

VD_OMNI GE.2003.0106 vom 23. Dezember 2003

VD Tribunal cantonal, 2003-12-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2003.0106

FR: VD_OMNI GE.2003.0106 du 23 décembre 2003

IT: VD_OMNI GE.2003.0106 del 23 dicembre 2003

Regeste

c/ Municipalité de Cudrefin | Annulation d'une adjudication prise à l'issue d'une procédure souffrant de plusieurs vices rédhibitoires : défaut de communication de pondération des critères d'adjudication, emploi de critères protectionnistes et discriminatoires, non traçabilité de la notation du prix.

Erwägungen

E. 27

mai 2003; GE 2002/0009 du 4 juin 2002; GE 2000/0165 du 17 avril 2001; GE 2000/0091 du 4 octobre 2000; GE 2000/0039 du 5 juillet 2000; cf., pour la jurisprudence du Tribunal fédéral, ATF 125 II 86, cons. 7c, pp. 100-101; ATF non publié du 2 mars 2000, 2P.274/1999, Groupement d'entreprises X c/ Groupement d'entreprises Y, Conseil d'Etat et TA TG, rés. in SJ 2000 I 546-547; ATF non publié du 24 août 2001, 2P.299/2000, cité par Hubert Stöckli, Bundesgericht und Vergaberecht, in DC 2002 p. 3 et ss, not. 9). bb) Le droit des marchés publics a également pour but de renforcer la concurrence entre les soumissionnaires et, partant, de garantir l'égalité de traitement entre eux. Cette règle d'ordre constitutionnel (articles 8 et 27 Cst. féd.) se traduit dans la procédure d'adjudication par l'interdiction de toute discrimination à l'encontre d'une offre (v. ATF 125 I 406); elle est consacrée en droit vaudois par l'art. 3 LVMP. Elle n'interdit cependant pas au pouvoir adjudicateur de prendre en considération des avantages dont un seul ou certains soumissionnaires peuvent se prévaloir (v. note Denis Esseiva, in DC 2000/2, p. 58 ad S12; v. en outre arrêt GE 1999/0142, déjà cité). b) Sur le plan matériel, l'adjudicateur dispose sans doute d'une grande liberté d'appréciation dans ses décisions, laquelle se traduit non seulement dans la phase finale de l'adjudication mais dans toutes les phases de la procédure (v. sur ce point la jurisprudence du Tribunal administratif, arrêts GE 2003/0072 du 28 octobre 2002; GE 2001/0076 du 29 octobre 2001; GE 1999/0135 du 26 janvier 2000). 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 2000/0039 du 5 juillet 2000; 1999/0142 du 20 mars 2000, réf. citée, notamment RDAF 1999 I 37, cons. 3a). 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 (v. GE 2003/0072, déjà cité, dans lequel la notation, quoique sévère, n'est pas parue entachée d'arbitraire). Les procédures de marché public revêtent cependant un certain formalisme; la liberté d'appréciation importante reconnue au pouvoir adjudicateur dans sa décision de passer le marché se trouve en quelque sorte canalisée par la rigueur des règles de procédure d'adjudication (v. Etienne Poltier, Les marchés publics, premières expériences vaudoises, in

