

VS_GERICHTE A1 21 151 vom 9. November 2021

VS Kantonsgericht, 2021-11-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_21_151

FR: VS_GERICHTE A1 21 151 du 9 novembre 2021

IT: VS_GERICHTE A1 21 151 del 9 novembre 2021

Regeste

A1 21 151 ARRÊT DU 9 NOVEMBRE 2021 Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, juges ; Ferdinand Vanay, greffier en la cause X _____ SA et Y _____ SA, recourantes contre CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DU VALAIS, 1951 Sion, autorité attaquée, et Z _____ SA, adjudicataire, représenté par Maître Guillaume Fournier, avocat, 8031 Zurich (marché public) recours de droit administratif contre la décision du 28 juin 2021

Erwägungen

E. 46

LPJA). 1.2 A qualité pour recourir céans quiconque est atteint par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. a LPJA). Dans les affaires de marchés publics, cet intérêt digne de protection dépend en principe des chances du recourant d'obtenir l'adjudication, en cas d'admission des griefs qu'il formule. Un soumissionnaire dispose d'un tel intérêt en particulier s'il est en bonne place au classement des offres selon la grille d'évaluation (ATF 141 II 14 consid. 4.1, cité p. ex. in : arrêt du Tribunal fédéral 2C_951/2019 du 16 juillet 2020 consid. 2.2.1 ; RVJ 2015 p. 72). In casu, selon la grille d'évaluation des offres déposée par le pouvoir adjudicateur, les recourantes arrivent en deuxième position, à 0.14 points de l'adjudicataire. Elles disposent ainsi de réelles chances d'emporter le marché, si l'un ou l'autre des motifs qu'elles invoquent devait être admis. Par conséquent, leur qualité pour recourir doit être admise. 1.3 Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que les recourantes ont motivés dans les formes des articles 80 alinéa 1 lettre c et 48 alinéa 1 LPJA et ne statue que sur

- 7 - la légalité de la décision contestée, non sur son opportunité (art. 16 AIMP et 16 LcAIMP ; RVJ 2017 p. 30 consid. 4). 1.4 Les recourantes sollicitent, à titre de moyen de preuve, l'édition du dossier d'appel d'offres et du dossier d'adjudication dans leur intégralité. Le SIP a joint à sa réponse les pièces essentielles du dossier d'adjudication, à savoir notamment le cahier de soumission (cf. pièce no 1), le cahier des charges (sans les plans, cf. pièce no 2), les deux offres concurrentes (cf. pièces nos 4 et 5), la grille d'évaluation (cf. pièce no 6), un tableau comparatif destiné à évaluer la crédibilité du prix en fonction du nombre d'heures annoncées (cf. pièce no 7) et un rapport d'adjudication (cf. pièce no 8). On peut considérer que le dépôt de ces pièces satisfait à la demande des recourantes (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA), qui n'ont d'ailleurs pas élevé de griefs particuliers à ce propos dans leur réplique. La requête semblable formulée par l'adjudicataire est donc elle aussi satisfaite. Celui-ci propose en outre d'interroger un représentant du pouvoir adjudicateur, dans le but de justifier l'évaluation des offres ayant conduit à la décision contestée. Ce moyen apparaît superflu, puisque l'adjudicateur a déposé

céans une réponse circonstanciée ainsi qu'une duplique. On ne voit en effet pas quels éléments nouveaux et déterminants pour l'issue du litige l'interrogatoire requis pourrait apporter. En conséquence, celui-ci ne sera pas administré (ATF 145 I 167 consid. 4.1 et 140 I 285 consid. 6.3.1). 2. L'affaire porte sur l'attribution d'un marché public. Les recourantes soutiennent que cette décision d'adjudication est contraire au droit. A la forme, elles reprochent d'abord à l'adjudicateur d'avoir commis une erreur particulièrement grave en communiquant aux soumissionnaires évincés une grille d'évaluation incorrecte (cf. infra, consid. 3). Ensuite, sur le fond, la Cour examinera d'abord si le critère du prix a fait l'objet d'une pondération suffisante dans l'évaluation globale des offres (cf. infra, consid. 4), puis se penchera sur le grief que les recourantes formulent en lien avec le sous-critère « crédibilité du prix » (cf. infra, consid. 5). 3.1 A la forme, les recourantes affirment que l'adjudicateur a commis une erreur particulièrement grave en communiquant aux soumissionnaires évincés une grille d'évaluation incorrecte. Elles relèvent que ce document fait état d'importants écarts de notes qui ne correspondent pas à la réalité et qui faussent complètement l'appréciation des chances d'obtenir le marché ; conséquemment, l'opportunité de contester l'adjudication par un recours a été également biaisée.

