

VS_GERICHTE A1 19 142 vom 23. April 2020

VS Kantonsgericht, 2020-04-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_19_142

FR: VS_GERICHTE A1 19 142 du 23 avril 2020

IT: VS_GERICHTE A1 19 142 del 23 aprile 2020

Regeste

A1 19 142 ARRÊT DU 23 AVRIL 2020 Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public
Composition : Christophe Joris, président, Jean-Bernard Fournier, Thomas Brunner, juges, Patrizia Pochon, greffière, en la cause A_____, recourante, représentée par Maître M_____ contre CONSEIL COMMUNAL DE B_____, et CONSEIL COMMUNAL DE C_____, autorités attaquées, toutes deux représentées par le CONSEIL COMMUNALE DE D_____, autorité attaquée également, elle-même représentée par Maître N_____, et E_____, et F_____, tiers concernés, toutes deux représentées par Maître O_____ (Adjudication) recours de droit administratif contre la décision du 31 juillet 2019

Erwägungen

E. 2

La recourante estime d'abord que le montant de l'adjudication de 711 684 fr. est incompréhensible, car il ne correspond ni au procès-verbal d'ouverture des offres du 13 novembre 2018, ni au « tableau comparatif corrigé » du 11 février 2019. De plus, elle reproche au dit tableau, ainsi qu'à la décision attaquée, de ne plus faire état de l'existence d'un consortium entre les adjudicataires et y voit une violation du principe de l'intangibilité de l'offre.

E. 2.1

La législation sur les marchés publics a pour effet notamment d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. a-c AIMP). Le principe de non-discrimination, que traduit la préoccupation de l'égalité de traitement (cf. ég. art. 11 let. a AIMP), implique d'offrir à tous les candidats un accès identique au marché.

E. 2.2

En matière de marché public prévaut également le principe de l'intangibilité de l'offre à l'échéance du délai (« Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote », Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd. 2013, n. 710, p. 312 ; RVJ 2019 p. 49 consid. 4.2), qui est rappelé à l'article 14 al. 1 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100). Cela signifie qu'une offre ne doit en principe s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2D_33/2019 du 25 mars 2020 consid. 3.1 et 2C_667/2018 du 7 mai 2019 consid. 4.1). En revanche, les erreurs évidentes de calcul et d'écritures peuvent être corrigées (art. 19 al. 1 Omp). Le droit valaisan impose qu'à la suite de ces corrections, un tableau comparatif objectif des offres contrôlées soit établi (art. 19 al. 3 Omp)

E. 2.3

En l'occurrence, E_____ a indiqué, sur la page de garde du cahier de soumission, avoir formé un consortium avec l'entreprise F_____, ce que le CC permettait (ch. 3.11 et 4.2). A cette occasion, elle a précisé que HH_____ était la personne responsable de l'offre, ce qui signifiait implicitement que E_____ devait être considérée comme entreprise pilote au sens du ch. 3.11 CC, et donc être l'unique référent avec l'adjudicateur

- 9 - pour la procédure de soumission, ainsi que pour la phase de travaux d'adjudication (v. aussi ch. 4.2 CC). Le 31 juillet 2019, K_____ a adressé la décision d'adjudication à l'entreprise pilote selon la soumission et a avisé les soumissionnaires que le marché avait été adjugé à E_____ pour le montant de 711 684 fr. (TTC). Certes, l'on ne peut que déplorer l'omission de l'adjudicateur de mentionner aux soumissionnaires évincés que le marché querellé avait été attribué au consortium formé par E_____ et F_____. Le pouvoir adjudicateur reconnaît d'ailleurs qu'il s'agit d'une faute de FF_____, reprise par K_____. Ce manquement doit toutefois être relativisé dans la mesure où il n'est pas de nature à entraîner des effets sur la décision d'adjudication du marché étant donné que rien au dossier ne laisse présager que le consortium formé par les deux entreprises n'existerait plus. Au contraire, les adjudicataires ont confirmé ce que l'offre n'avait pas été modifiée et que le consortium formé était toujours existant, E_____ en étant simplement l'entreprise pilote. Dans ces circonstances, le grief tiré d'une violation du principe de l'intangibilité de l'offre doit être rejeté. Le même constat s'impose s'agissant des incohérences ressortant du « tableau comparatif corrigé » du 11 février 2019 relatives au montant « total TTC » et celui cumulé « général TTC » et « complémentaire TTC ». En effet, même si ces montants pourraient laisser croire à une modification des offres, il n'en est rien, car ces inexactitudes sont liées au fait que le pouvoir adjudicateur n'a, à tort, pas tenu compte pour les montants « général TTC » et complémentaire « TTC » du rabais, de l'escompte et du prorata tels que requis par le CC lors de l'établissement du tableau comparatif. Pour autant, le dossier remis par l'adjudicataire n'en a pas été modifié après le dépôt des offres vu qu'il ressort de celui-ci que le consortium a indiqué tant sur la page de garde du document d'appel d'offres que sur celle du cahier de soumission le montant net de 711 748 fr. 50, lequel correspond, après déduction du rabais (11 %), de l'escompte (2 %) et du prorata (0.9 %), TVA en sus, à l'addition des montants bruts de 676 311 fr. 25 et 88 265 fr. 50 (764 576 fr. 75) tels qu'il ressortent de la soumission (cf. Récapitulatif des prix pour l'installation de chauffage [p. 68 à 70] et pour le complément de chauffage [p. 22] ; pour le détail : 764 576 fr. 75 [montant brut] – 84 103 fr. 43 [rabais de 11 %] – 13 609 fr. 45 [escompte de 2 %] – 6 001 fr. 75 [prorata de 0.9 %] + 50 886 fr. 10 [TVA]). Par conséquent, les valeurs erronées reportées par le pouvoir adjudicateur (« montant général TTC » : 728 311 fr. 85 ; « montant complémentaire TTC » : 95 061 fr. 95) traduisent uniquement la légèreté dont il a fait preuve lors du contrôle des offres, mais n'impactent pas le critère du prix, vu que l'offre du consortium a été évaluée sur le montant après correction de 711 684 fr. (« total TTC ») qui est exact.

