

VD_OMNI GE.2002.0047 vom 20. September 2002

VD Tribunal cantonal, 2002-09-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2002.0047

FR: VD_OMNI GE.2002.0047 du 20 septembre 2002

IT: VD_OMNI GE.2002.0047 del 20 settembre 2002

Regeste

c/Direction des SI de Lausanne | Viole ce principe l'autorité qui annonce une liste de critères, mais qui adjuge ensuite le marché sur la seule base du prix.

Erwägungen

E. 16

et 24/25). La transparence est néanmoins une condition indispensable au contrôle du respect de l'application de la loi et du bon déroulement des procédures. Elle est une exigence essentielle; il est en effet important que les participants puissent connaître à l'avance les diverses étapes de la procédure et leur contenu. A quoi le Tribunal fédéral ajoute qu'il est aussi important que les participants connaissent à l'avance toutes les informations minimales et utiles pour leur permettre de présenter une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 cons. 7c). bb) Le principe de la transparence n'est pas défini par la nouvelle réglementation sur les marchés publics. Le Tribunal fédéral a cependant rapidement exigé que le pouvoir adjudicateur soit tenu d'énumérer à l'avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions (ATF 125 II 86 cons. 7c). A tout le moins devra-t-il spécifier clairement par avance l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'entre eux, afin de prévenir tout risque d'abus et de manipulations de la part de l'adjudicateur. Au niveau cantonal, l'art. 8 LVMP concrétise le principe de transparence en prévoyant que ses dispositions d'exécution devront notamment régler les critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (litt. f). L'art. 13 RMP explicite les indications minimales qui doivent être contenues dans la publication; il est ainsi prévu que l'appel d'offres ou la communication directe contienne les critères d'adjudication par ordre d'importance, dans les cas où il n'est pas remis de documents concernant l'appel d'offres (litt. j). L'art. 14 RMP prévoit quant à lui que les documents d'appel d'offres devront au moins contenir les critères d'adjudication dans l'ordre d'importance (litt. h). Il s'agit d'éviter tout risque d'abus et de manipulation de la part de l'adjudicateur. Le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse est en effet vague et laisse une marge d'appréciation considérable aux entités adjudicatrices, qui doivent intégrer dans leur pondération tous les éléments permettant de juger de la relation "qualité-prix"; il existe dès lors un réel danger d'excès ou d'abus du pouvoir d'appréciation de la part des collectivités publiques concernées. L'obligation qui leur est faite d'indiquer les critères d'adjudication et leur ordre de priorité ou leur importance contribue précisément à réduire ce risque d'abus; le jeu de la concurrence pourrait être faussé si le pouvoir adjudicateur avait la possibilité de modifier librement au cours de la procédure de passation d'un marché, en particulier après le dépôt des soumissions, les critères d'adjudication ou leurs valeurs respectives (ATF 125 II 86, cons. 7c et les références citées). Dans sa

