

Droit des marchés publics

Evelyne Clerc, Yvan Fauchère

Législation

Au niveau international

- Accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP ; RS 0.632.231.422) ; acceptation provisoire du texte révisé (GPA/W/313 du 16 décembre 2010) ; conclusion possible en 2011 (rapport de politique extérieure du CF, FF 2011 p. 1385-6)
- Accord de libre-échange entre le Pérou et les Etats de l'AELE approuvé par l'Assemblée fédérale le 14 avril 2011 (RO 2011 2989) ; entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2011 (RS 0.632.316.411)
- Accord de libre-échange entre la Colombie et les Etats de l'AELE approuvé par l'Assemblée fédérale le 24 septembre 2009 (RO 2011 2745) ; entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2011 (RS 0.632.312.631)

Marchés publics fédéraux

- Ordonnance sur les routes nationales (ORN) du 7 novembre 2007, RS 725.111 : modifications du 17 septembre 2010 (art. 38 al. 1 let. b, 38 al. 2 let. b, 38 al. 5, 40 al. 1 let. b, 40 al. 4, 54 al. 2 (RO 2010 4282) ; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011
- Projet de révision de l'art. 28 LMP relatif à l'effet suspensif du recours (Message CF du 19 mai 2010, FF 2010 p. 3701) visant à exclure l'effet suspensif pour les recours relatifs à certains marchés publics urgents et particulièrement importants : après être entrée en matière en novembre 2010, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) est revenue sur sa position en concluant que le droit actuel permet d'effectuer une pesée des intérêts spécifiques dans chaque cas d'espèce et que les demandes d'octroi d'effet suspensif sont traitées sans délai par les tribunaux. La CAJ-N a décidé le 8 avril 2011 de ne pas entrer en matière sur le projet du CF

Doctrine

- Althaus Stefan, Heindl Christian, Der öffentliche Bauauftrag – Handbuch für den VOB-Vertrag, Mannheim 2011
- Beyeler Martin, Wer offerieren könnte oder können müsste, ist ein potenzieller Bieter – Bundesverwaltungsgericht, Zwischenverfügung vom 10 März 2010 (B-822/2010), DC 4/2010, 209
- Beyeler Martin, Konventionalstrafe für Verstösse auf fremden Baustellen? – Entscheidung des Obergerichts Bern vom 4. August 2010 (APH 10.209), DC 2/2011, 103

- Carron Blaise, Simeoni Manon, Prix – Arrêt du Tribunal administratif genevois du 21 septembre 2010 (ATA 648/2010), DC 2/2011, 102
- Dubey Jacques, Quel recours contre l'appréciation d'un jury de concours ? – Arrêts du Tribunal administratif genevois du 4 mai 2010 (A/199/2010-MARPU) et du 18 mai 2010 (A/4453/2009-MARPU), DC 4/2010, 207
- Fuchs Allen, Morgenbesser Mischa, Besteht eine Ausschreibungspflicht für die Erteilung von Verteilnetzkonzessionen ?, PJA 9/2010, 1099
- Häusler Marc, Freudiger Patrick, Submissionspflicht bei Ersatzvornahmen, Jusletter 20 septembre 2010
- Jäger Christoph, Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren : Tatbestandsvoraussetzungen und -varianten des submissionsrechtlichen Ausschlussgrundes, DC 1/2011, 4
- Luginbühl Kaspar, EMRK und wirtschaftsverwaltungsrechtliche Zwischenverfügungen, PJA 7/2011, 875
- Schneider Heusi Claudia, Mazzariello Laura, Die freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung, Jusletter, 23 mai 2011
- Stöckli Hubert, Aufschiebende Wirkung von Beschwerden, Reflets de la construction n° 133, septembre 2010, 1
- Lutz Daniela, Züfle Rainer, Die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen, HAVE, 4/2010, 323
- Oesch Matthias, Weber Rolf H., Zäch Roger, Wettbewerbsrecht II, Zurich 2011
- Thieme Anna, Mitteilungen der Europäischen Kommission - insbesondere im europäischen Vergaberecht, Zurich 2011
- Trüeb Hans Rudolf, Zimmerli Daniel, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, ZBl 3/2011, 113
- Verein PPP (édit.), Urs Bolz, Public Private Partnership (PPP), Praxisleitfaden Hochbau, Schulthess, Zurich 2011
- Ziegler Andreas, L'importance de l'article 6 CEDH dans la procédure de recours dans le cadre des marchés publics en Suisse, PJA 3/2011, 339
- Zufferey Jean-Baptiste, Effet suspensif et mesures provisionnelles, DC 2/2011, 100
- Zufferey Jean-Baptiste, Accès au dossier – Arrêt du Tribunal administratif neuchâtelois du 26 octobre 2010 (TA.210.230), DC 2/2011, 100

Jurisprudence

Tribunal fédéral

Offre
anormalement
haute et
anormalement
basse

TF 2D_34/2010 du 23 février 2011 (d)

- Un devis très inhabituel (les prix pour certains postes de l'offre litigieuse étaient soit très inférieurs, soit très supérieurs à la moyenne) ne justifie pas à lui seul une exclusion. Une exclusion ne peut être envisagée que si, après obtention d'informations supplémentaires, la capacité du fournisseur à exécuter le marché aux conditions offertes – et de ce fait le sérieux de l'offre – sont mis en doute. En l'espèce, l'exclusion n'est pas arbitraire car il n'a pas été possible d'avoir un aperçu significatif et complet du rapport qualité-prix ; faute d'une transparence nécessaire des coûts, l'offre du recourant ne pouvait pas être comparée avec les autres offres. Lorsqu'une offre n'est pas conforme sur des points essentiels (et non pas seulement sur des détails techniques), un complément ultérieur lors de la rectification des offres n'est pas possible. En vue d'assurer la comparabilité des offres et le respect du principe de l'égalité de traitement, une position stricte peut être adoptée dans le cas de données manquantes qui ont un impact direct sur l'évaluation du rapport qualité-prix.

Recevabilité du
recours contre une
adjudication de gré
à gré

TF 2C_783/2010 du 11 mars 2011 – Rejet du recours en matière de droit public contre l'arrêt du TAF B-3402/2009 du 6 juillet 2010. Confirmation de l'irrecevabilité du recours de 18 fournisseurs de logiciels *open source* contre l'adjudication de gré à gré par l'OFCL à Microsoft d'un marché de services relatif à la prolongation des licences de logiciels et de la maintenance.

- La jurisprudence a autorisé la suppression du recours dans le cas de marchés publics « bagatelles » adjugés de gré à gré en raison de leur faible valeur (ATF 131 I 137 consid. 2.4 – 2.6). En revanche, l'adjudication de gré à gré d'un marché public dont la valeur est supérieure aux seuils internationaux, et qui entre de ce fait dans le champ d'application de la LMP, est recevable (consid. 2.2 – 2.3).

Qualité pour
recourir du tiers
contre une
adjudication de gré
à gré dans le cas de
l'art. 13 al. 1 let. c
OMP

- Les recourants ne prétendent pas proposer des produits Microsoft, mais ils veulent offrir à la place des logiciels *open source* et contestent la légalité de la définition de l'objet du marché aux seuls produits Microsoft. Constitue une question juridique de principe celle de savoir si et à quelles conditions un tiers (non soumissionnaire) a qualité pour recourir contre une adjudication de gré à gré (consid. 1). Le pouvoir adjudicateur détermine en principe sur la base de ses besoins ce qu'il veut obtenir. Un recours ne saurait exiger des tribunaux qu'ils prescrivent l'acquisition d'un produit différent de celui que le pouvoir adjudicateur a l'intention de se procurer. C'est

pourquoi seul peut en principe recourir celui qui a offert l'objet du marché, et non pas celui qui veut offrir un autre produit (car il ne peut d'emblée pas obtenir ce qu'il recherche). Dans le cas d'une adjudication de gré à gré, seuls les fournisseurs potentiels de l'objet du marché, tel que défini par l'adjudicateur, ont qualité pour recourir ; le seul grief de recours dans un tel cas consiste à soulever que la procédure de gré à gré a été utilisée à tort en lieu et place d'une autre procédure de passation. Lorsqu'est contesté un cas de gré à gré fondé sur la circonstance que seul un soumissionnaire entré en considération au vu des particularités de l'objet du marché (art. 13 al. 1 let. c OMP), il doit être possible d'examiner si la définition de l'objet du marché était légale ; on ne saurait rejeter la qualité pour recourir déjà au motif que les recourants ne voulaient pas offrir la prestation demandée. Dispose de la légitimation active contre une adjudication de gré à gré selon l'art. 13 al. 1 let. c OMP celui qui offre un produit qui pourrait être conforme à l'objet du marché tel que redéfini de manière licite, mais non celui qui voudrait offrir un autre produit. La définition de l'objet du marché constitue dans le cas de l'art. 13 al. 1 let. c OMP une double question de fond (légalité de l'adjudication de gré à gré) et de recevabilité (qualité pour recourir). Le fardeau de la preuve doit rester le même, que cette question soit réglée sous l'angle de la recevabilité ou du fond. S'il appartient au pouvoir adjudicateur de prouver la première condition de l'art. 13 al. 1 let. c OMP (un seul soumissionnaire entré en considération en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou de motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle), il incombe en revanche au recourant de démontrer que la seconde condition n'est pas remplie, à savoir qu'il existe une solution de rechange adéquate. Le recourant doit offrir une solution alternative concrète et démontrer le caractère adéquat de celle-ci, non seulement sous l'angle fonctionnel (par rapport à l'objet du marché), mais aussi sous l'angle économique (compte tenu de l'objectif d'utilisation efficace des deniers publics assignés à la LMP). En l'espèce, les recourants n'ont pas démontré la similitude fonctionnelle et économique de leurs produits *open source* avec les produits Microsoft (consid. 3).

