

Marchés publics - ATC (Cour de droit public) du 16 septembre 2016 – A1 16 85

Principe de la transparence, offre anormalement basse et évaluation des références données

- Principe de la transparence et exigence de communication préalable des critères d'adjudication et de leur pondération (art. 1 al. 3 let. c AIMP, art. 2 al. 1 let. k Omp ; consid. 4.1).
- Règles en cas d'offre anormalement basse (art. 22 Omp ; consid. 4.2).
- Evaluation des références fournies par les soumissionnaires (consid. 6).

Öffentlichkeitsprinzip, ungewöhnlich niedriges Angebot und Bewertung der eingereichten Referenzen

- Öffentlichkeitsprinzip und Anforderung der vorgängigen Mitteilung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung (Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB, Art. 2 Abs. 1 lit. k VöB; E. 4.1).
- Vorgehen bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten (Art. 22 VöB; E. 4.2).
- Bewertung der durch die Anbieter eingereichten Referenzen (E. 6).

Considérants (extraits)

(...)

4.1 La règle de la transparence des marchés publics (art. 1 al. 3 let. c de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics – AIMP ; RS/VS 726.1) a pour corollaire l'obligation de l'adjudicateur de mentionner aux soumissionnaires les critères et leur pondération, de manière qu'ils puissent élaborer leur offre au vu de ces indications (cf. art. 2 al. 1 let. k de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics – Omp ; RS/VS 726.100 ; cf. art. 2 let. a de la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics – Lmp ; RS/VS 726.1), sans pouvoir exiger en sus la mention d'éventuels sous-critères, s'ils demeurent dans le cadre des critères annoncés, ni *a fortiori* une description théorique de l'emploi futur de ces critères, dont une modification substantielle est exclue après le dépôt des offres (cf. p. ex. ACDP A1 15 48 du 8 janvier 2016 consid. 6.2 citant P. Galli/A. Moser/E. Lang/M. Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd., 2013, n^{os} 849, 972, 975 à 977) .

Les « critères d'adjudication et éléments d'appréciation » de la page 6 des conditions générales (ci-après : CG) communiquées aux soumissionnaires distinguaient expressément le montant de l'offre (1.1) et la réalité des prix par rapport au marché (1.2). Les offreurs devaient donc s'attendre à une évaluation dissociant, d'une part, (a) le montant (global) évoqué sous 1.1, facteur qui allait influencer la note finale à hauteur de 56 % (80 % de 70 %) et, d'autre part, (b) les prix (au pluriel) dont il était question sous 1.2, et dont la réalité allait entrer pour 14 % dans cette note (20 % de 70 %). Ces prix ne pouvaient, logiquement, être que des positions du descriptif des prestations que chaque offreur devait compléter et qui avait été établi par le client. Ces positions étant nombreuses, seuls les prix de quelques-unes pouvaient rationnellement entrer en considération sous l'angle du chiffre 1.2, sans quoi les calculs nécessaires auraient pris une ampleur démesurée et leurs résultats risquaient de devenir peu significatifs.

Le libellé de ce passage de l'appel d'offres ne contrevenait pas à l'article 1 alinéa 3 lettre c AIMP et à l'article 2 alinéa 1 lettre k Omp, car il incitait les soumissionnaires à élaborer leurs offres en veillant à calculer au mieux les coûts qui pouvaient retenir davantage l'attention de l'adjudicateur. Ce dernier n'avait pas à leur spécifier quelles seraient les positions qu'il analyserait, ce qui serait revenu à esquisser un schéma de calcul du 14 % de la note finale.

4.2 Le droit des marchés publics n'interdit pas l'adjudication d'un marché à un prix correspondant à une offre inférieure au prix de revient de la prestation, pourvu que l'on puisse raisonnablement admettre que le marché sera correctement exécuté ; il en va de même si une offre comporte de nombreuses positions à 0 fr. (art. 22 Omp et 2 let. e Lmp ; ACDP A1 14 36 du 2 mai 2014 consid. 3.2 et A1 11 155 du 15 mars 2012 consid. 4.3.1).

Un adjudicateur peut, néanmoins, légalement choisir des critères aptes à débusquer les prix dont l'attractivité est surtout due à l'inexpérience ou à l'incapacité d'un commerçant, tout en évitant d'éliminer une offre uniquement à cause d'un prix apparemment trop bas, sans que cette circonstance exclue de pronostiquer une réalisation satisfaisante des prestations souhaitées.

Personne ne niant que Y. SA est capable de s'acquitter des travaux qui lui ont été adjugés, les généralités que X. SA développe sur les positions à 0.10 fr. de l'offre de l'intimée ne sont pas pertinentes. Elles

n'infirmant pas les éclaircissements du conseil communal sur les positions décisives pour l'examen de la réalité des prix et sur le volume d'enrobé coloré effectivement nécessaire pour réaliser la place x1, ni les justifications de Y. SA sur ses postes à 0.10 francs.

(...)

6. Le chiffre 4.1.3.2 des CG parlait de « références de travaux similaires » à lister dans un document à annexer à l'offre. Les 9 références de X. SA s'échelonnaient de 2011 à 2015, leurs montants de de 210 000 fr. à 800 000 francs. Les 5 références de Y. SA étaient de 2015 et oscillaient de 101 000 fr. à 3 000 000 de francs. La recourante argue d'une notation illégale du ch. 2.2 ou 4 où, sans revendiquer une hausse de sa note de 4.5, identique à celle de l'intimée, elle voudrait que les références de celle-ci soient cotées à 3.5. Cette baisse devrait être décidée au motif que 5 des références de X. SA concerneraient des chantiers de 500 000 fr. ou plus, contre une seule pour Y. SA. Mais il y a là une lecture trop cursive des références de l'adjudicataire, dont deux dépassent le million (1 200 000 fr. et 3 000 000 fr.).

De surcroît, le chiffre 4.3.2 des CG renvoyait sommairement à l'annexe a de l'Omp en traitant des documents à joindre à l'offre. Les chiffres 8 et 9 de cette annexe (cf. art. 2 let. c Lmp et art 15 ch. 6 Omp) répertorient une série de précisions que les adjudicateurs peuvent demander aux offreurs de fournir quant à leurs références. Le conseil communal n'a pas utilisé cette faculté, sans doute parce qu'il voulait éviter de limiter d'emblée son pouvoir d'appréciation en s'engageant à tenir compte de quelques-unes de ces précisions plutôt que d'autres. On en infère que les références demandées devaient prouver au conseil communal que son futur adjudicateur était expérimenté et qu'il savait maîtriser les difficultés du chantier, ce qui est le rôle normal d'un pareil critère lorsque les références n'ont pas à être assorties de détails complémentaires (cf. ACDP A1 11 111 du 20 septembre 2011 consid. 3).

X. SA n'a pas essayé de prouver que les références de Y. SA étaient trop faibles pour autoriser ce pronostic.

7. Le recours est rejeté ; la requête d'effet suspensif est classée (art. 80 al. 1 let. e et 60 LPJA).