

NE_GERICHTE CDP.2022.165 vom 15. August 2022

NE Tribunal cantonal, 2022-08-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2022.165

FR: NE_GERICHTE CDP.2022.165 du 15 août 2022

IT: NE_GERICHTE CDP.2022.165 del 15 agosto 2022

Erwägungen

E. 1

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est à ce titre recevable (art. 15 AIMP ; 42 al. 2 let. e, 43 al. 1 LCMP).

E. 2

a) Le principe de la transparence, ancré à l'article 1 al. 2 let. c LCMP , est une condition indispensable au contrôle du respect de l'application de la loi et du bon déroulement des procédures. Il vise à permettre aux participants de connaître à l'avance les diverses étapes de la procédure et leur contenu en leur fournissant toutes les informations minimales et utiles afin de pouvoir présenter une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur. Conformément au principe de transparence, les critères de qualification et d'adjudication doivent être énoncés tout en indiquant leur poids respectif. Il incombe au pouvoir adjudicateur, d'une part, d'arrêter par avance, soit dans l'appel d'offres, soit dans les documents de soumission, les critères qu'il entend appliquer. Les critères d'adjudication doivent être indiqués selon leur pondération en pour-cent ou au moins dans leur ordre d'importance (art. 13a al. 1, 17 let. n et 18 let. j LCMP ; 38 al. 1 RELCMP). Le principe de transparence exige en outre que le pouvoir adjudicateur se conforme dans la suite de la procédure aux conditions du marché qu'il a préalablement annoncées; en particulier, le pouvoir adjudicateur ne peut pas, après le dépôt des offres, modifier d'une manière ou d'une autre les critères d'adjudication, leur ordre d'importance ou leur pondération respective (arrêt du TAF du 24.10.2014 [B-4071/2014] cons. 7.3.1 et les références citées). Sous cet angle, le principe de transparence se rapproche du principe de la protection de la bonne foi (art. 9 Cst. féd.), qui prohibe les comportements contradictoires, mais aussi du principe de non-discrimination; en effet, lorsque le pouvoir adjudicateur s'écarte des "règles du jeu" qu'il s'est fixées, il adopte un comportement qui se rapproche d'une manipulation, typiquement discriminatoire, du résultat du marché (Poltier , Droit des marchés publics, 2014, p. 161). L'appel d'offres et, par conséquent, le contenu des documents d'appel d'offres constituent des éléments déterminants de la procédure des marchés publics. En effet, l'appel d'offres est l'acte qui ouvre la procédure de marchés publics et constitue une décision susceptible de recours au sens du droit suisse (art. 42 al. 2 let. a LCMP). Ces documents doivent comporter un cahier des charges, lequel doit être clair et complet, ce qui contribue à rendre les offres comparables entre elles. L'adjudicateur doit en principe assumer les conséquences d'un manquement y relatif, même si les soumissionnaires ont de leur côté un devoir de poser des questions lorsque les documents de l'appel d'offres ne sont pas clairs, devoir qui ne saurait toutefois être défini de manière trop large. Les documents d'appel d'offres s'imposent non seulement au soumissionnaire, mais également, en principe, au pouvoir adjudicateur qui se trouve lié par leur contenu et n'est pas libre de les modifier comme il l'entend après leur publication. Il est dès lors essentiel

