

## **VD\_OMNI GE.2002.0067 vom 30. Oktober 2006**

VD Tribunal cantonal, 2006-10-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2002.0067](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2002.0067)

FR: VD\_OMNI GE.2002.0067 du 30 octobre 2006

IT: VD\_OMNI GE.2002.0067 del 30 ottobre 2006

### **Regeste**

X. /Municipalité de Château-d'Oex, Y. \_\_\_\_\_ SA | La clôture de la faillite faute d'actifs (art. 230 LP) réintègre le failli dans le droit de mener le procès; intérêt à la procédure tendant à constater l'illicéité de l'adjudication. La désignation de l'objet du marché par les termes "façades en panneaux de verre cellulaire ou autre système équivalent" offre explicitement aux soumissionnaires la possibilité de présenter une variante au produit monopolistique du verre cellulaire. Le principe de la transparence est ici respecté. Ne se trouvant pas dans la situation d'adjuger un marché qui ne correspondrait pas à l'appel d'offres, l'adjudicateur n'avait pas à fournir au recourant la possibilité de présenter un nouvelle offre comportant une variante. Evaluation de la variante présentée par l'adjudicataire conforme aux buts du marché et faite dans le cadre de la liberté d'appréciation de l'adjudicateur sur les critères techniques. Recours rejeté.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

L'adjudicataire a mis en cause en audience la légitimation active du recourant, dont la faillite, prononcée le 23 novembre 2004, suspendue faute d'actifs, a été clôturée le 6 janvier 2005. Il est ressorti des explications du recourant sur ce point que l'exploitation a passé à une société à responsabilité limitée, qui a engagé les employés de l'entreprise individuelle. Cela étant, il convient de préciser que, dès la clôture de la faillite faute d'actifs (art. 230 LP), les créanciers n'ont plus droit à disposer du patrimoine encore existant du failli et les pouvoirs d'administration et de réalisation de l'office s'éteignent, alors que les limitations du pouvoir de disposer du débiteur cessent (arrêt du Tribunal fédéral 5A.28/2004 du 21 janvier 2005 ; cf. également ATF 90 II 247, JT 1965 I 147, relatif à une cession de créance intervenant postérieurement à la clôture de la faillite d'une société coopérative faute d'actifs). La clôture de la faillite a donc pour conséquence que le failli et sa partie adverse peuvent continuer le procès pour autant qu'ils ne se trouvent pas déchus de ce droit pour un autre motif, ce qui n'est pas établi dans le cas particulier. Le tribunal relève en outre que le fait que le recourant ne pourrait plus exécuter les travaux, faute d'infrastructure et d'employés (élément déterminant dans la cause GE.2005.0090 du 10 avril 2006), n'est pas décisif ici dès lors qu'ensuite de la levée de l'effet suspensif, les travaux ont pu être confiés à l'adjudicataire et n'ont plus à être exécutés. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur est responsable des dommages qu'il cause par une décision dont l'illicéité est constatée par l'instance de recours ; le recourant possède donc un intérêt actuel et pratique à ce que le tribunal statue sur son recours (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2P.85/2001 du 6 mai 2002 consid. 2.3, paru in SJ 2002 I p. 549). Il résulte de ce qui précède que le tribunal peut entrer en matière sur le fond. Pour le surplus, les conclusions du recourant en obtention de l'adjudication sont converties en conclusions tendant à faire constater dans quelle mesure la

décision viole les règles sur la passation des marchés publics (ATF 125 II 86 consid. 5b ; art. 9 al. 3 LMI).