Qualité pour recourir dépendant d'une chance réelle d'attribution du marché

TF 2C_865/2010 du 13 avril 2011 (d)

- En règle générale, le soumissionnaire évincé n'a qualité pour agir dans un recours constitutionnel subsidiaire que s'il dispose d'un intérêt juridiquement protégé, i.e. d'une chance réelle d'obtenir l'adjudication en cas d'admission du recours, ce qui paraît douteux lorsque son offre était classée au 7^e rang. Toutefois, le recours est recevable même en l'absence d'une telle légitimation, lorsque le

grief invoqué concerne la violation des droits de partie, qui équivaut à un déni de justice formel (Star-Praxis).

Droit à une autorité régulièrement constituée

- Bien que la décision d'adjudication datée du 7 février soit rédigée sur le papier officiel de la Commission communale des constructions et soit signée par le président de cette commission ainsi que par l'ingénieur communal également membre de ladite commission, il est avéré que la commission n'a ni siégé ni pris de décision par voie de circulation ce jour-là. La commission ne disposait pas non plus de la compétence pour déléguer à un groupe de travail informel la tâche d'adjudger le marché en cause, adjudication à laquelle ce groupe de travail a procédé en date du 6 février. Tant l'excès négatif du pouvoir d'appréciation de la commission que l'adoption d'une décision par une autorité irrégulièrement constituée constituent une violation de l'art. 29 al. 1 Cst., qui justifie l'admission du recours.

Qualité pour recourir et chance réelle, en cas de contrat déjà conclu

TF 2D_74/2010 du 31 mai 2011 (d)

- L'exigence posée à la légitimation active dans le recours constitutionnel subsidiaire – selon laquelle le soumissionnaire évincé doit avoir une chance réelle d'obtenir l'adjudication du marché en cas d'admission du recours (sous réserve de la Star-Praxis) – s'applique aussi lorsque le contrat est déjà conclu et que le recours vise une constatation d'illicéité et des dommages-intérêts ultérieurs. En l'absence d'une chance réelle d'obtenir le marché, l'illégalité de la décision n'est pas la cause du dommage du soumissionnaire évincé dont l'offre était classée au 4^e rang. Le contrat entre l'adjudicataire et l'adjudicateur a déjà été exécuté. Malgré cela, le recourant pourrait toujours avoir un intérêt, mais uniquement s'il avait eu une chance de l'emporter sans décision litigieuse. Si ce n'est pas le cas, l'illégalité de la décision n'est pas la cause d'un dommage. En l'espère, le recourant n'a pas d'intérêt à agir, car son offre n'est classée qu'au 4^e rang et loin derrière les offres classées en 1^{ère} et 2^e place, de sorte qu'une admission du recours aurait pour seul effet de le classer en 3^e position. Il n'invoque pas non plus comme grief une violation de ses droits de partie équivalant à un déni de justice formel, de sorte que le recours est irrecevable.

Adjudication à un projet enfreignant une règle impérative fixée

TF 2C_46/2011 du 7 juin 2011(f) – Concours de projets relatif à un marché de services d'architecture et d'ingénierie pour la base aérienne

- par un concours de projets
- de Payerne ; recours rejeté contre la décision du TAF du 15.12.2010 (B-7435/2010).
- L'art. 52 al. 2 OMP autorise le jury à classer un projet enfreignant le programme du concours, à la double condition, réalisée en l'espèce, d'unanimité des voix du jury et de mention expresse de cette possibilité dans le règlement du concours. En l'espèce, le jury a classé au premier rang un projet dérogeant à la règle de sécurité du « plafond constructible » aux abords d'un aéroport, bien qu'il s'agisse d'une règle matérielle essentielle. Le pouvoir adjudicateur a suivi la recommandation du jury et a adjugé le marché au projet classé au premier rang. Selon l'art. 190 Cst., lorsqu'il se prononce sur une ordonnance du CF fondée sur une délégation législative, le TF ne peut pas contrôler si la délégation elle-même est admissible, mais seulement si le CF est resté dans les limites de la délégation et si l'ordonnance respecte le principe de proportionnalité ou s'avère pour d'autres raisons contraires à la Constitution ou aux accords internationaux. En l'espèce, l'art. 13 al. 3 LMP confère une très grande liberté au Conseil fédéral pour réglementer les concours, dont celui-ci a fait usage aux art. 40-57 OMP. Les recourants n'ont pas démontré en quoi l'art. 52 al. 2 OMP s'écarte manifestement de la LMP, ce qui revient à la démonstration de l'arbitraire, ou en quoi il viole la Constitution ou les accords internationaux.
- Recevabilité du recours en cas de contestation de l'assujettissement au droit des marchés publics
- TF 2D_77/2010 du 19 juillet 2011 (f) – Recours contre l'adjudication de gré à gré d'un marché de travaux et de services pour la modernisation du réseau câblé de la société Y, détenue à 51.2% par la Ville de Genève et pour le solde par Z Sàrl. Recours constitutionnel subsidiaire rejeté.
- La recevabilité du recours en matière de droit public selon l'art. 83 let. f LTF suppose de déterminer au préalable si le litige relève du droit des marchés publics, ce qui se recoupe en l'espèce avec le fond du litige. Dans un tel cas, il suffit que le recourant rende vraisemblable, au stade de la recevabilité, que les conditions fondant la compétence du tribunal soient remplies, la question de savoir si tel est effectivement le cas étant ensuite tranchée dans l'examen de la cause au fond.
- Droit d'accès au dossier
- En refusant de remettre au recourant des contrats produits en intégralité devant elle, parce qu'elle estimait qu'ils n'étaient pas de nature à influencer sur la décision, l'autorité viole le droit d'être entendu. La limitation ultérieure de l'objet du litige et le fait de ne pas avoir utilisé les contrats en cause pour motiver l'arrêt attaqué n'y changent rien. Toutefois, le refus de transmettre au recourant des contrats dans leur intégralité peut répondre à la nécessité de

protéger le secret des affaires qui l'emporte généralement sur le droit de consulter le dossier du soumissionnaire évincé en matière de marchés publics. Au demeurant, le recourant a eu connaissance des contrats caviardés et du montant évalué du marché.

Tribunal administratif fédéral (TAF)

Echelle de notation des critères d'adjudication TAF B-4717/2010 du 23 septembre 2010 (d) – Décision incidente relative à la nouvelle adjudication du service du courrier de l'Office fédéral de la santé publique, suite à l'annulation de la 1^{ère} adjudication (B-891/2009 du 5.11.2009) ; effet suspensif accordé.

- L'échelle de notation, basée sur trois degrés de satisfaction (0, 20 ou 40 points) pour chaque critère d'adjudication, ne ressort pas clairement de l'invitation à déposer une offre, car elle pouvait aussi s'interpréter comme une échelle continue de 0 à 40 points. Le recours n'est pas tardif, car on ne pouvait pas exiger du recourant qu'il reconnaisse d'emblée l'importance et la portée du système de notation à trois niveaux (consid. 5).

Principe de transparence et excès négatif du pouvoir d'appréciation

- L'échelle de notation basée sur un système rigide et peu différencié (trois niveaux : complètement rempli – 40 pts, partiellement rempli – 20 pts, non rempli ou pas clair ou pas d'indication – 0 pt) peut constituer une violation du principe de la transparence et un excès négatif du pouvoir d'appréciation. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix et la pondération des critères d'adjudication, qui porte non seulement sur la pondération du critère prix, mais aussi sur l'échelle d'évaluation. La décision du pouvoir adjudicateur serait illégale si l'échelle de notation avait abouti à ce que le critère «prix» ne reçoive pas du tout la pondération annoncée. Le principe de transparence exige que le pouvoir adjudicateur annonce clairement et d'avance la pondération (relative) attribuée aux critères d'adjudication. En l'espèce, l'application de l'échelle à trois degrés pour le critère prix était peu prévisible. L'exigence de transparence étant de nature formelle, sa violation entraîne l'annulation de la décision, même en l'absence de preuve d'un lien de causalité entre la violation et l'adjudication. Le recours n'est pas manifestement mal fondé (consid. 6).
- Dans la pondération des intérêts, l'intérêt public du pouvoir adjudicateur consiste en une utilisation rationnelle de l'argent public en concentrant l'exécution du marché auprès d'une seule entreprise, au lieu de prolonger la situation provisoire actuelle où

L'adjudicataire et la recourante se partagent le service du courrier. Cet intérêt est en principe indépendant du retard pris par le pouvoir adjudicateur à mettre en œuvre le 1^{er} arrêt du TAF (4 mois entre l'arrêt et la nouvelle invitation à déposer une offre). L'intérêt de l'adjudicataire à obtenir le plus rapidement possible l'entier du service du courrier est de nature financière. La recourante a un intérêt financier et tenant à l'organisation de son entreprise (nombre de collaborateurs engagés, organisation des tournées de collecte du courrier de plusieurs clients) à la prolongation provisoire du contrat répartissant le marché entre les deux entreprises (adjudicataire et recourante). Le point de départ de la pondération des intérêts consiste en la garantie d'une protection juridictionnelle effective, de sorte que l'intérêt de la recourante est en l'espèce prioritaire et commande l'octroi de l'effet suspensif (consid. 7).

