

## **Marchés publics Öffentliches Beschaffungsrecht**

*ATC (Cour de droit public) du 22 octobre 2015 – A1 15 130*

### **Pondération et évaluation du critère du prix ; marché divisé en lots**

- Règles de pondération et d'évaluation du critère du prix dans les marchés publics (consid. 2.1 et 2.2).
- L'adjudicateur a décidé d'adjuger le marché, divisé en trois lots, à un seul soumissionnaire ; la méthode d'évaluation du critère du prix utilisée, par lots, a faussé l'adjudication (art. 22 OMP ; consid. 2.4).
- Principe de la transparence et communication préalable des sous-critères et de leur pondération (art. 1 al. 3 let. c AIMP ; consid. 3).

### **Gewichtung und Bewertung des Preiskriteriums; Leistungsauftrag in Lose aufgeteilt**

- Bestimmungen zur Gewichtung und Bewertung des Preiskriteriums im Beschaffungswesen (E. 2.1 und 2.2).
- Der Auftraggeber hat entschieden, der in drei Lose aufgeteilte Leistungsauftrag einem einzigen Anbieter zu erteilen; die für das Preiskriterium pro Los angewandte Bewertungsmethode hat den Zuschlag verfälscht (Art. 22 VöB; E. 2.4).
- Transparenzgebot und vorgängige Bekanntgabe der Unterkriterien und deren Bewertung (Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB, E. 3).

### **Considérants (extraits)**

(...)

**2.** Dans cette affaire de marché public, les recourantes X., Y. et Z. remettent notamment en cause la méthode dont a usé la commune de A. pour évaluer les offres. Elles relèvent, plus particulièrement, que dite méthode aboutit à des résultats arbitraires quant à la notation du prix, puisque leurs offres globalement meilleur marché que celle de l'adjudicataire B. obtiennent pourtant moins de points que celle-ci. A les suivre, ce procédé contrevient aux principes généraux qui gouvernent les marchés publics, tels que la transparence de la procédure et l'adjudication du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse.

**2.1** Conformément à l'article 31 alinéa 1 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100), 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, adéquation qui peut fortement dépendre du type de marché en question et de son degré de complexité. Toutefois, cette pondération ne devrait, en principe, pas être inférieure à un ordre de grandeur de 20 %, sous peine de vider de sa substance la notion d'offre économiquement la plus avantageuse. Le critère 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 un 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 130 I 241 consid. 6.3 et 129 I 313 consid. 9.2 et les réf. cit. ; v. aussi arrêt du Tribunal fédéral 2P.225/2005 du 27 avril 2006 consid. 3.2 ; ACDP A1 14 134 du 24 octobre 2014 consid. 2.2 et les autres réf. cit. ; E. Poltier, *Droit des marchés publics*, 2014, n° 336 ; P. Galli/A. Moser/E. Lang/M. Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3<sup>e</sup> éd. 2013, n<sup>os</sup> 854 et 880 ; J.-B. Zufferey/C. Maillard/N. Michel, *Droit des marchés publics*, 2002, p. 117 s.).

**2.2** 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 ; ACDP A1 13 287 du 15 novembre 2013 consid. 6.1 ; v. aussi E. Poltier, *op. cit.*, n° 318). Il ne suffit donc pas, pour qu'une méthode de notation puisse être qualifiée d'arbitraire, 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 (ACDP A1 11 29 du 10 juin 2011 consid. 7d). Pour l'évaluation du critère du prix, la doctrine et la jurisprudence ont posé un certain nombre de règles de principe à

