

VD_OMNI GE.1998.0128 vom 10. Februar 1999

VD Tribunal cantonal, 1999-02-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.1998.0128

FR: VD_OMNI GE.1998.0128 du 10 février 1999

IT: VD_OMNI GE.1998.0128 del 10 febbraio 1999

Regeste

c/Service des transports | Application du principe de transparence, ici en relation avec la question du prix (suppose clarté de l'appel d'offres sur les prestations requises, respectivement sur la nature du prix formulé par les concurrents; cons. 5)

Erwägungen

E. 28

PA; voir également ATF 121 I 225, qui avait trait à des examens d'avocat, ATF T.S. c/VD, Département de l'instruction publique, du 24 octobre 1997, 2P.155/1997, qui concernait la question de la consultation par un élève ayant échoué au baccalauréat du dossier d'autres élèves ayant obtenu ce titre, malgré leurs résultats chiffrés négatifs; voir également ZBl 1998, 529, TA AG, arrêt selon lequel le principe de confidentialité s'applique aussi de manière stricte en procédure de recours). En l'espèce, les représentants du groupement B * /E * ont fourni oralement des explications sur les éléments de calcul essentiels du bordereau de prix accompagnant son offre; ils se sont également exprimés sur les "rabais" énoncés et conduisant à leurs chiffres définitifs (là encore, la pièce produite à ce sujet en audience n'a pas été remise en consultation au groupement recourant). Une telle consultation limitée apparaît assurément imparfaite, mais elle a néanmoins permis à S * -M * d'exercer son droit d'être entendu, tout en préservant les secrets d'affaires de l'adjudicataire, voire ceux d'autres concurrents. En outre, le présent jugement ne tiendra compte du contenu des différents bordereaux de prix et des documents explicatifs produits que dans la mesure où celui-ci a pu être discuté en audience. 4. Le recourant reproche à l'autorité intimée de n'avoir pas adopté une procédure conforme à l'article 38 RVMP. Il soutient qu'il est contraire à la procédure sélective, au sens de l'article 7 RVMP, de donner ainsi une importance exclusive au seul prix. En ce qui concerne l'importance donnée en l'espèce au prix, c'est une question relevant du choix des critères d'adjudication. On doit relever que durant les deux premières phases prévues par le cahier des charges, le problème du prix n'est nullement abordé; ce dernier indique en revanche expressément que le marché revient, dans la dernière phase, au candidat ayant "remis l'offre de prix la (les) plus basse (s)". En cas d'égalité, le marché est adjugé au concurrent le mieux classé en phase 2. a) Avant d'aller plus loin dans l'analyse, il convient cependant de déterminer si les moyens soulevés par le recourant sont recevables. Selon l'autorité intimée, de tels griefs doivent être invoqués dans le cadre d'un recours contre la décision d'appel d'offres. Or un tel recours n'a pas été déposé en l'espèce. Dès lors, les moyens soulevés doivent être déclarés irrecevables. aa) Clerc enseigne qu'au niveau fédéral "un recours contre l'appel d'offres peut viser tant la forme de la publication que des éléments du contenu de l'appel d'offres: délai de dépôt des offres, critères de qualification des soumissionnaires, éventuelles autres conditions ou modalités discriminatoires, absence de certains renseignements exigés par l'AMP ou la LMP" (E. Clerc, op. cit., p. 501). L'appel

d'offres constitue une décision finale qui doit être immédiatement attaquée dans le délai de recours prévu. Si le soumissionnaire ne la conteste pas en temps utile, celle-ci devient définitive et ne peut plus être contestée par la suite en même temps que la décision d'adjudication (E. Clerc, op. cit., p. 502). Il est dès lors possible que les griefs dont il est question ici devaient être soulevés dans le cadre de la procédure de recours contre l'appel d'offres (dans ce sens, JAAC 62.80, cons. 3c). bb) S'agissant du droit fédéral, le message du Conseil fédéral relatif à la LMP indique que le dies a quo du délai de recours est, dans tous les cas, celui de la notification de la décision, même si celle-ci est sommairement motivée. Si le soumissionnaire requiert une motivation complémentaire, la durée nécessaire au pouvoir adjudicateur pour fournir celle-ci devrait être imputée sur le délai de recours. Cette solution est critiquée par Clerc, qui considère qu'en vertu de l'article XX § 5 AMP, lequel prescrit que le délai minimal de 10 jours court dès le jour où le recourant a eu connaissance du fondement de sa plainte, le point de départ du délai de recours devrait être la notification de la décision motivée à l'entreprise. La seule publication de la décision ou la notification directe de celle-ci accompagnée d'une motivation sommaire ne permettraient pas au soumissionnaire d'avoir connaissance du fondement de sa plainte (E. Clerc, op. cit., p. 347, 520). Au niveau cantonal, le point de départ du délai de 10 jours pour recourir de l'AIMP est celui de la notification ou de la publication de chaque décision attaquant (v. art. 15, al. 2 AIMP). Clerc relève avec pertinence que la traduction française de l'article 15, alinéa 2 AIMP (dès la notification de la décision d'adjudication) est imprécise et de nature à induire en erreur le lecteur, car il ne faut pas attendre la décision d'adjudication pour attaquer les décisions antérieures (appel d'offre, décision de qualification par exemple). cc) En l'espèce, si l'on examine l'avis paru dans la FAO, on lit ce qui suit sous la rubrique 12: Voies de recours: existent pour tout concurrent touché par une décision justifiant un intérêt digne de protection. Le recours doit être introduit dans les dix jours à compter dès la notification de la décision de qualification et de celle, par la suite, de l'adjudication conformément à l'article 15, alinéa 2 AIMP auprès du Tribunal administratif du canton de Vaud. C'est le droit suisse qui s'applique. Que l'on suive Clerc ou non, on doit admettre que l'indication des voies de droit précitée n'est pas extrêmement claire. S'agissant en particulier d'un appel d'offres, le délai devrait courir soit dès la publication (solution de la LMP), soit dès que le candidat a eu connaissance du fondement de sa plainte (solution de Clerc et de l'article XX § 5 AMP); en l'espèce, si on suivait Clerc, ce serait dès la réception du cahier des charges, car ce n'est qu'à partir de ce moment-là qu'un candidat est en mesure de savoir que dans la troisième phase de la procédure choisie par le pouvoir adjudicateur, le prix constitue le seul et unique critère. A lire pourtant l'avis de l'autorité intimée, on a l'impression qu'un candidat bénéficierait soit de deux possibilités pour attaquer un appel d'offres, soit d'aucune voie de droit. L'autorité intimée s'est vraisemblablement fondée sur la version française de l'article 15, alinéa 2 AIMP et a retranscrit partiellement l'erreur signalée par Clerc. Quoi qu'il en soit, compte tenu du fait que les voies de droit ont été indiquées de manière confuse, sans que la seule lecture des textes légaux permettent de lever cette incertitude (à cet égard, on peut sans doute émettre le vœu d'une révision à bref délai tant de l'AIMP que de la LVMP; l'exigence de la sécurité du droit apparaît en effet centrale s'agissant des règles relatives aux voies et délais de recours), on ne saurait suivre l'autorité intimée quand elle prétend que le recourant n'a pas attaqué l'appel d'offres en temps utile. A vrai dire, le problème soulevé ici est plus délicat encore. On peut en effet se demander quelle est la portée de la règle prévoyant l'ouverture d'une voie de droit contre l'appel d'offres (art. 43 lit. b RVMP) ou encore quel est l'objet exact de la "décision" d'appel d'offres. En l'espèce, l'appel d'offres

