

Marchés publics Öffentliches Beschaffungsrecht

ATC (Cour de droit public) du 12 octobre 2012 (A1 12 139)

Exclusion d'un soumissionnaire

- Motifs d'exclusion (art. 23 al. 1 Omp ; consid. 2).
- Fixation d'un seuil d'exclusion et proposition d'exclusion d'une soumission conformément aux critères d'aptitude annoncés (consid. 3).
- Validité d'un critère d'aptitude arrêtant un nombre minimal d'heures pour la réalisation des travaux à adjuger (art. 12 al. 1 Omp ; consid. 4).

Réf. CH : -

Réf. VS : art. 12 Omp, art. 23 Omp

Ausschluss eines Anbieters

- Ausschlussgründe (Art. 23 Abs. 1 VöB; E. 2).
- Festlegung der Ausschlussgründe und Vorschlag zum Ausschluss einer Offerte gemäss den bekannt gegebenen Eignungskriterien (E. 3).
- Gültigkeit eines Eignungskriteriums, welches die minimale Anzahl Stunden für die Ausführung der zu vergebenden Arbeiten festlegt (Art. 12 Abs. 1 VöB; E. 4).

Ref. CH: -

Ref. VS: Art. 12 VöB, Art. 23 VöB

Résumé des faits

Le canton du Valais a décidé de réaliser l'évitement routier de la localité de A. sur un tronçon de 2,5 km, travaux divisés en trois lots. Pour la réalisation du mandat d'ingénieur civil et de géotechnicien des travaux du lot A et de bureau d'accompagnement du maître de l'ouvrage (ci-après : BAMO), le Département des transports, de l'équipement et de l'environnement a lancé en procédure ouverte un appel d'offres en vue d'attribuer ce marché de services de construction (CPC 27).

Dans le délai imparti, dix offres ont été déposées, dont celle de X., offre la moins chère des soumissions ouvertes. Le rapport d'évaluation dressé par le Service des routes et des cours d'eau (ci-après : SRCE) note que les offres de deux groupements ne remplissent pas les conditions minimales pour une exécution dans les règles de l'art et

doivent être exclues ; pour X., ce reproche concerne les phases de l'avant-projet, du projet de l'ouvrage et du projet d'exécution au regard des prestations requises selon la norme SIA 103 et au regard de la moyenne des heures offertes par les autres soumissionnaires – les deux extrêmes étant écartés de ce calcul. Pour ces postes, le SRCE avait calculé que 7627 heures était le minimum qui permettait d'assurer les prestations requises ; le calcul de cette moyenne du nombre des heures offertes était de 10'896 heures, d'où suivait que les 3231 heures de X. étaient largement insuffisantes.

Souscrivant à cette proposition, le Conseil d'Etat a exclu l'offre de X. ; par décision séparée du même jour, il a attribué le mandat à Y. qui arrivait en tête de la grille d'évaluation.

X. a conclu céans, sous suite de frais et de dépens, à l'annulation de ces décisions.

Considérants (extraits)

(...)

2. a) Aux termes de l'article 23 alinéa 1 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100), un soumissionnaire peut être exclu de la procédure si, au moment du dépôt de son offre ou au moment de l'adjudication, il ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigés (let. a), ou son offre ne remplit pas les exigences figurant dans le document d'appel d'offre (let. c). A cet égard, le cahier des charges (ci-après : Cdc) de l'appel d'offre a fait du nombre d'heures offert un critère d'aptitude (ch. 7.1) à évaluer préalablement aux critères d'adjudication (ch. 7.2), en l'assimilant à un critère matériel qui doit montrer si l'offreur, qui possède les compétences spécifiques exigées, a compris ce qu'on attend de lui et si la façon dont il va établir l'avant-projet et le projet, puis le réaliser, va réellement contribuer à une bonne réalisation finale du tronçon de route.

b) Lorsqu'elle invoque une exclusion pour défaut d'offre complète et conforme pour justifier l'exclusion, la réponse du SRCE du 25 juillet 2012 erre. En effet, l'offre de X. du 16 février 2012 se révèle complète sous l'angle du nombre d'heures offert, ces dernières étant indiquées selon le ch. 6.1 du Cdc auquel renvoyait le critère d'exclusion et le soumissionnaire ayant rempli tous les postes des différentes presta-

tions requises selon détail figurant en pages 15 à 18 du cahier d'offre complété et vérifié par le groupe d'évaluation dont le rapport du 9 mai 2012 ne mentionne aucune lacune démontrant l'existence d'une offre incomplète (cf. art. 14 al. 1 et 19 al. 1 Omp) au sens de la lettre c de l'article 23 alinéa 1 Omp.

