

## Marchés publics Öffentliches Beschaffungsrecht

TCVS A1 07 136

*ACDP du 7 décembre 2007, X. SA c. CE*

### **Critères d'aptitude ; exclusion de l'offre**

- Critères d'aptitude et critères d'adjudication (consid. 2a).
- Est un critère d'aptitude qui, s'il n'est vérifié pas, justifie une exclusion, l'exigence relative à un pourcentage maximum de sous-traitance (consid. 2b).
- Les critiques dirigées contre un tel critère doivent, en principe, être développées déjà au stade du recours contre l'appel d'offres (consid. 3).
- En procédure ouverte, l'exclusion peut être décidée au moment de l'adjudication ; il en va différemment en procédure sélective (consid. 4).
- Le soumissionnaire dont l'offre a été exclue à juste titre ne peut recourir contre l'adjudication en prétendant que l'offre du bénéficiaire de celle-ci aurait aussi dû être exclue (consid. 5a).
- Manière de calculer les chiffres d'affaires déterminants dans le cas particulier (consid. 5b).
- Pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur quant à la conformité de documents déposés par les concurrents aux exigences de l'appel d'offres (consid. 5c).

### **Eignungskriterien; Ausschluss des Angebots**

- Eignungs- und Zuschlagskriterien (E. 2a).
- Es handelt sich dann um ein Eignungskriterium, wenn bei dessen Unrichtigkeit der Ausschluss gerechtfertigt ist. Anforderungen zur Festsetzung des maximal zulässigen Auftragsanteils an Subunternehmen (E. 2b).
- Die gegen ein derartiges Kriterium vorgebrachten Rügen müssen grundsätzlich schon in der Beschwerde gegen die Ausschreibung geltend gemacht werden (E. 3).
- Im offenen Verfahren kann der Ausschluss im Zeitpunkt der Vergabe erfolgen. Anders verhält es sich im selektiven Verfahren (E. 4).
- Der Anbieter, dessen Angebot zu Recht ausgeschlossen wurde, kann gegen die Zuschlagsverfügung nicht mit der Begründung Beschwerde führen, das Angebot des Zuschlagsempfängers hätte ebenfalls ausgeschlossen werden müssen (E. 5a).
- Berechnungsweise des massgebenden Umsatzes im konkreten Fall (E. 5b).
- Ermessensspielraum des Auftraggebers hinsichtlich der Übereinstimmung der von den Konkurrenten hinterlegten Unterlagen mit den Anforderungen in der Ausschreibung (E. 5c).

### **Droit**

(...)

2. a) Le chiffre 222 des conditions particulières du dossier d'appel d'offres traitant des critères d'aptitude, dispose que le soumissionnaire doit posséder les compétences suivantes: (1) son chiffre d'affaires annuel exigé (formulaire A1) doit être d'au moins trois fois le montant de l'offre et (2) il doit avoir des références (formulaire A2) dans le domaine de l'électromécanique des tunnels routiers. Il est précisé en outre que la sous-traitance est admise aux conditions mentionnées au chiffre 260 du dossier d'appel d'offres. Le chiffre 263 du document précise à ce sujet que la sous-traitance est possible pour autant que cela ne nuise pas à la saine et efficace concurrence, que cela ne crée pas une position cartellaire et que la part de sous-traitance ne dépasse pas le 40 % de l'ensemble du marché. Au surplus, le sous-traitant doit répondre aux mêmes exigences et conditions de participation à la procédure que le soumissionnaire principal. Le formulaire A8 est à compléter pour l'annonce des sous-traitants.

Le chiffre 222 des conditions particulières précise encore que, si les deux critères susmentionnés n'étaient pas réalisés, le dossier (c.-à-d. l'offre) ne serait pas analysé plus avant et l'offre serait retournée lors de la notification de l'adjudication du marché. Cette solution

se rattache à l'art. 23 al. 1 let. a Omp libellé: «Un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication lorsque, au moment du dépôt de son offre ou au moment de l'adjudication, il ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigés». Les critères du chiffre d'affaires du soumissionnaire, des capacités et du pourcentage de sous-traitance ont donc la fonction de véritables critères d'aptitude (ou de qualification). Les critères de cette nature concernent la personne même du soumissionnaire, tout en devant aussi, «selon la doctrine et la jurisprudence, également être directement et concrètement en rapport avec la prestation à accomplir, en ce sens qu'ils doivent porter sur des qualifications nécessaires pour mener à bien cette prestation» (ATF 129 I 324 consid. 8.1). Ils s'opposent aux critères d'attribution ou d'adjudication, dont le rôle est de déterminer quelle est, parmi les offres reçues, celle qui, étant économiquement la plus avantageuse, doit être retenue par l'adjudicateur; l'art. 13 de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP) distingue, à ses let. a et f, ces deux types de critères qu'il arrive aux adjudicateurs de confondre, surtout en procédure ouverte (ibid. et les citations). En l'espèce, dans le système prévu par le pouvoir adjudicateur, les exigences du chiffre d'affaire, de la capacité et du pourcentage de sous-traitance sont des critères d'aptitude éliminatoires. Partant, les offres qui ne vérifient pas ce réquisit sont à exclure, en application de l'art. 23 al. 1 let. a Omp, sans que ce résultat puisse être rattrapé par des notes attribuées au vu des critères d'adjudication figurant au chiffre 223 du dossier d'appel d'offres (ACDP A1 07 32 du 18 septembre 2007; dans le même sens, ATF n.p. 2P.322/2006 du 14 août 2007 consid. 3.3.1 et 3.3.2).

