

VD_OMNI GE.2001.0072 vom 12. Oktober 2001

VD Tribunal cantonal, 2001-10-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2001.0072

FR: VD_OMNI GE.2001.0072 du 12 octobre 2001

IT: VD_OMNI GE.2001.0072 del 12 ottobre 2001

Regeste

c/ Service des transports | Est anormalement basse l'offre d'une entreprise présentée à perte. Lorsque l'analyse de l'offre d'un soumissionnaire comporte des indices suffisants d'un prix anormalement bas, le pouvoir adjudicateur est tenu de recueillir les explications adéquates de son auteur.

Erwägungen

E. 1

Dans le cas d'espèce, le recourant fait valoir en substance que l'adjudicataire a déposé une offre relevant de la sous-enchère; or, peut être exclue une offre comportant des prix trop bas pour qu'il soit normalement possible d'exécuter le travail selon les règles de l'art (art. 33 let. l du règlement du 8 octobre 1997 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics; la loi est abrégée ci-après : LVMP; le règlement : RMP). L'autorité intimée, pour sa part, considère que l'exclusion de cette offre aurait dû intervenir à l'issue de la phase 1; aussi, en omettant de recourir contre la décision clôturant cette première phase, le recourant serait déchu du droit de faire valoir ce moyen. Selon la jurisprudence de la Commission fédérale de recours, le pouvoir adjudicateur a le choix, en règle générale, de rendre une décision expresse d'exclusion ou au contraire d'écarter celle-ci implicitement dans le cadre d'une décision accordant le marché à un autre soumissionnaire (voir, entre autres, DC 2000, 124 s. N o S 30 et note Denis Esseiva, ainsi que les références citées par cet auteur). Le Tribunal administratif se rallie à cette solution; dans la pratique, d'ailleurs, les pouvoirs adjudicateurs distinguent rarement de manière rigide une phase dans laquelle ils désignent les candidats ou les offres exclus et celle où ils rendent des décisions de sélection ou d'adjudication (voir TA, GE 00/0039, du 5 juillet 2000 : l'autorité intimée faisait valoir, dans le cadre d'un pourvoi dirigé contre l'adjudication, que l'entreprise recourante aurait dû être exclue, ce qui aurait conduit au rejet de celui-ci par substitution de motifs; le tribunal est entré en matière sur ce moyen, sans le considérer d'emblée comme tardif; v. aussi et surtout, TA ZH, arrêt du 17 février 2000, BEZ 2000 n o 25 : les soumissionnaires n'ont pas droit à ce qu'il statué sur la question d'une éventuelle exclusion par une décision séparée). On remarquera également qu'en l'espèce le règlement des GEO réserve expressément l'examen de la question du dumping (c'est la formulation choisie par le règlement et reprise par le recourant; elle serait erronée selon l'adjudicataire) à la phase 5; c'est dire que le problème de sous-enchère soulevé par le recourant n'a pas été examiné de manière approfondie jusque là, ce point n'étant réellement abordé, puis tranché que dans le cadre de la décision attaquée. En d'autres termes, dans le processus ainsi décrit, le GEO aurait alors l'obligation d'aborder à ce moment-là la question de la sous-enchère, alors que le concurrent évincé, pour sa part, serait à tard pour le faire; cela n'apparaît en rien cohérent, dans la mesure où le recourant serait privé de la faculté d'obtenir un contrôle par l'autorité de

recours du respect du CCA par le pouvoir adjudicateur. Dans ces conditions, le recourant doit être considéré comme agissant à temps lorsqu'il fait valoir que l'offre de son concurrent devait être écartée pour ce motif.