renvoyait, s'agissant des conditions de participation, aux documents de soumission (le cahier des charges notamment) lesquels pouvaient être obtenus sur inscription dans un certain délai; la description de la procédure d'adjudication, comportant dans l'étape finale le seul critère du prix, figurait précisément dans le cahier des charges et non dans l'appel d'offres publié. La question est dès lors de savoir si un recours contre l'appel d'offres pouvait réellement porter sur les documents de soumission fournis plus tard. On pourrait tout aussi bien considérer que la fourniture d'une telle documentation, même affectée de défauts sous l'angle du principe de transparence, ne constitue pas une décision susceptible d'être attaquée séparément (v. cependant Clerc, op. cit., p. 501 et 504 s.; pour elle, les spécifications techniques discriminatoires devraient à tout le moins pouvoir être attaquées directement, même si l'art. 43 LVMP n'en dit rien); dans ce cas, les griefs du recourant seraient alors clairement recevables. b) Peu importe en définitive la réponse à apporter à ces questions délicates dans la mesure où le moyen du recourant relatif à l'importance du critère du prix est de toute façon mal fondé. A ce propos, on rappelle que, dans sa toute dernière jurisprudence, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était pas interdit au pouvoir adjudicateur d'attacher une importance plus grande à certains critères d'adjudication qu'à d'autres, voire de ne pas tenir compte du tout de certains critères. Il est toutefois nécessaire qu'il le fasse savoir à l'avance à tous les soumissionnaires (ATF, 20 novembre 1998, 2P. 108/1998). Dans la procédure litigieuse, le prix revêt assurément une importance centrale. Il n'est toutefois pas décisif à lui seul, puisqu'il intervient lors de la dernière phase seulement. D'autres critères jouent un rôle non négligeable dans les deux premières phases. Force est dès lors d'admettre que l'on se trouve bien dans une procédure destinée à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, qui ne tient pas compte, prise globalement, exclusivement du prix le plus bas; elle respecte ainsi la règle de l'art. 38 al. 1 RVMP. Le grief formulé par le recourant doit dès lors être rejeté. c) S'agissant du grief fondé sur la régularité de la procédure adoptée par l'autorité intimée, il aurait peut-être pu être soulevé lui aussi dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offres. On laissera cette question ouverte, au vu des considérations évoquées plus haut, ce d'autant qu'un examen de fond ne permet pas d'accueillir ce moyen. Il convient donc d'examiner ci-après la question de savoir si l'on est ou non en présence d'une procédure sélective. On déterminera également si la procédure choisie respecte le principe de la transparence et permet par là même de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse au sens de l'article 38 RVMP. aa) Il existe plusieurs types de procédure, à savoir notamment: la procédure ouverte, la procédure sélective et la procédure de gré à gré. D'après l'article 7 LVMP, dans la procédure ouverte, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu. Chaque soumissionnaire peut présenter une offre. Dans la procédure sélective, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu. Chaque candidat peut présenter une demande de participation. L'adjudicateur détermine, en fonction de critères d'aptitude, les candidats qui peuvent présenter une offre. Il peut limiter le nombre de candidats invités à présenter une offre si cela n'est pas compatible avec un fonctionnement efficace du mécanisme d'adjudication des marchés. Une concurrence doit cependant être garantie. Quant à la procédure de gré à gré, elle prévoit que l'adjudicateur adjuge directement le marché à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres. bb) Compte tenu des circonstances du cas d'espèce, on ne s'intéressera qu'à la procédure sélective et à la procédure ouverte. Comme on l'a vu plus haut, la procédure sélective est caractérisée par le fait qu'elle comporte deux niveaux: le premier étant celui de la préqualification et le second porte sur le choix de l'adjudicataire. Dans une telle procédure, la concurrence est limitée, car la

