

# **NE\_GERICHTE TA.2008.212 vom 8. September 2008**

NE Tribunal cantonal, 2008-09-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_TA.2008.212](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2008.212)

FR: NE\_GERICHTE TA.2008.212 du 8 septembre 2008

IT: NE\_GERICHTE TA.2008.212 del 8 settembre 2008

## **Erwägungen**

### **E. 1**

L'accord intercantonal sur les marchés publics ( AIMP ) ainsi que la loi cantonale sur les marchés publics ( LCMP ), dans leur teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2004, s'appliquent en l'occurrence, l'appel d'offre étant intervenu postérieurement à cette date (art.22 al.1 AIMP ; 48 al.2 LCMP ).

### **E. 2**

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable à ce titre (art. 35 LPJA par renvoi de 41 LCMP ; 43 LCMP ).

### **E. 3**

a) La recourante reproche en premier lieu à l'intimée une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement entre soumissionnaires pour avoir renoncé, après le dépôt des offres, aux critères de qualification fixés dans le cahier des charges. Elle relève que le dossier de soumission énumère, au point 1.2, une série de critères de qualification, notamment d'avoir déjà de l'expérience dans la vente des produits à livrer et de fournir des références précises à cet égard. Or, l'adjudicataire n'aurait fourni aucune référence précise et les conteneurs qu'elle indique avoir installé dans d'autres villes ne correspondraient pas aux produits que souhaite la Ville de La Chaux-de-Fonds. b) Les dispositions d'exécution cantonales de l'accord intercantonal sur les marchés publics doivent garantir une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables (art.13 litt.d AIMP ). Ainsi, à teneur de la loi cantonale sur les marchés publics, 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 les critères d'aptitude requis ainsi que les preuves à fournir par le soumissionnaire (art.18 litt.e LCMP ). Le pouvoir adjudicateur fixe des critères objectifs et vérifiables pour juger de l'aptitude des soumissionnaires. Ces critères ont trait à la capacité technique, économique, financière et organisationnelle. Ils sont adaptés en fonction de la nature et de l'importance du marché (art.19 LCMP ). Le pouvoir adjudicateur vérifie en outre l'aptitude des soumissionnaires sur la base des critères contenus dans le dossier de soumission (art.27 LCMP ). Un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication s'il ne répond pas aux critères d'aptitude (art.21 al.1 litt.a LCMP ). c) Sous le titre "documents à rendre avec l'offre", le dossier de soumission précisait : "le soumissionnaire apporte la preuve qu'il a déjà exécuté des commandes correspondantes en fournissant une liste d'au moins cinq commandes similaires durant les trois dernières années". S'ensuivait une énumération des documents à fournir, en particulier "cinq références avec nom, personne à contacter, quantité, valeur et délai". Il ressort du dossier que l'adjudicataire a répondu à cette exigence, puisqu'il a fourni une liste de huit références mentionnant toutes les informations requises. L'argument de la

recourante selon lequel les conteneurs que l'adjudicataire indique avoir installé dans d'autres villes ne correspondraient pas aux produits souhaités par l'intimée n'est par ailleurs pas convaincant. Le soumissionnaire devait en effet apporter la preuve qu'il avait exécuté des commandes "correspondantes" en fournissant une liste de commandes "similaires". A l'instar de l'intimée, il convient ainsi de retenir que les conditions de l'appel d'offre n'exigeaient pas du soumissionnaire d'avoir déjà installé des conteneurs absolument identiques, mais seulement d'être à même de le faire. Pour le surplus, l'adjudicataire a satisfait aux autres critères d'aptitude requis du pouvoir adjudicateur et l'on peut se contenter de renvoyer, sur ce point, aux observations détaillées de ce dernier. Aucun motif ne justifiait en conséquence de l'exclure de la procédure d'adjudication.

