

# **NE\_GERICHTE TA.2009.434 vom 26. Januar 2010**

NE Tribunal cantonal, 2010-01-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_TA.2009.434](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2009.434)

FR: NE\_GERICHTE TA.2009.434 du 26 janvier 2010

IT: NE\_GERICHTE TA.2009.434 del 26 gennaio 2010

## **Erwägungen**

### **E. 1**

S'agissant de l'adjudication de lots d'un même marché de fournitures et d'une seule entité adjudicatrice, les deux recours de M. SA sont connexes, ce qui justifie la jonction des causes et le prononcé d'un seul jugement.

### **E. 2**

Interjetés dans les formes et délai légaux contre des décisions d'adjudication rendues par un organisme au sens de l'article 2 litt.c de la loi cantonale sur les marchés publics ( LCMP ), les recours sont recevables (art.42 et 32 LCMP ).

### **E. 3**

a) Selon l'art. 9a LCMP , les marchés publics sont en principe adjugés selon la procédure ouverte ou sélective, en fonction des valeurs seuils contenues dans les annexes 1a et 1b de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (al. 1). Ils peuvent être adjugés selon la procédure d'invitation ou de gré à gré, sans appel d'offres public préalable, en fonction des valeurs seuils contenues dans l'annexe 2 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (al. 2). D'après l'art. 10 LCMP , la procédure est dite ouverte lorsque tout soumissionnaire peut, à la suite d'un appel d'offres public, présenter une offre (al. 1). Les offres sont jugées d'abord selon les critères d'aptitude, puis selon les critères techniques ou autres et enfin selon le prix [critères d'adjudication] (al. 2). Aux termes de l'art. 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 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 (al. 2). b) Certes, il n'y a pas en droit des marchés publics d'obligation à charge du pouvoir adjudicateur de conclure un contrat après avoir adjugé un marché. Mais l'adjudication lie l'autorité adjudicatrice en ce sens que celle-ci est tenue, si elle passe un contrat, de le conclure avec l'adjudicataire, et non avec un autre soumissionnaire (ATF 129 I 410 cons. 3.4). Car la procédure d'adjudication n'est pas une fin en soi, elle ne vise pas à procurer à l'autorité adjudicatrice une faculté abstraite de passer un marché. Elle a pour but d'évaluer l'offre économiquement la plus avantageuse pour une prestation déterminée, de sorte que la passation du contrat n'est permise que pour cette prestation, respectivement cette offre économiquement la plus avantageuse, et avec l'auteur de celle-ci. La finalité du droit des marchés publics résidant dans la régulation du choix du partenaire contractuel, il n'est pas admissible de s'écarter de ce choix, aboutissement de la procédure qui le régit. En d'autres termes, les règles sévères du droit des marchés publics et leur respect n'auraient plus de sens si le partenaire contractuel pouvait ensuite être choisi librement ( Beyeler , Oeffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, p. 276 et p. 294). En outre, une décision ne saurait voir

