

NE_GERICHTE CDP.2021.230 vom 22. Dezember 2021

NE Tribunal cantonal, 2021-12-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2021.230

FR: NE_GERICHTE CDP.2021.230 du 22 décembre 2021

IT: NE_GERICHTE CDP.2021.230 del 22 dicembre 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 23.03.199 [LCMP] ; art. 35 LPJA par renvoi de l'art. 41 LCMP).

E. 2

La recourante invoque une violation du droit d'être entendue en ce sens que le dossier de la cause qui lui a été remis pour consultation – selon bordereau numéroté des pièces n o 1 à n o 13 – n'était pas complet et elle demande à pouvoir consulter « le rapport d'évaluation de A._____ du mois de mai 2021 » ainsi que « le procès-verbal de la séance tenue le 31 mai 2021 entre B._____, C._____ et D._____ exposant les circonstances exactes dans lesquelles s'est déroulée cette rencontre ». Par décision du 24 septembre 2021 à laquelle il est renvoyé, la Cour de céans a rejeté la demande de consultation de la pièce concernant « le rapport d'évaluation de A._____ du mois de mai 2021 ». Par ailleurs, il ressort du bordereau des pièces produites par l'intimée et de ses observations que la séance du 31 mai 2021 n'a pas fait l'objet d'un procès-verbal, de sorte que la pièce dont la recourante demande la consultation n'existe pas. Cela étant, le grief de la recourante doit être écarté.

E. 3

La recourante reproche à l'intimée d'avoir fondé sa décision d'adjudication sur le seul critère du prix, en violation de l'article 39 RELCMP . Selon cette disposition, le pouvoir adjudicateur motive sommairement les raisons de son choix (al. 1); la motivation de la décision d'adjudication ne peut pas être fondée sur la seule énonciation du prix, même lorsque l'adjudication s'adresse au soumissionnaire dont le prix est le plus bas et qui est en mesure de respecter les conditions de participation et de satisfaire aux conditions du marché (al. 2). Dans sa décision d'adjudication, l'intimée a relevé que « sur l'élément du prix, l'offre de Y._____ S.A. est plus favorable ». Il n'est cependant pas possible d'en conclure que le prix a été le seul critère retenu car cette mention du prix n'est pas exclusive d'autres considérations. En effet, il ressort de la décision que si l'intimée est attentive au prix, elle fonde sa décision avant tout sur le tableau d'évaluation du 7 juin 2021 préparé par A._____ Sàrl sur la base de l'examen des offres par les collaborateurs de l'intimée, en fonction des différents critères énoncés dans l'appel d'offres et leur pondération, tableau reproduit dans la décision d'adjudication. Or, le prix n'y est qu'un critère parmi quatre. L'intimée se réfère également au rapport d'évaluation du 7 juin 2021, qui recommande l'adjudication à Y._____ SA, en faisant siens les arguments et conclusions du rapport d'évaluation, lequel décrit et explique les résultats obtenus par les soumissionnaires et les différences principales entre les offres de Y._____ SA et de la recourante. Si l'on peut

admettre qu'une telle motivation n'est pas très détaillée, il faut pourtant considérer qu'elle est suffisante dans le cas d'espèce, au vu de l'exigence réduite de motivation (« sommairement »), de la présence du tableau d'évaluation et du renvoi au rapport d'évaluation du

E. 7

juin 2021. Le grief de violation de l'article 39 RE LCMP doit ainsi être rejeté.

4.a) En matière de marchés publics, le droit matériel laisse en principe une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, en particulier dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres (ATF 141 II 353 cons. 3). Si elle substitue son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, l'autorité judiciaire juge en opportunité ce qui est interdit tant par l'article 16 al. 2 AIMP que par l'article 33 let. d LPJA applicable par le renvoi de l'article 41 LCMP. L'autorité judiciaire ne peut intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision. L'autorité judiciaire doit exercer une retenue particulière lorsqu'elle revoit l'évaluation faite par le pouvoir adjudicateur de l'offre du soumissionnaire recourant, au regard des critères d'adjudication, parce qu'une telle opération suppose souvent des connaissances techniques et qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres soumises par les soumissionnaires. En pratique, le pouvoir d'examen de l'autorité judiciaire confine sur ce point à un contrôle restreint à l'arbitraire (Poltier, Droit des marchés publics, 2014, no 420, p. 269).

b) La recourante reproche à l'intimée un abus du pouvoir d'appréciation dans l'évaluation et la notation de son offre ainsi que celle du tiers intéressé, tendant à un résultat entaché d'arbitraire. Il convient d'examiner les points à propos desquels la recourante soulève ce grief. Dans cette optique, il est utile d'évoquer les points suivants, qui permettront de situer le contexte dans lequel interviennent les griefs de la recourante.

c) Le cahier des charges de l'appel d'offres expose dans son préambule que :

"Certains critères comportent un champ "remarques/propositions". Ce champ a pour seul but de permettre aux soumissionnaires de compléter le critère avec des propositions ou remarques permettant d'améliorer le critère dans le cas où ce dernier est "accepté" ou de préciser la raison du refus dans le cas où le critère est "refusé". Un critère partiellement accepté doit être marqué comme "refusé" avec une remarque indiquant ce qui est accepté et ce qui ne l'est pas."

Les remarques ou propositions ne doivent pas créer une ambiguïté ou traiter de sujets qui ne sont pas en lien direct avec le critère. Les remarques ne doivent pas non plus être utilisées afin de créer ou d'imposer un critère ou une contrainte non prévue dans les documents d'appel d'offres. Tout critère comportant une remarque contrevenant à ces règles pourra être pénalisé avec la note 1."

