

NE_GERICHTE TA.2002.453 vom 2. September 2003

NE Tribunal cantonal, 2003-09-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2002.453

FR: NE_GERICHTE TA.2002.453 du 2 septembre 2003

IT: NE_GERICHTE TA.2002.453 del 2 settembre 2003

Erwägungen

E. 1

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable.

E. 2

Les dispositions en matière de passation des marchés publics ont pour but d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication, d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés, et de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (art.1 al.2 AIMP; 1 al.2 LCMP). 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). Selon l'article 18 LCMP, 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 et l'étendue du marché (litt.a), les critères d'aptitude requis (litt.b), la pondération des critères d'adjudication (litt.c) et les conditions spécifiques (litt.d).

E. 3

a) En l'espèce, le dossier de soumission indiquait les critères d'évaluation suivants : le prix des prestations offertes, pondération 70 %; les autres critères pondérés à 30 %, soit dans l'ordre de priorité : Service après-vente; Compétences, expériences des personnes responsables pour l'objet à réaliser; Délai d'exécution, capacité et disponibilité du personnel et du matériel mis à disposition. La pondération de 70 % n'est en l'occurrence pas critiquable. On considère généralement – et cela résulte aussi de l'article 30 al.2 LCMP – que sous réserve des marchés portant sur des biens largement standardisés (§ 28 al.2 des Directives pour l'exécution de l'AIMP), le prix n'est qu'un critère parmi d'autres et ne justifie pas à lui seul une adjudication (Zufferey/Maillard/Michel , Droit des marchés publics, p.117 s). Il constitue toutefois un critère indispensable et sa pondération ne saurait être négligeable; selon Esseiva (DC 2/2003, p.62 note ad S11), celle-ci devrait se situer dans une fourchette de 20 % à 80 %. b) Les trois autres critères représentant ensemble 30 % valaient, selon la pondération effectuée par l'adjudicateur, 5 points (tandis que le prix valait 12 points), déterminés en application de la matrice de pondération pour les critères "avantages" proposée par le guide romand pour l'adjudication des marchés publics (annexes p.11 et 17). Celle-ci consiste à évaluer l'importance relative de chacun de ces critères par rapport aux autres et à lui attribuer la note de 0, 1 ou 2 selon qu'il est jugé moins important, aussi important ou plus important que l'autre. En l'occurrence, le résultat de cette

comparaison a conduit à une pondération totale en points de 0 pour le critère "Compétences (...)", 4 points pour le critère "Délai (...)" et 2 points pour le critère "Service après-vente". La pondération finale que l'adjudicataire doit attribuer sur la base de cette évaluation a été la suivante : 1 point pour le premier des trois critères précités, 2 points pour les deux suivants.

c) On peut se demander si, compte tenu de l'obligation légale d'indiquer la pondération des critères d'adjudication (art.30 LCMP) et de l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine les plus récentes relatives au principe de la transparence à respecter dans l'indication préalable des critères et sous-critères d'adjudication, ainsi que leur pondération respective (en particulier arrêt du Tribunal fédéral 2P.299/2000 cité et commenté par Galli/Moser/Lang , Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, p.223 ss, ch.479 ss, p.187 ch.399 ss; DC 2/2003, p.57 no S1 avec une note de Stoeckli ; Hauser , Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in AJP 12/2001, p.1410; v. aussi arrêt du Tribunal administratif du 28.5.2003, no TA.2002.459), la manière dont l'adjudicateur a indiqué en l'espèce dans le dossier de soumission la valeur des autres critères est satisfaisante, la pondération de chacun de ceux-ci n'étant pas précisée. En outre, on ignore si la pondération des trois critères "avantages", décrite plus haut, a été effectuée à l'avance ou après réception des offres. Or, pour garantir une évaluation objective et impartiale des offres, la pondération respective de chacun des critères devrait être effectuée à l'avance (Galli/Moser/Lang op.cit., p.225 ch.481). Cela correspond également à la recommandation de la conférence romande des travaux publics (Guide romand pour l'adjudication des marchés publics, annexes, p.8 ch.3.3.), laquelle préconise que les documents "pondération des critères" et "tableaux d'évaluation" sont à dater et signer lorsqu'ils sont établis afin de prouver qu'ils l'ont été avant l'ouverture des offres (v. dans le même sens aussi la note de Esseiva , DC 2/2002, p.76 ad no S10-S13). Quoiqu'il en soit à cet égard dans le cas présent, il faut en tout cas rappeler que l'adjudicateur ne saurait modifier après coup les critères et leur pondération annoncés dans le dossier de soumission (Galli/Moser/Lang op.cit., p.225 ch.480). Or, il résulte de la pondération des critères effectuée en l'espèce, que celle-ci ne correspond pas à l'ordre de priorité annoncé dans le dossier de soumission, puisqu'elle prévoit un même nombre de points pour le service après-vente et le délai d'exécution, alors que le critère "Compétences(...)" n'est qu'en troisième position. La question de savoir quelles conséquences il faut en l'espèce en tirer peut cependant rester indéterminée, car la procédure se révèle irrégulière pour un autre motif encore.