- 10 - Aux manquements susvisés s'ajoutent aussi diverses erreurs, telles qu'une divergence entre les délais de remise et d'ouverture des offres publiés dans le B.O. (xxx et xxx 2018) et ceux retenus dans le document d'appel d'offres (xxx et xxx 2018, cf. CC ch. 3.1 et 3.2), mais aussi l'indication erronée sur la page de garde du cahier de soumission, ainsi que sur celle des documents des annexes B et C et des « autres documents annexes », de l'existence d'une procédure sur invitation en lieu et place d'une procédure ouverte. A cela s'ajoute que

le pouvoir adjudicateur a déposé ceans un procès-verbal d'ouverture des offres dont il appert qu'il a été modifié après l'ouverture de la présente procédure. La démarche adoptée par l'adjudicateur dénote du peu de sérieux dont il a fait preuve dans l'adjudication de ce marché. Toutefois, elle n'est pas de nature à entraîner des effets sur la décision litigieuse vu que ce sont les éléments ressortant du tableau comparatif, et non ceux du procès-verbal, qui ont servi de base à l'évaluation des offres. Enfin, il y a encore lieu de souligner que le tableau d'évaluation (« récapitulatif global ») comporte, lui aussi, des erreurs étant donné que le critère 3.1 n'a reçu qu'une pondération de 5 %, quand bien même le CC lui attribuait le double de la valeur (cf. ch. 5.8 CC). Ce manquement ne permet d'ailleurs à aucun soumissionnaire d'atteindre la note maximale de 5 (100 %). Néanmoins, cela n'a également pas d'incidence sur l'issue de la cause. D'une part la recourante n'a pas contesté ce point et, d'autre part, même une correction de ce dernier (cf. infra consid. 3.4) n'aurait pas pour conséquence de modifier le classement de l'offre des adjudicataires et de la recourante, lesquelles ont reçu la note maximale à ce poste, mais uniquement de majorer la note finale de 0.25 points. Du reste, il appartenait aux soumissionnaires de s'en plaindre lorsqu'ils ont reçu le tableau comparatif, ce qu'ils n'ont pas fait.

E. 3

La recourante reproche ensuite au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir respecté la méthode de calcul énoncée dans le CC et d'avoir ainsi évalué, de manière arbitraire, le critère de la crédibilité du prix (A.2).

E. 3.1

Conformément aux articles 21 al. 1 LcAIMP et 31 al. 1 Omp, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans l'évaluation, le rapport prix/prestations doit être observé. Dans ce cadre et selon la nature des marchés, des critères différents, en dehors du prix, peuvent être pris en considération, notamment la qualité, les délais, la rentabilité, la compétence, l'expérience, les références, la formation, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'écologie, la convenance de la prestation, la valeur technique, l'esthétique, la créativité et l'infrastructure. Ainsi, au nombre des critères permettant de déterminer l'offre économiquement la plus favorable, le pouvoir adjudicateur doit retenir celui du prix en lui donnant un poids adéquat. Le critère

