

VD_OMNI GE.2006.0058 vom 22. August 2006

VD Tribunal cantonal, 2006-08-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2006.0058

FR: VD_OMNI GE.2006.0058 du 22 août 2006

IT: VD_OMNI GE.2006.0058 del 22 agosto 2006

Regeste

A. _____ c/Service intercommunal d'alimentation en eau du cercle de,
B. _____ | La recourante critique le poids différent accordé à deux éléments faisant l'objet de l'appel d'offre : d'une part une installation de traitement des eaux et d'autre part le bâtiment qui devra la contenir. A tort : l'appel d'offre ne concerne que l'installation de traitement et non le bâtiment. Le prix du bâtiment constitue un critère parmi d'autres qui a été pris en compte dans l'adjudication. Le taux de pondération de ce critère n'est par ailleurs pas sous-estimé. La recourante s'en prend également aux notes attribuées par l'autorité adjudicatrice, qui ne portent pas le flanc à la critique dans le cadre du large pouvoir d'appréciation dont bénéficie l'autorité intimée. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

La matière est régie par l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 2004 (AIMP), ainsi que la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LVMP) et le règlement y relatif du 7 juillet 2004 (RMP), dans leur teneur valable dès le 1^{er} septembre 2004.

E. 2

L'art. 10 al. litt. d LVMP prévoit que la décision d'adjudication peut faire l'objet d'un recours motivé au Tribunal administratif dans les dix jours dès la notification ou la publication de celle-ci. La recourante, dont l'offre a été écartée, a clairement un intérêt digne de protection à l'annulation ou la modification de la décision attaquée ; elle bénéficie donc de la qualité pour agir.

E. 3

En premier lieu, la recourante s'en prend au facteur de pondération appliqué au critère 5 selon le cahier des charges établi par l'intimé, soit les coûts de construction du bâtiment devant accueillir la nouvelle installation de traitement d'eau potable.

E. 4

Concernant la recevabilité de ce grief, il faut noter que l'art. 10 LVMP, tel que modifié par la loi du 10 février 2004, contient, comme l'ancien art. 43 RMP, une liste exhaustive des décisions du maître de l'ouvrage susceptibles de recours ; tel est le cas de l'appel d'offres, mais non pas des documents d'appel d'offres et le Tribunal administratif a déjà eu l'occasion de juger que ces documents ne sont pas directement attaques et qu'ils peuvent donc l'être dans le cadre d'un litige portant sur une décision subséquente (arrêt TA du 9 décembre 2003 GE.2003/0095 et les références citées, dont l'arrêt du TF du 8 août 2003 publié aux ATF 129 I 313). Dans son arrêt publié aux ATF 130 I 241, le Tribunal fédéral

admet en outre que les documents remis aux soumissionnaires lors de la seconde étape de la procédure sélective, comme le cahier des charges dans la présente espèce, peuvent être encore contestés avec la décision d'adjudication, sous réserve du principe de la bonne foi (cons. 4.1- 4.3). A cet égard, le Tribunal fédéral relève dans le même arrêt que la forclusion tirée du principe de la bonne foi peut toutefois être opposée à une partie pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées, ou à tout le moins, qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. En l'espèce, on peut se demander si l'on ne doit pas reprocher à la recourante de ne pas avoir immédiatement contesté ou émis des réserves au sujet du facteur de pondération appliqué au critère 5 qu'elle juge si choquant, dans la mesure où la comparaison entre les facteurs de pondération des critères 1 et 5 ne laisse d'emblée aucun doute sur la volonté du maître de l'ouvrage d'accorder une importance moindre aux coûts de construction du bâtiment qui accueillera l'installation de traitement d'eau qu'aux coûts de celle-ci dans l'évaluation des offres. Cette question peut toutefois rester ouverte dès lors qu'en tout état de cause ce premier grief de la recourante ne peut pas être admis comme on va le voir ci-dessous.