respecter. Ainsi, l'adjudicateur doit arrêter la méthode d'évaluation avant l'entrée des offres et non le faire après-coup, avec l'objectif d'atteindre un résultat donné à l'avance (1) ; la même méthode d'évaluation doit en outre être appliquée à tous les soumissionnaires (2), dont les offres doivent être notées, pour le critère prix, sur la base de la même échelle de notes que pour les autres critères (3) ; les écarts de prix doivent objectivement se retrouver dans la notation (4) et l'offre la meilleur marché doit, en principe, obtenir la meilleure note (5). En revanche, l'adjudicateur n'a pas à communiquer à l'avance aux soumissionnaires la méthode de notation du prix (v. D. Esseiva, Les problèmes liés au prix, in BR/DC Sonderheft Vergaberecht 2004 p. 33 s. ; P. Galli/A. Moser/E. Lang/M. Steiner, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 898 à 914 ; ACDP A1 13 287 précité consid. 6.1 et les autres réf. ; v. aussi arrêt du Tribunal fédéral 2C\_1196/2013 du 21 février 2013 consid. 2.5 ; Service administratif et juridique du Département de l'économie, de l'énergie et des transports du canton du Valais, Les marchés publics de A à Z, éd. mai 2014, p. 59 s.).

**2.3** En l'espèce, le critère « Qualité économique de l'offre », pondéré à 40 %, comprend quatre sous-critères, parmi lesquels le montant de l'offre, qui compte pour 40 % dans la note de ce critère économique. On en déduit que l'évaluation du montant offert pour le marché de réaménagement du poste électrique HT/MT [...] a un poids de 16 % (40 % de 40 %) dans l'évaluation d'ensemble. L'adjudicatrice a choisi de définir le critère économique au moyen d'autres sous-critères, ce qui n'est pas interdit ; elle en a ainsi prévu trois autres (garantie technique, coûts de maintenance, service après-vente), en sus de 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 prix offert. Ce procédé comporte toutefois le risque, par la multiplication de sous-critères en lien plus ou moins étroit 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.

Pour le marché à attribuer, la pondération de 16 % du montant de l'offre est faible et inférieure à la limite de 20 % que prescrivent la doctrine et la jurisprudence pour l'évaluation du critère du prix. Néanmoins, s'arrêter à cette simple comparaison ne suffit pas encore pour tirer des conclusions quant au poids donné au prix offert. Il faut en

effet aussi examiner si la méthode de calcul utilisée atténue ou au contraire retranscrit parfaitement les écarts de prix entre les offres. C'est en définitive par ce moyen qu'il est possible de mesurer concrètement l'influence du montant de l'offre dans l'évaluation globale.

**2.4** La commune adjudicatrice a décidé de scinder le marché en trois lots. Selon les documents d'appel d'offres, les soumissionnaires pouvaient répondre au(x) lot(s) de leur choix et proposer leur offre commerciale pour l'intégralité du ou des lot(s). La commune ne s'engageait aucunement à commander l'intégralité des lots, mais il était précisé qu'un lot ne pouvait pas être divisé entre plusieurs fournisseurs (cf. cahier des charges p. 5).

La division d'un marché en plusieurs lots est légale ; au plan fédéral, elle est expressément prévue à l'article 22 de l'ordonnance fédérale du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP ; RS 172.056.11). Si l'adjudicateur divise la prestation en plusieurs lots, il peut, soit les mettre au concours individuellement, soit les publier dans un seul appel d'offres. L'allotissement ne l'oblige pas à adjuger les divers lots à des soumissionnaires distincts. Autrement dit, il peut adjuger la totalité du marché à un seul candidat qui lui aurait soumis, dans le respect des règles d'adjudication, l'offre globale la plus avantageuse économiquement pour tous les lots (cf. Office fédéral des constructions et de la logistique, Rapport explicatif du 1<sup>er</sup> janvier 2010 sur la modification de l'OMP, p. 14).

En l'occurrence, les montants offerts par les recourantes et par l'adjudicataire pour les différents lots ressortent du procès-verbal d'ouverture des offres et peuvent être transcrits dans le tableau ci-dessous :

	B_____	X_____	Y_____	Z_____
Lot 1 :	435 909 fr.	347 634 fr.	* variantes	389 310 fr.
Lot 2 :	180 968 fr.	94 711 fr.	108 436 fr.	94 427 fr.
Lot 3 :	14 904 fr.	54 313 fr.	17 233 fr.	54 378 fr.

\* pour le lot 1, Y\_\_\_\_\_ proposait trois variantes à respectivement 354 993 fr., 457 261 fr. et 482 053 fr.