E. 1.07

mio </TBODY> bbb) Le groupement recourant insiste par ailleurs sur la divergence des prix au mètre linéaire entre les offres E.pour le métro H., phase II, respectivement le projet M2, soit 2'152 fr. par mètre linéaire dans le premier cas et 867 fr. par mètre linéaire dans le second. Cet écart apparaît considérable, ce d'autant qu'il émane du même groupe et que le prix le plus élevé est celui du métro I.ien, alors même que les coûts de main-d'oeuvre apparaissent plus élevés en Suisse qu'en X. Sans doute, compte tenu de la longueur de la ligne à réaliser pour le métro I., l'adjudicataire est-elle en mesure de réaliser des économies d'échelles dans le projet M2, par rapport au projet H. II (à titre de comparaison, on signalera encore que H. I, dont la longueur de tracé est comparable à celle du projet M2, a été réalisé par A.pour un prix moyen de l'ordre de 1'600 francs par mètre linéaire. L'autorité intimée fait valoir également l'hypothèse que les prestations demandées dans les deux cas ne concorderaient pas. A cet égard, le groupement recourant souligne que le lot I. ne concernait que la pose, les fournitures étant assumées par la M. A ses yeux, cela rend la comparaison entre le marché I. et les postes pose du marché M2 d'autant plus pertinente. Il est néanmoins possible que les prestations demandées dans ces marchés divergent sur des points plus ou moins importants. Il reste qu'une telle hypothèse, aussi longtemps qu'elle n'est pas démontrée, n'est pas d'emblée de nature à enlever sa valeur à l'indice mis en évidence ci-dessus, d'une offre anormalement basse pour les postes relatifs à la pose de la voie. ccc) Par ailleurs, le groupement recourant indique de manière suffisamment plausible que les prestations correspondant au poste B61 (voie fer seule) sont plus simples que celles du poste B60 (voie pneus); il apporte la même démonstration s'agissant du poste B66 (croisements) comparé au poste B65 (communications croisées). Or, l'entreprise adjudicataire offre les prestations plus compliquées à un prix plus bas que les prestations simples. Là également, il s'agit d'indices d'une offre anormalement basse. On pourrait il est vrai se demander si de tels indices sont suffisants pour justifier le déclenchement de la procédure de justification des prix. La jurisprudence (belge notamment : voir à ce sujet Flamme et al., p. 1000 s.) admet en effet qu'il n'y a pas lieu d'écarter une offre dont certains postes apparaîtraient anormalement bas, lorsqu'ils concernent des montants insignifiants. En l'occurrence, il ne s'agit pas de postes insignifiants (au contraire, ils sont techniquement délicats), même s'ils ne représentent pas des montants importants, en chiffre absolu. Quoiqu'il en soit, on peut ici laisser cette question ouverte, dans la mesure où il ne s'agit pas là du seul indice d'une offre anormalement basse. ddd) Les explications à l'audience de l'auteur du bordereau des prix de l'adjudicataire ne paraissent par ailleurs pas suffisantes pour renverser les indices évoqués plus haut (on se souvient qu'il avait procédé au calcul suivant : 14'000 mètres linéaires de voies, nécessitant 11 heures de travail, cela à 40 fr. de l'heure, soit un montant de quelque 6 millions de francs suisses); il faisait valoir que l'offre préparée par ses soins (comportant des frais de main-d'oeuvre de quelque 9 millions), s'explique aisément par ce chiffre, auquel devait s'ajouter le coût de la pose des appareils de voies et celui de l'encadrement, puis des frais généraux et la marge de l'entreprise. Il reste que cette calculation, présentée rapidement lors de l'audience et limitée "aux grandes masses" (selon les propos de son auteur), apparaît par trop sommaire pour constituer une justification suffisante des prix articulés par l'adjudicataire et priver de portée les indices évoqués ci-dessus. e) Il résulte des considérations qui précèdent que le recours doit être accueilli

partiellement. Il apparaît en effet que le GEO devait déclencher la procédure de vérification de la calculation du prix du moins-disant, cela en application du chiffre 7.6.3 RGEO. La décision attaquée sera dès lors annulée, la cause étant renvoyée à l'autorité intimée pour qu'elle procède à cette vérification; elle pourra, notamment, inviter E. à justifier l'écart de prix entre l'offre qu'il a présentée pour le métro H., phase II, et celui du métro M2 (v. aussi supra lit. d/ee/ccc). Une fois recueilli ces éléments complémentaires, l'autorité intimée statuera à nouveau. Il découle également de ce qui précède que le tribunal, sauf à violer le principe posé par l'art. 37 RMP, ne peut pas prononcer en quelque sorte l'exclusion du marché de la société intimée; il en résulte que les conclusions du groupement recourant tendant à ce que l'adjudication soit prononcée en sa faveur ne peuvent qu'être écartées.