RDAF 2000 I p. 297 et ss, p. 309). 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 2000/0039 et 1999/0135, déjà cités). Cependant, le pouvoir adjudicateur doit faire en sorte que les notes retenues soient fondées sur des critères objectifs, partant susceptibles d'être explicités; en d'autres termes, la notation doit être "traçable" (v. sur ce point les exigences de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, in JAAC 64.63 et 30, que le Tribunal administratif a reprises à son compte notamment dans l'arrêt GE 2002/0009 du 4 juillet 2002). A défaut de cadre de référence, les notes arrêtées individuellement par des experts sont de nature à refléter uniquement leur appréciation subjective et, par voie de conséquence, ces notes ne pourront guère être expliquées aux soumissionnaires évincés. Ainsi, à défaut de découler du principe de transparence, la fixation d'un barème est néanmoins une conséquence du principe de l'égalité de traitement et de l'obligation de motivation des décisions en matière de marchés publics (v. arrêt GE 2002/0105 du 11 janvier 2003, réf. citées). c) Au surplus, il appartient à l'adjudicateur de configurer le marché mis en soumission comme il l'entend et en fonction de ses besoins; les règles susmentionnées concernent uniquement la procédure, afin d'assurer transparence, non-discrimination et concurrence (cf. Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., p. 100). Aussi, même en présence de violations du principe de transparence ou plus spécialement de l'art. 38 RMP, le Tribunal administratif a confirmé dans sa jurisprudence qu'il n'y avait pas lieu d'annuler une adjudication lorsque de tels vices n'ont pas eu de conséquence sur le résultat du marché; le pouvoir adjudicateur doit cependant rapporter la preuve de cette absence d'influence des violations de ces règles de procédure sur l'adjudication (v. arrêts GE 2003/0039, 2003/0018, 2000/0039, GE 1999/0142, et GE 1999/0135, déjà cités; contra JAAC 61.32, 56.16, 50.45).

2. a) Dans le cas d'espèce, il appert que la procédure d'adjudication souffre de plusieurs vices rédhibitoires. aa) Dans le document d'appel d'offres, les critères d'adjudication étaient sans doute énumérés dans l'ordre décroissant d'importance; c'est du moins ce qu'il indiquait expressément au chiffre 1.7. En revanche, la pondération de ces critères - pour autant qu'elle ait été arrêtée à l'avance par l'autorité adjudicatrice, ce qui n'est nullement établi - n'a à aucun moment été portée à la connaissance des soumissionnaires avant que ceux-ci ne déposent leur offre. Or, c'est seulement après la décision d'adjudication, après l'intervention de son conseil, que le consortium recourant a découvert le poids conféré à chacun des six critères. En outre, il s'avère que, contrairement à ce que pouvaient présumer les soumissionnaires lors de la publication de l'appel d'offres, la municipalité intimée n'a, dans son évaluation des offres, pas conféré aux six critères une importance décroissante, puisqu'en définitive, les critères nos 3 à 5 ont un poids égal (5%) alors que le sixième et dernier critère vaut 10%. Dans l'arrêt GE 2000/0039, déjà cité, le Tribunal administratif a du reste déjà jugé que la modification de l'importance des différents critères, par rapport à l'ordre figurant dans l'appel d'offres, était contraire au principe de transparence (in casu, ce vice était resté cependant sans incidence sur le résultat final; tel est également le cas ici s'agissant du critère n° 6, puisque tant le recourant que l'adjudicataire ont reçu la note maximale). bb) Dans sa grille d'évaluation, la municipalité a fait usage de deux critères (Connaissance des conditions locales , n° 3; Disponibilités pour assurer les travaux d'entretien , n° 4), pour lesquels l'adjudicataire, dont l'une des entreprises qui le compose - B. _____ - a son siège à W. _____, a reçu la note maximale, soit 5% (alors que l'offre du consortium recourant

