

## Marchés publics Öffentliches Beschaffungsrecht

*ATC (Cour de droit public) du 14 janvier 2016 – A1 15 139*

### **Motifs d'exclusion, interdiction du formalisme excessif et principe de l'intangibilité des offres**

- Motifs d'exclusion d'une offre pour vice de forme ; interdiction du formalisme excessif (art. 23 al. 1 Omp, art. 29 al. 1 Cst. ; consid. 2.2, 2.3.1, 2.3.4 et 2.4).
- Principe d'intangibilité des offres et possibilité de compléter une offre après son dépôt, au moyen de pièces justificatives (art. 11 let. c AIMP, art. 14 al. 1, 19 al. 2, 20 et 21 Omp ; consid. 2.3.3).
- Interdiction pour le pouvoir adjudicateur de s'écarter d'une prescription stricte énoncée dans le document d'appel d'offres au sujet du mode de calcul du prix (consid. 3). éventuellement à supprimer.

### **Ausschlussgründe, Verbot des überspitzten Formalismus und Prinzip der Unveränderbarkeit der Angebote**

- Gründe für einen Ausschluss eines Angebots wegen formaler Mängel, Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 23 Abs. 1 VöB, Art. 29 Abs. 1 BV; E. 2.2, 2.3.1, 2.3.4 und 2.4).
- Prinzip der Unveränderbarkeit der Angebote und Möglichkeit der Ergänzung einer eingereichten Offerte mit Beweisstücken (Art. 11 lit. c IVöB, Art. 14 Abs. 1, 19 Abs. 2, 20 und 21 VöB; E. 2.3.3).
- Die Vergabebehörde darf von einer in den Ausschreibungsunterlagen präzise dargelegten Preisberechnungsmethode nicht abweichen (E. 3).

### **Considérants (extraits)**

**2.1** Les recourantes affirment, d'abord, que l'offre de Y. aurait dû être exclue, car elle présente plusieurs irrégularités formelles. Elles relèvent que les adjudicataires n'ont pas formulé leur offre au moyen du cahier de soumission officiel et que ladite offre est lacunaire, dès lors qu'elle ne comporte pas de signature conjointe, que les diplômes du personnel font défaut, que manque également l'organigramme, que les directeurs du projet n'ont pas les diplômes exigés par le document d'appel d'offres et que les références citées ne comportent pas toutes les indications requises. Elles invoquent formellement la violation de l'article 23 alinéa 1 lettres a, b et c de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100).

**2.2** A teneur de cette disposition, un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication, en particulier 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 (let. a), il a fourni de faux renseignements à l'adjudicateur (let. b) ou son offre ne remplit pas les exigences figurant dans le document d'appel d'offres (let. c).

S'il est certes conforme au but et à la nature de la procédure de marchés publics que la violation de certaines exigences de forme par un soumissionnaire puisse entraîner son exclusion du marché, une telle conséquence ne se justifie toutefois pas en présence de n'importe quel vice affectant l'offre. Il faut en particulier y renoncer lorsque celui-ci est de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif visé par la prescription formelle violée (cf. arrêts du Tribunal fédéral 2C\_785/2014 du 12 février 2015 consid. 3.3, 2C\_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.1, 2D 50/2009 du 25 février 2010 consid. 2.4 et les arrêts cités). En effet, le principe qui interdit le formalisme excessif vaut également dans ce domaine du droit. Il s'agit d'un aspect particulier du déni de justice prohibé par l'article 29 alinéa 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) ; il est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (cf. p. ex. ATF 132 I 249 consid. 5 et 130 V 177 consid. 5.4.1).

**2.3.1** L'offre de Y. n'avait pas à être exclue pour défaut de signature conjointe. Dite soumission comprend deux pages de garde, dont la première a été signée par A. et la seconde par B., cela pour le même montant de 1 170 136 fr. Il est donc clair que les deux entreprises agissent en consortium, ce que confirme la teneur de la lettre d'accompagnement du 7 mai 2015, laquelle porte, au surplus, les entêtes de ces deux sociétés. Ces pièces permettent de reconnaître leur intention et leur engagement manifestes à réaliser en commun le marché litigieux. Les critiques des recourantes sur ce point sont à écarter.

