

VD_OMNI GE.1999.0143 vom 17. November 2000

VD Tribunal cantonal, 2000-11-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.1999.0143

FR: VD_OMNI GE.1999.0143 du 17 novembre 2000

IT: VD_OMNI GE.1999.0143 del 17 novembre 2000

Regeste

c/CIRTD | Procédure sélective. Le défaut de mention des critères d'adjudication, si l'autorité recourt à d'autres critères que le prix, viole le principe de la transparence. Décision annulée (et non réformée).

Erwägungen

E. 6

octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI) s'applique à tous les marchés publics cantonaux et communaux (à l'exclusion des marchés de la Confédération), indépendamment des valeurs-seuils et des types de marchés (ATF 125 II 86, consid. 1c; Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur le marché intérieur, FF 1995 I 1234). Au demeurant les marchés publics des cantons et des communes sont régis par le droit cantonal ou intercantonal (art. 5 al. 1 LMI). b) L'ouverture réciproque des marchés publics entre cantons est soumise à un accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), du 25 novembre 1994, approuvé par le Département fédéral de l'économie publique le 14 mars 1996. Selon l'art. 6 al.1 lettre c AIMP, la passation d'un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la fourniture d'une prestation de services, tels que répertoriés à l'appendice I, annexe 4 de l'Accord OMC, est soumise à l'AIMP. L'art. 7 al.1 lettres a, b et c AIMP prévoit des seuils en-dessous desquels c'est le droit cantonal qui trouve application. Ainsi, pour les fournitures et les services, le seuil a été fixé à 403'000 fr. En l'occurrence, la valeur du marché litigieux n'atteint pas ce seuil, de sorte que l'AIMP ne s'applique pas - du moins pas directement, une application par analogie étant réservée. c) L'art. 5 al.1 lettre c de la loi vaudoise sur les marchés publics du 24 juin 1996 (LVMP) prévoit, s'agissant de fournitures et de services, que la loi s'applique aux offres si la valeur estimée du marché public à adjudger atteint ou dépasse le seuil de 200'000 fr., taxe sur la valeur ajoutée non comprise. L'art. 47 du règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RMP) prévoit cependant qu'en dessous des seuils fixés par l'art. 5 al.1 lettre c LVMP, les marchés publics du canton sont soumis par analogie aux dispositions de l'accord intercantonal, de la loi cantonale et du règlement d'application cantonal (à l'exception toutefois des art. 14 lettres e et i, 19 al.3, 20, 34 et 40 RMP). La valeur du marché public en cause étant inférieure au seuil de 200'000 fr., les dispositions de l'AIMP et de la LVMP s'appliquent dès lors en vertu du renvoi de l'art. 47 RMP. 2. Selon la jurisprudence la plus récente, l'adjudication de travaux ou d'un mandat de services constitue une décision au sens technique que lui attribue le droit administratif (cf art. 29 LJPA), indépendamment du droit applicable; telle est notamment la solution retenue dans un arrêt récent du Tribunal fédéral (ATF 125 II 86, consid. 3 et 4), reprise par le Tribunal administratif (GE 99/0135 du 26 janvier 2000). Au demeurant, il n'est pas contesté que le soumissionnaire évincé a qualité pour agir (ATF 125 II 86, consid. 5; ATF 125 I 406). La

recourante ayant été écartée du marché litigieux, elle est admise à recourir contre la décision du 2 novembre 1999 rendue par l'Etat de Vaud, Commission intercantonale romande pour le traitement des déchets. En outre, formé par acte écrit et motivé dans le délai légal, le recours est recevable en la forme. 3.

