

CH_VB JAAC 63.15 vom 29. Juni 1998

Bundesverwaltung, 1998-06-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_63.15__

FR: CH_VB JAAC 63.15 du 29 juin 1998

IT: CH_VB JAAC 63.15 del 29 giugno 1998

Erwägungen

E. 1

- Das Führen von Verhandlungen erfordert, dass die Vergabebehörde noch nicht ausgewählt hat, mehrere Anbieter oder Anbieterinnen in Konkurrenz zueinander stehen und die Verhandlungen dazu dienen, die notwendigen Elemente der bestehenden Offerten bezüglich Formulierung und Evaluation verständlicher zu machen (E. 4b). Acquisti pubblici. Contratto misto (commessa di forniture e edile). Offerta più favorevole sotto il profilo economico. Trattative. - Ammissibilità di un ricorso in funzione dei valori soglia determinanti per l'applicabilità della legge federale sugli acquisti pubblici (consid. 1a). Distinzione tra commessa di forniture e commessa edile (consid. 1b e 1c). Un contratto misto è considerato commessa di forniture se il valore di queste ultime è superiore a quello delle costruzioni. Nel caso inverso, si tratta di una commessa edile (consid. 1d). - Criterio dell'offerta più favorevole sotto il profilo economico (consid. 3a). - L'avvio di trattative presuppone che l'autorità d'aggiudicazione non abbia ancora proceduto alla scelta, che più offerenti concorrano ancora e che le trattative servano a riunire gli elementi necessari per una formulazione e una valutazione più precise delle offerte esistenti (consid.4b). Résumé des faits: A. Le 13 janvier 1997, l'Office des constructions fédérales (ci-après: l'OCF ou le pouvoir adjudicateur) publia dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) un appel à candidatures, dans le cadre d'une procédure sélective, pour des travaux d'assainissement de cases climatisées destinées à la recherche. Les soumissionnaires avaient la possibilité de proposer, à titre de variante, le remplacement des cases plutôt que leur assainissement. A la suite de la sélection des candidatures, quatre entreprises furent invitées à soumettre une offre. Trois d'entre elles donnèrent suite à l'invitation, parmi lesquelles Z et X. L'analyse des offres fut confiée au Bureau P. Le pouvoir adjudicateur opta finalement pour l'assainissement des cases. S'agissant de cette variante, le rapport d'analyse établi par le Bureau P. retint les montants corrigés suivants: Fr. 1 526 930.- pour l'offre de Z et Fr. 1 445 761.- pour celle de X. Sur la base de ce rapport, le pouvoir adjudicateur attribua le marché à Z, à une date que la publication dans la FOSC du 2 septembre 1997 fixe au 15 juillet 1997. Le contrat fut signé ce même 15 juillet 1997. Il avait pour objet l'assainissement de onze cases climatisées pour un prix de Fr. 1 469 700.-. La différence entre le montant figurant dans l'offre de Z et celui finalement retenu dans la décision

E. 2

d'adjudication - soit Fr. 57 230.- - s'explique par le fait que l'adjudicateur a convoqué le soumissionnaire à une séance, le 11 juillet 1997, et que leurs discussions ont abouti, entre autres, à la réduction des délais de livraison et, par voie de conséquence, à la diminution du montant de l'offre. La décision d'adjudication, publiée dans la FOSC du 2 septembre 1997, fut également communiquée à X par un courrier de l'adjudicateur daté du

E. 3

conditions énoncées dans le cahier des charges et que les prestations offertes par sa concurrente étaient meilleures à plusieurs égards, notamment celui des délais. C. Sur requête de la recourante, une audience de débats a eu lieu le