Marché mixte de services

TAF B-1470/2010 du 29 septembre 2010 (d) – Marché de service en relation avec la privatisation d'Alcosuisse. Rejet du recours contre l'appel d'offres (critères d'aptitude), alors que le contrat est déjà conclu, l'effet suspensif ayant été retiré.

- Dans le cas d'un marché mixte de services, la LMP n'est applicable que si la majeure partie des services concernés entre dans le champ d'application de la LMP, ce qu'il convient de vérifier sur la base du CPC. Tel est le cas en l'espèce (consid. 1.3).

Qualité pour agir contre les critères d'aptitude contenus dans l'appel d'offres

- Tant l'entreprise ayant déposé l'offre que son sous-traitant ont qualité pour recourir contre l'appel d'offres : même si les deux recourantes ont été exclues au motif qu'elles ne remplissaient pas certains critères d'aptitude, la condition du *materielle Beschwer* est remplie, car elles contestent précisément la légalité des critères d'aptitude (consid. 1.5 à 1.7).

Critères d'aptitude et moyens de preuve / système de gestion de qualité

- Les critères d'aptitude doivent être spécifiques au marché en cause et ne doivent notamment pas être formulés dans le but d'évincer par avance certains soumissionnaires potentiels. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix et la formulation des critères d'aptitude. Peuvent s'avérer illégaux des critères d'aptitude qui, sans justification prépondérante, limitent à ce point le nombre de soumissionnaires potentiels qu'il ne subsiste plus de concurrence suffisante (consid. 2).

- Est admissible, car lié à l'objet du marché, le critère d'aptitude exigeant que le soumissionnaire dispose d'un personnel suffisant en nombre et en qualification pour la réalisation du projet, pour autant que les exigences y relatives ne soient pas clairement surdimensionnées (art. 9 OMP, annexe 3 ch. 4 OMP). Les exigences relatives aux ressources en personnel ne doivent pas se limiter au strict minimum nécessaire à l'exécution du marché, mais peuvent aussi prévoir une réserve appropriée. Il est non seulement permis, mais exigé de prendre en compte dans ce cadre le déroulement prévu du marché et les conditions cadres. Est pertinent en l'espèce le fait que certains services doivent être effectués dans de très courts laps de temps, puis sont suivis de longues pauses entre les différentes phases du projet. En l'espèce, le critère d'aptitude imposant 16 personnes de qualifications diverses constitue une exigence plutôt élevée, mais qui n'apparaît pas complètement surdimensionnée et abusive, de sorte qu'il reste dans les limites du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur (consid. 3).
- Est admissible le moyen de preuve de l'aptitude exigeant trois projets comparables exécutés pour des organismes publics ou des associations ou organisations à but non commercial durant dans les cinq années précédant l'appel d'offres, et qui soient comparables au marché en cause quant à leur durée, leur importance et les ressources en personnel nécessaires (art. 9 et annexe 3 ch. 7 et 8 OMP) (consid. 4). Est aussi admissible en l'espèce le critère d'aptitude relatif à un système de gestion de qualité, qui devait être prouvé par un certificat ISO 9001 ou un moyen équivalent (consid. 5).

Concurrence résiduelle suffisante et participation de PME au marché

- Grief de l'effet combiné trop restrictif de certains critères d'aptitude, empêchant *de facto* la participation de PME au marché. Les critères d'aptitude servent à limiter les soumissionnaires potentiels à ceux capables d'exécuter le marché avec le niveau de qualité demandé. La fixation de critères d'aptitude implique nécessairement une restriction du cercle des soumissionnaires potentiels, qui est licite aussi longtemps que ces critères présentent un rapport suffisant avec l'objet du marché, qu'ils ne sont pas en contradiction avec la nature de ce marché et qu'une concurrence (résiduelle) suffisante subsiste. Dans ces limites, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Si le pouvoir adjudicateur peut encourager dans une certaine mesure la participation de PME au marché, il n'y est en revanche tenu par aucune obligation légale. Lorsqu'il définit le volume du marché et les critères d'aptitude, le pouvoir adjudicateur doit prendre en

compte non seulement une utilisation économique des fonds publics (art. 1 al. 1 let. c LMP), mais aussi la concurrence entre les soumissionnaires (art. 1 al. 1 let. b LMP), et par conséquent les effets des exigences posées dans l'appel d'offres sur le cercle des soumissionnaires potentiels. En l'espèce, non seulement de grandes entreprises, mais aussi un nombre significatif de PME, disposent en Suisse d'un système de gestion de qualité. De même de nombreuses sociétés de conseil et études d'avocats disposent en Suisse des 16 collaborateurs requis au titre de l'aptitude. L'exigence de 3 références pour des projets comparables empêche certes l'entrée sur le marché d'une entreprise de conseil n'ayant pas encore travaillé pour des corporations publiques ou des organismes à but non lucratif, mais il subsiste suffisamment d'entreprises ayant déjà effectué des projets de restructuration pour la Confédération, les cantons ou les communes. Même si la combinaison des critères d'aptitude précités implique une réduction du nombre des soumissionnaires potentiels, il restait au moins 7 entreprises en Suisse (dont les 4 grands réviseurs) capables de remplir lesdits critères, de sorte que la concurrence résiduelle était suffisante compte tenu de la nature du marché de services en cause, et ceci même en prenant en compte l'exclusion des communautés de soumissionnaires et des sous-traitants imposées par l'appel d'offres (consid. 6).

Violation de prescriptions matérielles d'un concours de projets

TAF B-7435/2010 du 15 décembre 2010 (f) – Adjudication d'un marché de services d'architecture et d'ingénierie pour la base aérienne de Payerne, dans le cadre d'un concours de projets. Marché adjugé à un projet violant des règles relatives à la hauteur des bâtiments situés à proximité des pistes, mais classé au premier rang et recommandé au pouvoir adjudicateur par le jury. Cet arrêt a été confirmé par le TF (2C_46/2011 du 7.6.2011).

- L'art. 52 OMP, comme l'art. 19.1 du Règlement SIA-142/2009 des concours d'architecture et d'ingénierie, distingue les prescriptions formelles (p. ex. délai, respect de la règle de l'anonymat) fixées dans le règlement du concours, des prescriptions matérielles (p. ex. contraintes fonctionnelles, techniques, juridiques, économiques ou énergétiques et besoins à satisfaire, p. ex. surfaces) contenues dans le programme du concours. La violation d'une prescription formelle conduit à l'exclusion du concours, i.e. du jugement ou du classement (art. 52 al. 1 OMP). Les prescriptions matérielles peuvent prendre la forme soit de critères indicatifs, soit de critères impératifs dont la violation est sanctionnée. Si le programme du concours ne distingue pas les conditions devant impérativement être respectées de celles dont le respect est souhaitable, il appartient

au jury de déterminer si la violation de telle ou telle prescription du programme doit ou non conduire à l'exclusion de l'attribution de prix. En principe, seuls les projets conformes au programme peuvent figurer au classement. Une proposition s'écartant des prescriptions matérielles du programme sur des points essentiels ne peut pas obtenir de prix (art. 52 al. 3 OMP), mais bien une mention. Par exception, l'art. 52 al. 2 OMP, dont le TAF admet qu'il s'applique aussi aux concours de projets, permet au jury de classer un projet non conforme sur un point essentiel, pour autant que cette possibilité soit mentionnée expressément dans le programme du concours et que le jury en décide ainsi à l'unanimité (consid. 4.4). Ces conditions étaient remplies en l'espèce, de sorte que le recours est rejeté.

Qualité pour agir contre les critères d'aptitude contenus dans l'appel d'offres

TAF B-3803/2010 du 2 février 2011 (d) – Recours contre une décision d'exclusion d'un soumissionnaire pour défaut d'aptitude dans le cadre du marché de services de conseil et de soutien pour la libéralisation du marché de l'éthanol et la privatisation d'Alcosuisse, en raison de l'absence d'un système de management de qualité pour un sous-traitant, et de l'absence de références en matière de privatisation pour l'autre sous-traitant.

- Lorsque, comme en l'espèce, la recourante conteste la légalité des critères d'aptitude, elle dispose de la qualité pour recourir soit contre l'adjudication (arrêt B-1470/2010 du 29.9.2010), soit *a fortiori* contre l'exclusion séparée de son offre. On ne saurait écarter son recours déjà au stade de la recevabilité au motif que la recourante n'était pas une soumissionnaire potentielle, faute de remplir les critères d'aptitude, cette dernière question devant précisément faire l'objet de l'examen du fond du recours (consid. 1.7.2).