son contenu être modifié au stade de l'exécution. Cela équivaudrait, d'une part, à une révocation partielle implicite de la première décision d'adjudication, dans un cas non permis par la loi, et sans que cette révocation ne fasse l'objet d'une notification et, d'autre part, à la passation d'un autre marché, par une quasi procédure de gré à gré, dans un cas non énuméré par la loi ( Clerc , L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, p. 498). Ainsi, une adjudication conçue par le pouvoir adjudicateur comme une simple évaluation préalable d'offres à l'intention d'autorités tierces, sans caractère contraignant pour lui-même ni pour ces dernières, est d'emblée privée des effets qui lui sont normalement attachés en vertu du droit des marchés publics. En outre, dans la mesure où l'organisme agissant comme pouvoir adjudicateur réserve expressément la décision ultérieure desdites autorités, qu'elle prétend représenter, de passer ou non le marché avec l'adjudicataire ou de choisir un autre soumissionnaire, ou encore d'organiser elles-mêmes une nouvelle procédure d'adjudication (ouverte, voire de gré à gré), il crée une confusion quant à la personne même de l'autorité adjudicatrice, qui n'est en définitive plus clairement identifiable. c) En l'espèce, selon le cahier des charges, V. SA, [...], exploite pour le compte de diverses communes ou actionnaires, les usines d'incinération de La Chaux-de-Fonds et de Colombier. Le cahier des charges précisait ce qui suit: L'adjudicateur représente les communes membres du Périmètre V. SA, les Périmètres de gestion des déchets de ses zones d'apport ou directement des communes selon les conventions qui seront établies (...). La présente consultation a pour objet la fourniture et la dépose franco communes (dépôt) ou chantier (proximité des lieux de pose) de conteneurs enterrés ou semi-enterrés, de 5 m<sup>3</sup> de volume, destinés à la collecte des déchets ménagers ou assimilés (...). Le contrat ne deviendra effectif que lors de la première commande en fonction des besoins et des choix des communes (un modèle pourrait être retenu par l'adjudicateur sans pour autant être commandé si aucune commune ne le choisit). Le soumissionnaire ne peut pas exiger d'indemnité en cas de non-commande de son matériel (...). En finalité, les communes viendront choisir dans le "catalogue V. SA" le modèle de base parmi les 4 modèles retenus, modèle(s) qui correspondra à ses exigences et contraintes (...). L'adjudicateur ne s'engage pas à commander les modèles offerts s'ils ne sont pas demandés par les communes ou ne correspondent pas aux éléments décrits ci-dessus. Sans délégation de la tâche à V. SA, il faut savoir que les communes restent compétentes pour retenir le(s) modèle(s) qui leur convient". De même, l'appel d'offres indiquait que "l'adjudication des modèles ne signifie pas que la commande va être passée (dépend du choix du modèle dans les communes)", et que "le scénario des quantités, dates et lieux des livraisons sont fonction des commandes par les communes ou des Périmètres de gestion des déchets. Le scénario contenu dans le cahier des charges n'engage pas V. SA à passer commande". Dans ses observations sur les recours, V. SA relève qu'elle a procédé à cet appel d'offres afin de "pouvoir proposer" aux communes et aux périmètres concernés qui lui passeront commande, divers modèles de conteneurs à déchets, et qu'elle ne signera le contrat avec les fournisseurs que lors de la première commande; "un ou plusieurs modèles retenus à l'adjudication pourraient même n'être jamais commandés si aucune commune n'en veut". Par ailleurs, les communes "ne seront liées à cet appel d'offres et au contrat avec les fournisseurs qu'une fois la convention signée avec (elle). Ainsi, une commune pourrait très bien acheter et poser elle-même un modèle du type A1, A2, B1 ou B2 autre que ceux arrivés en tête de la procédure d'appel d'offres", chaque commune pouvant "toujours procéder elle-même à un appel d'offres et appliquer des procédures différentes de la loi sur les marchés publics que celle (qu'elle a) appliquées (les seuils par commune ne sont pas les mêmes en fonction du nombre de pièces

à commander). Le résultat de ces consultations « communalistes » pourrait donc être catastrophique dans le sens que la compatibilité des véhicules de collectes ne serait simplement plus possible partout et que plusieurs contrats devraient ainsi être dénoncés". d) La recourante ne met, il est vrai, pas en cause les éléments susmentionnés de l'appel d'offres et du cahier des charges. On pourrait se demander si, à supposer qu'elle ait soulevé des griefs tirés des principes exposés ci-dessus dans le cadre des présents recours contre la décision d'adjudication, ce moyen serait recevable, dès lors qu'elle aurait pu le faire valoir en recourant contre l'appel d'offres ou le dossier de soumission, ce qu'elle n'a pas fait (art. 42 al. 2 litt. a LCMP). Cela n'est toutefois pas décisif. Le Tribunal administratif examine d'office la régularité de la procédure, fondement de la décision qui lui est déférée dans le cas concret (RJN 1996, p.245 cons.2, 204 cons.2a, 1991, p.164 cons.2a, 1987, p.271 cons.1a, 1986, p.116; cf. aussi divers arrêts non publiés, par exemple ATA du 22.12.2009 dans la cause S. [TA.2009.309], du 15.12.2009 dans la cause G. [TA.2009.170], du 23.04.2009 dans la cause R. [TA.2009.69], du 12.03.2009 dans la cause G. [TA.2008.311], du 05.05.2008 dans la cause N. [TA.2008.112]), et il n'est pas lié par les motifs invoqués à l'appui du recours (art. 43 al. 1 LPJA). Le tribunal ne saurait, si par hypothèse les griefs effectivement soulevés par la recourante se révélaient par ailleurs mal fondés, ratifier implicitement des vices graves, non invoqués par les parties mais affectant cette procédure, par la confirmation de l'acte attaqué (dans le même sens: DC 2/2008, no S9 p. 91, avec une note). Car, selon l'art. 45 al. 1 LCMP, le Tribunal administratif statue au fond ou renvoie la cause au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision. Lorsque, comme en l'espèce, la décision d'adjudication est litigieuse, et à supposer que la Cour de céans statue (adjudge) elle-même ou renvoie la cause à l'autorité adjudicatrice pour nouvelle adjudication, le cas échéant avec des instructions au pouvoir adjudicateur, l'irrégularité initiale subsisterait à travers la décision de l'autorité de recours, ce qui ne serait pas acceptable. Par conséquent, pour ce motif déjà, les recours doivent être admis.