E. 5

La réglementation sur les marchés publics a notamment pour but d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et l'impartialité de l'adjudication, d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés et de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (art 1. al. 3 AIMP et art. 3 LVMP). En principe, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 13 al. 1 er litt. f AIMP et art. 37 al. 1 er RMP). Cette notion, centrale en matière de marchés publics (ATF 130 I 241 consid. 6.3 p. 253 ; 129 I 313 consid. 9.2 p. 327; arrêt GE.2005.0053 du 23 août 2005, consid. 2a), veut que l'emporte l'offre qui, sans être nécessairement la moins chère, garantit à l'adjudicateur, dans le cadre d'une appréciation économique globale, le meilleur rapport entre le prix et la prestation (arrêts GE.2005.0062 du 19 août 2005, consid. 3b/aa, et GE.1999.0143 du 17 novembre 2000). Le principe de l'égalité de traitement commande que les critères d'évaluation soient fixés, puis appliqués, selon les caractéristiques du marché à adjuger, et les notes attribuées selon des critères objectifs et vérifiables (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 100/101; arrêts GE.2004.0069 du 7 décembre 2004, consid. 2c; GE.2003.0117 du 20 avril 2004, consid. 1b; GE.2003.0038 du 4 juillet 2003, consid. 1b; GE.2003.0018 du 27 mai 2003, consid. 1). A son art. 13, l'AIMP laisse aux cantons le soin d'édicter les dispositions d'exécution nécessaires pour garantir, entre autres choses, une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables (litt. d) ainsi que des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (litt. f). L'art. 37 RMP propose un certain nombre de critères, tels que le prix, les caractéristiques environnementales, la qualité, la convenance de la prestation, les délais, la valeur technique et culturelle, l'esthétique, les coûts d'exploitation, la créativité, le service après-vente, l'infrastructure nécessaire au marché (al. 1 er), en précisant que chaque critère doit être assorti d'une pondération cohérente déterminée en fonction de la nature du marché (al. 2). Seule l'adjudication de biens largement standardisés peut intervenir exclusivement selon le critère du prix le plus bas (al. 5). Quant il ne s'agit pas de biens largement standardisés, le prix proposé n'a donc pas automatiquement un rôle décisif et unique au moment de l'attribution. La réglementation légale ne détermine pas exhaustivement les critères à prendre en compte. En procédure, d'autres critères peuvent être retenus, à la condition qu'ils aient trait à la

rentabilité de l'offre et s'inscrivent dans un contexte économique. Les critères d'adjudication comme les critères d'aptitude ne peuvent être standardisés, puisque c'est en fonction du marché, et plus particulièrement de la prestation à fournir qu'ils doivent être choisis. Il en découle qu'aucun critère étranger au marché (comme les critères de politique régionale, fiscale ou structurelle, la connaissance du soumissionnaire et de ses travaux antérieurs, la connaissance locale ou la prise en considération de certaines conditions environnementales), susceptible de créer une inégalité de traitement entre les soumissionnaires, ne devrait apparaître dans les documents de soumission (Olivier Rodondi, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in : RDAF 2001 p. 387 ss, spéc. p. 403). Finalement, on distingue les critères d'adjudication qui caractérisent la prestation du soumissionnaire (délai de livraison, qualité, rentabilité) et le critère du prix, qui a trait à la contreprestation fournie par le pouvoir adjudicateur pour l'acquisition du bien ou du service mis en concurrence. Il faut donc impérativement que, dans l'évaluation, l'adjudicateur tienne compte du rapport prix/prestations (Denis Esseiva, Les problèmes liés au prix, Droit de la construction, Cahier spécial Marchés publics 2004, p. 28 ch. I 2 c et les références citées). Il est admis que l'adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation non seulement pour choisir les critères d'adjudication, mais également leur poids relatif (pondération), c'est-à-dire la part, exprimée en % ou en points, que représente le critère dans l'ensemble des critères d'adjudication. L'autorité de recours ne revoit en principe pas ce pouvoir d'appréciation (16 al. 2 AIMP et 11 al. 2 LVMP) ; elle doit en effet faire preuve de 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; GE.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. Une sous-estimation ou une surestimation de la pondération peut être assimilée à un excès ou à un abus de pouvoir d'appréciation susceptible d'entraîner l'annulation de la décision d'adjudication (Denis Esseiva, op.cit., p. 28 ch. II 1). Le législateur ne donne pas d'indication sur la pondération du critère du prix et l'adjudicateur dispose d'une grande autonomie pour choisir la pondération qui doit être adaptée aux caractéristiques du marché. Le prix doit cependant impérativement figurer parmi les critères du marché, ce qui implique que sa pondération ne peut pas être réduite à 0%. Plus le marché à adjuger est complexe, plus il est justifié d'octroyer une pondération faible ; elle ne peut toutefois être négligeable sous peine de contrecarrer l'objectif d'économie des deniers publics. Au contraire, plus le marché est simple, plus la pondération du prix doit être importante. La limite inférieure devrait se situer aux alentours de 20% et la limite supérieure à 80 % environ. Pour les marchés de complexité moyenne, le prix ne devrait pas présenter une pondération inférieure à 50 % (Denis Esseiva, op.cit., p. 28 ch. II 2 et les références citées, notamment ATF 129 I 313 cons. 9.2). Le Tribunal administratif a constamment rappelé dans sa jurisprudence qu'il incombait au pouvoir adjudicateur d'arrêter par avance, soit dans l'appel d'offres, soit dans les documents de soumission, les critères de qualification et d'adjudication qu'il entend appliquer par ordre d'importance, ainsi que, le cas échéant, les facteurs de pondération éventuels et d'en communiquer le contenu aux soumissionnaires, au plus tard avant le dépôt de leurs offres (v. arrêt GE.2003|0072 du 28 octobre 2003 cons. 3 et les références citées).

