

NE_GERICHTE CDP.2020.270 vom 26. Januar 2021

NE Tribunal cantonal, 2021-01-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2020.270

FR: NE_GERICHTE CDP.2020.270 du 26 janvier 2021

IT: NE_GERICHTE CDP.2020.270 del 26 gennaio 2021

Erwägungen

E. 1

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable (art. 42 al. 2 let. e et 43 al. 1 de la loi cantonale sur les marchés publics du 23.03.1999 [LCMP]; art. 35 LPJA par renvoi de l'art. 41 LCMP).

E. 1.5

Nettoyage des points de collecte – Lors de la tournée des déchets, le soumissionnaire prendra immédiatement les mesures nécessaires pour enlever les déchets dispersés. Il nettoiera si besoin les points de collecte. Il avisera la commune si ce travail prend de trop grandes proportions ". b/bb) Cela étant exposé, l'examen des documents constituant l'appel d'offres ne permet pas de se faire une idée précise quant à l'objet du marché, c'est-à-dire quant à l'attente du pouvoir adjudicateur. Le point 2 (Objet du marché) décrit un marché qui comprend « notamment » la collecte, le nettoyage des lieux de dépôt, le transfert des données de pesage et l'établissement de statistiques. Cette description suscite déjà les observations suivantes. L'emploi de l'adverbe « notamment » indique que l'énumération est incomplète et que l'objet du marché porte aussi sur d'autres éléments non-mentionnés, sans qu'il apparaisse que le soumissionnaire puisse connaître la nature ou l'importance des éléments inconnus auxquels il est ainsi fait allusion. Ensuite, ce n'est que par déduction, après avoir pris note que l'offre doit porter sur le transfert des données de pesage, que le soumissionnaire comprend qu'il devra peser d'une manière ou d'une autre les déchets collectés. Ce pesage – préalable indispensable au transfert des données y relatives – fait ainsi partie de l'objet du marché. Or, force est de constater que le point 2 ne fournit aucune indication sur ce qui est attendu en matière de pesage, que ce soit sa nature (global par tournée ou individuel par container), le moment auquel il doit pouvoir intervenir (en continu au cours de la tournée, uniquement en fin de tournée) ou l'entité qui en est chargée (le soumissionnaire par le biais d'équipements divers sur ses véhicules, l'entreprise de valorisation par le biais de ses propres balances à véhicules). L'annexe 3 contient certes une série d'exigences à ce propos mais qui ne permettent pas aux soumissionnaires de déterminer l'attente du pouvoir adjudicateur étant donné leur caractère optionnel (possibilité de les refuser). Les écritures déposées par l'intimée en cours de procédure ne donnent pas plus d'indications à ce propos. Elles se limitent à exposer en substance que les soumissionnaires pouvaient refuser toutes les exigences de l'annexe 3 relatives notamment au pesage sur le véhicule et au pesage au site de valorisation. Dans cette hypothèse, on ne voit pas comment le soumissionnaire serait alors en mesure de transmettre des données dont on ne discerne pas comment il se les serait procurées. Par ailleurs, il ressort du cahier des charges des contradictions internes et des incohérences qui ne permettent pas de considérer que l'objet du marché serait déterminé avec suffisamment de précision et de clarté pour mettre les soumissionnaires en position d'établir leur offre en toute connaissance de cause.

Ainsi, par exemple et pour rappel, parmi les exigences figurant au point 2 du cahier des charges figurent notamment les indications suivantes: " Le soumissionnaire enlève, lors de la tournée de la collecte, les déchets dispersés et nettoiera, si besoin, les points de collecte. " (...) " La collecte se fait en porte-à-porte (...) deux fois par semaine (mardi et mercredi) à une fréquence hebdomadaire de mars à novembre et deux fois par semaine (mardi et mercredi) à une fréquence bimensuelle de décembre à février ". Selon les explications de l'intimée, il s'agit d'exigences impératives qui doivent être obligatoirement respectées par le soumissionnaire: si l'offre et le service offert ne correspondent pas de manière inconditionnelle au point 2 du cahier des charges, qui englobe les exigences ci-dessus rappelées, cela entraîne l'exclusion de la procédure (cf. annexe 1 – Critères d'exclusion). Or, il figure dans les différentes annexes en particulier les spécifications suivantes, qui peuvent être soit acceptées soit refusées par le soumissionnaire. Référence est faite en particulier aux points suivants: Dans l'annexe 6 (Généralités): "1.5 Nettoyage des points de collecte – Lors de la tournée des déchets, le soumissionnaire prendra immédiatement les mesures nécessaires pour enlever les déchets dispersés. Il nettoiera si besoin les points de collecte. Il avisera la commune si ce travail prend de trop grandes proportions". Dans l'annexe 3 (Exigences techniques), domaine g (Tournée): " La collecte des déchets doit être effectuée aux endroits mentionnés par la commune et aux dates fixées par le calendrier des collectes ". Il convient ainsi de relever une contradiction dans les termes, puisque dans un premier temps le pouvoir adjudicateur pose des exigences pour ensuite les relativiser et s'en distancer en laissant au soumissionnaire le choix d'accepter ou de refuser ces exigences. Or, en langage courant, « exiger » signifie « demander impérativement » ou « requérir comme nécessaire pour remplir une fonction » (cf. dictionnaire Le Robert), ce qui paraît difficilement compatible avec le droit d'option qu'implique la possibilité d'accepter ou de refuser. Les soumissionnaires se trouvent ainsi face à une alternative dont les termes s'excluent sans qu'ils soient en mesure d'opérer leur choix en connaissance de cause ni d'en apprécier les conséquences. Autrement dit, si les deux exigences mentionnées au point 2 du cahier des charges, ci-dessus rappelées, doivent être réalisées sous peine d'exclusion, on peine à comprendre comment les soumissionnaires peuvent ensuite être libres de refuser les exigences ci-dessus mentionnées qui figurent dans les annexes. La Cour de céans y voit une contradiction qu'elle ne parvient pas à résoudre. Par ailleurs, en posant des exigences d'une part tout en affirmant que les soumissionnaires sont libres de les refuser d'autre part, le pouvoir adjudicateur crée une incertitude quant à ce qui est réellement attendu des soumissionnaires et donc sur ce qui constitue l'objet du marché. En conclusion, les soumissionnaires ne savent pas ce qui est attendu d'eux. S'agissant par exemple des exigences suivantes, figurant dans l'annexe 3 (Exigences techniques): - domaine b (Dimensions et poids) "Les véhicules doivent pouvoir identifier les puces de technologie RFID (cartes à puces) et de modèle DATAMARS installées sur les containers 800l". - domaine c (Pesage sur le véhicule) " Les pesages doivent être effectués et garantis quelles que soient les conditions topographiques et saisonnières " ; " Le système de pesage permet de mesurer la masse de chaque container (de 120l à 800l) " ; " Utiliser un système de pesage pouvant transférer les données récoltées à l'installation de valorisation (A. _____ SA) à l'entrée de l'usine " ; " Transférer les données selon la structure définie dans la base de données de pesage (A. _____ SA) " ; " Indiquer le moyen de transfert de données utilisé (GPRS [...], carte SD, etc.) ". - domaine d (Pesage au site de valorisation) " Le soumissionnaire procédera au pesage sur la balance des installations de valorisation des déchets lors de chaque vidage " , les soumissionnaires se trouvent devant le choix – qu'ils

