

VD_OMNI GE.2001.0074 vom 12. Dezember 2001

VD Tribunal cantonal, 2001-12-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2001.0074

FR: VD_OMNI GE.2001.0074 du 12 décembre 2001

IT: VD_OMNI GE.2001.0074 del 12 dicembre 2001

Regeste

c/DINF | Annulation d'une décision d'adjudication prise à la suite d'une procédure entachée d'un manque flagrant de rigueur dans la fixation des délais. Jusqu'à la veille de la notation de l'avant-dernière phase, l'un des soumissionnaires a en effet pu modifier son offre, le pouvoir adjudicateur n'ayant pas fixé de délai péremptoire pour fournir les compléments requis.

Erwägungen

E. 1

La nouvelle réglementation sur les marchés publics vise à obtenir l'offre la plus avantageuse d'un point de vue économique (art. 8 lit. f LVMP et 38 al. 2 RMP). Elle a notamment pour but essentiel d'améliorer la transparence des procédures de passation des marchés, de manière à garantir une authentique concurrence entre les soumissionnaires et partant à permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics. La concurrence permet la comparaison des prestations et de choisir ainsi l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation. Seule une concurrence vraiment efficace assure une utilisation économique des fonds publics (Message du Conseil fédéral, in FF 1994 IV 995 et ss, not. 1218). Il en résulte que toute procédure d'adjudication doit observer deux principes cardinaux: la transparence et la non-discrimination (ou l'égalité de traitement). a) Le principe de transparence, moyen contribuant à atteindre le but central de la nouvelle législation (v. ATF 125 II 86 et ss, not. cons. 7c), apparaît au demeurant comme une condition préalable au jeu d'une concurrence efficace en matière de marchés publics (v. Galli/Lehmann/Rechsteiner, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zürich 1996, p. 72 ss; art. 3 LVMP et, à titre de comparaison, art. 1er al. 2 lit. b et c AIMP). Consacré dans la législation vaudoise à l'art. 3 LVMP, il se concrétise d'abord par l'exigence de la publication de l'ouverture d'une procédure d'adjudication (et ultérieurement celle des décisions d'adjudication); plus spécialement, il importe pour les concurrents de connaître les conditions de mise au concours (critères de qualification, respectivement d'adjudication; liste des informations et documents que les concurrents doivent joindre à leur offre; v. à ce sujet Galli/Lehmann/Rechsteiner, *op. cit.*, no 219 à 221). Il s'agit aussi d'assurer - conformément au principe de la bonne foi, pourrait-on dire - la stabilité des règles du jeu applicables à un marché donné de l'appel d'offres jusqu'à l'adjudication (les auteurs précités évoquent à ce propos l'art. XVII ch. 1 lit. c de l'accord OMC; dans ce sens, v. TA arrêt GE 98/0112, du 22 janvier 1999). Ce principe exige d'abord que le pouvoir adjudicateur indique aux soumissionnaires potentiels tous les éléments leur permettant de déposer une offre en connaissance de cause; il vise ensuite à obliger cette autorité à respecter les règles du jeu qu'elle a arrêtées, partant à l'empêcher de manipuler les règles d'appréciation qu'elle avait posées par avance (v. arrêt GE 99/135 du 26 janvier 2000). La jurisprudence en déduit