#### **E. 4**

Critères esthétiques 5 % Concernant le critère du prix, le dossier contenait par ailleurs l'indication selon laquelle la notation se ferait selon la formule suivante :  $N P x = (\text{coût offre minimum} : \text{coût offre}) \times 3 \times 5$ . Pour l'ensemble des autres critères, le barème des notes allait de 0 à 5 (0 : critère non satisfait, non rempli; 1 : insuffisant; 2 : partiellement suffisant; 3 : suffisant; 4 : bon et avantageux; 5 : très intéressant; conditions de l'appel d'offres, p.5 et 6; D.2a/3). Ces indications étaient ainsi suffisamment claires et précises pour permettre à la recourante, avant même de soumissionner, de saisir l'importance accordée par le pouvoir adjudicateur au critère du prix par rapport aux critères techniques, fonctionnels et sécuritaires. La recourante était donc en mesure de constater, à tout le moins elle l'eut été en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances, que le critère du prix était prépondérant. Faute d'avoir contesté la pondération de ce critère en formant recours contre le dossier de soumission, dans les 10 jours suivant la mise à disposition ou la transmission dudit dossier, elle est forclosée et le grief de la pondération excessive du critère du prix, invoqué tardivement à ce stade de la procédure, est en conséquence irrecevable. Au demeurant, à supposer ce grief recevable, il devrait être rejeté. A bien comprendre la recourante, elle considère effectivement que les critères techniques revêtent une importance capitale pour la réalisation du marché en cause, justifiant une pondération du critère du prix inférieure à celle appliquée, au motif que cinq pages sur sept sont consacrées aux aspects techniques, fonctionnels et sécuritaires dans les conditions de l'appel d'offres. Or, l'indication de la méthode de calcul relative à la notation du critère du prix prend généralement assez peu de place dans les documents d'appel d'offres, dès lors qu'elle s'exprime souvent par une seule formule mathématique. Au contraire, les critères techniques, dans la mesure où ils sont spécifiques à chaque marché, nécessitent d'être explicités par le pouvoir adjudicateur de la manière la plus claire et précise possible, ne serait-ce déjà que pour permettre aux soumissionnaires d'établir leurs offres en toute connaissance de cause. La pondération des différents critères d'adjudication ne saurait donc être fonction du nombre de pages plus ou moins important qui leur est consacré dans les documents d'appel d'offres. Ceci tombe sous le sens, de sorte qu'à supposer recevable, l'argumentation de la recourante à cet égard devrait être considérée comme téméraire. L'intimée a de surcroît relevé, à juste titre, que le marché en cause n'est pas d'une complexité technique telle qu'elle justifierait une pondération du critère du prix inférieure à 60 %; on peut renvoyer sur ce point à ses observations.

#### **E. 5**

a) La recourante allègue également que son offre est économiquement la plus avantageuse. Elle reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir procédé à un examen incomplet de l'offre de

l'adjudicataire, se bornant à choisir l'offre la moins chère sans tenir compte des autres critères d'adjudication, et d'avoir ainsi violé l'article 30 LCMP, selon lequel le marché doit être attribué au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. En particulier, elle estime que la différence de prix entre les offres s'explique par le fait que ses produits sont de meilleure qualité; elle mentionne à cet égard les ailettes de stabilisation et l'insonorisation des conteneurs. S'agissant par ailleurs de l'approvisionnement des pièces détachées, elle relève qu'elle garantit un délai de livraison d'un à deux jours, contre deux semaines pour l'adjudicataire, différence qui n'aurait pas été prise en compte dans la notation du critère numéro 3. Elle conteste au surplus la note de 4.9 attribuée à l'adjudicataire pour le critère numéro 2, alors que son offre ne contiendrait pas le moindre renseignement sur la façon dont elle va tenir ses engagements. Finalement, elle se prévaut du fait que l'offre de l'adjudicataire serait irréalisable.

