

VD_OMNI MPU.2016.0041 vom 24. Mai 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-05-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2016.0041

FR: VD_OMNI MPU.2016.0041 du 24 mai 2017

IT: VD_OMNI MPU.2016.0041 del 24 maggio 2017

Regeste

A. _____/Service Immeubles, Patrimoine et Logistique | Recours contre une décision adjugeant des travaux de nettoyage d'un immeuble administratif. La méthode de notation du sous-critère "Nombre, planification et disponibilité des moyens et des ressources pour l'exécution du marché" était une pure formule mathématique (correspondant à la formule de l'annexe T4 du Guide romand) représentée sous la forme d'un schéma pyramidal. La meilleure note pouvait être obtenue si le nombre d'heure proposé se trouvait dans une fourchette définie sur la base d'un nombre d'heures moyen de référence calculé par l'autorité intimée. Plus le nombre d'heures du soumissionnaire s'écartait (en plus ou en moins) du nombre d'heures moyen, plus la note attribuée était faible. Cette formule était complétée par une clause d'exclusion en présence d'une différence de plus ou moins 25% par rapport au nombre d'heures moyen. Cette méthode était si singulière et sévère qu'elle devait être communiquée préalablement à l'appel d'offres, sous peine de violer les principes de transparence et d'interdiction de l'arbitraire. Cela est d'autant plus vrai qu'il ne se déduisait pas du libellé du sous-critère que seul le nombre d'heures serait utilisé pour évaluer les offres sur ce point. Admission du recours et adjudication du marché à la recourante.

Erwägungen

E. 1

Le recours a été interjeté dans la forme prescrite par l'art. 79 de la loi cantonale du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36) et dans le délai de dix jours de l'art. 10 al. 1 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD; RSV 726.01). En tant que soumissionnaire exclue, A. _____ (ci-après: la recourante) revêt incontestablement la qualité pour recourir, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen de la cour dépend de la nature des griefs invoqués. L'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, s'agissant notamment de l'évaluation des offres. 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. En revanche, il contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (cf . ATF 141 II 353 consid. 3; ATF 125 II 86 consid. 6; arrêts MPU.2017.0003 du 3 avril 2017 consid. 2; MPU.2016.0008 du 15 mars 2017 consid. 3b et MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 3). Tel est notamment le cas lorsque la décision litigieuse porte, comme en l'occurrence, sur l'exclusion de l'offre d'un soumissionnaire (arrêts MPU.2016.0002 du 18 avril 2016 consid. 1c; MPU.2015.0057 du 20 janvier 2016 consid. 2b; MPU.2015.0007 du 21 mai 2015

consid. 2b et les arrêts cités).