A la rubrique « Méthodologie » (ch. 6.2), le cahier des charges expose que le barème des notes de 0 à 5 est retenu, 0 étant la note la plus basse et 5 étant la note la plus élevée. Il définit chaque note. Ainsi, par exemple, la note 2 s'applique à l'offre « qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond que partiellement aux attentes » ; la note 3 s'applique à l'offre « qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé et dont le contenu répond aux attentes minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier » ; la note 4 s'applique à l'offre « qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un

critère fixé, dont le contenu répond aux attentes et qui présente un minimum d'avantages particuliers, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification». Il découle de ce barème que la note 3 correspond à la note standard.

5.a) La recourante fait valoir que, dans la notation aux rubriques «Frais dus au non-respect des directives» (note de 2.5) et «Rupture du contrat» (note de 2), elle a été pénalisée de manière indue, puisque ses commentaires qui accompagnent ces rubriques ne démontrent pas un manque d'aptitude de sa part mais ne font que rappeler à l'intimée que cette dernière a aussi des devoirs à respecter. Selon la recourante, il est arbitraire de la pénaliser «pour avoir formulé des remarques tendant à sensibiliser l'autorité intimée à ses propres devoirs vis-à-vis de l'adjudicataire, lequel n'est pas le seul à devoir respecter ses engagements contractuels». Elle fait valoir que pour ces deux critères, elle doit obtenir la même note que le tiers intéressé (note de 3).

b) La rubrique «Frais dus au non-respect des directives» précise que «Les frais provoqués par le non-respect du cahier des charges ou des directives sont à la charge de l'entreprise responsable. Il en va de même si le non-respect des horaires des tournées ou des instructions de transport provoque une augmentation des coûts d'élimination». Au regard de cette rubrique, la recourante a coché la case «accepté» et a inséré la remarque suivante :

"Ce point sous-entend que la faute provient du transporteur, il n'est fait nulle part mention d'une faute provenant de la commune comme par exemple la fermeture, non signalée à l'avance, d'une route occasionnant un détour, une manifestation ou une fouille rendant impossible le passage d'un véhicule, etc.

D'autre part, la commune a l'obligation de faire élaguer les arbres qui pourraient réduire le gabarit utile aux véhicules et causer ainsi des dégâts graves aux véhicules de collecte.

Si visiblement le gabarit à disposition occasionnera à coup sûr des dégâts aux véhicules, X._____ peut renoncer à desservir la rue incriminée et en informera la commune."

La rubrique «Rupture du contrat» précise que «Si les directives ainsi que les conditions acceptées dans le cahier des charges ne sont pas respectées, le contrat pourra être dénoncé et les acomptes versés à l'adjudicataire seront remboursés dans leur intégralité. Des pénalités pourront être demandées et sont à payer en sus par l'adjudicataire». Au regard de cette rubrique, la recourante a coché la case «accepté» et a inséré la remarque suivante :

"Si la commune ne respecte pas ses engagements, a des exigences qui ne correspondent pas ou plus au terme du contrat, ne respecte pas les principes de l'évidente bonne foi, X._____ se réserve le droit de mettre un terme au contrat avec effet immédiat et de réclamer des dommages-intérêts par voie de justice".

c) Dans ses observations, l'intimée relève que pour ces deux rubriques, l'attribution de la note 1 aurait été de rigueur eu égard aux précisions figurant dans le préambule du cahier des charges, mais que les évaluateurs, estimant qu'une telle notation aurait été trop sévère, ont attribué la note de 2.5, respectivement de 2. La Cour de céans observe que les remarques émises par la recourante ne permettent manifestement pas d'améliorer les critères concernés, de sorte qu'elles ne répondent pas au but visé par la possibilité de faire des remarques. Elles dénotent plutôt une certaine défiance à l'encontre de l'autorité adjudicatrice. Par ailleurs, une attitude consistant pour le soumissionnaire à rappeler à l'autorité adjudicatrice qu'elle a également des devoirs à respecter et à la sensibiliser à cet égard apparaît pour le moins incongru dans le contexte d'une réponse à un appel d'offres par

laquelle l'auteur de ces remarques vise à obtenir l'attribution du marché en question. Cela étant, l'attribution de la note de 2.5, respectivement de 2 ■ notes qui sont du reste proches de la note standard de 3 ■ reste dans les limites de la grande liberté d'appréciation qui est celle de l'intimée et n'est nullement arbitraire.

6.a) La recourante critique les notes attribuées pour la rubrique «Conditions et délai d'intervention», (note recourante : 4; note tiers intéressé : 4.5). Elle estime que la même note (soit 4 soit 4.5) doit être attribuée aux deux entreprises.

b) La rubrique «Conditions et délai d'intervention» expose que «En cas de réclamation de la Commune ou autre intervention nécessaire, le soumissionnaire s'engage dans les 8 heures ouvrables à convenir d'un délai d'intervention avec la Commune et de mettre tout en œuvre pour éliminer le défaut constaté. L'adjudicataire s'engage à prendre durant la période du contrat les mesures nécessaires pour donner une solution à l'élimination d'un ou plusieurs défaut(s) dans un délai de 2 jours calendaires après l'annonce de ce(s) dernier(s)». Au regard de cette rubrique, le tiers intéressé a inséré la remarque suivante :

"Nous avons tous les jours un ou plusieurs véhicules qui sont susceptible de se rendre une ou plusieurs fois dans la journée sur le site de E._____ à Z._____.

