du 22.12.2010, fixant les tarifs des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative) , la Cour de céans fixera les dépens sur la base du dossier (art. 55 al. 2 de l'arrêté). Les dépens peuvent être équitablement fixés à 2'970 francs (2'500 francs d'honoraires, frais à raison de 10 % des honoraires (art. 42 de l'arrêté), ainsi que 8 % de TVA).

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