E. 2.1

Nombre, planification et disponibilité des moyens et des ressources pour l'exécution du marché, pèsent pour seulement 3,75%, respectivement 1,25%, du total du marché, alors qu'ils sont individuellement susceptibles d'entraîner l'exclusion pure et simple d'un soumissionnaire. Le tribunal de céans a, par le passé, déjà admis l'utilisation de la méthode de notation de l'annexe T4 du guide romand (cf . p. ex. arrêts MPU.2015.0057 du 20 janvier 2016; MPU.2014.0008 du 21 juillet 2014 et MPU.2010.0015 du 31 janvier 2011). Néanmoins, à la différence de la présente affaire, cette méthode de notation avait toujours été annoncée préalablement dans la documentation d'appel d'offres, d'une part, et n'était pas couplée à une clause d'exclusion, d'autre part. Il suit de ce qui précède que l'utilisation d'une méthode semblable à celle de l'annexe T4 n'est pas en soi inadmissible, à tout le moins lorsqu'elle est communiquée dans la documentation d'appel d'offres. En revanche, l'adjonction d'une clause d'exclusion drastique, dont la sévérité ne pouvait être décelée par les soumissionnaires que pour autant qu'ils soient préalablement informés de l'utilisation d'une telle méthode, de l'usage d'une estimation de référence et de l'existence d'un seuil (en l'espèce moins 25%) à compter duquel la note 3 serait octroyée et, partant, l'exclusion prononcée, se révèle arbitraire. Elle heurte gravement l'objectif premier des marchés publics (soit celui d'adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse) en sanctionnant de manière automatique les offres prévoyant un nombre d'heures inférieur de 25% à celui estimé par l'autorité intimée, sans possibilité de justification par le soumissionnaire concerné (contrairement à ce qui prévaut pour le critère du prix, puisqu'en présence d'une offre anormalement basse, le pouvoir adjudicateur doit demander des explications et ne peut exclure automatiquement le soumissionnaire, cf . art. 36 RLMP-VD et MPU.2013.0003 précité consid. 3a en présence d'une différence de 30% par rapport à la moyenne, le pouvoir adjudicateur doit demander des explications). En d'autres termes, la méthode de notation choisie était en l'occurrence si singulière et sévère qu'elle devait impérativement être communiquée préalablement dans l'appel d'offres, sous peine de violer le principe de transparence. Cela est d'autant plus vrai que, contrairement à ce que soutient l'autorité intimée, il ne se déduisait nullement de la formulation du sous-critère 2.1 (Nombre, planification et disponibilité des moyens et des ressources pour l'exécution du marché), que seul le nombre d'heures serait utilisé pour évaluer les offres pour ce sous-critère. Au contraire, cette formulation annonçait clairement que d'autres éléments seraient également pris en compte et que la méthode de notation ne se résumerait pas à une seule formule mathématique. Il s'avère ainsi que les griefs, formulés en relation avec la méthode d'évaluation litigieuse ou, plus précisément, la clause d'exclusion qu'elle comportait, tirés de l'interdiction de l'arbitraire et de la violation du principe de transparence sont fondés. Or ces violations ont eu pour conséquence directe l'exclusion de la recourante qui, à défaut et selon les évaluations au dossier serait, en cas de réintégration, classée au premier rang. Son offre, d'un montant de 261'561 fr. 62 TTC, serait non seulement la moins-disante – les deux offres inférieures demeurant exclues –, mais également la mieux-disante puisque les évaluations réalisées par l'autorité intimée à titre informatif permettent de calculer qu'elle obtiendrait un total de 455,5 points sur 500. Quant à la société B. _____, elle n'obtiendrait qu'un total de 415 points sur 500.

E. 2.2

Qualifications des personnes-clés désignées pour l'exécution du marché . Ces deux sous-critères étaient destinés à apprécier non seulement la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché – critère d'aptitude –, mais devaient également permettre d'évaluer l'offre économiquement la plus avantageuse – critère d'adjudication. Une clause d'exclusion était en effet prévue dans les conditions de l'appel d'offres, dont la teneur était la suivante (cf . lettre b des Conditions): " Seront exclus du marché, les soumissionnaires dont les dossiers de candidature n'obtiendront pas la note minimale de 3 pour les critères 2.1 ■ organisation pour l'exécution du marché, nombre, planification et disponibilités des moyens et des ressources pour l'exécution du marché ■. La note minimale doit être obtenue tant pour les prestations de nettoyage standard que pour les à fond et/ou nettoyages annuels [...]". En revanche, si les notes obtenues étaient suffisantes, alors ce critère servait ensuite à apprécier la qualité de l'offre soumise, puisque la note obtenue serait comptabilisée au titre de critère d'adjudication. Au regard de la jurisprudence déjà rappelée (cf . consid. 3a ci-dessus), ce type de critère n'est pas inadmissible puisqu'il ne constitue pas un double critère mais permet d'examiner l'offre sous deux aspects différents, ce que la recourante ne conteste au demeurant pas. b) Sous l'angle de la violation du principe de transparence alléguée par la recourante, il sied de relever tout d'abord que les conditions d'appel d'offres annonçaient de manière peu claire – ce qu'a d'ailleurs reconnu l'autorité intimée – que le sous-critère