La recourante invoque une violation du principe de la transparence. Elle reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir omis de mentionner à l'avance les critères d'adjudication qui seraient pris en compte dans l'évaluation des offres. Un soumissionnaire évincé a effectivement le droit d'invoquer ce motif pour s'opposer valablement à la décision d'adjudication. Même si ce vice trouve son origine dans la procédure d'appel d'offres, la violation du principe de la transparence déploie un effet ultérieur, direct et global sur toute la procédure d'attribution du marché public. A ce titre, elle peut être invoquée dans une procédure de recours contre l'adjudication, même si elle aurait déjà pu l'être dans un recours contre la décision d'appel d'offres. Cette solution se justifie, car le défaut de procédure est à ce point grave qu'il exclut le déroulement normal de l'adjudication (arrêt de la Cour administrative fribourgeoise du 18 juin 1999 dans la cause H. c./ Conseil d'Etat). Au stade du recours contre la décision d'adjudication, le recourant ne pourrait toutefois invoquer l'inadéquation d'un critère, correctement rendu public dans l'appel d'offres. Dans une telle situation, il devrait agir immédiatement contre la décision d'appel d'offres. En revanche, un défaut fondamental de procédure comme celui d'une violation grave du principe de la transparence peut encore être invoqué dans un recours contre la décision finale d'adjudication (arrêt de la Cour administrative fribourgeoise déjà cité). Les questions que soulève la distinction invoquée dans la jurisprudence fribourgeoise ici citée peuvent demeurer ouvertes, dès lors qu'en l'espèce les critères d'adjudication ne figurent pas dans l'appel d'offres, ni d'ailleurs dans les documents transmis ultérieurement. C'est précisément sur ce point que porte la critique de la recourante. 4.

a) Le droit des marchés publics est dominé par le principe dit de la transparence (art. 1 al. 1 lettre a de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP), 3 LVMP et 1 al. 2 lettre c AIMP). En effet, ce principe est une condition indispensable à toute concurrence efficace en matière de marchés publics (art. 6 al.1 lettre b LVMP). A cet égard, le pouvoir adjudicateur doit poser les règles applicables aux marchés et donner aux concurrents toutes les indications nécessaires pour déposer une offre valable qui corresponde pleinement aux exigences posées par l'adjudicateur. Les règles du jeu étant ainsi fixées, l'autorité doit s'y tenir dans la suite de la procédure. En effet, il est important que les participants puissent connaître à l'avance les diverses étapes de la procédure et leur contenu (ATF 125 II 86, consid. 7, p. 100 s.; Rodondi, *Le droit cantonal des marchés publics*, RDAF 1999 I 265; sur le principe de transparence, voir Galli/Lehmann/Rechsteiner, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zürich 1996, p. 72 ss). Ce principe est essentiel en outre au contrôle du respect de l'application de la loi et du bon déroulement des procédures. b) Selon l'art. 38 RMP, le marché doit être en principe adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Toutefois, le terme "économiquement" ne doit pas prêter à confusion, dans la mesure où le prix n'a pas obligatoirement un rôle décisif. L'offre "la plus avantageuse économiquement" est celle qui, dans le cadre d'une appréciation économique globale fondée sur les prescriptions légales, garantit à l'adjudicateur le meilleur rapport "prix-prestation". Le pouvoir adjudicateur bénéficie ainsi d'une importante marge d'appréciation et peut intégrer dans sa pondération tous les éléments permettant de juger l'offre. Outre le prix, différents critères peuvent entrer en ligne de compte, tels que le délai de livraison, la qualité, la rentabilité, le caractère esthétique, le caractère écologique, la valeur technique et culturelle, la créativité et les méthodes proposées pour assurer la qualité.

C'est ici qu'intervient le principe de la transparence : il est convenu d'admettre que le pouvoir adjudicateur est tenu d'énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération dans l'évaluation des soumissions; à tout le moins doit-il spécifier clairement par avance l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux, afin de prévenir tout risque d'abus et de manipulation de la part de l'adjudicateur (ATF 125 II 86, consid. 7, p. 101). Ce principe trouve son expression aux art. 38 al. 2 et 14 al. 1 lettre h RMP : afin que les soumissionnaires puissent être pleinement renseignés, les critères d'adjudication doivent figurer par ordre d'importance dans les documents concernant l'appel d'offres. En effet, le jeu de la concurrence risquerait d'être faussé si le pouvoir adjudicateur avait la possibilité de modifier librement les critères d'adjudication au cours de la procédure de passation d'un marché. Certes, il ne lui est pas interdit d'attacher une importance plus grande à certains critères d'adjudication par rapport à d'autres, voire à ne pas du tout tenir compte de certains critères. Toutefois, il est nécessaire qu'il le fasse savoir à l'avance à tous les soumissionnaires. Ce n'est qu'en présence de biens largement standardisés que l'adjudicateur peut se fonder exclusivement sur le critère du prix le plus bas (art. 38 al.3 RMP). 5.