n'a obtenu que 2, respectivement 3%). A titre préliminaire, la municipalité, dans ses écritures, relève que le recourant serait à tard pour s'en prendre à ces deux critères, dès lors qu'ils n'ont pas recouru contre l'appel d'offres publié dans la FAO. On rappelle à cet égard que la jurisprudence du Tribunal administratif retient que les documents d'appel d'offres ne constituent pas une décision susceptible de recours (cf. arrêt GE 2000/0161 du 23 avril 2001; dans le même sens TA ZH ZBl 2000, 455). En l'espèce du reste, il y a d'autant plus matière à examiner le grief soulevé par le recourant contre ces deux critères qu'aucune mention n'est faite, dans les documents d'appel d'offres, de la voie et du délai de recours, nonobstant l'exigence de l'art. 27 Cst. VD. Dans ses explications au conseil du recourant, la municipalité justifie la note maximale dont l'offre de l'adjudicataire a été gratifiée au critère n° 3 par l'avantage que représenterait celle-ci, "par les connaissances acquises dans notre commune" , au regard de celle du recourant. Pour le conseil de la municipalité, l'emploi d'un tel critère se justifierait par des connaissances particulières de la région; de l'avis de ses mandataires, il n'est pas sans intérêt de savoir que Cudrefin compte plus de 5'000 habitants lors de la saison touristique et que les infrastructures doivent être réalisées en conséquence. Cet argument tombe cependant à faux; on ne se trouve pas ici en présence de travaux complexes nécessitant des connaissances particulières au point que l'on doive préférer la mise en oeuvre d'un spécialiste. Dans l'arrêt GE 2000/0039, auquel on se réfère une fois encore ici, le Tribunal administratif a déjà jugé qu'un critère, appliqué dans le même esprit qu'une règle générale et abstraite, excluait que soit considéré comme un spécialiste (in casu, en matière de ventilation) la seule entreprise qui avait déjà travaillé au sein de l'établissement ayant adjugé les travaux. En réalité, le critère dont il question ici revient à privilégier, au regard de ses concurrentes, l'aptitude d'une entreprise qui, par le passé, a déjà reçu un autre mandat de la commune. Par principe, cette entreprise, avec laquelle l'autorité adjudicatrice a en quelque sorte, déjà entamé un dialogue, ne saurait être exclue du marché. Les autres concurrents doivent alors être mis sur un pied d'égalité avec elle; autrement dit, ces derniers doivent recevoir les mêmes documents et les mêmes connaissances que l'entreprise qui a participé au dialogue technique, à défaut de quoi le marché pourrait être faussé (voir à ce sujet, Evelyne Clerc, Innovation et marchés publics : propriété intellectuelle, prototypes, concours d'idées, dialogue technique et financement privé, in Michel/Zäch, Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, p. 91 ss; v. également Gauch/Stöckli/Dubey, op. cit., p. 14 ss et références jurisprudentielles citées). Dès lors, pour répondre à la municipalité intimée, est sans incidence pour la notation le fait que l'adjudicataire connaisse mieux les infrastructures communales que ses concurrents, dès lors que le plan des canalisations était de toute façon censé faire partie des documents d'appel d'offres. Quant au critère n° 4, la municipalité justifie la note maximale conférée à l'offre de l'adjudicataire du fait que le personnel de ce dernier est immédiatement disponible et "que plusieurs machines sont parquées aux environs très proches de notre commune si ce n'est à Cudrefin même" . Selon son conseil, ce critère, qui désigne pourtant les travaux d'entretien, faisait davantage référence à l'exécution des travaux qui pourraient survenir en cours de chantier, en cas d'accident ou de complication. Il appert ainsi que les offres en concurrence ont été jugées sur un critère quelque peu différent de celui figurant dans l'appel d'offres, ce qui n'est guère admissible. Par surcroît, la notation de l'offre du recourant est empreinte de sévérité, dès lors que la distance séparant Z. _____ - où l'une des entreprises du consortium a son siège - et Cudrefin peut être parcourue en moins d'une heure. Du reste, comme le relève le recourant, la notation de l'offre de l'adjudicataire paraît, à l'inverse, fort généreuse, dès lors qu'elle présuppose que l'ensemble de son parc de

