

# **VD\_OMNI GE.2005.0062 vom 19. August 2005**

VD Tribunal cantonal, 2005-08-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2005.0062](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2005.0062)

FR: VD\_OMNI GE.2005.0062 du 19 août 2005

IT: VD\_OMNI GE.2005.0062 del 19 agosto 2005

## **Regeste**

X. \_\_\_\_\_/Service des routes, Y. \_\_\_\_\_ | Le principe de la transparence doit permettre aux soumissionnaires potentiels de connaître tous les éléments leur permettant de déposer une offre en connaissance de cause. Il vise également à obliger l'autorité à respecter les règles du jeu qu'elle a arrêtées, partant à l'empêcher de manipuler les règles d'appréciation posées à l'avance. L'offre économiquement la plus avantageuse se détermine sur la base de la publication des critères annoncés aux participants. Le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse ne se confond pas avec celui du prix le moins élevé. Le principe laissant une marge d'appréciation importante à l'autorité, obligation lui est faite, même en procédure sur invitation, d'indiquer les critères d'adjudication, leur ordre de priorité ou leur importance, en les assortissant d'une pondération cohérente. Les méthodes d'évaluation doivent également être arrêtées avant le retour des offres. En l'espèce, l'autorité n'a pas indiqué quels seraient les critères de choix. Dès lors qu'il ne s'agit pas de bien largement standardisés, elle ne pouvait se fonder sur le seul critère du prix. Violation du principe de la transparence. Recours admis.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Les décisions du pouvoir adjudicateur, parmi lesquelles la décision d'adjudication, sont susceptibles de recours, ce dans un délai de dix jours dès leur notification (art. 10 al. 1 let. d de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics, ci-après: LVMP; RS 726.01). La recourante faisait partie des soumissionnaires qui avaient été invités à déposer une offre. Par courrier du 7 avril 2005, le Service des routes l'a informée que les travaux avaient été adjugés à l'entreprise concurrente, Y. \_\_\_\_\_. Il n'est dès lors pas douteux qu'elle bénéficie de la qualité pour recourir. Par ailleurs, l'acte a été déposé le 15 avril 2005, soit dans le délai légal. Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le recours.

### **E. 2**

La recourante se plaint tout d'abord de ne pas pouvoir comprendre les raisons qui ont conduit à écarter son offre. a) L'art. 42 du règlement d'application du 7 juillet 2004 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre suivant) de la loi sur les marchés publics (ci-après: RVMP; RSV 726.01.1) impose à l'adjudicateur de motiver ses décisions de recours, condition qui n'a pas été respectée dans le cas d'espèce. C'est en effet à la requête du juge instructeur que l'autorité a communiqué à la recourante les motifs de sa décision, selon lesquels l'adjudicataire aurait " formulé l'offre la moins-disante ". Ces explications sont cependant insuffisantes. De manière générale, tout comme dans le domaine des marchés publics, les exigences de motivation découlant de l'art. 29 al. 2 Cst doivent être considérées comme un standard minimum, le droit cantonal pouvant poser d'autres règles plus précises. Certes, le système légal vaudois, compris de manière cohérente avec l'exigence constitutionnelle,

