

VD_OMNI GE.2002.0028 vom 8. März 2002

VD Tribunal cantonal, 2002-03-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2002.0028

FR: VD_OMNI GE.2002.0028 du 8 mars 2002

IT: VD_OMNI GE.2002.0028 del 8 marzo 2002

Regeste

c/ Montreux | Le pouvoir adjudicateur qui omet d'évaluer une offre au regard des critères d'adjudication qu'il a définis commet un déni de justice lorsque cette offre s'inscrit dans le contenu du cahier des charges. Annulation de la décision d'adjudication.

Erwägungen

E. 3

octobre 2001; ils ont en revanche admis que cette grille n'avait pas été portée à la connaissance des soumissionnaires, à tout le moins avant le dépôt de leurs offres. Il s'agirait là, selon eux, d'une pratique constante de la municipalité de ne pas publier la grille d'évaluation. A partir du moment où, lors de la visite du site mise sur pied le 3 octobre 2001, aucun des soumissionnaires n'a posé de question en relation avec la pondération des critères d'adjudication, les membres du groupement d'évaluation sont partis du principe qu'ils étaient dispensés de communiquer à l'avance cette grille. Du reste, ils objectent au grief soulevé sur ce point par le groupement recourant le fait qu'un marché précédent, concernant la réfection et l'extension du Collège Vinet, à Clarens, a été adjudgé dans un passé récent aux entreprises le composant, de sorte que celles-ci seraient censées connaître la pratique de la municipalité en la matière. aa) Dès lors, la municipalité - comme du reste l'entreprise adjudicataire - fait valoir sur ce point que le groupement recourant serait en quelque sorte à tard pour invoquer céans l'absence de communication aux soumissionnaires de la grille de pondération des critères d'adjudication. L'entreprise adjudicataire a dressé du reste un parallèle sur ce point avec la procédure en récusation, laquelle exige de la partie requérante qu'elle agisse d'emblée sous peine de forclusion. L'instruction a pourtant permis d'établir qu'en l'occurrence, le maître de l'ouvrage s'était affranchi de son obligation minimale de spécifier clairement et à l'avance l'importance relative qu'il accordait aux cinq critères d'adjudication arrêtés. Ainsi, la jurisprudence du Tribunal fédéral, dont on voit qu'elle est au demeurant plus clémente que celle du Tribunal administratif, s'agissant du respect de cette exigence, apparaît comme étant violée en l'occurrence. Quant à l'objection soulevée tant par la municipalité que par l'adjudicataire, elle pourrait conduire à affaiblir l'exigence cardinale de transparence que doit observer toute procédure de passation de marché public. Le pouvoir adjudicateur n'a pas, sous peine de vider pratiquement ce principe de son contenu, à attendre que l'un ou l'autre des soumissionnaires exige la publication des coefficients de pondération avant le dépôt des offres pour exécuter son obligation de transparence. L'absence de réaction de la part du soumissionnaire évincé, quand bien même ce dernier aurait connaissance de la pratique de l'autorité, n'est ainsi d'aucun secours au pouvoir adjudicateur qui aurait failli à cette obligation et ne guérit pas le vice dont souffre la procédure. bb) Quant au fond, on retient des explications du maître de l'ouvrage que ces critères n'ont pas été classés par ordre d'importance. Les représentants de

la municipalité ont en effet indiqué qu'ils n'avaient pas réussi à départager les trois premiers critères (1. Respect du cahier des charges, 2. Coût forfaitaire, 3. Exigences sur le plan esthétique et écologique) afin de conférer à ces derniers un poids d'importance décroissante; aussi, ont-ils attribué à chacun une importance équivalente, à savoir le coefficient 5. Quant aux deux critères suivants (