Donc en cas de réclamation, notre personnel est très rapidement sur place et toute situation problématique ordinaire peut être éliminer dans un délai d'une à deux heures.

De plus si par exemple le véhicule de collecte venait à tomber en panne lors de la tournée des DUC de Milvignes, nos véhicules de remplacement et/ou de réserve pourraient être dépêché sur place en moins d'une heure avec du personnel".

Pour sa part, la recourante, dans sa remarque au regard de cette rubrique, a mis en exergue la très grande disponibilité de son entreprise et le fait que le lieu de stationnement de ses véhicules ainsi que ses bureaux se situent à moins de 10 minutes de la Commune de Milvignes pour en déduire que son temps de réponse est très court. Elle en a tiré la conclusion que «Les divers points mentionnés ci-dessus nous permettent donc de nous engager dans les

E. 8

heures ouvrables à convenir d'un délai d'intervention afin de résoudre le défaut constaté. Une solution de vidange avec un délai maximum de 2 jours est tout à fait réalisable dans la mesure où les camions passent à Milvignes et nous nous engageons à tenir ces deux jours». Il ressort de cette remarque que la recourante a accepté la rubrique sans pour autant aller au-delà des exigences posées par l'intimée.

c) La recourante met en doute la capacité du tiers intéressé à intervenir dans le délai qu'il indique, compte tenu de ses autres mandats relativement éloignés de la Commune de Milvignes. L'intimée quant à elle observe que le temps de réaction indiqué lui paraît réaliste au vu de l'organisation et des moyens dont dispose le tiers intéressé. La Cour de céans relève que dans sa remarque, le tiers intéressé indique qu'il a tous les jours un ou plusieurs véhicules qui sont susceptibles de se rendre une ou plusieurs fois dans la journée sur le site de E._____ à Z._____. La recourante n'apporte aucun élément qui permettrait de mettre cette affirmation en doute et, en particulier, elle n'expose pas en quoi le fait d'avoir des mandats relativement éloignés de Milvignes serait incompatible avec le fait d'avoir tous les jours un ou plusieurs véhicules susceptibles de se rendre sur le site de E._____, situé sur la Commune de Milvignes. Cela étant, le dossier ne renferme aucun élément qui

permettrait de mettre en doute les affirmations du tiers intéressé.

La recourante fait valoir qu'elle-même est aussi en mesure d'intervenir dans des délais plus courts que ceux indiqués dans son offre, lesquels par précaution comprennent une marge de manœuvre. La Cour de céans relève à cet égard qu'il est indifférent qu'une intervention de la recourante plus rapide que celle indiquée soit possible. En effet, seul compte l'offre telle qu'elle a été remise et à cet égard, la recourante s'est limitée à reprendre les exigences de la commune. La prise en compte dans le cadre de l'évaluation de l'offre d'un temps d'intervention plus court que celui indiqué, même s'il est possible selon les dires de la recourante, représenterait une modification de l'offre, ce qui n'est pas admissible.

d) Les éléments qui précèdent ne permettent pas de considérer que l'appréciation faite par l'intimée en attribuant la note de 4.5 au tiers intéressé et celle de 4 à la recourante dépasserait les limites de la grande liberté d'appréciation dont elle dispose.

7.a) S'agissant de la rubrique «Contrôle et mise en place», la recourante fait valoir qu'elle a proposé une rencontre avec les responsables pour faire le point et discuter d'éventuelles améliorations à mettre en place s'agissant du calibrage des temps de collecte, et qu'ainsi elle a présenté des propositions concrètes pour offrir un service de qualité et répondre au mieux aux attentes de l'intimée, ce qui aurait dû se répercuter dans la note attribuée. Cela étant, elle considère comme arbitraire que l'intimée lui ait attribué la même note qu'au tiers intéressé (note de 3) et elle est d'avis qu'il aurait été justifié de lui attribuer un demi-point supplémentaire par rapport à la note attribuée au tiers intéressé, lequel n'a fait aucune proposition à cette rubrique.

La rubrique « Contrôle et mise en place » prévoit que «Un calibrage des temps de collecte sera effectué régulièrement de manière à correspondre à la réalité sur le terrain. Le calibrage se déroulera en principe : 3 mois après la mise en place du contrat; 6 mois après la mise en place du contrat; lors de chaque modification conséquente de la collecte; à la fin de chaque année civile pour l'année civile suivante». Au regard de cette rubrique, la recourante a inséré la remarque suivante : «Nous souhaitons que les calibrages aient lieu et souhaitons rencontrer les responsables afin de faire le point et discuter des éventuelles améliorations à mettre en place». Dans ses observations, l'intimée relève à ce propos que «l'annonce de vouloir effectuer des calibrages, qui sont par ailleurs une prestation demandée selon le cahier des charges, n'amène aucun avantage particulier pour la commune. Identiquement, ce sont des propositions concrètes d'améliorations qui sont susceptibles de constituer un avantage se traduisant en une meilleure notation, et non le souhait annoncé de vouloir en discuter». La Cour de céans observe que la remarque de la recourante ne fait que confirmer l'exigence figurant dans le cahier des charges à la rubrique à laquelle elle se rapporte et qu'elle n'apporte aucune proposition d'amélioration. Cela étant, il apparaît que l'attribution de la note 3, soit la note standard, reste dans les limites de la grande liberté d'appréciation qui est celle de l'intimée et n'est nullement arbitraire.