paraît impliquer que la décision de sélection ou d'adjudication comporte une motivation sommaire sur laquelle le soumissionnaire évincé peut obtenir quelques compléments (art. 43 al. 2 et 3 RVMP; GE 2002.0105 du 17 janvier 2003 cons. 2a). Il n'en demeure pas moins que la motivation donnée par l'autorité ne saurait se borner à paraphraser le critère posé par l'art. 37 RVMP, prévoyant l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. Ce faisant, elle ne donnerait aucune information au destinataire évincé. Or, la motivation doit faire référence aux avantages décisifs de l'offre retenue et/ou aux désavantages décisifs de celle qui a été écartée (V. Carron/J. Fournier, *La protection juridique dans la passation des marchés publics*, Fribourg 2002, p. 13; P. Moor, *Droit administratif*, vol. II, Berne 2002, n° 2.2.8.2, p. 299). b) En principe, la violation du droit d'être entendu doit entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (ATF 126 V 130 cons. 2b; 125 V 118 cons. 3; Aubert/Mahon, *op. cit.*, n° 7 ad art. 29 Cst., p. 269). La jurisprudence admet toutefois une exception au principe de la nature formelle du droit d'être entendu. Un manquement à ce droit peut être réparé lorsque la partie lésée a eu l'occasion de s'exprimer devant l'autorité de recours, à condition toutefois que cette dernière dispose du même pouvoir de cognition que l'autorité inférieure (condition qui ne paraît pas remplie en l'espèce au regard de l'art. 11 LVMP), et pour autant qu'il n'en résulte aucun préjudice pour la partie lésée; cette façon de faire, qui doit demeurer exceptionnelle, est exclue lorsque la violation comprend une atteinte grave aux droits des parties (v. ATF 126 I 68 cons. 2; 125 I 209 cons. 9a; 107 Ia 1; Auer/Malinverni/Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2000, vol. II, n° 139; Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, *Die schweizerische Bundesverfassung*, Zurich-Bâle-Genève 2002, n° 26 ad art. 29 Cst, pp. 404-405; P. Moor, *Droit administratif*, vol. II, Berne 2002, n° 2.2.7.4, p. 283 qui relève que le recours à l'exception ne se justifie que lorsque l'administré a lui aussi intérêt à une économie de procédure). S'agissant plus particulièrement de l'absence de motivation de la décision (ici en cause), la jurisprudence admet que l'autorité puisse donner connaissance de ses motifs dans le mémoire de réponse, ce qui permettra ensuite à l'administré de compléter ses moyens (v. P. Moor, *op.cit.*, n° 2.2.8.4, p. 304; ATF 116 V 28 cons. 4b; FI 2003.0127 du 29 avril 2004 cons. 4c et les références citées). c) Dans le cas particulier, il n'était pas possible pour la recourante, à la lecture de la décision attaquée, de discerner quels critères avaient été pris en considération. Dans ces conditions, la décision entreprise ne respecte pas les exigences constitutionnelles en matière de motivation. Dans l'hypothèse où des critères autres que le prix auraient été pris en compte, les explications fournies ultérieurement par l'autorité intimée dans sa réponse au recours ne permettaient pas de comprendre le raisonnement qui sous-tendait sa décision. Le destinataire n'était dès lors pas en mesure de comprendre, et a fortiori, de contester la décision en connaissance de cause (ATF 126 I 97 cons. 2b; 125 II 372 consid. 2c; Moor, *Droit administratif*, vol. II, Berne 1991, n° 2.2.8.2, p. 197). On doit toutefois relever que l'autorité intimée a été invitée à motiver sa décision devant l'instance de recours, ce qu'elle a fait en précisant finalement que seul le critère du prix avait été appliqué. Dès lors (soit à un moment où la procédure de recours était déjà engagée), la recourante disposait des éléments qui lui permettaient d'entreprendre la décision et elle a eu l'occasion de se déterminer sur ce point. Dans ces conditions, le tribunal aboutirait vraisemblablement à la conclusion que le vice est réparé. Point n'est toutefois besoin de trancher cette question, dès lors que le recours doit de toute manière être admis pour d'autres motifs.

### **E. 3**

a) Un des principes fondamentaux en matière d'attribution de marchés publics est celui de la transparence (v. J.-B. Zufferey/C. Maillard/N. Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 99). Il s'agit de garantir une authentique concurrence entre les soumissionnaires et, partant, de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics; la concurrence permet la comparaison des prestations et de choisir ainsi l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation (ATF 125 II 86, cons. 7c). Sur le plan cantonal, le respect du principe de transparence constitue l'un des objectifs posés par la loi (art. 3 LVMP). La transparence doit permettre aux soumissionnaires potentiels de connaître tous les éléments leur permettant de déposer une offre en connaissance de cause (ATF 125 II 86 cons. 7c; arrêt 2A 004 de la Cour administrative du canton de Fribourg du 7 avril 2000, cons. 2b). Le principe vise également à obliger l'autorité à respecter les règles du jeu qu'elle a arrêtées, partant à l'empêcher de manipuler les règles d'appréciation qu'elle avait posées par avance (v. GE 2004.0069 du 7 décembre 2004 cons. 2b; GE 2003.0064 du 29 août 2003 cons. 2a). Le marché doit être adjugé sur la base de critères annoncés au préalable aux différents participants; en effet, la communication des critères lie l'adjudicateur, de sorte que l'offre la plus avantageuse économiquement se détermine en fonction de cette publication (v. sur cette question, Gauch/Stöckli/Dubey, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Institut pour le droit suisse et international de la construction, Fribourg 1999, n° 11.2; Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 116). Il en découle que ces critères doivent ensuite, lors de l'analyse des soumissions, être appliqués de manière non discriminatoire à l'ensemble des entreprises concurrentes. b) Il convient maintenant de se demander quelle est la portée du principe de transparence ainsi défini. aa) Au niveau cantonal, le principe de transparence est notamment ancré à l'art. 8 let. f LVMP, en vertu duquel les dispositions d'exécution devront notamment régler les critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. L'art. 37 RVMP prévoit que le marché est adjugé à 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" (GE 1999.0143 du 17 novembre 2000). 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" (par exemple, 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); 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). C'est ainsi que l'art. 37 RVMP fixe les principes visant à garantir le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Les différents critères énoncés de manière non limitative (prix, qualité, délais, valeur technique, coûts d'exploitation, etc.) doivent être assortis d'une pondération cohérente déterminée en fonction de la nature du marché (art. 37 al. 2 RVMP). En outre, les méthodes d'évaluation