- 8 - 3.2 Aux termes de l'article 34 Omp, l'adjudicateur doit, sur demande, faire connaître dans les cinq jours au soumissionnaire les motifs principaux de sa non prise en considération (al. 2). Cependant, si l'offre de l'adjudicataire n'est pas la meilleure marché, la décision d'adjudication doit contenir, en plus de l'indication du nom de l'adjudicataire et du montant de l'adjudication, le tableau d'évaluation des offres. Le tableau d'évaluation mentionne au minimum les critères et les éventuels sous-critères d'adjudication, leurs pondérations ainsi que les notes obtenues par l'adjudicataire et le destinataire de la décision, respectivement le classement de ce dernier (al. 3). Ces dispositions répondent aux exigences de l'article 13 lettre h AIMP, qui demande que les dispositions d'exécution cantonales garantissent, en particulier, « la motivation sommaire des décisions d'adjudication ». Plus généralement, le principe de la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) exige notamment que le pouvoir adjudicateur décrive précisément ce qu'il attend des soumissionnaires, qu'il leur communique l'ordre et la pondération des critères avant le dépôt des offres, qu'il se conforme aux conditions préalablement annoncées et qu'il ne s'écarte pas des règles du jeu qu'il a lui-même fixées. En matière de motivation de la décision d'adjudication, ce principe ne prévoit rien de plus que les exigences topiques mentionnées par les dispositions précitées, en ce sens qu'il implique que ladite décision aboutisse à un résultat que les soumissionnaires puissent comprendre. 3.3 Personne ne conteste qu'en l'espèce, la décision d'adjudication du 28 juin 2021 ne comporte pas de tableau d'évaluation des offres. Cette omission contrevient manifestement à l'article 34 alinéa 3 Omp, puisque l'offre de l'adjudicataire n'est pas la meilleure marché. Partant, les soumissionnaires évincés n'ont pas été informés de manière conforme aux prescriptions légales. A cela s'ajoute que, répondant à une demande des recourantes visant à réparer l'omission précitée, le pouvoir adjudicateur leur a communiqué une grille d'évaluation qui n'était, selon ses explications au stade de la procédure céans, pas celle ayant servi de base à la décision d'adjudication. Il s'agit d'une seconde violation de prescriptions formelles dans le cadre de la passation de ce marché, les recourantes n'ayant pas été correctement informées sur les motifs principaux de leur non prise en considération (art. 34 al. 2 Omp). 3.4 Pareilles informalités s'assimilent à une violation du droit à une décision motivée, lequel est une composante du droit d'être entendu (ATF 142 I 135 consid. 2 et 138 I 232

- 9 - consid. 5.1). Elles n'entraînent pas nécessairement l'annulation de la décision attaquée. En effet, selon la jurisprudence, une violation du droit d'être entendu peut être réparée lorsque l'intéressé jouit de la possibilité de s'exprimer librement devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure et qui peut ainsi contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée, à condition toutefois que l'atteinte aux droits procéduraux de la partie lésée ne soit pas particulièrement grave (ATF 145 I 167 consid. 4.4, 142 II 218 consid. 2.8.1 et 137 I 195 consid. 2.3.2). Cela étant, une réparation de la violation du droit d'être entendu peut également se justifier, même en présence d'un vice grave, lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure, ce qui serait incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 et 137 I 195 consid. 2.3.2). En l'occurrence, les recourantes ont eu accès, au cours de la procédure devant la juridiction de céans, à la grille d'évaluation ayant servi de base à la décision d'adjudication ; elles ont aussi pu formuler à cet égard les motifs qu'elles estimaient pertinents pour contester l'évaluation des offres. Dans ces circonstances, même si la Cour doit qualifier de grave le cumul de deux manquements aux exigences légales par le pouvoir adjudicateur, elle considère que le renvoi de l'affaire à cette autorité constituerait une vaine formalité qui irait à l'encontre du principe d'économie de procédure. Partant, cette solution ne se justifie pas pour ce seul motif formel.

