

NE_GERICHTE TA.2001.330 vom 10. September 2004

NE Tribunal cantonal, 2004-09-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2001.330

FR: NE_GERICHTE TA.2001.330 du 10 septembre 2004

IT: NE_GERICHTE TA.2001.330 del 10 settembre 2004

Erwägungen

E. 1

a) Sont applicables à la présente cause les dispositions de la loi cantonale sur les marchés publics (LCMP), dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003 (art.48 al.2 LCMP dans sa formulation entrée en vigueur le 01.01.2004). b) A qualité pour recourir toute personne, corporation et établissement de droit public ou commune touchés par la décision et ayant un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art.32 litt.a LPJA). Dans le domaine des marchés publics, si le recours s'avère fondé et qu'un contrat a déjà été conclu, le Tribunal administratif se limite à constater le caractère illicite de la décision (art.45 al.2 LCMP). Le pouvoir adjudicateur répond du dommage qu'il a causé en prenant une décision dont le caractère illicite a été constaté lors de la procédure de recours (art.46 al.1 LCMP). Le soumissionnaire évincé peut donc faire valoir un intérêt digne de protection à l'obtention de la constatation de l'illicéité de l'adjudication lorsque le contrat consécutif à celle-ci a déjà été conclu (ATF 125 II 86 cons.5b, p.97). Le recours, interjeté dans les formes et délai légaux (art.43 LCMP), est ainsi recevable.

E. 2

a) Le droit d'être entendu garanti par l'article 29 al.2 Cst comprend le droit pour le justiciable d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (ATF 127 I 54 cons.2b, p.56, 127 III 576 cons.2c, p.578). Le juge peut cependant renoncer à l'administration de certaines preuves offertes, lorsque le fait dont les parties veulent rapporter l'authenticité n'est pas important pour la solution du cas, que la preuve résulte déjà de constatations versées au dossier ou lorsqu'il parvient à la conclusion que ces preuves ne sont pas décisives pour la solution du litige, voire qu'elle ne pourraient l'amener à modifier son opinion. Ce refus d'instruire ne viole le droit d'être entendu des parties que si l'appréciation anticipée de la pertinence du moyen de preuve offert est entachée d'arbitraire (ATF 125 I 127 cons.6c/cc in fine, p.135, 417 cons.7b, p.430, 124 I 208 cons.4a, p.211 et les arrêts cités, 241 cons.2, p.242; sur la notion d'arbitraire, v. ATF 127 I 54 cons.2b, p.56, 60 cons.5a, p.70). b) En l'espèce, il n'est pas nécessaire de procéder à l'administration des preuves proposées par la recourante, étant donné que le tribunal doit déjà, sur la base du dossier en l'état et pour les motifs ci-dessous, constater le caractère illicite de la décision entreprise.

E. 3

a) Selon l'article 32 LCMP, la décision d'adjudication, sommairement motivée, est communiquée par écrit aux soumissionnaires (al.1). Elle indique notamment le nom de l'adjudicataire et le montant de l'adjudication (al.2). D'après l'article 39 al.2 RELCMP, lorsque l'adjudication se fait 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, la décision peut être motivée par la seule énonciation du prix de l'adjudication. Ainsi, le montant de l'adjudication doit dans tous les cas figurer dans la décision. D'après la doctrine et la jurisprudence, il y a formalisme excessif à casser une décision administrative pour la seule raison que l'autorité n'aurait pas respecté un point mineur de procédure, lorsque ce vice peut être réparé devant l'instance de recours et n'entraîne aucun dommage pour les parties (Knapp , Précis de droit administratif, 4e éd., Bâle 1991, p.137 n.644; Moor , Droit administratif, vol.II, 2e éd., Berne 2002, p.304; ATF 107 Ia 240 cons.4, p.244; DC 4/2000, nos S57, S58, p.133 et la note de Esseiva). b) En l'espèce, la recourante se plaint, à juste titre, de l'omission de la mention du montant de l'adjudication dans la décision entreprise. Toutefois, elle a manifestement eu connaissance de ce montant par un autre biais, puisqu'elle a été en mesure de le mentionner dans son recours. De plus, elle aurait eu, en cas de besoin, la possibilité de solliciter l'information manquante auprès du pouvoir adjudicateur, qui la lui aurait très vraisemblablement communiquée, s'agissant d'une obligation légale. A cet égard, il est intéressant de relever que dans les procédures régies par la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) du 16 décembre 1994, la valeur de l'offre retenue ne doit être fournie par l'adjudicateur que sur demande d'un soumissionnaire écarté (art.23 al.2 litt.c LMP). Si la recourante n'a pas effectué cette démarche, c'est manifestement parce que le montant de l'adjudication lui était en l'occurrence déjà connu. Dans ces conditions, le vice de forme qu'elle invoque, qui n'a eu aucune conséquence sur le déroulement de la procédure ou sur le résultat du marché, ne saurait, à lui seul, conduire à la constatation de l'illicéité de la décision d'adjudication.