E. 2

Le groupement recourant, outre le moyen tiré de la sous-enchère éventuelle de son adversaire, fait valoir que le GEO a violé les conditions du marché en arrêtant, à l'issue de l'audition des candidats (phase IV) deux facteurs de correction et non un seul (voir ci-dessus partie Faits let. C c; A.a ainsi obtenu des coefficients de 1,05 pour la phase de présélection et de 1,10 pour l'analyse technique; E.a également été gratifiée de deux facteurs de correction, pour chacune de ces deux phases). Pour sa part, le GEO soutient au contraire que la solution retenue correspond mieux au but même de la procédure d'évaluation; les questions, respectivement les réponses données portent en effet tant sur le volet " Présélection " que sur celui de l'analyse technique, de sorte qu'il est logique que les éléments de l'audition conduisent à une correction différenciée des notes obtenues en phase II (présélection), respectivement en phase III (analyse technique). a) En son chiffre 5.2.4, le CCA indique que, sur la base des compléments d'information donnés lors de l'audition, ainsi que des correctifs écrits éventuels remis par la suite, les points attribués aux phases II et III seront éventuellement corrigés par un facteur multiplicateur variant de 0,8 à 1,2; ce document ajoute que le nombre de points maximal pour la présélection reste limité à 500, respectivement pour l'évaluation technique à 1000 points, un nombre de points inférieur à 1200 étant éliminatoire. Par ailleurs, le chiffre 7.5 RGEO indique que, au terme des auditions des soumissionnaires retenus pour cette phase, le GEO est chargé de mettre à jour la notation établie lors des phases de présélection et d'évaluation technique; le secrétaire établira le rapport comprenant notamment la justification des facteurs de correction et la nouvelle classification des soumissionnaires au terme de cette phase. b) Le groupement recourant et le pouvoir adjudicateur sont ainsi divisés sur l'interprétation à donner de ces textes; il s'agit ainsi de savoir si le GEO, à l'issue des auditions, doit arrêter un facteur de correction unique, s'appliquant de manière uniforme aux notes obtenues précédemment dans les phases II et III (c'est la position du recourant) ou au contraire si elle rend possible l'adoption de facteurs de correction distincts, propres à chacune des phases. Sur la base d'une approche littérale des deux textes précités, force est au tribunal de relever que rien n'empêchait le GEO d'adopter deux facteurs de correction distincts, applicables à chacune des phases précitées. Au surplus, les remarques de l'autorité intimée quant au but poursuivi par la phase d'audition, soit une évaluation affinée des qualifications des candidats, d'une part, et des qualités techniques de l'offre, d'autre part, apparaissent pleinement convaincantes, ce qui conduit le tribunal à adhérer à l'interprétation retenue par cette dernière.