E. 4

Respect des délais, 5. Qualité du dossier), ils se sont vus conférer un poids décroissant, savoir 3 et 1. Ainsi arrêtée, cette grille contrevient à la lettre des articles 13 al. 3 lit. j, 14 al. 1 lit. h et 38 al. 2 RMP, puisque les candidats pouvaient à bon droit en déduire que les cinq critères figuraient dans le cahier des charges par ordre décroissant. cc) On doit admettre sur ce point qu'il apparaît effectivement comme plausible que le groupement recourant aurait présenté une offre au contenu quelque peu différent si la grille de pondération lui avait été communiquée à l'avance. En tout état, cela aurait pu avoir pour conséquence de modifier le résultat du marché puisque le groupement recourant aurait pu, si la grille lui avait été communiquée, présenter une offre de façon à obtenir une meilleure note aux critères 2 et 3 dont on a mesuré ci-dessus l'importance. L'adjudicataire soutient que, pour sa part, il avait pour habitude de présenter une offre de telle façon qu'elle obtienne la note maximale pour chaque critère, sans se soucier du poids conféré à chacun d'eux. La jurisprudence part cependant de l'idée que les concurrents peuvent adapter leurs offres en fonction des facteurs de pondération; de tels ajustements - qui peuvent porter sur tel ou tel aspect de l'offre - sont d'ailleurs plausibles. Cette conséquence du principe de la transparence n'est pas réfutée par la simple affirmation qu'une entreprise cherche toujours à faire au mieux pour chaque élément de l'offre. c) Cela étant, la municipalité, sur les épaules de laquelle repose le fardeau de cette preuve, a offert de démontrer au tribunal que l'absence de communication aux soumissionnaires de la grille de pondération n'avait eu, quoi qu'il en soit, aucune incidence sur le résultat final. En d'autres termes, la municipalité laisse entendre que les vices dont souffrirait éventuellement la procédure en l'espèce n'auraient de toute façon pas eu de conséquence sur l'adjudication finale du marché à Y. _____ SA. En audience, la municipalité a produit à cet effet plusieurs tableaux dans lesquels elle compare respectivement l'offre du recourant et celle de l'adjudicataire en retenant les hypothèses suivantes: facteurs de pondération effectivement retenus, facteurs de pondération dégressifs (5 à 1), facteurs de pondération de valeur égale (5); or, il apparaîtrait, selon elle, que, dans tous les cas de figure, le montant offert par Y. _____ SA est toujours économiquement plus favorable que celle du groupement recourant. Il appert que la démonstration de l'autorité intimée, si elle paraît à première vue séduisante, souffre de plusieurs faiblesses. Ainsi, cette démonstration part du principe que les notes attribuées au recourant à l'issue de la phase d'adjudication, en particulier celle concernant le critère n° 2 (coût forfaitaire), ne sont pas susceptibles de varier, puisque l'autorité intimée se contente de multiplier simplement ces notes par des coefficients dégressifs (hypothèse visée par la pièce n° 45) ou par le même coefficient (ibid., pièce n° 46). Il y a pourtant d'autres hypothèses envisageables, soit celles de corrections éventuelles des notes. La municipalité ne fournit pas de démonstration similaire pour de tels cas. Or, s'agissant à tout le moins du critère n° 2 (coût forfaitaire), on va voir que la notation retenue n'échappe pas à la critique.

3. Le groupement recourant se plaint en effet d'avoir reçu une note trop basse au critère n° 2, notamment, et critique la façon dont le coût forfaitaire de son offre a été noté. a) On rappelle à ce stade que, sur le plan matériel, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans ses décisions (v. Gauch/Stöckli/Dubey, op. cit., p. 25, n° 11.4),

