

VD_OMNI GE.2007.0218 vom 6. März 2008

VD Tribunal cantonal, 2008-03-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2007.0218

FR: VD_OMNI GE.2007.0218 du 6 mars 2008

IT: VD_OMNI GE.2007.0218 del 6 marzo 2008

Regeste

X. _____ SA/Association intercommunale pour l'épuration des eaux usées,
Y. _____ SA | Viole le principe de la transparence, l'adjudicateur qui, dans son évaluation, inverse l'ordre de priorité des sous-critères (qui ne sont pas inhérents au critère) et attribue une pondération supérieure au sous-critère mentionné en second rang dans les documents d'appels d'offres, sans avertir les soumissionnaires de ce changement avant le dépôt des offres.

Erwägungen

E. 1

La matière est régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (AIMP; RSV 726.91), ainsi que par la loi cantonale sur les marchés publics, du 24 juin 1996 (LVMP ; RSV 726.01) et le règlement y relatif, du 7 juillet 2004 (RMP; RSV 726.01.1).

E. 2

En matière de marchés publics, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure (arrêts GE.2006.0151 du 18 janvier 2007, consid. 2b/aa; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 5; GE.2004.0190 du 13 juin 2006, et les arrêts cités). Le Tribunal s'impose une certaine retenue et laisse à l'adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques (arrêts GE.2006.0151 du 18 janvier 2007, consid. 2b/aa; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 5; GE.2004.0190 du 13 juin 2006, et les références citées). 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 intervient. 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 (arrêts GE.2007.0077 du 8 octobre 2007, consid. 1b; GE.2006.0151 du 18 janvier 2007, consid. 2b/aa; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, et les arrêts cités). Pour le surplus, il appartient à l'adjudicateur de configurer le marché mis en soumission comme il l'entend et en fonction de ses besoins. Aussi, une éventuelle violation du principe de transparence n'entraîne l'annulation de l'adjudication que pour autant que les vices constatés ont influé sur le résultat (arrêts GE.2006.0151 du 18 janvier 2007, consid. 2c; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 5, et les arrêts cités). Pour le surplus, le Tribunal contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts GE.2007.0077 du 8 octobre 2007, consid. 1b; GE.2006.0226 du 20 février 2007, consid. 1b; GE.2006.0084 du 6 septembre

2006, consid. 1b, et les arrêts cités).

E. 3

La recourante reproche à l'adjudicateur d'avoir, en cours de procédure, inversé l'ordre de sous-critères pour le critère n°3, et de n'avoir pas communiqué aux soumissionnaires la pondération de ces sous-critères avant le dépôt des offres. a) Le principe de transparence impose au pouvoir adjudicateur d'énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères pris en considération pour l'évaluation des soumissions; à tout le moins doit-il spécifier clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. En outre, lorsque l'adjudicateur détermine des sous-critères auxquels il attache une importance particulière, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective (ATF 130 I 241 consid. 5.1 p. 248; 125 II 86 consid. 7c p. 101/102; 2P.4/2000 du 26 juin 2000, consid. 4d; arrêts GE.2007.0077 du 8 octobre 2007, consid. 3a; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 5; GE.2005.0161 du 9 février 2006, consid. 7a, et les arrêts cités). Il n'est fait exception à l'obligation de communiquer préalablement les sous-critères et leur pondération que lorsque ceux-ci servent uniquement à concrétiser le critère principal; est réservé toutefois dans ce cas où l'adjudicateur accorde une telle importance au sous-critère qu'il équivaut à un critère publié. Savoir si l'on se trouve en présence d'un sous-critère dont la publication est nécessaire ou non dépend d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas, soit notamment les documents d'appel d'offres, le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 consid. 5.1 p. 248/249; 2P.111/2003 du 21 janvier 2004, consid. 2.1, reproduit in DC 2005 p. 172 (S37), avec une note de Denis Esseiva; 2P.118/2003 du 1^{er} décembre 2003, consid. 3.3; 2P.172/2002 du 10 mars 2003, consid. 2.3; arrêt GE.2003.0117 du 20 avril 2004 consid. 1a/bb, reproduit in RDAF 2004 p. 292ss). Une éventuelle violation du principe de la transparence sous cet aspect ne conduit à l'annulation de l'adjudication que si elle a influé sur le résultat final de l'évaluation de l'offre; il appartient à l'adjudicateur d'apporter la preuve du contraire (arrêt GE.2007.0077 du 8 octobre 2007, consid. 3c, et les arrêts cités). b) Le dossier d'appel d'offres indique, parmi les critères d'évaluation, celui des rendements (critère n°3), en précisant qu'il pèse pour 20% des points à attribuer. Ce document mentionne que ce critère concerne deux aspects, soit le rendement thermique et le rendement électrique - dans cet ordre. Lors de l'audience du 4 février 2008, les représentants du pouvoir adjudicateur ont confirmé avoir, le 20 juin 2007 - après la remise des documents d'appel d'offres, mais avant la réception de celles-ci - décidé de diviser le critère n°3 en deux sous-critères, soit le rendement électrique, d'une part, et le rendement thermique, d'autre part, en accordant au premier le poids de 15% de la note finale, et au second 5%. Cette information n'a pas été communiquée aux soumissionnaires. Ce déroulement de la procédure soulève deux difficultés, sous l'angle du principe de la transparence. aa) Sur le vu du dossier d'appel d'offres, la recourante pouvait supposer que l'adjudicateur tenait, parmi les rendements, le thermique comme plus important que l'électrique. Cela résultait notamment de l'ordre de présentation des deux volets du critère n°3, dans lequel le rendement thermique précède l'électrique. Cela étant, on peut se demander si la recourante aurait pu s'apercevoir que l'adjudicateur avait, déjà au stade de l'appel d'offres, privilégié le critère du rendement électrique, au détriment du thermique. Une telle option pourrait se déduire en particulier de la description de l'installation (directives générales, ch. 2.2, p. II.3), évoquant uniquement le rendement électrique, ainsi que du tableau de dimensionnement de l'installation (directives générales, ch. VII, page VII.1). Ce dernier document concerne la puissance électrique exclusivement; il explicite le