#### **E. 4**

a) La recourante fait valoir, en ce qui concerne l'adjudication du modèle B1, que selon le cahier des charges, parmi les documents à produire avec leur offre, les soumissionnaires devaient notamment fournir la "série de prix des options et tous les éléments différents que le modèle de base offre (autre revêtement par exemple, autre couvercle, etc...). Ces prix ne rentrent pas dans la comparaison des offres mais feront partie du contrat une fois le(s) modèle(s) de base attribué(s)". Le cahier des charges précisait en outre que "les options feront partie des critères techniques et de la note même si elles ne seront pas nécessairement commandées pour tous les modèles. Des modèles ne pouvant pas être équipés des options n'entrent pas en ligne de compte et seront éliminés". Or, selon la recourante, l'adjudicataire (T. SA) aurait fait état de caractéristiques techniques – notamment de possibilités optionnelles de solutions électroniques de pesée des conteneurs – qu'elle ne peut en réalité pas offrir. La recourante demande "la preuve de l'existence desdits produits, de ses possibilités de livraison à première demande avec un certificat d'homologation valable en Suisse et sans lequel aucune installation ne saurait être autorisée, et les prix auxquels ces solutions peuvent être mises en œuvre". A défaut, l'offre de T. SA devrait, selon la recourante, être éliminée. Subsidiairement, la recourante demande la réévaluation des points attribués à l'adjudicataire pour les aspects techniques, en particulier en ce qui concerne les options électroniques – qu'elle prétend être seule, avec un autre concurrent, en mesure d'offrir –, soutenant que, sur ce dernier élément, l'offre adjugée a été surévaluée parce que ces options ne peuvent en l'état pas être fournies par l'adjudicataire, ou ne pourraient l'être

qu'à des conditions (notamment quant au prix) incertaines. Dans ses observations, l'adjudicataire conteste ce qui précède, déclarant être en mesure de fournir toutes les options demandées dans le cahier des charges, soit le pesage, le contrôle d'accès et la mesure de niveau. V. SA observe, pour sa part, que "à travers cet appel d'offres il n'a jamais été question d'établir une comparaison poussée dans tous ces détails des différents modèles comme tente de le développer l'entreprise M. SA dans son argumentaire de recours. A (son) sens, ce genre d'étude ne se fait pas à travers de tels dossiers et V. SA ne souhaite pas s'y engager (pas dans les objectifs, pas de temps et pas de moyens). Les nombreuses questions posées devaient essentiellement démontrer qu'un fournisseur possédait un matériel de base adéquat à (ses) attentes et à celles des communes et que des options, dont les exigences mêmes ne sont pas connues à ce jour, pouvaient y être intégrées. Les notes techniques ainsi attribuées ont certes porté sur quelques aspects qualitatifs du produit proposé, mais ont aussi été validées sur la simple présence que la condition demandée était remplie (réponse oui/non). Aucune investigation plus poussée n'a donc été faite pour contrôler les déclarations des entreprises, telles que de mesurer réellement des épaisseurs de parois des cuves, procéder à des tests de résistance au feu, d'étanchéité, de la qualité physique des matériaux, etc, (...) Pour les notes du critère « aspects techniques », lorsqu'une réponse allait positivement dans le sens de la question, il lui était attribué au moins une note entre 1 et 3 ; consolider la réponse par des explications documentées ou des références permettait d'obtenir 4 points et expliquer la réponse avec encore plus de détails passait la note à 5 points. Considérant cette pratique d'évaluation, il est dès lors impossible pour l'entreprise M. SA de vouloir reconstituer un tableau et tenter de comparer son produit avec celui de ses concurrents. L'évaluation a été faite volontairement hors du contexte développé par M. SA vu l'impossibilité pour V. SA de juger sur les différences des produits entre eux pour tous ces aspects. A (son) avis, cette manière d'évaluation correspond aux pratiques usuelles que tout maître d'ouvrage se donne dans l'appréciation d'offres diverses. Considérant les explications ci-devant et au surplus le fait que même si d'arriver en première position ne donne pas encore la garantie de pouvoir livrer seul son matériel dans les communes des périmètres concernés, (elle estime) que les faits décrits par M. SA ne correspondent ni au contexte, ni à la nature de l'appel d'offre et de ses objectifs". En ce qui concerne par ailleurs l'élimination du modèle offert par T. SA pour le motif que ce fournisseur n'aurait pas l'option de pesage fonctionnelle, V. SA expose que "toutes les explications décrites par M. SA sont inutiles car hors du contexte du cahier des charges. Selon (le cahier des charges), l'exclusion d'un modèle n'est liée qu'à la seule exigence que le modèle ne puisse pas être équipé des options et non pas que celles-ci soient fonctionnelles ou pas actuellement. T. SA ayant répondu de manière affirmative à cette question des options, qui, soit dit en passant ne sont pas exclusivement celles de pesage, il n'y a aucune raison d'exclure le modèle T. SA. Si les options sont demandées ultérieurement, il appartiendra au fournisseur de remplir ses engagements, le contrat allant encore le rappeler de manière plus précise pour tous les fournisseurs, M. SA y compris sur le modèle A1. Il faut savoir que ces options de pesage, comme les autres, même si elles sont opérationnelles à ce jour doivent d'abord être intégrées dans un concept de gestion globale des déchets au niveau d'une région ou d'un canton avant de placer leur fonctionnalité comme prépondérante. Exemple de mise en œuvre des options: comme plusieurs périmètres de gestion de déchets pratiquent déjà la solution par sacs, introduire des options sans pouvoir continuer d'utiliser tous les modèles de sacs n'est pas envisageable. Ainsi, il a aussi été demandé à tous les fournisseurs si leurs modèles actuels étaient en mesure de réceptionner des sacs jusqu'à 110 litres de contenance. Aussi bien T.