que l'autorité adjudicatrice décrive soigneusement l'objet du marché et les conditions qui lui sont applicables, ce qui implique qu'elle ait procédé à une définition précise de ses besoins. Concrètement, cela suppose que le cahier des charges contienne, en principe à tout le moins, un descriptif des prestations demandées, qui doit être clair et complet; à défaut surgiront des problèmes pour la suite de la procédure de soumission, notamment sur le plan de la comparabilité des diverses offres en présence (RJN 2011, p. 403 cons. 4a). L'expérience montre que les dossiers d'appel d'offres contiennent fréquemment des erreurs de texte, des imprécisions voire des contradictions. Selon certains auteurs, cela peut s'expliquer par la diversité et la complexité des marchés à mettre en soumission et le volume souvent important de documents à rédiger. Ces lacunes ne sont donc pas toutes opposables au pouvoir adjudicateur. En effet, les soumissionnaires omettent souvent de poser des questions avant le dépôt des offres, quand bien même ils ont le droit de le faire afin de mieux comprendre ou cerner les exigences des adjudicateurs ou de lever certains doutes, erreurs ou contradictions sur des textes peu clairs ou pas forcément harmonisés (RDAF 2019 I p. 694, p. 701). b) L'article 22 al. 4 LCMP prévoit que l'offre ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai. Cette disposition consacre le principe dit de l'intangibilité des offres, qui découle de l'interdiction des rounds de négociation (Galli/Moser/Lang/Steiner , Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3 e éd., 2013, p. 312 ss). Ce principe signifie qu'une offre ne peut pas être modifiée, complétée ou corrigée une fois déposée par le soumissionnaire et ne doit en principe s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (ATF 141 II 353 cons. 8.2.2; Brahier , Offre et contrat : vérification, épuration, rectification et négociation, in : Marchés Publics 2018, Zufferey/Beyeler/Scherler éd., vol. 36, p. 279). En revanche, les erreurs évidentes de calcul et d'écritures sont corrigées avant que ne soit dressé un premier tableau comparatif (art. 29 al. 1 LCMP). En outre, le pouvoir adjudicateur peut inviter le soumissionnaire à fournir par écrit des explications complémentaires et organise au besoin des séances de clarification à cet effet (art. 29 al. 2 LCMP). La distinction entre ce qui relève de la correction des erreurs et de la clarification des offres (admissible) et ce qui ressortit à la modification des offres contraire au principe de l'intangibilité peut se révéler délicate (cf. ATF 141 II 353 cons. 8.2.2 et les références citées). C'est la raison pour laquelle les discussions doivent faire l'objet d'un procès-verbal précis (Galli/Moser/Lang/Steiner , op. cit., 2013, p. 314). A tout le moins, l'opération de clarification ne doit pas entraîner de modifications matérielles des offres à l'instar d'une modification des prix, de l'octroi de remises ou rabais nouveaux, ou de modifications du contenu de la prestation offerte ou des modalités de son exécution. En particulier, le pouvoir adjudicateur ne peut pas demander au soumissionnaire de modifier son offre si celle-ci ne respecte pas une exigence du cahier des charges (Brahier , op. cit., p. 292). Il s'agit en dernier ressort d'empêcher des comportements interdits qui, pour le moins, éveillent le soupçon que certains soumissionnaires bénéficient d'avantages indus (arrêt du TF du 25.03.2020 [2D_33/2019] cons. 3.1 et la référence citée). Aussi, les éclaircissements d'un soumissionnaire quant à son offre ne doivent pas entraîner une modification de celle-ci. Il est par exemple possible à un soumissionnaire de corriger une erreur de calcul ou à l'adjudicateur de demander des informations complémentaires, pour autant que cela ne conduise pas à la modification des bases de l'offre ou des prix (Zufferey/Maillard/Michel , Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p.123, 238 et les références citées; JAAC 62/II no 32 II cons.3b). L'offre doit être complète. Une offre est incomplète, faute d'indications du prix de certaines prestations demandées, qui sont pourtant importantes quantitativement et

qualitativement. En revanche, le fait de ne pas remplir une position ne conduit pas nécessairement à l'exclusion du soumissionnaire (Brahier , op. cit., p. 283 et les références citées). c) Pour autant qu'il respecte les principes de transparence, d'égalité de traitement, d'interdiction de discrimination et de libre concurrence décrits ci-dessus, 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. 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.