possibilité de présenter une offre n'est pas accordée à tous les candidats intéressés (Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit., p. 49). C'est d'ailleurs pour cette raison que la LVMP, comme d'autres lois sur les marchés publics, rappelle qu'une concurrence réelle doit être garantie (art. 7 let. b LVMP). L'avantage de la procédure sélective réside dans le fait que, d'une part, les candidats "peu sérieux" ne doivent pas être amenés à faire des dépenses inutiles dans l'élaboration de l'offre et, d'autre part, le traitement des offres est facilité, compte tenu de leur faible nombre. Elle présente cependant l'inconvénient non seulement de limiter la concurrence mais également de désavantager, suivant les critères de préqualification choisis, les petites entreprises (Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit., p. 49). Dans la phase de préqualification, l'adjudicateur est amené à faire une sélection sur la seule base des critères d'aptitude économique, technique et financière des candidats (RDAF 1998, p. 134). Il existe une différenciation nette entre la phase de préqualification et celle d'adjudication du marché et, par conséquent, les critères utilisés dans les deux phases ne doivent pas être confondus. L'utilisation de critères relatifs à l'évaluation de l'offre, en particulier, n'est pas admissible au stade de la préqualification. cc) En l'espèce, l'autorité intimée indique que la procédure choisie est une "procédure sélective en une phase". C'est ce qui ressort de l'avis publié dans la FAO (voir partie Faits, lit. B). En ce qui concerne la participation, l'avis précité comporte un certain nombre de règles: le délai pour déposer la demande de participation, le délai pour verser la finance d'inscription et la langue de la demande de participation. Le cahier des charges comporte en outre sous chiffre 2.2. d'autres règles de participation au concours, à savoir: mention des spécialistes intégrés dans le groupement en tant que membres ou sous-traitants et interdiction pour un membre d'un groupement IC de participer au concours en tant que sous-traitant d'un autre groupement. Quant à la procédure d'adjudication, elle est prévue au chiffre 2.4 du cahier des charges et comporte trois phases décrites plus haut (voir partie Faits, lit. B). dd) La procédure choisie par l'autorité intimée prête dès lors le flanc à la critique essentiellement de par la terminologie utilisée. Par définition en effet, il n'est pas possible d'avoir une procédure sélective ne comportant qu'une phase. La procédure sélective comporte en effet toujours deux phases: la préqualification et l'adjudication. En outre, l'avis publié dans la FAO mentionne deux étapes : dans la première, la qualification et la sélection d'un certain nombre de concurrents susceptibles de participer et, dans la seconde, le choix en vue des adjudications. On pourrait penser que la première étape correspond à la phase de la préqualification et la seconde correspond à la phase de l'adjudication. Le cahier des charges, cependant, paraît infirmer cette analyse lorsqu'il mentionne qu'il y a, dans la procédure d'adjudication, trois phases. L'autorité intimée prétend avoir choisi une procédure sélective, alors qu'en réalité, il n'y a rien de cela. On a en effet vu plus haut que, dans un tel cadre, c'est dans une phase de préqualification que l'adjudicateur procède à une sélection sur la seule base des critères d'aptitude économique, technique et financière des candidats (RDAF 1998, p. 134). Or dans la première étape de la procédure choisie (soit ici celle de l'inscription des participants), il n'y a que des critères formels, tels que le respect des délais, de la langue notamment. A ce stade, l'autorité intimée n'évalue nullement l'aptitude économique, technique et financière des candidats, comme cela est exigé par la procédure sélective. Dans la procédure litigieuse, tout se joue dans la procédure d'adjudication, ou pour être plus précis, dans la phase d'adjudication; en effet, tous les participants au marché doivent présenter une offre complète et non pas seulement des indications sur leur aptitude. Il ressort aussi de l'examen du chiffre 2.4 du cahier des charges que la question de l'aptitude économique, technique et financière n'est pas traitée séparément dans une phase de

préqualification (dans ce sens, v. § 32 al. 2 du document intitulé "Directives pour l'exécution de l'AIMP" invoqué sur un autre point par l'autorité intimée; point non repris expressément il est vrai dans le RVMP), mais bien plutôt après le dépôt des offres, ce qui n'est pas conforme à la procédure sélective. Il ressort de ce qui précède que malgré les termes choisis, on n'est pas en présence d'une procédure sélective mais plutôt d'une procédure ouverte comportant, il est vrai, des éléments de la procédure sélective telle la sélection par étapes successives. La procédure choisie par l'autorité intimée a donc été mal intitulée. Cependant, cela n'a nullement pour effet l'annulation de la décision attaquée, car il s'agit là d'un vice peu important. e) Cela dit, il est essentiel de savoir si dite procédure respecte les exigences du principe de la transparence. aa) Un des buts essentiels du nouveau droit des marchés publics est d'améliorer la transparence des procédures de passation des marchés. C'est ce qui ressort du préambule de l'AMP et des articles XVII AMP, 1er alinéa 2, lettre c AIMP, 1er, alinéa 1 LMP et 3 LVMP. La transparence constitue un moyen permettant d'une part de garantir une authentique concurrence entre les soumissionnaires, d'assurer une utilisation parcimonieuse des deniers publics et de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 38 RVMP). D'autre part, le principe de la transparence contribue à réduire le risque réel d'excès ou d'abus de pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur, dès lors que la loi lui laisse une marge d'appréciation considérable. Dans l'arrêt du Tribunal fédéral que l'on a déjà cité, le problème de la transparence a fait l'objet d'un examen de fond (ATF, 20 novembre 1998, 2P. 108/1998; voir également réf. cit.). Il en ressort que la transparence est une condition indispensable au contrôle du respect de l'application de la loi et du bon déroulement des procédures. Elle constitue en outre une exigence essentielle; il est important en effet que les participants puissent connaître à l'avance les diverses étapes de la procédure et leur contenu, ainsi que toutes les données minimales et utiles pour leur permettre de présenter une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur. Enfin, ce dernier est tenu d'énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions; à tout le moins doit-il spécifier clairement par avance l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'entre eux, afin de prévenir tout risque d'abus et de manipulations de la part de l'adjudicateur. bb) En l'espèce, dans son avis publié le 14 avril 1998 dans la FAO, l'autorité intimée a clairement indiqué quelles sont les conditions de participation. En ce qui concerne les critères de qualification et de choix de l'adjudicataire, le chiffre 9 de l'appel d'offres renvoie au cahier des charges et aux documents de soumission. Tous les participants ont reçu le cahier des charges et les documents de soumission. Ils ont ainsi pu connaître par avance les diverses étapes de la procédure et leur contenu. En outre, grâce à la documentation remise, l'autorité intimée a également permis aux participants de connaître les éléments nécessaires au dépôt d'une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur. Dans le cahier de charges, les critères de qualification et de choix ont été indiqués en détail. L'autorité intimée a encore précisé l'importance des différents critères par un système de pondération. A titre d'exemple, on peut mentionner le critère de qualification 1 : "Critère 1: Expérience réelle dans la conception d'installations et d'équipement en électricité, domaines courant fort et faible, de chauffage et ventilation pour des ouvrages de tunnels, de stations et de dépôt d'entretien de chemins de fer ou de constructions équivalentes de même importance et complexité (P=10)." Au regard des règles dégagées par le Tribunal fédéral, on doit admettre que la procédure choisie par l'autorité intimée respecte les exigences du principe de la transparence, même s'il y a eu une