doivent effectuer pour ainsi dire à l'aveugle, sans pouvoir en apprécier les conséquences – d'équiper leurs véhicules pour pouvoir répondre aux exigences – entraînant possiblement des répercussions sur les prix – ou de refuser ces exigences – ce qui peut se répercuter favorablement au niveau du prix de l'offre – mais sans qu'ils puissent en appréhender les éventuelles conséquences s'agissant de l'appréciation qui sera faite de leur offre. Or, le prix supplémentaire découlant de l'équipement nécessaire pour répondre positivement aux exigences posées est susceptible d'avoir des incidences plus importantes sur l'appréciation de leur offre que l'amélioration globale apportée à celle-ci par l'acceptation d'une exigence, puisque le critère du prix intervient pour 35 % dans l'appréciation de l'offre alors que les exigences techniques sont prises en compte pour 25 %. Enfin, il paraît évident que la simple présence de ces « exigences » dans le cahier des charges implique que le pouvoir adjudicateur n'y est à tout le moins pas complètement indifférent, faute de quoi il ne les aurait pas mentionnées.

E. 2

du cahier des charges, qui englobe les exigences ci-dessus rappelées, cela entraîne l'exclusion de la procédure (cf. annexe 1 ■ Critères d'exclusion).

Or, il figure dans les différentes annexes en particulier les spécifications suivantes, qui peuvent être soit acceptées soit refusées par le soumissionnaire. Référence est faite en particulier aux points suivants:

Dans l'annexe 6 (Généralités):

"1.5 Nettoyage des points de collecte ■ Lors de la tournée des déchets, le soumissionnaire prendra immédiatement les mesures nécessaires pour enlever les déchets dispersés. Il nettoiera si besoin les points de collecte. Il avisera la commune si ce travail prend de trop grandes proportions".

Dans l'annexe 3 (Exigences techniques), domaine g (Tournée):

"La collecte des déchets doit être effectuée aux endroits mentionnés par la commune et aux dates fixées par le calendrier des collectes".

Il convient ainsi de relever une contradiction dans les termes, puisque dans un premier temps le pouvoir adjudicateur pose des exigences pour ensuite les relativiser et s'en distancer en laissant au soumissionnaire le choix d'accepter ou de refuser ces exigences. Or, en langage courant, «exiger» signifie «demander impérativement» ou «requérir comme nécessaire pour remplir une fonction» (cf. dictionnaire Le Robert), ce qui paraît difficilement compatible avec le droit d'option qu'implique la possibilité d'accepter ou de refuser. Les soumissionnaires se trouvent ainsi face à une alternative dont les termes s'excluent sans qu'ils soient en mesure d'opérer leur choix en connaissance de cause ni d'en apprécier les conséquences. Autrement dit, si les deux exigences mentionnées au point 2 du cahier des charges, ci-dessus rappelées, doivent être réalisées sous peine d'exclusion, on peine à comprendre comment les soumissionnaires peuvent ensuite être libres de refuser les exigences ci-dessus mentionnées qui figurent dans les annexes. La Cour de céans y voit une contradiction qu'elle ne parvient pas à résoudre.

Par ailleurs, en posant des exigences d'une part tout en affirmant que les soumissionnaires sont libres de les refuser d'autre part, le pouvoir adjudicateur crée une incertitude quant à ce qui est réellement attendu des soumissionnaires et donc sur ce qui constitue l'objet du marché. En conclusion, les soumissionnaires ne savent pas ce qui est attendu d'eux.

S'agissant par exemple des exigences suivantes, figurant dans l'annexe 3 (Exigences techniques):

-domaine b (Dimensions et poids)

"Les véhicules doivent pouvoir identifier les puces de technologie RFID (cartes à puces) et de modèle DATAMARS installées sur les containers 800l".