b) Les dispositions d'exécution cantonales de l'accord intercantonal sur les marchés publics doivent garantir des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (art.13 litt.f AIMP). Ainsi, 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 les critères d'adjudication par ordre d'importance ainsi que leur pondération (art.18 litt.j LCMP). Le marché est adjugé au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour en décider, le pouvoir adjudicateur prend en considération l'ensemble des critères définis dans le dossier de soumission, à l'exclusion de critères étrangers au marché, propres à créer une inégalité de traitement entre les soumissionnaires (art.30 al.1 et 2 LCMP). Cette réglementation a 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, ainsi que de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (art.1 al.2 LCMP ; 1 al.3 AIMP). L'autorité adjudicatrice dispose d'un large pouvoir 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 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 d'accorder à certains critères une importance manifestement disproportionnée ou d'appliquer un critère de manière arbitraire à certains soumissionnaires (RJN 2003, p.301 cons.4a, p.323 cons.4a et les références). Outre qu'il ne revoit pas l'opportunité, le Tribunal administratif ne revoit l'appréciation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudications 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 (RJN 2003, p.306 cons.6a; ATF 125 II 86 cons.6).

c) Dans ses observations, l'intimée admet que l'offre de la recourante est meilleure que celle de sa concurrente à certains égards et précise qu'elle en a tenu compte, en particulier pour l'insonorisation des conteneurs et le délai d'approvisionnement. Une comparaison des offres permet effectivement de constater que l'insonorisation des conteneurs pour le verre proposés par la recourante, 82.5 décibels à 5 mètres, est meilleure que celle des conteneurs proposés par l'adjudicataire, 91 décibels à 5 mètres. La recourante a ainsi obtenu la note maximale de 5 pour le critère numéro 2, alors que l'adjudicataire n'a obtenu que la note de 4.9. L'offre de la recourante est également

meilleure que celle de sa concurrente s'agissant de la garantie, deux ans au lieu d'un an, ainsi que du délai d'approvisionnement des pièces détachées, 1 à 2 jours contre 2 semaines. Contrairement aux allégués de la recourante, ces éléments ont également été pris en considération par le pouvoir adjudicateur dans la notation du critère numéro 3, puisque, alors que la recourante a obtenu la note maximale de 5, l'adjudicataire s'est vu attribuer la note de 3.75 seulement. Le grief d'un prétendu examen incomplet des offres par le pouvoir adjudicateur s'avère en conséquence mal fondé. Pour le surplus, la recourante ne précise absolument pas en quoi le pouvoir adjudicateur aurait excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation dans la notation des deux critères susmentionnés, si ce n'est l'allégation toute générale selon laquelle l'adjudicataire n'aurait pas fourni le moindre renseignement sur la façon dont elle va tenir concrètement ses engagements. Or, l'offre de l'adjudicataire comprend un cahier contenant en particulier des informations relatives aux caractéristiques techniques des produits offerts, une description de leur installation ainsi que des plans. Quoi qu'il en soit, à supposer même que l'adjudicataire ne se soit vu attribuer que la note 2, équivalent à un critère partiellement suffisant, voire la note 1, équivalent à un critère insuffisant, pour les critères numéro 2 et 3, ce qui d'ailleurs serait arbitrairement sévère, elle obtiendrait encore au total un nombre de point légèrement supérieur à la recourante. Dans ces circonstances, il apparaît que si l'offre de la recourante est effectivement de meilleure qualité sur quelques points, dont le pouvoir adjudicateur a tenu compte, ces éléments ne permettent de loin pas de compenser le fait que le coût de cette offre est également supérieur de 20 % à l'offre retenue. Sur la base d'une appréciation de l'ensemble des critères définis dans le dossier de soumission, l'intimée a ainsi bel et bien adjugé le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse selon l'article 30 LCMP, laquelle s'avère en l'espèce être aussi l'offre la meilleure marché. Selon la recourante, l'offre retenue serait par ailleurs irréalisable. Elle ne motive cependant pas ce grief, si ce n'est en se référant à sa propre expérience. Selon la jurisprudence, il n'y a pas lieu d'exclure une offre pour le seul motif qu'elle est anormalement basse. Ce qui est déterminant, c'est que le soumissionnaire soit en mesure de remplir les conditions de participation et apte à satisfaire aux modalités du marché en question. Si tel n'est pas le cas, le soumissionnaire sera exclu, non en raison du prix très bas mais parce qu'il ne satisfait pas aux critères d'aptitude ( RJN 2003, p.315 cons.3b et les références; ATF 130 I 241 cons.7.3; arrêt du Tribunal fédéral non publié du 23.02.2007 [2P.70/2006 et 2P.71/2006] cons.4.3 et 4.5). En d'autres termes, en cas d'offre anormalement basse l'adjudicateur est tenu de s'enquérir de la seule capacité du soumissionnaire et non pas de la couverture de ses frais ( Dubey, La pratique judiciaire depuis 2006, in Marchés publics 2008, p.393). En l'espèce, le dossier permet de constater que l'adjudicataire est à jour dans le paiement des cotisations sociales et des charges fiscales, qu'elle respecte le contrat collectif de travail applicable à son secteur et qu'elle ne fait pas l'objet de poursuites ni d'actes de défaut de bien. Il s'agit de surcroît d'une entreprise active depuis plus de 60 ans, dont le capital-actions se monte à 700'000 francs. Rien ne laisse donc penser, à supposer encore que son offre soit anormalement basse, ce qui n'est pas établi, qu'elle ne serait pas en mesure d'exécuter le marché aux conditions offertes.