confusion sur le plan de la terminologie (v. encore cons. 5 ci-dessous, s'agissant du prix).

5. Le recourant soulève en outre la question de savoir si c'est un prix forfaitaire qui était exigé des candidats en l'espèce. Il s'agit ici à nouveau d'un problème lié au principe de transparence, lequel touche cette fois à la formulation des prix. a) L'autorité intimée y répond par l'affirmative en soutenant que le contrat de prestations de services signé par le recourant comporte de nombreux éléments qui confirment que c'est un prix forfaitaire qui est requis. Le chiffre 5.3 dudit contrat stipule en effet ce qui suit : "Les prix sont fixés dans les formulaires IC 16 (bordereaux de prix) du CS. Ces bordereaux ont pour but de fixer le prix du contrat et l'étendue des prestations effectuées en conformité avec le point 5.1 ci-dessus. Les différents prix comprennent tous les coûts nécessaires à la réalisation des diverses prestations, y compris mais mentionnés séparément, les frais d'informatique internes et externes induits par la gestion intégrée du projet conformément au système et exigences imposées par le MO, le contrôle de qualité interne et son adaptation au système de contrôle intégré de qualité CIQ mis en place par le MO et les taxes." En outre, l'autorité intimée fait valoir que l'indexation des honoraires selon le chiffre 5.4 n'aurait aucun sens s'il ne s'agissait pas d'honoraires forfaitaires; sur ce point le recourant fait valoir au contraire que, dans la terminologie de la SIA, la solution du forfait exclut l'indexation. Dans ses déterminations finales, le recourant relève encore que le cahier des charges comporte de nombreuses clauses permettant de déduire que l'on n'évoluerait pas dans le cadre d'un contrat forfaitaire. Il soutient en outre que l'autorité intimée sait introduire la notion de forfait quand elle l'entend. Tel serait le cas des frais de déplacements et les frais de reprographie qui doivent faire l'objet d'une offre forfaitaire. Interpellée à ce sujet, l'autorité intimée explique à l'audience que les bordereaux de prix comportent différentes cases dans lesquelles les candidats doivent indiquer les composantes de leur prix. Il y a ainsi différentes rubriques pour la phase I (avant-projet, dossiers d'enquête, projet définitif, mise en soumission) et la phase II (projet d'exécution, direction des travaux, dossier conforme, travaux de garantie). C'est le montant total des prestations de la phase I et celui de la phase II qui sont de nature forfaitaire. En d'autres termes, il n'y a pas un prix forfaitaire pour l'ensemble des prestations, mais deux prix forfaitaires qui, additionnés, forment le montant total de l'offre. Selon l'autorité intimée, ce système s'explique par le fait qu'en raison de motifs d'ordre politique, il y a encore, à l'heure actuelle, des incertitudes quant à l'évolution du projet. Afin d'éviter de devoir payer une somme importante en cas d'arrêt des travaux, l'autorité intimée a préféré diviser l'exécution du contrat en deux étapes; ainsi, si les crédits nécessaires n'étaient pas accordés par l'autorité politique au-delà de la phase I, seul ce qui a été indiqué pour cette phase devrait être versé au groupe adjudicataire et non le montant indiqué pour la phase II. b) On relèvera d'emblée que la problématique liée à la rémunération des travaux de construction ou des mandats dans le même domaine revêt une grande complexité (voir à ce propos Rainer Schumacher, *Die Vergütung im Bauwerkvertrag*, Fribourg 1998, p. 58); l'auteur précité se réfère à cet égard à la norme SIA 118, qui a trait au contrat d'entreprise. En l'occurrence, l'on a affaire plutôt à des contrats de mandat, mais les différentes normes SIA (applicables aux architectes ou aux ingénieurs) comportent, s'agissant du prix, des approches similaires ou apparentées. On doit généralement distinguer la rémunération de base de versements complémentaires. La première, qui est seule en cause ici, peut être convenue en fonction des coûts (dans le contrat d'entreprise, on parle de prix de régie), d'une part, ou sous la forme d'une rémunération fixe, d'autre part, qui doit alors être fondée sur une liste détaillée ou à tout le moins sur une description des prestations convenues. Dans le cas d'espèce, malgré le