choix de l'adjudicateur en faveur de deux variantes, l'une de 130 kW et l'autre de 180 kW environ. L'adjudicataire ne s'y est pour sa part pas trompée, puisqu'elle a immédiatement saisi les désirs de l'adjudicateur et élaboré son offre en prévision d'une priorité au rendement électrique. Il est étonnant que la recourante n'ait pas compris l'appel d'offres de la même manière, ni posé aucune question au mandataire de l'adjudicateur quant aux intentions de celui-ci - quand bien même ne sont pas exclus du champ du recours les arguments au sujet desquels le soumissionnaire s'est abstenu de poser des questions dans la procédure d'adjudication (arrêt GE.2005.0212 du 2 juin 2006, consid. 2). A cela s'ajoute un autre élément, connu de la recourante comme fournisseur de l'installation existante à remplacer, soit le fait que la station d'épuration de Morges ne sert pas à la récupération de chaleur en vue d'alimenter un système de chauffage à distance, ce qui induit à ne pas privilégier le rendement thermique. Lors de l'audience du 4 février 2008, l'adjudicateur et son mandataire, ainsi que l'adjudicataire, ont souligné l'intérêt manifeste de l'adjudicateur à produire de l'électricité et de la vendre sur le réseau, compte tenu des impératifs d'utilisation de l'installation. Après réflexion, compte tenu de l'importance de l'exigence d'une procédure régulière, et même si la position défendue par la recourante apparaît comme sujette à caution, le Tribunal retiendra que l'adjudicateur a violé les règles de la procédure en inversant les sous-critères du rendement thermique et électrique dans son évaluation des offres, sans en avoir préalablement averti les soumissionnaires, comme il aurait dû le faire. Par souci de complétude, il convient d'ajouter que l'on ne se trouve pas en présence d'un sous-critère inhérent au critère principal, au sens de la jurisprudence qui vient d'être rappelée. Si les rendements électrique et thermique n'étaient que des éléments d'appréciation, l'adjudicateur n'aurait pas réparti le critère 3 en deux sous-critères (3A et 3B), en différenciant leur pondération. En outre, s'il est admis de ne pas indiquer la pondération des sous-critères (cf. arrêt GE.2006.0079 du 26 avril 2007), cela ne permet pas pour autant d'inverser l'ordre de priorité des sous-critères, en privilégiant, comme en l'occurrence, celui qui n'est pas indiqué comme primordial. bb) Le dossier d'appel d'offres indique que le critère n°3 (comportant deux volets, soit le rendement thermique, d'une part, électrique, d'autre part) pèse pour 20% dans l'évaluation de l'offre. Hormis la présence du volet thermique sur l'électrique, ce document ne dit rien sur une subdivision du critère n°3 en deux sous-critères, ni sur une éventuelle pondération différenciée. Ces modifications ne sont intervenues que lors de la séance tenue le 20 juin 2007 par le comité d'évaluation, qui a décidé de privilégier le rendement électrique sur le thermique, en donnant au premier une part de 15%, au second de 5%. Dès l'instant où l'adjudicateur était tenu d'informer les soumissionnaires de son choix de faire du rendement électrique et thermique deux sous-critères du critère n°3, il devait également les avertir de la pondération différenciée des deux sous-critères. Or, il ne l'a pas fait, en violation des principes dégagés par la jurisprudence. d) Cette double irrégularité dans la conduite de la procédure a porté à conséquence. Lors de l'audience du 4 février 2008, toutes les parties ont admis que l'inversion de l'ordre de priorité des sous-critères 3A et 3B, ainsi que la modification de leur pondération en faveur du sous-critère 3A (selon différentes variantes, dans la marge de 20% accordée au critère n°3), aboutirait dans tous les cas de figure à améliorer la notation de l'offre de la recourante pour ce critère. Compte tenu du faible écart séparant les deux offres dans l'appréciation finale, la décision d'adjudication ne peut plus être maintenue. En effet, interrogé sur le point de savoir si l'incompréhension de l'offre par la recourante, s'agissant de la priorité à accorder au rendement électrique (cf. consid. 3a/bb ci-dessus), était de nature à l'amener à reconsidérer la notation du critère n°6 de la recourante,