E. 3

La recourante conteste l'appréciation faite par l'intimé du sous-critère relatif à la planification des travaux, la proposition de phases de travaux et le respect des délais. Elle estime que le dossier de soumission contient des contradictions, puisque les conditions générales du maître de l'ouvrage prévoient que le déroulement général des travaux est prévu selon le planning des travaux établi par la direction des travaux (ch. 5.1) et qu'aucune modification du planning des travaux ne peut se faire sans décision et accord de la direction des travaux (ch. 5.2 in initio). Par ailleurs, le chiffre 7 des conditions particulières intitulées "Liste des documents à remettre lors du dépôt de l'offre" n'exige aucun document. Une note de 1 lui a été octroyée correspondant à des "informations insuffisantes et incomplètes" (conditions particulières du maître de l'ouvrage, p. 11). Le procès-verbal d'évaluation du 6 mai 2022 mentionne, la concernant : "Fiche du personnel uniquement. Pas de planification". Ce grief doit être rejeté. En effet, le fait qu'il ne soit pas fait mention de documents à déposer – alors que l'article 23 al. 1 LCMP mentionne que les annexes requises doivent accompagner l'offre - ne signifie pas que le soumissionnaire puisse se soustraire à ce qui lui est demandé dans le dossier de soumission et fait l'objet d'un critère d'adjudication. Si les conditions générales prévoient que la direction des travaux établit le planning de ces derniers, il n'en demeure pas moins que le dossier de soumission demande une proposition de phases de travaux qui doivent se dérouler du 16 mai au 30 novembre 2022 (ch. 2.13 de la publication intitulée "délai d'exécution"). Or, la recourante n'a donné aucune indication y relative, alors que le tiers intéressé a été en mesure de faire une proposition concrète de planning qui lui a valu la note de 4. Le fait que la recourante s'est engagée à respecter les délais d'exécution stipulés dans l'appel d'offres ne suffit à l'évidence pas vu les exigences du critère C2.1 précité. Cette absence d'indication ne permet nullement au pouvoir adjudicateur de déterminer si le planning proposé paraît plausible. De plus, et contrairement à ce qu'allègue la recourante, l'autorité intimée ne pouvait pas autoriser le soumissionnaire à compléter son offre sur ce point pour la rendre conforme aux exigences requises sous peine de violation du principe de l'intangibilité des offres. Il appartenait en effet au

soumissionnaire de présenter d'emblée correctement son offre et d'y inclure les éléments requis par le cahier des charges. Le fait que le dossier de soumission ne contient pas de notations du temps consacré au sens de l'annexe T4 du guide romand sur les marchés publics ne permet pas de déduire que l'adjudicateur n'était pas intéressé par la planification proposée dans le but d'agencer les différentes étapes des travaux et de vérifier que les délais pourront être respectés.

E. 4

La recourante critique également la note 0 obtenue concernant le critère de la capacité, soit plus précisément le sous-critère C3.1 relatif à la capacité technique et aux références. Elle estime que cette notation est en contradiction avec les notes 5, obtenue pour les critères de "l'organigramme de l'entreprise proposée pour la réalisation des travaux du présent appel d'offres", et 4 pour le critère de la "capacité en personnel, potentiel de l'entreprise en ressource humaine". Elle a obtenu, selon le procès-verbal d'évaluation, la note de 0 eu égard au fait qu'elle n'a pas mentionné de références. Comme susmentionné, le fait que l'appel d'offre ne mentionnait aucun document à déposer ne permet pas d'alléguer que le soumissionnaire pouvait se dispenser de mentionner des références, alors qu'il s'agit là de l'un des sous-critères relatifs à la capacité. L'article 33 RELCMP – relatif aux documents pouvant servir à l'évaluation des critères d'aptitude – ne permet pas non plus d'arriver à cette conclusion. Outre le fait que cette disposition concerne les critères d'aptitude et non d'évaluation, l'appel d'offre mentionne clairement la nécessité de mentionner des références. Enfin, la même remarque que ci-dessus s'impose concernant le fait que le pouvoir adjudicateur ne pouvait corriger ce manquement en demandant ultérieurement des références quant à des travaux effectués dans le domaine photovoltaïque.

