

VD_OMNI GE.2000.0092 vom 26. Oktober 2000

VD Tribunal cantonal, 2000-10-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2000.0092

FR: VD_OMNI GE.2000.0092 du 26 octobre 2000

IT: VD_OMNI GE.2000.0092 del 26 ottobre 2000

Regeste

c/Municipalité de Chésereux | Pas de violation du principe de non-discrimination à tenir pour économiquement plus avantageuse l'offre 10 % plus chère, mais fondée (en raison de la nature du terrain) sur un degré de difficulté "n" plus élevé, mieux à même de prévenir le risque d'une hausse de prix en cours de mandat en application des art. 373 al. 2 CO et 7.5.1 normes SIA 103.

Erwägungen

E. 38

RMP, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. L'adjudicateur appelé à procéder à la pondération de tous les éléments permettant d'évaluer la relation "qualité-prix", peut se référer à la liste des critères d'adjudication figurant dans les documents d'appels d'offres pour moduler l'importance du prix offert. La notion d'offre la plus avantageuse économiquement est une notion juridique imprécise. Elle laisse une importante marge d'appréciation aux entités adjudicatrices. Il existe dès lors un danger réel d'excès ou d'abus du pouvoir d'appréciation. L'obligation qui est faite au pouvoir adjudicateur d'indiquer préalablement les critères d'adjudication et leur ordre de priorité ou leur importance contribue précisément à réduire ce risque d'abus (ATF 125 II 101 et références citées). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le fait de ne pas faire figurer les critères d'adjudication par ordre d'importance dans le cahier des charges et de ne pas indiquer par avance les pondérations respectives attribuées à ces critères constitue une violation du principe de transparence (ATF 125 II 100 consid. 7c). Il ne faut pas nécessairement communiquer un modèle mathématique complet d'appréciation des offres, mais il est nécessaire que le soumissionnaire connaisse l'importance respective de chaque critère qui sera mis en oeuvre. b) Dans le cas particulier, les documents d'appel d'offres mentionnent quatre critères d'adjudication, à savoir: la qualité de la structure globale du bureau et des personnes affectées au mandat (1), la disponibilité et la maîtrise de l'exécution du mandat dans les délais prévus (2), les honoraires définis (3) et les références dans le domaine concerné ou dans l'apport de solutions novatrices dans le domaine spécifié (4). Ces critères ont été énumérés dans leur ordre d'importance. En revanche, aucune information sur leur pondération n'a été communiquée à l'avance aux soumissionnaires. Ce défaut ne justifie cependant pas l'annulation de l'adjudication. En effet, la recourante ne prétend pas avoir subi un préjudice en raison de l'échelle d'évaluation appliquée à son offre. Du reste, les parties admettent qu'elles étaient à égalité au regard des différents critères, hormis celui des honoraires. Constatant ainsi que son bureau était à égalité avec l'adjudicataire quant aux critères nos 1, 2 et 4, la recourante soutient que son offre aurait dû être choisie, puisque son prix était le plus bas. Elle soupçonne l'autorité adjudicatrice d'avoir favorisé un candidat implanté dans la région et relève que les frais de déplacement ont une trop faible importance