Critères d'aptitude à remplir aussi par les sous-traitants

- La question de savoir si les critères d'aptitude doivent être remplis uniquement par l'entreprise principale ou aussi par les sous-traitants de celle-ci dépend des caractéristiques du marché public en cause ainsi que de l'importance de la part des prestations fournies par le sous-traitant concerné par rapport à l'ensemble du marché public en cause. Le critère d'aptitude lié à un système de gestion de la qualité (QMS) ISO 9001 ou autre a été jugé admissible au vu de l'objet du marché en cause dans le recours parallèle B-1470/2010 du 29.9.2010. En l'espèce, le sous-traitant C était chargé de fournir les conseils juridiques et fiscaux dans le cadre du marché de privatisation d'Alcosuisse. Il s'agit d'une prestation qualitativement importante, même s'il n'est pas possible d'en

estimer quantitativement la part dans la réalisation globale du marché, les problèmes juridiques surgissant seulement au fur et à mesure de l'avancement du projet. Il se justifiait en conséquence d'exiger du sous-traitant C qu'il dispose aussi d'un système de gestion de la qualité. L'appel d'offres exigeait clairement des soumissionnaires un système de gestion de la qualité, tout en excluant les sous-traitants et les communautés de soumissionnaires (qui n'ont été admis qu'ultérieurement suite à une décision incidente du TAF), de sorte que la recourante aurait pu en déduire de bonne foi que le sous-traitant devait aussi apporter la preuve d'un système de gestion de la qualité (consid. 3).

Egalité dans l'évaluation des critères d'aptitude

- Le pouvoir adjudicateur doit respecter le principe de l'égalité de traitement aussi dans le sens d'une « égalité d'évaluation » (*Bewertungsgleichbehandlung*), à savoir qu'il doit appliquer le même standard lors de l'examen du respect des critères d'aptitude par tous les soumissionnaires. En l'espèce, les documents d'appel d'offres exigeaient « l'assurance écrite que le soumissionnaire dispose d'un système certifié de gestion de qualité de type ISO ou équivalent ». En conséquence, le pouvoir adjudicateur pouvait, sans violer l'égalité de traitement, se satisfaire de l'assurance écrite d'un système certifié de management de la qualité pour les soumissionnaires ayant fourni une telle garantie, et ne procéder à des vérifications et à une évaluation du système de gestion de qualité que pour les soumissionnaires qui, comme les sous-traitants de la recourante, avaient indiqué qu'ils disposaient bien d'un système QMS, mais que celui-ci n'était pas certifié (consid. 5).

Variante ou offre partielle

- TAF B-8563/2010 du 15 février 2011 (i) – Exclusion d'une offre en raison du fait qu'un élément essentiel (le prix pour plusieurs positions) figurait uniquement entre parenthèses dans l'offre du soumissionnaire, sans être inclus dans le prix total offert. Selon la recourante, les positions en cause étaient inutiles, car elles concernaient le coût du transport des matériaux de démolition vers un dépôt intermédiaire, alors que la recourante prévoyait d'acheminer ces matériaux directement au dépôt final ; de plus, le prix des positions contestées étant indiqué entre parenthèses, le pouvoir adjudicateur pouvait les inclure dans le prix total si nécessaire. Le TAF considère en l'espèce que l'offre litigieuse ne peut pas être exclue au motif qu'il s'agirait d'une offre incomplète (art. 19 al. 1 LMP), à savoir soit d'une offre partielle (art. 22 OMP) soit d'une variante (art. 22a OMP) qui aurait été fournie sans l'offre de base. En effet, le pouvoir adjudicateur n'a pas démontré en quoi les documents d'appel d'offres, qui excluaient bien les offres

partielles et les variantes financières, prescrivait les modalités de transport et de dépôt des matériaux de démolition ou les autres modalités d'exécution de l'offre de base. Toutefois, l'exclusion de la recourante est justifiée sur la base d'une motivation complémentaire apportée par le pouvoir adjudicateur dans la procédure de recours, selon laquelle n'était pas rempli le critère d'aptitude concernant l'expérience antérieure des collaborateurs clés de la recourante pour des travaux comparables. Le recours est rejeté.

Consortium en société simple et aptitude

TAF B-2562/2009 du 23 février 2011 (i) – Adjudication à un consortium d'un marché de services concernant l'évacuation et le remorquage des poids lourds, autobus, caravanes et moyens de transports exceptionnels dans le tunnel routier du Gothard.

- Dès lors que les documents d'appel d'offres admettent les communautés de soumissionnaires – à condition qu'elles soient constituées sous forme de société simple, qu'une des entreprises prenne le rôle de leader en matière technique et administrative et qu'un numéro de téléphone d'alarme unique soit accessible 24 heures sur 24, 365 jours par an –, on ne saurait exiger du consortium adjudicataire qui remplit les exigences précitées qu'il fournisse en sus le contrat de société simple. Le droit ne pose aucune exigence formelle à la création d'une société simple, de sorte que la signature de l'offre par tous les membres du consortium suffit (consid. 4.1.1-4.1.4).

Participation simultanée de la même entreprise à plusieurs offres concurrentes

- La candidature d'une même entreprise dans plusieurs offres est critiquée en jurisprudence, en raison du risque de distorsion de concurrence (collusion entre soumissionnaires). En l'espèce, il ne ressort ni de l'appel d'offres, ni du cahier des charges, ni du rapport d'évaluation que le pouvoir adjudicateur aurait exclu la possibilité de candidatures multiples. L'entreprise participant aux deux offres n'occupe pas la fonction de leader dans les consortiums, mais est un simple fournisseur de services. Enfin, le marché en cause portant sur le remorquage et l'évacuation de poids lourds, autobus,... dans le tunnel routier du Gothard implique une restriction temporelle et spatiale du cercle des prestataires de services potentiels. Compte tenu des particularités du cas d'espèce, le grief est infondé (consid. 4.1.5).

Méthodes d'attribution des points différentes selon les offres

- En l'espèce, l'offre des recourants a été évaluée en considérant le consortium comme une seule entité, alors que l'offre du consortium adjudicataire a été évaluée sur la base des prestations de chacun de ses membres. Cette différence dans le système

d'attribution des points est justifiée en l'espèce par les structures différentes des consortiums : le consortium des recourants présente une structure homogène tandis que, dans le cas du consortium adjudicataire, les prestations sont clairement attribuables à chaque membre individuel du consortium. Le pouvoir adjudicateur a toujours adhéré à l'échelle de notation publiée et a expliqué de manière entièrement plausible que son système de répartition des points différent a permis un résultat plus précis, de sorte qu'il n'y a aucune violation du principe d'égalité de traitement (consid. 4.2).

Principe de transparence

TAF B-6837/2010 du 15 mars 2011 (d) – Adjudication d'un marché de travaux.

- Les principes de transparence et d'égalité de traitement obligent le pouvoir adjudicateur à publier tous les critères d'adjudication, avec leur pondération, de manière précise, et à ne pas les modifier par la suite, par exemple en écartant certains critères ou en en ajoutant d'autres ou en modifiant leur pondération. En règle générale, les sous-critères doivent aussi être publiés et pondérés à l'avance. Sont réservés les sous-critères ou catégories inhérents à un critère d'adjudication principal publié, qui servent uniquement à concrétiser ce critère principal et qui ne vont pas au-delà de ce qui est communément couvert par la définition du critère principal, pour autant que ces sous-critères ne revêtent pas une importance particulière ou un rôle correspondant à celui d'un critère principal, ce qu'il convient de déterminer à la lumière de la totalité des circonstances du marché en cause. Les critères d'adjudication, comme les critères d'aptitude, doivent s'interpréter selon le principe de la confiance. En principe, une simple échelle d'évaluation ne doit pas être communiquée à l'avance aux soumissionnaires. Il découle du principe de transparence que l'évaluation des offres au regard des critères d'adjudication doit être documentée et pouvoir être retracée. Le principe de la transparence est de nature formelle, de sorte que sa violation entraîne en principe une annulation de la décision, indépendamment de la preuve ou non d'un lien de causalité entre la violation et l'adjudication du marché en cause (consid. 3 et ATF 130 I 241, consid. 5.1).

Divergences dans les échelles de notation publiées et utilisées

- Il existe d'innombrables divergences entre l'échelle de notation publiée dans l'appel d'offres et celle figurant dans les documents d'appel d'offres, ainsi qu'avec l'échelle de notation utilisée dans le tableau détaillé d'évaluation des offres et celle ressortant du tableau anonymisé récapitulatif d'évaluation, de sorte que la traçabilité

dans l'évaluation des offres n'est pas respectée. Cela constitue une violation du principe de transparence, qui justifie déjà à elle seule une annulation de l'adjudication (consid. 5).