L'argumentation de la recourante tend à mettre sur le même plan le prix de l'installation de traitement de l'eau et le prix du bâtiment qui l'accueillera. Elle estime qu'en dissociant ces deux éléments et en leur accordant un poids différent, l'intimé a violé le principe consistant à adjuger le marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Il faut tout d'abord remarquer à ce propos que l'adjudicateur est totalement libre de fixer l'objet du marché, la seule restriction étant que l'adjudicateur ne peut pas diviser le marché dans le but de contourner les règles régissant les seuils des marchés publics (art. 2 al. 2 RMP) ; ce point n'étant pas en cause ici. In casu, l'objet du marché, tel que configuré par l'adjudicateur, est l'installation de traitement de l'eau. Le prix à prendre en considération est le prix à payer par l'adjudicateur en contrepartie de cette prestation. C'est à lui qu'il faut appliquer les considérations relevées plus haut et le taux de pondération déterminé en l'occurrence par l'adjudicateur, de 50 %, n'est clairement pas sous-évalué pour un marché de complexité au moins moyenne. En outre, la méthode de notation utilisée, à savoir la méthode genevoise, a été annoncée dans les documents d'appel d'offres et elle n'est pas critiquable. Pour ce qui est du coût de construction du bâtiment, il n'a rien à faire avec le prix du marché à adjuger dans le cas présent : destiné à tenir compte du coût estimé du projet, il représente certes un critère valable, d'ordre financier, pour adjuger ce marché à l'offre économiquement la plus avantageuse dans l'examen du rapport prix/prestations qui doit être observé. Ce critère devait toutefois être pris en considération, nonobstant sa composante financière, en dehors du « prix » proprement dit, de manière distincte, au même titre que d'autres critères du même ordre tels que « la rentabilité » ou « les coûts d'exploitation » de l'ouvrage projeté (voir dans l'ATF 130 I 241 cons. 6.2 la distinction faite entre le prix qui concerne le marché à adjuger, en l'espèce des prestations d'ingénieur, et le coût estimé de l'ouvrage, lequel ne peut pas être intégré dans le critère du prix à proprement parler).

E. 7

Il reste à examiner si le taux de pondération de 5% appliqué aux coûts de construction du bâtiment a été sous-estimé d'une manière telle que l'on se trouve en présence d'un excès ou d'un abus de pouvoir d'appréciation susceptible d'entraîner l'annulation de la décision d'adjudication. Ceci implique de mettre en relation le taux de pondération appliqué aux coûts de construction du bâtiment avec l'évaluation dans son ensemble, c'est-à-dire de le comparer avec les taux de pondération appliqués aux autres critères d'adjudication. On a déjà vu que le taux de pondération de 50 % appliqué au « montant et crédibilité du prix » offert par le soumissionnaire pour l'objet du marché n'est pas critiquable. L'adjudicateur a en outre fixé un taux de pondération de 20% pour la « qualité de l'eau » ; cet élément apparaît bien comme un élément essentiel de la prestation à fournir dans le cadre du marché litigieux. Les quatre autres critères, « coûts d'exploitation », « durée quotidienne de production », « coûts de construction du bâtiment », et « organisation et délais », se partagent les 30% restant à raison de 10% pour chacun des deux premiers, respectivement de 5% pour les deux derniers. L'adjudicateur n'a pas excédé de son pouvoir d'appréciation en classant les « coûts de construction » du bâtiment parmi les quatre derniers critères ; ils sont en effet de même nature puisqu'ils ont trait à la rentabilité du projet. Enfin, le taux de pondération de 5% apparaît justifié dans la mesure où l'estimation de ces coûts par l'adjudicateur se base sur une « esquisse succincte d'avant-projet pour la conception du bâtiment qui doit accueillir la nouvelle installation de traitement d'eau potable », laquelle permet au mieux d'évaluer le coût de l'ouvrage projeté avec une marge d'appréciation de plus ou moins 15% (cf. art. 4.31 de la norme SIA 102 de 2003 ; 25% selon l'art. 4.1.4 de