doivent être obligatoirement arrêtées avant le retour des offres (art. 37 al. 3 RVMP). La possibilité d'adjuger sur le vu du seul critère du prix le plus bas n'est admis que pour des biens largement standardisés (art. 37 al. 5 RVMP), ce qui n'est pas le cas en l'occurrence comme on le verra ci-après. Il est donc essentiel que l'autorité adjudicatrice décrive soigneusement l'objet du marché et les conditions qui lui sont applicables; cela suppose qu'elle ait procédé à une définition précise de ses besoins. Concrètement, cela suppose que le cahier des charges contienne, en principe à tout le moins, un descriptif des prestations demandées, qui doit être clair et complet; à défaut surgiront des problèmes pour la suite de la procédure de soumission, notamment sur le plan de la comparabilité des diverses offres en présence (v. Galli/Moser/Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zürich 2003, p. 88 ss). En l'espèce, il n'y a toutefois pas lieu de s'arrêter à la question du cahier des charges, qui n'est pas litigieuse. Les exigences découlant du principe de transparence ont été rappelées de manière constante par la jurisprudence du Tribunal administratif (v. notamment GE 2004.0069 du 7 décembre 2004; GE 2003.0064 du 29 août 2003; GE 2003.0039 du 4 juillet 2003; GE 2003.0018 du 27 mai 2003 et les arrêts cités). bb) La jurisprudence a admis toutefois que le simple constat d'une violation d'une règle de procédure posée par la législation en matière de marchés publics n'entraînait pas nécessairement l'annulation de la décision contestée; en effet, le Tribunal administratif renonce à une telle sanction lorsque la violation constatée est restée sans influence sur l'issue du marché. Cependant, la charge de la preuve incombe sur ce point à l'entité adjudicatrice (v. à titre d'exemple, GE 2003.0064 précité, cons. 2a; GE 2003/0039 du 4 juillet 2003, déjà cité et les réf.). c) Il convient maintenant d'examiner si ces principes ont été respectés par l'autorité intimée. aa) Le Service des routes fait valoir qu'il n'y avait pas lieu d'élaborer une grille de critères avec pondération dès lors que le prix était seul déterminant. Cette hypothèse n'est toutefois admise qu'en présence de biens largement standardisés. Elle doit être appliquée de manière restrictive (J.-B. Zufferey/C. Maillard/N. Michel, *op. cit.*, p. 118). Les ouvrages en cause contiennent des spécificités qui les distinguent les uns des autres, tant du point de vue de leur installation, que de leur maintenance; un mode d'emploi et un plan détaillé étaient d'ailleurs demandés à chacun des soumissionnaires, ce qui montre bien que l'on ne se trouvait pas en présence de fournitures standardisées. Dans ces conditions, l'autorité intimée ne saurait se prévaloir de l'art. 37 al. 5 RVMP. Dès lors que le principe de l'offre économiquement la plus avantageuse n'a pas été respecté, la décision entreprise doit être annulée. bb) Sur le vu du rapport établi par Z.\_\_\_\_\_, on peut toutefois se demander si la décision ne repose quand même pas sur une pluralité de critères. Les documents de l'offre contiennent en effet un certain nombre de critères techniques dont les soumissionnaires pouvaient prendre connaissance. Ils étaient ensuite amenés à indiquer le prix proposé pour chaque article. Ils étaient également invités à attester des qualités de résistance de leurs ouvrages ainsi qu'à communiquer les plans et instructions de montage. Les trois entreprises ont rempli les listes de prix. Elles ont toutes donné des indications liées à la certification de leurs produits, à leurs performances en termes de résistance, aux délais de livraison ou encore aux coûts de maintenance. Ces différents critères ont été examinés par Z.\_\_\_\_\_, qui les a mis en relation pour aboutir à des propositions d'adjudication. On ignore toutefois l'importance qui a été donnée à chacun d'eux. Cette manière de faire tend à montrer que l'autorité a pris en considération d'autres critères que le prix, quand bien même celui-ci semble avoir permis de départager les deux dernières offres sélectionnées par le mandataire de l'autorité. En revanche, il n'est pas possible de connaître le poids qui a été attribué à chacun des critères et la méthode

