

# **NE\_GERICHTE TA.2004.15 vom 31. März 2004**

NE Tribunal cantonal, 2004-03-31, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_TA.2004.15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2004.15)

FR: NE\_GERICHTE TA.2004.15 du 31 mars 2004

IT: NE\_GERICHTE TA.2004.15 del 31 marzo 2004

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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). Dirigé contre la décision datée du 22 décembre 2003, reçue selon la recourante le 5 janvier 2004, le recours, interjeté dans les formes et délai légaux, est recevable.

### **E. 2**

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 la base d'autres critères d'adjudication, avec leur pondération, que ceux annoncés dans le dossier de soumission ( Galli/Moser/Lang , Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, p.225 ch.480). En outre, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsqu'en sus des critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer, ainsi que leur pondération respective, aux soumissionnaires par avance. En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres des soumissionnaires, la présentation des critères, en particulier les pourcentages de pondération arrêtés. Le principe de transparence n'exige pas toutefois la communication par avance de sous-critères ou catégories qui tendent uniquement à concrétiser les éléments qui sont inhérents au critère publié. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que la clarté et la cohérence du prix n'étaient pas un critère sortant de celui initial du prix de l'offre. L'annonce a posteriori des sous-critères de clarté et de cohérence du prix ne heurte par conséquent pas la réglementation en matière de marchés publics et, en particulier, ne viole pas le principe de la transparence (DC 4/2002, p.163 no S45; v. toutefois la critique de Esseiva à la suite de cet arrêt, p.164). A l'inverse, relève le Tribunal fédéral, s'il apparaît qu'un sous-critère revêt, aux yeux du pouvoir adjudicateur, une importance prépondérante et

qu'il lui confère un rôle équivalent à celui d'un critère ou qu'un tel sous-critère ne ressort pas de ce qui est communément observé dans le cadre du critère principal auquel il se rapporte (v. à titre d'exemple Guide romand de décembre 1999 pour l'adjudication des marchés publics, annexes p.2 ss), le principe de la transparence en exige la communication par avance aux soumissionnaires (v. aussi arrêt du Tribunal administratif du 19.08.2003 dans la cause V., no TA 2002.176). En outre, comme le relève une partie de la doctrine et de la jurisprudence cantonale, la grille d'évaluation des critères, voire des sous-critères, en tant qu'il s'agit d'une échelle des notes ou d'une matrice de calcul, ne doit pas nécessairement être portée à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation. Décider si les critères utilisés par le pouvoir adjudicateur sont inhérents ou non au critère publié, ou encore relèvent d'une grille d'évaluation en sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner l'ensemble de la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (DC 4/2003, p.154 no S40 et les références citées, ainsi que la note de Esseiva y relative, p.154). b) En l'espèce, l'autorité intimée a évalué les offres reçues selon le critère "avantage économique de l'offre par sa qualité et son coût" en faisant application de deux sous-critères : montant de l'offre, pondération 2.5 (critère 3.1) et prix unitaires (plausibilité), pondération 0.5 (critère 3.2). La recourante fait valoir que cela n'était pas admissible s'agissant de sous-critères non annoncés, le critère 3.2 n'étant pas pertinent par ailleurs et au surplus appliqué de manière arbitraire, ce qui lui a valu d'obtenir la note pondérée de 1.50 contre 1.75 à l'adjudicataire. En ce qui concerne l'introduction a posteriori du sous-critère concernant la plausibilité des prix unitaires, l'application stricte de la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral semble devoir conduire au rejet de l'argumentation de la recourante sur ce point, sous réserve de l'examen de la manière dont ce critère a été appliqué concrètement, ce qui relève cependant d'un large pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur. Pour les motifs qui seront exposés plus loin, cette question peut cependant demeurer indécise dès lors qu'elle reste en définitive sans incidence sur l'issue du litige.

### **E. 2.3**

(programme et organisation des travaux, méthodologie) pour lesquels elle a obtenu chaque fois la note 3.50 alors que l'adjudicataire a obtenu la note 4.00. Les critères d'adjudication ne sont pas énumérés par la loi et le pouvoir adjudicateur dispose dans ce choix d'un large pouvoir d'appréciation, comme aussi dans 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 (v. par exemple Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, p.198 ch.421; DC 4/1998, note de Gauch ad nos 332, 333; Hauser, Zuschlagskriterien im Soumissionsrecht, in AJP 12/2001, p.1411; arrêts du Tribunal administratif des 02.09.2003 no TA.2002.453 et 03.10.2003 no TA 2003.226). En ce qui concerne le premier des deux critères susmentionnés, l'intimée a estimé que la recourante avait moins bien traité que l'adjudicataire la question des ancrages des conduites, l'adjudicataire étant par ailleurs la seule entreprise pilote assumant elle-même les travaux de plongée. Ces deux appréciations trouvent effectivement appui dans les soumissions en cause ainsi que dans les réponses aux questions supplémentaires posées par l'adjudicateur,