-domaine c (Pesage sur le véhicule)

"Les pesages doivent être effectués et garantis quelles que soient les conditions topographiques et saisonnières";

"Le système de pesage permet de mesurer la masse de chaque container (de 120l à 800l)";

"Utiliser un système de pesage pouvant transférer les données récoltées à l'installation de valorisation (A. _____ SA) à l'entrée de l'usine";

"Transférer les données selon la structure définie dans la base de données de pesage (A. _____ SA)";

"Indiquer le moyen de transfert de données utilisé (GPRS [], carte SD, etc.)".

-domaine d (Pesage au site de valorisation)

"Le soumissionnaire procédera au pesage sur la balance des installations de valorisation des déchets lors de chaque vidage",

les soumissionnaires se trouvent devant le choix ■ qu'ils doivent effectuer pour ainsi dire à l'aveugle, sans pouvoir en apprécier les conséquences ■ d'équiper leurs véhicules pour pouvoir répondre aux exigences ■ entraînant possiblement des répercussions sur les prix ■ ou de refuser ces exigences ■ ce qui peut se répercuter favorablement au niveau du prix de l'offre ■ mais sans qu'ils puissent en appréhender les éventuelles conséquences s'agissant de l'appréciation qui sera faite de leur offre. Or, le prix supplémentaire découlant de l'équipement nécessaire pour répondre positivement aux exigences posées est susceptible d'avoir des incidences plus importantes sur l'appréciation de leur offre que l'amélioration globale apportée à celle-ci par l'acceptation d'une exigence, puisque le critère du prix intervient pour 35 % dans l'appréciation de l'offre alors que les exigences techniques sont prises en compte pour 25 %. Enfin, il paraît évident que la simple présence de ces «exigences» dans le cahier des charges implique que le pouvoir adjudicateur n'y est à tout le moins pas complètement indifférent, faute de quoi il ne les aurait pas mentionnées.

4. Il découle de ce qui précède que la procédure de passation du marché public en cause est entachée d'une violation du principe de transparence et qu'elle est ainsi faussée.

Les autorités de recours, confrontées à de telles situations, ont développé des réponses différentes. Certaines considèrent que le respect du principe de transparence est de nature formelle de sorte qu'en cas de violation, la décision attaquée doit être annulée même en l'absence d'un rapport de causalité entre l'erreur de procédure et l'adjudication. D'autres en revanche sont d'avis que, dans la mesure où le législateur a voulu une procédure de passation des marchés rapide, il convient d'éviter, dans la mesure du possible, la répétition d'une procédure qui aboutirait de toute manière au même résultat, ce d'autant que la transparence des procédures de passation des marchés n'est pas un objectif en soi mais un moyen contribuant à atteindre le but central du droit des marchés publics qui est le fonctionnement d'une concurrence efficace, garanti par l'ouverture des marchés et en vue

d'une utilisation rationnelle des deniers publics. Dans une jurisprudence récente (RJN 2018, p. 656cons. 5), la Cour de céans s'est ralliée à cette dernière analyse et considère depuis lors que la répétition d'une procédure doit demeurer l'exception. En cas de violation d'une règle de procédure, telle que le principe de transparence, il se justifie d'examiner si le vice a eu une influence sur le résultat du marché et faussé le jeu de la concurrence. Cette solution permet d'éviter la répétition d'une procédure qui aboutirait de toute manière au même résultat, de répondre de manière optimale à l'exigence de célérité présidant dans ce type de procédure, sans nuire au but central du droit des marchés publics qui est le fonctionnement d'une concurrence efficace.

5. Avant de se pencher sur cette question, il convient d'examiner les autres critiques soulevées par la recourante, susceptibles d'■avoir une incidence sur la notation respective de la recourante et de l'■adjudicataire.

a) La recourante conteste sa notation et celle de l'adjudicataire en relation avec le nombre d'apprentis. Exposant que ni elle ni l'adjudicataire ne forme d'apprentis, elle s'étonne que le nombre de points attribués (0 pour elle; 2,5 pour l'adjudicataire) soit différent alors que les deux entreprises se trouvent dans une situation similaire. L'intimée motive cette notation différente par la différence de taille des deux entreprises. L'adjudicataire comptant seulement 2 employés alors que la recourante emploie 16 personnes, elle a retenu qu'il est plus difficile pour une société de seulement deux employés de former des apprentis alors que la recourante dispose du personnel et des infrastructures qui permettraient d'offrir des places d'apprentissage. L'intimée indique encore que la notation attribuée est conforme avec la méthode préconisée à l'annexe T6 du Guide romand pour les marchés publics. La Cour de céans relève que les explications de l'intimée sont convaincantes et constate que la différence de notation se fonde sur des critères objectifs. La notation à laquelle a procédé l'intimée n'excède pas la liberté d'■appréciation étendue dont elle dispose dans le cadre de l'■évaluation des offres, soit lors de l'■attribution des notes (Poltier, Droit des marchés publics, 2014, ch. 338). Le grief de la recourante doit être rejeté.

b) La recourante fait valoir que l'adjudicataire «indique être doté d'un spécialiste parmi ses collaborateurs sans pour autant l'alléguer et obtient ainsi 3 points ceci sans aucune vérification». Il ressort du dossier qu'elle se réfère au point 1.9.4 de l'annexe 6 du cahier des charges, consacré à la formation, qui exige que «le soumissionnaire fournit avec son offre les justificatifs prouvant qu'il a donné au personnel concerné une formation spécifique sur la sécurité au travail ()». L'intimée explique qu'en appui de ce point pour lequel elle a été notée 3, l'adjudicataire a fourni le justificatif du cours sur la base duquel cette note lui a été attribuée. Le dossier confirme cette affirmation, de sorte que le grief de la recourante doit être rejeté.