E. 6

Dans le cas inverse, il sera qualifié de marché de services (voir Evelyne Clerc, *L'ouverture des marchés publics: effectivité et protection juridique*, Fribourg 1997, p. 405). e. En l'espèce, l'objet principal du marché est la livraison de cases climatisées. Ainsi que l'explique l'intimé, l'enveloppe des cases est conservée et les installations techniques - à savoir un ventilateur à turbine, un moteur électrique, un système d'humidification et l'éclairage - sont remplacées. Les travaux nécessaires se limitent au rafraîchissement des revêtements et des joints, au nettoyage, à la peinture et au réglage des portes. Leur portée est donc sans conteste accessoire et leur valeur clairement inférieure à celle des fournitures. Or, comme les prestations attendues du soumissionnaire ne sont pas dissociables, la prestation principale, à savoir la livraison de fournitures, qualifie l'ensemble du marché. S'agissant de fournitures, le seuil d'application de la loi est atteint. En conséquence, les arguments avancés par l'autorité intimée à l'appui de sa conclusion d'irrecevabilité doivent être écartés. 2. (...) 3. Sur le fond, la recourante se plaint en premier lieu d'une mauvaise interprétation et d'une application irrégulière du critère de l'offre la plus avantageuse économiquement. a. En vertu de l'art. 21 al. 1 et 2 LMP, les offres doivent être évaluées en fonction de différents critères qui doivent figurer par ordre d'importance dans les documents concernant l'appel d'offres. Quant au pouvoir d'examen de la Commission de recours en la matière, il convient de rappeler ce qui suit. D'une part, la notion d'offre la plus avantageuse économiquement est une notion juridique imprécise. Lorsque la Commission de recours se prononce sur l'interprétation donnée à une telle notion, elle doit faire preuve de retenue et laisser au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus grande que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques et que l'autorité intimée a confié l'analyse des offres à un bureau spécialisé. D'autre part, dans l'application de la règle qui prescrit le critère de l'offre la plus avantageuse économiquement, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation dont l'exercice échappe, en principe, au contrôle de la Commission de recours. En effet, le grief de l'inopportunité ne peut pas être soulevé dans la procédure de recours (art. 31 LMP); seuls l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, constitutifs d'une violation du droit fédéral, peuvent être invoqués (art. 49 let. a PA; voir Blaise Knapp, *Précis de droit administratif*, 4e éd., Bâle / Francfort-sur-le-Main 1991, p. 33 s. ch. 154 ss; Pierre Moor, *Droit administratif*, Vol. I, 2e éd., Berne 1994, pp. 371 ss; Ulrich Zimmerli / Walter Kälin / Regina Kiener, *Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts*, Berne 1997, pp. 103 ss). Lorsqu'un recours met en cause une décision qui a pour objet l'interprétation et l'application de la notion d'offre la plus avantageuse économiquement, il ne suffit pas, pour que le recours soit fondé, que l'un ou l'autre des critères pris isolément ait été mal interprété ou mal appliqué; il faut encore que le résultat, considéré dans son ensemble, soit en contradiction avec le sens de la norme ou constitue un usage abusif ou excessif du pouvoir d'appréciation.

E. 7

(...) 4.a. La recourante invoque un second grief principal, celui de la violation du droit à l'égalité de traitement dans la conduite des négociations. Elle se réfère à la réunion qui s'est

tenue le 11 juillet 1997, à laquelle l'adjudicateur a convoqué l'entreprise concurrente. L'intimé soutient qu'il n'y a pas eu de négociations au sens de l'art. 20 LMP et que la séance a eu lieu «en vue de la conclusion du contrat». La recourante réplique que le montant de l'offre et les délais ont été modifiés lors de la rencontre et souligne le fait que le contrat passé avec l'adjudicataire se réfère à des offres du 26 mars et du 11 juillet 1997. L'intimé rétorque que la décision d'adjudication avait déjà été prise, de manière interne, sitôt après la remise de l'analyse des offres par le bureau spécialisé le 28 mai 1997. Selon lui, la réunion devait simplement permettre de «mettre au clair des points de détail avant la signature du contrat»; «la discussion portait essentiellement sur le planning des travaux» et c'est «la modification de l'échéancier [qui a entraîné] une adaptation des prix». b. En vertu de l'art. 20 LMP, des négociations ne peuvent être engagées que si l'appel d'offres le prévoit ou si aucune offre ne paraît être la plus avantageuse économiquement (al. 1). L'art. 26 OMP permet à l'adjudicateur, lorsqu'une des conditions légales relatives aux négociations est remplie, de choisir, en se fondant sur les critères d'adjudication, les soumissionnaires avec lesquels il engagera des négociations (al. 1). Il lui prescrit de prendre en considération, dans la mesure du possible, au moins trois soumissionnaires (al. 2) et lui interdit de leur transmettre quelque information que ce soit sur les offres des concurrents (al. 5). Les négociations avec les soumissionnaires ne sont donc autorisées que dans le cadre et aux conditions prévues par la loi (art. 20 LMP et art. 26 OMP), cela afin de parer au risque important de violation des principes de l'égalité de traitement et de la transparence (art. 1 al. 1 let. a OMP et art. XX ch. 2 AMP) occasionné par des contacts directs entre adjudicateur et soumissionnaires. Si l'art. 20 LMP n'indique pas quel est l'objectif des négociations, il ressort de l'art. XIV § 2 AMP que celles-ci doivent principalement servir à déterminer les points forts et les points faibles des soumissions. L'ouverture de négociations suppose donc que le pouvoir adjudicateur n'ait pas encore fait son choix, que plusieurs soumissionnaires soient encore en concurrence et que les négociations aient pour objet de réunir les éléments nécessaires à une formulation et à une évaluation plus précise des offres subsistantes (cf. décision non publiée de la Commission de recours du 29 avril 1998 en la cause Z AG, consid. 2a in fine). c. En l'espèce, il convient de déterminer si les discussions du 11 juillet 1997 ont constitué des négociations au sens de l'art. 20 LMP. L'argument de l'intimé consiste à soutenir qu'il n'y a pas eu de négociations puisque la décision d'adjudication avait été prise avant la séance du 11 juillet 1997. Toutefois, force est de constater que l'affirmation de l'intimé, selon laquelle l'adjudication aurait été prononcée à la fin du mois de mai ou au début du mois de juin, n'est aucunement prouvée. L'adjudicateur est en effet dans l'incapacité de situer cette décision précisément dans le temps ou même de remettre un document écrit qui confirme ses dires. Or, selon la LMP,