caractère touffu des documents de soumission, l'on se trouve bien en présence d'un marché qui doit faire l'objet d'un contrat comportant une description des prestations attendues, lesquelles doivent faire l'objet d'une rémunération conçue comme un prix fixe (et non d'un simple devis, autorisant le bureau mandaté à facturer ses prestations selon leur coût). Plus précisément, compte tenu de l'indexation prévue, il s'agit d'un prix global, notion qui s'oppose dans la terminologie en usage auprès de la SIA, à celle de prix forfaitaire (comme le relève le recourant); il n'en reste pas moins qu'un tel prix global constitue bien un forfait, si l'on utilise la terminologie de l'art. 373 CO (sur la notion de prix global, voir Rainer Schumacher, op. cit, p. 13 et 194 ss, spéc. p. 195 en haut). Au demeurant, les différents concurrents ayant pris part au marché ne s'y sont généralement pas trompés, ainsi que l'a confirmé également le témoin Clément Gallay. Peu importe enfin que le contrat qui devra être conclu avec l'adjudicataire prévoie la possibilité, dans le futur, de négociations relatives à des modifications ou à des avenants pour des services supplémentaires; force est de retenir qu'il prévoit, en contrepartie des prestations demandées, une rémunération de nature forfaitaire (ceci dans un sens plus large que celui donné à ce terme par les normes SIA). En d'autres termes, malgré encore une fois une certaine complexité, les documents de soumission sont néanmoins suffisamment clairs à cet égard et respectent ainsi le principe de transparence. c) Compte tenu de la nature forfaitaire de la rémunération convenue et de surcroît de l'importance donnée au critère du prix dans la dernière étape de la phase d'adjudication, il est parfaitement compréhensible que les différents concurrents n'aient pas nécessairement rempli l'intégralité de la "grille" que comportaient les bordereaux de prix. On constate en particulier que ni le groupement recourant, ni l'adjudicataire n'ont jugé utile de chiffrer toutes les rubriques prévues. S * -M * n'insiste à vrai dire guère sur cet aspect, à juste titre d'ailleurs. En effet, on ne saurait attribuer une valeur essentielle à chaque élément de la "grille" des bordereaux des prix, dans la mesure où, pratiquement, les seules données déterminantes ont trait aux montants totaux demandés pour chacune des phases I et II; l'élimination des candidats qui n'auraient pas fourni toutes ces données constituerait en effet un excès de formalisme (s'agissant de l'adjudicataire en particulier, il serait curieux d'écarter son offre du dossier pour le motif qu'il n'a demandé en quelque sorte aucune rémunération pour certaines prestations telles qu'intégration informatique et intégration contrôle-qualité, qu'il a englobées en effet dans ses frais généraux; les représentants de ce dernier ont d'ailleurs expliqué que ces frais pourraient également être valorisés dans le cadre d'autres contrats, ce qui justifiait une telle solution). d) Il résulte des considérations qui précèdent que les griefs formulés par le groupement recourant à propos de la rémunération prévue dans le cadre du marché ici litigieux ne sauraient être retenus. 6. Le recourant soulève en outre le problème de la sous-enchère. Il soutient que les trois autres concurrents ont, soit pratiqué un tarif se situant au 50% des prix usuellement pratiqués (tarif KBOB/coût), soit réduit de moitié le nombre des heures portées en compte (le prix horaire étant fixé par le tarif KBOB). En bref, ces derniers auraient pratiqué une sous-enchère. a) Selon Michel, " la plupart des ordonnances de soumission adoptées avant l'introduction du nouveau droit prévoient la possibilité d'exclure une offre lorsqu'il y a sous-enchère" (N. Michel, Droit public de la construction, Fribourg, 1996, p. 391, n°1952). Tel est le cas lorsque la prestation est proposée en dessous du prix de revient ou lorsque la somme de toutes les positions ne permet pas d'espérer un gain approprié ou ne permet de s'y attendre que si le travail n'est pas exécuté correctement (N. Michel, op. cit. , p. 391, n° 1952 et p. 392, n° 1959). L'interdiction de la sous-enchère est considérée comme justifiée notamment en raison du fait que l'Etat a intérêt à ce que les entreprises soient en bonne santé afin que

les rentrées fiscales et les places de travail soient assurées, partant que la paix sociale ne soit pas troublée (N. Michel, op. cit., p. 391, n° 1952). Pour déterminer la sous-enchère, une des méthodes utilisées en pratique consiste à comparer l'offre douteuse avec la moyenne arithmétique de toutes les autres offres. Il s'agit, par ce biais, d'établir une présomption de sous-enchère lorsque l'offre litigieuse est inférieure à la moyenne, à charge du soumissionnaire incriminé d'apporter la preuve du contraire. Selon Michel, " cette méthode a le mérite de la simplicité pour l'autorité mais elle ne tient pas suffisamment compte des particularités de l'entreprise suspecte, raison pour laquelle quelques ordonnances de soumission préfèrent confier le soin à l'autorité de déterminer par ses propres moyens s'il y a sous-enchère, plutôt que d'en proposer une définition chiffrée. Les systèmes mathématiques conduisant à l'exclusion automatique d'offres suspectées de sous-enchère ne sont pas admissibles. Tout au plus des formules arithmétiques peuvent être utilisées pour déclencher un processus spécifique de vérification du bien fondé des prix offerts, le soumissionnaire devant avoir la possibilité d'exposer les bases de sa calcul et de justifier son prix ." (N. Michel, op. cit. , p. 392, n° 1953 et 1954; DC 1988 p. 70 s. n° 78).