laquelle se traduit non seulement dans la phase finale de l'adjudication mais dans toutes les phases antérieures et ultérieures de la procédure (v. également sur ce point la jurisprudence du Tribunal administratif, arrêt GE 99/135, déjà cité). Dans ce cadre, l'autorité judiciaire doit faire preuve d'une certaine retenue et laisser au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques (v. arrêts GE 00/039; 99/142, réf. citée, notamment RDAF 1999 I 37, cons. 3a). aa) Ce pouvoir n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire; c'est seulement s'il est confronté à un abus ou à un excès de ce pouvoir d'appréciation, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le tribunal devra intervenir. Il va en revanche de soi que le pouvoir adjudicateur doit respecter, dans le processus d'attribution des notes (notamment), le principe de l'égalité de traitement. Cela implique que les critères applicables doivent être posés, puis appliqués en fonction des spécificités du marché à attribuer (v. sur ce point GE 00/039 et 99/135, déjà cités). En outre, on doit pouvoir exiger du pouvoir adjudicateur sur un plan formel, une fois l'ensemble des offres rentrées, qu'il apprécie et note chacune d'elles à la lumière des critères d'adjudication qu'il a lui-même arrêtés; commettrait ainsi un déni de justice le pouvoir adjudicateur qui négligerait de traiter une offre ayant passé avec succès la phase préalable de qualification et ne présentant au surplus aucune des caractéristiques permettant de l'exclure du marché. bb) Cette obligation faite au pouvoir adjudicateur d'examiner l'offre de base valablement rentrée s'étend en outre à la variante dont celle-ci peut, le cas échéant, être accompagnée. On retient en effet de l'art. 22 OMP (non directement applicable ici) que les soumissionnaires sont libres de déposer des variantes, dans les limites, toutefois, fixées par les documents de soumission (cf. sur ce dernier point et ses conséquences, Maurice-André Flamme et al., Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, Tome 1A, 6ème éd., Bruxelles 1997, pp. 253-254). En substance, un soumissionnaire est en règle générale libre de présenter une variante en plus de l'offre de base, à moins que cette faculté n'ait été exclue ou restreinte dans l'appel d'offres (cf. arrêt GE 00/165, déjà cité). La doctrine, au demeurant, est favorable à la possibilité de déposer des variantes; il est en effet judicieux de ménager aux entreprises concurrentes la possibilité de fournir des solutions supplémentaires, cas échéant plus mûres techniquement que le projet de l'adjudicateur, voire plus avantageuses économiquement; cette solution est de nature à favoriser l'économie des deniers publics, qui constitue l'un des buts de la loi (voir par exemple art. 3 LVMP; sur cette question, voir en effet Gauch/Stöckli/Dubey, op. cit., p. 48, n° 19.2; Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit., p. 92). Au demeurant, la règle de l'art. 14 al. 1 let. g RMP peut être comprise dans le même sens; en d'autres termes, les soumissionnaires ont la faculté de déposer des variantes, sauf lorsque les documents d'appel d'offres, dûment interprétés, l'excluent (v. arrêt GE 00/165, déjà cité). cc) Il en résulte que, dans la phase d'épuration des offres, le pouvoir adjudicateur procède à un examen approfondi des indications techniques et des chiffres figurant dans les offres, notamment dans les variantes, afin de rendre l'ensemble des offres objectivement comparables entre elles (dans ce cadre, des explications peuvent être demandées aux différents soumissionnaires). Une fois cette opération réalisée, le pouvoir adjudicateur peut procéder à l'évaluation des offres et notamment des variantes, cela en utilisant les mêmes critères d'adjudication (v. Commission fédérale de recours, CRM 013/2000, cons. 3a, rés. in DC 2001, S35, p. 154; TA, arrêt GE 00/165, déjà cité). b) En l'espèce, le groupement d'évaluation a attribué la note maximale (6) au moins disant, Y. _____ SA, et a noté les quatre autres offres par paliers, en fonction de l'importance de l'écart les séparant de l'offre la moins onéreuse, de la façon suivante: Soumissionnaires D. _____ Y. _____

X. _____ B. _____ SA Losinger Montants corrigés avec variantes demandées
7'688'337 7'531'639 8'367'218 8'035'585 9'180'788 Ecart + 2,08% meilleur marché +
11,09% + 6,69% + 21,89% Notes