E. 3

a) Selon l'art. 33 al. 1 let. 1 RMP, une offre peut être exclue notamment lorsqu'elle comporte des prix trop bas pour qu'il soit normalement possible d'exécuter le travail selon les règles de l'art. En outre, l'art. 37 RMP précise que, 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. Ces règles sont au demeurant calquées sur le § 27 des directives d'application de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (cet accord est abrégé ci-après : AIMP). On signalera que l'accord GATT-OMC sur les marchés publics (ci-après : AMP) comporte une règle similaire à son art. XIII al. 4 let. a, deuxième phrase; l'entité adjudicatrice qui reçoit une offre anormalement basse peut demander au soumissionnaire des explications pour s'assurer que celui-ci est en mesure de respecter les conditions de participation et les modalités du marché; même si cette disposition n'est pas directement applicable au cas d'espèce, elle doit néanmoins guider l'autorité d'application dans le cas d'espèce, puisque le marché litigieux atteint les seuils fixés pour rendre applicable l'AMP. b) L'art. 37 RMP pose ainsi en premier lieu une exigence de nature procédurale. En présence d'une offre qui apparaît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur ne peut pas l'exclure d'emblée; il doit au contraire lui offrir l'occasion de présenter une justification de ses prix; ce n'est que dans la mesure où cette justification n'apparaît pas convaincante que l'offre en question peut être écartée du marché. Cette règle exclut ainsi un régime dans lequel l'élimination de certaines offres (par exemple celles dont le prix serait inférieur de 30% à la moyenne des autres) serait automatique. Au demeurant, une telle solution apparaîtrait tout d'abord comme une violation du droit d'être entendu du soumissionnaire qui aurait présenté une telle offre; en outre, elle présenterait l'inconvénient de priver la collectivité du bénéfice d'offres par hypothèse innovantes et peu coûteuses. Au demeurant, les différents ordres juridiques (international, nationaux et cantonaux) sont désormais harmonisés dans leur condamnation d'un système d'exclusion mécanique de certaines offres (voir à ce sujet Gerhard Kunnert, WTO-Vergaberecht, Baden-Baden 1998, p. 269s.; arrêt C-304/96 de la Cour de justice des communautés, en la cause HERA SpA; Hans-Joachim Priess, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2e éd., Köln, Berlin 2001, p. 168 et la jurisprudence citée; Maurice-André Flamme et al., Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 6e éd. 1996-1997 Bruxelles, p. 991 ss; voir également TA, arrêt du 10 février 1999, GE 98/0128; voir également TA FR, arrêt du 22 mai 2001, 2A 01 21, X SA Ingénieurs hydrauliciens; voir encore DC 2/2000, p. 61, N o S22 à S27; pour un cas d'application de la règle zurichoise correspondant à l'art. 37 RMP, v. TA ZH, ZBl 1999, 372, spéc. p. 386 s.; voir enfin Nicolas Michel, Droit public de la construction, Fribourg 1996, N o 1952 ss). En revanche, il paraît admissible de fixer un seuil de ce type (pour reprendre l'exemple cité ci-dessus : celui d'une offre inférieure de 30% à la moyenne des autres) déclenchant l'obligation du pouvoir adjudicateur de demander des explications au soumissionnaire, afin qu'il justifie son prix (voir dans ce sens Conclusions de l'avocat général dans les causes C-285/99 et C-286/99 Lombardini SpA, pendantes devant la Cour de justice des communautés européennes). Le droit vaudois ne connaît pas un régime de ce type. Sous réserve d'une telle réglementation (qui pourrait d'ailleurs être contenue dans le cahier des charges), le pouvoir adjudicateur bénéficie d'une latitude de jugement étendue pour déterminer si les conditions d'application de l'art. 37 RMP sont remplies; il reste que, si elles le sont, il a l'obligation de recueillir du soumissionnaire des justifications du prix formulé (voir, dans le même sens Flamme et al., p. 1008s.). c) Au-delà de cet aspect procédural, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer au