machines est disponible à Cudrefin, pendant ou après le chantier. En l'espèce cependant, le problème n'apparaît pas seulement au niveau de la notation. L'emploi de tels critères implique surtout d'accorder un avantage aux offreurs locaux, par rapport aux offreurs externes; la jurisprudence retient dès lors que ce type de critère ne doit être admis qu'avec la plus grande circonspection (voir à cet égard par exemple TA, arrêt GE 2000/0091, du 4 octobre 2000, ainsi que DC 2000, 57, arrêt S12 avec note Denis Esseiva). Pour la doctrine du reste, la connaissance des conditions locales n'est, en principe, pas un critère admissible dans la mesure où il est étranger à l'adjudication (v. Galli/Moser/Lang, op. cit., p. 197, n° 419, réf. citées); un tel critère est du reste sans rapport avec la prestation elle-même, s'il n'est pas objectivement justifié pour le marché en question (v. Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., pp. 248-251, références jurisprudentielles citées; cf., par comparaison, ATF 129 I 313, cons. 8, réf. citées). In casu, en tant que les critères nos 3 et 4 visent avant tout à favoriser le soumissionnaire local au détriment de ses concurrents, sans que cela ne soit justifié par la nature spécifique des travaux à adjuger, on n'hésitera guère à les qualifier de discriminatoires et, partant, contraires à l'art. 3 LVMP. Sans doute, s'agissant du critère n° 4, le Tribunal administratif, dans sa jurisprudence, a parfois admis que le maître de l'ouvrage puisse tenir compte du délai d'intervention d'un soumissionnaire pour l'exécution de travaux d'entretien (v. arrêt GE 2003/0072, déjà cité). En l'occurrence toutefois, l'emploi de ce critère implique forcément d'avantager l'entreprise la plus proche géographiquement du chantier. Du reste, la configuration du marché, par l'emploi de ces deux critères et la pondération qui leur est conférée - ensemble, ils pèsent 10% - semble avoir été définie pour favoriser l'entreprise locale. Au surplus, ce taux de pondération ne doit pas être considéré isolément; il doit être mis en relation avec l'évaluation dans son ensemble, ce qui suppose de le confronter au taux de pondération et à la règle de notation qui ont été retenus pour apprécier le critère du prix (v. ATF 129 I précité, cons. 9.2). Or, comme on le verra ci-dessous, le résultat du prix n'apparaît guère traçable; il n'est donc pas exclu que le consortium adjudicataire, dont l'offre distance celles de ses concurrentes après la notation des critères nos 3 et 4, ait été favorisé. Dès lors qu'elle fait usage de deux critères protectionnistes et discriminatoires, la procédure choisie en l'espèce n'échappe pas à la critique. b) On l'a dit, le résultat de la procédure n'est pas non plus à l'abri de toutes critiques, s'agissant de la notation du prix, notamment. aa) Ainsi, le consortium recourant, qui a offert pour 2'230'823 fr. de travaux, apparaît comme le moins disant; les autres offres sont toutes d'un prix supérieur, soit, s'agissant des trois suivantes, 2'272'834 fr. pour E._____, 2'291'895 fr. pour F._____ (qui n'est pourtant pas retenue dans la sélection finale) et 2'307'908 fr. pour le consortium adjudicataire. Le recourant et E._____ ont tous deux obtenu la note maximale (soit 65%), lors même que subsiste entre leurs offres une différence de 42'011 francs; on pourrait se demander si ce régime de notation du prix n'enlève pas toute portée réelle aux écarts de prix constatés entre les différentes offres (v. arrêt GE 2000/0091, déjà cité). L'adjudicataire, pour sa part, a subi une décote de 2% (soit 63%), bien qu'il ait offert un prix de 77'085 fr. à l'offre du recourant (de même, son offre excède de 35'074 fr. celle de E._____). Dans la motivation sommaire du résultat qu'elle a fait parvenir au conseil du recourant, la municipalité n'explique nullement la raison pour laquelle il se justifiait d'attribuer la même note aux deux premiers soumissionnaires, lors même que leurs offres sont séparées par une différence de 1,88%. En outre, elle n'est guère convaincante dans la justification de la décote de 2% de l'offre de l'adjudicataire. Le prix proposé par ce dernier est d'environ 3,5% supérieur au prix offert par le recourant; sans doute, rapportée à 65%, pondération du critère, cette différence autorisait une décote de

