

## Marchés publics Öffentliches Beschaffungsrecht

*ATC (Cour de droit public) du 10 janvier 2020 – A1 19 134*

### **Méthode de notation du critère du prix ; exigences tirées du principe de la transparence**

- En vertu du principe de la transparence, l'adjudicateur doit déterminer à l'avance la méthode de notation du critère du prix et prendre en compte, lorsqu'il évalue ce critère, les prix qui ont été annoncés lors de l'ouverture des offres (consid. 5).
- Dès lors qu'il n'est pas possible d'opter *a posteriori* pour une méthode de notation du prix qui soit impartiale, il se justifie d'annuler toute la procédure d'adjudication (consid. 6).

### **Methode zur Bewertung des Preiskriteriums; Anforderungen abgeleitet aus dem Grundsatz der Transparenz**

- Nach dem Grundsatz der Transparenz muss der Auftraggeber die Methode zur Bewertung des Preiskriteriums im Voraus festlegen und bei der Bewertung dieses Kriteriums die Preise berücksichtigen, die bei der Öffnung der Offerten bekannt gegeben wurden (E. 5).
- Da es nicht möglich ist, sich *a posteriori* für eine objektive Preisbewertungsmethode zu entscheiden, ist es gerechtfertigt, das gesamte Ausschreibungsverfahren aufzuheben (E. 6).

### **Faits (résumé)**

Au mois de mars 2019, A. a publié au Bulletin officiel (B.O.) un appel d'offres en procédure ouverte pour un programme de saisie d'informations ; il s'agissait pour les soumissionnaires de fournir une application *web* et mobile permettant la gestion de fiches informatisées. Un cahier des charges détaillait notamment les conditions générales que les offreurs devaient remplir et les critères d'adjudication sur la base desquels le marché allait être adjudgé.

Le 5 avril 2019, cinq offres ont été ouvertes, dont celle déposée par X., à 166 935 fr. pour la première année, et celle de Y., à 245 000 fr. pour la première année.

Dans une décision du 25 juin 2019, A. a adjudgé le marché à Y.

A la demande de X., A. lui a fourni des explications complémentaires qu'il a communiquées par courriel, le 3 juillet 2019.

Le 8 juillet 2017, X. a contesté césans cette décision, émettant en particulier des critiques quant à l'évaluation du critère du prix.

### **Considérants (extraits)**

(...)

**5.1** Sur le fond, la recourante émet d'abord diverses critiques quant à l'évaluation du critère du prix de l'offre.

**5.2** Conformément aux articles 21 alinéa 1 de la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LcAIMP ; RS/VS 726.1) et 31 alinéa 1 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100), le marché est adjudgé 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. 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 143 II 553 consid. 6.4, 130 I 241 consid. 6.3 et 129 I 313 consid. 9.2 et les réf. cit. ; ACDP A1 18 204 du 27 février 2019 consid. 3.1 et les réf. cit. ; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, n° 336 ; Peter Galli *et al.*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3<sup>e</sup> éd. 2013, n<sup>os</sup> 854 et 880).

**5.3** 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 ; RVJ 2016 p. 25 consid. 2.2 ; ACDP A1 18 204 précité consid. 3.2 ; v. aussi Etienne 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. L'adjudicateur doit arrêter la méthode d'évaluation du critère du prix avant l'entrée des offres, mais il n'a pas à la communiquer à l'avance aux soumissionnaires. Il doit l'appliquer de manière uniforme à toutes les offres qu'il évalue et sur la base de la même échelle de notes que pour les autres critères. En outre, les écarts de prix doivent objectivement se retrouver dans la notation et l'offre la meilleur marché doit, en principe, obtenir la meilleure note (RVJ 2016 p. 25 consid. 2.2 et les réf. cit., notamment Peter Galli *et al.*, *op. cit.*, n°s 898 à 914 et Denis Esseiva, Les problèmes liés au prix, *in* : BR/DC Sonderheft Vergaberecht 2004 p. 33 s. ; ACDP A1 17 230 du 22 juin 2018 consid. 4.2.2).

**5.4** En l'espèce, le cahier des charges [...] prévoyait en son chiffre 2.12 que les prix présentés devaient être exprimés en francs suisses et inclure la TVA. Ces prix devaient en outre concerner les points suivants :

- coût de licence de l'application dans son entier selon cahier des charges ;
- coûts de maintenance corrective et adaptative (qui tient compte de l'évolution des environnements et systèmes d'exploitation) annuelle, ainsi que ce que cette maintenance comprend et ce qu'elle exclut ;
- coûts de maintenance évolutive (demande formulée par le client) : au choix sur une base forfaitaire, horaire ou combinée ;
- coûts éventuels relatifs à un service de support et ses modalités ;
- coûts de l'infrastructure nécessaire et de sa mise en place (installation centrale et équipements mobiles).