- | | |
|--|--|
| <p>Pondération nouvelle ou différente pour des sous-critères</p> | <ul style="list-style-type: none"> • En l'absence d'indication, les soumissionnaires pouvaient partir de l'idée que les sous-critères et sous-sous-critères d'adjudication indiqués dans l'appel d'offres étaient énumérés par ordre d'importance décroissant et qu'ils avaient tous la même pondération. L'introduction ultérieure de pondérations (divergentes) pour ces sous-critères et sous-sous-critères dans le tableau d'évaluation des offres viole le principe de transparence (consid. 5.2). |
| <p>Arbitraire résultant d'une échelle de notation peu différenciée, en particulier pour le critère du prix</p> | <p>TAF B-4717/2010 du 1^{er} avril 2011 (d) – Nouvelle adjudication du service du courrier de l'Office fédéral de la santé publique, suite à l'annulation de la 1^{ère} adjudication (B-891/2009 du 5.11.2009).</p> <ul style="list-style-type: none"> • L'échelle de notation, basée sur trois degrés de satisfaction (0, 20 ou 40 points) pour chaque critère d'adjudication, ne ressort pas clairement de l'invitation à déposer une offre, car elle pouvait aussi s'interpréter comme une échelle continue de 0 à 40 points. Le recours n'est pas tardif, car on ne pouvait pas exiger du recourant qu'il reconnaisse d'emblée l'importance et la portée du système de notation à trois niveaux (consid. 5). • Une échelle de notation basée sur un système rigide et peu différencié à trois niveaux seulement (complètement rempli : 40 pts, partiellement rempli : 20 pts, non rempli ou pas clair ou pas d'indication : 0 pt) peut constituer un excès négatif du pouvoir d'appréciation, ce que le TAF laisse ouvert en l'espèce car la notation du critère prix est de toute façon arbitraire. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix et la pondération des critères d'adjudication, qui porte non seulement sur la pondération du critère prix, mais aussi sur l'échelle d'évaluation. La décision du pouvoir adjudicateur serait illégale si l'échelle de notation avait abouti à ce que le critère «prix» ne reçoive pas du tout la pondération annoncée. Les différences dans les notes attribuées au critère « prix » doivent refléter de manière aussi fidèle que possible les différences effectives de prix entre les offres. En l'espèce, l'application de l'échelle de notation à trois niveaux rigides est arbitraire pour ce qui concerne le critère « prix », pour lequel le recourant a obtenu la moitié des points (partiellement rempli), alors que l'adjudicataire a obtenu avec le prix le plus bas la totalité des points (complètement rempli) ; il en découle une différence de note de 50% entre les deux offres, alors que la différence de prix n'est |

que de 23% ; de plus, on ne voit pas pourquoi l'offre plus chère de la recourante obtenait la note « partiellement remplie » plutôt que « non remplie ». L'échelle de notation rigide est illégale pour ce qui concerne le critère du prix, car elle ne reflète pas de manière réaliste les différences de prix effectives entre les offres. Une échelle de notation différente et plus proche de la réalité pourrait résulter en ce que l'offre de la recourante devienne économiquement la plus avantageuse et obtienne ainsi l'adjudication (consid. 6.5-6.7).

- La question de savoir si l'évaluation des offres uniquement avec des notes, mais pas avec des mots, viole l'exigence de traçabilité, et par conséquent le principe de la transparence, est laissée ouverte (consid. 9.4-9.5).

Nullité de l'exclusion d'un soumissionnaire ayant déjà recouru contre l'adjudication – effet dévolutif du recours

TAF B-7337/2010 et B-8062/2010 du 15 avril 2011 (f) – Recours contre l'adjudication en procédure ouverte d'un marché de services de coordonnateur sécurité en phases étude et exécution pour les chantiers de la liaison ferroviaire CEVA, attribuée conjointement par les CFF et le Canton de Genève. Second recours contre la décision ultérieure d'exclusion du soumissionnaire recourant. Après attribution de l'effet suspensif par décision incidente du 1.2.2011, les deux recours sont admis sur le fond.

- Le pouvoir adjudicateur ne peut pas rendre une décision d'exclusion d'un soumissionnaire (art 11 LMP) après que celui-ci a recouru contre la décision d'adjudication. Selon l'art. 54 PA, le pouvoir de traiter l'affaire, objet de la décision attaquée, passe à l'autorité de recours dès le dépôt du recours. L'art. 58 PA prévoit une exception à l'effet dévolutif du recours, qui permet à l'autorité de reconsidérer sa décision durant l'échange d'écriture, mais uniquement en faveur des conclusions du recourant. La LMP ne prévoit aucune disposition spéciale, de sorte que les art. 54 et 58 PA sont applicables. La décision d'exclusion ultérieure du recourant est nulle (consid. 6). Il en découle que la recourante a qualité pour agir contre la décision d'adjudication, car elle dispose toujours d'un intérêt actuel digne de protection (consid. 5 et 7).

Critère de la *Mehreignung* examiné sur la base des références des personnes-clés

- Les critères d'adjudication sont à distinguer des critères d'aptitude. Il est toutefois courant pour des marchés publics complexes de faire appel à des critères mixtes qui permettent de dégager la meilleure offre d'un point de vue qualitatif parmi celles qui répondent à un standard minimal déterminé par le pouvoir adjudicateur. *In casu*, le critère de « Références des personnes-clés » constitue à la fois un critère d'aptitude, permettant de déterminer si le soumissionnaire a ou non les capacités techniques requises, et

un critère d'adjudication. Ce critère peut conduire à l'attribution d'une plus ou moins bonne note suivant la qualité du personnel proposé (critère d'adjudication), en sus d'être éliminatoire si une offre ne répond pas au minimum d'exigences requis (critère d'aptitude). Il ne s'agit alors pas d'un double examen illicite de l'aptitude (consid. 12).

- La référence relative aux prestations de coordonnateur sécurité effectuée sur le chantier de rénovation du tunnel du Fréjus par le chef de projet de la recourante est établie au moyen de la preuve indirecte fondée sur un faisceau d'indices, dès lors que ni la recourante ni le pouvoir adjudicateur ne peuvent s'appuyer sur des preuves directes de l'implication ou non du chef de projet sur ce chantier. La décision d'exclusion de la recourante selon l'art. 11 let. b LMP est infondée (consid. 13).

Interprétation des critères d'aptitude selon les règles de la bonne foi, et exclusion du soumissionnaire ne remplissant pas ces critères

- L'appel d'offres et les documents d'appel d'offres s'interprètent selon les règles de la bonne foi, de sorte que les soumissionnaires peuvent s'attendre à ce que les critères d'aptitude et d'adjudication soient interprétés selon leur sens commun. Si le pouvoir adjudicateur entend donner un sens particulier à une notion y figurant, il lui appartient de définir le critère concerné de manière aussi détaillée que possible dans les documents d'appel d'offres, de façon à ce que les soumissionnaires puissent savoir quelles exigences ils doivent satisfaire (consid. 13.21 et 14.1.1). Si le cahier des charges précise que les soumissionnaires fourniront deux objets de référence réalisés durant les cinq dernières années pour chacune des personnes-clés, des références de plus de cinq ans ne peuvent être prises en considération pour démontrer l'aptitude. Il en va de même pour les références relatives à des chantiers ayant débuté après le délai de clôture de dépôt des offres. Dans de tels cas, le pouvoir adjudicateur ne peut se limiter à attribuer une mauvaise note aux références en cause, mais il doit les écarter. Si l'offre ne contient aucune référence répondant au critère d'aptitude, elle doit être exclue. Une décision d'adjudication attribuant le mandat au soumissionnaire d'une telle offre doit être annulée (consid. 14).

Transparence des critères d'adjudication, de leur pondération, des sous-critères, des échelles de notes et matrices de calcul

- Le principe de la transparence (art. 1 al. 1 let. a LMP) exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication, ainsi que leur pondération (art. 21 al. 2 LMP et art. 27 al. 1 OMP), et que les critères et leur importance respectives restent stables tout au long de la procédure. Le principe de transparence n'exige pas en principe la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère d'adjudication publié (sous-critères inhérents), à moins que ceux-ci

ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié, ce qu'il convient d'établir sur la base de l'ensemble des circonstances entourant le marché en cause. De même, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à la notation des critères et sous-critères (telles une échelle de notes, une matrice de calcul) ne doivent pas nécessairement être publiées. L'obligation de communiquer préalablement est de nature formelle. En cas de violation du principe de transparence, la décision attaquée doit être annulée, même en l'absence d'un rapport de causalité entre l'erreur de procédure et l'adjudication. *In casu*, le « système de notation » a introduit un nouveau sous-critère d'adjudication portant sur le CV de la personne-clé, en plus des deux sous-critères annoncés de la formation et de l'expérience dans le domaine de la sécurité des chantiers, et a attribué au nouveau sous-critère une pondération de 20% dans la note générale du critère « références des personnes-clés ». L'introduction d'un sous-critère à caractère général pour définir un critère bien spécifique est surprenante ; elle a eu pour effet de favoriser l'offre de l'adjudicataire, qui aurait dû autrement être éliminée faute d'obtenir la note minimale, et a atténué fortement l'importance des deux autres sous-critères formation et expérience, ce qui est inadmissible au regard du principe de la transparence (consid. 15). Par surabondance, le TAF souligne sur certains points l'arbitraire manifeste de la décision d'adjudication, notamment en ce que le diplôme le plus élevé décerné en France a moins de valeur qu'un diplôme intermédiaire suisse (consid. 17). Lorsque l'exclusion de l'adjudicataire de la procédure de soumission résulte d'un état de fait entièrement élucidé et ne fait aucun doute, le TAF est à même de statuer directement sur cette question et une décision de renvoi serait contraire à l'économie de procédure (consid. 18).

Forclusion du recours contre les documents d'appel d'offres

TAF B-8061/2010 du 18 avril 2011 (d) – L'offre de la recourante pour un marché de services géologiques est exclue simultanément à la décision d'adjudication, car elle prévoit un total de 1370 heures de travail au lieu des 2150 heures figurant sur le formulaire pré-établi par le pouvoir adjudicateur pour le dépôt des offres.