c) La recourante, se référant aux deux éléments examinés sous lettres a et b ci-dessus, estime qu'ils suffisent à démontrer que l'attribution des points a été injustement favorisée, sous-entendu en faveur de l'adjudicataire. Le rejet de ces deux griefs pour les motifs exposés plus haut prive ce troisième grief ■ tiré d'une prétendue attribution injuste des points ■ du fondement sur lequel il reposait, de sorte qu'il convient de le rejeter.

d) La recourante s'étonne qu'au point 1.10 de l'annexe 6, consacré aux aspects environnementaux, l'adjudicataire ■ qui n'est pas certifié ISO et qui n'a pas de camion électrique ■ obtienne le même nombre de points qu'elle, qui est une entreprise certifiée ISO et qui possède un camion électrique. A cet égard, il ressort du cahier des charges que la

certification selon la norme ISO 14001 n'est pas une exigence, les soumissionnaires étant invités notamment à indiquer dans quelle mesure ils respectent cette norme ou, s'ils ne la respectent pas, à décrire les processus mis en place pour garantir la protection de l'environnement. Cela étant, le simple fait d'être certifié ISO n'assure pas une notation supérieure par rapport à l'absence de certification. On observe au surplus, comme souligné par l'intimée, que la recourante a obtenu la note de 4,8 au point 1.10 alors que l'adjudicataire a obtenu la note de 4.

e) La recourante fait grief à l'intimée d'avoir adjugé le marché à une entreprise qui n'avait pas l'équipement nécessaire au moment où elle a soumissionné, et ce de manière contraire à la jurisprudence. A ce propos, le Tribunal fédéral a rappelé que les critères d'aptitude ou de qualification («Eignungskriterien») sont des exigences qui subordonnent l'accès à la procédure puisque ces critères servent à s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché. Cela implique que les entreprises soumissionnaires qui ne les remplissent pas voient leur offre exclue d'emblée. Cette conclusion s'impose toutefois uniquement lorsque le vice n'est pas anodin; le motif d'exclusion doit revêtir une certaine gravité. Lorsque les manquements du soumissionnaire aux exigences d'aptitude ne sont que légers, il serait en effet disproportionné de l'exclure de la procédure d'adjudication. Les critères d'aptitude doivent pouvoir être contrôlés par l'adjudicateur avant la décision d'adjudication, ce qui exclut notamment que des éléments essentiels pour l'exécution du mandat ne soient acquis par l'adjudicataire que par la suite (ATF 145 II 249 cons. 3.3).

En l'espèce, le marché tel que voulu par l'intimée ■ même s'il n'a pas été compris comme cela par la recourante et indépendamment de la problématique découlant de la définition du marché (principe de transparence) ■ ne nécessitait pas un pesage dynamique avec identification des puces des containers, ni un système de transfert de données online. Dans l'offre de l'adjudicataire, ces points (pesage dynamique, identification des puces des containers, transfert de données online) faisaient l'objet de «propositions supplémentaires non mentionnées dans le cahier des charges qui pourraient, par exemple, améliorer le service» (cf. chiffre 6.5 du cahier des charges). Le cahier des charges précisait que de telles propositions, pour autant qu'elles soient considérées comme pertinentes, pourront donner lieu à une amélioration de la note. Dans ce contexte, et dans la mesure où les propositions faites par les soumissionnaires étaient destinées à apporter des améliorations par rapport au marché en question, qu'elles intervenaient en plus du cahier des charges et que les soumissionnaires n'avaient ainsi aucune garantie qu'elles soient acceptées, il ne saurait être retenu que les soumissionnaires devaient, au moment de la décision d'adjudication déjà, posséder l'équipement nécessaire par les propositions faites (cf. arrêt du TF du 02.07.2019 [2C_111/2018] cons. 3.3.2 à 3.3.4.). Il suffisait qu'ils possèdent l'équipement nécessaire pour effectuer le marché «de base». Les réponses données aux questions posées par B. _____ Sàrl (courrier de l'adjudicataire du 10.08.2020) confirment que tel était le cas pour l'adjudicataire au moment de l'adjudication. Le grief de la recourante doit ainsi être rejeté.

6. En présence d'une procédure entachée d'une violation du principe de transparence, il convient d'examiner si le vice a eu une influence sur le résultat du marché (cf. cons. 4 ci-dessus).

a) Il ressort de l'offre soumise par la recourante que celle-ci a accepté toutes les exigences liées au pesage et au transfert des données, pour aboutir à un prix (abstraction faite de sa proposition supplémentaire) de 219.35 francs/tonne HT. La recourante fait valoir que pour

aboutir à ce prix, elle a repris l'offre faite dans le cadre de l'appel d'offre de juillet 2019 ■ qui selon elle ne comprenait pas le pesage ■ où elle avait offert un prix de 158.75 francs/tonne, pour l'■ adapter aux contraintes du nouvel appel d'offres de mai 2020. La recourante insiste sur le fait que l'appel d'offres de juillet 2019 était «sans pesage». A ce propos (et indépendamment de savoir si cette affirmation correspond à la réalité ou au moins à la volonté de l'intimée), il ressort des écrits de la recourante que selon son interprétation du marché de juillet 2019, celui-ci «sollicitait le poids récolté sur la commune par tournée de collecte» (complément de recours du 12.10.2020, ch. 38), et qu'elle reconnaît qu'il doit y avoir un pesage minimum, par exemple lorsqu'elle explique que le pesage des déchets collectés était très simple à réaliser puisqu'il s'agissait «tout simplement de peser le camion plein en fin de tournée lorsqu'il se présente sur la balance de A. _____ SA puis de le peser, une fois qu'il a vidé son chargement» (complément de recours du 12.10.2020, ch. 39). Cela étant, il faut comprendre que lorsque la recourante évoque la notion de «sans pesage», cela ne signifie pour elle en réalité pas une absence de pesage mais l'absence d'un pesage individualisé par container, l'exigence d'un pesage global n'étant en soi pas contestée puisqu'elle s'avère nécessaire à la transmission des données de pesage. C'est ainsi dans le sens de l'exigence minimale d'un «pesage global» qu'il faut comprendre l'absence de pesage (individualisé par container) dont se réclame la recourante.