jurisprudence, le Tribunal administratif a donc été amené à considérer que la décision d'adjudication de l'autorité contrevenait au principe de la transparence consacré par l'art. 1er al. 2 litt. c AIMP et 13 litt. f AIMP, dès lors que le cahier des charges ne mentionnait pas les critères d'adjudication par ordre d'importance et n'indiquait pas les pondérations qui allaient leur être attribuées (voir notamment TA, arrêts GE 02/0022 du 13 juin 2002; GE 00/0091, du 4 octobre 2000 et GE 99/0142, du 20 mars 2000; les arrêts non publiés du Tribunal administratif sont disponibles sur le site internet www.marches-publics.vd; sur ce problème, v. en outre Olivier Rodondi, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF 2001 I 387). Si le pouvoir adjudicateur est en droit d'attacher une importance plus grande à certains critères d'adjudication par rapport à d'autres, voire de ne pas tenir compte du tout de certains critères, il lui est cependant indispensable de le faire savoir à l'avance à tous les soumissionnaires. La communication des critères lie l'adjudicateur, de sorte que l'offre la plus avantageuse se détermine en fonction de cette publication (TA, arrêt GE02/0028 du 9 juillet 2002, cons. 2a; Gauch/Stöckli/Dubey, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1999, p. 22). cc) En l'espèce, l'autorité intimée a admis qu'elle avait procédé à l'adjudication du marché sur la seule base du prix des offres qui lui avaient été adressées. Selon elle, l'insertion des critères figurant dans les Conditions particulières du cahier de soumission (ch. 15 litt. B) résulte de " l'utilisation irréfléchie d'un formulaire préimprimé. " Elle a également confirmé ne pas avoir adopté de coefficients de pondération pour juger des critères annoncés. Elle a néanmoins exposé que les critères figurant dans le cahier de soumission avaient permis d'évaluer les entreprises de manière superficielle pour savoir si elles étaient aptes à réaliser les travaux et à respecter les délais; en d'autres termes, certains des critères annoncés auraient été utilisés comme critères de qualification. Cela étant, force est de constater que la procédure a été viciée de manière importante. Selon la jurisprudence mentionnée ci-dessus, le fait de ne pas indiquer de facteurs de pondération justifie déjà l'annulation de la procédure. Il doit a fortiori en aller ainsi lorsque des critères, annoncés dans les documents de soumission, ont été abandonnés lors de l'évaluation des offres. C'est d'ailleurs la solution qui avait été retenue par le Tribunal fédéral dans l'ATF 125 précité. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait critiqué au premier chef le fait que le pouvoir adjudicateur, qui avait annoncé divers critères d'adjudication, s'était réservé le droit d'attribuer en toute liberté une valeur relative différente à chacun de ces critères lors de l'examen des offres (arrêt précité, p. 100). Cependant, l'arrêt en question disait également expressément que le jeu de la concurrence risquerait d'être faussé si le pouvoir adjudicateur avait la possibilité de modifier librement au cours de la procédure de passation d'un marché les critères d'adjudication eux-mêmes (de même que leurs valeurs respectives; p. 102); enfin, le même arrêt déplorait encore que le pouvoir adjudicateur, lors de l'évaluation des offres, avait ajouté un critère supplémentaire par rapport à ceux qui avaient été annoncés. Dans le cas d'espèce, le procédé de l'autorité intimée est similaire dans la mesure où elle a annoncé initialement cinq critères d'appréciation, alors que, dans son évaluation, elle n'a finalement appliqué qu'un seul d'entre eux, soit celui du prix. En modifiant les règles du jeu en cours de procédure, l'autorité intimée a donc contrevenu au principe de transparence, notion cardinale en matière de droit des marchés publics. b) L'autorité intimée soulève à cet égard une première objection un peu curieuse. L'annonce des critères d'adjudication dans le cahier des charges serait le fruit d'une inadvertance manifeste; cette erreur n'aurait de surcroît pas dû échapper aux soumissionnaires, plus spécialement à la recourante, laquelle serait rompue aux procédures de marchés publics. L'autorité intimée fait d'ailleurs valoir