E. 3

a) Le droit des marchés publics distingue classiquement les critères d'aptitude, d'une part, et les critères d'adjudication, d'autre part. Les premiers ont pour objectif de garantir que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché, tandis que les seconds déterminent comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie (ATF 140 I 285 consid. 5.1). Pour autant, il n'est par principe pas prohibé de prendre en considération les mêmes critères, tant au stade de l'examen de l'aptitude qu'à celui de l'adjudication , à la condition qu'ils puissent faire l'objet d'une certaine gradation. Dans un tel cas, il n'est pas inadmissible de poser une exigence minimale à titre de critère de qualification, et, au surplus, d'apprécier une aptitude plus étendue à titre de critère d'adjudication; il ne s'agit alors pas d'une double appréciation mais d'une appréciation sous des aspects différents (ATF 140 I 285 consid. 5.1; 139 II 489 consid. 2.2.4). b) En vertu du principe de transparence (art. 6 al. 1 let. h LMP-VD), le pouvoir adjudicateur doit fournir toute information utile aux soumissionnaires potentiels, afin qu'ils puissent présenter leurs offres en connaissance de cause. Dans ce cadre, l'annonce des critères d'aptitude et d'adjudication est un élément essentiel (ATF 141 II 113 consid. 3.1.3; arrêt MPU.2010.0015 du 31 janvier 2011 consid. 3 a; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, pp 161 et 163). Au niveau cantonal, cette exigence est concrétisée à l'art. 13 al. 1 du règlement du 7 juillet 2004 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD; RSV 726.01.1), qui dispose que la publication de l'appel d'offres doit contenir un certain nombre d'indications minimales, soit en particulier les critères d'aptitude (let. g) et la méthode d'évaluation du critère prix et les autres critères d'adjudication par ordre d'importance ainsi que leur pondération, dans le cas où ils ne figurent pas dans les documents d'appel d'offres (let. l). Le principe de transparence n'exige toutefois pas la communication à l'avance des sous-critères et de leurs pondérations respectives, s'ils ne servent qu'à concrétiser le critère principal. Est réservé néanmoins le 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; 125 II 86 consid. 7c; ég. arrêts MPU.2014.0016 du 26 août 2014 consid. 4b et MPU.2010.0015 précité consid. 3a). c) Quant à la communication aux soumissionnaires potentiels des méthodes d'évaluation préalablement au dépôt des offres, elle n'est imposée ni par la loi ni par le règlement, exception faite de celle relative au critère du prix (art. 13 al. 1 let. 1 RLMP-VD), car ce dernier est un critère évalué de manière quantitative – et non qualitative – et que le choix de la méthode de notation peut jouer un rôle considérable (Etienne Poltier, op. cit. , pp 209 ss). Il en va ainsi car le choix d'une méthode de notation parmi les nombreuses solutions qui s'offrent à l'adjudicateur relève du large pouvoir d'appréciation qui lui est reconnu, le juge ne devant sanctionner que l'abus ou l'excès de ce pouvoir (ATF 140 I 241 consid. 6.1). Quoi qu'il en soit, même lorsqu'elles n'ont pas à être communiquées par avance, les autres méthodes d'évaluation doivent être arrêtées avant le retour des offres pour chacun des critères (art. 37 al. 4 RLMP-VD). Cette obligation découle également du principe de transparence et permet de prévenir d'éventuelles manipulations par le pouvoir adjudicateur une fois les offres reçues (arrêts MPU.2016.0022 du 31 janvier 2013 consid. 3b) aa; MPU.2016.0018 du 23 décembre 2016 consid. 2c et MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016 consid. 3a). d) A cet égard, le Tribunal fédéral a ainsi jugé qu'une grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et sous-critères, par exemple une échelle de notes ou une matrice de calcul, ne doivent pas nécessairement être portés à la connaissance préalable des soumissionnaires, sous réserve toujours de l'abus ou de l'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 130 I 241 consid. 4.1; TF 2P_6/2006 du 31 mai 2006 consid. 4.1 et 2D_22/2008 du 23 mai 2008 consid. 2.1 et 2P.172/2002 du 10 mars 2003 consid. 2.3 et les références citées). Décider si les critères utilisés par le pouvoir adjudicateur sont inhérents, ou non, au critère publié, ou encore, relèvent d'une grille d'évaluation de sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 consid. 5.1; TF 2P.172/2002 précité consid. 2.3 et 2P.188/2003 du 1^{er} décembre 2003 consid. 3.3). En revanche, le Tribunal fédéral a jugé qu'une méthode de notation pénalisant davantage les offres trop basses que les offres trop hautes devait être communiquée aux soumissionnaires avant l'adjudication (ATF 130 I 241). Dans le cas qui lui était soumis, il avait à connaître d'un diagramme d'évaluation du coût de l'ouvrage s'articulant autour d'un prix moyen déterminé par le pouvoir adjudicateur, qui servait de référence pour noter les différentes offres. Une soumission égale ou inférieure au coût de référence de 20% au maximum obtenait la meilleure note. Passé ce seuil de 20%, les offres inférieures subissaient une " forte et régulière dégression, jusqu'à atteindre 0 quand le devis [était de] plus de 50% inférieur au prix de référence ". Concernant les offres excédant le prix moyen, la dégression des notes était " nettement moins forte " et aboutissait à la note 0 à partir d'un dépassement de 100% (ATF 130 I 241 consid. 7.1). A cet égard, le Tribunal fédéral a jugé ce qui suit (ATF 130 I 241 consid. 7.4 i.i.): "[L] e diagramme d'évaluation litigieux consacre une méthode de notation si singulière qu'il devait, sous peine de violer le principe de la transparence, être communiqué aux soumissionnaires avant l'adjudication. En effet, même si l'on peut, à la limite, se montrer d'accord avec l'objectif de privilégier les estimations qui s'approchent d'un certain prix de référence, on ne peut en revanche pas accepter, sans autre examen, que celles qui lui sont inférieures soient systématiquement et davantage pénalisées