pour justifier le rejet de son offre. c) En matière de marchés publics, la procédure doit respecter le principe d'égalité entre les concurrents. Dès lors, la préférence locale est un critère étranger à l'adjudication, car il relève d'une pratique discriminatoire (Esseiva, Mise en oeuvre de la nouvelle législation cantonale en matière de marchés publics, DC 1998, p. 104). Ce critère est prohibé par la loi, dans la mesure où il ne se rapporte ni à la qualité des soumissionnaires par rapport à la prestation, ni aux avantages économiques de l'offre. Toutefois, le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires n'est pas absolu, mais doit être compris dans un sens relatif (Arrêt S12, DC 2000, p. 58, suivi d'une note d'Esseiva). Ainsi, dans certains cas bien définis, le caractère local du soumissionnaire peut présenter objectivement un avantage en lien direct avec la prestation à fournir et il peut par conséquent être pris en compte dans le cadre du critère des coûts; encore faut-il, pour cela, que le pouvoir adjudicateur ait pris la précaution d'annoncer ces critères dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. De même, lorsque deux offres sont qualifiées d'équivalentes, rien n'empêche le pouvoir adjudicateur de tenir compte du fait qu'une entreprise a son siège dans le canton et qu'elle utilise du personnel, des matériaux et des fournitures en provenance de la région. Ainsi, la préférence locale ne peut être admise sans lien direct avec la prestation, qu'à la condition toutefois que les offres soient jugées équivalentes (Michel, Droit public de la construction, Fribourg 1996, n. 1982-1989 et références citées; Arrêt de la IIème Cour administrative du canton de Fribourg du 11 juillet 2000, cause Société X SA c. décision rendue le 17 mai 2000 par le Préfet de la Broye). En l'espèce, la Municipalité de Chéserey ne s'est pas fondée sur le caractère local du soumissionnaire. Toutefois, dans le calcul des honoraires tels que défini par les normes SIA (auquel le cahier des charges fait référence), le facteur de proximité joue indirectement un certain rôle. En effet, les normes précisent que les frais de déplacement ne sont pas compris dans les honoraires et doivent être facturés en sus (art. 5.5 ch. 1 normes SIA 103). Or, seuls les déplacements excédant 10 km. de trajets simples peuvent être facturés. En l'occurrence, le bureau adjudicataire est situé à moins de 10 km du chantier, ce qui explique pourquoi il n'est pas fait mention des frais de déplacement dans son offre. La recourante a quant à elle inclus dans ses honoraires un forfait relatif à ces frais. Pour la Municipalité, il s'agit d'un élément supplémentaire qui démontre que les honoraires de la recourante sont anormalement bas au regard des prestations à effectuer. En ce sens, on ne saurait retenir que l'autorité adjudicatrice a favorisé un bureau local en faisant prévaloir sans raison le critère de la proximité. 4. a) L'autorité intimée s'est apparemment fondée sur le motif de la sous-enchère pour écarter l'offre de la recourante. Plus précisément, elle a considéré que les honoraires de la recourante ne tenaient pas suffisamment compte des difficultés du projet. Ainsi, le choix d'un facteur de difficulté "n=0.5", qui est nettement plus bas que celui retenu par les autres candidats, lui a paru trop optimiste. Pour l'essentiel, la Municipalité redoute une hausse des honoraires (autorisée par l'art. 7.5. ch. 1 normes SIA 103) en raison de difficultés imprévues survenues en cours d'exécution du mandat. On relève que les normes SIA indiquent une valeur "n" correspondant à des conditions normales; pour des conditions plus faciles ou plus difficiles, la marge d'adaptation est, en règle générale, de +/- 0.2 (art. 7.5. ch. 1 in fine normes SIA 103). En l'espèce, les candidats sont partis d'une valeur "n=0.8" (structures porteuses, terrassement), qu'ils ont plus ou moins réduite pour tenir compte d'une part de l'inconnue tenant à la nature du terrain en profondeur et d'autre part de la simplicité des structures. Sur ce point, l'adjudicataire a expliqué que, bien que le projet ne comporte pas de travaux d'excavation, il n'en demeure pas moins que la nature du sol est un facteur de difficulté non négligeable; or, dans le cas particulier, la composition du

terrain en profondeur n'est pas connue, ce qui risque d'entraîner certaines complications dans l'exécution du mandat. Pour cette raison, l'adjudicataire a retenu un degré de difficulté de 0.75, qui lui paraissait adéquat. Seule la recourante a abaissé ce coefficient à 0.5. Elle fait valoir sa très grande expérience en la matière et la simplicité du concept de la structure qui conduira à simplifier le travail de l'ingénieur civil. Par ailleurs, elle relève que, dans le cadre d'un précédent appel d'offre relatif à un complexe scolaire à L., l'adjudicataire avait appliqué un facteur "n=0.5", alors même que le terrain était fortement en pente. En outre, la recourante explique qu'au lieu d'accorder un rabais, elle a préféré déterminer un facteur de difficulté plus bas. Du reste, elle relève que si on applique le rabais de 20% au facteur "n=0.75" comme l'a fait l'adjudicataire, on obtient un coefficient de 0.6. La Municipalité relève à ce sujet que l'offre de l'adjudicataire est plus transparente et répond mieux à l'esprit des normes SIA. En effet, la valeur "n" doit uniquement correspondre à la difficulté du projet et ne doit pas inclure un rabais déguisé. La distinction entre les facteurs se justifie, de son point de vue, comme déjà relevé car il s'agit d'éviter que ce rabais implicite ne soit finalement abandonné par une hausse du facteur "n" en cours d'exécution du mandat en raison de circonstances imprévues.

b) La plupart des ordonnances de soumissions adoptées avant l'introduction du nouveau droit prévoyaient la possibilité d'exclure une offre en présence d'une sous-enchère (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 (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 (Michel, op. cit., p. 391 n. 1952). Selon la jurisprudence fribourgeoise, l'adjudicataire qui reçoit une offre relevant de la sous-enchère apparente 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 (RFJ 1997, p. 113). En droit vaudois des marchés publics, deux dispositions trouvent application, à savoir les art. 33 al. 1 et 2 et 37 RMP. Le premier article dispose ce qui suit: "1. Une offre peut être exclue notamment: (...) - lorsque l'offre 1) comporte des prix trop bas pour qu'il soit normalement possible d'exécuter le travail selon les règles de l'art. 2. Lors de la passation des 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 dans la branche, applicables au lieu où sont réalisés les travaux." Les articles 33 al. 1 lettre l RMP et 33 al. 2 RMP ne poursuivent pas les mêmes objectifs. En effet, ce qui est visé à l'art. 33 al. 1 lettre l RMP 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. En revanche, l'art. 33 al. 2 RMP a pour but le respect des "dispositions de protection du travail". Il poursuit un objectif social, à savoir la protection des travailleurs. Dans le premier cas, l'autorité a la faculté d'exclure l'offre; 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'art. 33 al. 2 RMP prévoit que l'offre ne doit pas être prise en considération: la sanction n'est pas laissée à la libre