(...)

**2.3.3** Selon le document d'appel d'offres, les candidats devaient fournir les copies des diplômes attestant la formation de l'effectif minimal du bureau [...]. Comme le signalent les recourantes, l'offre de Y. ne comporte pas ces documents (cf. pièce n° 8 du dossier déposé par

l'adjudicateur) [...]. Le pouvoir adjudicateur indique que « les copies des diplômes du personnel du consortium adjudicataire ont bien été fournies avant la décision d'adjudication » et estime en substance que cela ne saurait préteriter Y. (cf. duplique du 9 octobre 2015 p. 2). La Cour en déduit donc que les adjudicataires n'ont pas joint ces documents à l'offre qu'elles ont déposée et que ceux-ci ont été réclamés ultérieurement par l'adjudicateur, avant que celui-ci ne rende sa décision. L'absence de ces documents dans l'offre initiale de Y. et leur dépôt ultérieur posent la question de savoir si le principe de l'intangibilité des offres, qui prévaut en matière de marché public (P. Galli/A. Moser/E. Lang/M. Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3<sup>e</sup> éd. 2013, n° 710), a été respecté.

L'article 14 alinéa 1 Omp prévoit à cet égard que l'offre doit être écrite et complète et qu'elle ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai. Cela signifie qu'une offre ne doit, en principe, s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2). Néanmoins, la loi permet la correction ultérieure d'erreurs évidentes de calcul et d'écritures (art. 14 al. 1 et 19 al. 2 Omp). L'article 20 Omp autorise aussi l'adjudicateur à réclamer aux soumissionnaires des explications écrites relatives à leur offre. Cette faculté doit cependant s'exercer dans les limites découlant de l'interdiction des rondes de négociations statuée par l'article 11 lettre c de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP ; RS/VS 726.1) et rappelée à l'article 21 Omp. Il ressort de ces diverses règles qu'une fois les délais de dépôt passés, le pouvoir adjudicateur ne peut accepter que certaines explications très limitées, destinées à préciser certains points de l'offre, mais non pas à la modifier, sous peine de porter atteinte à l'égalité de traitement entre concurrents (RVJ 2014 p. 31 s. consid. 3.3.1 et les références citées ; ACDP A1 15 66 du 17 septembre 2015 consid. 4.1 ; P. Galli/A. Moser/E. Lang/M. Steiner, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 713 ss). En application de l'interdiction du formalisme excessif (cf. *supra* consid. 2.2), une sanction d'exclusion du marché pour atteinte au principe de l'intangibilité des offres ne doit pas apparaître disproportionnée par rapport au vice affectant l'offre. Ainsi, hormis dans le canton de Genève, la tendance est aujourd'hui plutôt de fixer aux soumissionnaires un délai supplémentaire pour produire ou corriger les attestations défailtantes, sans qu'une telle solution ne soit d'emblée jugée contraire au principe de l'intangibilité des offres (ATF 141 II 353 précité consid. 8.2.1 et arrêt du Tribunal fédéral 2C\_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1, in SJ

2015 I 52, ainsi que les arrêts et la doctrine cités ; ACDP A1 10 192 du 22 décembre 2010 consid. 3b ; v. aussi, E. Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, n° 312 ; P. Galli/A. Moser/E. Lang/M. Steiner, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 456 ss).