- Forclusion du recours dirigé contre l'exclusion simultanée à l'adjudication ? Les documents d'appel d'offres interdisaient expressément toute modification des documents pré-établis par le pouvoir adjudicateur, sous peine d'exclusion de l'offre en cause. Le formulaire sur lequel les offres devaient être saisies, et qui incluait

un nombre fixe d'heures, faisait partie intégrante des documents d'appel d'offres. Selon la jurisprudence du TAF, seul l'appel d'offres constitue une décision indépendante attaquant immédiatement (art. 29 let. b LMP), tandis que les violations contenues dans les documents d'appel d'offres ne doivent être contestées qu'avec une décision ultérieure, généralement la décision d'adjudication. La question de savoir s'il convient de déduire du principe général de la bonne foi une obligation additionnelle, en droit fédéral des marchés publics, d'attaquer immédiatement, ou au moins de signaler au pouvoir adjudicateur, des violations évidentes contenues comme en l'espèce dans les documents d'appel d'offres, et par conséquent de savoir si le recours est prescrit en l'espèce, est laissée ouverte (consid. 5).

Offre non conforme à une prescription obligatoire des documents d'appel d'offres

- En offrant un nombre d'heures très inférieur au nombre fixe inséré par le pouvoir adjudicateur dans le formulaire pré-établi pour les offres, la recourante a soumis une offre non conforme, pour laquelle la sanction légale est l'exclusion (art. 19 LMP). La jurisprudence réserve exclusivement les manquements peu importants que le soumissionnaire devrait pouvoir réparer, conformément à l'interdiction du formalisme excessif, au principe de proportionnalité et à celui de la bonne foi. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation dans son choix entre exclure une offre non conforme ou permettre au soumissionnaire de corriger celle-ci, pour autant qu'il respecte le principe d'égalité de traitement. La prise en compte d'une offre non conforme sur des points importants viole l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et le principe de la transparence. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur n'a pas excédé les limites de son pouvoir d'appréciation en prescrivant un nombre d'heures fixes dans le formulaire pré-établi pour le dépôt des offres et en prévoyant dans les documents d'appel d'offres l'exclusion des offres contenant des modifications par rapport aux documents pré-établis. Le prix, pondéré à hauteur de 20%, n'était pas le critère d'adjudication le plus important pour le marché en cause, où la qualité des offres était prépondérante (pondération de 40% pour chacun des deux critères des collaborateurs-clés ainsi que de l'analyse du mandat et proposition d'exécution du marché). Le nombre d'heures total identique assure une meilleure comparaison des offres, tout en laissant les soumissionnaires libres quant à l'allocation des heures entre les diverses phases d'exécution du marché, ce qui permet de tirer des déductions quant à la qualité de l'exécution du marché. Même si le nombre d'heures total fixe imposé par le pouvoir adjudicateur sous peine d'exclusion de

l'offre, n'est peut-être pas la méthode la plus appropriée au regard notamment du principe de l'adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur n'a pas abusé en l'espèce de son pouvoir d'appréciation (consid. 6). En s'écartant du nombre total d'heures prescrit, la recourante a soumis une variante, sans remettre simultanément une offre de base conforme aux exigences du cahier des charges (art. 22a OMP), de sorte que l'exclusion se justifie aussi à ce titre. Le recours est rejeté.

Accès au dossier et
étendue des
documents internes
ou préparatoires

TAF B-1172/2011 du 6 mai 2011 (d) – Décision incidente sur l'étendue de l'accès au dossier.

- Le pouvoir adjudicateur est tenu de dresser le dossier des pièces relatives à la procédure de passation en cause de manière correcte et de le transmettre dans son intégralité au tribunal (art. XX par. 4 et 6 al. b AMP, consid. 2.2). Les simples mentions « interne » ou « confidentiel » apposées par le pouvoir adjudicateur sur des documents ne suffisent pas à exclure ceux-ci de l'accès au dossier. Est déterminant le caractère des documents. Les notes personnelles, aide-mémoires ou documents de travail des collaborateurs du pouvoir adjudicateur, ainsi que les clarifications juridiques ou mémorandums de conseillers juridiques externes – pour autant qu'ils n'aient pas le caractère de moyens de preuve – sont des documents internes exclus de l'accès au dossier. Les procès-verbaux des discussions du pouvoir adjudicateur relatives aux offres constituent des moyens de preuve soumis à l'accès au dossier (consid. 2.3). Sont aussi soumis à l'accès au dossier diverses notices relatives à l'évaluation de critères d'adjudication par le mandataire externe du pouvoir adjudicateur, car aucun intérêt public ou intérêt privé de tiers ne s'oppose à la communication de ces pièces et car le recourant soulève un grief quant à la traçabilité de l'évaluation des offres (consid. 7). Les projets du rapport d'évaluation des offres et les demandes de modification de ces projets constituent des documents à usage interne qui servent à la formation de l'opinion du pouvoir adjudicateur, et qui n'ont pas le caractère de preuve. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a retiré sa première décision d'adjudication suite au dépôt d'un premier recours et a, après une seconde évaluation, adopté une nouvelle décision d'adjudication contre laquelle le présent recours est dirigé. Dans un tel cas, tant le 1^{er} rapport d'évaluation des offres que le 2^e rapport d'évaluation font partie de la même procédure de passation. Le 1^{er} rapport d'évaluation n'est pas devenu sans objet du fait du retrait du 1^{er} recours motivé par la révision de sa première décision d'adjudication par le pouvoir adjudicateur, et il ne constitue pas un simple projet ou une version provisoire du 2^e

rapport d'évaluation. De plus, en l'espèce, le 2^e rapport d'évaluation contient des renvois au 1^{er} rapport. L'accès au dossier porte aussi sur le 1^{er} rapport d'évaluation. Dans la mesure où la recourante fait valoir que des membres du pouvoir adjudicateur ou des mandataires de celui-ci pourraient avoir eu des liens avec l'adjudicataire (susceptibles d'entraîner une récusation), elle a un intérêt à consulter les rapports d'évaluation des offres, et cela sans que les noms des personnes concernées n'y soient occultés (consid. 2.4-2.5, 4.2-4.6).

Droit d'accès au dossier et préimplication

- Le droit d'accès au dossier porte aussi sur le rapport technique élaboré pour le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la préparation de l'appel d'offres. En effet, un grief du recourant porte sur une préimplication (*Vorbefassung*) de l'adjudicataire dans le cadre du dialogue technique lié à la préparation du marché et sur le fait que l'avantage concurrentiel découlant d'une connaissance préalable du rapport technique dont aurait bénéficié l'adjudicataire n'aurait pas été compensée par une communication suffisante des pièces au soumissionnaire recourant dans le cadre de la procédure de passation (art. 21*a* OMP ; consid. 2.6 et 6).

Droit d'accès au dossier et offre de l'adjudicataire

- Le droit d'accès au dossier selon les art. 26 ss PA et 37 LTAF est une concrétisation du droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. ; son octroi est la règle et son refus l'exception. Lorsqu'il existe un intérêt prépondérant au secret, le principe de proportionnalité implique de choisir la forme qui restreint le moins possible l'accès au dossier lorsque cela est possible sans coût excessif, en octroyant un accès partiel aux pièces (en masquant certains noms ou passages ou en enlevant certaines pages). Même les soumissionnaires, non parties au recours, bénéficient du droit d'être entendus en ce qui concerne un intérêt au secret de certaines pièces. Si le TAF utilise dans son jugement des pièces au détriment d'une partie, celle-ci doit avoir eu connaissance oralement ou par écrit du contenu essentiel de ces pièces, avoir eu la possibilité de se déterminer à cet égard et d'apporter des preuves contraires. En règle générale, les offres concurrentes dans le cadre d'un marché public sont exclues de l'accès au dossier, en raison des secrets commerciaux et du *know-how* qu'elles contiennent, sous réserve d'un accord du soumissionnaire concerné quant à la transmission de son offre (consid. 3). En l'espèce, les références aux projets antérieurs réalisés par les personnes-clés figurant dans l'offre de l'adjudicataire pourraient permettre de tirer des conclusions sur l'organisation interne de l'adjudicataire, et en particulier sur sa répartition interne du travail dans le cadre de grands projets, ce qui constitue un secret

commercial, de sorte que la communication de l'offre de l'adjudicataire est refusée (consid. 5.1-5.2).

- | | |
|--|---|
| Transmission des pièces comme acte matériel | <ul style="list-style-type: none">• La transmission effective des pièces couvertes par l'accès au dossier constitue un simple acte matériel (<i>Realakt</i>) et non un acte juridique (<i>Rechtsakt</i>). Même si rien ne s'oppose à une transmission immédiate des pièces par le TAF, il paraît opportun d'attendre sept jours après la transmission de la décision incidente y relative afin de donner au pouvoir adjudicateur la possibilité de recourir au TF contre la décision incidente de transmission (consid. 9). |
| Qualité pour recourir de l'entreprise qui n'a pas déposé d'offre | <ul style="list-style-type: none">• TAF B-2197/2011 du 19 mai 2011 (d) – Dans un marché passé en procédure ouverte, la qualité pour recourir appartient en principe aux soumissionnaires. Dans certaines circonstances, une entreprise qui n'a pas déposé d'offre en procédure ouverte peut néanmoins être légitimée à recourir, pour autant qu'elle rende vraisemblable un intérêt à l'exécution du marché en cause et qu'elle communique clairement au pouvoir adjudicateur qu'elle souhaite être traitée comme si elle avait soumis une offre. Si le comportement du soumissionnaire potentiel doit au contraire être interprété comme un renoncement à participer à la procédure de passation, la qualité pour recourir est perdue. En l'espèce, le courrier adressé par la recourante au pouvoir adjudicateur, après l'expiration du délai de dépôt des offres, s'interprétait plutôt comme une critique visant de futurs projets comparables, dont résultait un renoncement à participer à la procédure de passation plutôt que le maintien d'un intérêt pour le marché contesté. |
| Marchés de services non assujetti | <p>TAF B-1687/2010 du 21 juin 2011 (d) – Recours irrecevable contre l'adjudication de marchés de services dans le domaine informatique, concernant trois lots pour un architecte système, un manager de programmes et un manager de projet pour la migration d'application.</p> <ul style="list-style-type: none">• Les services informatiques se trouvent dans la catégorie 84 de la Classification centrale des produits (CPC) et sont inclus dans la liste positive de l'appendice 1, annexe 4, de l'AMP (art. 5. al. 1 let b LMP). Toutefois, les services de placement et de fourniture de personnel tombent de manière générale dans la catégorie 872 CPC également dans le domaine de l'informatique et ne sont pas visés dans cette annexe. Dès lors qu'il s'agit <i>in casu</i> d'un marché de fourniture de personnel, celui-ci tombe en dehors du champ d'application de la LMP et le TAF n'est pas compétent. |