d'évaluation adoptée. Contrairement à ce qu'allègue l'autorité, l'exemplaire du document de soumission qui a été versé au dossier ne saurait être assimilé à une grille d'évaluation. Il s'agit uniquement d'une série de prix dépourvue de tout critère d'appréciation. Quoi qu'il en soit, l'hypothèse selon laquelle la décision reposerait sur d'autres critères que celui du prix conduirait de toute manière à son annulation. Les documents de soumission ne contiennent en effet aucun des éléments permettant d'évaluer l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 37 RVMP). Non seulement les critères d'adjudication (cas échéant d'aptitude) font défaut, mais également la pondération qui leur a été donnée, de même que la méthode d'évaluation adoptée. Dans ces conditions, force est de constater que la procédure ne respectait pas les exigences minimales posées par la législation sur les marchés publics. cc) Pour le surplus, la question peut rester ouverte de savoir si le fait de ne pas remplir les conditions figurant au chiffre 1 des documents de soumission (singulièrement à son chiffre 1.5 relatif aux certifications), pourrait constituer un motif d'exclusion au sens de l'art. 32 RVMP (sur la distinction entre motifs d'exclusion et critères d'adjudication ou de qualification, v. E. Poltier, Les marchés publics: premières expériences vaudoises in RDAF 2000 I 297, p. 306, p. 305-307).

#### **E. 4**

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être admis et la décision litigieuse annulée. La cause sera donc renvoyée au Service des routes pour nouvelle décision. Il aura la faculté de reprendre la procédure ab ovo. Il pourra également poursuivre la procédure en la limitant aux deux concurrents ici en lice ou en intégrant le second soumissionnaire qui avait été écarté. Le Tribunal administratif confirme ici la solution qu'il a déjà adoptée à plusieurs reprises par le passé (GE 2002.0047 du 20 septembre 2002; GE 2002.0028 du 9 juillet 2002 et GE 2000.0091 du 4 octobre 2000; contra toutefois, V. Carron et J. Fournier, La protection juridique dans la passation des marchés publics, Fribourg 2002, p. 129; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, thèse Fribourg 1997, p. 556; J.-B. Zufferey, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, pp. 142-143). Le Service des routes devra toutefois compléter à tout le moins les documents de soumission en faisant figurer les règles qui présideront à l'attribution du marché conformément aux réquisits de l'art. 37 RVMP (applicable à la procédure sur invitation, art. 9 RMP) et aux principes définis par la jurisprudence. Pour éviter tout litige ultérieur, il serait également judicieux de définir les certifications admissibles (la société Y. \_\_\_\_\_ a produit une certification émanant d'un institut italien) et, cas échéant, la valeur qu'on peut attribuer à chacune d'entre elles. Il sera ainsi possible de déterminer si la certification italienne est équivalente aux normes suisses (BUWAL, etc.). Puis, l'autorité impartira aux concurrents un nouveau délai pour ajuster leurs offres sur cette base. Cette manière de faire est la seule qui permettra de guérir les irrégularités. b) Vu l'issue du recours, les frais d'arrêt seront laissés à la charge de l'Etat. Dans la mesure où son mandataire n'est intervenu qu'en fin de procédure, la recourante pourra prétendre à des dépens réduits, qui seront mis à la charge du Service des routes (art. 55 LJPA).