2,25%. Cela étant, outre le fait que la notation apparaît comme difficilement traçable, on ignore à quel stade de la procédure la formule de calcul du prix a été arrêtée, pour autant qu'une formule, dont le tribunal n'a pas connaissance, ait été adoptée. Or, si le pouvoir adjudicateur n'a pas à communiquer à l'avance l'échelle des notes aux soumissionnaires (v. GE 2003/0039 et 0018, déjà cités), il doit cependant avoir établi cette échelle au plus tard au moment du dépôt des offres (v. sur ce point GE 2000/0039 et 1999/0135, déjà cités); à défaut, il court le risque sérieux que le résultat soit considéré comme le reflet de manipulations. bb) En outre, la variante proposée par le recourant n'a pas été notée, la municipalité intimée se contentant d'indiquer que cette renonciation était intervenue sur recommandation de son mandataire. En effet, l'appel d'offres n'excluait nullement le dépôt de variantes (art. 14 al. 1 lit. g RMP); or, le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il peut procéder à l'évaluation des offres, doit évaluer également les variantes, cela en utilisant les mêmes critères d'adjudication (v. arrêt GE 2000/0165 du 17 avril 2001). A lire le conseil de la municipalité, cette variante n'était apparemment pas adéquate au marché ici en cause, dès lors qu'elle ne tient pas suffisamment compte des infrastructures et des contraintes locales. On peut toutefois laisser cette question ouverte, dès lors que, comme on le verra ci-dessous, la décision d'adjudication doit de toute façon être annulée; il appartiendra alors à la municipalité de dire si cette variante peut, ou non, être retenue et, dans l'affirmative, de la noter. c) Il appert en effet que ces vices ont une incidence concrète sur le résultat du marché. Si, à l'extrême rigueur, la notation du prix n'a qu'une faible influence, dès lors qu'une différence de près de 2% sépare effectivement l'offre du consortium recourant de celle de l'adjudicataire (encore que, le prix de la variante du recourant étant inférieur, cette différence aurait même pu être plus élevée), en revanche, on voit que c'est essentiellement en fonction de la notation des critères nos 3 et 4 que ce dernier l'emporte d'une courte tête sur son concurrent. Or, on a vu que l'utilisation de ces critères, discriminatoires, n'est guère compatible avec les principes généraux régissant la procédure de passation des marchés publics. A ce stade, le tribunal ne peut ainsi exclure que, sans ces critères, le recourant eût emporté le marché. 3. a) Au vu du sort réservé au recours, la requête du consortium adjudicataire, tendant à la levée de l'effet suspensif accordé provisoirement, devient sans objet. b) Les considérants qui précèdent conduisent ainsi le tribunal à admettre le recours et à annuler la décision attaquée, ce qui rend sans objet la requête du consortium adjudicataire tendant à la levée de l'effet suspensif. 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 GE 2001/0074 du 12 décembre 2001 et GE 2000/0091 du 4 octobre 2000), ne saurait adjuger le marché à l'une ou l'autre des parties. Dans ces conditions, la décision attaquée ne sera pas réformée; il incombe en effet au premier chef à l'entité adjudicatrice de décider à quel stade elle entend reprendre la procédure relative au présent marché. Il lui appartient d'arrêter une nouvelle grille avec des facteurs de pondération; elle peut cependant reprendre la procédure avec les deux soumissionnaires parties à la présente procédure et les acheminer à actualiser leurs offres, après leur avoir communiqué la nouvelle grille, y compris les facteurs de pondération des critères retenus. La présente cause lui est renvoyée à cet effet pour nouvelle décision, conformément au considérant 2 ci-dessus. c) La Commune de Cudrefin succombant, il se justifie de mettre à sa charge un émolument judiciaire (art. 55 al. 1 et 2 LJPA). En outre, des dépens seront alloués au consortium recourant, qui a obtenu gain de cause avec l'assistance d'un mandataire; ces dépens seront également mis à la charge de la Commune de Cudrefin.

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