b) Galli/Lehmann/Rechsteiner considèrent qu'il faut distinguer deux types de sous-enchères. Le premier regroupe les cas dans lesquels la sous-enchère est rendue possible chez un concurrent de par le fait qu'il ne respecte pas ses obligations fiscales ou celles qui lui incombent envers les travailleurs sur la base des conventions collectives en vigueur au lieu de la prestation; le second concerne les autres cas de sous-enchère, pouvant apparaître comme illicites au regard de la législation sur la concurrence déloyale. Seul le premier type de sous-enchère pourrait conduire à une exclusion de l'offre, en droit fédéral tout au moins, en application de l'article 11, lettres c et d LMP (op. cit., p. 210 ss, spéc. n° 728 et 729). Toutefois, les mêmes auteurs admettent que le droit cantonal peut adopter des dispositions plus sévères et prohiber la sous-enchère dans une mesure plus étendue, visant également le second type de sous-enchère décrit plus haut (op. cit., p. 146 ss, n° 476). La jurisprudence fribourgeoise s'est ralliée à la solution de ces auteurs (RFJ 1997, p. 113). En d'autres termes, le concurrent évincé, lorsqu'il ne peut établir l'existence d'un motif d'exclusion de l'offre, malgré une sous-enchère apparente, devrait saisir le juge civil compétent en matière de concurrence déloyale; ce n'est qu'une fois que ce dernier aura constaté l'illicéité de l'offre qu'il pourra s'adresser au pouvoir adjudicateur pour faire annuler l'adjudication. Le Tribunal administratif fribourgeois relève que l'adjudicateur qui a en main une offre à un prix nettement plus bas que celui des autres soumissionnaires " est tenu d'effectuer des démarches raisonnables pour s'assurer dans la mesure du possible que cette offre favorable est réalisable par l'entreprise et qu'elle ne participe pas d'un acte illicite. Ce devoir de diligence de l'adjudicateur n'englobe pas cependant de se prononcer sur les griefs liés directement au droit de la concurrence et des cartels " (voir également Denis Esseiva, op. cit., p. 25 ss).

c) En droit vaudois des marchés publics, il y a trois dispositions qui méritent d'être examinées ici, ce sont les articles 33, alinéa 1, lettre l, 33, alinéa 2 et 37 RVMP. On relèvera d'emblée qu'il n'est pas évident que ces règles aillent plus loin que celles de la LMP dans leur sanction de la sous-enchère. Selon le premier article: "Une offre peut être exclue lorsqu'elle comporte des prix trop bas pour qu'il soit normalement possible d'exécuter le travail selon les règles de l'art." S'agissant de l'article 33, alinéa 2 RVMP, il en ressort ce qui suit: "Lors de la passation de marchés, seules doivent être prises en considération les offres des soumissionnaires qui respectent les dispositions de protection du travail, de même que les conditions de travail des conventions collectives de travail, les contrats de travail, ou en leur absence, les prescriptions usuelles de la branche, applicables au lieu où sont réalisés les

travaux." Quant à la troisième disposition, elle stipule ce qui suit: "Si un adjudicateur reçoit une offre anormalement plus basse que les autres, il peut demander des renseignements au soumissionnaire pour s'assurer que celui-ci respecte les conditions de participation et peut satisfaire les conditions du marché." De par leur teneur, l'article 33, alinéa 1, lettre l RVMP et l'article 33, alinéa 2 précités ne paraissent pas, à première vue, poursuivre les mêmes objectifs. En effet, ce qui est visé à l'article 33, alinéa 1, lettre l RVMP c'est la correcte exécution du contrat. Il est dans l'intérêt de la collectivité publique que les prestations promises par l'adjudicataire puissent être exécutées régulièrement; l'autorité adjudicatrice doit ainsi écarter toute offre qui est de nature à compromettre cet objectif. S'agissant de l'article 33, alinéa 2 RVMP, il a comme but le respect des "dispositions de protection du travail". A l'évidence, il poursuit un objectif social, à savoir la protection des travailleurs. L'article 37 RVMP est, quant à lui, d'une nature différente des deux autres dispositions précitées. C'est un rappel de l'article XIII, chiffre 4, lettre a in fine de l'accord GATT/OMC sur les marchés publics. Contrairement aux articles 33, alinéa 1, lettre l et 33, alinéa 2 RVMP, l'article 37 RVMP requiert seulement de l'autorité intéressée une comparaison du prix litigieux par rapport à ceux des autres. En réalité, il s'agit d'une sorte de règle de procédure permettant au pouvoir adjudicateur d'obtenir (et obligeant ce dernier à y procéder, si les circonstances le commandent) des compléments d'information de la part du soumissionnaire dont l'offre est suspecte. Cette règle peut également être rattachée au droit d'être entendu, en ce sens qu'elle permet au candidat dont l'offre est anormalement basse d'expliquer les raisons pour lesquelles il a formulé un prix donné. Sous l'angle des sanctions prévues, l'article 33, al. 1, let. l RVMP prévoit que l'offre peut être exclue; en d'autres termes, l'exclusion n'est pas automatique. L'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation et il lui appartient de décider, selon les circonstances du cas d'espèce, s'il faut ou non exclure l'offre litigieuse. Par contre, l'article 33, alinéa 2 RVMP prévoit que l'offre ne doit pas être prise en considération. La sanction prévue par le RVMP est automatique et le pouvoir adjudicateur ne dispose ici d'aucune liberté d'appréciation. Quant à l'article 37 RVMP, il ne prévoit aucune sanction au sens strict du terme mais uniquement une possibilité accordée à l'adjudicateur de demander des renseignements au soumissionnaire pour s'assurer que celui-ci respecte les conditions de participation et peut satisfaire les conditions du marché. Ainsi donc, le fait d'avoir une offre anormalement basse n'entraîne pas automatiquement une exclusion. C'est d'ailleurs ce qui ressort du document intitulé "Principes législatifs relatifs à la passation des marchés publics dans les cantons" (15 décembre 1993): " si une offre apparaît anormalement basse par rapport à la prestation, elle ne peut pas être exclue automatiquement. Le pouvoir adjudicateur doit donner au soumissionnaire la possibilité de donner des explications sur son offre " (art. 46). Au vu de ce qui précède, l'examen du problème de la sous-enchère doit, en droit vaudois, se faire en deux temps. En premier lieu, il convient de vérifier si la règle de procédure de l'article 37 RVMP a été respectée, en d'autres termes, si la marge d'appréciation conférée par cette disposition a été utilisée de manière correcte par l'autorité. Il faut ensuite se demander si les règles de fond des articles 33, al. 1, let. l et al. 2 RVMP ont été violées, ce que soutient le recourant, à vrai dire pour la première de ces dispositions seulement. d) En l'espèce, le GEO a ouvert les enveloppes n° 2 de quatre candidats. Il a d'abord établi un classement en mentionnant expressément la réserve d'un contrôle approfondi. C'est le groupement B * /E * qui est sorti premier de ce classement. D'après le procès verbal du 17 août 1998, le GEO a procédé à une première analyse financière en comparant les différents prix. Il est arrivé à la conclusion que le prix du groupement précité s'écartait de 26% par rapport à la limite de 15% fixée dans le CC