*In casu*, le pouvoir adjudicateur assure que Y. a bien déposé, avant la décision d'adjudication, les copies des diplômes que requérait le document d'appel d'offres. Cette thèse peut être admise en l'état du dossier, du moment qu'elle n'est pas formellement contestée par les recourantes, qui constatent l'absence de ces pièces dans l'offre déposée le 7 mai 2015 sans discuter la question de leur production à un stade ultérieur (cf. réplique du 22 septembre 2015 et ultime détermination du 21 octobre suivant). La Cour ne décèle pas dans ce dépôt subséquent une atteinte au principe de l'intangibilité des offres. Le contenu de l'offre de Y. n'a pas été modifié par la production de ces copies de diplômes, pièces qui n'avaient d'autre vocation que d'attester la formation suivie par certaines personnes composant l'effectif du consortium adjudicataire, effectif que l'offre en question mentionnait conformément aux exigences du document d'appel d'offres. L'adjudicateur pouvait ainsi valablement prendre en considération ces pièces produites dans un second temps et n'avait, de ce fait, pas de motif d'exclure d'emblée l'offre de Y. Cette manière de faire, conforme au principe interdisant le formalisme excessif et à la jurisprudence susmentionnée, ne porte pas atteinte à l'égalité de traitement entre concurrents.

**2.3.4** Le document d'appel d'offres demandait aussi aux candidats de citer « pour chaque cadre susceptible d'être affecté au projet des ouvrages de référence analogues, en indiquant le rôle et la part de chaque personne dans le projet, le nom et la localisation de l'ouvrage, l'année de construction et le MO ». Les adjudicataires ont joint de nombreuses références à leur offre mais, comme le signalent les recourantes, elles n'ont pas respecté toutes les exigences précitées, notamment quant à l'indication du rôle et de la part de chacun de leurs cadres dans les réalisations citées en référence (cf. pièce n° 8 du dossier déposé par l'adjudicateur). Toutefois, l'examen de l'offre déposée par les recourantes montre qu'elles n'ont pas non plus suivi scrupuleusement ces réquisits : la plupart des références sont citées sans indication (précise) de la date des travaux, d'autres ne mentionnent pas le rôle ou la part du spécialiste dans lesdits travaux ; en outre, les informations sont présentées sur plus de trois pages A4,

dépassant la limite que fixait à cet égard le document d'appel d'offres (cf. pièce n° 9 du dossier déposé par l'adjudicateur, annexe 2).

Le respect de ces exigences a été conçu comme un critère d'aptitude. Du moins, celles-ci ont été mentionnées sous le chiffre 3 du document d'appel d'offres, qui définissait ledit critère. Si le grief que les recourantes formulent à l'endroit de l'offre de Y. devait être admis, il conviendrait d'exclure ladite offre de la procédure d'adjudication, mais également, par souci d'égalité de traitement, celle des recourantes qui pâtit de semblables manquements par rapport aux exigences précitées. Telle n'a pas été la solution choisie par l'adjudicateur, qui a renoncé à exclure l'un ou l'autre candidat, considérant que les offres étaient suffisantes pour répondre à ses attentes sur ce point précis. La Cour n'a pas à sanctionner ce choix dans le cadre de la présente procédure, dès lors que le pouvoir adjudicateur dispose de la faculté de renoncer à appliquer strictement un critère qui peut apparaître en définitive inadapté, difficilement réalisable en pratique ou peu clair, attendu qu'aucune des offres ne le respecte. Cette solution est en l'occurrence légale ; en particulier, elle est conforme au droit des marchés publics et au principe de la bonne foi et ne modifie pas les conditions d'appel d'offres sur un point important. Il n'y a pas d'intérêt prépondérant à un renvoi de l'affaire à l'adjudicateur pour nouvelle décision ou reprise *ab initio* de toute la procédure, les manquements relevés portant sur des points de détail relatifs à des références de cadres des bureaux soumissionnaires, non prises en considération dans l'évaluation des critères d'adjudication et au sujet desquelles le document d'appel d'offres posait passablement de réquisits dont l'adjudicateur a manifestement décidé de se passer au vu du contenu des offres déposées (en ce sens, cf. ATF 141 II 353 précité consid. 7). Dans ces conditions, le grief que les recourantes formulent sur ce point est rejeté.

(...)