plan matériel - en présence d'une offre anormalement basse - que le soumissionnaire le moins disant est en mesure de remplir les conditions de participation et de satisfaire aux modalités du marché, en d'autres termes qu'il lui est normalement possible d'exécuter le travail selon les règles de l'art. aa) Il est assez délicat de cerner la portée de cette règle. Cette dernière étant connue dans la plupart des ordres juridiques, il est toutefois possible de se référer à cet égard à la doctrine étrangère. La pratique des prix anormalement bas se développe fréquemment en période de ralentissement économique et elle est parfois encouragée par des acheteurs publics, eux-mêmes confrontés à des situations difficiles, qui peuvent être tentés d'abuser de la faiblesse des entreprises en acceptant des baisses de prix excessives. Or, le comportement suicidaire de certains chefs d'entreprises peut avoir des effets désastreux pour l'ensemble des parties concernées, débouchant sur un affaiblissement généralisé des entreprises du secteur, une mauvaise qualité des travaux, la multiplication des sources de litiges, la dérive des coûts lors de l'exécution des marchés, le dépassement des délais contractuels d'exécution, les abandons de chantiers, le non respect de règles de sécurité, l'emploi de travailleurs en situation illégale ou encore l'encouragement à des abus en matière de sous-traitance. Les entreprises saines elles-mêmes peuvent se voir entraîner dans cette logique impitoyable de l'adjudication au moindre prix (voir à ce sujet Flamme et al., p. 991s.). bb) La notion même de prix anormalement bas paraît faire référence d'abord au niveau moyen des prix, soit un prix normal; un écart modéré par rapport à ce niveau ne relève pas encore de cette notion. En revanche, un écart de prix important est susceptible de constituer à tout le moins un indice de l'existence d'un prix anormalement bas. La présomption qui en découle peut toutefois être renversée, notamment lorsque l'auteur de l'offre démontre qu'il a recours à des procédés innovateurs, particulièrement avantageux. Il s'agit en effet d'une justification admissible d'un tel prix, pour autant que le procédé soit fiable. En d'autres termes, même si la règle parle apparemment d'une exécution normale des travaux, elle n'exclut pas la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de mettre à profit des avancées technologiques (ou encore : elle ne vise pas une normalisation en quelque sorte des conditions d'exécution du marché). Il peut en aller de même dans l'hypothèse où le soumissionnaire établit qu'il a retenu une organisation particulièrement performante pour la réalisation du projet. En revanche, conformément au but poursuivi par cette règle, on ne peut parler d'exécution du marché dans des conditions normales lorsque le soumissionnaire présente une offre qui implique pour lui de travailler à perte. Au demeurant, ce principe doit s'appliquer indifféremment à l'ensemble des concurrents, qu'ils soient nationaux ou étrangers (Künnert, op. cit., p. 269) ou que l'on soit en présence d'entreprises multinationales très solides sur le plan financier ou au contraire de structures moins importantes. d) Avant d'aborder l'analyse du cas d'espèce, il convient de rappeler que le pouvoir adjudicateur, en l'occurrence, a demandé au moins-disant un certain nombre d'explications, essentiellement dans le cadre de l'analyse technique de l'offre, qu'il a d'ailleurs obtenues, avant de prononcer l'adjudication. Ces explications peuvent s'inscrire aussi bien dans le cadre de l'art. 35, que dans celui de l'art. 37 RMP précité. En revanche, le GEO a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'aller plus loin et d'exiger en outre du moins-disant qu'il justifie la calculation de ses prix. A titre de rappel, on citera ici des extraits du CCA et du RGEO : CCA 5.5 confirmation de l'offre (al. 4) : "Dans tous les cas, pour des différences supérieures à 15 % entre la moyenne des prix annoncés, le(s) concurrent(s), le(s) moins-disant(s) pourra(ont) être amené(s) à justifier leur calculation (art. 33 et 37 RMP). Les concurrents se trouvant dans cette situation pourraient voir leur offre éventuellement être exclue. Dans ce cas, la garantie d'offre ne peut être saisie". RGEO 7.5.3 - recte 7.6.3 -