qu'elle a pour pratique d'attribuer ce type de marché de travaux sur la seule base du critère du prix, solution qui est judicieuse selon elle vu l'absence de complexité des prestations demandées, et que la recourante devait sans doute la connaître. L'ensemble des entreprises concurrentes aurait également pu, voire dû corriger l'inadvertance de l'autorité intimée, dans la mesure où le dossier d'adjudication visait exclusivement à cerner le prix de la prestation demandée et non à fournir les informations nécessaires au maître de l'ouvrage pour apprécier les autres critères. L'autorité intimée poursuit en rappelant le système de l'art. 43 RMP; la procédure de marché public avance par étapes, chacune de celles-ci étant close par des décisions successives (partielles) susceptibles de recours immédiat; lorsque l'une d'entre elles n'a pas été attaquée, elle entre en force et ne peut plus être contestée lors de la phase ultérieure (ainsi, l'appel d'offres ne peut pas être critiqué dans le cadre d'un recours dirigé contre une décision d'adjudication). Curieusement, l'autorité intimée voudrait appliquer ce raisonnement à la présente cause; elle soutient que le cahier de soumission était susceptible de recours et que, puisque la recourante ne l'a pas attaqué, ce dernier serait entré en force. Selon la jurisprudence du Tribunal administratif, le cahier de soumission - à l'instar des documents d'appel d'offres - ne constitue toutefois pas une décision séparée susceptible d'entrer en force au cas où il n'est pas attaqué (TA, arrêts GE 02/028 du 9 juillet 2002; GE 01/161 du 23 avril 2001; dans le même sens TA ZH, in ZBl 2000, p. 455). De surcroît, si tel était le cas, force serait plutôt de conclure à l'application des critères énoncés et non pas, comme semble le faire valoir l'autorité intimée, à celle du critère du prix exclusivement. Pour l'autorité intimée, si on la comprend bien, il tombait sous le sens que seul le critère du prix pouvait s'appliquer; et cette conclusion évidente devait entrer en force en l'absence de contestation. Cette manière de raisonner est toutefois la négation même du principe de transparence, seuls les critères énoncés - notamment dans un appel d'offres - étant en effet susceptibles d'acquérir force de chose décidée; tel ne saurait au contraire être le cas d'une liste de critères occultes, voire implicites. Le principe de l'ouverture des marchés à la concurrence postule d'ailleurs une information claire de tous les concurrents, notamment de ceux provenant de l'extérieur; ceux-ci doivent donc pouvoir se fier au texte clair d'un appel d'offres ou des documents de soumission, sans avoir à procéder à un "décodage", aboutissant ici à une lecture contraire à la lettre des formules utilisées (imprudemment). L'autorité intimée a d'ailleurs précisé n'avoir pas connaissance de l'entreprise recourante, en relation avec des expériences antérieures; cela l'a amenée à convoquer des représentants de celle-ci, pour s'assurer de son aptitude (voir courrier du 11 mars 2002 de cette dernière à l'autorité intimée). En d'autres termes, X. _____ SA ne pouvait pas avoir une expérience détaillée de la pratique de l'autorité intimée; il était donc exclu de lui imputer une connaissance du recours usuel de l'entité adjudicatrice au seul critère du prix. L'autorité intimée évoque encore l'entretien précité, au cours duquel elle lui aurait expliqué sa méthode d'évaluation des offres; ni à cette occasion, ni plus tard (à tout le moins avant la procédure de recours), X. _____ SA n'aurait protesté contre cette manière de procéder, de sorte que, aujourd'hui, elle serait de mauvaise foi en critiquant l'évaluation retenue, fondée uniquement sur le critère du prix. Cette objection ne peut toutefois pas être retenue. Lors de l'entretien en question, qui s'est déroulé au début du mois de mars 2002, X. _____ SA avait vu son offre classée en première place à l'ouverture et était pressentie comme adjudicataire; elle n'avait aucun motif de protester contre les intentions de la municipalité et n'avait aucune possibilité de formuler quelque contestation que ce soit. On ne saurait admettre qu'elle se trouve forclosée à faire valoir ses griefs à l'encontre de la décision d'adjudication en faveur de Z. _____ SA, soit lors de la première occasion qui