4.1 Sur le fond, la Cour entend d'abord examiner si le poids accordé au critère du prix est conforme au droit des marchés publics. Pour rappel, selon la grille d'évaluation que l'adjudicateur a jointe à sa réponse, les offres de l'adjudicataire et des recourantes ont été notées de la manière suivante : Critères et sous-critères d'adjudication Z _____ X _____ et Y _____

points	points	points pondérés	points	points pondérés	Prix de l'offre déposée (30 %)	8.88	1.33	9.95
1.49	Notation du prix (15 %)	3.88	0.58	5.00	0.75	Crédibilité du prix (15 %)	5.00	0.75
0.74							4.95	

Les recourantes formulent céans des critiques uniquement relatives au sous-critère de la crédibilité du prix (cf. infra, consid. 5). Dans les considérants qui suivent, la Cour étendra toutefois son examen également à la question de la pondération des montants

- 10 - offerts, qui apparaît d'emblée très faible. Cette problématique a du reste été formellement pointée par d'autres candidats au marché, dans le cadre d'une procédure de recours de droit administratif traitée parallèlement à la présente (cf. ACDP A1 21 153 rendu ce jour consid. 4). D'ailleurs, dans sa réponse au présent recours (p. 3), l'adjudicateur se réfère explicitement à la pondération globale de 30 % relative au prix de l'offre déposée. Il justifie son choix en expliquant qu'il s'agit d'un marché complexe, de sorte qu'il a préféré accorder davantage de poids au critère des références (40 %).

4.2 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 (rapport prix/prestations, cf. art. 31 al. 1 Omp). Sur la question de savoir quel poids attribuer à ce critère dans l'évaluation globale des offres, la loi ne donne aucune indication précise, en particulier quant à une pondération minimale au-delà de laquelle il ne serait pas permis d'évaluer le prix. Cela peut fortement dépendre du type de marché en question et de son degré de complexité. Selon la jurisprudence, l'attribution à ce critère d'une pondération de 20 % seulement se situe « clairement à la limite inférieure de ce qui est admissible, même pour un marché complexe, sous peine de vider de sa substance la notion d'offre économiquement la plus avantageuse »

(ATF 143 II 553 consid. 6.4, 130 I 241 consid. 6.3 et 129 I 313 consid. 9.2 et les réf. cit. ; RVJ 2020 p. 27 consid. 5.2 ; RVJ 2016 p. 25 consid. 2.1 ; ACDP A1 11 29 du 10 juin 2011 consid. 7e/aa ; Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd. 2013, nos 854 et 880). 4.3 En l'occurrence, l'adjudicateur se justifie en se référant à la pondération de 30 % valant pour l'ensemble du critère du prix. Il perd toutefois de vue qu'en définitive, les montants annoncés par les offreurs ne sont pondérés qu'à 15 %, dans le cadre du sous-critère « notation du prix ». L'autre sous-critère appelé « crédibilité du prix », qui dispose de la même pondération, ne tient en réalité pas du tout compte de ces montants. En effet, le cahier de soumission (pièce no 1 jointe à la réponse de l'adjudicateur) expose en page 9 la méthode de notation de la crédibilité du prix. Dite méthode se fonde exclusivement sur le nombre d'heures offertes par les candidats et consiste à déterminer un nombre d'heures moyen. A partir de ce nombre, une fourchette oscillant entre -10 % et +20 % permet aux offreurs dont le nombre d'heures se situe dans cette moyenne d'obtenir la note maximale de 5. La notation est ensuite dégressive : plus le nombre d'heures offertes s'éloigne de cette fourchette, plus le candidat est mal noté. Il s'ensuit que le prix stricto sensu, à savoir le montant offert, ne dispose que d'une pondération de 15 % dans la présente adjudication.