al. 3 "En cas d'écart important du prix de l'adjudicataire proposé par rapport à la moyenne des prix, le GEO demandera des éclaircissements sur la calculation du prix. En cas de dumping évident, l'adjudicataire proposé pourrait être écarté au profit du deuxième concurrent le moins-disant. Dans ce cas, la garantie d'offre du concurrent écarté ne sera pas exécutée". Le GEO a estimé à cet égard qu'il n'y avait pas matière à demander à l'adjudicataire une justification de la calculation de ses prix; le groupement recourant le conteste, en faisant valoir que l'offre de son concurrent est anormalement basse. Le tribunal doit à tout le moins se demander s'il existe en l'occurrence des indices suffisants d'une offre anormalement basse pour que la procédure décrite aux chiffres 5.5 CCA et 7.6 RGO doit être suivie. Il convient toutefois d'examiner quelques objections préalables. aa) Dans le cas d'espèce, l'objection d'E, se réfugiant derrière la solidité économique du groupe international dont elle fait partie, ne saurait être retenue; elle aussi doit respecter le principe de la prohibition des offres anormalement basses. bb) L'autorité intimée, ainsi que l'adjudicataire font cependant valoir que c'est l'offre du groupement recourant lui-même qui est surévaluée. Dès lors, dans la mesure où les dispositions du CCA et du RGEO précités se réfèrent à la moyenne des offres, celle de l'adjudicataire ne saurait apparaître comme anormalement basse, dès lors qu'elle est comparée en l'espèce exclusivement à une offre excessivement élevée. Le tribunal constate effectivement que le groupement recourant n'est pas parvenu à justifier pleinement l'ensemble de ses prix, notamment certains postes extrêmement élevés, comme celui des installations de chantier (B52); il faut en effet relever que ce poste vient s'ajouter à ceux regroupés dans la rubrique B2 (pose des voies principales) et B3 (pose des appareils de voies), notamment. Il en résulte un renchérissement très net du coût global de la réalisation du projet, calculé au mètre linéaire (tout compris, ce coût est de l'ordre de quelques 1'850 fr.). De même le coût retenu pour la pose des voies intérieures du garage-atelier paraît quelque peu surestimé; on peut retenir aussi que le GEO fait valoir des doutes légitimes sur le calcul du temps nécessaire à la pose de certains appareils de voies, dans l'offre du groupement recourant. En outre, certains prix plus élevés de ce dernier s'expliquent par les méthodes retenues. Ainsi, il est normal que l'offre de celui-ci, pour la pose des appareils de voies, soit plus élevée que celle de l'adjudicataire, dans la mesure où ce dernier a recouru à la solution du préassemblage, l'ampleur des travaux de pose proprement dits se trouvant ainsi réduite. De même, le fait que l'adjudicataire ait saisi la suggestion du maître de l'ouvrage relative à la création d'un deuxième dépôt, en aval de la ligne, pour l'approvisionnement du chantier, est de nature à réduire son prix par rapport à celui du recourant. Il reste que les remarques qui précèdent ne sont pas déterminantes. En effet, quand bien même l'offre du groupement recourant apparaîtrait comme élevée, cela ne signifie pas encore que les prix de l'adjudicataire ne seraient pas anormalement bas; cette circonstance constitue tout au plus un indice susceptible d'atténuer la portée donnée à la moyenne des prix annoncés. cc) L'autorité intimée a encore fait valoir que la question de la calculation des prix constituait un élément essentiel des secrets d'affaires; cela étant, le pouvoir adjudicateur se devrait de respecter ce secret, sauf dans des circonstances exceptionnelles, lesquelles ne sont pas réalisées ici. Sur un plan général, on peut douter du bien-fondé de cette analyse; on sait en effet que les entités adjudicatrices sont tenues par le principe du traitement confidentiel des offres, ceci valant indifféremment pour les divers aspects de l'offre et pour la question de la calculation des prix, dans l'hypothèse où elles estiment nécessaire de la connaître (on signale à cet égard que la jurisprudence étrangère, belge notamment - voir à cet égard Flamme et al., op. cit., p. 1005 s. -, a retenu que les prix pouvaient dans certains cas faire l'objet d'une