E. 8

l'adjudication d'un marché public tel que celui de la présente espèce est une décision administrative. Il est pour le moins fâcheux qu'il ne subsiste aucune trace écrite d'un acte de ce type, portant passation d'un marché d'une valeur voisine de 1,5 mio de francs. Dans ces circonstances, on ne saurait admettre l'existence d'une «décision» formelle d'adjudication antérieure à la réunion en cause. D'ailleurs, il y a lieu de souligner que le procès-verbal de la rencontre du 11 juillet 1997 porte la mention «Commande/Adjudication: 26.7.1997 au plus tard» et que le contrat passé avec l'adjudicataire se réfère effectivement à une offre du 11 juillet 1997, ce qui semble bien indiquer qu'aucune décision n'avait encore été formellement prise à cette date. L'étude du dossier permet malgré tout d'admettre qu'en l'occurrence, la réunion du 11 juillet 1997 n'avait pas pour objet de permettre à

l'adjudicateur de choisir l'entreprise à laquelle il entendait adjuger le marché. Même si l'intimé est dans l'incapacité de prouver que l'adjudication a eu lieu antérieurement, la Commission de recours est convaincue que, comme il le soutient, le choix du futur adjudicataire avait déjà été effectué de manière interne, officieusement, sous réserve que soient encore déterminées les précisions nécessaires à la décision d'adjudication, et que les autres soumissionnaires n'entraient alors plus en considération. En effet, après avoir confié l'analyse des offres à un bureau spécialisé, l'adjudicateur pouvait raisonnablement, compte tenu des circonstances, fonder son appréciation sur la proposition qui lui était faite par ce bureau. En tous les cas, il apparaît suffisamment vraisemblable que l'intimé a considéré, au plus tard au mois de juin, que les autres soumissionnaires n'entraient plus en ligne de compte. La réunion qui s'en est suivie avait pour but de préciser les termes exacts du contrat et d'éclaircir ou d'évaluer l'offre de Z. Il est vrai qu'à l'issue de cette rencontre, le prix offert par cette entreprise s'est trouvé légèrement diminué. Il ne s'agit cependant pas du résultat de négociations ainsi que le soutient la recourante, mais simplement de la conséquence de la réduction du temps d'exécution. C'est donc la modification de l'échéancier et elle seule qui est à l'origine de cette adaptation des coûts. Dans ces conditions, une rencontre avec les autres soumissionnaires aurait été dépourvue de sens. Certes il importerait que de tels choix «internes» du pouvoir adjudicateur puissent, à l'avenir, être dûment prouvés, mais les circonstances permettent de conclure qu'en l'occurrence, le choix de l'adjudicataire était antérieur à la réunion du 11 juillet 1997, que celle-ci n'avait pas pour objet des négociations au sens de l'art. 20 LMP et que l'intimé n'était dès lors pas tenu d'organiser des rencontres analogues avec d'autres soumissionnaires. Ce grief de la recourante est donc également rejeté.

E. 9

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 63.15 - Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 29 juin 1998 In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 1999 Année Anno Band 63 Volume Volume Seite --- Page Pagina Ref. No 150 004 175 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.