b) L'annexe A8 du cahier de soumission de X. SA mentionne deux sous-traitants: l'un pour 30 % du marché et l'autre pour un total de 20 % du marché. Le tableau présentant l'organisation du projet annexé par X. SA (annexe A5) fait de plus ressortir également la présence d'une troisième entreprise. Le critère d'aptitude relatif au pourcentage maximal de sous-traitance (40 %) n'a dès lors manifestement pas été respecté par la recourante. Partant, son offre a été exclue à juste titre de la procédure d'adjudication. Le Tribunal relève au surplus le peu d'expérience du premier sous-traitant dans le domaine de l'électromécanique des tunnels routiers, circonstance qui contrevient au critère d'aptitude exigé à ce sujet par le pouvoir adjudicateur selon le ch. 263. En effet, dans le document «présentation et attestation» de ce sous-traitant qui fait partie du cahier de soumission de X. SA, on peut lire que

«depuis août 2006, que cette société s'est lancée sur le marché des systèmes de régulation de trafic en partenariat avec le groupe Z.» qui est le deuxième sous-traitant.

3. La recourante soutient que le Conseil d'Etat n'aurait pas utilisé une interprétation identique de la notion de sous-traitance pour juger les dossiers de X. SA et de l'adjudicataire Y. SA, appliquant une notion plus restrictive en ce qui concerne celle-ci. Ce grief doit être rejeté. En effet, rien au dossier ne laisse penser que l'autorité n'aurait pas appliqué une notion de sous-traitance identique pour les deux soumissionnaires et la comparaison des annexes A8/1 le démontre. Il faut au surplus relever que les exigences contenues dans les conditions particulières du cahier de soumission, et en particulier la question du pourcentage de sous-traitance, n'ont pas été contestées par la recourante dans le délai de recours de 10 jours ouvert contre l'appel d'offres (art. 15 al. 1bis let. a et 15 al. 2 AIMP). Les éventuelles critiques contre les conditions énoncées dans l'appel d'offres ou dans les documents les accompagnant doivent en effet être soulevées sans retard à partir du moment où ces documents sont communiqués aux divers soumissionnaires qui en font la demande (ACDP X. du 06.04.2001). Si tel n'est pas le cas, l'attitude du soumissionnaire n'est plus conforme aux règles de la bonne foi (ACDP commune A du 03.11.2000). Mais il y a plus. Des renseignements au sens de l'art. 9 Omp ont été donnés par écrit aux soumissionnaires en date des 26 mars, 3 avril et 11 mai 2007. Aucune question n'a cependant été posée par X. SA sur la manière dont le pouvoir adjudicateur interpréterait la notion de sous-traitance. Il ne ressort dès lors pas du dossier, contrairement aux affirmations de la recourante, que des informations particulières lui auraient été données à ce sujet, informations différentes de celles du chiffre 263 qui l'auraient conduite ensuite à remplir son offre en utilisant une définition large de la notion de sous-traitance.

4. X. SA prétend également que, si l'autorité voulait réellement exclure son offre sur la base de l'art. 23 Omp, elle aurait dû le faire d'emblée et non demander à la recourante des échantillons à fins de tests. Selon X. SA, un examen de l'offre sur le fond serait en contradiction avec une exclusion selon l'art. 23 Omp. La lettre a du premier alinéa de cet article dispose que le soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication lorsqu'au moment du dépôt de son offre ou au moment de l'adjudication, il ne satisfait pas ou plus aux critères