8.a) Pour ce qui a trait à la rubrique «Exactitude des données» (note de 3), la recourante met en avant qu'elle a offert une proposition d'amélioration en mettant à disposition le moyen de vérifier en temps réel la collecte des déchets. Elle estime qu'il aurait ainsi été justifié de lui attribuer un demi-point supplémentaire par rapport au tiers intéressé, qui a obtenu la même note qu'elle, sans former aucune proposition.

La rubrique «Exactitude des données» exige que «Le soumissionnaire doit garantir l'exactitude des données de pesage (balances et données informatiques transférées). Il sera

tenu comme responsable des données fournies. En cas d'inexactitudes, les frais de vérification, de certification, d'administration et de traitement ultérieur des données seront à entièrement à sa charge». Au regard de cette rubrique, la recourante a indiqué que les balances étaient vérifiées annuellement et a indiqué la date de la dernière vérification. Elle a aussi exposé la manière dont intervenait le transfert des données. Enfin, elle a indiqué que «De plus, X. _____ offre à la commune, un accès direct dédié à la plateforme KoCo Online afin de vérifier en temps réel la collecte des déchets». A ce propos, l'intimée relève dans ses observations que «le fait d'utiliser une plateforme permettant de visionner en temps réel la collecte des déchets ne rend pas les données y relatives plus exactes». Elle conclut que la notation des soumissionnaires est cohérente. La Cour de céans constate que, eu égard à la finalité des remarques qui, aux termes du cahier des charges, est «de compléter le critère avec des propositions ou remarques permettant d'améliorer le critère», la possibilité offerte de pouvoir visionner en temps réel la collecte des déchets est étrangère au critère en cause, qui est celui de l'exactitude des données. Comme le relève pertinemment l'intimée, on ne voit pas en quoi le fait de pouvoir «vérifier en temps réel la collecte des déchets» permettrait d'améliorer l'exactitude des données. Or, la proposition de la recourante a trait non pas à la qualité de l'information mais au moment où celle-ci est disponible. Sur ce point aussi, il apparaît que l'attribution de la note 3, soit la note standard, tant à la recourante qu'au tiers intéressé reste dans les limites de la grande liberté d'appréciation qui est celle de l'intimée et n'est nullement arbitraire.

9.a) La recourante souligne aussi que le tiers intéressé a obtenu un point complémentaire pour sa proposition «Organisation, nettoyage et désinfection des conteneurs par la même entreprise». Elle fait valoir qu'elle-même a formulé le même type de proposition sous la rubrique «Consignes de collecte» en s'engageant à signaler à la commune les sacs non officiels vus autour des containers et en s'engageant aussi à garantir une propreté après son passage et à ramasser des éventuels déchets au sol. Elle estime qu'il est arbitraire d'accorder un point complémentaire au tiers intéressé alors qu'elle-même a offert la même prestation sans obtenir de point pour sa proposition. Elle est d'avis que l'égalité de traitement impose d'accorder la même notation aux deux soumissionnaires, que ce soit un point chacun ou aucun point aux deux.

b) Le cahier des charges, prévoit à la rubrique «Propositions du soumissionnaire», que le soumissionnaire peut faire des propositions supplémentaires non mentionnées dans le cahier des charges qui pourraient, par exemple, améliorer le service. Ces propositions, pour autant qu'elles soient considérées comme pertinentes, pourront donner lieu à une amélioration de la note. Dans ce cadre, le tiers intéressé a proposé d'organiser et d'effectuer lui-même le nettoyage et la désinfection des conteneurs enterrés et semi-enterrés, relevant que cela évitera à la commune de devoir se coordonner avec plusieurs interlocuteurs pour organiser le nettoyage annuel. L'intimée ayant retenu cette proposition, le tiers intéressé a bénéficié d'un point supplémentaire. La recourante fait valoir qu'elle avait formulé le même type de proposition sous la rubrique «Consignes de collecte», en indiquant : «si nous voyons des sacs non officiels autour des containers, ceux-ci seront signalés à la Commune. Nous nous engageons également à garantir une propreté après notre passage et si des déchets sont au sol à le ramasser. Si le travail de nettoyage autour des containers, devient trop important nous avertirons la commune des lieux posant problème». Elle en conclut qu'il est arbitraire d'accorder au tiers intéressé un point complémentaire pour sa proposition alors qu'elle a offert la même prestation sans obtenir de point pour cette proposition. La Cour de céans

observe que le libellé de la rubrique «Consignes de collecte» est le suivant : «Le soumissionnaire devra mettre de côté les sacs non officiels dans les conteneurs et le signaler au plus vite à la Commune de Milvignes afin qu'elle puisse dénoncer les contrevenants». Par ailleurs, le cahier des charges indique, sous chiffre 2 «Objet du marché», que «Concernant le nettoyage des lieux de dépôt, lors de la tournée de collecte 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». Cela étant, force est de constater que la remarque inscrite par la recourante dans la rubrique «Consignes de collecte» porte sur un objet ■ le nettoyage courant des lieux de dépôt ■ tout à fait différent de la proposition faite par le tiers intéressé ■ nettoyage et désinfection annuelle des conteneurs. Par ailleurs, la recourante ne fait que reprendre les indications de la rubrique d'■une part et les exigences formulées par le cahier des charges d'■autre part. La Cour de céans peine à comprendre comment la recourante peut ainsi prétendre à un point supplémentaire pour sa «proposition». A tout le moins, en retenant la proposition faite par le tiers intéressé et en ne tenant pas compte de la «proposition» faite par la recourante, il ne paraît pas que l'intimée aurait dépassé les limites de la grande liberté d'appréciation qui est la sienne.