pour la moyenne des prix des concurrents dont l'enveloppe n° 2 a été ouverte. Compte tenu de cet écart, il a décidé que la garantie de bonne exécution sera augmentée à 85'000 fr., conformément aux CC 3.21 et 5.5. Selon le même document, " la vérification du contenu des enveloppes n° 2 ouvertes, faite sur le champ par le secrétaire, ne fait apparaître aucune anomalie ." Après ces opérations, le GEO a décidé que le marché serait attribué à B * /E * . Interpellé à l'audience, le président du GEO a indiqué que lors de l'ouverture des quatre enveloppes n°2, les membres du groupe avaient constaté d'emblée qu'il y avait une différence de prix considérable entre le groupement recourant et les trois autres candidats. Le GEO a essayé de chercher une explication raisonnable au sujet de cette divergence et a finalement considéré que c'était la relative inexpérience du groupement recourant qui était à l'origine de la différence de prix. Partant de cette constatation, il n'avait pas estimé nécessaire de déterminer si les offres des trois autres candidats étaient ou non des sous-enchères. e) S'agissant précisément de l'offre de B * /E * , il convient de relever que dans son bordereau de prix solution "traditionnelle" et solution "performance", ce concurrent a pratiqué un rabais de l'ordre de 30% sur ses prix, par rapport à un calcul selon le tarif-coût. C'est ainsi que dans la solution "traditionnelle", il est parvenu avec un tel calcul à un total de 1'052'777 fr. pour les phases I et II; après avoir déduit 315'833 fr., soit un rabais de 30%, il a indiqué un total général de 736'944 fr. Dans son calcul selon le tarif-coût, le groupement B * /E * a encore modéré le coût de réalisation des installations électriques à 7 mio. au lieu de 8 mio; comme l'observe du reste le recourant, le rabais en question n'est donc pas de 30%, mais est porté de ce fait à un peu plus de 40%. A l'audience, les représentants du groupement B * /E * ont expliqué que leur prix avait été calculé sur la base d'expériences réelles. Par comparaison avec d'autres projets déjà accomplis, le groupement pouvait évaluer le nombre d'heures nécessaires à l'accomplissement du mandat et a par conséquent fondé sa calculation sur la base d'éléments connus. Il a, dans ce calcul de prix de revient, retenu un coût-horaire (H.T.) de 116 fr., pour un montant total de 673'728 fr., lequel lui laisse, par rapport au total général indiqué dans le bordereau de prix, une marge bénéficiaire de 9,4 %. Il a donc procédé par ailleurs à un calcul de contrôle en se fondant sur le tarif-coût, sur lequel il a estimé être parfaitement en mesure de procéder à divers abattements, en fonction de la difficulté des ouvrages projetés, respectivement de la similitude des prestations demandées (pour les différentes gares, par exemple) ou encore en relation avec la conjoncture. En audience, les représentants du groupement adjudicataire ont encore réaffirmé que leurs prix étaient fondés sur une calculation soignée du coût de revient, dont le caractère modéré s'explique par l'expérience qu'il a acquise, aussi bien en Suisse allemande qu'en Suisse romande; les connaissances réunies dans le cadre de précédents projets lui ont permis en effet de réduire dans une mesure très importante le nombre d'heures nécessaires à l'accomplissement du mandat, par rapport au temps que le groupement recourant entend lui consacrer. Cette remarque est d'ailleurs confortée par une comparaison avec les tableaux présentés par d'autres concurrents, B * et B * & G * , portant sur les forces de travail estimées nécessaires à l'exécution de ce contrat. Ces deux derniers concurrents ont en effet procédé à cet égard à une estimation qui s'avère très proche de celle de /E * (voir les documents IC-10, figurant dans les cahiers de soumission de B * et de B * & G * , pièces 30 et 32 de l'onglet de l'autorité intimée). Tout en émettant des doutes à ce sujet, le groupement recourant ne conteste pas sérieusement que son adversaire soit en mesure de réaliser le mandat sur la base du temps budgeté par ce dernier. Quant à l'autorité intimée, elle estime n'avoir pas de motifs de s'inquiéter plus avant de cet aspect, au vu de la convergence des trois offres les mieux classées, lesquelles reposent sur des bases similaires