E. 5

Enfin, la recourante invoque l'arbitraire dans la notation du critère d'adjudication relatif à la capacité en personnel potentiel de l'entreprise. Elle a obtenu à cet égard la note de 4, le procès-verbal d'évaluation mentionnant : "Liste du personnel et qualifications", alors que le tiers intéressé obtenait la note de 5, ledit procès-verbal mentionnant : "Liste du personnel et qualifications +, organigramme organisationnel". Dans ses observations à la Cour de céans, l'intimé indique que pour ce critère, l'organigramme déposé par l'adjudicataire, mentionnant les noms, la spécialité et les qualifications des employés, a été jugé plus complet que celui de la recourante, les soumissionnaires obtenant dès lors respectivement les notes de 4 et de 5. Cette remarque est surprenante, étant donné que la recourante a obtenu la note de 5 au sous-critère C2.2 relatif à l'organigramme de l'entreprise proposé pour la réalisation des travaux. Quoiqu'il en soit, cette question peut demeurer ouverte dès lors que même si la note de 5 était attribuée à la recourante, la notation obtenue pour ce sous-critère serait de 0,5 au lieu de 0,4 et le total de 3,4 au lieu de 3,3, nombre de points inférieur à celui obtenu par le tiers intéressé.

E. 6

Il ressort de ce qui précède que le principe de la transparence a été respecté et qu'il n'est pas possible de retenir que l'intimé aurait abusé de son pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'évaluation de l'offre de la recourante. Dès lors, le recours doit être rejeté. La Cour de céans ayant statué au fond, la demande d'octroi d'effet suspensif est sans objet.

E. 7

Les frais de la procédure sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 47 al. 1 LPJA par renvoi de l'art. 41 LCMP) et qu'elle n'a de ce fait pas droit à des dépens. L'intimé n'a pas davantage droit à des dépens (art. 48 al. 1 LPJA a contrario). Il en est de même du tiers intéressé qui n'a pas procédé.

E. 16

al. 1 et 2AIMP). 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. 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.

3. La recourante conteste l'appréciation faite par l'intimé du sous-critère relatif à la planification des travaux, la proposition de phases de travaux et le respect des délais. Elle estime que le dossier de soumission contient des contradictions, puisque les conditions générales du maître de l'ouvrage prévoient que le déroulement général des travaux est prévu selon le planning des travaux établi par la direction des travaux (ch. 5.1) et qu'aucune modification du planning des travaux ne peut se faire sans décision et accord de la direction des travaux (ch. 5.2 in initio). Par ailleurs, le chiffre 7 des conditions particulières intitulées "Liste des documents à remettre lors du dépôt de l'offre" n'exige aucun document. Une note de 1 lui a été octroyée correspondant à des "informations insuffisantes et incomplètes" (conditions particulières du maître de l'ouvrage, p. 11). Le procès-verbal d'évaluation du 6 mai 2022 mentionne, la concernant : "Fiche du personnel uniquement. Pas de planification".

Ce grief doit être rejeté. En effet, le fait qu'il ne soit pas fait mention de documents à déposer ■ alors que l'article 23 al. 1 LCMP mentionne que les annexes requises doivent accompagner l'offre - ne signifie pas que le soumissionnaire puisse se soustraire à ce qui lui est demandé dans le dossier de soumission et fait l'objet d'un critère d'adjudication. Si les conditions générales prévoient que la direction des travaux établit le planning de ces derniers, il n'en demeure pas moins que le dossier de soumission demande une proposition de phases de travaux qui doivent se dérouler du 16 mai au 30 novembre 2022 (ch. 2.13 de la publication intitulée "délai d'exécution"). Or, la recourante n'a donné aucune indication y relative, alors que le tiers intéressé a été en mesure de faire une proposition concrète de planning qui lui a valu la note de 4. Le fait que la recourante s'est engagée à respecter les délais d'exécution stipulés dans l'appel d'offres ne suffit à l'évidence pas vu les exigences du critère C2.1 précité. Cette absence d'indication ne permet nullement au pouvoir adjudicateur de déterminer si le planning proposé paraît plausible.