10. Concernant la rubrique «Tournée», la recourante conteste la note de 3.5 attribuée au tiers intéressé. Constatant que ce dernier a indiqué être «à disposition s'il faut vidanger des conteneurs 800 litres supplémentaires sur appel, comme cela peut être le cas en été aux abords du port», elle fait valoir qu'il ne s'agit pas là de l'objet du marché avec une éventuelle proposition d'amélioration et qu'elle-même aurait aussi pu formuler une pareille remarque, de sorte que c'est de manière arbitraire que l'intimée a accordé au tiers intéressé un demi-point supplémentaire par rapport à la moyenne. Sous cette rubrique, l'intimée aurait dû attribuer au tiers intéressé la note de 3. A ce propos, l'intimée a d'abord rappelé dans ses observations que «les soumissionnaires étaient invités à proposer, le cas échéant en option pour le pouvoir adjudicateur, des services complémentaires à ceux visés strictement par le descriptif des prestations dans le cahier des charges, démontrant par là une disponibilité accrue». Elle a ensuite exposé que «les services en ce sens proposés par l'adjudicataire, qui offre de se charger d'un ramassage complémentaire des containers au port, sont d'un réel intérêt pour la commune», de sorte qu'une différence de notation est justifiée. Cette argumentation est convaincante. Il est indifférent de savoir si la recourante aurait elle aussi pu formuler une pareille remarque : il suffit de constater qu'elle ne l'a pas fait, tout en rappelant qu'une modification de l'offre après son dépôt n'est pas admissible. Il ne paraît pas que l'intimée, en prenant en compte la disponibilité démontrée par le tiers intéressé pour répondre à des besoins ponctuels en matière de collecte des déchets urbains, aurait dépassé les limites de sa liberté d'appréciation en attribuant la note de 3.5.

11.a) La recourante exprime son scepticisme quant au caractère anonyme de l'évaluation menée le 31 mai 2021 par deux collaborateurs de l'intimée en compagnie d'un représentant de A. _____ Sàrl. Elle ne s'explique pas comment une séance peut être considérée comme anonymisée en présence d'une personne ayant parfaitement connaissance du dossier et pouvant ainsi intervenir au cours des échanges tenus. La recourante fait aussi valoir qu'elle est le seul transporteur à bénéficier de véhicules électriques, ce qui ■ cette particularité étant bien connue des milieux intéressés ■ ne permet pas de retenir que cette séance a été menée en toute objectivité puisque les participants savaient nécessairement que l'offre en lien avec les véhicules électriques était formée par la recourante et qu'ils pouvaient

ainsi se déterminer en toute connaissance de cause. Il semble que par ces griefs, la recourante entende démontrer un abus de pouvoir dans l'évaluation de son offre telle qu'elle a été effectuée par les deux collaborateurs de l'intimée et qui est à la base de la décision d'adjudication en faveur du tiers intéressé.

b) Il ressort du dossier (pièce no10, courriel du 08.06.2021) que l'intimée, ayant été informée que le résultat de l'évaluation menée par A. _____ Sàrl aboutissait à une égalité de points entre la recourante et le tiers intéressé, a souhaité qu'une nouvelle évaluation soit réalisée. Celle-ci a eu lieu le 31 mai 2021 par deux collaborateurs de l'intimée et le représentant de A. _____ Sàrl. L'examen du tableau d'évaluation établi à cette occasion (pièce no10, tableau d'évaluation en 21 pages) permet de constater qu'en vue de cette évaluation, les éléments (réponses, remarques, propositions) fournis par la recourante et le tiers intéressé ont été répartis de manière aléatoire tantôt dans la colonne de gauche et tantôt dans la colonne de droite et que les noms permettant une identification des soumissionnaires ont été anonymisés. Ainsi, si comme le relève la recourante, des personnes informées pouvaient identifier l'auteur des commentaires pour les rubriques nécessitant de faire références à des véhicules électriques (à l'examen de l'évaluation, il s'avère qu'il n'y en a qu'une seule), la répartition aléatoire dans les colonnes ne permettait en aucun cas à de telles personnes de tirer des conclusions quant à l'identité du soumissionnaire auteur des commentaires et remarques pour les autres rubriques. En ce qui concerne le grief relatif à la présence d'un représentant de A. _____ Sàrl, la recourante ne présente aucun élément, et il n'en ressort pas non plus du dossier, permettant de retenir qu'au cours de la séance du 31 mai 2021, cette personne se serait départie du sérieux et de l'indépendance pouvant être attendue d'un mandataire professionnel et qu'elle n'aurait pas gardé à cette occasion la stricte neutralité exigée par la nouvelle évaluation voulue par l'intimée. Enfin, l'examen du dossier permet de comprendre qu'après la séance du 31 mai 2021, A. _____ Sàrl a repris le tableau d'évaluation effectué «à l'aveugle» par les deux collaborateurs de l'intimée pour procéder à sa consolidation, c'est-à-dire attribuer à chaque soumissionnaire nommément l'évaluation faite de manière anonyme pour chacun des critères. Il en est résulté le tableau d'évaluation de 26 pages daté du 7 juin 2021 que A. _____ Sàrl a joint à son rapport d'évaluation daté du même jour.

c) Il n'est ainsi pas possible de retenir que l'intimée aurait abusé de son pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'évaluation de l'offre de la recourante. Son grief doit être rejeté.