expertise, afin d'examiner la question du caractère anormalement bas d'une offre). Dans le cas particulier, le CCA et le RGEO ont défini les conditions dans lesquelles le moins-disant pourrait être amené à justifier la calculation de ses prix; le maître de l'ouvrage ne saurait se dérober à ces règles du jeu, en arguant de la protection du secret des affaires; ce n'est d'ailleurs pas parce qu'une justification serait demandée sur ce point par le GEO qu'il en découlerait automatiquement une violation du principe de confidentialité (consacré notamment aux art. 6 lettre g LVMP et 11 lettre g AIMP). dd) Dans le cadre de l'analyse technique de l'offre de l'adjudicataire, le GEO, par le jeu des questions-réponses, a obtenu confirmation du fait que l'ensemble des prestations demandées dans le cadre du lot ici examiné étaient bien offertes par l'adjudicataire. Cette certitude acquise, le GEO a jugé inutile d'aller plus loin encore en invitant ce dernier à justifier la calculation de ses prix. C'est le bien-fondé de cette solution qu'il s'agit d'examiner maintenant. aaa) Comme on l'a vu ci-dessus, notamment à la lumière de la jurisprudence européenne, il serait parfaitement possible de prévoir un régime dans lequel la procédure de vérification des prix est déclenchée automatiquement lorsque la différence entre l'offre du moins-disant et celle des autres concurrents dépasse un certain seuil. Par ailleurs, il est également possible que l'entité adjudicatrice dispose d'une latitude de jugement pour engager ou non cette procédure de vérification. Dans le cas présent, le régime qui découle du CCA et du RGEO n'est pas extrêmement clair. Le chiffre 7.6.3 RGEO prévoit que, " en cas d'écart important... par rapport à la moyenne des prix, le GEO demandera des éclaircissements sur la calculation du prix ". Cette formulation ne donne pas une simple faculté, mais oblige le GEO à interpeller l'adjudicataire dès qu'il constate l'existence d'un écart important (quant au chiffre 5.5 CCA, il est moins précis, dans la mesure où il utilise une formule passive, définissant en quelque sorte l'obligation du moins-disant - et non plus celle du GEO - de fournir, cas échéant, la justification de ses prix dans cette hypothèse). Par ailleurs, la notion même d'écart important paraît ici sujette à interprétation, l'autorité intimée considérant en l'espèce cette condition comme non remplie, notamment du fait que l'offre du groupement recourant serait élevée. Cette objection ne paraît toutefois pas devoir être retenue; en effet, les dispositions précitées du CCA et du RGEO concernent ici la phase 5, soit une phase dans laquelle un certain nombre de concurrents auront dans la règle été éliminés au préalable. Il est ainsi dans la nature des choses que les comparaisons conduisant à la moyenne des prix évoquée ici ne concerne qu'un nombre d'offres limité; il n'y a donc pas de motif de considérer que ces deux règles ne s'appliquent pas lorsque deux offres seulement se trouvent, comme en l'espèce, en concurrence dans le cadre de la phase 5. A l'inverse, il faut écarter l'argumentation du groupement recourant selon laquelle il ne faudrait pas tenir compte de l'écart par rapport à la moyenne, mais par rapport à sa propre offre. bbb) Ainsi, la question à résoudre est celle de savoir si en l'espèce, l'écart entre l'offre du moins-disant et la moyenne des deux offres en lice doit être qualifié d'important ou non; l'autorité intimée répond à cette question par la négative. A cet égard, on rappelle que l'écart de l'offre de l'adjudicataire par rapport à la moyenne des deux offres s'élève à 17,52 %; il s'agit d'une différence supérieure au seuil de 15 % évoqué à plusieurs reprises au chiffre 5.5 CCA. Dans la mesure où l'on s'attache toujours à une différence par rapport à la moyenne des prix, il apparaît que l'écart de 15 %, utilisé en quelque sorte comme "seuil d'alarme" correspond en lui-même à un "écart important" au sens du chiffre 7.6.3 RGEO. L'interprétation de l'autorité intimée, consistant à retenir que ce seuil de 15 % et la notion d'écart important ne coïncideraient pas apparaît en définitive artificielle. En d'autres termes, c'est à tort que le GEO n'a pas appliqué en l'espèce la règle de l'art. 7.6.3 de son règlement, ce qui conduit à