Le cahier des charges indiquait en outre, sous le chiffre 8.2, que le soumissionnaire devait proposer deux variantes pour l'hébergement du serveur (solution internalisée et solution externalisée), en mentionnant les coûts respectifs. Il précisait aussi que les coûts de formation devaient être inclus dans l'offre (ch. 10).

Par ailleurs, en réponse aux questions de deux candidats, l'adjudicateur a indiqué que « les coûts sont à présenter selon les quatre points

énoncés au chapitre 12.3 » et que « le 12.3 correspond uniquement à la présentation des aspects financiers de l'offre selon les éléments qui y figurent » (cf. pièces n<sup>os</sup> 7 et 8 du dossier déposé par A.). Sous le chiffre 12.3 (présentation de l'offre), le cahier des charges indiquait que l'offre devait contenir et respecter les lignes suivantes :

- 1- Services :
  - Initialisation et suivi de projet
  - Développements et interfaces
  - Configuration et connexion des tablettes
  - Déploiements
  - Formations
  - Tests et validation
  - Documentation
- 2- Hébergement (y compris redondance)
- 3- Maintenance applicative et sur les licences
- 4- Licence d'utilisation [...]

Aucune méthode d'évaluation du critère du prix n'était mentionnée dans ce cahier des charges.

**5.5** Le procès-verbal d'ouverture des offres (cf. pièce n° 10 du dossier déposé par A.) indique, pour chaque soumission, un prix représentant un coût annuel pour la première année. A l'examen de la grille d'évaluation, il est manifeste que le critère du prix (montant de la proposition, valant 40 % de la note finale) n'a pas été évalué sur la base des montants chiffrés lors de l'ouverture des offres. Par exemple, on remarque que, pour ce critère, l'offre de l'adjudicataire à 245 000 fr. est mieux notée que celles de deux autres candidats ayant pourtant présenté des coûts annuels inférieurs pour la première année (B. à 193 389 fr. et C. à 197 835 fr.) ; de même, l'offre de l'adjudicataire est moins bien notée que celle du candidat D., dont le coût annuel pour une année est pourtant supérieur (282 476 fr.).

En réalité, ce critère du prix a été noté en tenant compte d'autres montants qui ont été déterminés au cours de la procédure de passation. En effet, l'adjudicateur a indiqué qu'un comité de sélection avait tenu une séance, le 16 mai 2019, au cours de laquelle les offres financières avaient été examinées. Le procès-verbal de cette séance mentionne notamment que « les offres financières sont normalisées aux coûts à 4 ans en intégrant les coûts d'acquisition des tablettes et les coûts

d'hébergement » et que « le groupe valide à l'unanimité le compte rendu des offres financières et la règle de pondération appliquée » (cf. pièce n° 16 du dossier déposé par A.).

**5.6** Cette manière d'évaluer le critère du prix pose plusieurs difficultés, notamment en lien avec les exigences tirées du principe de la transparence.

Ce principe exige en particulier que le pouvoir adjudicateur se conforme, dans la suite de la procédure, aux conditions du marché qu'il a préalablement annoncées. Sur cet aspect, ce principe se rapproche de celui de la bonne foi, qui prohibe les comportements contradictoires de l'autorité, mais aussi du principe de non-discrimination ; en effet, lorsque le pouvoir adjudicateur s'écarte des « règles du jeu » qu'il s'est fixées, il adopte un comportement qui se rapproche d'une manipulation, typiquement discriminatoire, du résultat du marché (Etienne Poltier, *op. cit.*, n° 259). Le principe de transparence permet également de contrôler l'impartialité de la procédure d'adjudication, les candidats étant en mesure de s'assurer que les règles posées initialement ont été effectivement respectées depuis le lancement du marché jusqu'à son adjudication (Etienne Poltier, *op. cit.*, n° 264). Dans le cadre de l'évaluation du critère du prix, le principe de transparence est un élément essentiel permettant de garantir aux soumissionnaires que leurs offres ont été appréciées de manière équitable. L'annonce préalable de la pondération du critère du prix est à cet égard une condition nécessaire, mais non suffisante, pour assurer la transparence de la procédure de passation du marché (Peter Galli *et al.*, *op. cit.*, n° 898). Certaines réglementations (notamment dans les cantons de Berne et de Vaud) exigent en outre la communication dans l'appel d'offres de la méthode d'évaluation du critère du prix, exigence que ne prévoit toutefois pas le droit valaisan des marchés publics.