b) Il n'est pas exclu que la recourante ait été incitée à présenter une offre acceptant toutes les exigences du cahier des charges en raison des contradictions internes et des incohérences qui ressortent de ce dernier (cf. cons. 3b), et que s'il avait été exempt de ces défauts, elle aurait présenté une autre offre. Elle l'affirme du reste elle-même implicitement lorsqu'elle fait valoir que si le pesage (sous-entendu : individuel par container) n'est pas nécessaire, son offre de 158.75 francs/tonne proposée dans le cadre de l'appel d'offres de juillet 2019 lui aurait permis de remporter le marché, laissant ainsi entendre que si sa compréhension du marché n'avait pas été viciée par une violation du principe de transparence, elle aurait proposé le même prix dans l'appel d'offres de mai 2020 que dans celui de juillet 2019. Pour déterminer si la violation du principe de transparence mis en évidence ci-dessus (cf. cons. 3) a eu une influence sur le résultat du marché (cf. cons. 4), il convient d'examiner l'affirmation de la recourante selon laquelle son offre de 158.75 francs/tonne lui aurait permis de remporter le marché.

Cette démarche implique de procéder à une comparaison entre deux offres qui, pour pouvoir être comparables, doivent porter sur le même marché. La recourante rappelle que dans le cadre de l'appel d'offre de juillet 2019, elle avait offert un prix de 158.75 francs/tonne sans pesage individualisé mais en respectant le pesage ordinaire (poids du camion plein ■ poids du camion vide = poids des déchets récoltés) (complément de recours du 12.10.2020, ch. 41). Pour ce même marché, c'est-à-dire sans pesage individualisé, respectivement avec seulement un pesage global, l'■ adjudicataire a proposé un prix de 140 francs/tonne. Dans le cadre de la procédure de recours, à connaissance des arguments de la recourante, B. _____ Sàrl, qui avait opéré l'appréciation des offres des soumissionnaires, a procédé à la simulation d'■ une évaluation prenant en considération ces prix (158.75, respectivement 140 francs/tonne) et un pesage global. Cette simulation arrive à la conclusion que la recourante aurait obtenu la note de 3,90 et l'■ adjudicataire celle de 4,23 (cf. classeur I, pièces 9b et 9c). Il en découle que même en procédant à une appréciation des offres en prenant en considération un marché «sans pesage» et le prix que la recourante affirme qu'elle aurait proposé dans cette hypothèse, l'appréciation des offres n'■ aurait pas

abouti à une adjudication en sa faveur. L'examen de la manière dont cette simulation a été effectuée (cf. classeur I, pièce 9c) n'appelle pas d'observations de la part de la Cour de céans. Il convient aussi de relever que, après que cette simulation a été mise à disposition de la recourante, celle-ci n'a émis aucune critique ni soulevé d'argumentation à son sujet.

c) Les considérations qui précèdent suffisent pour conclure que la violation du principe de transparence dont est entachée la procédure n'a pas eu d'incidence sur le résultat du marché. Par conséquent, le recours doit être rejeté.

7. A titre de moyens de preuve, la recourante requiert, outre le dossier officiel de la cause, le dossier CDP.2016.101(Y. _____ c. Commune de Milvignes), la production du dossier de l'appel d'offres de septembre (recte : juillet) 2019 ainsi que l'audition de ses organes, des organes de l'intimée et de différents témoins. L'autorité de céans ayant été en mesure de statuer sur la base du dossier remis par l'intimée, il n'est pas nécessaire de donner suite aux autres offres de preuve.

8. Vu l'issue du litige, les frais relatifs au présent arrêt au fond, par 2'200 francs sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 47 al. 1 LPJA, par renvoi de l'art. 41 LCMP). Elle n'a pas droit à des dépens pour son activité en relation avec le présent arrêt au fond (art. 48 al. 1 a contrario LPJA, par renvoi de l'art. 41 LCMP).

La recourante a obtenu gain de cause dans le cadre de la décision incidente du 17 septembre 2020, puisque cette décision a accordé l'effet suspensif au recours, comme elle l'avait demandé. Il y a donc lieu de lui allouer des dépens en relation avec cette décision. En l'absence d'un mémoire d'honoraires, la Cour de céans fixe leur montant à 500 francs tout compris, à charge de l'intimée.

Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens au tiers intéressé, dès lors qu'il n'est pas intervenu dans la procédure, de sorte qu'elle ne lui a pas occasionné des frais (art. 48 al. 1 LPJA, par renvoi de l'art. 41 LCMP). Il n'y a pas non plus lieu d'allouer des dépens à l'intimée (art. 48 LPJA a contrario).

Par ces motifs, LA Cour de droit public

1. Rejette le recours.

2. Met à la charge de la recourante les frais du présent arrêt au fond, par 2'200 francs, montant compensé par son avance de frais.

3. Alloue à la recourante une indemnité de dépens de 500 francs tout compris, au sens des considérants, à charge de l'intimée.