E. 6

2 4 1 Le groupement recourant s'est vu ainsi attribuer la note 2, l'écart entre son offre et celle de l'adjudicataire final étant de 835'579 fr. (soit 11,09%). Or, celui-ci se plaint de l'important écart constaté entre le montant forfaitaire des cinq offres, telles que ces dernières sont rentrées, et les montants finalement retenus par le groupement d'évaluation lors de la phase d'adjudication. En outre, le groupement recourant constate que l'adjudication s'est finalement faite à un autre montant que celui retenu à l'issue de la phase d'évaluation. aa) On a vu ci-dessus (exposé des faits, lit. G), que quatre des offres rentrées, dont celle de l'adjudicataire, ont proposé à un prix forfaitaire le remplacement des façades CROCS du bâtiment existant. Pour sa part, le groupement recourant a proposé à un prix forfaitaire la rénovation desdites façades; le remplacement était évoqué à titre de variante. Afin de pouvoir comparer objectivement les cinq offres, le groupement d'évaluation a ajouté au prix forfaitaire proposé par le recourant, à titre de plus-value, le coût de la variante comportant le remplacement des façades, avant de noter son offre. aaa) Il est ressorti de l'instruction que le pouvoir adjudicateur avait choisi en définitive, après le dépôt des offres, de privilégier la solution consistant à remplacer les façades CROCS, au détriment par conséquent de celle consistant à rénover ces dernières. Or, les documents d'appel d'offres publiés ne l'autorisaient pourtant pas à effectuer un tel choix, à tout le moins à ce stade de la procédure. On constate en premier lieu que la publication de l'appel d'offres avait la teneur suivante (chiffre 3b): "Extension du collège Rambert (nouvelle construction) et rénovation des façades "CROCS" du bâtiment existant par une entreprise générale à prix forfaitaire(...)" ; un montant forfaitaire a même été estimé à 1'700'000 francs pour cette seule prestation de rénovation. Par ailleurs, l'interprétation du cahier des charges permet de relever, et les représentants de l'autorité intimée en sont eux-mêmes convenus en audience, que le soumissionnaire pouvait proposer aussi bien la réfection que le remplacement des façades existantes. Une lecture attentive du cahier des charges permet du reste de comprendre que tant la rénovation que le remplacement desdites façades étaient concevables sur le plan technique. Ainsi au chiffre 1.1, 2ème paragraphe, il était demandé à l'entreprise générale soumissionnaire d'élaborer également "(...)le système de réfection des façades du bâtiment CROCS, sur la base de la norme SIA 180/1 ainsi que la nouvelle norme SIA 380/1." On ne reviendra pas sur le contenu du chiffre 3.3 (v. ci-dessus, exposé des faits, lit. C), sur lequel s'appuie l'autorité intimée pour justifier sa liberté d'opter pour l'une ou l'autre solution, si ce n'est pour relever qu'il évoque à la fois le remplacement et la réfection des façades. En outre, on gardera à l'esprit le contenu de la décision d'adjudication, telle que publiée dans la FAO du 19 mars 2002, dont le chiffre 3 reprend le chiffre 3b de l'appel d'offres initial et confirme l'adjudication de travaux de rénovation des façades CROCS du bâtiment existant. En audience, l'un des représentants du groupement d'évaluation s'est, certes, dit surpris de recevoir une offre proposant la réfection des façades, allant même jusqu'à expliquer que cette solution ne constituait pas, selon lui, une bonne idée. Pour l'entreprise adjudicataire, le groupement recourant aurait proposé un choix qui ne s'imposait pas d'emblée d'un point de vue économique. Supposé même que l'on puisse être sensible à ces interrogations, l'essentiel est de constater qu'il ne ressort nullement des documents d'appels d'offre, dont le contenu, publié, lie naturellement le pouvoir adjudicateur, que l'une des solutions devait être préférée à l'autre. bbb) A supposer du reste qu'il faille comprendre le chiffre 3.3 du cahier