SA que M. SA ont répondu par l'affirmative. Nous verrons par la suite comment ces deux entreprises vont procéder pour y inclure les options en l'absence de solution éprouvée à ce jour par aucun des fournisseurs. Aucun modèle n'a pour autant été éliminé face à cette interrogation. Les commentaires de M. SA sur les risques que les communes auraient à supporter ou sur des coûts et temps de développement que les autres entreprises doivent prendre sont hors du contexte de cet appel d'offre. Si (elle avait) pris un tel critère en considération, plus aucune autre entreprise n'aurait jamais pu un jour occuper aussi le marché. Un tel critère aurait certainement été jugé comme discriminatoire en cas de recours (qu'elle a) voulu exclure". b) D'après le cahier des charges – qui concerne les quatre modèles - les critères d'adjudication pondérés étaient le prix (40%), les aspects techniques (30%), les expériences/références (20%), et le service après vente/garantie (10%). Les offres étaient évaluées, pour chaque critère, selon un barème de notes de 5 (excellent) à 0 (nul, sans valeur) On ignore en l'occurrence comment l'autorité adjudicatrice a évalué concrètement, en détail, chacun des dix éléments – dont celui des options – composant le critère des aspects techniques, dès lors qu'elle n'a produit qu'une récapitulation des points obtenus respectivement par l'adjudicataire et par la recourante pour chacun de ces éléments. On constate seulement que pour les aspects techniques, la recourante a obtenu la note 4.78 (ce qui conduit à une note pondérée de 1.43) tandis que l'adjudicataire a obtenu la note 4.23 (ce qui conduit à une note pondérée de 1.27). Dans le classement final, au regard des quatre critères d'adjudication, la recourante a obtenu la note totale de 4.14 (2e rang), l'adjudicataire la note totale de 4.37 (1er rang). S'il paraît a priori admissible que le pouvoir adjudicateur se fonde sur les indications fournies par le soumissionnaire sans nécessairement procéder à des vérifications quant à la véracité des réponses qu'il a données, les explications de l'intimée reprises ci-dessus ne sont toutefois pas entièrement convaincantes. En particulier le fait que la comparaison des offres n'a, d'après l'intimée elle-même, pas été effectuée à certains égards de manière précise et sûre, et que dès lors il est, selon elle, impossible de procéder à une vérification de l'évaluation des aspects techniques, conduit nécessairement à mettre en doute l'objectivité de la notation, indispensable à une évaluation sérieuse. Cela ne peut pas, contrairement à ce que soutient V. SA, être valablement justifié par les particularités de l'adjudication, à laquelle elle n'attribue pas de caractère obligatoire mais seulement, au mieux, la valeur d'une recommandation à l'intention des communes (éventuellement) intéressées, comme exposé plus haut (cons.3). A cela s'ajoute le fait qu'il n'est guère compatible de prescrire, dans le cahier des charges, d'une part que les prix des options ne font pas l'objet d'une évaluation comparative – mais seront intégrés le cas échéant dans les conditions des contrats ultérieurs éventuels - et d'autre part que l'indication des options est obligatoire et que celles-ci sont évaluées et notés dans le cadre des aspects techniques. Cette manière de faire est également une conséquence du vice qui affecte cette adjudication, laquelle ne définit pas de manière suffisamment précise le contenu du (des) éventuel(s) contrat(s) futur(s). Pour ce motif également, la décision ne peut pas être confirmée.