E. 4

a) Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation lors de l'évaluation des offres. A cet égard, le contrôle de l'autorité de recours ne porte que sur l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, à l'exclusion du grief d'inopportunité (art.33 LPJA; 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 d'accorder à certains critères une importance manifestement disproportionnée ou d'appliquer un critère de manière arbitraire à certains soumissionnaires (Galli/Moser/Lang op.cit., p.198 ch.421; DC 4/1998, note de Gauch ad nos 332, 333; Hauser , op.cit., p.1411). b) En l'espèce, dans l'évaluation des critères "avantages" les quatre soumissionnaires ont tous obtenu le même nombre de points, sauf pour le critère du service après-vente, où les entreprises recourantes ont obtenu un point de moins (3) que la note maximale (4) attribuée aux trois autres concurrents pour le motif que l'intervention pouvait se faire "dans les deux heures" et non "dans l'heure" comme les autres soumissionnaires. Cet élément du service après-vente, savoir la durée du temps d'intervention en cas d'urgence, n'a cependant fait l'objet d'aucune question dans le dossier de soumission. Il ne

figure pas non plus dans la liste de questions que le mandataire de l'adjudicateur, le bureau d'ingénieurs T.SA, a adressée aux soumissionnaires le 28 octobre 2002 avec l'invitation de se préparer à y répondre lors d'une séance de pré-adjudication prévue pour le 1er novembre 2002. Il n'est pas contesté que c'est au cours de cette séance que la question du temps d'intervention a été posée aux soumissionnaires et que leur réponse orale a été retranscrite sur les procès-verbaux de la séance, sous la rubrique des "divers". Dans le cas des recourantes, le procès-verbal indique "dépannage 24H/24H, temps d'intervention 1-2 heures", alors que dans le cas de l'adjudicataire, le procès-verbal indique "dépannage 24H/24H, temps d'intervention 1 heure". Les recourantes font valoir que cette question n'a été abordée qu'incidemment et de manière dépourvue de clarté, et qu'elles ont signé le procès-verbal sans se rendre compte que ce qui était demandé, c'était le délai d'intervention en cas d'urgence, lequel serait dans leur cas d'une demi-heure, savoir le temps nécessaire pour le déplacement de Neuchâtel au Locle. Force est d'admettre qu'on ne saurait accorder une importance décisive à la réponse à une question posée oralement dans les circonstances précitées. D'une part, il a pu échapper aux soumissionnaires quelle était l'importance réelle de la question. D'autre part, celle-ci a pu être mal comprise. Enfin, et surtout, il ne paraît pas défendable d'accorder une telle importance à une faible différence dans la durée du temps d'intervention. L'intimée fait certes valoir que le marché litigieux comprend certaines particularités dues à la nature des activités du secteur auto du CIFOM, lequel comporte une installation d'air comprimé, une pompe de relevage des eaux industrielles, le traitement de ces eaux et le traitement d'eau (adoucisseur à sel), et que si ces installations ne fonctionnent pas, les cours ne peuvent pas être donnés, et des examens doivent éventuellement être annulés, raison pour laquelle il a été donné de l'importance au délai dans lequel le service après-vente peut intervenir. Cependant, outre que la manière dont ce point a été abordé indique qu'il s'agissait d'une question plutôt secondaire, une différence du temps d'intervention de quelques minutes, voire d'une heure, ne semble manifestement pas devoir prêter à conséquence, d'autant moins qu'au temps d'intervention il faut ajouter le temps nécessaire pour la réparation. La notation qui, pour cette seule raison, conduit à attribuer aux recourantes un taux d'efficacité total de 91 % (au lieu de 93 % pour l'adjudicataire), bien qu'elles aient présenté l'offre la moins chère, constitue ainsi une appréciation qui ne peut plus être considérée comme compatible avec le principe de l'adjudication à l'offre la plus avantageuse.