de sorte que la différence de notation d'un demi-point ne peut pas être considérée comme arbitraire. Pour ce qui est du critère 2.3, il a été relevé que dans le cas de la recourante la méthodologie et l'organisation des travaux dans le lac étaient bons, mais que l'ancrage de la crépine n'était pas assuré, ce qui nécessitait l'intervention fréquente des plongeurs, alors que dans le cas de l'adjudicataire la méthodologie et l'organisation des travaux dans le lac étaient jugés très bons, que la durée d'intervention des plongeurs était plus courte. Sur ce point aussi, on doit admettre que des éléments suffisants pour contredire cette appréciation, qui relève dans une large mesure de critères d'ordre technique, font défaut. On peut relever, tout au plus, que la question de l'ancrage de la crépine en particulier a été spontanément résolue par l'adjudicataire de manière convaincante, ce qui n'était pas le cas de la recourante. Il y a donc lieu de s'en tenir aux notes attribuées pour ces deux critères. b) La solidité économique de l'entreprise (critère no 4) a été jugée bonne, avec l'attribution de 3.5 points à tous les soumissionnaires. La recourante fait valoir que comme société fille de la société X. SA elle doit être considérée comme économiquement plus solide que l'adjudicataire, lequel emploie 40 personnes environ contre plus de 4000 pour le groupe M. SA. Elle ne peut pas être suivie, dès lors que l'application dudit critère n'impliquait pas nécessairement une notation en fonction de la taille de l'entreprise. L'intimée relève qu'il s'agissait pour elle de s'assurer que l'entreprise qui sera chargée des travaux soit suffisamment solide, économiquement parlant, par rapport au volume des travaux à exécuter, et qu'à cet égard tous les soumissionnaires présentaient des garanties suffisantes justifiant la même note. Ce point de vue n'est pas critiquable, faute d'éléments permettant de mettre concrètement en doute cette appréciation. Au demeurant, il s'agit là plutôt d'un critère d'aptitude des soumissionnaires, qui ne devrait pas influencer sur l'évaluation des offres.

### **E. 3**

a) La recourante met en cause la manière dont l'intimée a évalué les critères 2.1 (capacité de l'entreprise et des sous-traitants, qualité des fournitures) et

### **E. 4**

a) Le rapport d'évaluation des offres établi le 8 décembre 2003 par G. SA, indique que les corrections des offres auxquelles il a été procédé "ont essentiellement trait aux exigences en matière d'ancrages et de poids minimum imposé. Ainsi, à titre d'exemple, des montants de 24 kF et de 25 kF ont dû être ajoutés à la variante acier de M. SA pour tenir compte respectivement de l'ancrage de la conduite et de celui de la crépine. Le classement des offres après correction est donné dans l'annexe 3, où un montant de 25'000 francs est encore ajouté à l'offre M. SA (variante acier) pour tenir compte de la protection cathodique qui est nécessaire pour ce type de conduite". b) La recourante conteste tout d'abord le montant de 24'000 francs pour l'ancrage de la conduite. Tout en admettant qu'un supplément soit compté pour 15 ancrages qu'elle n'avait pas prévus dans son offre, elle considère que ces éléments devaient être comptés à raison de 800 francs pièce au lieu de 1'600 francs pièce, ce qui réduit le prix total à 12'000 francs. Cependant, la recourante avait fait savoir, dans sa réponse du 28 novembre 2003 à la question de l'autorité adjudicatrice qu'elle avait pris note de la nécessité d'ajouter 15 ancrages à son offre en précisant que "les prix déposés dans le cas de conduites PE ou PRV peuvent être repris et appliqués pour la solution d'une conduite acier". Or, pour ces deux premières variantes, la recourante a indiqué, pour les ancrages au sol de la conduite sous-lacustre (ch.600.321), le prix de 1'600 francs pièce (savoir, pour 21 pièces, 33'600 francs). Une modification de l'offre n'étant pas admissible (art.22 al.4 LCMP), la recourante ne saurait aujourd'hui prétendre que, s'agissant selon le dossier de