3. a) Le critère d'aptitude permettant d'établir, préalablement à la notation des offres en vue de l'adjudication du mandat, si le nombre d'heures proposées par les candidats était suffisant ou non devait, selon le Cdc (parenthèse dans le ch. 7.1), être appliqué sur la base des exigences du cahier des charges, des données des normes ou des règlements, l'expérience pour des cas analogues et de l'évaluation préalable faite par le maître de l'ouvrage qui pouvait, le cas échéant, requérir un avis d'expert. La lecture du tableau du 7 mai 2012 montre que le SRCE a procédé comme dit : il a en effet calculé, sur la base des positions énumérées aux pages 15-18 (ch. 22, 31, 32, 41, 51, 52, 53 et 62), les heures qui découlaient de l'application de la norme SIA 103 et le temps nécessaire selon le coût estimé de l'ouvrage (feuille de calcul aux valeurs Z pour l'année 2003), soit un total de 57'764 heures, réduites à 46'211 par utilisation d'un coefficient 0.8 pour un travail concernant des tâches simples (facteur n selon ch. 7.7 pt. 2 de la norme = 46'211, y compris la prestation BAMO), ventilées selon les pourcentages attribués par le ch. 7.11 de cette norme aux huit prestations choisies. Tablant sur sa propre expérience, le SRCE a établi une liste des heures correspondant à 50 % de ce total, soit 23'706, estimant que, pour la prestation 52 (exécution de l'ouvrage qui représente la part la plus importante des prestations avec 39 % du total), l'offre minimale devait être de 7500 heures, sa propre évaluation la chiffrant à 7756 heures. Pour l'appréciation de l'adéquation et de la cohérence de l'offre financière (2^e critère d'adjudication), le SRCE a choisi une comparaison concrète des différentes offres déposées : il a pris la moyenne des positions 31, 32 et 51, les extrêmes étant exclus, ce qui donnait une somme de 10'896 heures consacrées aux phases de projet, représentant 43 % de la prestation d'ingénieur – BAMO excepté. Au terme de cette démarche, il a retenu que si le volume des heures indiquées pour ces phases était de plus de 30 % inférieur à ces 10'896 heures, c'est-à-dire si ce volume n'atteignait pas 7627 heures, on ne pouvait pas considérer que l'offre soit suffisante pour sa phase projet.

b) En l'espèce, l'offre de X. avec ses 16'778 heures pouvait être considérée par l'adjudicateur comme insuffisante au sens du critère d'aptitude donné ; elle se situait largement en dessous non seulement de la base représentée par le calcul SIA 103 (46'211 heures), par le chiffre défini selon l'expérience du maître de l'ouvrage (23'706 heures), mais encore par rapport au soin que voulait l'adjudicateur dans la phase Projet où il visait un total théorique de 12'372 heures pour cette phase ; la moyenne des offres crédibles se montait à 10'896 heures, mais celle de X. se chiffrait à moins de 50 % du minimum envisageable ($7627 = 10'896 - 30\%$) soit à 3331 ($320 + 1271 + 1640$). Ceci démontre que c'est en conformité avec les critères d'aptitude annoncés que les ingénieurs du SRCE ont fixé la barre d'exclusion et qu'ils ont proposé cette issue pour la soumission de X., parce qu'elle s'écartait largement du seuil fixé ; de plus, sur un point important du mandat (phase de projet), elle était inférieure à la moitié du minimum admissible et au tiers de la moyenne des volumes d'heures indiqués dans les offres correspondant à ce critère pour le mandat d'ingénieur civil et le BAMO.

4. a) L'article 12 alinéa 1 Omp habilite l'adjudicateur à définir des critères d'aptitudes objectifs et les preuves à apporter pour permettre l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires. Ces critères peuvent, outre la capacité technique, concerner la capacité organisationnelle. Il n'y a aucune raison de douter que, dans ce cadre, le maître d'œuvre peut exiger un nombre minimal d'heures qui démontre à la fois la capacité de l'intéressé à offrir du temps en suffisance pour réaliser le mandat et une bonne connaissance des différentes phases des travaux à exécuter, de manière à pouvoir déposer, dans les étapes essentielles, soit les plus gourmandes en temps, une offre suffisante et de nature à permettre la traçabilité de l'exécution demandée dans ses phases successives. Ce procédé peut valablement contribuer à éviter des problèmes ultérieurs lors de la réalisation des travaux et leur indemnisation. D'autres solutions sont certes concevables, comme celles qu'évoque le recourant, lorsqu'il cite l'efficacité d'un mandataire qui s'engage à effectuer les travaux avec un nombre restreint d'heures, qui se dit lié par son nombre d'heures et un engagement de bienfaisance, voire par une rémunération des travaux limitée au temps effectivement consacré (cf. ch. 6.1 Cdc 1^{er} tiret). L'existence de ces solutions alternatives n'empêche cependant pas l'adjudicateur de choisir des critères d'aptitudes qui évitent les problèmes que peut engendrer, sur la durée, une étude trop hâtive d'un projet d'impor-

tance et prévenant les risques que ces autres solutions ont vraisemblablement démontré en pratique, comme le laisse entendre la réponse du SRCE (...).