## **E. 5**

a) Pour ce qui est de l'adjudication du modèle A2, la recourante fait valoir des motifs semblables à ceux énoncés plus haut pour le cas du modèle B1, dont il découle que l'offre de l'adjudicataire (R. Sàrl) devrait, selon elle, être également éliminée. En outre, elle allègue que le prix mentionné dans le tableau comparatif de l'adjudicateur pour le modèle A2 est de 5'300 francs alors que le prix qu'elle avait indiqué s'élève à 5'003 francs, erreur qui conduit à modifier la note obtenue (1.72 au lieu de 1.62). Par ailleurs, la recourante arguë – dans une motivation détaillée - qu'il n'y a pas de raison pouvant expliquer pourquoi la note

qu'elle a obtenue pour les aspects techniques dans le cas du marché du modèle A1, qui lui a été adjugé par V. SA, savoir 1.44 (recte: 1.43), ne vaudrait pas aussi dans le cas du modèle A2, où elle n'a obtenu que la note 1.37 (contre 1.38 pour R. Sàrl), et demande qu'à tout le moins il lui soit attribué au minimum le même score que l'adjudicataire (1.38). Enfin, la recourante soutient que le sous-critère des références (critère "expériences/références") a été sous-évalué dans son cas (note 0.4) par rapport à la note obtenue par R. Sàrl (0.5), alors que ces scores sont inversés pour le sous-critère de l'expérience (0.5 pour elle, contre 0.4 pour R. Sàrl), et demande de lui attribuer 0.5 point également. Moyennant ces corrections, la note finale obtenue par elle s'élèverait, selon la recourante, non pas à 4.39 comme retenu, mais à 4.66 points, ou 4.60 points dans l'hypothèse la moins favorable, résultat supérieur à celui de R. Sàrl (4.58 points, 1er rang du classement). L'adjudicataire conteste cette argumentation en particulier quant à la valeur des solutions techniques qu'elle offre. V. SA reprend les observations déjà exposées ci-dessus, notamment pour ce qui est de l'élimination de l'offre de R. Sàrl demandée par la recourante, et s'exprime par ailleurs comme il suit: elle admet son erreur concernant le prix et la note pondérée de 1.72 résultant de cette rectification. En ce qui concerne l'évaluation des aspects techniques, elle admet de retenir, comme le propose la recourante, la même note que celle attribuée à l'adjudicataire, savoir 1.38. Pour l'évaluation du critère "expérience/références", elle indique que les valeurs de M. SA pour les deux sous-critères concernés "avaient simplement été croisées sur le tableau final lors du report, aucun changement ne doit donc être apporté à la note finale de ce critère" (qui est de 0.9). Si l'évaluation totale est corrigée dans le sens précité, la note totale de la recourante est de 4.50, et reste donc inférieure à celle de l'adjudicataire. b) Ce qui a été relevé plus haut (cons. 4b) vaut également pour l'adjudication du modèle A2, sous réserve des notes obtenues, qui devraient en outre être corrigées, le cas échéant, de la manière proposée par V. SA ou par la recourante. Les corrections suggérées par l'intimée elle-même mettent, elles aussi, en évidence un manque de rigueur dans l'évaluation. Dès lors, on ne peut que constater, sans qu'il y ait lieu de se prononcer ici sur la pertinence des notes déterminées par la recourante ou par V. SA, que l'adjudication ne peut pas être confirmée dans le cas du modèle A2 non plus.

## **E. 6**

Les recours doivent en conséquence être admis, dans le sens de l'annulation des décisions attaquées. Si V. SA entend procéder à des adjudications – pour autant qu'elle reçoive des collectivités, destinataires des fournitures en cause, les pouvoirs requis pour agir pour leur compte, ce qui n'est en l'espèce pas établi, l'intimée indiquant seulement qu'elle s'est fondée sur un accord non écrit avec les (ou certaines) communes, dont on ignore le contenu - il lui appartiendrait de publier un nouvel appel d'offres répondant aux exigences exposées.

## **E. 7**

Il est statué sans frais (art. 47 al. 1 et 2 LPJA ), et il n'y a pas lieu d'allouer des dépens, la recourante n'étant pas représentée et n'alléguant pas avoir supporté des frais particuliers pour la présente procédure (art. 48 LPJA ).