4. N'alloue pas de dépens au tiers intéressé.

5. N'alloue pas de dépens à l'intimée.

Neuchâtel, le 26 janvier 2021

E. 3

maximum); deux fois par semaine (mardi et mercredi) à une fréquence hebdomadaire de mars à novembre et deux fois par semaine (mardi et mercredi) à une fréquence bimensuelle de décembre à février. Ce point 2 précise que « le soumissionnaire enlève, lors de la tournée de la collecte, les déchets dispersés et nettoiera, si besoin, les points de collecte » ; que le soumissionnaire doit obligatoirement remettre une offre de base pour l'ensemble du service demandé; que le prix de l'offre comprend l'ensemble des prestations, y compris les

systemes devant être installés spécialement pour ce service. Les annexes au cahier des charges énumèrent une série d'exigences que le soumissionnaire peut accepter ou refuser en cochant la case correspondante. Le point 1 du cahier des charges expose que le soumissionnaire doit répondre (« accepté » ou « refusé ») à chaque exigence selon ses capacités à les réaliser. Parmi ces exigences figurent notamment les rubriques suivantes : Dans l'annexe 3 (Exigences techniques): - domaine b (Dimensions et poids) "Les véhicules doivent pouvoir identifier les puces de technologie RFID (cartes à puces) et de modèle DATAMARS installées sur les containers 800l". - domaine c (Pesage sur le véhicule) " Les pesages doivent être effectués et garantis quelles que soient les conditions topographiques et saisonnières " ; " Le système de pesage permet de mesurer la masse de chaque container (de 120l à 800l) " ; " Utiliser un système de pesage pouvant transférer les données récoltées à l'installation de valorisation (A. _____ SA) à l'entrée de l'usine " ; " Transférer les données selon la structure définie dans la base de données de pesage (A. _____ SA) " ; " Indiquer le moyen de transfert de données utilisé (GPRS [...], carte SD, etc.) ". - domaine d (Pesage au site de valorisation) " Le soumissionnaire procédera au pesage sur la balance des installations de valorisation des déchets lors de chaque vidage ". - domaine g (Tournée) " La collecte des déchets doit être effectuée aux endroits mentionnés par la commune et aux dates fixées par le calendrier des collectes ". Dans l'annexe 6 (Généralités): "

E. 4

Il découle de ce qui précède que la procédure de passation du marché public en cause est entachée d'une violation du principe de transparence et qu'elle est ainsi faussée. Les autorités de recours, confrontées à de telles situations, ont développé des réponses différentes. Certaines considèrent que le respect du principe de transparence est de nature formelle de sorte qu'en cas de violation, la décision attaquée doit être annulée même en l'absence d'un rapport de causalité entre l'erreur de procédure et l'adjudication. D'autres en revanche sont d'avis que, dans la mesure où le législateur a voulu une procédure de passation des marchés rapide, il convient d'éviter, dans la mesure du possible, la répétition d'une procédure qui aboutirait de toute manière au même résultat, ce d'autant que la transparence des procédures de passation des marchés n'est pas un objectif en soi mais un moyen contribuant à atteindre le but central du droit des marchés publics qui est le fonctionnement d'une concurrence efficace, garanti par l'ouverture des marchés et en vue d'une utilisation rationnelle des deniers publics. Dans une jurisprudence récente (RJN 2018, p. 656 cons. 5), la Cour de céans s'est ralliée à cette dernière analyse et considère depuis lors que la répétition d'une procédure doit demeurer l'exception. En cas de violation d'une règle de procédure, telle que le principe de transparence, il se justifie d'examiner si le vice a eu une influence sur le résultat du marché et faussé le jeu de la concurrence. Cette solution permet d'éviter la répétition d'une procédure qui aboutirait de toute manière au même résultat, de répondre de manière optimale à l'exigence de célérité présidant dans ce type de procédure, sans nuire au but central du droit des marchés publics qui est le fonctionnement d'une concurrence efficace.

E. 5

Avant de se pencher sur cette question, il convient d'examiner les autres critiques soulevées par la recourante, susceptibles d'avoir une incidence sur la notation respective de la recourante et de l'adjudicataire. a) La recourante conteste sa notation et celle de l'adjudicataire en relation avec le nombre d'apprentis. Exposant que ni elle ni l'adjudicataire ne forme d'apprentis, elle s'étonne que le nombre de points attribués (0 pour elle; 2,5 pour