**5.6.1** En l'espèce, il y a d'abord lieu de constater que l'adjudicateur n'a pas fixé, avant le dépôt des offres, la manière dont le critère du prix allait être évalué. En effet, la lecture du procès-verbal de la séance du 16 mai 2019 montre que la décision de « normaliser » les coûts sur 4 ans en intégrant les coûts d'acquisition des tablettes et les coûts d'hébergement a été prise à ce moment-là (« le groupe valide à l'unanimité [...] la règle de pondération appliquée »). On peut d'ailleurs penser qu'une autre manière d'évaluer ce critère du prix a été envisagée dans un premier temps, puisque le procès-verbal d'ouverture des

offres rédigé les 5 avril et 1<sup>er</sup> mai précédents dresse la liste des coûts offerts calculés sur une seule année (et non sur 4 ans). Tout indique, dès lors, que c'est au cours de l'examen des offres déposées que l'adjudicateur a décidé d'arrêter définitivement la manière dont il convenait de calculer le montant de ces offres, lesquelles énonçaient à la fois des coûts fixes de mise en service et des coûts périodiques.

Ce procédé n'est pas conforme au principe de la transparence, car il ne permet pas d'exclure les manipulations. En effet, dès le moment où les différents prix offerts sont connus, le fait que ceux-ci puissent être évalués suivant diverses modalités, à la totale discrétion de l'adjudicateur, ne permet pas de garantir que le marché a été attribué de manière impartiale et transparente. C'est d'ailleurs pour éviter cet écueil que la doctrine et la jurisprudence ont posé que la méthode d'évaluation du prix – formule mathématique qui, en droit valaisan des marchés publics, n'a certes pas à être communiquée à l'avance aux soumissionnaires – doit être choisie par le pouvoir adjudicateur avant l'ouverture des offres (cf. *supra*, consid. 5.3 et les réf. cit.). Le cas d'espèce illustre cette problématique puisque, pour ce critère du prix, la plupart des candidats auraient obtenu des notes sensiblement différentes si l'on avait tenu compte, par exemple, des coûts offerts uniquement pour la première année. Les montants à considérer et les écarts entre ceux-ci sont, en effet, susceptibles de varier notablement selon que les coûts sont calculés sur une durée plus ou moins longue. C'est dire que l'adjudicateur se trouve en position d'influer considérablement sur la notation du critère du prix et, consécutivement, sur l'attribution du marché.

**5.6.2** Ensuite, l'adjudicateur ne pouvait pas évaluer le critère du prix sur la base de montants qui ne correspondaient pas à ceux qu'il avait lui-même arrêtés à l'ouverture des offres. Dès lors que les prix des différentes offres déposées ont été contrôlés lors de la séance d'ouverture et reportés dans le procès-verbal *ad hoc* (art. 18 al. 3 Omp), il apparaît que le pouvoir adjudicateur a adopté un comportement contraire au principe de la transparence et à celui de la bonne foi en retenant d'autres montants que ceux-là lors de l'évaluation du critère du prix, sans que les soumissionnaires en aient été préalablement informés. En effet, dans la mesure où ceux-ci ont participé à ladite séance, ils pouvaient s'attendre à ce que les montants fixés dans ce procès-verbal ne soient pas modifiés, sous réserve de corrections d'erreurs évidentes (art. 19 al. 2 Omp), seules déterminantes pour la comparaison des offres après leur contrôle par l'adjudicateur (art. 19 al. 3 Omp).

**5.6.3** Enfin, la communication de la décision d'adjudication aux soumissionnaires présente des irrégularités de deux ordres.

Elle prêle d'abord à confusion, dans la mesure où elle mentionne, d'une part, que le marché a été adjudiqué pour un coût annuel pour la première année de 245 000 fr. et, d'autre part, que les montants considérés dans la pondération représentaient « la somme des coûts d'investissement, d'exploitation et d'hébergement pour les quatre premières années pour une couverture fonctionnelle similaire, complétés par les coûts d'acquisition des périphériques (tablettes) recommandés par le soumissionnaire » (cf. p. ex. pièce n° 22 du dossier déposé par A.). On ne voit pas l'intérêt de mentionner un prix d'adjudication sur une année si, en réalité, les montants des offres qui ont été comparés dans la pondération n'ont pas été calculés sur cette base.