- 11 - du prix doit en outre avoir l'impact que lui donne la pondération annoncée, sans que sa portée soit ensuite indûment affaiblie par une méthode de notation privant le soumissionnaire de l'avantage qu'il acquiert en déposant, par exemple, l'offre la plus basse. Il importe néanmoins de garder à l'esprit que le prix n'est qu'un critère parmi tous les autres et qu'il ne permet pas, à lui seul, de justifier une adjudication (ATF 143 II 553 consid. 6.4, 130 I 241 consid. 6.3 et 129 I 313 consid. 9.2 et les réf. cit. ; ACDP A1 18 204 du 27 février 2019 consid. 3.1 et les réf. cit. ; Etienne Poltier, op. cit., n. 336, p. 211 ; Peter Galli et al., op. cit., n. 854 et 880, p. 382 et 395).

E. 3.2

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 130 I 241 consid. 6.1 ; RVJ 2016 p. 25 consid. 2.2 ; ACDP A1 18 204 précité, consid. 3.2 ; v. aussi Etienne Poltier, op. cit., n. 318, p. 198). Il ne suffit donc pas, pour qu'une méthode de notation puisse être qualifiée d'illégale, que l'usage d'autres méthodes aurait pu se justifier ou même aurait été

objectivement préférable. Il faut encore pouvoir établir que la méthode choisie conduit à un résultat insoutenable en ce qu'elle ne permet manifestement pas de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. L'adjudicateur doit arrêter la méthode d'évaluation du critère du prix avant l'entrée des offres, mais il n'a pas à la communiquer à l'avance aux soumissionnaires. Il doit l'appliquer de manière uniforme à toutes les offres qu'il évalue et sur la base de la même échelle de notes que pour les autres critères. En outre, les écarts de prix doivent objectivement se retrouver dans la notation et l'offre la meilleure marché doit, en principe, obtenir la meilleure note (RVJ 2016 p. 25 consid. 2.2 et les réf. cit., notamment Peter Galli et al., op. cit., n. 898 à 914, p. 405 ss et Denis Esseiva, Les problèmes liés au prix, in : BR/DC Sonderheft Vergaberecht 2004 p. 33 s. ; ACDP A1 17 230 du 22 juin 2018 consid. 4.2.2). De même, sous peine de violer le principe de non-discrimination, ainsi que celui de la bonne foi (art. 9 Cst.), l'adjudicateur doit se conformer, dans la suite de la procédure, aux conditions du marché qu'il a préalablement annoncées et ne saurait dès lors s'écarter des « règles du jeu » qu'il s'est fixées (ATF 141 II 353 consid. 8.2.3 ; Etienne Poltier, op. cit., n. 259, p. 161).

E. 3.3

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur reconnaît s'être écarté du prix moyen de 757 373 fr. 30 ([698 145 fr. 80 + 711 684 fr. + 717 744 fr. + 723 828 fr. + 941 685 fr. + 751 153 fr.]/6) en soutenant qu'« [a]u vu de l'écart minime (3,68 %) qui sépar[ait] les quatre premiers potentiels adjudicataires, le maître d'ouvrage a déterminé qu'il était plus représentatif pour le marché d'établir la moyenne sur ces mêmes soumissionnaires », si bien qu'il a retenu un prix moyen de 712 850 fr. 45 ([698 145 fr. 80 + 711 684 fr. +

- 12 - 717 744 fr. + 723 828 fr.]/4). Or, ce procédé est illicite car le document d'appel d'offres prévoyait que la notation de la crédibilité du prix (critère A.2) devait se faire en tenant compte de la moyenne des prix de l'ensemble des offres recevables pour le marché. L'adjudicateur devait fixer le barème de notation, la note de 5 se trouvant à la moyenne des prix. Plus le soumissionnaire s'éloignait de cette valeur moyenne, plus la note devait être basse, la note de 0 étant attribuée à un montant offert qui était au-delà d'un certain pourcentage (- 50 à +50 %) de part et d'autre de la moyenne. De plus, le prix moyen pouvait être estimé par l'adjudicateur ou tiré de la moyenne des prix des soumissionnaires pour autant que ceux-ci soient de 5 au minimum. Le CC élaboré par le pouvoir adjudicateur ne lui laissait ainsi pas la possibilité, comme il le soutient, de ne retenir les quatre entreprises arrivées en tête pour fixer le prix moyen. C'est à bon droit que la recourante relève que l'adjudicateur n'a pas allégué et encore moins prouvé avoir calculé, préalablement au dépôt des offres, un montant moyen, c'est-à-dire un prix idéal, si bien que celui-ci devait être calculé sur la base de la moyenne des offres recevables pour le marché, d'autant plus que leur nombre était supérieur à cinq. A cet égard, l'on ne saurait suivre l'adjudicateur lorsqu'il soutient que la sélection des quatre soumissionnaires reprenait la ligne directrice du point A.1, lequel préservait la notation des entreprises situées au maximum à 5 % de l'offre la plus basse étant donné que le critère A.2 ne prévoyait rien de tel et renvoyait encore moins à la méthode de notation linéaire du critère A.1. Ainsi, en s'écarter, après le dépôt des offres, de la méthode d'évaluation annoncée, le pouvoir adjudicateur a rendu une décision illégale portant atteinte aux principes d'égalité de traitement et de transparence, ce qui doit conduire à l'admission du recours.