## **E. 2**

a) Le principe de transparence exige tout 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. Le marché doit être adjugé sur la base de critères annoncés à l'avance aux différents participants; en effet, la communication des critères lie l'adjudicateur, de sorte que l'offre la plus avantageuse économiquement se détermine en fonction de cette publication (cf. sur cette question, Gauch/Stöckli/Dubey, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Institut pour le droit suisse et international de la construction, Fribourg 1999, n° 11.2; Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 116). Doivent en outre être communiqués à l'avance les sous critères objectivement nécessaires aux soumissionnaires pour la préparation de leur offre et qui ne sont pas inhérents aux critères de base ; les sous critères qui tendent uniquement à concrétiser des éléments inhérents aux critères publiés n'ont pas à être communiqués (ATF 2P.172/2002 du 10 mars 2003 et 2P.146/2001 et 2P.85/2001, tous deux du 6 mai 2002). En d'autres termes, les critères doivent être compris à l'aide de l'ensemble de la documentation remise aux soumissionnaires et c'est sur cette base qu'un sous critère pourra être, le cas échéant, qualifié d'inhérent ou non aux critères auxquels il se rapporte. La doctrine a approuvé à cette manière de voir (cf. Esseiva, in DC 2003/4 p. 154 ad S38 à 41 ; en outre, selon cet auteur, les sous critères ne devraient être communiqués à l'avance que s'ils sont connus de l'adjudicateur avant le dépôt des offres). Il découle enfin du principe de la transparence que les critères annoncés – ou implicites – doivent ensuite, lors de l'analyse des soumissions, être appliqués de manière non discriminatoire à l'ensemble des entreprises concurrentes (cf. GE.2005.0054 du 25 janvier 2006). b) Le tribunal rappelle enfin qu'en matière de marchés publics, son pouvoir d'examen varie en fonction de la nature des griefs invoqués. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation lors de l'évaluation des offres. Partant, le Tribunal administratif ne peut contrôler qu'avec une retenue particulière l'évaluation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication, s'agissant de questions relevant de compétences techniques spéciales; en revanche, le tribunal examine librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure d'adjudication (cf. GE.2005.0161 du 9 février 2006, et les références citées).

## **E. 3**

a) Conformément à l'art. 15 du règlement du 8 octobre 1997 d'application de la loi 24 juin 1996 sur les marchés publics (RMP), disposition reprise à l'art. 16 du règlement d'application révisé le 7 juillet 2004 (in RSV 726.01.1 ), l'adjudicateur précise les spécifications techniques exigées dans les documents d'appels d'offres (art. 16 al. 1 RMP révisé); celles-ci sont fondée sur les propriétés d'emploi du produit plutôt que sur sa conception ou ses caractéristiques descriptives (art.16 al. 2 let. a RMP révisé); il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce (...), de modèle ou de type particulier, ni d'origine ou de producteur de produit ou de service déterminée, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que "ou l'équivalent" figurent dans la

documentation relative à l'appel d'offres (art. 16 al. 3 RMP révisé). b) Les donneurs d'ordres sont en principe libres de décider ce qui doit être réalisé et obtenu (cf. Huber Stöckli, in DC 2/2003, p. 60 S 7; ATF 2P.282/1999 du 2 mars 2000, rés. in DC 2/2001, p. 65, S 9); il leur appartient toutefois de définir leurs besoins et les spécifications techniques permettant de les réaliser. Il faut comprendre, sous cette notion, les exigences techniques avec l'aide desquelles l'objet du marché (le matériel, le produit ou une livraison) peut être désigné de telle sorte qu'il remplisse pour le donneur d'ordre son utilisation spécifique; en font partie les garanties de qualité, d'utilisation, d'efficacité, de sécurité, de dimension, etc (voir arrêt du Tribunal administratif argovien du 19 juin 2002, résumé in DC 4/2003, p. 151s., S 32; GE. 2006.0011 du 22 mai 2006, consid. 2a, p. 11). Les spécifications techniques posées par le pouvoir adjudicateur doivent résulter de la prestation demandée; elles ne pourront pas être utilisées pour avantager ou pour exclure un soumissionnaire ou un concept déterminé (ATF cité, résumé in DC 2/2001, p. 65, S 9). Ainsi, le recours à des spécifications techniques discriminatoires est prohibé (art. 13 lett. b AIMP et 8 let. b LVMP; AFT 2P.282/1999 du 2 mars 2000, consid. 3a; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, p. 8, consid. 4 b).

