

Marchés publics Öffentliches Beschaffungsrecht

ATC (Cour de droit public) du 2 novembre 2017 – A1 17 51

Erreur dans le descriptif de la soumission (métrés)

- Principe d'égalité de traitement en droit des marchés publics (art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a AIMP, art. 19 Omp ; consid. 2.3.1).
- Règles de passation du marché tirées des principes de la transparence et de la bonne foi (art. 1 al. 3 let. c AIMP, art. 9 Cst. ; consid. 2.3.2).
- Une erreur dans le descriptif de la soumission, remarquée par l'un des candidats qui a adapté son offre, a conduit à une évaluation du prix de l'offre sur la base de métrés différents entre les divers soumissionnaires, en violation des principes de transparence et d'égalité de traitement (consid. 2.4).

Fehler in der Leistungsbeschreibung der Ausschreibung (Ausmass)

- Prinzip der Gleichbehandlung im öffentlichen Beschaffungsrecht (Art. 1 Abs. 3 lit. b und 11 lit. a IVöB, Art. 19 kVöB; E. 2.3.1).
- Aus den Grundsätzen der Transparenz und des guten Glaubens hervorgehende Regeln für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB, Art. 9 BV; E. 2.3.2).
- Ein Fehler in der Leistungsbeschreibung der Ausschreibung, welche von einer Anbieterin, die ihr Angebot angepasst hatte, bemerkt wurde, führte zur einer auf verschiedenen Ausmassen basierenden Berechnung des Preises bei den Anbietern, was die Prinzipien der Gleichbehandlung und der Transparenz verletzt (E. 2.4).

Faits (résumé)

Le Conseil communal de A. a, le 2 janvier 2017, invité dix entreprises à lui transmettre une offre pour des travaux de construction spéciaux (CFC 172).

Le 31 janvier suivant, neuf offres ont été ouvertes, parmi lesquelles celle de X. SA et celle de Y. SA.

Le 2 mars 2017, le Conseil communal a avisé les soumissionnaires qu'il adjugeait le marché à Y. SA.

X. SA a recouru céans contre cette décision, le 9 mars suivant.

Le Tribunal a admis le recours et annulé ladite décision.

Considérants (extraits)

(...)

2.3.1 La législation sur les marchés publics a pour effet notamment de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics – AIMP). Le principe de non-discrimination, que traduit cette préoccupation (cf. ég. art. 11 let. a AIMP), implique d'offrir à tous les candidats un accès identique au marché. Les concurrents admis à participer à un marché donné doivent ensuite être traités de manière non discriminatoire, ce qui implique, concrètement, que le pouvoir adjudicateur adopte les mêmes critères (d'aptitude et d'adjudication) pour l'ensemble des concurrents. La pondération des critères doit également être arrêtée de manière non discriminatoire. L'échelle d'évaluation des offres, pour l'application de ces critères, doit en outre être la même pour l'ensemble des candidats ; enfin, l'entité adjudicatrice doit appliquer cette échelle à tous de la même manière (cf. art. 19 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics – Omp ; RS/VS 726.100 ; Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, n^{os} 265 à 267, p. 163 s. ; ACDP A1 15 213 du 16 septembre 2016 consid. 3.1).

2.3.2 L'utilisation du système de notation doit, en raison de la règle de la transparence (art. 1 al. 3 let. c AIMP), être contrôlable via un rapport d'adjudication ou au vu d'explications de l'adjudicateur en instance de recours, le contenu de ce rapport et de ces explications étant assimilable à des motifs de la décision sur le sort des offres (art. 29 al. 3 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives – LPJA ; RS/VS 172.6 ; en relation avec l'art. 34 al. 1 Omp). Le principe de transparence suppose aussi que le pouvoir adjudicateur fournisse toute information utile aux fournisseurs potentiels, afin que ceux-ci puissent présenter leurs offres en connaissance de cause (Conférence romande des marchés publics [CROMP], *Guide romand des marchés publics*, septembre 2008, annexe D, p. 2). De même, sous peine de violer le principe de non-discrimination ainsi que celui de la bonne foi (art. 9 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 – Cst. ; RS 101), 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 (Etienne Poltier, *op. cit.*, n^o 259, p. 161).

2.4 En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante a réduit les quantités indiquées dans le formulaire de soumission sous position 512.111 de 1650 m² à 770 m² diminuant ainsi le prix de son offre, hors TVA, de 88 000 fr. (soit 880 m² à 100 fr./m²) malgré l'énoncé clair du document d'invitation au terme duquel le texte du formulaire ne devait être modifié d'aucune manière (ch. 2.5 A). A ce sujet, X. SA soutient qu'« à sa connaissance, le libellé de soumission était erroné et a été rectifié pour tous les participants » et qu'au demeurant, si le texte d'une position donne lieu à diverses interprétations qui, par la suite, auraient une influence sur les métrés et sur le décompte, l'entrepreneur est tenu d'en faire les réserves lors de la présentation de la soumission (ch. 2.5 C). Interpellé à ce sujet, le pouvoir adjudicateur a indiqué que « B. SA, leur mandataire pour le contrôle du critère "prix de l'offre déposée", [lui] a certifié que le tableau comparatif était correct et que toutes les entreprises avaient été traitées de manière équitable » tout en laissant de nouveau le soin à la Cour de céans de « déterminer si les modifications apportées sur le cahier de soumission sont un motif d'exclusion ». A nouveau, la manière d'agir du pouvoir adjudicateur laissant le soin au Tribunal de vérifier la conformité de l'offre déposée par rapport à la procédure d'adjudication n'est pas admissible, le rôle de la Cour de céans consistant uniquement à vérifier la légalité de la décision attaquée.