généralement que l'autorité adjudicatrice doit annoncer les critères de qualification et d'adjudication qu'elle entend appliquer par ordre d'importance, ainsi que, le cas échéant, les facteurs de pondération éventuels, dans l'appel d'offres ou les documents de soumission; il en va de même d'une matrice d'évaluation, qui doit elle aussi être annoncée par avance (CFR, prononcé 06/1999 du 3 septembre 1999; v. arrêt GE 99/142 du 20 mars 2000). Le droit des marchés publics a également pour but de renforcer la concurrence entre les soumissionnaires et, partant, de garantir l'égalité de traitement entre eux. Cette règle d'ordre constitutionnelle (articles 8 et 27 Cst. féd.) se traduit dans la procédure d'adjudication par l'interdiction de toute discrimination à l'encontre d'une offre (v. ATF 125 I 406); elle est consacrée en droit vaudois par l'art. 3 LVMP. Elle n'interdit cependant pas au pouvoir adjudicateur de prendre en considération des avantages dont un seul ou certains soumissionnaires peuvent se prévaloir (v. note Denis Esseiva, in DC 2000/2, p. 58 ad S12; v. en outre arrêt GE 99/142, déjà cité). La relation étroite entre ces deux principes a été soulignée; l'exigence de transparence oblige l'autorité à adopter des règles, comparables d'une certaine manière à des règles de droit, lesquelles devront ensuite être appliquées de la même manière à l'ensemble des concurrents, à défaut de quoi le principe de non-discrimination serait alors violé (v. Etienne Poltier, Les marchés publics, premières expériences vaudoises, in RDAF 2000 I p. 297 et ss, pp. 301-302). Cela étant, les principes de transparence et d'égalité de traitement sont des moyens de permettre l'acquisition au meilleur rapport qualité-prix et non une fin en soi; rien ne justifie l'annulation d'une décision si ce but est atteint et que les soumissionnaires n'ont pas été lésés par une violation de ces principes (v. Esseiva, in DC 2000/4, p. 134, note ad S58). Même en présence de violations du principe de transparence ou plus spécialement de l'art. 38 RMP, le Tribunal administratif a confirmé dans sa jurisprudence qu'il n'y avait pas lieu d'annuler une adjudication lorsque de tels vices n'ont pas eu de conséquence sur le résultat du marché; le pouvoir adjudicateur doit cependant rapporter la preuve de cette absence d'influence des violations de ces règles de procédure sur l'adjudication (v. outre, GE 99/142; 99/135, déjà cités, GE 000/039 du 5 juillet 2000, références citées, not. JAAC 61.32, 56.16, 50.45). b) Sur le plan matériel l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans ses décisions, laquelle se traduit non seulement dans la phase finale de l'adjudication mais dans toutes les phases de la procédure (v. sur ce point la jurisprudence du Tribunal administratif, arrêt GE 99/135, déjà cité). Dans ce cadre, l'autorité judiciaire doit faire preuve d'une certaine retenue et laisser au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques (v. arrêts GE 000/039; 99/142, réf. citée). Ce pouvoir n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire; c'est seulement s'il est confronté à un abus ou à un excès de ce pouvoir d'appréciation, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le tribunal devra intervenir (v. prononcé de la CFR, CRM 015/97 du 29 juin 1998, publié in RDAF 1999 I 37, cons. 3a). Les procédures de marché public revêtent cependant un certain formalisme; la liberté d'appréciation importante reconnue au pouvoir adjudicateur dans sa décision de passer le marché se trouve en quelque sorte canalisée par la rigueur des règles de procédure d'adjudication (Poltier, op. cit., p. 309). Cette rigueur s'exprime notamment par la fixation de certains délais, à caractère péremptoire (cf. sur ce point, Herbert Lang, Offertebehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in ZBl 101/2000, p. 225 et ss, not. 227), de même que par la nécessité d'appliquer les règles procédurales de manière uniforme à l'endroit de l'ensemble des candidats. En droit vaudois, cette exigence est notamment consacrée à l'art. 19 al. 1 et 2 RMP, à teneur duquel: "Tout délai est