## **E. 6**

a) La recourante se prévaut finalement de vices formels ayant affecté la procédure d'adjudication. Elle relève que le délai pour le dépôt des offres était inférieur à 40 jours d'une part, invoque l'absence de motivation de la décision d'adjudication d'autre part. b) Selon le règlement d'exécution de la loi cantonale sur les marchés publics, les délais sont fixés de manière à éviter toute discrimination, en tenant compte de la complexité du

marché, de l'importance des marchés de sous-traitance, ainsi que du temps nécessaire pour transmettre les offres (art.28 RELCMP ). Pour les marchés soumis à l'accord intercantonal sur les marchés publics, le délai ne peut être inférieur à 40 jours depuis l'appel d'offres pour la remise d'une offre en cas de procédure ouverte (art.29 litt.a RELCMP ). En l'espèce, l'appel d'offres a été publié dans la Feuille officielle du 14 mars 2008 et le délai pour la remise des offres était fixé au 4 avril 2008. Les dispositions susmentionnées n'ont donc pas été respectées. La question se pose cependant de savoir si la recourante n'aurait pas dû invoquer ce vice dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offre (v. cons.3b). Peu importe, puisque cette violation de la législation ne justifie quoi qu'il en soit pas d'annuler la décision attaquée, la recourante admettant qu'elle ne lui a pas porté préjudice. c) Les dispositions d'exécution cantonales de l'accord intercantonal sur les marchés publics doivent garantir la notification et la motivation sommaire des décisions d'adjudication (art.13 litt.h AIMP ). Ainsi, la décision d'adjudication, sommairement motivée, est communiquée aux soumissionnaires. Elle indique notamment le nom de l'adjudicataire, le montant de l'adjudication et le tableau final d'appréciation des offres. Le tableau final d'évaluation des offres mentionne les critères d'adjudication, les pondérations et les notes obtenues par chaque soumissionnaire. Tous les noms sont caviardés à l'exception de ceux de l'adjudicataire et du destinataire de la décision (art.32 al.1 et 2 LCMP ). La décision d'adjudication du 21 mai 2008, notifiée à la recourante le lendemain, mentionnait le nom de l'adjudicataire ainsi que le montant de l'adjudication. Le tableau final d'appréciation des offres, que l'intimée avait omis d'annexer à sa décision, a pu être consulté par la mandataire de la recourante à première demande, le 28 mai 2008, soit 5 jours avant l'échéance du délai de recours le 2 juin 2008. Les allégations de la recourante selon lesquelles elle aurait été contrainte de consulter un mandataire afin d'obtenir ces informations ne sont par ailleurs nullement établies. Pour le surplus, elle admet n'avoir pas été entravée dans la défense de ses droits de ce fait, de sorte qu'il ne se justifie par non plus d'annuler la décision attaquée pour cette raison.

#### **E. 7**

Pour les motifs qui précèdent, le recours, dans la mesure où il est recevable, est rejeté. La requête d'effet suspensif devient sans objet. Les frais de la procédure sont mis à la charge de la recourante, qui succombe (art.47 al.1 LPJA par renvoi de 41 LCMP ). Le tiers intéressé, qui a procédé avec l'aide d'un mandataire, a en outre droit à des dépens, à charge de la recourante (art.48 al.1 LPJA par renvoi de 41 LCMP ).