b) L'adjudicateur et le mandataire choisi prétendent inexactement que le groupement recourant ne serait plus légitimité à discuter du critère d'aptitude, du fait qu'il n'a pas interjeté de recours contre l'appel d'offres, circonstance qui lui aurait permis de remettre en cause, à temps et conformément au principe de la bonne foi, le critère d'exclusion lié à un nombre d'heures insuffisant en se plaignant, à ce sujet, des incertitudes qu'il attribue dans son recours à ce critère. Conformément à la jurisprudence tirée de l'obligation d'attaquer l'appel d'offres (art. 15 al. 1^{bis} let. a de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 / 15 mars 2001 sur les marchés publics – AIMP ; RS/VS 726.1 ; ATF 130 I 241 consid. 4.3 p. 246 s.), l'objection de forclusion ne vaut que pour les irrégularités qu'une partie a effectivement constatées ou, à tout le moins, qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. Au vu du Cdc du cas d'espèce, un soumissionnaire devait savoir qu'une exclusion préalable à l'adjudication était possible sur la base d'un nombre d'heures à déterminer comme insuffisant, entre autres au vu des normes. Ceci dit, l'offreur ne pouvait effectivement savoir quel serait le pourcentage découlant des expériences du SRCE, les postes individuels que considérerait comme déterminants ce Service, l'utilisation de la moyenne offerte par le 80 % des soumissionnaires et les pourcentages d'écart admis. L'offreur exclu est, en conséquence, bien encore habilité à discuter ces points seulement après la décision de l'adjudicateur. C'est ce qu'a fait X., même si ces arguments étaient, comme on vient de le voir, infondés, l'autorité ayant vérifié correctement l'aptitude qu'elle souhaitait conformément à des critères suffisamment précis et en adéquation avec ce qui se pratique en matière de services de construction.

c) Le tableau du 7 mai 2012 démontre que le critère d'aptitude n'a pas servi à exclure toutes les offres financières les plus basses, puisque trois soumissions d'un montant inférieur à celui du consortium d'ingénieurs retenu ont été prises en considération dans l'évaluation des critères d'adjudication. Ce tableau démontre, en revanche, que X., globalement se trouvait, avec 16'748 heures, très loin en dessous du nombre d'heures considéré comme satisfaisant (23'706 heures), ce qui devait entraîner son exclusion même si, par cette diminution

des heures offertes, le prix de X. se révélait l'un des moins disant. Ce seul constat, suffisant pour justifier l'exclusion, s'est confirmé avec la vérification du calcul spécifique aux trois positions d'avant-projet. Il ne saurait être, à ce propos, question d'une limitation des critères de sélection comme le prétend X., l'insuffisance étant globalement évidente, mais davantage illustrée sur les points qui intéressaient l'adjudicateur et qui étaient en eux-mêmes importants, comme le montrent les pourcentages qui affectent ces prestations dans la norme SIA 103. Que la communication succincte de l'exclusion et de l'entreprise choisie du 26 juin 2012 ne fasse référence qu'aux heures proposées pour les phases de projet ne change rien au fait que l'évaluation des offres montre que l'exclusion résulte de l'analyse globale de toute l'offre d'heures : le recourant prétend ainsi vainement qu'il a été exclu sur des postes dont il n'avait pas à supputer le choix, voire que des motifs de lutte contre la sous-enchère expliquent la décision du 20 juin 2012, le tableau de comparaison et le rapport d'évaluation démontrant l'application correcte du processus visant à déterminer si le Service requérant se trouvait en présence d'offreurs présentant un temps insuffisant, ce qu'était l'offre de X., dont le montant financier n'a pas été discuté.

d) Enfin, la cause n'est pas un cas illustrant la controverse de la double utilisation de critères pour la sélection puis pour l'adjudication, dans la mesure où l'affaire n'est pas traitée en deux phases, ce qui est le cas en procédure sélective (cf. Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, p. 88), mais en procédure ouverte où les critères d'aptitude sont clairement indiqués (ch. 7.1), puis évalués préalablement (cf. ch. 3 du rapport d'évaluation), alors que les critères d'adjudication ressortent du chiffre 7.2 et font l'objet d'une évaluation distincte (ch. 5 du rapport), où l'adéquation de l'offre n'est pas jugée selon le même critère que celui de l'aptitude (choix de positions et écart par rapport à un prérequis).

Partant, c'est à tort que le recourant prétend avoir été exclu sur la base d'un Cdc insuffisant sous l'angle des exigences de transparence applicables aux marchés publics (art. 1 al. 3 let. c AIMP) ou qu'il aurait été victime d'une fausse application du système mis en œuvre ici, comme le permettent les articles 12 alinéa 1 et 23 alinéa 1 lettre a Omp, pour la vérification de l'aptitude des candidats (...).