Ensuite, la décision d'adjudication ne chiffre pas le véritable prix d'adjudication du marché, soit la somme exacte (sur 4 ans) qui a été prise en considération pour évaluer le critère du montant de l'offre de l'adjudicataire. Cette lacune est contraire aux réquisits de l'article 34 alinéa 3 Omp, qui prescrit que la décision d'adjudication doit notamment contenir, lorsque l'offre retenue n'est pas la meilleure marché, le montant de l'adjudication [...].

**5.7** Les conséquences des manquements qui viennent d'être constatés sur la procédure de passation du marché en cause sont graves, dans la mesure où il n'est pas possible de garantir que cette procédure s'est déroulée de manière transparente et impartiale. Le pouvoir adjudicateur aurait dû décider, avant le dépôt des offres, des modalités de calcul du prix à considérer dans la pondération du critère en question. Dès lors qu'il savait que certains coûts étaient périodiques (annuels), il devait à tout le moins arrêter à l'avance sur quel nombre d'années le prix allait être évalué, en admettant qu'il souhaitait intégrer ces coûts dans l'évaluation du critère du prix de l'offre. En reportant cette décision au cours de la procédure d'examen des offres déposées, le pouvoir adjudicateur a adopté un comportement contraire au principe de la transparence. A ce moment-là, les différents prix offerts par les soumissionnaires étaient connus et il n'était plus possible d'opter pour une méthode d'évaluation du prix demeurée jusque-là indéterminée sans s'exposer à des allégations critiquant la méthode choisie parce que favorisant arbitrairement l'une ou l'autre des offres déposées, selon que celles-ci proposent, en particulier, des coûts périodiques plus ou moins élevés.

Il n'est en outre pas possible de retenir que la méthode choisie pour déterminer les montants qui allaient être considérés dans la pondération, soit « la somme des coûts d'investissement, d'exploitation et d'hébergement pour les quatre premières années pour une couverture fonctionnelle similaire, complétés par les coûts d'acquisition des périphériques (tablettes) recommandés par le soumissionnaire » (cf. p. ex. pièce n° 22), allait de soi et était objectivement la seule (ou l'une des seules) pour laquelle le pouvoir adjudicateur pouvait opter. L'absence de toute indication dans les documents d'appel d'offres quant à la détermination du prix laissait une marge de manœuvre presque totale à l'adjudicateur sur ce point. Il existait en effet une multitude de manières de fixer les montants à pondérer pour le critère du prix. Ces montants pouvaient, par exemple, inclure les coûts périodiques sur un certain nombre d'années ; les prix des différentes offres et les écarts étaient alors susceptibles de varier notablement en fonction de la durée d'exploitation considérée. Il était aussi possible de ne pas évaluer certains coûts périodiques dans le critère du prix, en considérant qu'ils se rapportaient à une prestation déjà qualitativement et/ou quantitativement appréciée dans un autre critère d'adjudication. L'étendue des possibilités d'évaluation du critère du prix démontre qu'il était nécessaire pour l'adjudicateur de fixer à l'avance et de manière claire les règles qu'il entendait suivre pour l'évaluation de ce critère (sur la question de la manière de prendre en considération des coûts périodiques dans le critère du prix, cf. Claudia Schneider Heusi, *Die Bewertung des Preises*, in : Jean-Baptiste Zufferey et al. [éd.], *Marchés publics* 2018, vol. 36, p. 329 ss).

**6.** La Cour n'a aucun moyen de remédier aux irrégularités qui viennent d'être relevées et qui imposent d'annuler la décision d'adjudication. Elle peut dès lors se dispenser d'examiner les autres griefs formulés par la recourante. En outre, la Cour ne peut pas faire droit à la conclusion de X. qui demande que le marché lui soit adjugé. D'ailleurs, le principe de la transparence commande l'annulation de toute la procédure d'adjudication, puisqu'il n'est pas possible de définir *a posteriori* une méthode qui permettrait de réévaluer de manière impartiale le critère du prix pour chacune des offres déposées. Cette solution repose sur des motifs objectifs et est conforme à la jurisprudence (ATF 141 II 353 consid. 6).

**7.1** Attendu ce qui précède, le recours est admis et la décision d'adjudication est annulée (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). L'affaire est renvoyée à A. pour reprise *ab initio* de toute la procédure d'adjudication, pour autant qu'elle ait toujours l'intention d'attribuer ce marché.