12.a) La recourante évoque enfin les conflits judiciaires qui l'ont opposée et l'opposent à l'intimée. Elle relève que l'un deux a abouti au constat par le Tribunal fédéral du caractère illicite de l'adjudication d'un marché par l'intimée au tiers intéressé et que suite à cet arrêt, elle a déposé une demande d'indemnisation contre l'intimée, affaire actuellement pendante devant la Cour de céans. Elle est d'avis que ceci porte à croire que l'évaluation et le choix final opérés dans le marché public objet de la présente procédure se fondent en réalité sur des éléments écartant toute objectivité dans l'analyse menée. Elle exprime ainsi son impression qu'elle sera constamment défavorisée par rapport à d'autres soumissionnaires dans le cadre d'appels d'offres lancés par l'intimée, compte tenu du passé qui existe entre les parties. Elle demande à ce propos la réquisition de différents dossiers de la Cour de céans et du Tribunal fédéral.

b) La Cour de céans, tout en prenant acte de l'impression subjective exprimée par la recourante, constate qu'elle n'est étayée par aucun élément objectif. L'examen du

dossier tend plutôt à mettre en lumière le souci de l'intimée de garantir l'objectivité des procédures d'appel d'offres dont elle est l'initiatrice, sans se laisser influencer par les précédentes procédures auxquelles a participé la recourante. C'est ainsi qu'elle a fait appel aux services d'un mandataire externe professionnel spécialisé dans l'accompagnement des processus de marchés publics. Il faut aussi mentionner qu'aux termes de l'article 38 al. 2 RELCMP, lorsque deux soumissionnaires ou plus sont à égalité parfaite au terme de l'analyse des offres, le pouvoir adjudicateur décide librement du soumissionnaire qui sera l'adjudicataire du marché. En l'espèce, l'égalité parfaite à laquelle A. _____ Sàrl était parvenue après avoir procédé à l'évaluation des offres aurait légitimé l'intimée à décider librement de l'adjudication du marché. Elle n'en a cependant rien fait mais a demandé qu'il soit procédé à une nouvelle évaluation des offres par deux de ses collaborateurs. Enfin, cette nouvelle évaluation a été faite sur la base d'un document anonymisé ne permettant pas de reconnaître l'auteur des réponses, remarques et propositions faites (cf. cons. 11).

13. Les considérants qui précèdent amènent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée.

14. La Cour de céans ayant été en mesure de statuer sur la base du dossier, il n'est pas nécessaire de donner suite aux réquisitions de preuve de la recourante.

15. La recourante qui succombe doit supporter les frais de la procédure (art. 47 al. 1 LPJA par renvoi de l'art. 41 LCMP), fixés à 2'200 francs, compensés par son avance, ainsi que les frais de la décision du 26 août 2021 (effet suspensif) fixés à 880 francs, et les frais de la décision du 24 septembre 2021 (consultation d'une pièce du dossier) fixés à 880 francs. Elle ne peut pas prétendre à une indemnité de dépens (art. 48 al. 1 LPJA par renvoi de l'art. 41 LCMP). Le tiers intéressé a procédé sans l'intervention d'un mandataire professionnel et il n'a pas prétendu que son intervention lui aurait occasionné des frais particuliers, de sorte qu'il n'a pas droit à des dépens (art. 48 al. 1 LPJA par renvoi de l'art. 41 LCMP). L'intimée, chargée d'une tâche de droit public, n'a pas droit à des dépens (art. 48 al. 1 LPJA a contrario par renvoi de l'art. 41 LCMP); arrêt du TF du 10.10.2011 [2C_446/2011] cons. 2; RJN 2007, p. 209 cons. 7b).

Par ces motifs, La Cour de droit public

1. Rejette le recours.

2. Met à la charge de la recourante les frais de la procédure par 2'200 francs, les frais de la décision du 26 août 2021 (effet suspensif) par 880 francs et les frais de la décision du 24 septembre 2021 (consultation d'une pièce du dossier) par 880 francs, montants partiellement compensés par son avance.

3. N'alloue pas de dépens.

Neuchâtel, le 22 décembre 2021

E. 9

a) La recourante souligne aussi que le tiers intéressé a obtenu un point complémentaire pour sa proposition « Organisation, nettoyage et désinfection des conteneurs par la même entreprise ». Elle fait valoir qu'elle-même a formulé le même type de proposition sous la rubrique « Consignes de collecte » en s'engageant à signaler à la commune les sacs non officiels vus autour des containers et en s'engageant aussi à garantir une propreté après son passage et à ramasser des éventuels déchets au sol. Elle estime qu'il est arbitraire d'accorder