E. 5

Le recours se révèle ainsi bien fondé. 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 les recourantes ont droit à des dépens (art.47 al.1 et 2, 48 LPJA).

E. 12

points), déterminés en application de la matrice de pondération pour les critères "avantages" proposée par le guide romand pour l'adjudication des marchés publics (annexes p.11 et 17). Celle-ci consiste à évaluer l'importance relative de chacun de ces critères par rapport aux autres et à lui attribuer la note de 0, 1 ou 2 selon qu'il est jugé moins important, aussi important ou plus important que l'autre. En l'occurrence, le résultat de cette comparaison a conduit à une pondération totale en points de 0 pour le critère "Compétences ()", 4 points pour le critère "Délai ()" et 2 points pour le critère "Service après-vente". La pondération finale que l'adjudicataire doit attribuer sur la base de cette évaluation a été la suivante : 1

point pour le premier des trois critères précités, 2 points pour les deux suivants.

c) On peut se demander si, compte tenu de l'obligation légale d'indiquer la pondération des critères d'adjudication (art.30 LCMP) et de l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine les plus récentes relatives au principe de la transparence à respecter dans l'indication préalable des critères et sous-critères d'adjudication, ainsi que leur pondération respective (en particulier arrêt du Tribunal fédéral 2P.299/2000 cité et commenté par Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, p.223 ss, ch.479 ss, p.187 ch.399 ss; DC 2/2003, p.57 no S1 avec une note de Stoeckli; Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in AJP 12/2001, p.1410; v. aussi arrêt du Tribunal administratif du 28.5.2003, no TA.2002.459), la manière dont l'adjudicateur a indiqué en l'espèce dans le dossier de soumission la valeur des autres critères est satisfaisante, la pondération de chacun de ceux-ci n'étant pas précisée. En outre, on ignore si la pondération des trois critères "avantages", décrite plus haut, a été effectuée à l'avance ou après réception des offres. Or, pour garantir une évaluation objective et impartiale des offres, la pondération respective de chacun des critères devrait être effectuée à l'avance (Galli/Moser/Lang op.cit., p.225 ch.481). Cela correspond également à la recommandation de la conférence romande des travaux publics (Guide romand pour l'adjudication des marchés publics, annexes, p.8 ch.3.3.), laquelle préconise que les documents "pondération des critères" et "tableaux d'évaluation" sont à dater et signer lorsqu'ils sont établis afin de prouver qu'ils l'ont été avant l'ouverture des offres (v. dans le même sens aussi la note de Esseiva, DC 2/2002, p.76 ad no S10-S13).

Quoi qu'il en soit à cet égard dans le cas présent, il faut en tout cas rappeler que l'adjudicateur ne saurait modifier après coup les critères et leur pondération annoncés dans le dossier de soumission (Galli/Moser/Lang op.cit., p.225 ch.480). Or, il résulte de la pondération des critères effectuée en l'espèce, que celle-ci ne correspond pas à l'ordre de priorité annoncé dans le dossier de soumission, puisqu'elle prévoit un même nombre de points pour le service après-vente et le délai d'exécution, alors que le critère "Compétences" n'est qu'en troisième position. La question de savoir quelles conséquences il faut en l'espèce en tirer peut cependant rester indécise, car la procédure se révèle irrégulière pour un autre motif encore.