d'aptitude exigés. L'exclusion peut dès lors avoir lieu jusqu'au moment de l'adjudication, ce que prévoit d'ailleurs le chiffre 222 dernier paragraphe de l'appel d'offres, et on ne voit pas pour quelle raison le pouvoir adjudicateur ne pourrait plus, en procédure ouverte, exclure un soumissionnaire qui ne satisfait pas aux critères d'aptitude exigés s'il ne le fait pas immédiatement après qu'il a eu connaissance de l'inaptitude. En effet, si un soumissionnaire ne remplit pas l'un des critères d'aptitude mentionné dans le document d'appel d'offres, il doit obligatoirement être exclu du marché. Il ne peut en aller autrement pour X. SA. Le raisonnement serait différent en procédure sélective, dans laquelle la vérification des critères d'aptitude doit impérativement avoir lieu de manière complète et définitive dans la première phase de préqualification (CRM du 03.09.1999, in JAAC 64.30 consid. 4). En revanche, en procédure ouverte, les critères de qualification et d'adjudication sont examinés en même temps ou de manière quasi simultanée. L'appréciation des critères d'aptitude et d'adjudication se fait alors en une seule opération, au moment de l'ouverture et de l'analyse des offres (Olivier Rodondi, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in RDAF 2001 I p. 412 et 413).

5. a) Puisque l'offre de X. SA ne respectait pas tous les critères d'aptitude exigés par les documents d'appel d'offres, c'est à juste titre que son offre a été exclue de la procédure d'adjudication. X. SA fait également valoir des griefs à l'encontre de l'offre de Y. SA. Or, un soumissionnaire dont l'offre a été exclue au sens de l'art. 23 Omp ne peut se prévaloir de prétendus vices affectant l'offre de l'adjudicataire car, une fois son exclusion jugée légale, il n'a, en réalité, plus aucune chance sérieuse d'obtenir l'adjudication du marché litigieux (consid. 1). En toute hypothèse, les arguments de X. SA doivent être rejetés pour les motifs qui suivent.

b) A l'entendre, Y. SA et/ou ses sous-traitants ne respecteraient pas l'exigence découlant du chiffre d'affaires selon chiffre 222 de l'appel d'offres. L'offre de l'adjudicatrice aurait dès lors dû être écartée sur la base de l'art. 23 let. a Omp. La recourante soutient cela en se fondant en particulier sur un article paru dans le *Nouvelliste*, duquel il ressort que Y. SA générerait chaque année un chiffre d'affaires de quatre à cinq millions de francs. Partant, elle ne serait pas apte à soumissionner pour une offre puisque le critère n° 1 exigerait selon elle un chiffre d'affaires de 12 à 15 millions.

L'annexe A1 du cahier de soumission détaille cependant de quelle manière doivent être indiqués les chiffres d'affaires 2005 et 2006. Le total des rubriques de l'offre de Y. SA dépasse de plus de trois fois le montant de l'offre. X. SA soutient qu'est à prendre en compte le chiffre d'affaires de la société pilote uniquement et qu'il ne faut pas additionner celui-ci avec les chiffres d'affaires des sociétés sous-traitantes. Le Tribunal ne peut suivre ce raisonnement. En effet, l'annexe A1, à laquelle se réfère expressément le chiffre 222 2<sup>e</sup> paragraphe de l'appel d'offres concernant les critères d'aptitude, prévoit une rubrique «total», qui résulte de l'addition des différents résultats du soumissionnaire et des sociétés auxquelles elle a recours dans le contexte de l'entreprise, autrement dit d'un consortium (v. 3<sup>e</sup> al. du ch. 222). Y. SA remplit dès lors le critère d'aptitude s'agissant du chiffre d'affaires. La recourante ne conteste au demeurant pas que Y. SA ne remplirait pas les deux autres critères d'aptitude, à savoir les références dans le domaine de l'électromécanique des tunnels routiers et la part du marché sous-traitée (39 % selon formulaire A8 rempli par Y. SA), hormis la question d'une interprétation plus ou moins large de la notion de sous-traitance, dont il a déjà été question ci-dessus.

c) La recourante allègue finalement que Y. SA ne remplirait pas les exigences du cahier des charges sur un plan technique, s'agissant en particulier du calculateur dynamique du trafic, ce qui aurait dû entraîner l'exclusion de son offre sur la base de l'art. 23 al. 1 let. c Omp; X. SA déclare en effet mettre en doute la capacité de Y. SA d'avoir répondu aux exigences du cahier des charges sur un plan technique puisqu'à sa connaissance, l'adjudicataire n'a jamais livré de calculateur dynamique du trafic. Or, en annexe à sa réponse du 19 septembre 2006, le Conseil d'Etat a produit en pièce n° 10 un modèle de calculateur dynamique de trafic élaboré et remis par Y. SA. Le Tribunal n'a dès lors pas de raison de substituer son pouvoir d'appréciation à celui du Conseil d'Etat dans l'examen de la conformité de ce modèle avec le cahier des charges, rien n'indiquant que cette autorité serait tombée dans l'illégalité en considérant que ce document remplissait les exigences figurant dans le document d'appel d'offres (art. 78 let. a LPJA).