l'adjudicataire) soit différent alors que les deux entreprises se trouvent dans une situation similaire. L'intimée motive cette notation différente par la différence de taille des deux entreprises. L'adjudicataire comptant seulement 2 employés alors que la recourante emploie 16 personnes, elle a retenu qu'il est plus difficile pour une société de seulement deux employés de former des apprentis alors que la recourante dispose du personnel et des infrastructures qui permettraient d'offrir des places d'apprentissage. L'intimée indique encore que la notation attribuée est conforme avec la méthode préconisée à l'annexe T6 du Guide romand pour les marchés publics. La Cour de céans relève que les explications de l'intimée sont convaincantes et constate que la différence de notation se fonde sur des critères objectifs. La notation à laquelle a procédé l'intimée n'excède pas la liberté d'appréciation étendue dont elle dispose dans le cadre de l'évaluation des offres, soit lors de l'attribution des notes (Poltier , Droit des marchés publics, 2014, ch. 338). Le grief de la recourante doit être rejeté. b) La recourante fait valoir que l'adjudicataire « indique être doté d'un spécialiste parmi ses collaborateurs sans pour autant l'alléguer et obtient ainsi 3 points ceci sans aucune vérification ». Il ressort du dossier qu'elle se réfère au point 1.9.4 de l'annexe 6 du cahier des charges, consacré à la formation, qui exige que « le soumissionnaire fournit avec son offre les justificatifs prouvant qu'il a donné au personnel concerné une formation spécifique sur la sécurité au travail (...) ». L'intimée explique qu'en appui de ce point pour lequel elle a été notée 3, l'adjudicataire a fourni le justificatif du cours sur la base duquel cette note lui a été attribuée. Le dossier confirme cette affirmation, de sorte que le grief de la recourante doit être rejeté. c) La recourante, se référant aux deux éléments examinés sous lettres a et b ci-dessus, estime qu'ils suffisent à démontrer que l'attribution des points a été injustement favorisée, sous-entendu en faveur de l'adjudicataire. Le rejet de ces deux griefs pour les motifs exposés plus haut prive ce troisième grief – tiré d'une prétendue attribution injuste des points – du fondement sur lequel il reposait, de sorte qu'il convient de le rejeter. d) La recourante s'étonne qu'au point 1.10 de l'annexe 6, consacré aux aspects environnementaux, l'adjudicataire – qui n'est pas certifié ISO et qui n'a pas de camion électrique – obtienne le même nombre de points qu'elle, qui est une entreprise certifiée ISO et qui possède un camion électrique. A cet égard, il ressort du cahier des charges que la certification selon la norme ISO 14001 n'est pas une exigence, les soumissionnaires étant invités notamment à indiquer dans quelle mesure ils respectent cette norme ou, s'ils ne la respectent pas, à décrire les processus mis en place pour garantir la protection de l'environnement. Cela étant, le simple fait d'être certifié ISO n'assure pas une notation supérieure par rapport à l'absence de certification. On observe au surplus, comme souligné par l'intimée, que la recourante a obtenu la note de 4,8 au point 1.10 alors que l'adjudicataire a obtenu la note de 4. e) La recourante fait grief à l'intimée d'avoir adjugé le marché à une entreprise qui n'avait pas l'équipement nécessaire au moment où elle a soumissionné, et ce de manière contraire à la jurisprudence. A ce propos, le Tribunal fédéral a rappelé que les critères d'aptitude ou de qualification (« Eignungskriterien ») sont des exigences qui subordonnent l'accès à la procédure puisque ces critères servent à s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché. Cela implique que les entreprises soumissionnaires qui ne les remplissent pas voient leur offre exclue d'emblée. Cette conclusion s'impose toutefois uniquement lorsque le vice n'est pas anodin; le motif d'exclusion doit revêtir une certaine gravité. Lorsque les manquements du soumissionnaire aux exigences d'aptitude ne sont que légers, il serait en effet disproportionné de l'exclure de la procédure d'adjudication. Les critères d'aptitude doivent pouvoir être contrôlés par l'adjudicateur avant la décision d'adjudication, ce qui

exclut notamment que des éléments essentiels pour l'exécution du mandat ne soient acquis par l'adjudicataire que par la suite (ATF 145 II 249 cons. 3.3). En l'espèce, le marché tel que voulu par l'intimée – même s'il n'a pas été compris comme cela par la recourante et indépendamment de la problématique découlant de la définition du marché (principe de transparence) – ne nécessitait pas un pesage dynamique avec identification des puces des containers, ni un système de transfert de données online. Dans l'offre de l'adjudicataire, ces points (pesage dynamique, identification des puces des containers, transfert de données online) faisaient l'objet de « propositions supplémentaires non mentionnées dans le cahier des charges qui pourraient, par exemple, améliorer le service » (cf. chiffre 6.5 du cahier des charges). Le cahier des charges précisait que de telles propositions, pour autant qu'elles soient considérées comme pertinentes, pourront donner lieu à une amélioration de la note. Dans ce contexte, et dans la mesure où les propositions faites par les soumissionnaires étaient destinées à apporter des améliorations par rapport au marché en question, qu'elles intervenaient en plus du cahier des charges et que les soumissionnaires n'avaient ainsi aucune garantie qu'elles soient acceptées, il ne saurait être retenu que les soumissionnaires devaient, au moment de la décision d'adjudication déjà, posséder l'équipement nécessaire par les propositions faites (cf. arrêt du TF du 02.07.2019 [2C_111/2018] cons. 3.3.2 à 3.3.4.). Il suffisait qu'ils possèdent l'équipement nécessaire pour effectuer le marché « de base ». Les réponses données aux questions posées par B. _____ Sàrl (courrier de l'adjudicataire du 10.08.2020) confirment que tel était le cas pour l'adjudicataire au moment de l'adjudication. Le grief de la recourante doit ainsi être rejeté.