que celles qui lui sont supérieures. Certes, les désagréments pratiques exposés par le Département cantonal, en particulier le risque de dépasser le devis, sont peut-être moins grands dans le second que dans le premier cas. Une telle solution est toutefois arbitraire, car elle heurte gravement l'objectif premier des marchés publics, soit celui d'adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. En effet, entre deux soumissions, dont l'une est, par hypothèse, 30 % meilleur marché qu'un certain prix moyen, et l'autre, 30 % plus chère que ce même prix moyen, les chances que le coût final s'approchera (voire même sera en-dessous) du prix moyen demeurent importantes dans le premier cas, tandis qu'elles sont quasiment nulles dans le second. " e) De jurisprudence constante, une violation du principe de transparence n'entraîne toutefois l'annulation de l'adjudication que pour autant que les vices constatés aient effectivement influé sur le résultat (arrêts MPU.2016.0018 du 23 décembre 2016 consid. 2c; MPU.2015.0040 du 10 novembre 2015 consid. 6b/bb et cc).

E. 4

a) En l'espèce, les conditions de l'appel d'offres prévoyaient un critère d'adjudication intitulé 2. Organisation pour l'exécution du marché, d'une pondération de 10%. Il était lui-même subdivisé en deux sous-critères, pondérés à 5% chacun, à savoir

E. 5

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours et à l'annulation de la décision attaquée. Partant, le dossier doit être renvoyé à l'autorité intimée, afin qu'elle révoque la décision adjugeant le marché à B._____ et attribue le marché à A._____. Vu l'issue du litige, les frais seront laissés à la charge de l'Etat (art. 49 al. 1 et 52 LPA-VD). Par ailleurs, la recourante, qui obtient gain de cause par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens, à la charge ici encore de la seule autorité intimée (art. 55 al. 1 LPA-VD). Ceux-ci peuvent être arrêtés, compte tenu de la nature de la cause et du travail effectué, à un montant de 3'500 fr. (cf . art. 11 al. 2 du Tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative du 28 avril 2015 – TFJDA; RSV 173.36.5.1).

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