un point complémentaire au tiers intéressé alors qu'elle-même a offert la même prestation sans obtenir de point pour sa proposition. Elle est d'avis que l'égalité de traitement impose d'accorder la même notation aux deux soumissionnaires, que ce soit un point chacun ou aucun point aux deux. b) Le cahier des charges, prévoit à la rubrique « Propositions du soumissionnaire », que le soumissionnaire peut faire des propositions supplémentaires non mentionnées dans le cahier des charges qui pourraient, par exemple, améliorer le service. Ces propositions, pour autant qu'elles soient considérées comme pertinentes, pourront donner lieu à une amélioration de la note. Dans ce cadre, le tiers intéressé a proposé d'organiser et d'effectuer lui-même le nettoyage et la désinfection des conteneurs enterrés et semi-enterrés, relevant que cela évitera à la commune de devoir se coordonner avec plusieurs interlocuteurs pour organiser le nettoyage annuel. L'intimée ayant retenu cette proposition, le tiers intéressé a bénéficié d'un point supplémentaire. La recourante fait valoir qu'elle avait formulé le même type de proposition sous la rubrique « Consignes de collecte », en indiquant : « si nous voyons des sacs non officiels autour des containers, ceux-ci seront signalés à la Commune. Nous nous engageons également à garantir une propreté après notre passage et si des déchets sont au sol à le ramasser. Si le travail de nettoyage autour des containers, devient trop important nous avertirons la commune des lieux posant problème ». Elle en conclut qu'il est arbitraire d'accorder au tiers intéressé un point complémentaire pour sa proposition alors qu'elle a offert la même prestation sans obtenir de point pour cette proposition. La Cour de céans observe que le libellé de la rubrique « Consignes de collecte » est le suivant : « Le soumissionnaire devra mettre de côté les sacs non officiels dans les conteneurs et le signaler au plus vite à la Commune de Milvignes afin qu'elle puisse dénoncer les contrevenants ». Par ailleurs, le cahier des charges indique, sous chiffre 2 « Objet du marché », que « Concernant le nettoyage des lieux de dépôt, lors de la tournée de collecte 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 ». Cela étant, force est de constater que la remarque inscrite par la recourante dans la rubrique « Consignes de collecte » porte sur un objet – le nettoyage courant des lieux de dépôt – tout à fait différent de la proposition faite par le tiers intéressé – nettoyage et désinfection annuelle des conteneurs. Par ailleurs, la recourante ne fait que reprendre les indications de la rubrique d'une part et les exigences formulées par le cahier des charges d'autre part. La Cour de céans peine à comprendre comment la recourante peut ainsi prétendre à un point supplémentaire pour sa « proposition ». A tout le moins, en retenant la proposition faite par le tiers intéressé et en ne tenant pas compte de la « proposition » faite par la recourante, il ne paraît pas que l'intimée aurait dépassé les limites de la grande liberté d'appréciation qui est la sienne.

E. 10

Concernant la rubrique « Tournée », la recourante conteste la note de 3.5 attribuée au tiers intéressé. Constatant que ce dernier a indiqué être « à disposition s'il faut vidanger des conteneurs 800 litres supplémentaires sur appel, comme cela peut être le cas en été aux abords du port », elle fait valoir qu'il ne s'agit pas là de l'objet du marché avec une éventuelle proposition d'amélioration et qu'elle-même aurait aussi pu formuler une pareille remarque, de sorte que c'est de manière arbitraire que l'intimée a accordé au tiers intéressé un demi-point supplémentaire par rapport à la moyenne. Sous cette rubrique, l'intimée aurait dû attribuer au tiers intéressé la note de 3. A ce propos, l'intimée a d'abord rappelé dans ses observations que « les soumissionnaires étaient invités à proposer, le cas échéant

en option pour le pouvoir adjudicateur, des services complémentaires à ceux visés strictement par le descriptif des prestations dans le cahier des charges, démontrant par là une disponibilité accrue ». Elle a ensuite exposé que « les services en ce sens proposés par l'adjudicataire, qui offre de se charger d'un ramassage complémentaire des containers au port, sont d'un réel intérêt pour la commune », de sorte qu'une différence de notation est justifiée. Cette argumentation est convaincante. Il est indifférent de savoir si la recourante aurait elle aussi pu formuler une pareille remarque : il suffit de constater qu'elle ne l'a pas fait, tout en rappelant qu'une modification de l'offre après son dépôt n'est pas admissible. Il ne paraît pas que l'intimée, en prenant en compte la disponibilité démontrée par le tiers intéressé pour répondre à des besoins ponctuels en matière de collecte des déchets urbains, aurait dépassé les limites de sa liberté d'appréciation en attribuant la note de 3.5.

E. 11

a) La recourante exprime son scepticisme quant au caractère anonyme de l'évaluation menée le 31 mai 2021 par deux collaborateurs de l'intimée en compagnie d'un représentant de A. _____ Sàrl. Elle ne s'explique pas comment une séance peut être considérée comme anonymisée en présence d'une personne ayant parfaitement connaissance du dossier et pouvant ainsi intervenir au cours des échanges tenus. La recourante fait aussi valoir qu'elle est le seul transporteur à bénéficier de véhicules électriques, ce qui – cette particularité étant bien connue des milieux intéressés – ne permet pas de retenir que cette séance a été menée en toute objectivité puisque les participants savaient nécessairement que l'offre en lien avec les véhicules électriques était formée par la recourante et qu'ils pouvaient ainsi se déterminer en toute connaissance de cause. Il semble que par ces griefs, la recourante entende démontrer un abus de pouvoir dans l'évaluation de son offre telle qu'elle a été effectuée par les deux collaborateurs de l'intimée et qui est à la base de la décision d'adjudication en faveur du tiers intéressé. b) Il ressort du dossier (pièce n o 10, courriel du 08.06.2021) que l'intimée, ayant été informée que le résultat de l'évaluation menée par A. _____ Sàrl aboutissait à une égalité de points entre la recourante et le tiers intéressé, a souhaité qu'une nouvelle évaluation soit réalisée. Celle-ci a eu lieu le 31 mai 2021 par deux collaborateurs de l'intimée et le représentant de A. _____ Sàrl. L'examen du tableau d'évaluation établi à cette occasion (pièce n o 10, tableau d'évaluation en 21 pages) permet de constater qu'en vue de cette évaluation, les éléments (réponses, remarques, propositions) fournis par la recourante et le tiers intéressé ont été répartis de manière aléatoire tantôt dans la colonne de gauche et tantôt dans la colonne de droite et que les noms permettant une identification des soumissionnaires ont été anonymisés. Ainsi, si comme le relève la recourante, des personnes informées pouvaient identifier l'auteur des commentaires pour les rubriques nécessitant de faire références à des véhicules électriques (à l'examen de l'évaluation, il s'avère qu'il n'y en a qu'une seule), la répartition aléatoire dans les colonnes ne permettait en aucun cas à de telles personnes de tirer des conclusions quant à l'identité du soumissionnaire auteur des commentaires et remarques pour les autres rubriques. En ce qui concerne le grief relatif à la présence d'un représentant de A. _____ Sàrl, la recourante ne présente aucun élément, et il n'en ressort pas non plus du dossier, permettant de retenir qu'au cours de la séance du 31 mai 2021, cette personne se serait départie du sérieux et de l'indépendance pouvant être attendue d'un mandataire professionnel et qu'elle n'aurait pas gardé à cette occasion la stricte neutralité exigée par la nouvelle évaluation voulue par l'intimée. Enfin, l'examen du dossier permet de comprendre qu'après la séance du 31 mai 2021, A. _____ Sàrl a repris le tableau d'évaluation effectué « à l'aveugle » par les deux collaborateurs de l'intimée pour procéder à sa consolidation, c'est-à-dire attribuer à chaque