**2.4** Cela étant, c'est à bon droit que l'adjudicateur s'est abstenu d'exclure l'offre déposée par Y., aucun motif pertinent ne justifiant pareille solution. Sur ce point, la décision attaquée ne contrevient pas aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, d'impartialité et de transparence des procédures de passation des marchés publics (art. 1 al. 3 let. b et c et art. 11 let. a AIMP).

**3.1** Ensuite, s'agissant de l'évaluation des offres proprement dite, les recourantes qualifient de totalement erronée la notation du critère du prix, dès lors qu'a été pris en considération un facteur d'ajustement « r » à 0.7 pour l'offre de Y., pourtant inférieur à la limite de 0.75 que fixait le document d'appel d'offres. A les suivre, le prix qui doit être retenu pour l'offre des adjudicataires est de 1 258 286 fr. et non de 1 174 705 fr. Cela étant, la note de Y. doit être réduite à 4.68 et celle des recourantes augmentée à 5, selon un calcul que celles-ci joignent à leur réplique du 22 septembre 2015 (annexe V).

**3.2** Le document d'appel d'offres détaille un mode de calcul précis pour le prix de l'offre, fondé sur le règlement SIA 108 et présentant divers coefficients selon les indications annuelles de la SIA. Parmi ces coefficients, se trouve le facteur d'ajustement « r », pour lequel ledit document reprend la fourchette de 0.75 - 1.25 tirée de l'article 7.8.3 de la SIA 108. Il s'agit d'un élément appliqué aux honoraires correspondant aux prestations ordinaires, afin de tenir compte de certaines circonstances extérieures rendant la tâche de l'ingénieur plus difficile ou au contraire plus simple (circonstances liées au milieu, à des questions d'organisation ou au programme ; cf. art. 7.8.1 SIA 108). A l'instar de toutes les aides de calcul mentionnées dans ce règlement SIA, celles qui concernent l'usage et le calcul de ce facteur « r » ont un caractère de recommandations, comme le relève l'adjudicateur. Toutefois, le document d'appel d'offres prévoit expressément un calcul du prix de l'offre « selon le règlement SIA 108 » et se réfère aux coefficients « selon indications annuelles de la SIA », qu'il reprend précisément s'agissant du facteur « r » en mentionnant la formule : «  $0.75 < r < 1.25$  » (cf. pièce n° 9 du dossier déposé par l'adjudicateur). Dans ces conditions, il devait apparaître clairement aux candidats que le facteur « r » attendu par l'adjudicateur devait se situer entre 0.75 et 1.25. Que les modes de calcul prescrits par ce règlement SIA n'aient pas *de facto* de portée obligatoire n'est pas déterminant. En effet, du moment que le document d'appel d'offres s'y référait directement et sans aucune réserve, un soumissionnaire prudent et attentif ne pouvait pas objectivement penser qu'il était libre de s'écarter des prescriptions de ce règlement que le document d'appel d'offres reprenait expressément. En admettant de prendre en considération le chiffre de 0.7 donné par Y., l'adjudicateur a pris le parti de modifier les conditions d'appel d'offres à l'égard de ce consortium, alors que celles-ci demeuraient inchangées pour les autres concurrents. Cette solution n'est pas compatible avec les principes de transparence et

d'égalité de traitement entre les soumissionnaires. C'est, partant, à juste titre que les recourantes critiquent cette manière de faire et réclament un nouveau calcul de l'offre de Y. en appliquant un facteur « r » de 0.75, tel que prévu a minima par le document d'appel d'offres. Le calcul corrigé produit sous annexe V jointe à la réplique du 22 septembre 2015 montre qu'avec un facteur « r » de 0.75, l'offre de Y. n'est plus la meilleur marché ; celle des recourantes la devance de plus de 40 000 fr. [...].

**3.3** A l'évaluation, l'offre des recourantes est donc dotée de la notation maximale sur tous les plans et arrive logiquement au premier rang, devant celle de Y. [...].

**4.1** Attendu ce qui précède, le recours est admis [...].