E. 4

a) Aux termes de l'article 30 LCMP, le marché est adjugé au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (al.1). Pour en décider, le pouvoir adjudicateur prend en considération l'ensemble des éléments qui permettent de déterminer l'utilité économique de l'offre évaluée, notamment dans le rapport prestation-prix, à l'exclusion de critères étrangers au marché, propres à créer une inégalité de traitement entre les soumissionnaires (al.2). Cette réglementation a notamment pour but essentiel, selon l'article 1 al.2, d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (litt.a), de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication (litt.b), d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés (litt.c) et de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (litt.d). L'article 18 dispose que le dossier de soumission doit contenir tous les documents et toutes les informations nécessaires à la préparation d'une offre, notamment en ce qui concerne l'objet dudit marché, les critères d'aptitude requis, la pondération des critères d'adjudication et les conditions spécifiques. Un pouvoir adjudicateur ne saurait donc attribuer un marché sur d'autres critères d'adjudication et leur pondération que ceux annoncés dans le dossier de soumission (Galli/Moser/Lang , Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, p.225 ch.480). b) En l'espèce, ni les critères d'adjudication ni leur pondération n'ont été changés par rapport à ce qui avait été annoncé aux candidats qualifiés. En revanche, même si l'adjudicateur n'a pas l'obligation de donner connaissance à l'avance de l'échelle des notes et de la méthode d'appréciation prévue (Rodondi , Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in RDAF 2001 I 406 et les références, en particulier DC 2/2001 no S14, p.67 et la note de Esseiva ; v. aussi arrêt du Tribunal administratif vaudois du 04.07.2003 no GE 2003/0039), celles-ci auraient en principe dû, pour des motifs de transparence, être établies préalablement aux dépôts des offres comme le recommandent en particulier le Guide romand pour l'adjudication des

marchés publics (annexes, p.8 ch.3.3) ainsi que Esseiva (DC 2/2002, p.76, note pour les nos S10-S13). Or on ne trouve au dossier ni une échelle de notes établie préalablement au dépôt des offres, ni une méthode claire d'évaluation pour chacun des critères, les renseignements figurant dans la colonne "Evaluation" du tableau de la page 3 du cahier des charges apparaissant plus comme une définition des divers critères d'adjudication que comme une véritable méthode d'évaluation. De plus, l'emploi d'une échelle uniforme, identique pour tous les critères, est une nécessité absolue si l'on entend conserver leur signification usuelle aux pourcentages de pondération. En cas d'application d'échelles de notes différentes, la moyenne pondérée n'a plus aucun sens (v. l'exemple chiffré donné par Pictet/Bollinger, *Adjuger un marché au mieux-disant*, Lausanne 2003, p.41 ss). En l'espèce, suite à l'emploi de deux échelles de notation, par ailleurs inconnues des soumissionnaires, les pourcentages de pondération qui figurent dans le cahier des charges ne correspondent pas au poids effectif de chacun des critères prévus, les critères ayant été notés sur l'échelle avec un maximum de 4 ayant perdu de leur importance relativement à ceux notés sur 6. c) En outre, le critère du prix a été pondéré, d'après le cahier des charges, selon un indice de 20 %, soit un taux qui se situe clairement à la limite inférieure de ce qui est admissible, même pour un marché complexe, sous peine de vider de sa substance la notion d'offre économiquement la plus avantageuse (ATF 129 I 313 cons.9.2, p.327; Esseiva, in DC 4/2001, p.153; v. aussi le Guide romand, annexes, p.7, qui semble même situer ce taux à 30 %). La prise en compte d'un tel taux ne va donc pas de soi, même si elle n'apparaît pas d'emblée insoutenable. Mais le taux de pondération n'est pas seul en cause ici, étant donné qu'à ce stade, on ne sait toujours pas si une véritable méthode de calcul a été utilisée par l'intimée pour la notation de ce critère fondamental et, le cas échéant, de quelle méthode il s'agit. En effet, d'une part, aucun des documents figurant au dossier n'indique l'emploi d'une quelconque méthode. D'autre part, malgré un double échange d'écriture, l'intimée n'a pas prétendu avoir fait usage d'une méthode reconnue dans la pratique. L'évaluation du critère du prix par l'intimée apparaît dès lors comme arbitraire en l'espèce, alors qu'il existe de nombreuses méthodes mathématiques dont elle aurait pu faire usage (v. les nombreuses méthodes présentées par Pictet/Bollinger, *op.cit.*, p.99 ss; ces auteurs considèrent même que la publication dans l'appel d'offres de la formule de transformation du critère prix est "indispensable", p.109). En particulier, les raisons pour lesquelles l'adjudicataire a obtenu la note, relativement bonne, de 3 sur 6 alors qu'elle a présenté une offre de plus de 46 % plus chère que celle de la recourante, qui n'a obtenu qu'un 5, demeurent totalement obscures. Eu égard au principe de la transparence, il n'est pas suffisant, de la part de l'intimée, de se référer à une certaine méthode de calcul, par ailleurs passablement contestée (Pictet/Bollinger, *op.cit.*, p.100; ATF 129 I 313 cons.9.2, p.327 et les références citées), au stade de la procédure de recours uniquement, et d'en déduire que, de toute façon, la recourante n'aurait pas obtenu le marché.

E. 5

Au vu des diverses irrégularités patentes dont a souffert la procédure d'adjudication en cause (non-indication du montant de l'adjudication dans la décision, absence d'échelle de notation préétablie, emploi de deux échelles de notation dans une même moyenne, absence de méthode d'évaluation des différents critères, évaluation arbitraire du critère du prix) et de son manque général de transparence, il y a lieu de considérer que la décision entreprise est entachée d'arbitraire. Le recours se révèle ainsi bien fondé, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le grief de la recourante relatif à l'évaluation par l'intimée du rapport qualité/prix. Le contrat ayant été conclu, le tribunal ne peut que constater l'illicéité de l'adjudication (art.45 al.2 LCMP). Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de percevoir de frais

de justice et la recourante a droit à des dépens (art.47 al.1 et 2, 48 LPJA).

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