A l'évaluation de ces montants, les notes suivantes furent attribuées, selon la méthode de la fourchette basée sur un prix moyen (avec indication du rang entre parenthèses) :

	B_____	X_____	Y_____	Z_____
Lot 1 :	4.28 (6)	4.90 (1)	4.85 (3), 4.13 (7), 3.96 (9)	4.61 (4)
Lot 2 :	3.10 (13)	4.83 (2)	4.55 (3)	4.83 (1)
Lot 3 :	4.93 (2)	2.56 (10)	4.79 (4)	2.56 (11)

Si l'on considère chaque lot pour lui-même, cette évaluation du prix ne prête pas le flanc à la critique, dès lors que la même méthode de calcul a été appliquée à l'ensemble des offres et que les notes obtenues transcrivent les écarts entre les montants offerts à l'intérieur de chaque lot. En revanche, si l'on devait comparer les points obtenus entre les différents lots, de sérieuses distorsions se feraient jour : on devrait par exemple constater que, pour le lot 1, la différence entre les montants respectivement offerts par B. et X. (env. 88 000 fr.) se traduit par un écart de note de 0.62 points, tandis que pour le lot 3, la différence de près de 40 000 fr. entre ces deux mêmes offres est marquée par un écart de 2.37 points. Les notes obtenues ne transcrivent ainsi pas les mêmes écarts de prix en valeur absolue. Ceci est la conséquence directe de la méthode d'évaluation utilisée, qui est basée sur un prix moyen par lot. Si chacun des lots était adjudiqué individuellement sans égard pour les résultats obtenus dans les deux autres lots, le procédé ne poserait aucun problème. Par contre, dès le moment où la commune adjudicatrice a décidé de ne pas attribuer le marché par lots et de l'adjudger à un seul soumissionnaire, elle ne pouvait pas tabler sur les notes calculées de cette manière sectorielle sur la base des prix offerts par lot. L'attribution de l'intégralité du marché imposait la prise en considération des prix globaux offerts, sauf à fausser complètement l'adjudication (dans le même sens, v. D. Esseiva, in BR/DC 2/2003, note 1 p. 61). En effet, la notation sur laquelle s'appuie l'adjudicatrice, qui correspond à une moyenne des résultats obtenus par lot, aboutit au résultat que B. obtient une note moyenne de 4.10 pour le montant de ses trois offres qui totalisent 631 781 fr., tandis que Z. et X., par exemple, obtiennent toutes les deux une note moyenne inférieure (4 et 4.09) à celle de leur concurrent, pour des offres pourtant nettement meilleur marché (538 115 fr. et 496 658 fr.). Un tel résultat est contraire aux règles des marchés publics et ne permet pas de déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement. C'est, partant, à juste titre que les recourantes critiquent la méthode d'évaluation utilisée par l'autorité adjudicatrice.

**3.1** Les documents d'appel d'offres doivent contenir tous les critères d'adjudication et leur pondération (art. 2 al. 1 let. k Omp). Il s'agit d'une modalité de la transparence exigée à l'article 1 al. 3 let. c de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 (AIMP ; RS/VS 726.1). Elle veut que l'adjudicateur énumère d'avance les critères qu'il prendra en compte pour l'évaluation des offres, en spécifiant au moins l'importance qu'il attribuera à chacun d'eux. S'il établit des sous-critères dont il entend privilégier certains, l'adjudicateur doit aussi les communiquer aux intéressés avec leur pondération (cf. p. ex. ATF 130 I 241 consid. 5.1 ; ACDP A1 11 29 précité consid. 7b ; v. aussi P. Galli/A. Moser/E. Lang/M. Steiner, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 973 à 977).

**3.2** En l'occurrence, la recourante Y. relève à bon escient que l'évaluation des offres s'est faite sur la base de sous-critères certes communiqués à l'avance dans le document d'appel d'offres, mais sans aucune indication de pondération. Les candidats pouvaient en inférer que chacun de ces sous-critères était pondéré de manière équivalente, ce qui, en réalité, n'était pas le cas. L'autorité adjudicatrice a donc méconnu le principe de la transparence en accordant à chacun desdits sous-critères une pondération propre qu'elle n'avait pas communiquée à l'avance.

**4.** La décision d'adjudication doit être annulée sur la base des motifs qui viennent d'être énoncés.