des charges dans le sens que lui donne l'autorité intimée, on devrait alors admettre, en rapprochant de cette disposition le chiffre 7 (cf. exposé des faits, lit. C), que la solution consistant à rénover les façades CROCS du bâtiment existant était envisageable, à tout le moins sous forme de variante techniquement possible. In casu, le cahier des charges permettait sans ambiguïté aucune aux soumissionnaires de déposer en sus leur offre globale de telles variantes; le chiffre 7 dudit cahier l'autorisait expressément. Du reste, en audience, les représentants de l'autorité intimée n'ont jamais soutenu le contraire. On ne saurait par conséquent partager l'opinion au demeurant hâtive de l'entreprise adjudicataire pour qui seule la solution de remplacement apparaît comme conforme au contenu du cahier des charges. bb) Ainsi, la procédure s'est traduite dans le cas d'espèce pour le groupement recourant par une augmentation indue, à hauteur de 354'750 fr., du prix forfaitaire initialement offert; cela a eu pour effet d'accroître la différence entre son offre et celle de l'adjudicataire, donc de la pénaliser lors de l'appréciation du critère d'adjudication n° 2. Or, on a vu également ci-dessus que, s'agissant du critère n° 1 (respect du cahier des charges et de ses annexes), l'offre du groupement recourant avait reçu la note maximale; à l'inverse, celle de l'adjudicataire a subi une décote de deux points. Le recourant, on l'a vu, avait pourtant offert la réfection des façades CROCS du bâtiment existant, proposant le remplacement de ces dernières à titre de variante uniquement. Dès lors, on pourrait à titre subsidiaire reprocher au groupement d'évaluation une certaine contradiction dans l'appréciation de l'offre du recourant; il ne pouvait en effet constater à la fois que l'offre de celui-ci méritait la note maximale au critère n° 1 et, s'agissant du critère n° 2, retoucher le coût forfaitaire de cette offre en se fondant sur le chiffre 3.3 du cahier des charges avant de le noter. c) Mais pour l'essentiel, on doit surtout reprocher à l'autorité intimée un déni de justice sur deux aspects alternatifs. aa) Il appert en effet que l'offre de base du groupement recourant n'a tout simplement pas été évaluée. L'autorité intimée a d'emblée écarté sans justification valable l'offre de base du groupement recourant, laquelle proposait pour un prix forfaitaire de 7'911'008 francs - après correction pour la prime d'assurance - de rénover les façades CROCS du bâtiment existant, en lieu et place de leur remplacement. Or, l'autorité intimée devait se demander si cette offre était économiquement la plus favorable; elle ne pouvait partir du principe que tel n'était pas le cas avant de la confronter effectivement aux différents critères d'adjudication. Pour respecter, d'une part, l'exigence de comparabilité objective des offres rentrées et des prestations - quand bien même les différents rapports prix/prestations peuvent s'avérer difficiles à établir en raison de la nature différente des offres rentrées (v. sur ce point, Gauch/Stöckli/Dubey, *ibid.*, n° 19.3) - et, d'autre part, l'égalité de traitement entre soumissionnaires, l'autorité intimée aurait ainsi dû mettre en place un mécanisme d'évaluation. Elle devait ainsi apprécier le coût forfaitaire de l'offre de base du groupement recourant, ce de la même façon dont elle a noté au critère n° 2 les quatre offres concurrentes, et lui attribuer une note. On voit qu'en lieu et place, l'autorité intimée a ajouté au coût forfaitaire de cette offre l'incidence de la plus-value consistant, par rapport à celle-ci, à remplacer lesdites façades; elle s'est ainsi attachée à noter uniquement la variante proposée. On ignore au surplus si l'offre de base a été notée au regard des autres critères; ce ne pourrait être le cas que si elle avait obtenu pour ces derniers la même note que pour la variante "remplacement des façades CROCS". Il paraît toutefois douteux que le groupement d'évaluation ait effectué cette opération pour une solution qu'il a écartée. Dans la mesure où le concours, contrairement à l'opinion de l'autorité intimée, pourrait déboucher sur un résultat quelque peu différent à l'issue de la notation du prix de l'offre de base du groupement recourant, le vice dont souffre la décision attaquée n'est pas guérissable. Ainsi,