E. 6

En présence d'une procédure entachée d'une violation du principe de transparence, il convient d'examiner si le vice a eu une influence sur le résultat du marché (cf. cons. 4 ci-dessus). a) Il ressort de l'offre soumise par la recourante que celle-ci a accepté toutes les exigences liées au pesage et au transfert des données, pour aboutir à un prix (abstraction faite de sa proposition supplémentaire) de 219.35 francs/tonne HT. La recourante fait valoir que pour aboutir à ce prix, elle a repris l'offre faite dans le cadre de l'appel d'offre de juillet 2019 – qui selon elle ne comprenait pas le pesage – où elle avait offert un prix de 158.75 francs/tonne, pour l'adapter aux contraintes du nouvel appel d'offres de mai 2020. La recourante insiste sur le fait que l'appel d'offres de juillet 2019 était « sans pesage ». A ce propos (et indépendamment de savoir si cette affirmation correspond à la réalité ou au moins à la volonté de l'intimée), il ressort des écrits de la recourante que selon son interprétation du marché de juillet 2019, celui-ci « sollicitait le poids récolté sur la commune par tournée de collecte » (complément de recours du 12.10.2020, ch. 38), et qu'elle reconnaît qu'il doit y avoir un pesage minimum, par exemple lorsqu'elle explique que le pesage des déchets collectés était très simple à réaliser puisqu'il s'agissait « tout simplement de peser le camion plein en fin de tournée lorsqu'il se présente sur la balance de A. _____ SA puis de le peser, une fois qu'il a vidé son chargement » (complément de recours du 12.10.2020, ch. 39). Cela étant, il faut comprendre que lorsque la recourante évoque la notion de « sans pesage », cela ne signifie pour elle en réalité pas une absence de pesage mais l'absence d'un pesage individualisé par container, l'exigence d'un pesage global n'étant en soi pas contestée puisqu'elle s'avère nécessaire à la transmission des données de pesage. C'est ainsi dans le sens de l'exigence minimale d'un « pesage global » qu'il faut comprendre l'absence de pesage (individualisé par container) dont se réclame la recourante. b) Il n'est pas exclu que la recourante ait été incitée à présenter une offre acceptant toutes les exigences du cahier des charges en raison des contradictions internes et des incohérences

qui ressortent de ce dernier (cf. cons. 3b), et que s'il avait été exempt de ces défauts, elle aurait présenté une autre offre. Elle l'affirme du reste elle-même implicitement lorsqu'elle fait valoir que si le pesage (sous-entendu : individuel par container) n'est pas nécessaire, son offre de 158.75 francs/tonne proposée dans le cadre de l'appel d'offres de juillet 2019 lui aurait permis de remporter le marché, laissant ainsi entendre que si sa compréhension du marché n'avait pas été viciée par une violation du principe de transparence, elle aurait proposé le même prix dans l'appel d'offres de mai 2020 que dans celui de juillet 2019. Pour déterminer si la violation du principe de transparence mis en évidence ci-dessus (cf. cons. 3) a eu une influence sur le résultat du marché (cf. cons. 4), il convient d'examiner l'affirmation de la recourante selon laquelle son offre de 158.75 francs/tonne lui aurait permis de remporter le marché. Cette démarche implique de procéder à une comparaison entre deux offres qui, pour pouvoir être comparables, doivent porter sur le même marché. La recourante rappelle que dans le cadre de l'appel d'offre de juillet 2019, elle avait offert un prix de 158.75 francs/tonne sans pesage individualisé mais en respectant le pesage ordinaire (poids du camion plein – poids du camion vide = poids des déchets récoltés) (complément de recours du 12.10.2020, ch. 41). Pour ce même marché, c'est-à-dire sans pesage individualisé, respectivement avec seulement un pesage global, l'adjudicataire a proposé un prix de 140 francs/tonne. Dans le cadre de la procédure de recours, à connaissance des arguments de la recourante, B. _____ Sàrl, qui avait opéré l'appréciation des offres des soumissionnaires, a procédé à la simulation d'une évaluation prenant en considération ces prix (158.75, respectivement 140 francs/tonne) et un pesage global. Cette simulation arrive à la conclusion que la recourante aurait obtenu la note de 3,90 et l'adjudicataire celle de 4,23 (cf. classeur I, pièces 9b et 9c). Il en découle que même en procédant à une appréciation des offres en prenant en considération un marché « sans pesage » et le prix que la recourante affirme qu'elle aurait proposé dans cette hypothèse, l'appréciation des offres n'aurait pas abouti à une adjudication en sa faveur. L'examen de la manière dont cette simulation a été effectuée (cf. classeur I, pièce 9c) n'appelle pas d'observations de la part de la Cour de céans. Il convient aussi de relever que, après que cette simulation a été mise à disposition de la recourante, celle-ci n'a émis aucune critique ni soulevé d'argumentation à son sujet. c) Les considérations qui précèdent suffisent pour conclure que la violation du principe de transparence dont est entachée la procédure n'a pas eu d'incidence sur le résultat du marché. Par conséquent, le recours doit être rejeté.

E. 7

A titre de moyens de preuve, la recourante requiert, outre le dossier officiel de la cause, le dossier CDP.2016.101 (Y. _____ c. Commune de Milvignes), la production du dossier de l'appel d'offres de septembre (recte : juillet) 2019 ainsi que l'audition de ses organes, des organes de l'intimée et de différents témoins. L'autorité de céans ayant été en mesure de statuer sur la base du dossier remis par l'intimée, il n'est pas nécessaire de donner suite aux autres offres de preuve.

E. 8

Vu l'issue du litige, les frais relatifs au présent arrêt au fond, par 2'200 francs sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 47 al. 1 LPJA , par renvoi de l'art. 41 LCMP). Elle n'a pas droit à des dépens pour son activité en relation avec le présent arrêt au fond (art. 48 al. 1 a contrario LPJA , par renvoi de l'art. 41 LCMP). La recourante a obtenu gain de cause dans le cadre de la décision incidente du 17 septembre 2020, puisque cette décision a accordé l'effet suspensif au recours, comme elle l'avait demandé. Il y a donc lieu de lui

allouer des dépens en relation avec cette décision. En l'absence d'un mémoire d'honoraires, la Cour de céans fixe leur montant à 500 francs tout compris, à charge de l'intimée. Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens au tiers intéressé, dès lors qu'il n'est pas intervenu dans la procédure, de sorte qu'elle ne lui a pas occasionné des frais (art. 48 al. 1 LPJA , par renvoi de l'art. 41 LCMP) . Il n'y a pas non plus lieu d'allouer des dépens à l'intimée (art. 48 LPJA a contrario).

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