#### **E. 4**

a) Les documents de soumission désignent l'objet du marché par les termes "façades en plaques ou panneaux de verre cellulaire...". Pour le recourant, ces termes définissent le produit demandé de manière parfaitement précise : ce ne peut être que du verre cellulaire (que le témoin désigne par la dénomination technique "foamglass"), qui se pose par panneaux. Les termes "ou autre système équivalent" ne feraient pour les spécialistes de l'étanchéité clairement référence à aucun produit existant sur le marché : en matière d'isolation, le verre cellulaire n'aurait pas d'équivalent. De plus, les systèmes de mousse projetée requièrent d'autres techniques de pose; ils ne supposent ni panneaux, ni joints. b) Le recourant ne peut être suivi dans son argumentation. L'expression "façades en plaques ou panneaux de verres cellulaires ou autre système équivalent" ne peut vouloir dire qu'il était attendu de l'adjudicataire qu'il assure, à défaut de verre cellulaire, l'emploi d'un autre produit que le "foamglass", pourvu qu'il s'agisse de matériaux composés des mêmes matières (verre) et fabriqués de la même façon. Il n'y a pas dans les documents de soumission l'indication anticipée du choix d'un produit déterminé, mais une invitation explicite à présenter une variante. Le cahier des charges, en mentionnant le verre cellulaire - produit monopolistique, qui fait référence en matière d'étanchéité - montre clairement que le produit d'une éventuelle variante doit avoir la propriété d'assurer l'étanchéité de murs enterrés, car c'est le but même de la prestation attendue. Le pouvoir adjudicataire s'est ainsi réservé la faculté d'apprécier les mérites et les défauts de systèmes techniques similaires au verre cellulaire, susceptibles aussi d'assurer l'étanchéité de murs enterrés. Le recourant admet lui-même que s'il avait compris qu'une variante était envisageable, il aurait pu proposer un système d'étanchéité en polystyrène extrudé. Contrairement au recourant, le tribunal retient en définitive que la possibilité d'une variante était non seulement explicite dans les documents de soumission, mais que c'est bien ainsi que les soumissionnaires devaient comprendre les termes "ou autre système équivalent". Dans ce contexte, dès lors que les buts de l'appel d'offres sont sans équivoque, le principe de la transparence apparaît ici respecté et le tribunal ne peut qu'écarter le moyen du recourant pris d'une formulation peu claire du cahier d'appel d'offres sur ce point.

#### **E. 5**

Dans le contexte des faits de l'espèce, il y a lieu encore de le relever avant d'aborder le point suivant, il n'est pas ressorti de l'instruction que les précisions qu'une expertise serait susceptible d'apporter sur les propriétés des différents systèmes d'étanchéité en cause soit utile au jugement de l'exercice par l'adjudicateur de son pouvoir d'appréciation; le recourant n'a au demeurant pas proposé cette preuve – bien que la question se soit posée dans le cadre de l'instruction préliminaire - se limitant à requérir l'audition du témoin G.\_\_\_\_\_. Cela étant, le choix de la variante entre encore dans le pouvoir d'appréciation du maître de l'ouvrage.