s'agissant du critère n° 2, si l'on procède à une comparaison objective entre, d'une part, l'offre de Y. _____ SA à un prix forfaitaire de 7'531'639 francs (y compris la plus-value de 134'639 fr.90; cahier des charges, ch. 7), soit le montant ayant permis à ce soumissionnaire d'obtenir la note maximale, et celle du groupement recourant au prix de 8'012'478 francs (soit le coût forfaitaire additionné de la plus-value correspondante de 101'470 francs), on s'aperçoit que l'écart entre les deux offres se réduit à 480'839 francs; cela devrait avoir une incidence sur le résultat final. Par comparaison, on voit en effet que l'entreprise B. _____ SA, pour un écart supérieur de 500'946 francs avec l'offre de Y. _____, s'est vu conférer la note 4; pour un écart inférieur de 20'000 francs, le groupement recourant aurait dû recevoir à tout le moins la même note. Il en eût résulté pour lui, par rapport au résultat de la phase d'adjudication, une différence de dix points (coefficient 5 x 2; pour autant que l'on confirme la valeur des coefficients retenus par la décision attaquée), soit au total 96 points, contre 94 pour l'adjudicataire. Partant du principe que l'offre de l'entreprise D. _____ SA doit être écartée, on voit que, dans cette hypothèse non dénuée d'une certaine plausibilité, le marché aurait alors dû - toutes autres choses restant égales par ailleurs - être adjugé au groupement recourant, celui-ci dépassant de deux points son concurrent. On constate du reste que ce résultat est même légèrement accentué si, par surcroît, la lecture du cahier des charges est faite de façon conforme à l'esprit et au texte des articles 13 al. 3 lit. j, 14 al. 1 lit. h et 38 al. 2 RMP, soit en admettant que les cinq critères d'adjudication figuraient dans le cahier des charges par ordre décroissant. Avec une note 4 pour le coût forfaitaire, le groupement recourant, qui se verrait gratifier de 16 points, dépasserait alors de 3 points l'entreprise adjudicataire (soit 77 points contre 74; v. à cet égard pièce 45 de la Commune de Montreux, moyennant la correction suggérée ici). bb) A l'inverse, si l'on considère la solution consistant à rénover les façades CROCS du bâtiment existant comme une variante de l'offre de base, suivant en cela l'opinion émise par les représentants du groupement d'évaluation, la décision demeure entachée du même vice. On devrait alors retenir que, dans le cas d'espèce, la solution consistant à remplacer lesdites façades a bien été traitée en tant qu'offre de base du groupement recourant; elle a reçu une note pour chacun des cinq critères d'adjudication, dont la note 2 pour le critère n° 2. En revanche, force serait alors de constater que la variante "rénovation", dont on a vu plus haut qu'elle était admissible au regard du cahier des charges, n'a, quant à elle, pas été évaluée au regard de l'ensemble des critères.

4. Pour ce seul motif, la décision attaquée souffre donc d'un vice de procédure justifiant son annulation; il est donc inutile d'examiner les autres griefs soulevés par le groupement recourant en relation avec l'abus, par l'autorité intimée, de la liberté d'appréciation qui lui est reconnue dans le cadre de l'adjudication du marché. a) Il résulte des considérations qui précèdent que le recours doit être admis partiellement, la décision d'adjudication litigieuse étant annulée. Il n'y a en revanche pas lieu d'accueillir ici la conclusion du groupement recourant, lequel a prié le tribunal de réformer la décision attaquée en ce sens que le marché concerné lui soit adjugé; l'offre de base du groupement recourant n'ayant pas été notée durant la phase d'adjudication (cf. considérant 3c/aa, supra), il n'a, en l'état de la procédure, pas été démontré que celle-ci était la plus avantageuse d'un point de vue économique. La cause sera renvoyée à la municipalité pour nouvelle décision; celle-ci aura la faculté de reprendre la procédure ab ovo ou de la poursuivre en limitant celle-ci aux deux concurrents ici en lice, pour autant qu'elle arrête à nouveau, puis leur annonce les critères d'adjudication, avant d'inviter l'une et l'autre à présenter une nouvelle offre complétée. Le Tribunal administratif confirme ici la solution qu'il avait par ailleurs

adoptée dans l'arrêt GE 00/091, déjà cité (v. dans ce sens, JAAC 62.80, décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 28 avril 1998, cons. 3c; contra toutefois, Vincent Carron et Jacques Fournier, *La protection juridique dans la passation des marchés publics*, Fribourg 2001, p. 127 et ss, not. 129; v. en outre sur ce point, Evelyne Clerc, *L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*, thèse Fribourg 1997, p. 556). b) La Commune de Montreux succombant, il se justifie de mettre l'émolument d'arrêt à sa charge, ce en application de l'art. 55 al. 2 LJPA. En outre, des dépens, également mis à charge de cette dernière, seront alloués au groupement recourant, dans la mesure où ce dernier a plaidé avec succès avec l'assistance d'un conseil; en revanche, ni la municipalité, ni l'entreprise adjudicataire n'ont droit à des dépens.

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