soumission d'ensembles d'ancrages (paires d'ancres), le prix des ancrages devrait être divisé par 2. Dès lors, la prise en compte du montant de 24'000 francs dans la variante acier est correcte. c) La recourante fait valoir ensuite que l'ancrage de la crépine, par 25'000 francs selon l'estimation de l'autorité adjudicatrice, ne devait pas être ajouté au montant de son offre, laquelle comprenait cette prestation. S'il est vrai que le dossier de soumission ne prévoyait pas ce poste, en raison semble-t-il d'un oubli – ce que l'adjudicataire a constaté, en ajoutant dans une note relative au prix de la "prise d'eau et crépine" par 83'300 francs que "dans notre prix le système d'ancrage de la crépine est compté" – la recourante a, de son côté, précisé dans sa réponse du 28 novembre 2003 à une question de l'intimée, que "nous avons pris note que la pose de quatre ancrages de fixation est indispensable afin d'éviter des efforts de traction sur l'ensemble de la conduite. Le prix de ces quatre ancrages est inclus dans notre offre", laquelle s'élève pour ce poste à 87'000 francs. On ne voit dès lors guère comment, malgré de prétendues déclarations contradictoires lors d'une séance de clarification, qui ne semble cependant avoir fait l'objet d'aucun procès-verbal, l'intimée pourrait justifier la prise en compte d'un montant supplémentaire de 25'000 francs. d) En outre, la recourante conteste qu'il faille encore ajouter, dans la comparaison des offres, le coût de la protection cathodique de la conduite acier par 25'000 francs, ce poste étant expressément exclu par le dossier de soumission qui précise, sous le chiffre 3.10 des conditions particulières, que "la conduite en acier sera protégée contre la corrosion par une protection cathodique (non incluse dans le présent marché)". Au surplus, elle soutient que ce montant est excessif sur le vu d'une offre d'une entreprise spécialisée en matière de protection cathodique, I. SA, laquelle a établi un devis de 8'941 francs HT, pièce qu'elle produit dans la procédure de recours. Il y a lieu d'admettre, avec l'intimée, que dès l'instant où une protection cathodique est jugée nécessaire dans le cas d'une conduite en acier, ce qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur de décider et a donc été précisé à l'avance dans le cahier des charges, une comparaison des coûts respectifs des diverses variantes impliquait que l'on tienne compte de cet élément, s'agissant de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Cela étant, il est possible que le montant de 25'000 francs soit excessif et l'intimée ne fournit aucune précision à ce sujet. Si l'on voulait se fonder sur le devis produit et invoqué par la recourante, on devrait dès lors retenir le montant de 8'941 francs, TVA non comprise, pour ce coût supplémentaire.

## **E. 5**

a) L'analyse des diverses soumissions a été la suivante (v. le tableau à la page suivante) : b) En ce qui concerne la notation des soumissionnaires pour le montant de l'offre (sous-critère 3.1), la recourante soutient à tort que c'est l'offre d'un concurrent écarté – c'est-à-dire dont l'offre a été jugée "non acceptable car non conforme au cahier des charges et au surplus peu crédible sur le plan de la compréhension et des compétences" – qui a servi de base pour établir la grille d'appréciation du montant de l'offre et a obtenu le maximum de points, soit 4. Certes, le rapport d'évaluation des offres indique que les conduites en PE telles que proposées dans les différentes offres, ainsi que les tuyaux de type PRV Hobas de la série B, présentent des inconvénients sur le plan de la résistance, soit à la dépression intérieure, soit à la traction axiale, de sorte qu'elles ne "répondent pas au cahier des charges". Cela ne signifie toutefois pas que ces offres devaient être écartées d'emblée, s'agissant de variantes en soi prévues par le dossier de soumission, mais seulement que ces offres pouvaient être qualifiées d'insuffisantes (note 1) sur le plan de la qualité des fournitures (sous-critère 2.1) ou suffisantes avec des lacunes (note 2), ce qui a été le cas de la variante PE de la recourante. c) Dès lors, dans l'hypothèse la plus favorable à la recourante, consistant à

déduire du montant vérifié de son offre (1'070'080.91 francs) le prix supplémentaire prévu pour l'ancrage de la crépine, réputé inclus dans l'offre, savoir 25'000 francs, puis à ajouter le prix de la protection cathodique conforme au devis déposé par la recourante, par 8'941 francs, le montant de son offre se réduit à 1'054'021 francs. Dans la notation du critère du coût selon la formule prévue (cons.5a), le coût maximum s'élève à 1'381'696 francs et le coût minimum à 948'686 francs. Compte tenu du montant de l'offre rectifiée de la recourante indiqué ci-dessus, celle-ci obtiendrait, pour le critère 3.1, la note de 8.17 au lieu de 7.90 (3.27 x 2.5), soit un total de points de 36.17, lequel reste inférieur à l'offre de l'adjudicataire (36.75). Par ailleurs, à supposer même que l'on renonce à appliquer le sous-critère 3.2, la recourante n'atteindrait pas non plus le premier rang, puisqu'elle obtiendrait pour le critère du montant de l'offre 9.81 points (3.27 x 3) contre 9 points pour l'adjudicataire (3 x 3), ce qui conduit à des totaux respectifs de 36.31 pour la recourante et 36.5 pour l'adjudicataire.

#### **E. 6**

La décision attaquée doit ainsi être confirmée dans son résultat, ce qui conduit au rejet du recours. Les frais de la cause doivent être mis à la charge de la recourante, qui succombe (art.47 al.1 LPJA). Une indemnité de dépens sera allouée à l'adjudicataire, qui a procédé avec l'aide d'un mandataire professionnel (art.48 LPJA; RJN 1988, p.251). En revanche, des dépens ne peuvent pas être alloués à la collectivité publique (art.48 LPJA a contrario).

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