l'ancienne norme SIA 102 et Denis Esseiva, Critères d'adjudication et prix, in : DC 4/2001, p. 153). En l'espèce, l'estimation des coûts du bâtiment faite par l'adjudicateur sur la base de la proposition de A. _____ est de 922'800 fr., alors que celle faite sur la base de la proposition de B. _____ est de 1'056'030 fr., soit une différence de l'ordre de 14.5% à laquelle on ne peut accorder une importance déterminante au vu de la marge d'approximation relevée plus haut, d'autant plus que la construction du bâtiment fera l'objet d'une nouvelle procédure d'adjudication, qui peut donner lieu à des écarts de prix encore plus importants. Partant, le premier moyen de la recourante doit être écarté.

E. 8

Celle-ci soutient aussi que l'intimé a abusé de son pouvoir d'appréciation dans la notation du critère n° 6 relatif à l'organisation et aux délais. Elle se plaint de ne pas avoir reçu la note maximum pour le sous-critère 6.1 estimant que l'organigramme présenté répondait en tous points aux exigences du cahier des charges et reflétait une organisation parfaitement réglée. La fiche de notation relative au critère 6 se présente comme suit : 0 pas fourni 1 incomplet, très compliqué 2 clair mais lacunaire 3 comptet 4 organlsatlon parfaitement réglée Pour le sous-critère 6.1, il ressort de la fiche représentée ci-dessus qu'aucun des soumissionnaires n'a pleinement satisfait à l'exigence d'indiquer les responsabilités y compris chez les sous-traitants. Dans le même cas de figure que A. _____, B. _____ a toutefois reçu la note 3, comme E. _____, alors que A. _____ a reçu la note 2. Dans sa réponse au recours, l'intimé a expliqué que l'organigramme de la recourante n'était pas aussi complet que celui de l'adjudicataire parce que l'assistant de projet n'était pas déterminé, le poste étant à repourvoir, et que l'organigramme de l'adjudicataire lui permettait de remplacer l'un de ses collaborateurs en cas d'empêchement, ce qui ne semblait pas être le cas de la recourante dont l'équipe n'était même pas au complet. La recourante s'est élevée dans son mémoire complémentaire contre ces explications qui ne ressortent pas de la fiche de contrôle et qu'elle juge donc tardives ; elle dénonce ici un manque de traçabilité de la notation. Au préalable, il faut rappeler que le pouvoir adjudicateur doit respecter le principe d'égalité dans tout le processus d'attribution des notes et que ces dernières doivent se fonder sur des critères objectifs et susceptibles d'être explicités. La notation doit donc être traçable. Toutefois, même en présence d'une violation du principe de la transparence, le Tribunal administratif a confirmé dans sa jurisprudence qu'il n'y avait pas lieu d'annuler une adjudication lorsque de tels vices n'avaient pas eu de conséquences sur le résultat du marché (arrêt TA GE.2004.0069 du 7 décembre 2004). En l'occurrence, il apparaît effectivement que les offres de la recourante et de l'adjudicataire ne sont pas équivalentes sur le plan de l'organigramme dans la mesure où l'équipe de la recourante n'est pas encore complète et les remarques faites à cet égard par l'intimé sont pertinentes. Il faut ajouter que, même si elle avait été dotée de la note 4 pour ce sous-critère, A. _____ n'aurait pas emporté le marché. Concernant le sous-critère 6.2, c'est en vain que la recourante se plaint de la note qui lui a été attribuée. La décote d'un point de l'offre de la recourante par rapport à celle de l'adjudicataire se justifie pleinement du fait que le planning des travaux de la première est moins précis que celui la seconde.

E. 9

Dans son mémoire complémentaire, la recourante avait émis des doutes sur la recevabilité de l'offre de B. _____. Après instruction à l'audience, la recourante n'a pas repris ses griefs dans sa plaidoirie. On relèvera à cet égard que l'exclusion de l'offre de B. _____ pour défaut d'une troisième signature aurait à l'évidence été contraire au principe de

l'interdiction du formalisme excessif.

E. 10

Au vu des considérants qui précèdent, le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée. Un émolument d'arrêt sera mis à la charge de la recourante qui succombe; au surplus, des dépens seront alloués à l'intimé et au tiers intéressé qui obtiennent gain de cause avec l'assistance d'avocats.

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