l'adjudicateur a indiqué qu'il n'avait pas de raison de s'écarter de la note attribuée à la recourante. Il suit de là que l'augmentation du nombre de points en faveur de la recourante, résultant de la nouvelle évaluation du critère n°3, ne serait pas compensée par une réduction concomitante de la cotation du critère n°6, en défaveur de la recourante. d) En conclusion, en subdivisant en cours de procédure le critère n°3 en deux sous-critères, en privilégiant le critère du rendement électrique au détriment du thermique, alors que le document d'appel d'offres mentionnait le rendement thermique avant l'électrique, et en attribuant une pondération supérieure au rendement électrique par rapport au thermique, sans avertir les soumissionnaires de ces éléments avant le dépôt des offres, l'adjudicateur a violé le principe de transparence. Ce vice a influé sur l'adjudication.

E. 4

Dans ses déterminations finales du 22 février 2008, l'adjudicataire soutient que la recourante aurait dû agir contre l'appel d'offres. Tant l'appel d'offres que l'adjudication sont attaquables, dans un délai de dix jours (art. 10 al. 1 let. a et d LMP). Les critères énoncés dans l'appel d'offres font partie intégrante de celui-ci, si bien que les éventuels vices les affectant doivent être contestés à ce stade déjà, à peine de forclusion (ATF 125 I 203 consid. 3a p. 205; arrêt GE.2007.0189 du 28 janvier 2008, consid. 5a, concernant la distinction entre critère d'aptitude et d'adjudication). En l'occurrence, la recourante ignorait l'intention de l'adjudicateur de favoriser, dans sa pondération, le sous-critère du rendement électrique par rapport au thermique, contrairement à l'ordre de priorité indiqué dans les documents d'appel d'offres. Elle n'avait ainsi aucune raison de recourir à ce stade initial de la procédure, dès lors qu'elle pouvait comprendre l'appel d'offres comme elle l'a fait. Lors de l'audience du 4 février 2008, au demeurant, l'adjudicateur a indiqué qu'il n'avait aucune raison de se départir de la note maximale attribuée à la recourante pour le critère n°6, relatif à la compréhension de l'offre.

E. 5

Le recours doit être admis et la décision d'adjudication annulée, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs soulevés par la recourante, dès lors que la procédure d'adjudication devra de toute manière être refaite. Il n'y a pas lieu, de surcroît, d'attribuer le marché à la recourante, comme le Tribunal peut le faire, lorsque les erreurs dans l'évaluation des offres conduisent à inverser le résultat final (cf. par exemple arrêts GE.2007.0077 du 8 octobre 2007; GE.2006.0225 du 20 février 2007; GE.2005.0046 du 12 juillet 2005). En effet, le recours doit être admis à raison d'erreurs de procédure commises par l'adjudicateur. Le pouvoir d'appréciation dont celui-ci dispose dans la configuration du marché et la confection de l'appel d'offres commande de refaire la procédure ab ovo. En particulier, il convient de permettre à l'adjudicateur, s'il le souhaite, de favoriser le rendement électrique par rapport au thermique, et de procéder à de nouvelles invitations. Les frais sont mis à la charge de l'autorité intimée, responsable des défauts affectant l'appel d'offres et la procédure. La recourante a droit à des dépens, répartis entre l'autorité intimée et l'adjudicataire, à raison de deux tiers pour l'une et d'un tiers pour l'autre.