lui serait offerte pour soulever ses moyens à l'égard de la procédure d'évaluation des offres. Ces objections préliminaires de l'autorité intimée ne peuvent donc qu'être écartées. c) Au surplus, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant l'argumentation de l'autorité intimée consistant à affirmer qu'il eût été préférable de procéder en l'espèce à une adjudication fondée sur le seul critère du prix; c'est elle qui se trouve en réalité à tard pour se placer sur ce plan puisqu'elle a omis - certes par erreur - d'annoncer qu'elle évaluerait les offres exclusivement sur cette base (au demeurant, il n'est pas certain que cette solution soit admissible s'agissant d'un marché de travaux : voir à cet égard Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 118 s. paraissent plutôt considérer que l'art. 38 al. 3 RMP, qui autorise une adjudication fondée sur le seul critère du prix, doit être réservée aux marchés de fournitures, portant sur des biens standardisés). De même, l'autorité intimée a choisi la voie d'une procédure ouverte (voir à ce sujet l'appel d'offres); elle ne saurait désormais se placer sur le terrain d'une procédure sélective. Elle laisse en effet entendre qu'elle a utilisé les autres critères que celui du prix, énoncés dans le cahier de soumission, pour vérifier l'aptitude des entreprises soumissionnaires (tel aurait été l'objet de l'entretien qui s'est déroulé avec la recourante, mais aussi de celui qu'elle a eu avec l'adjudicataire). d) Il reste à se demander si les vices qui entachent la procédure d'adjudication sont de nature à entraîner l'annulation de la décision entreprise. aa) Selon l'autorité intimée, les vices de procédure constatés n'auraient pas eu d'influence sur l'attribution du marché. En outre, rien ne permettrait de penser que les offres des soumissionnaires eussent été différentes si le dossier n'avait pas mentionné les critères litigieux. bb) Dans ce domaine, la jurisprudence de la Commission fédérale en matière de marchés publics est très stricte : une violation du principe de la transparence, entraîne l'annulation de la décision querellée, indépendamment de l'existence d'un lien de causalité (RDAF 2000 I p. 335). Pour sa part, le tribunal de céans se montre plus nuancé. Il a ainsi eu l'occasion de considérer que, même en présence de violations du principe de transparence ou plus spécialement de l'art. 38 RMP, il n'y avait pas lieu d'annuler une adjudication lorsque de tels vices n'ont pas de conséquence sur le résultat du marché (TA, arrêt FE 02/0028 du 9 juillet 2002). Dans cette perspective, il incombe cependant au pouvoir adjudicateur de rapporter la preuve de cette absence d'influence des violations de ces règles de procédure sur l'adjudication (v. TA, arrêts GE 02/0028 du 9 juillet 2002; GE 02/009 du 4 juin 2002; GE 00/0039 du 5 juillet 2000; GE 99/0142 du 20 mars 2000; GE 99/0135 du 26 janvier 2000; contra JAAC 61.32; 56.16; 50.45). cc) En réalité, pour l'emporter, l'autorité intimée devrait démontrer que le marché devait de toute manière être attribué à Z._____ SA quand bien même les offres auraient été évaluées non pas sur la base du seul critère du prix, mais bien plutôt sur celle de l'ensemble des critères annoncés. Or, l'autorité intimée n'a pas établi - et pour cause - de grille d'évaluation des offres sur la base de ces critères, de sorte qu'elle affirme de manière purement appellatoire que l'application d'une telle grille aboutirait au même résultat que celui qui est contesté aujourd'hui. L'affirmation est d'autant plus douteuse que l'instruction a révélé que l'autorité intimée a eu, dans un passé récent, une expérience négative avec Z._____ SA, de sorte que l'on ne saurait soutenir que, sur le terrain de critères tels que celui de la capacité de l'entreprise à respecter les exigences de qualité ou les délais et le programme d'exécution, l'entreprise adjudicataire devrait à l'évidence être mieux notée que la recourante.

5. Pour ce seul motif, la décision attaquée souffre donc d'un vice de procédure justifiant son annulation. Cela étant, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant les autres griefs soulevés par la recourante. a) Il résulte des considérations qui précèdent que le recours doit

être admis et la décision d'adjudication litigieuse annulée. Il n'y a en revanche pas lieu d'accueillir ici la conclusion de la recourante tendant à ce que le marché concerné lui soit adjugé. En l'état de la procédure, elle n'a en effet pas démontré que son offre était la plus avantageuse d'un point de vue économique. Au surplus, le tribunal, qui n'est à l'évidence pas en mesure de procéder lui-même à l'évaluation des offres (voir dans ce sens arrêts GE01/0074 du 12 décembre 2001; GE 00/091 du 4 octobre 2000), ne saurait adjuger le marché à l'une ou l'autre des parties. La cause sera renvoyée à la municipalité pour nouvelle décision; celle-ci aura la faculté de reprendre la procédure ab ovo (notamment si elle estime devoir appliquer exclusivement le critère du prix au marché litigieux, cela malgré les objections que suscite cette solution dans la doctrine). Dans cette hypothèse, il lui serait loisible d'annoncer aux candidats de nouveaux critères d'adjudication du marché. Mais, elle pourra également poursuivre la procédure en la limitant aux deux concurrents ici en lice; elle devra toutefois s'en tenir aux critères d'adjudication figurant au chiffre 15 des conditions particulières des documents de soumission, non sans arrêter les coefficients de pondération applicables aux différents critères d'adjudication; une fois les documents de soumission complétés, elles invitera les deux entreprises concernées à lui adresser leur offre sur la base de ces nouveaux documents. Le Tribunal administratif confirme ici la solution qu'il a adopté déjà à plusieurs reprises par le passé (arrêts GE 02/0028 du 9 juillet 2002 et 00/0091 du 4 octobre 2000, à titre d'exemples; v. dans le 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 Lausanne et l'entreprise Z. _____ SA succombant et chacune ayant commis des erreurs causales dans la survenance du présent litige, il se justifie de mettre l'émolument d'arrêt à leur charge, par moitié, ce en application de l'art. 55 al. 2 LJPA. En outre, la recourante ayant procédé avec le concours d'un mandataire professionnel, des dépens lui seront alloués à la charge de la municipalité et de l'entreprise Z. _____ SA.

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