- Distinction entre critères d'aptitude et d'adjudication / modification de l'offre par le pouvoir adjudicateur
- TAF B-4860/2010 du 13 juillet 2011 (d) – Rejet du recours contre une adjudication d'un marché de services en procédure ouverte passé par l'OFROU
- Les critères d'adjudication se rapportent directement à la prestation elle-même et conduisent à une notation plus ou moins bonne. Les critères d'aptitude, bien qu'ils concernent la personne même du soumissionnaire, doivent également être directement et concrètement en rapport avec la prestation à accomplir, en ce sens qu'ils doivent porter sur des qualifications nécessaires pour mener à bien cette prestation. Le non-respect d'un critère d'aptitude conduit, sous réserve de la prohibition du formalisme excessif, à l'exclusion de la procédure (consid. 3).
 - Le pouvoir adjudicateur doit exclure l'offre de soumissionnaires qui n'ont pas apporté la preuve de la disponibilité des personnes-clés, exigée au titre des critères d'aptitude figurant dans l'appel d'offres pour le responsable de la direction locale des travaux (DLT) et pour son adjoint (DLTA). En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a considéré à juste titre que les deux personnes-clés mentionnées dans l'offre de la recourante n'assumaient pas une présence suffisante sur le chantier pour assumer les fonctions de DLT et DLTA, eu égard à l'ampleur de l'ouvrage en cause et au mandat à attribuer. Partant, le pouvoir adjudicateur devait purement et simplement exclure l'offre de la recourante de la procédure de passation, et non pas se fonder sur les références des auxiliaires de ces deux personnes pour évaluer l'aptitude de la recourante. Le pouvoir adjudicateur peut seulement rectifier des offres d'un point de vue technique et comptable, afin qu'elles puissent être comparées objectivement (art. 25 OMP). Il ne saurait modifier ou compléter une offre sans violer le principe de l'égalité de traitement (art. 1 al. 2 LMP). La substitution de deux autres personnes dans les rôles de DLT et DLTA va bien au-delà de ce qui est admissible pour permettre la comparaison des offres. Dès lors que l'offre de la recourante devait être exclue de la procédure de passation, le recours est mal fondé (consid. 4.1, 4.2, 5.2-5.4).
- Prix anormalement bas
- TAF B-2932/2011 du 22 août 2011 (i) – Marché de service d'ingénierie civile pour un tunnel ; offre anormalement basse.
- Selon l'art. 25 al. 4 OMP, s'il reçoit une offre dont le prix est anormalement inférieur aux autres, le pouvoir adjudicateur peut demander des précisions au soumissionnaire afin de s'assurer qu'il n'existe aucun motif d'exclusion au sens de l'art. 11 LMP et que le soumissionnaire respecte les modalités d'exécution du marché au sens de l'art. XIII par. 4 let. a AMP. Selon le TF (ATF 130 I 241 consid. 3), suivi ici par le TAF, un soumissionnaire ne peut être

écarté simplement en raison du prix, à savoir simplement parce qu'il a envoyé une offre très avantageuse ou même insuffisante pour couvrir ses coûts. Une demande de renseignements supplémentaires par le pouvoir adjudicateur, et a fortiori une exclusion de l'offre anormalement basse, n'entrent en considération que s'il existe des indices que le soumissionnaire viole les conditions de participation ou ne pourra pas exécuter correctement le marché en cause, voire selon le TAF s'il contrevient aux dispositions de la LCD ou de la LCart (consid. 4.1-4.5).

- Savoir à partir de quel niveau une différence de prix par rapport aux autres offres est un motif à lui seul de demander des renseignements supplémentaires sur d'éventuels motifs d'exclusion ne peut pas être tranché *in abstracto*, mais dépend des circonstances du cas d'espèce. La notion de « prix anormalement inférieur » est une notion juridique indéterminée où le pouvoir adjudicateur jouit d'une marge d'appréciation. Le tribunal fera preuve de retenue et n'interviendra qu'en cas d'excès ou d'abus du pouvoir d'appréciation. Une obligation de demander des renseignements sur la seule base d'un prix anormalement bas n'existe que dans des cas évidents ou extrêmes. L'art 25 al. 4 OMP et l'art. XIII par. 4 al. a AMP s'adressent au pouvoir adjudicateur, mais ces dispositions ne confèrent pas aux autres soumissionnaires un droit tendant à une intervention du pouvoir adjudicateur avant l'adjudication (consid. 4.6 et 4.7).
- En l'espèce, le tarif horaire de l'adjudicataire est inférieur de 36.7% aux recommandations de la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (KBOB) et est inférieur de 14 à 16.8% au tarif horaire de la recourante et au tarif horaire moyen des autres offres. Selon la pratique d'au moins deux cantons, si la différence entre l'offre gagnante et celle figurant à la deuxième place dépasse les 20%, respectivement est d'au moins 15%, l'autorité peut demander des renseignements supplémentaires. Dans d'autres cas, des différences de prix de 16, 20 ou 30% ont été considérées comme justifiées au vu des circonstances du marché en cause par le TF. De plus, en l'espèce, le rapport d'évaluation des offres ne contient aucun indice qui aurait pu amener le pouvoir adjudicateur à douter que l'adjudicataire respecte les conditions de participation ou qu'il soit en mesure d'exécuter correctement le marché en cause. Il n'y a pas d'indice quant à l'existence d'un motif d'exclusion qui justifierait une demande de précisions supplémentaires de la part du pouvoir adjudicateur, et la recourante n'a pas non plus démontré de tels indices, de sorte qu'on ne saurait reprocher au pouvoir adjudicateur un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation en ne

retenant pas un prix anormalement bas selon l'art. 25 al. 4 OMP (consid. 5.1).

- Même si les documents d'appel d'offres se réfèrent en l'espèce aux conditions générales de la KBOB, les tarifs horaires recommandés par la KBOB sont, comme ceux figurant dans les recommandations SIA, uniquement un maximum et qui ne se réfèrent, pour ce qui concerne le tarif KBOB, qu'aux marchés adjugés de gré à gré. Une offre qui diverge du tarif recommandé par la KBOB ou la SIA (même en l'espèce de 36.7%) n'est pas automatiquement une offre anormalement basse. Ni l'art. XIII par. 4 al. a AMP, ni l'art. 25 al. 4 OMP n'ont pour effet de faire entrer les recommandations de la KBOB dans le champ du droit public (consid. 5.2.1).

Commission de la concurrence
(Comco)

Décision du 18 octobre 2010 de la Comco, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*, concernant un cartel dans le domaine des ferrements pour fenêtres et portes-fenêtres, DPC 2010/4, 717.

Cartel sur les prix

- L'accord horizontal sur les prix, qui a pu être prouvé pour l'année 2007, consistait en une concertation entre les distributeurs de ferrements pour fenêtres et de portes-fenêtres, afin de répercuter en Suisse les hausses de prix décidées par les fabricants de ces ferrements. Des amendes pour un montant total de 7.6 millions ont été imposées à quatre entreprises. L'entreprise ayant dénoncé le cartel a bénéficié d'une immunité complète d'amende.

Attribution de concession de services à des entreprises privées selon l'art. 2 al. 7 LMI

Avis du 28 juin 2010 de la Comco à l'attention du Conseil d'Etat du Canton de Schwyz, basé sur l'art. 2 al. 7 LMI, concernant le renouvellement de concessions hydrauliques, DPC 2011/2, 353.

- Comme l'avis de la Comco du 22 février 2010 résumé dans les Fiches 2010 (et désormais publié in DPC 2011/2 p. 345), l'avis du 28 juin 2010 expose que l'art. 2 al. 7 LMI impose en principe aux collectivités publiques de soumettre à un appel d'offres l'octroi ou le renouvellement de concessions hydrauliques ou de concessions pour la distribution d'électricité en faveur d'entreprises privées. L'obligation de procéder à un appel d'offres selon l'article 2 al. 7 LMI vaut non seulement pour le transfert de l'exploitation de monopoles de droit, mais aussi de fait. Si la concession a pour effet d'exclure les tiers de toute activité économique de même nature et dans le même rayon géographique, il en résulte une situation analogue à celle prévalant lors suite à l'attribution d'une concession de monopole.

La notion d'entreprises privées au sens de l'art. 2 al. 7 LMI ne saurait se fonder sur la seule forme (de droit public ou de droit privé) de l'entité. Sont exclues du champ d'application de l'art. 2 al.