#### **E. 15**

al.1 bis litt.aAIMP) ainsi que le dossier de soumission dès sa mise à disposition (art.18 et 42 al.2 litt.aLCMP). Le recours doit être déposé dans les 10 jours à compter de la communication de la décision attaquée (art.43 al.1LCMP; 15 al.2AIMP). En cas de recours sur la base de l'article 42 al.2 litt.aLCMP, le délai de recours commence à courir dès le jour suivant la mise à disposition ou la transmission du dossier de soumission (art.43 al.2LCMP).

Le Tribunal fédéral a jugé que, dans le cadre de la procédure sélective, les documents de l'appel d'offres qui contiennent les conditions fixées par l'adjudicateur pour la qualification des candidats font partie intégrante de l'appel d'offres, si bien que les éventuels vices les affectant doivent être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure, dans le délai de 10 jours dès leur remise, à l'instar de ce qui est prévu pour recourir contre

l'appel d'offres lui-même (ATF 125 I 203cons.3a). Il a par ailleurs considéré que même s'il n'a pas l'obligation de saisir immédiatement le juge, le soumissionnaire qui constate une irrégularité dans le déroulement de la procédure d'appel d'offres n'en demeure pas moins tenu, en principe, de la signaler sans attendre à l'adjudicateur, au risque d'adopter un comportement contraire aux principes de la bonne foi et de la sécurité du droit (ATF130 I 241cons.4.3,125 I 203cons.3a). La sanction en cas d'absence de contestation immédiate, fondée sur le principe de la bonne foi, est donc la même qu'en cas d'absence de recours : il y a forclusion (note deEssevain DC 2/2005, p.71).

Le Tribunal fédéral a précisé que la forclusion tirée du principe de la bonne foi ne peut toutefois être opposée à une partie que pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées ou, à tout le moins, qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. Or, l'on ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres. Il convient, au contraire, de ne pas se montrer trop strict à cet égard et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes. Cette solution offre en outre l'avantage de garantir une certaine effectivité de la protection juridique des soumissionnaires, rares étant ceux qui contestent l'appel d'offres ou les documents y relatifs, par crainte de compromettre leurs chances d'obtenir le marché (ATF130 I 241cons.4.3; arrêt du Tribunal fédéral non publié du22.01.2008 [2C\_107/2007]cons.2.1).

c) En l'occurrence, aussi bien l'appel d'offre que les conditions de l'appel d'offres comportaient l'indication de la voie de recours. Concernant les critères d'adjudication, l'appel d'offres renvoyait par ailleurs au dossier, lequel mentionnait, sous le titre "évaluation des offres", dans l'ordre d'importance (art.18 litt.jLCMP), les critères sur la base desquels les offres seraient évaluées, ainsi que leur pondération, soit :

1Prix60 %

2Critères techniques, fonctionnels et sécurité30 %

3Délais, garantie, service après vente 5 %

4Critères esthétiques 5 %

Concernant le critère du prix, le dossier contenait par ailleurs l'indication selon laquelle la notation se ferait selon la formule suivante :  $NPx = (\text{coût offre minimum} : \text{coût offre } x) \times 5$ . Pour l'ensemble des autres critères, le barème des notes allait de 0 à 5 (0 : critère non satisfait, non rempli; 1 : insuffisant; 2 : partiellement suffisant; 3 : suffisant; 4 : bon et avantageux; 5 : très intéressant; conditions de l'appel d'offres, p.5 et 6; D.2a/3). Ces indications étaient ainsi suffisamment claires et précises pour permettre à la recourante, avant même de soumissionner, de saisir l'importance accordée par le pouvoir adjudicateur au critère du prix par rapport aux critères techniques, fonctionnels et sécuritaires. La recourante était donc en mesure de constater, à tout le moins elle l'eut été en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances, que le critère du prix était prépondérant. Faute d'avoir contesté la pondération de ce critère en formant recours contre le dossier de soumission, dans les 10 jours suivant la mise à disposition ou la transmission dudit dossier, elle est forclosée et le grief de la pondération excessive du critère du prix, invoqué tardivement à ce stade de la procédure, est en conséquence irrecevable.