uniforme et défini de manière à ce que personne ne soit discriminé. Lors de la fixation des délais, on tient notamment compte de la complexité du marché, de l'importance des marchés de sous-traitance ainsi que du temps nécessaire pour transmettre les demandes ou les offres. Si un délai est prolongé pour un soumissionnaire, il le sera également pour tous les autres. Ces derniers doivent être informés à temps et simultanément." Les délais jouent à vrai dire un rôle important dans les procédures de marchés publics; ils sont là pour organiser le déroulement de la procédure en assurant une certaine sécurité juridique aux divers intervenants, à savoir les soumissionnaires et le pouvoir adjudicateur (Christian Bovet, in DC 2001/2, p. 59). c) L'art. 31 al. 1 RMP, qui traduit d'ailleurs un principe général du droit des marchés publics, est le reflet de ce principe; pour être valable, l'offre doit respecter un certain nombre de conditions; elle doit parvenir complète dans le délai imparti au service mentionné dans l'appel d'offres et ne peut en particulier plus être modifiée à l'échéance de celui-ci, sous réserve d'éventuelles erreurs évidentes, telles les erreurs de calcul et d'écriture (art. 34 al. 2; apparemment, c'est par erreur que l'art. 31 al. 1 RMP renvoie à l'art. 35). Cette règle est sanctionnée, notamment par l'art. 33 lit. k RMP, première phrase, à teneur duquel une offre peut être exclue lorsqu'elle n'est pas conforme "(...)aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, incomplètement remplie ou ayant subi des modifications(...)". En règle générale en effet, une offre qui, bien que remise dans le délai de validité, s'avérerait non complète entraîne l'exclusion du soumissionnaire (Lang, op. cit., p. 229) On retire de ce qui précède que le délai fixé pour le dépôt des offres a un caractère nécessairement péremptoire. Aussi, lorsque les offres qui lui parviennent dans le délai de dépôt s'avèrent incomplètes, le pouvoir adjudicateur peut opter pour un nouvel appel d'offres impliquant la fixation de nouveaux délais au sens des art. 19 et 31 RMP. Il peut cependant aussi préférer une procédure en complément des offres, en dérogation en quelque sorte, à l'art. 31 RMP; dans cette hypothèse, le pouvoir adjudicateur doit fixer, sous peine de porter atteinte au principe de transparence et d'égalité de traitement, un nouveau délai péremptoire et uniforme pour le dépôt par les soumissionnaires de leur complément (v. sur ce point, arrêt GE 00/161 du 23 avril 2001). Cette situation, dans laquelle des éléments au demeurant essentiels de l'offre font défaut doit être distinguée des simples explications que le pouvoir adjudicateur peut requérir de chaque soumissionnaire, conformément à l'art. 35 al. 1 RMP, relativement à leur aptitude et à leur offre. d) Le formalisme de la procédure exclut par ailleurs la prise en considération d'une offre qui apparaîtrait comme la résultante d'une négociation avec l'autorité adjudicatrice. Il ressort de l'article XIV paragraphe 2 de l'Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 (ci-après: AMP), que les négociations doivent principalement servir à déterminer les points forts et les points faibles des soumissions. Elles sont donc admissibles, en droit conventionnel, comme en droit fédéral, dans la mesure où elles ne servent qu'à préciser ou à éclaircir une offre et ne jouent que le rôle d'une information (v. Peter Gauch/ Hubert Stöckli, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1999, p. 49, ch. 20.1). En revanche, les "rounds de négociation" sont prohibés en droit intercantonal (art. 11 lit. c AIMP); l'art. 36 RMP, qui concrétise cette renonciation dans la législation cantonale, interdit expressément les négociations entre l'adjudicateur et le soumissionnaire sur les prix, les remises de prix et les modifications des prestations.

E. 2

Dans le cas d'espèce, le consortium recourant se plaint pour l'essentiel de ce que la procédure suivie par le GEO et qui a conduit à l'adjudication du marché à son concurrent serait entachée d'une violation du principe de transparence et de l'égalité de traitement entre

soumissionnaires concurrents. Il fait valoir pour l'essentiel que son concurrent s'est fait adjuger le marché en question à la faveur d'une modification essentielle de son organisation, intervenue postérieurement au dépôt des offres et qui serait le résultat d'une négociation, prohibée, avec le GEO. a) S'agissant tout d'abord du déroulement de la procédure, l'autorité intimée rappelle toutefois qu'en raison des lacunes que ces offres présentaient, les soumissionnaires ont tous deux été invités à les compléter. Ainsi, le consortium A. a été prié de compléter sa réponse aux critères de présélection nos 1 à 5; s'agissant de ce dernier critère, il s'agissait pour elle de faire en sorte que, dans son organisation, sa correspondance interne avec le maître de l'ouvrage soit simplifiée. Quant au consortium S-Y., le GEO a insisté sur la faiblesse de son organisation, appelant même de ses vœux, dans la recherche de la solution la plus performante, un pilotage du projet par X. (MM. J. ou D.) en lieu et place d'M, de S. V. a du reste insisté en audience sur l'expérience et la maîtrise du produit SCADA par Y.; un chef de projet de cette entreprise apportait incontestablement "un plus" par rapport à l'organisation présentée, dans l'optique, notamment, de ses discussions avec l'Office fédéral des transports. Il est dans ces conditions plus que douteux que l'on puisse réduire les compléments requis des deux soumissionnaires au rang de simples explications écrites au sens où l'entend l'art. 35 RMP, comme paraît le sous-entendre l'autorité intimée. Le GEO n'a pas seulement invité les soumissionnaires à préciser le contenu des offres; au contraire, il s'agissait bien pour lui d'obtenir de ces derniers qu'ils en modifient le contenu sur des éléments essentiels, afin de lui permettre d'évaluer les offres en concurrence et d'adjuger le marché. L'insistance dont le GEO a fait preuve en l'occurrence afin que le consortium S-Y. confie le pilotage de son projet à X., compte tenu des qualifications et de l'expérience de cette dernière entreprise, en lieu place de S, démontre du reste que, pour lui et par conséquent pour l'autorité intimée, cet élément apparaissait bien comme déterminant. Du reste, cette modification s'est avérée décisive dans la notation qui a immédiatement précédé l'adjudication; l'expérience idoine des responsables de X. a nécessairement influé sur l'appréciation du caractère économiquement avantageux de l'offre du consortium S-Y.. V. a sur ce point indiqué que si cette correction n'était finalement pas intervenue (en phase n° 4), le marché aurait alors été attribué au consortium A.. Cette explication résume à elle seule l'importance que le GEO attachait à cet élément qui lui est ainsi apparu essentiel pour l'adjudication du marché à ce soumissionnaire (on peut se référer ici à la définition des *essentialia negotii* donnée par Pierre Engel, in *Traité des obligations en droit suisse*, 2ème édition, Berne 1997, p. 219, références citées). Certes, peu importait pour le GEO (à tout le moins selon les explications fournies en audience; ces dernières n'étant toutefois pas des plus claires à cet égard) que X. soit partie ou non au contrat de consortium; pour lui, l'essentiel était plutôt de s'assurer que le projet soit piloté par un responsable sorti des rangs de cette entreprise et non par M., comme initialement offert par le consortium S-Y.. b) Dans ces conditions, force est d'admettre, quand bien même le prix n'a pas varié entre l'ancienne et la nouvelle organisation du consortium S-Y., que l'adjudication à celui-ci du marché, dans les conditions susévoquées, constitue une violation de l'art. 31 al. 1 RMP (sous réserve de l'examen du paragraphe c, ci-après). Il apparaît en effet que les prestations offertes par ce consortium - soit l'encadrement prévu pour l'exécution du projet -, donc son offre, ont été, postérieurement au dépôt de celle-ci, modifiées dans une mesure substantielle. C'est ainsi à la faveur de cette modification que l'offre de ce consortium a été considérée comme économiquement la plus avantageuse, puisque le marché lui a été adjugé. Pour justifier cette entorse à l'art. 31 al. 1 RMP, l'autorité intimée soutient qu'elle a offert la même possibilité, lors de la séance d'audition du 30 novembre 2000, au consortium recourant, et que ce