quant au temps nécessaire à l'accomplissement du mandat. f) Pour rejeter l'accusation de la sous-enchère, l'autorité intimée cite Esseiva: " L'accusation de dumping est pratiquement exclue dans le domaine des prestations de services (architecte, ingénieur) puisque, dans ce type de marché, les soumissionnaires bénéficient de la plus grande liberté pour calculer leurs prix. " (D. Esseiva, *Marchés publics fribourgeois, réalités pratiques*, Fribourg, Morat et Payerne, p. 26 et 27). A l'évidence, on ne saurait se fonder sur cette seule généralité pour trancher la question de la sous-enchère. aa) Dans le cas particulier, l'autorité intimée a cependant procédé à une analyse financière, bien que cette dernière ait été quelque peu sommaire (voir procès-verbal du 17 août 1998). Elle a en outre donné des explications complémentaires à l'audience. On doit déterminer si l'appréciation donnée dénote un abus du pouvoir d'appréciation. Selon la doctrine, l'autorité doit exercer sa liberté conformément au droit. Elle doit respecter le but dans lequel un tel pouvoir lui a été conféré et ne pas le détourner de sa finalité. Elle doit "procéder à un examen complet de toutes les circonstances pertinentes: élucider complètement l'état de fait, réunir les moyens de preuve nécessaire (inspection locale, expertise, etc.). Elle ne peut se contenter d'une application schématique: c'est à dessein que la loi lui donne la faculté - et donc le devoir - d'adapter sa décision à la situation concrète. Elle ne peut se fonder sans autre examen sur une ordonnance administrative, ni non plus se contenter de simples présomptions. (...) Les critères employés doivent être transparents et objectifs, ou plutôt raisonnables: faute de quoi l'autorité se rend coupable d'arbitraire. " (P. Moor, *Droit administratif*, tome I, Berne, 1994, pp. 377-378).

bb) S'agissant tout d'abord de l'examen de la sous-enchère sous l'angle de l'article 37 RVMP, il convient de relever que l'offre de /E * n'est pas anormalement plus basse que celle des autres candidats. Au contraire, elle est très proche de celles de B * et de B * & G * ; elle est certes très éloignée de celle du groupement recourant, mais c'est plutôt cette dernière qui est apparue excessivement élevée (la même appréciation vaudrait pour l'offre du groupement représenté par le témoin G * , qui dépassait aussi 1 million de francs). L'article 37 RVMP prévoit, en fait, l'hypothèse inverse, c'est-à-dire le cas d'une offre anormalement plus basse que les autres. C'est donc à juste titre que l'autorité intimée n'a pas estimé nécessaire de demander des renseignements auprès du groupement /E * pour savoir si les conditions de participation ont été respectées et s'il peut satisfaire les conditions du marché. En outre, l'explication donnée par le GEO au sujet de la différence entre l'offre de S * -M * et celles des trois autres candidats est raisonnable et plausible, en ce sens que le groupement recourant ne dispose pas d'une expérience dans le management de projets de la dimension du présent marché ou dans le domaine ferroviaire aussi étendue que celle des trois concurrents qui ont présenté des prix inférieurs au sien; d'ailleurs, les représentants de S * -M * en sont convenus à l'audience dans une certaine mesure. C'est dire qu'on ne peut, dans le cas particulier, reprocher à l'autorité intimée de n'avoir pas suffisamment examiné le problème de la sous-enchère. cc) En ce qui concerne l'examen de la sous-enchère sous l'angle de l'article 33, alinéa 1, lettre l RVMP (bonne exécution du contrat) la décision attaquée échappe à l'arbitraire, car l'autorité intimée a bien vu que le prix de l'adjudicataire s'écartait de 26% par rapport à la limite de 15% fixée dans le cahier des charges pour la moyenne des prix des concurrents dont l'enveloppe n° 2 a été ouverte. Elle a en conséquence quasiment doublé la garantie initiale de bonne exécution pour la porter à 85'000 fr. On ne voit au demeurant pas que le GEO devait aller au-delà de cette mesure prévue par le cahier des charges pour retenir en outre que l'offre de /E * devait être exclue en application de l'art. 33 al. 1 let. l RVMP. Sans doute, l'existence d'une sous-enchère de nature à mettre en péril la bonne exécution du contrat, peut être retenue en dehors du cas de

l'art. 37 RVMP; encore faudrait-il que des indices particulièrement forts suggèrent une telle conclusion, qui devrait en outre être vérifiée, par le biais, là aussi, de renseignements complémentaires demandés aux soumissionnaires (art. 37 RVMP, par analogie). En l'occurrence toutefois, on l'a vu, le dossier et l'instruction ne révèlent rien de tel. L'autorité intimée, lors de l'ouverture des enveloppes n° 2, puis à l'audience, a jugé que l'expérience dont faisait état le groupement adjudicataire expliquait tout à fait le niveau des prix atteint dans son offre; cette conclusion n'a pas été ébranlée par l'instruction et le tribunal peut la faire sienne. dd) Enfin, quant à la protection sociale des travailleurs (art. 33, alinéa 2 RVMP) elle n'est nullement mise en cause, car le groupement recourant a reconnu à l'audience qu'il n'entendait pas faire des reproches à /E * sur ce terrain. ee) Au vu de ce qui précède, on doit admettre que l'autorité intimée n'a nullement commis un abus du pouvoir d'appréciation en n'excluant pas l'offre de l'adjudicataire en application des règles précitées. En conséquence, les griefs soulevés à cet égard par le groupement recourant doivent être rejetés. 7. Au vu des considérations qui précèdent, le recours ne peut qu'être écarté, aux frais de son auteur (art. 55 LJPA). Quant à l'Etat de Vaud, il dispose de services suffisants pour procéder devant le tribunal, sans avoir besoin de recourir à un mandataire professionnel; dans ces conditions, ses conclusions en dépens ne peuvent être que rejetées (voir, dans le même sens, TA, arrêt du 21 octobre 1998, GE 98/097).

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