Au demeurant, à supposer ce grief recevable, il devrait être rejeté. A bien comprendre la recourante, elle considère effectivement que les critères techniques revêtent une importance capitale pour la réalisation du marché en cause, justifiant une pondération du critère du prix inférieure à celle appliquée, au motif que cinq pages sur sept sont consacrées aux aspects techniques, fonctionnels et sécuritaires dans les conditions de l'appel d'offres. Or, l'indication de la méthode de calcul relative à la notation du critère du prix prend généralement assez peu de place dans les documents d'appel d'offres, dès lors qu'elle s'exprime souvent par une seule formule mathématique. Au contraire, les critères techniques, dans la mesure où ils sont spécifiques à chaque marché, nécessitent d'être explicités par le pouvoir adjudicateur de la manière la plus claire et précise possible, ne serait-ce déjà que pour permettre aux soumissionnaires d'établir leurs offres en toute connaissance de cause. La pondération des différents critères d'adjudication ne saurait donc être fonction du nombre de pages plus ou moins important qui leur est consacré dans les documents d'appel d'offres. Ceci tombe sous le sens, de sorte qu'à supposer recevable, l'argumentation de la recourante à cet égard devrait être considérée comme téméraire. L'intimée a de surcroît relevé, à juste titre, que le marché en cause n'est pas d'une complexité technique telle qu'elle justifierait une pondération du critère du prix inférieure à 60 %; on peut renvoyer sur ce point à ses observations.

5.a) La recourante allègue également que son offre est économiquement la plus avantageuse. Elle reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir procédé à un examen incomplet de l'offre de l'adjudicataire, se bornant à choisir l'offre la moins chère sans tenir compte des autres critères d'adjudication, et d'avoir ainsi violé l'article 30LCMP, selon lequel le marché doit être attribué au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. En particulier, elle estime que la différence de prix entre les offres s'explique par le fait que ses produits sont de meilleure qualité; elle mentionne à cet égard les ailettes de stabilisation et l'insonorisation des conteneurs. S'agissant par ailleurs de l'approvisionnement des pièces détachées, elle relève qu'elle garantit un délai de livraison d'un à deux jours, contre deux semaines pour l'adjudicataire, différence qui n'aurait pas été prise en compte dans la notation du critère numéro 3. Elle conteste au surplus la note de 4.9 attribuée à l'adjudicataire pour le critère numéro 2, alors que son offre ne contiendrait pas le moindre renseignement sur la façon dont elle va tenir ses engagements. Finalement, elle se prévaut du fait que l'offre de l'adjudicataire serait irréalisable.

b) Les dispositions d'exécution cantonales de l'accord intercantonal sur les marchés publics doivent garantir des critères d'attribution propres à adjudger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (art.13 litt.fAIMP). Ainsi, 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 les critères d'adjudication par ordre d'importance ainsi que leur pondération (art.18 litt.jLCMP). Le marché est adjudgé au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour en décider, le pouvoir adjudicateur prend en considération l'ensemble des critères définis dans le dossier de soumission, à l'exclusion de critères étrangers au marché, propres à créer une inégalité de traitement entre les soumissionnaires (art.30 al.1 et 2LCMP). Cette réglementation a 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, ainsi que de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (art.1 al.2LCMP; 1 al.3AIMP).