dernier l'a utilisée; cela aurait au demeurant conduit le GEO à augmenter la note qu'il comptait initialement attribuer au recourant pour le critère n° 5 de la phase de présélection. On relève cependant que la modification - souhaitée par le GEO - de l'organisation du consortium A. pourrait à la limite être considérée comme un simple précision de l'offre, destinée à confirmer sa potentialité; il pourrait s'agir d'une explication au sens où l'art. 35 RMP l'entend. Au contraire, le pilotage du projet du consortium A. par X. revêt un caractère beaucoup plus fondamental dans l'appréciation globale de l'offre d'un point de vue économique. c) Sans doute, l'autorité intimée disposait-elle, postérieurement au dépôt des offres, de la faculté d'exiger de chacun des soumissionnaires des compléments aux offres jugées lacunaires, voire même de requérir des modifications de leurs prestations. Elle ne pouvait le faire toutefois qu'en observant strictement les exigences de transparence, qui impliquent que des délais péremptoires soient fixés aux parties, et de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, qui veut que chacun d'eux soit traité de façon symétrique et uniforme à chaque stade de la procédure. Ces règles n'ont pas été observées en l'occurrence. A tout le moins, la procédure suivie in casu consacre une violation de l'art. 19 al. 1 RMP, 1ère phrase. Le maître de l'ouvrage lui-même a fixé un certain nombre de règles péremptoires dont le GEO s'est par la suite affranchi. Ainsi, dans la publication du marché SCADA le 20 juin 2000 dans la Feuille des avis officiels, au chiffre 7, un délai a été fixé au 4 octobre 2000 à 12 heures pour le dépôt des offres en mains de l'adjudicateur (il s'agissait d'une échéance péremptoire, quand bien même l'appel offres ne le disait pas). Postérieurement à cette date, le GEO a requis des compléments de chacun des soumissionnaires ayant déposé une offre dans le délai afin de pouvoir évaluer les dossiers de présélection et d'analyse technique; il n'a toutefois plus imparti le moindre délai péremptoire, si l'on excepte la date du 3 novembre 2000 pour la production des compléments administratifs (phase n° 1). On a pourtant vu que chaque soumissionnaire avait été convoqué le 30 novembre 2000 à une séance séparée, afin de se faire exposer par le GEO les éléments manquants; l'instruction n'a cependant pas permis d'établir si, à l'issue de cette séance, un délai avait été fixé à chacun d'entre eux, sous peine de péremption, pour fournir les compléments requis. En réalité, l'autorité intimée affirme au contraire n'avoir fixé que des délais d'ordre. Or, ce manque flagrant de rigueur dans la fixation des délais a eu pour effet de rendre la procédure fort peu transparente, puisque le consortium adjudicataire a, jusqu'à la veille de la notation de la phase n° 4, pu modifier son offre dans le sens apparemment souhaité par le GEO et emporter ainsi l'adjudication du lot incriminé. En outre, cette procédure apparaît comme particulièrement discriminatoire; la prise en considération de la modification des prestations du consortium S-Y., dont on sait qu'elle intervenue entre le 30 janvier et le 15 mars 2001, constitue en effet un cas de violation de l'art. 19 al. 2 RMP. Au demeurant, le GEO a admis informellement à l'égard de ce dernier consortium seulement la possibilité de modifier ses prestations jusqu'à une date indéterminée; cette prolongation n'a en revanche pas été offerte au consortium recourant, dont l'offre n'a plus été retouchée depuis l'envoi, le 3 décembre 2000, des compléments requis durant la séance du 30 novembre 2000. d) Du reste, il ne serait pas exclu de retenir que les prestations ainsi modifiées du consortium S-Y. dans son offre constituent la résultante de négociations - prohibées - avec le maître de l'ouvrage. Il est en effet clairement ressorti de l'instruction que la conduite du projet S-Y. par X. a bien été suscitée à ce dernier consortium par le GEO, ce lors de l'entretien du 30 novembre 2000. Or, le consortium S-Y. semble avoir quelque peu tardé à donner satisfaction au GEO; V. a du reste indiqué sur ce point que si cette prestation avait été modifiée avant la séance du 18 janvier 2001, la