7 LMI les concessions attribuées à des entités *in-house*, à savoir lorsque (i) l'autorité concédante exerce sur l'entité concessionnaire un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que (ii) l'entité concessionnaire réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités concédantes qui la détiennent. Le critère du contrôle du contrôle n'est pas rempli lorsque l'entité concessionnaire est une société d'économie mixte, en raison notamment des risques de distorsion de concurrence entre l'actionnaire privé et les autres entreprises potentiellement concurrentes pour l'octroi de la concession. Le critère relatif à l'essentiel de l'activité comporte un aspect autant quantitatif que qualitatif. En l'espèce, l'entreprise EBS AG exerçait 76% de son activité avec les autorités concédantes qui la détenaient, mais le commerce d'électricité exercé avec des tiers (24%) résultait des variations saisonnières de production et de consommation, de sorte que l'entité pouvait être qualifiée de *in-house*.

Les deux avis de la Comco peuvent aussi servir d'aide à l'interprétation pour l'octroi de concessions de services dans d'autres secteurs restant soumis à l'art. 2 al. 7 LMI (DPC 2011/2, p. 358-359).

Révision législative suite aux avis de la Comco en matière de concessions hydraulique et de distribution d'électricité

- Suite aux deux avis de la Comco, publiés in DPC 2011/2 p. 345 et 353, la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national (CEATE-N) a déposé le 29 juin 2010 une initiative parlementaire demandant une modification de la LF sur l'utilisation des forces hydrauliques (Loi sur les forces hydrauliques, LFH) du 22 décembre 1916 et de la LF sur l'approvisionnement en électricité (LApEI) du 23 mars 2007. La révision vise à ce que les autorités concédantes ne soient pas tenues de recourir à un appel d'offres selon l'art. 2 al. 7 LMI pour l'octroi de concessions liées au réseau de distribution d'électricité ou de concessions hydrauliques. Le Conseil fédéral a recommandé, le 20 avril 2011, d'adopter cette révision législative (FF 2011 3659). Le Conseil national a adopté la révision législative à l'unanimité le 31 mai 2011, les débats parlementaires soulignent toutefois que les autorités concédantes doivent garantir une procédure transparente et non discriminatoire, de sorte que le but central de l'art. 2 al. 7 LMI est ainsi pris en compte. Le Conseil des Etats doit se prononcer durant la session d'automne 2011.

Jugements cantonaux – Tribunal administratif de Neuchâtel

- Seuls les jugements neuchâtelois sont traités. Pour les jugements des autres tribunaux administratifs cantonaux, voir www.simap.ch ou le site web de chaque tribunal administratif cantonal, respectivement cour de droit public du tribunal cantonal.

Qualité pour
recourir
subordonnée à la
chance d'emporter
le marché

TA NE du 29 juin 2010 (TA.2009.422).

- Doctrine et jurisprudence sont divisées sur la possibilité de subordonner, au titre de l'intérêt digne de protection, la qualité pour recourir du soumissionnaire évincé à l'exigence d'avoir une chance d'emporter le marché en cas d'admission du recours. En l'espèce, le recourant est classé en 3^e position, mais l'écart avec le soumissionnaire, classé au 2^e rang, est faible. La recourante conteste non seulement l'adjudication au soumissionnaire classé 1^{er}, mais aussi les notes attribuées aux autres offres. Le pouvoir adjudicateur observe qu'il serait en droit d'abandonner purement et simplement la procédure d'adjudication pour adjuger le marché de gré à gré, vu sa valeur, de sorte que la recourante n'aurait aucune garantie de se voir attribuer le marché, mais le Tribunal administratif relève qu'il a le pouvoir d'éventuellement statuer lui-même au fond. La qualité pour recourir est reconnue (consid. 2).

Décisions
attaquables
immédiatement

- Le soumissionnaire qui constate une irrégularité durant la procédure d'appel d'offres est tenu de la signaler sans attendre au pouvoir adjudicateur, sous peine de forclusion. Le grief, selon lequel un e-mail adressé aux bureaux d'ingénieurs invités à soumissionner après que la recourante a déposé son offre, aurait induit une inégalité de traitement entre soumissionnaires, est tardif. De même, le grief de la pondération insuffisante du critère du prix est irrecevable, faute d'avoir été attaqué dans les dix jours suivant la transmission des documents d'appel d'offres (consid. 3 b-c).

Références comme
critères
d'adjudication

- La réglementation cantonale n'exclut pas que des critères relevant matériellement plutôt de l'aptitude du soumissionnaire soient retenus comme critères d'adjudication. L'expérience des soumissionnaires peut constituer un critère d'adjudication. Tel est aussi le cas pour l'exigence de « références » (en l'espèce : trois références de constructions industrielles, expériences de travail avec une entité publique en matière de procédure administrative, qualité des références et des expériences acquises en matière de protection de l'environnement, de construction durable et de projet Minergie), compte tenu du type de marché en cause et du fait que les marchés exécutés antérieurement par un soumissionnaire peuvent fournir des indications sur le respect des conditions posées (consid. 4-5). Le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de références à fournir, pour autant que cela ait été clairement annoncé, et il ne saurait être tenu d'évaluer l'ensemble des projets réalisés par un soumissionnaire. Peuvent être écartées des

références portant sur des réalisations non comparables à celles faisant l'objet du marché (consid. 6).

Critères
d'adjudication

- En retenant que le tarif horaire est trop bas et peu crédible afin d'évaluer le critère de l'organisation, le pouvoir adjudicateur a tenu compte une deuxième fois du prix, qui constitue déjà un critère distinct et a modifié les critères d'adjudication annoncés, en violation du principe de transparence. En retenant que le nombre moyen de personnes prévues pour l'exécution du marché par la recourante est disproportionné par rapport à sa taille et que les autres soumissionnaires sont mieux pourvus en personnel, le pouvoir adjudicateur a violé la réglementation en matière de marchés publics, dont l'un des objectifs est une concurrence efficace entre soumissionnaires (consid. 7).

Modification de
l'offre postérieure à
l'adjudication

TA NE du 29 octobre 2010 (TA 2010.175 et TA.2010.180).

- Dans un courrier postérieur à l'adjudication, l'adjudicataire a informé le pouvoir adjudicateur que les travaux seraient exécutés par le personnel de R. AG. Jusqu'à ce courrier, l'adjudicataire n'avait pas indiqué que cette entreprise jouerait un rôle dans l'exécution des travaux et ne l'avait mentionné ni dans sa liste des sous-traitants, ni dans l'organigramme opérationnel. Le fait que l'adjudicataire utilise une autre entreprise pour exécuter des travaux constitue un cas de sous-traitance directe, qui doit être indiqué dans l'offre. Que le sous-traitant soit un actionnaire de l'adjudicataire n'y change rien. Le courrier par lequel l'adjudicataire informe le pouvoir adjudicateur, postérieurement à l'adjudication, de l'existence du sous-traitant constitue une modification inadmissible de l'offre, qui suffit à justifier une annulation de la décision d'adjudication (consid. 5).
- L'adjudicataire a corrigé spontanément le montant de son offre à cause d'une erreur de calcul après l'expiration du délai de dépôt. Une telle correction, qui a pour conséquence de fausser la comparaison avec les autres offres non modifiées, est incompatible avec le principe d'égalité de traitement (consid. 5).

Forclusion du
recours contre les
documents d'appel
d'offres

- Alors que l'appel d'offres a été publié le 15 janvier 2010, la recourante n'a signalé que le 3 mai 2010 que l'objet du marché impliquait l'utilisation d'un brevet. En règle générale, les documents d'appel d'offres font partie intégrante de l'appel d'offres et doivent être attaqués dans les 10 jours dès leur remise. La forclusion n'affecte que les irrégularités particulièrement évidentes,

car on ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court de dépôt des offres. En l'espèce, toutefois, la recourante est titulaire du brevet litigieux et savait que le marché en cause allait être mis au concours. On pouvait raisonnablement exiger d'elle qu'elle recoure contre les documents d'appel d'offres (consid. 7).

Echelle de notes

TA NE du 3 novembre 2010 (TA.2010.258).

- L'autorité adjudicatrice dispose d'un large pouvoir d'appréciation lors de l'évaluation des offres. En attribuant pour le critère « organigramme » une note 0 au soumissionnaire qui n'a pas fourni un tel document, le pouvoir adjudicateur n'a pas violé le principe de proportionnalité. Le principe de transparence n'exige pas de porter l'échelle de notes à la connaissance préalable des soumissionnaires sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (consid. 3).

Critère d'aptitude

CDP NE du 8 avril 2011 (CDP 2011.143).

- Les documents d'appel d'offres en cause prévoyaient qu'une réponse négative à un des critères d'aptitude énumérés sous le titre « adéquation impérative aux besoins primordiaux » entraînait l'élimination du soumissionnaire. Le critère selon lequel « la solution remplit les conditions d'accréditation fixées par l'Association suisse des services d'aide et de soins à domicile (ASSASD) » ne doit pas être interprété comme exigeant que le soumissionnaire soit accrédité par l'ASSASD, mais seulement comme une exigence que l'offre soumise remplisse les conditions d'accréditation de l'ASSASD. En l'espèce, même si l'adjudicataire n'est pas accrédité par l'ASSASD, il n'est ni prétendu ni démontré que son offre ne remplirait pas les conditions fixées par l'ASSASD.