- 11 - 4.4 Certes, il n'est pas interdit à l'adjudicateur de définir le critère du prix au moyen de plusieurs sous-critères (arrêt du Tribunal fédéral 2P.146/2001 du 6 mai 2002, consid. 4.1 ; ACDP A1 11 29 précité consid. 7e/bb). Le montant de l'offre n'est, dans ce cas, qu'une composante de ce critère économique, au même titre par exemple que le coût horaire ou que l'évaluation de la justesse et de la sécurité du calcul du prix. Dans cette situation, la logique commanderait d'inclure, dans les pourcentages traduisant l'influence du critère du prix sur la note finale, tous les sous-critères le composant et non uniquement celui du montant de l'offre. Cette manière de faire peut paraître séduisante, car elle permet d'évaluer le critère en question de manière plus objective que sur la seule base du montant de l'offre. Ce procédé comporte toutefois le risque, par l'utilisation de sous-critères en liens plus ou moins étroits avec ce critère économique, de rendre négligeables les écarts entre les prix offerts sans justification pertinente et, par là même, de vider de sa substance la notion d'offre économiquement la plus favorable. La méthode de calcul utilisée in casu pour évaluer les montants offerts est la méthode dite « au carré » : $\text{note obtenue} = (\text{prix offert le plus bas})^2 \times 5 / (\text{prix du candidat})^2$. Cette méthode est adéquate, dans la mesure où elle retranscrit les écarts de prix entre les offres. Les recourantes ont proposé le prix le plus bas, à 898 891 francs. Néanmoins, la comparaison de ce montant avec celui proposé par l'offre la plus chère, à 1 818 530 fr., montre une différence de prix très importante, du simple au double. Après pondération, les recourantes obtiennent 0.75 points pour le montant de leur offre, l'offreur le plus cher 0.18. Le sous-critère « notation du prix » a ainsi permis aux recourantes d'obtenir un avantage comparatif de 0.57 points par rapport au candidat ayant déposé l'offre la plus chère. Cela représente un peu plus de 10 % de la note maximale, ce qui paraît extrêmement faible, vu l'écart très important entre les montants offerts (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2P.225/2005 du 27 avril 2006 consid. 3.3, dans lequel un avantage comparatif de 10 % pour un écart de prix entre les offres correspondant à 20 % du prix adjugé a été jugé acceptable). La méthode de notation au carré n'est pas à l'origine du faible impact de l'écart entre les montants sur la note finale. Cela provient avant tout du fait que le critère économique a été doté d'une pondération relativement faible (30 %) et qu'il a, au surplus, été morcelé en deux sous-critères d'importance égale. De cette façon, l'écart entre les montants offerts par les différents candidats, même s'il pouvait être relativement

marqué, ne s'est traduit que faiblement dans la notation finale. Cette manière de faire biaise l'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse, en réduisant l'influence que devrait avoir sur la notation l'écart entre les montants des offres, procédé qui n'est pas admissible.

- 12 - En d'autres termes, si l'adjudicateur entend évaluer le critère du prix sur la base de plusieurs sous-critères, il doit veiller à ce que l'écart entre les offres se traduise de manière appropriée dans la note finale. Tel n'a pas été le cas ici. 4.5 L'insuffisance du poids accordé au sous-critère « notation du prix » doit nécessairement amener à un réexamen de la pondération des critères d'adjudication dans son ensemble. Il appartient au pouvoir adjudicateur de conduire une telle analyse. La Cour ne peut en effet pas fixer elle-même la pondération qu'il convient d'accorder au sous-critère précité (20 %, 25 % ou d'avantage), pas plus qu'elle ne peut décider quel(s) autre(s) critère(s) ou sous-critère(s) doit ou doivent disposer d'une pondération plus faible. Il reviendra à l'adjudicateur d'arrêter un nouveau mode d'évaluation qui soit propre à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse et d'adjuger le marché selon les nouveaux résultats obtenus. Dès lors que ces modifications sont de nature à changer considérablement les bases sur lesquelles les soumissionnaires ont déposé leurs offres, la procédure d'adjudication doit être reprise ab initio, conformément au principe de transparence. Cette solution repose sur des motifs objectifs et est conforme à la jurisprudence (ATF 141 II 353 consid. 6). 5.1 Attendu ce qui précède, les autres griefs invoqués par les recourantes, qui tendent à faire constater le caractère arbitraire des notes qui leur ont été attribuées, deviennent sans objet et n'auraient pas à être examinés céans. La Cour estime néanmoins opportun d'examiner le grief que les recourantes formulent en lien avec le sous-critère « crédibilité du prix ». Celles-ci font principalement remarquer que la moyenne des heures a été calculée en intégrant des valeurs nulles pour deux des onze candidats qui n'avaient fourni aucun nombre d'heures. Or, selon elles, afin d'établir une moyenne d'heures conforme à la réalité, l'adjudicateur aurait dû exclure du calcul les deux candidatures concernées ou exiger que celles-ci soient complétées par l'indication des heures offertes. 5.2 La méthode de notation de la crédibilité du prix a été exposée ci-dessus au considérant 4.3. Sous pièce no 7 jointe à sa réponse, l'adjudicateur produit un tableau répertoriant le nombre d'heures offertes par les candidats. On remarque que les heures offertes oscillent entre un plancher de 10 842 heures pour l'adjudicataire et un plafond supérieur à 16'000 heures pour un autre candidat, les recourantes ayant quant à elles proposé 12 832 heures. La moyenne retenue est de 10 619 heures. Comme le font remarquer les recourantes, cette moyenne est inférieure au plus petit nombre d'heures proposé par