L'autorité adjudicatrice dispose d'un large pouvoir 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.33LPJA par renvoi de 41LCMP;

## **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 d'accorder à certains critères une importance manifestement disproportionnée ou d'appliquer un critère de manière arbitraire à certains soumissionnaires (RJN 2003, p.301 cons.4a, p.323 cons.4a et les références). Outre qu'il ne revoit pas l'opportunité, le Tribunal administratif ne revoit l'appréciation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudications 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 (RJN 2003, p.306 cons.6a; ATF125 II 86 cons.6).

c) Dans ses observations, l'intimée admet que l'offre de la recourante est meilleure que celle de sa concurrente à certains égards et précise qu'elle en a tenu compte, en particulier pour l'insonorisation des conteneurs et le délai d'approvisionnement. Une comparaison des offres permet effectivement de constater que l'insonorisation des conteneurs pour le verre proposés par la recourante, 82.5 décibels à 5 mètres, est meilleure que celle des conteneurs proposés par l'adjudicataire, 91 décibels à 5 mètres. La recourante a ainsi obtenu la note maximale de 5 pour le critère numéro 2, alors que l'adjudicataire n'a obtenu que la note de 4.9. L'offre de la recourante est également meilleure que celle de sa concurrente s'agissant de la garantie, deux ans au lieu d'un an, ainsi que du délai d'approvisionnement des pièces détachées, 1 à 2 jours contre 2 semaines. Contrairement aux allégués de la recourante, ces éléments ont également été pris en considération par le pouvoir adjudicateur dans la notation du critère numéro 3, puisque, alors que la recourante a obtenu la note maximale de 5, l'adjudicataire s'est vu attribuer la note de 3.75 seulement. Le grief d'un prétendu examen incomplet des offres par le pouvoir adjudicateur s'avère en conséquence mal fondé.

Pour le surplus, la recourante ne précise absolument pas en quoi le pouvoir adjudicateur aurait excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation dans la notation des deux critères susmentionnés, si ce n'est l'allégation toute générale selon laquelle l'adjudicataire n'aurait pas fourni le moindre renseignement sur la façon dont elle va tenir concrètement ses engagements. Or, l'offre de l'adjudicataire comprend un cahier contenant en particulier des informations relatives aux caractéristiques techniques des produits offerts, une description de leur installation ainsi que des plans. Quoi qu'il en soit, à supposer même que l'adjudicataire ne se soit vu attribuer que la note 2, équivalent à un critère partiellement suffisant, voire la note 1, équivalent à un critère insuffisant, pour les critères numéro 2 et 3, ce qui d'ailleurs serait arbitrairement sévère, elle obtiendrait encore au total un nombre de point légèrement supérieur à la recourante. Dans ces circonstances, il apparaît que si l'offre de la recourante est effectivement de meilleure qualité sur quelques points, dont le pouvoir adjudicateur a tenu compte, ces éléments ne permettent de loin pas de compenser le fait que le coût de cette offre est également supérieur de 20 % à l'offre retenue. Sur la base d'une appréciation de l'ensemble des critères définis dans le dossier de soumission, l'intimée a ainsi bel et bien adjugé le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse selon

l'article 30LCMP, laquelle s'avère en l'espèce être aussi l'offre la meilleure marché.

Selon la recourante, l'offre retenue serait par ailleurs irréalisable. Elle ne motive cependant pas ce grief, si ce n'est en se référant à sa propre expérience. Selon la jurisprudence, il n'y a pas lieu d'exclure une offre pour le seul motif qu'elle est anormalement basse. Ce qui est déterminant, c'est que le soumissionnaire soit en mesure de remplir les conditions de participation et apte à satisfaire aux modalités du marché en question. Si tel n'est pas le cas, le soumissionnaire sera exclu, non en raison du prix très bas mais parce qu'il ne satisfait pas aux critères d'aptitude (RJN 2003, p.315cons.3b et les références; ATF 130 I 241cons.7.3; arrêt du Tribunal fédéral non publié du 23.02.2007 [2P.70/2006 et 2P.71/2006]cons.4.3 et 4.5). En d'autres termes, en cas d'offre anormalement basse l'adjudicateur est tenu de s'enquérir de la seule capacité du soumissionnaire et non pas de la couverture de ses frais (Dubey, La pratique judiciaire depuis 2006, in Marchés publics 2008, p.393). En l'espèce, le dossier permet de constater que l'adjudicataire est à jour dans le paiement des cotisations sociales et des charges fiscales, qu'elle respecte le contrat collectif de travail applicable à son secteur et qu'elle ne fait pas l'objet de poursuites ni d'actes de défaut de bien. Il s'agit de surcroît d'une entreprise active depuis plus de 60 ans, dont le capital-actions se monte à 700'000 francs. Rien ne laisse donc penser, à supposer encore que son offre soit anormalement basse, ce qui n'est pas établi, qu'elle ne serait pas en mesure d'exécuter le marché aux conditions offertes.