appréciation de l'autorité, elle est automatique (voir GE 98/0128 du 10 février 1999). L'art. 37 RMP se distingue des deux normes précédemment citées, par le fait qu'il s'agit d'une règle de procédure permettant au pouvoir adjudicateur d'obtenir des compléments d'informations de la part du soumissionnaire dont l'offre est suspecte. Cette règle se rattache également 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. Cette disposition ne prévoit aucune sanction au sens strict du terme, mais uniquement la 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 aux conditions du marché. On déduit de cette disposition que le fait de formuler 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" du 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). En définitive, l'examen 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'art. 37 RMP 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. Ensuite, il y a lieu d'examiner si les règles de fond des art. 33 al.1 et 2 RMP ont été violées. c) En l'espèce, la question litigieuse ne concerne que les art. 33 al. 1 lettre l et 37 RMP. Il ressort du procès-verbal de la séance d'attribution des mandats du 27 juin 2000, que sur les cinq offres déposées, trois d'entre elles présentaient un montant d'honoraires relativement proche, deux d'entre elles se démarquaient nettement, tant sur le haut que sur le bas de l'échelle de référence. L'autorité adjudicatrice a procédé à l'analyse de l'offre de R., afin de chercher une explication raisonnable à cette divergence. Elle est arrivée à la conclusion que la modicité du prix offert par la recourante était essentiellement due à l'emploi d'un coefficient de difficulté moins élevé que dans les autres candidatures. Or, la définition d'un facteur "n=0.5" lui a paru peu conforme à l'esprit de la norme SIA n° 103, qui - rappelons-le - prévoit en principe pour ce type de travaux un facteur de 0.8, pouvant être adapté de +/- 0.2 en fonction de la difficulté du projet. De plus, l'offre de la recourante ne permet pas de déterminer exactement sur quels postes et à quel taux un rabais a été consenti. Par ce motif, l'autorité intimée a considéré que la définition d'un facteur "n" très bas comportait en réalité un rabais déguisé. A l'audience, la recourante n'a du reste pas contesté qu'elle avait renoncé à accorder un rabais, puisqu'elle avait déjà déterminé un faible facteur de difficulté. Elle a également soutenu que le résultat était en définitive identique. Or, on relèvera que l'offre de la recourante est effectivement moins transparente que celles des autres concurrents qui se sont appliqués à distinguer le facteur de difficulté "n", le coût des déplacements et le rabais. Ce mode de présentation offre certaines garanties à l'adjudicateur. Selon les normes SIA, "si en cours de mandat, la mission est rendue considérablement plus difficile ou plus facile, l'ingénieur ou le mandant est en droit de demander une adaptation du degré de difficulté (art. 7.5. ch. 1 avant-dernier paragraphe, normes SIA 103, disposition à laquelle l'autorité intimée s'est précisément référée dans sa réponse; cf en outre l'art. 373 al. 2 CO). Ainsi, un rabais accordé sous la forme d'une valeur "n" réduite pourrait être corrigé en cours de projet, sans que l'adjudicateur puisse contester la hausse de prix. Or, selon l'autorité intimée et le tiers concerné, le projet pourrait présenter certaines difficultés qui ne sont pas encore clairement établies, liées en particulier à la nature du terrain en profondeur. A cet égard, l'autorité

intimée se fonde sur les autres offres qui sont nettement plus élevées, quand bien même il s'agit de bureaux disposant d'une expérience et d'une structure à peu près équivalentes. Ces explications sont raisonnables et les craintes de l'autorité intimée reposent sur des critères objectifs. En ce sens, on ne saurait reprocher à l'autorité intimée de n'avoir pas suffisamment pris en compte le problème de la sous-enchère et, de ce fait violé l'art. 37 RMP. Enfin, au vu de l'art. 33 al. 1 lettre l RMP, elle n'était pas tenue d'exclure d'emblée l'offre de la recourante, puisqu'il ne s'agit que d'une faculté laissée à l'appréciation de l'autorité. Au vu de ce qui précède, on doit admettre que l'autorité intimée n'a nullement commis un abus du pouvoir d'appréciation en écartant l'offre de la recourante. En conséquence, les griefs soulevés à cet égard par la recourante doivent être rejetés.

5. En définitive, le recours doit être rejeté aux frais de la recourante (art. 55 LJPA). L'autorité intimée, qui a recouru aux services d'un mandataire professionnel et qui obtient gain de cause, a droit à des dépens, arrêtés à 2'000 fr., mis à la charge de la recourante.

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