- 13 - l'adjudicataire et s'explique par le fait que deux offres ont été comptabilisées avec 0 heures, les candidats en question n'ayant pas mentionné d'heures. A partir de cette moyenne, la fourchette permettant d'obtenir la note maximale de 5 oscille entre 9557 heures (-10%) et 12 743 heures (+20%). 5.3 Avec les recourantes, force est de constater que cette manière de faire est arbitraire, car la prise en compte d'un nombre d'heures égal à 0 ne correspond manifestement pas à une quelconque réalité et contribue à baisser artificiellement la moyenne des heures, avantageant de manière injustifiable les offreurs proposant le moins d'heures. L'adjudicateur ne fournit d'ailleurs céans aucune explication convaincante qui permettrait de tempérer ce constat. La Cour est donc d'avis que la moyenne devait être déterminée uniquement sur la base des heures effectivement offertes par neuf des onze soumissionnaires. Le total des heures était ainsi de 116'815.35 (12 832 + 10 842 + 12 829 + 14 257 + 12 402 + 10 842 + 13 544 + 12 874 + 16 393.35) et la moyenne

de 12 979 heures ; la fourchette permettant d'obtenir la note maximale de 5 oscillait entre 11 681 heures (-10%) et 15 574 heures (+20%). Cela étant, les recourantes devaient obtenir la note 5 pour ce sous-critère. L'adjudicataire, en revanche, devait voir sa note baisser car le nombre d'heures qu'il avait proposées était inférieur à 11 681. Sachant qu'un nombre d'heures correspondant à la moitié de la moyenne (soit ici, 6489 heures) donnait une note 0 (cf. cahier de soumission p. 9) et que la note décroissait de manière régulière dès que le nombre d'heures était inférieur à 11 681, l'adjudicataire obtenait une note 4.19 correspondant à 10 842 heures. 5.4 Une telle solution aurait été légale et devait être préférée à celle que mentionnent également les recourantes, consistant à demander aux deux soumissionnaires ayant omis d'indiquer leur nombre d'heures de compléter leurs offres respectives. En effet, ce procédé n'aurait pas été compatible avec le principe d'intangibilité des offres. 5.5 Il s'ensuit que l'évaluation des offres a également été illégale au niveau du sous-critère « crédibilité du prix ». Dans le cadre de la nouvelle procédure que l'adjudicateur devra mettre en œuvre, il devra tenir compte de cet aspect s'il maintient tel quel le sous-critère précité et si des offreurs omettent de mentionner le nombre d'heures qu'ils proposent pour la réalisation du marché. 6.1 Le recours est admis et la décision d'adjudication est annulée (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). L'affaire est renvoyée au Conseil d'Etat pour reprise ab initio de toute la procédure d'adjudication. 6.2 La demande d'effet suspensif est classée, le présent arrêt la privant d'objet.

- 14 - 6.3 L'émolument de justice est fixé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties, ainsi que de leur situation financière ; il oscille entre un minimum et un maximum arrêtés eu égard aux principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations (art. 13 al. 1 et 2 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). Dans les procédures de recours de droit administratif, il est perçu un émolument de 280 à 5000 fr. (art. 25 LTar), limites que la Cour peut majorer jusqu'au quintuple, lorsque des circonstances particulières le justifient (art. 13 al. 3 LTar). En l'occurrence, compte tenu notamment de la valeur du marché à adjuger, il se justifie de fixer l'émolument de justice, qui comprend les frais de chancellerie (art. 3 al. 3 LTar), à 3000 francs. Etant donné que c'est le pouvoir adjudicateur qui est à l'origine des motifs conduisant à l'annulation de la décision et à la reprise de la procédure ab initio, il se justifie de mettre seulement une partie des frais à la charge de l'adjudicataire Z _____, qui succombe dans ses conclusions (art. 89 al. 1 LTar). Celle-ci en supportera dès lors la moitié (1500 fr.), le solde de 1500 fr. étant remis (art. 89 al. 4 LPJA ; ACDP A1 20 82 du 8 février 2021 consid. 4.2). 6.4 L'issue du litige implique pour Z _____ le refus des dépens (art. 91 al. 1 LPJA a contrario).

- 15 -

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