soumissionnaire nommément l'évaluation faite de manière anonyme pour chacun des critères. Il en est résulté le tableau d'évaluation de 26 pages daté du 7 juin 2021 que A. _____ Sàrl a joint à son rapport d'évaluation daté du même jour. c) Il n'est ainsi pas possible de retenir que l'intimée aurait abusé de son pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'évaluation de l'offre de la recourante. Son grief doit être rejeté.

E. 12

a) La recourante évoque enfin les conflits judiciaires qui l'ont opposée et l'opposent à l'intimée. Elle relève que l'un deux a abouti au constat par le Tribunal fédéral du caractère illicite de l'adjudication d'un marché par l'intimée au tiers intéressé et que suite à cet arrêt, elle a déposé une demande d'indemnisation contre l'intimée, affaire actuellement pendante devant la Cour de céans. Elle est d'avis que ceci porte à croire que l'évaluation et le choix final opérés dans le marché public objet de la présente procédure se fondent en réalité sur des éléments écartant toute objectivité dans l'analyse menée. Elle exprime ainsi son impression qu'elle sera constamment défavorisée par rapport à d'autres soumissionnaires dans le cadre d'appels d'offres lancés par l'intimée, compte tenu du passé qui existe entre les parties. Elle demande à ce propos la réquisition de différents dossiers de la Cour de céans et du Tribunal fédéral. b) La Cour de céans, tout en prenant acte de l'impression subjective exprimée par la recourante, constate qu'elle n'est étayée par aucun élément objectif. L'examen du dossier tend plutôt à mettre en lumière le souci de l'intimée de garantir l'objectivité des procédures d'appel d'offres dont elle est l'initiatrice, sans se laisser influencer par les précédentes procédures auxquelles a participé la recourante. C'est ainsi qu'elle a fait appel aux services d'un mandataire externe professionnel spécialisé dans l'accompagnement des processus de marchés publics. Il faut aussi mentionner qu'aux termes de l'article 38 al. 2 RELCMP, lorsque deux soumissionnaires ou plus sont à égalité parfaite au terme de l'analyse des offres, le pouvoir adjudicateur décide librement du soumissionnaire qui sera l'adjudicataire du marché. En l'espèce, l'égalité parfaite à laquelle A. _____ Sàrl était parvenue après avoir procédé à l'évaluation des offres aurait légitimé l'intimée à décider librement de l'adjudication du marché. Elle n'en a cependant rien fait mais a demandé qu'il soit procédé à une nouvelle évaluation des offres par deux de ses collaborateurs. Enfin, cette nouvelle évaluation a été faite sur la base d'un document anonymisé ne permettant pas de reconnaître l'auteur des réponses, remarques et propositions faites (cf. cons. 11).

E. 13

Les considérants qui précèdent amènent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée.

E. 14

La Cour de céans ayant été en mesure de statuer sur la base du dossier, il n'est pas nécessaire de donner suite aux réquisitions de preuve de la recourante.

E. 15

La recourante qui succombe doit supporter les frais de la procédure (art. 47 al. 1 LPJA par renvoi de l'art. 41 LCMP), fixés à 2'200 francs, compensés par son avance, ainsi que les frais de la décision du 26 août 2021 (effet suspensif) fixés à 880 francs, et les frais de la décision du 24 septembre 2021 (consultation d'une pièce du dossier) fixés à 880 francs. Elle ne peut pas prétendre à une indemnité de dépens (art. 48 al. 1 LPJA par renvoi de l'art. 41 LCMP). Le tiers intéressé a procédé sans l'intervention d'un mandataire professionnel et il

n'a pas prétendu que son intervention lui aurait occasionné des frais particuliers, de sorte qu'il n'a pas droit à des dépens (art. 48 al. 1 LPJA par renvoi de l'art. 41 LCMP). L'intimée, chargée d'une tâche de droit public, n'a pas droit à des dépens (art. 48 al. 1 LPJA a contrario par renvoi de l'art. 41 LCMP); arrêt du TF du 10.10.2011 [2C_446/2011] cons. 2; RJN 2007, p. 209 cons. 7b).

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