notation en phase de présélection aurait encore pu être corrigée. Après la notification, le 30 janvier 2001, du résultat de la phase n° 2, le GEO a été interpellé par S-Y. - V. l'a confirmé en audience - aux fins de connaître les raisons de la faible note qui lui avait été attribuée au critère n° 5; il lui a été répondu que la faiblesse de l'organisation proposée ne répondait toujours pas à l'attente du GEO, puisque M. demeurait pilote du projet (cette appréciation se fondait sur le document complet établi par S. le 12 décembre 2000, qui maintenait le rôle initialement dévolu à ce dernier). On peut du reste s'interroger sur les raisons qui ont conduit le GEO à suggérer au consortium S-Y. une modification de ses prestations. De façon plus générale, il est douteux que le pouvoir adjudicataire puisse, sans risquer de violer le principe de non discrimination, mettre en évidence les faiblesses d'une offre et susciter lui-même les conditions permettant au soumissionnaires d'en améliorer le contenu. Une telle intervention directe du maître de l'ouvrage s'apparente sans doute à une négociation prohibée. Or, c'est pourtant dans de telles conditions, à l'issue de l'étude de l'offre du consortium S-Y., qu'a été suggérée la modification consistant à confier le pilotage du projet à X. e) La décision attaquée se révèle ainsi entachée d'un vice qui doit nécessairement conduire à son annulation. On relève sur ce point que le consortium recourant n'a pas conclu à la réforme de la décision, de sorte que le tribunal, qui n'est à l'évidence pas en mesure de procéder lui-même à l'évaluation des offres (voir dans ce sens arrêt GE 00/091 du 4 octobre 2000), ne saurait adjuger le marché à l'une ou l'autre des parties. Dans ces conditions, il incombe au premier chef à l'entité adjudicatrice de décider à quel stade elle entend reprendre la procédure relative au présent marché. Si elle renonce à interrompre celle-ci et à la reprendre ab ovo, elle pourra la poursuivre, le résultat de la phase n° 1 étant toutefois acquis; dans cette hypothèse, elle reprendra les phases suivantes en invitant les soumissionnaires à compléter leurs offres en respectant les exigences découlant des articles 19 et ss RMP, cela avant de statuer à nouveau. Dans ce cadre, il paraît judicieux que soit levé le doute qui a pesé sur la question de l'identité des membres du consortium qui a présenté l'offre gagnante, respectivement du consortium proposé comme adjudicataire.

E. 3

Les considérants qui précèdent conduisent le tribunal à admettre le recours et à annuler la décision attaquée. L'émolument de justice est arrêté à 5'000 francs dont le tiers, soit 1'600 francs, sera mis à la charge du consortium S-Y.. Les dépens qui seront alloués au consortium recourant, qui a obtenu gain de cause avec l'assistance d'un avocat, seront partagés entre l'Etat de Vaud, soit pour lui le Département des infrastructures, et le consortium adjudicataire, à raison de deux tiers pour le premier, un tiers pour le deuxième. Le tribunal appliquera sur ce point l'art. 55 al. 3 LJPA disposition qui lui permet notamment, lorsque l'équité l'exige, de répartir les frais et compenser les dépens.