En l'espèce, l'autorité intimée reconnaît ne pas avoir fait figurer de critères d'adjudication dans le cahier des charges, et par conséquent n'avoir pas indiqué par avance la pondération qu'elle entendait attribuer à chacun des critères. L'adjudicatrice s'est limitée à décrire les qualités techniques de l'objet soumissionné. Elle explique sa démarche par le souci de ne pas freiner l'innovation et de susciter autant que possible le développement d'idées créatrices. En effet, les documents fournis aux soumissionnaires - annexes 1 et 2 au courrier du 17 novembre 1998 (cahier des charges et questionnaire) et compléments apportés par lettre du 23 décembre 1998 - ne contiennent qu'une description des prestations requises. Tout laisse ainsi à penser que seul le prix départagerait les candidats. Or, si l'autorité intimée avait voulu se borner à sélectionner l'adjudicataire en fonction du prix, elle devait l'indiquer clairement dans les documents d'appel d'offres, ce qu'elle n'a pas fait. En effet, pour les biens non-standardisés, comme en l'espèce, l'évaluation du rapport prix-prestation suppose en principe le recours à d'autres critères que celui du prix. En l'absence d'indication, on ne peut nullement conclure que le marché serait adjugé au soumissionnaire le meilleur marché. Il ressort cependant des explications fournies en audience que l'autorité intimée ne s'est pas fondée sur le seul critère du prix, mais encore sur ce qu'on pourrait appeler en termes généraux "la convenance de l'offre". Dans ce critère entrerait - pour autant que le tribunal puisse en juger à la place du pouvoir adjudicateur - l'aspect créatif de l'offre, le caractère plus ou moins complet de l'offre sur le plan scientifique, la qualité des stratégies de navigation envisagées, la qualité de la maintenance, éventuellement le confort de l'utilisation, la sécurité de l'information... Au vu de tels critères, on peut se demander si la voie du concours n'aurait pas été préférable à la procédure sélective. Quoi qu'il en soit, il fallait encore préciser quel serait le poids du facteur prix par rapport aux autres critères. Au demeurant, même la notion du prix n'était pas suffisamment définie. En effet, le poids respectif du coût de la création par rapport à celui de la maintenance n'était pas déterminé. Au surplus, aucun critère ne permet d'évaluer le prix de la maintenance; on aurait pu au moins s'attendre à une liste précise d'opérations ou à un nombre d'heures. En outre, contrairement aux allégations de l'autorité intimée, il n'est pas évident que la maintenance doive entrer en ligne de compte pour une durée supérieure à trois ans. En particulier, rien ne permettait d'exclure que l'autorité adjudicatrice renégocie le contrat de maintenance après une année ou, à tout le moins, se réserve la possibilité de le faire. Or, selon le nombre d'années pris en considération, le prix de chacune

des offres évolue. Ainsi, après une année, l'offre de R. se révélait plus avantageuse que celle d'A. ; cette hiérarchie s'inverse dès la troisième année de maintenance. Ces nombreuses interrogations démontrent que le principe de la transparence n'a pas été respecté. Les concurrents n'ont pas pu connaître à l'avance les facteurs sur lesquels les offres seraient jugées; partant tout contrôle portant sur la pondération des critères était nécessairement exclu. C'est donc à juste titre que la recourante se plaint d'une irrégularité de la procédure d'adjudication. Pour ce motif déjà, le recours doit être admis et la décision d'adjudication annulée. 6.