6.a) La recourante se prévaut finalement de vices formels ayant affecté la procédure d'adjudication. Elle relève que le délai pour le dépôt des offres était inférieur à 40 jours d'une part, invoque l'absence de motivation de la décision d'adjudication d'autre part.

b) Selon le règlement d'exécution de la loi cantonale sur les marchés publics, les délais sont fixés de manière à éviter toute discrimination, en tenant compte de la complexité du marché, de l'importance des marchés de sous-traitance, ainsi que du temps nécessaire pour transmettre les offres (art.28RELCMP). Pour les marchés soumis à l'accord intercantonal sur les marchés publics, le délai ne peut être inférieur à 40 jours depuis l'appel d'offres pour la remise d'une offre en cas de procédure ouverte (art.29 litt.aRELCMP).

En l'espèce, l'appel d'offres a été publié dans la Feuille officielle du 14 mars 2008 et le délai pour la remise des offres était fixé au 4 avril 2008. Les dispositions susmentionnées n'ont donc pas été respectées. La question se pose cependant de savoir si la recourante n'aurait pas dû invoquer ce vice dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offre (v. cons.3b). Peu importe, puisque cette violation de la législation ne justifie quoi qu'il en soit pas d'annuler la décision attaquée, la recourante admettant qu'elle ne lui a pas porté préjudice.

c) Les dispositions d'exécution cantonales de l'accord intercantonal sur les marchés publics doivent garantir la notification et la motivation sommaire des décisions d'adjudication (art.13 litt.hAIMP). Ainsi, la décision d'adjudication, sommairement motivée, est communiquée aux soumissionnaires. Elle indique notamment le nom de l'adjudicataire, le montant de l'adjudication et le tableau final d'appréciation des offres. Le tableau final d'évaluation des offres mentionne les critères d'adjudication, les pondérations et les notes obtenues par chaque soumissionnaire. Tous les noms sont caviardés à l'exception de ceux de l'adjudicataire et du destinataire de la décision (art.32 al.1 et 2LCMP).

La décision d'adjudication du 21 mai 2008, notifiée à la recourante le lendemain, mentionnait le nom de l'adjudicataire ainsi que le montant de l'adjudication. Le tableau final d'appréciation des offres, que l'intimée avait omis d'annexer à sa décision, a pu être consulté

par la mandataire de la recourante à première demande, le 28 mai 2008, soit 5 jours avant l'échéance du délai de recours le 2 juin 2008. Les allégations de la recourante selon lesquelles elle aurait été contrainte de consulter un mandataire afin d'obtenir ces informations ne sont par ailleurs nullement établies. Pour le surplus, elle admet n'avoir pas été entravée dans la défense de ses droits de ce fait, de sorte qu'il ne se justifie par non plus d'annuler la décision attaquée pour cette raison.

7. Pour les motifs qui précèdent, le recours, dans la mesure où il est recevable, est rejeté. La requête d'effet suspensif devient sans objet. Les frais de la procédure sont mis à la charge de la recourante, qui succombe (art.47 al.1LPJA par renvoi de 41LCMP). Le tiers intéressé, qui a procédé avec l'aide d'un mandataire, a en outre droit à des dépens, à charge de la recourante (art.48 al.1LPJA par renvoi de 41LCMP).

Par ces motifs, LA COUR DE DROIT PUBLIC

1. Rejette le recours, dans la mesure où il est recevable.
2. Dit que la requête d'effet suspensif est sans objet.
3. Met à la charge de G. SA un émolument de décision de 2'000 francs et les débours par 200 francs, montants compensés par son avance de frais.
4. Alloue à P. SA une indemnité de dépens de 1'200 francs, à charge de G. SA.

Neuchâtel, le 8 septembre 2008

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