Cela étant, il ressort du courrier du 22 août 2017 de B. SA qu'« aucune instruction de modification de quantités de la soumission du CFC 172 n'a été donnée aux entreprises soumissionnaires » quand bien même X. SA avait informé leur responsable d'une contradiction entre la quantité figurant sous le poste 512.111 de la soumission et les plans déposés. De l'avis de ce bureau d'ingénieurs, X. SA « a jugé adéquat d'adapter la quantité du poste 512.111 aux plans fournis avec la soumission et aux autres postes du devis descriptif (notamment la quantité d'armatures) », alors que Y. SA a rendu « une soumission conforme aux quantités mentionnés dans les plans annexés, en adaptant son prix unitaire proposé sur le poste précité (0.10 Fr) et en reportant le montant réel sur d'autres postes (installations de chantier par exemple) » si bien que « la modification de quantité proposée par l'entreprise X. devait être considérée pour le classement des offres relatives au critère "prix de l'offre déposée" ». Le 24 août 2017, le pouvoir adjudicateur a ainsi revu sa position et expliqué que « contrairement à ce qui avait été affirmé jusqu'à aujourd'hui par le collaborateur de B. SA [...] une grave erreur apparaît dans

le descriptif de la soumission, ce qui, par conséquent, entraîne un doute sur les propositions d'adjudication » si bien qu'il « semblerait que la procédure d'appel d'offres devrait être relancée ». Il a toutefois estimé « important pour la Commune d'obtenir une décision du Tribunal cantonal qui permettra de poursuivre les travaux dans les meilleurs délais ».

Il s'ensuit qu'une éventuelle exclusion de la recourante eu égard à la modification qu'elle a apportée au document d'invitation semble douteuse vu que sa correction visait à pallier un vice grave du cahier de soumission (Peter Galli *et al.*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd. 2013, n° 474, p. 210). Cette question n'a toutefois pas à être tranchée eu égard au fait que l'ingénieur en charge du projet, mandaté par le Conseil communal, a été informé de l'irrégularité affectant le cahier de soumission, ce qu'il ne pouvait délibérément ignorer. En effet, il appartenait au pouvoir adjudicateur de communiquer cette information, susceptible d'influencer notablement le prix de l'offre, à tous les soumissionnaires. Il ne pouvait, sous peine de verser dans l'arbitraire, se contenter d'une offre dont la quantité au poste 512.111 a été diminuée de près de moitié, ni tolérer que cette différence soit répercutée sur d'autres postes rendant toute comparaison impossible. En évaluant le critère du prix de l'offre sur la base d'un mètre différent entre les divers soumissionnaires, l'adjudicateur a ainsi violé les principes de transparence et d'égalité de traitement. Ainsi, les soumissionnaires n'ayant pas constaté l'erreur de mètres ont été pénalisés par la modification unilatérale opérée par l'adjudicateur - et non communiquée - pour ce critère quand bien même ils avaient complété le document de l'invitation dans le sens exigé par ce dernier. En modifiant les « règles du jeu » qu'il avait élaborées, le pouvoir adjudicateur a rendu une décision arbitraire violant le principe d'égalité de traitement et de transparence. Le vice qui affecte le critère « prix de l'offre déposé », lequel représente 70 % de la notation totale, entraîne, comme le souligne l'adjudicateur, pour le moins, un « doute sur les propositions d'adjudication » en influant sur le marché et en faussant le jeu de la concurrence si bien qu'il doit conduire à l'annulation de la procédure d'adjudication *ab ovo* sans qu'il n'existe de mesure moins incisive (Stefan Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Thèse Bâle 2010, n^{os} 183 et 264, p. 81 et 120).

(...)

A cela s'ajoute que l'adjudicateur a également violé l'article 19 alinéa 3 Omp, au terme duquel un tableau comparatif objectif des offres contrôlées est établi, en ne reportant pas le « montant après contrôle » qu'il a arrêté, pour la recourante, à 482 159 fr. 95 ni dans le tableau comparatif, ni dans le tableau des offres contrôlées. A ce propos, l'adjudicateur n'a jamais expliqué de quelle manière il est arrivé au résultat figurant dans le tableau comparatif. En particulier, le tableau multicritères et le procès-verbal d'évaluation des offres sont lacunaires et ne permettent nullement d'appréhender la manière dont la notation a été effectuée. En outre, il ressort du tableau d'adjudication modifié du 16 mars 2017 que le pouvoir adjudicateur a, de manière unilatérale, changé, sans aucune justification, le nombre de points maximal de chaque critère tel qu'arrêté dans le tableau d'adjudication du 17 février 2017. Ainsi, ce nombre est passé de 7 à 10 pour le critère « Prix de l'offre déposée », de 2 à 10 pour le critère « Qualité de l'entreprise », de 1 à 10 pour le critère « social », violant par là également le principe de transparence.

L'arbitraire de la décision attaquée ressort également de la notation du second critère « Qualité de l'entreprise ». En effet, quand bien même le tableau d'adjudication fait ressortir une échelle de notation allant de 1 à 2.50 pour le sous-critère « capacité directeur de projet », le pouvoir adjudicateur a décerné, sans aucune explication, une note de 3, soit un demi-point au-dessus de la note maximale, tant à la recourante qu'à l'adjudicataire. A cela s'ajoute que l'adjudicateur a utilisé une échelle de notation différente pour chaque sous-critère, hormis ceux de « capacité du team de projet » et « Infrastructure et organisation » sans fournir le moindre commentaire.

Enfin, la légèreté dont a fait preuve le pouvoir adjudicateur ressort également de la note totale octroyée pour ce second critère. En effet, un simple calcul permet de démontrer que presque la totalité de ces notes, hormis celle octroyée à l'entreprise n° 5 ayant déposé une offre à 458 866 fr., sont erronées. (...)

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