l'admission du recours. ee) On pourrait au demeurant raisonner également d'une autre manière, pour l'hypothèse - écartée ci-dessus - dans laquelle les textes précités devraient être interprétés autrement; ils pourraient être compris en ce sens qu'ils donnent au pouvoir adjudicateur une liberté d'appréciation sur le point de savoir s'il y a lieu ou non de demander retenir un écart important par rapport à la moyenne des prix au sens de l'art. 7.6.3 RGEO et partant de demander au moins-disant une justification de ses prix. Cette règle du RGEO indique que l'écart important constitue un indice suffisant de prix anormalement bas; elle ne saurait cependant exclure, sauf à réduire la portée de l'art. 37 RMP, que d'autres circonstances puissent revêtir la valeur de tels indices. On fera à cet égard quelques remarques préliminaires. Tout d'abord, on ne saurait exiger ici du recourant qu'il démontre l'existence d'une offre anormalement basse pour que soit déclenchée la procédure de vérification prévue par le CCA et le RGEO. On peut d'ailleurs remarquer que, si l'on exigeait véritablement du recourant qu'il apporte la preuve d'une offre anormalement basse de son adversaire, force serait alors sans doute de lui donner la possibilité d'établir ce point de fait par la voie d'une expertise (en réalité, dans la mesure où l'avis du GEO est assimilé à une expertise, le recourant se trouve dans une situation similaire au plaideur qui tente de convaincre le juge du caractère incomplet ou douteux d'une première expertise, afin que ce dernier en ordonne une seconde). On doit ainsi admettre plutôt que le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il dispose d'indices suffisants de l'existence d'une telle offre, est tenu d'engager cette procédure (en d'autres termes, s'il ne procédait pas à cette vérification dans cette hypothèse, il violerait la liberté d'appréciation qui lui est conférée à cet égard; voir à ce propos Flamme et al., op. cit., p. 1008 s.). On examinera dès lors, par surabondance, si le pouvoir adjudicateur était en présence d'indices suffisants pour l'obliger à déclencher la procédure de vérification des prix décrite aux art. 5.5 CCA et 7.6.3 RGEO. S'agissant de l'existence de tels indices, force est au tribunal d'examiner, ne serait-ce que sommairement, les calculs présentés par le groupement recourant; l'on ne saurait non plus faire abstraction des analyses de l'autorité intimée, laquelle dispose d'un certain know how, acquis lors de la réalisation du TSOL, celui-ci ne s'étendant toutefois pas au domaine des métros sur pneus. Quoi qu'il en soit, le GEO paraît s'être plus attaché à analyser de plus près les prix du groupement recourant (il paraît même avoir obtenu, sinon demandé, une justification détaillée du poste B52 de celui-ci) que des prix du moins-disant, lesquels ont été examinés, mais non pas véritablement analysés de manière approfondie. aaa) Avant de procéder à l'examen de quelques éléments susceptibles d'apparaître comme des indices, on rappellera que les deux offres sont sensiblement égales s'agissant des fournitures (poste A; les deux offres atteignent à cet égard 25 millions environ); la différence entre les deux offres réside ainsi essentiellement dans les postes relatifs à la pose, soit quelques 11 millions pour l'adjudicataire et 25 millions pour le recourant; de ces montants, il faut encore déduire la fourniture du béton, incluse dans le poste B57, dont les parties admettent qu'elle correspond à un montant de l'ordre de 2 millions pour chacune des offres. En résumé, les deux offres, s'agissant uniquement des postes de main-d'oeuvre du groupe B (pose) s'élèvent à 9 millions, d'une part, et à 23 millions d'autre part. En substance, la comparaison entre les deux offres s'établit comme suit :

<TBODY>	Désignation Consortium recourant E.	Ecart
B1	Travaux préparatoires	7,6 mio CHF 0.37 mio 7,23 mio
B2	Pose des voies principales	11.7 mio 6.2 mio 5.5 mio
B3	Pose des appareils de voie	1.46 mio 0.39 mio

E. 4

Vu l'issue du pourvoi, le recourant l'emportant en effet sur le principe, il convient de mettre les frais de la présente procédure à la charge de l'adjudicataire, qui succombe. Ce dernier

supportera également les dépens dus au consortium recourant, ce dernier ayant en effet procédé avec le concours d'un mandataire professionnel (art. 55 LJPA).

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