4.a) Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation lors de l'évaluation des offres. A cet égard, le contrôle de l'autorité de recours ne porte que sur l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, à l'exclusion du grief d'inopportunité (art.33 LPJA; 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 d'accorder à certains critères une importance manifestement disproportionnée ou d'appliquer un critère de manière arbitraire à certains soumissionnaires (Galli/Moser/Lang op.cit., p.198 ch.421; DC 4/1998, note de Gauchad nos 332, 333; Hauser, op.cit., p.1411).

b) En l'espèce, dans l'évaluation des critères "avantages" les quatre soumissionnaires ont tous obtenu le même nombre de points, sauf pour le critère du service après-vente, où les entreprises recourantes ont obtenu un point de moins (3) que la note maximale (4) attribuée aux trois autres concurrents pour le motif que l'intervention pouvait se faire "dans les deux heures" et non "dans l'heure" comme les autres soumissionnaires. Cet élément du service après-vente, savoir la durée du temps d'intervention en cas d'urgence, n'a cependant fait l'objet d'aucune question dans le dossier de soumission. Il ne figure pas non plus dans la liste de questions que le mandataire de l'adjudicateur, le bureau d'ingénieurs T.SA, a

adressée aux soumissionnaires le 28 octobre 2002 avec l'invitation de se préparer à y répondre lors d'une séance de pré-adjudication prévue pour le 1er novembre 2002. Il n'est pas contesté que c'est au cours de cette séance que la question du temps d'intervention a été posée aux soumissionnaires et que leur réponse orale a été retranscrite sur les procès-verbaux de la séance, sous la rubrique des "divers". Dans le cas des recourantes, le procès-verbal indique "dépannage 24H/24H, temps d'intervention 1-2 heures", alors que dans le cas de l'adjudicataire, le procès-verbal indique "dépannage 24H/24H, temps d'intervention 1 heure". Les recourantes font valoir que cette question n'a été abordée qu'incidemment et de manière dépourvue de clarté, et qu'elles ont signé le procès-verbal sans se rendre compte que ce qui était demandé, c'était le délai d'intervention en cas d'urgence, lequel serait dans leur cas d'une demi-heure, savoir le temps nécessaire pour le déplacement de Neuchâtel au Locle. Force est d'admettre qu'on ne saurait accorder une importance décisive à la réponse à une question posée oralement dans les circonstances précitées. D'une part, il a pu échapper aux soumissionnaires quelle était l'importance réelle de la question. D'autre part, celle-ci a pu être mal comprise. Enfin, et surtout, il ne paraît pas défendable d'accorder une telle importance à une faible différence dans la durée du temps d'intervention. L'intimée fait certes valoir que le marché litigieux comprend certaines particularités dues à la nature des activités du secteur auto du CIFOM, lequel comporte une installation d'air comprimé, une pompe de relevage des eaux industrielles, le traitement de ces eaux et le traitement d'eau (adoucisseur à sel), et que si ces installations ne fonctionnent pas, les cours ne peuvent pas être donnés, et des examens doivent éventuellement être annulés, raison pour laquelle il a été donné de l'importance au délai dans lequel le service après-vente peut intervenir. Cependant, outre que la manière dont ce point a été abordé indique qu'il s'agissait d'une question plutôt secondaire, une différence du temps d'intervention de quelques minutes, voire d'une heure, ne semble manifestement pas devoir prêter à conséquence, d'autant moins qu'au temps d'intervention il faut ajouter le temps nécessaire pour la réparation. La notation qui, pour cette seule raison, conduit à attribuer aux recourantes un taux d'efficacité total de 91 % (au lieu de 93 % pour l'adjudicataire), bien qu'elles aient présenté l'offre la moins chère, constitue ainsi une appréciation qui ne peut plus être considérée comme compatible avec le principe de l'adjudication à l'offre la plus avantageuse.

5. Le recours se révèle ainsi bien fondé. 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 les recourantes ont droit à des dépens (art.47 al.1 et 2, 48 LPJA).

Par ces motifs, LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

1. Admet le recours en ce sens que l'adjudication litigieuse est déclarée illicite.
2. Dit qu'il n'est pas perçu de frais de justice et ordonne la restitution aux recourantes de leur avance de frais.
3. Alloue aux recourantes une indemnité de dépens de 2'000 francs à la charge de l'intimée.

Neuchâtel, le 2 septembre 2003

AU NOM DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

Le greffier

Le président

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