De plus, et contrairement à ce qu'allègue la recourante, l'autorité intimée ne pouvait pas autoriser le soumissionnaire à compléter son offre sur ce point pour la rendre conforme aux exigences requises sous peine de violation du principe de l'intangibilité des offres. Il appartenait en effet au soumissionnaire de présenter d'emblée correctement son offre et d'y inclure les éléments requis par le cahier des charges. Le fait que le dossier de soumission ne contient pas de notations du temps consacré au sens de l'annexe T4 du guide romand sur les

marchés publics ne permet pas de déduire que l'adjudicateur n'était pas intéressé par la planification proposée dans le but d'agencer les différentes étapes des travaux et de vérifier que les délais pourront être respectés.

4. La recourante critique également la note 0 obtenue concernant le critère de la capacité, soit plus précisément le sous-critère C3.1 relatif à la capacité technique et aux références.

Elle estime que cette notation est en contradiction avec les notes 5, obtenue pour les critères de "l'organigramme de l'entreprise proposée pour la réalisation des travaux du présent appel d'offres", et 4 pour le critère de la "capacité en personnel, potentiel de l'entreprise en ressource humaine". Elle a obtenu, selon le procès-verbal d'évaluation, la note de 0 eu égard au fait qu'elle n'a pas mentionné de références. Comme susmentionné, le fait que l'appel d'offre ne mentionnait aucun document à déposer ne permet pas d'alléguer que le soumissionnaire pouvait se dispenser de mentionner des références, alors qu'il s'agit là de l'un des sous-critères relatifs à la capacité. L'article 33RELCMP relatif aux documents pouvant servir à l'évaluation des critères d'aptitude ne permet pas non plus d'arriver à cette conclusion. Outre le fait que cette disposition concerne les critères d'aptitude et non d'évaluation, l'appel d'offre mentionne clairement la nécessité de mentionner des références. Enfin, la même remarque que ci-dessus s'impose concernant le fait que le pouvoir adjudicateur ne pouvait corriger ce manquement en demandant ultérieurement des références quant à des travaux effectués dans le domaine photovoltaïque.

5. Enfin, la recourante invoque l'arbitraire dans la notation du critère d'adjudication relatif à la capacité en personnel potentiel de l'entreprise.

Elle a obtenu à cet égard la note de 4, le procès-verbal d'évaluation mentionnant : "Liste du personnel et qualifications", alors que le tiers intéressé obtenait la note de 5, ledit procès-verbal mentionnant : "Liste du personnel et qualifications +, organigramme organisationnel". Dans ses observations à la Cour de céans, l'intimé indique que pour ce critère, l'organigramme déposé par l'adjudicataire, mentionnant les noms, la spécialité et les qualifications des employés, a été jugé plus complet que celui de la recourante, les soumissionnaires obtenant dès lors respectivement les notes de 4 et de 5.

Cette remarque est surprenante, étant donné que la recourante a obtenu la note de 5 au sous-critère C2.2 relatif à l'organigramme de l'entreprise proposé pour la réalisation des travaux. Quoi qu'il en soit, cette question peut demeurer ouverte dès lors que même si la note de 5 était attribuée à la recourante, la notation obtenue pour ce sous-critère serait de 0,5 au lieu de 0,4 et le total de 3,4 au lieu de 3,3, nombre de points inférieur à celui obtenu par le tiers intéressé.

6. Il ressort de ce qui précède que le principe de la transparence a été respecté et qu'il n'est pas possible de retenir que l'intimé aurait abusé de son pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'évaluation de l'offre de la recourante. Dès lors, le recours doit être rejeté.

La Cour de céans ayant statué au fond, la demande d'octroi d'effet suspensif est sans objet.

7. Les frais de la procédure sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 47 al. 1LPJA par renvoi de l'art. 41LCMP) et qu'elle n'a de ce fait pas droit à des dépens. L'intimé n'a pas davantage droit à des dépens (art. 48 al. 1LPJAa contrario). Il en est de même du tiers intéressé qui n'a pas procédé.

Par ces motifs, la Cour de droit public

1.Rejette le recours.

2.Dit que la demande d'effet suspensif est sans objet.

3.Met à la charge de la recourante les frais de la procédure par 3'300 francs, montant compensé par son avance.

4.N'alloue pas de dépens.

Neuchâtel, le 15 août 2022

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