E. 3.4

C'est dès lors à bon droit que la recourante se plaint d'une modification illégale du prix moyen servant à la notation du critère de la crédibilité du prix. Le montant à retenir est donc celui de 757 373 fr. 30 ([698 145 fr. 80 + 711 684 fr. + 717 744 fr. + 723 828 fr. + 941 685 fr. + 751 153 fr.]/6) en lieu et place de 712 850 fr. 45 ([698 145 fr. 80 + 711 684 fr. + 717 744 fr. + 723 828 fr.]/4). Le calcul corrigé montre que les adjudicataires, dont le prix de l'offre s'écarte de 6 % du prix moyen, auraient dû obtenir la note de 4.40 ([711 684 fr. x 100] / 757 373 fr. 30), pondérée à 0.88 (4.40 x 20 %), alors que la recourante aurait dû être gratifiée d'une note de 4.48, pondérée à 0.896 (4.48 x 20 %) vu que son offre présentait une différence de 5.2 % par rapport au prix moyen ([717 744 fr. x 100] / 757 373 fr. 30). La prise en compte de ces nouvelles notes dans le tableau d'évaluation des offres ainsi que la pondération correcte du critère 3.1, donne, en définitive, le résultat suivant :

- 13 -

Consortium A_____	Critère 1.1	1.984	1.976	Critère 1.2	0.880	0.896	Critère 2.1	0.50
	0.50	Critère 2.2	0.50	0.50	Critère 2.3	0.25	0.25	Critère 3.1
					0.50	0.50	Critère 3.2	0.25
							0.25	0.25
Total	4.864	4.872						

Force est donc de constater que l'admission de ce grief conduit la recourante à arriver au premier rang et à remporter le marché (4.872 contre 4.864). 4.1 Attendu ce qui précède, le recours est admis. Rien n'indiquant que l'adjudicateur ait déjà conclu un contrat définitif avec le consortium, la décision d'adjudication du 31 juillet 2019 est réformée en ce sens que les travaux de chauffage et de ventilation (CFC 24) liés à l'extension et à la transformation de G_____, à D_____, sont attribués à A_____ (art. 18 al. 1 AIMP et 37 al. 1 Omp). 4.2 Le présent arrêt rend sans objet la demande d'effet suspensif. 4.3 Par exception à la règle et vu les nombreuses erreurs commises, ainsi que la transmission d'un document modifié pour les besoins de la cause (cf. supra B.a), les frais de la présente procédure sont solidairement mis à la charge des communes de B_____, de C_____ et de D_____ (art. 88 al. 2 et 89 al. 4 LPJA ; cf. ACDP A1 18 173 du 29 mars 2019 consid. 6.1.1). 4.3.1 Vu les critères et limites des articles 13 al. 1 et 25 de la loi du 11 février 2009 fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives (LTar ; RS/VS 173.8) et, en particulier, les principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, l'émolument de justice, qui comprend les frais de chancellerie (art. 3 al. 3 et 11 LTar), est fixé à 3 000 francs. 4.3.2 La recourante, qui obtient gain de cause et a pris une conclusion en ce sens, a droit à une indemnité de dépens (art. 91 al. 1 LPJA), à la charge du pouvoir adjudicateur, dont le comportement fautif est à l'origine de l'admission du recours. Les dépens dus à A_____ sont fixés à 3 000 fr. (TVA comprise ; art. 4, 27 et 39 LTar). En sus de

- 14 - l'indemnisation des débours, fixés forfaitairement à 100 fr. (pour les frais de copies [50 cts par page : ATF 118 Ib 349 consid. 5] et de port [selon le tarif postal; cf. à ce sujet, RVJ 2002 p. 315]), ce montant tient compte de l'activité déployée par le mandataire de cette partie, travail qui a consisté principalement en la rédaction du mémoire de recours (10 pages) et d'une détermination ultérieure (4 pages). Il n'est par contre pas alloué de dépens au consortium qui succombe (art. 91 al. 1 LPJA a contrario).

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