Comme second moyen, la recourante invoque un acte de concurrence déloyale. Elle allègue que, grâce aux connaissances acquises par Z. auprès de la société R., A. s'est épargnée de nombreuses heures de recherche et de développement. Par ce motif, la recourante considère que la procédure était entachée d'un vice justifiant son annulation. Lors de la passation de marchés, l'autorité doit notamment respecter les principes d'égalité de traitement de chaque soumissionnaire et de concurrence efficace (art. 3 LVMP, art. 11 AIMP). En l'occurrence, la question de savoir si l'autorité adjudicatrice doit prévenir tout acte de concurrence déloyale entre les soumissionnaires peut demeurer indéterminée. En effet, le prétendu acte illicite n'est en l'espèce ni établi, ni même rendu vraisemblable. Dans de telles circonstances, on ne voit pas comment on pourrait reprocher à l'autorité de ne pas avoir rétabli une concurrence efficace. Dès lors, ce moyen doit être rejeté. 7.

Les parties ont expliqué que R. avait été mandatée par l'Etat de Vaud et du Valais pour un projet similaire, à savoir l'élaboration du site www.dechets.ch. Ce mandat, qui n'a finalement pas abouti, concernait également un site internet consacré à la gestion des déchets. Dès lors, se pose la question de savoir si, en raison des contacts qu'elle a préalablement noués avec l'Etat de Vaud, R. aurait dû être exclue de la procédure. La jurisprudence a en effet parfois considéré que la participation d'un soumissionnaire à la mise au concours, alors même qu'il a déjà fourni des prestations antérieures en vue de l'appel d'offres était susceptible de violer le principe de la non-discrimination entre les concurrents (ZBI 1999, 387; Gauch, Stöckli, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, 1999, n. 8.3; GE 99/0135 du 26 janvier 2000, consid. 4 bb). En l'occurrence, il est vraisemblable qu'ayant déjà travaillé pour l'Etat de Vaud sur un projet semblable, la recourante ait profité de certains avantages. Toutefois, au regard du principe de la proportionnalité, cette expérience préalable ne doit pas conduire à son exclusion pour ce motif. 8.

Suivant la doctrine (voir à ce propos Evelyne Clerc, *L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique*, thèse Fribourg 1997, p. 557), l'autorité de recours, qui certes dispose du pouvoir de réformer la décision attaquée (art. 13 al. 1 LVMP; art. 18 al. 1 AIMP), ne doit le faire qu'à titre très exceptionnel. Dans la mesure où l'autorité de recours doit ménager la latitude de jugement et le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur, elle doit en règle générale se contenter d'annuler la décision attaquée, au besoin en y joignant des instructions impératives (voir dans le même sens JAAC 62.80, décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 28 avril 1998, consid. 3). La commission fédérale relève, dans l'arrêt cité, qu'il appartient au premier chef à l'autorité d'adjudication de définir la suite de la procédure après l'annulation d'une telle décision. Elle laisse toutefois entendre que cette dernière pourrait ne pas reprendre le processus ab ovo et considérer que, dans la mesure où les autres concurrents n'ont pas contesté l'adjudication querellée, seuls resteraient en lice la recourante et l'adjudicataire (même arrêt, consid. 3 lit. c; Evelyne Clerc, *op. cit.*, p. 556 s., au contraire, n'écarte pas l'idée que l'annulation de la décision d'adjudication puisse déboucher en définitive sur une attribution des travaux à une autre entreprise que la recourante et l'adjudicataire). Les

spécificités du marché envisagé requièrent de l'autorité judiciaire qu'elle se limite en l'espèce à annuler la décision attaquée. Il est exclu en particulier que le tribunal de céans définisse des critères d'adjudication ou indique comment s'articulent les coûts respectifs de la création du site et de la maintenance. 9. En définitive, le recours doit être admis. La recourante qui obtient gain de cause et qui a recouru aux services d'un mandataire professionnel a droit à des dépens, arrêtés à 2'500 fr., à la charge de l'Etat. L'arrêt est rendu sans frais.

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