## **E. 6**

Il reste au tribunal à examiner la question de savoir si l'autorité intimé pouvait à bon droit considérer la variante proposée par l'adjudicataire comme une prestation "équivalente". Le système retenu recourt à l'application d'une mousse d'isolation - "multifoam 55" - projetée à haute densité sur un support. Le produit fini se présente comme un matériau compact, toutes les couches adhérant les unes aux autres et au support (sauf la couche de protection), comme l'a exposé à l'audience le représentant de l'adjudicataire. A l'appui de son offre, l'entreprise soumissionnaire a présenté 15 références qui toutes concernent des travaux d'étanchéité et d'isolation thermique (de murs enterrés ou de radiers) par "projection d'un complexe multifoam" au cours des années 1987 à 2000. Ont été produits en outre deux procès-verbaux du laboratoire de matériaux et de construction du Département des matériaux de l'EPFL : le premier du 29 juin 1993 est intitulé " Essai d'étanchéité à l'eau d'échantillons de polyuréthane expansé"; l'analyse porte sur trois échantillons de polyuréthane expansé sur plaques de support Roofmate de marque Multifoam 55. Ce procès-verbal s'achève sur la conclusion suivante: "Dans les conditions décrites (...), les échantillons testés sont étanches à l'eau; ceci est valable pour des échantillons neufs, c'est-à-dire sans avoir subi des effets au gel ou au rayonnement ultraviolet par exemple". Le second procès-verbal du 22 décembre 1995 porte sur des "essais de vieillissement d'un matériaux isolant" dont l'adjudicataire affirme dans être contredit qu'il s'agit du même produit. En conclusion, ce rapport note : "les résultats des essais montrent qu'il n'y a pas de dégradation quel que soit le type de sollicitation, les différences observées étant dues à la variabilité; d'ailleurs, l'examen visuel des échantillons ne permet pas de déceler une altération, ni dans les matériaux (isolants et revêtement) ni au niveau de l'interface". De son côté, le recourant fait état d'expériences personnelles négatives rencontrées avec des mousses de polyuréthane projetée, mais sans étayer ses allégations, ni préciser de quelle type de mousse il s'agit. Il produit au surplus une circulaire de la CVE, datée du 21 août 2002 et relative à la mousse polyuréthane projetée, accompagnée d'une fiche intitulée "Pathologie des étanchéités" (qui concerne également la mousse de polyuréthane projetée - PUR projetée). Avec l'autorité intimée, le tribunal constate que cette fiche n'établit nullement une contre-indication à l'emploi du système proposé par l'adjudicataire : cette fiche non datée, ne définit que sommairement les produits génériques qu'elle vise, n'indique ni sources, ni références, ni même ses auteurs. Le témoin entendu - présenté par le recourant comme un expert en matière d'isolation - relève que le choix des maîtres de l'ouvrage n'est pas déraisonnable; il ressort en bref de ce témoignage que le "foamglass" comme le "multifoam" peuvent l'un et l'autre convenir, c'est-à-dire assurer l'étanchéité de murs enterrés, mais pour autant que ces produits soient posés par des entreprises à même de surmonter les difficultés techniques particulières à chacun de ces produits. Les conclusions du témoin, les références de l'adjudicataire, le procès-verbal d'expertise du 29 juin 1993 de l'EPFL suffisent ainsi à justifier le choix de l'autorité intimée. On relèvera au surplus que les

travaux ont d'ores et déjà été exécutés (l'effet suspensif accordé à titre préprovisionnel au recours ayant été levé) et que les travaux n'ont à ce jour pas donné lieu à la moindre critique.

#### **E. 7**

Enfin, le recourant estime que la municipalité aurait dû le consulter et lui proposer de déposer une variante. Ce point de vue ne peut toutefois être partagé. Lorsque le pouvoir adjudicateur envisage d'adjuger un marché à une entreprise qui compte exécuter les travaux d'une façon ne correspondant pas à ce qui était demandé dans le cadre de l'appel d'offres, il doit fournir aux autres soumissionnaires la possibilité de faire une offre avec une variante prenant en compte le procédé technique introduit (cf. GE.2004.0111 du 14 décembre 2004). Tel n'est pas le cas en l'espèce et aucune interpellation du recourant n'était nécessaire ensuite de l'offre (conformément à la possibilité ouverte par les documents de soumission) d'une variante technique qui correspondait aux travaux mis en soumission ; aucune adaptation de la procédure n'était nécessaire.

#### **E. 8**

La méthode de notation du prix reflète concrètement l'importance du critère du prix dans le marché. L'écart (un demi point au final) entre les deux notes attribuées rend compte objectivement des écarts réels entre les prix des soumissionnaires concernés, l'adjudicataire ayant pu placer son offre dans une position avantageuse grâce à sa proposition de variante. Au demeurant, la plus grande différence de points tient au critère de la certification des entreprises. Ces questions n'ont cependant pas à être examinées plus avant, le recourant n'ayant à aucun moment contesté la notation des offres.

#### **E. 9**

Les considérations qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Vu l'issue du litige, le recourant supportera l'émolument de justice, ainsi que l'indemnité versée aux témoins. Au surplus, l'adjudicataire, qui a consulté un mandataire professionnel, peut prétendre à l'allocation d'une indemnité à titre de dépens, à la charge du recourant.

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