

## **VD\_OMNI GE.2003.0111 vom 20. Februar 2004**

VD Tribunal cantonal, 2004-02-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2003.0111](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2003.0111)

FR: VD\_OMNI GE.2003.0111 du 20 février 2004

IT: VD\_OMNI GE.2003.0111 del 20 febbraio 2004

### **Regeste**

c/ Commune de Saint-Prex | Examen de divers motifs d'exclusion affectant l'offre du recourant ou celle de l'adjudicataire : offre incomplète ou ne comportant pas les pièces annexes requises; offre ne respectant pas les spécifications techniques posées par le marché.

### **Erwägungen**

#### **E. 25**

: les soumissionnaires n'ont pas droit à ce qu'il soit statué sur la question d'une éventuelle exclusion par une décision séparée; voir encore TA, arrêt du 12 octobre 2001, GE 2001/0072, consid. 1). b) Cela étant, le tribunal juge admissible le procédé adopté en l'espèce, lequel consiste, pour la municipalité, à justifier sa décision par une substitution de motif, sur la base de l'art. 33 let. k du règlement du 8 octobre 1997 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (la loi précitée est abrégée ci-après : LVMP et le règlement : RMP). Il va cependant de soi que la recourante doit avoir la faculté de se déterminer sur ces nouveaux motifs, dans le cadre d'un mémoire complémentaire ou, de manière plus générale, dans la suite de l'instruction et tel a été le cas en l'occurrence. c) On notera également que la décision d'exclusion est susceptible de recours (art. 43 let. d RMP) et que la recourante bénéficie bien évidemment de la légitimation pour la contester. En revanche, si une telle exclusion apparaît comme bien fondée, il en découle que le soumissionnaire concerné n'est plus en mesure d'obtenir l'adjudication, de sorte qu'il n'a alors pas qualité pour contester la décision d'adjudication; sa situation est en effet similaire à celle d'une entreprise qui ne se serait pas inscrite à temps dans le cadre d'un appel d'offres public ou d'un soumissionnaire qui n'aurait pas été sélectionné dans la phase de préqualification. Un tel soumissionnaire apparaît alors comme un tiers, au même titre qu'une entreprise qui n'aurait pas présenté d'offre; faute d'un intérêt digne de protection, il n'a alors pas qualité pour recourir contre la décision d'adjudication (v. dans le même sens l'ATF 2P.261/2002 résumé au DC 2003, 158 No S58 et note Denis Esseiva; cet arrêt retient en particulier que le soumissionnaire évincé en raison d'un défaut d'aptitude n'est en principe pas légitime à contester l'appréciation des offres, soit à attaquer la décision d'adjudication fondée sur celle-ci). Il ne peut s'en prendre à l'adjudication elle-même que dans l'hypothèse où la décision (cas échéant implicite) d'exclusion le concernant apparaît comme mal fondée. Dans le cadre préliminaire du litige relatif à l'exclusion, le soumissionnaire concerné peut encore faire valoir que le pouvoir adjudicateur l'a traité de manière discriminatoire, en ce sens que, s'il avait respecté le principe de l'égalité de traitement, il aurait également dû rendre une décision d'exclusion à l'endroit de son concurrent (il va en effet de soi que l'art. 33 let. k RMP doit être appliqué de manière uniforme à l'ensemble des participants à un marché; dans ce sens, v. Galli/Moser/Lang, cités ci-après, p. 111 s., qui évoquent des précédents zurichois et argovien). 2. On l'a

vu, la municipalité intimée fait valoir ici deux motifs d'exclusion (sur la problématique de l'exclusion des soumissionnaires ou des offres, v. la casuistique présentée par Galli/Moser/Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zürich 2003, 111 ss; sur le cas des offres viciées au plan formel, v. spéc. p. 115 s.). a) Le premier a trait au dépôt par la recourante d'une offre partielle. On rappelle en effet que les documents d'appel d'offres excluait les offres partielles (voir par exemple ch. 2.12 des Conditions générales). Cette règle s'inscrivait dans la ligne de l'art. 33 let. k RMP, selon lequel une offre qui n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions de la mise au concours ou qui est incomplètement remplie peut être exclue. Cependant, Fabienne Valloton, du bureau d'architectes mandaté par l'autorité intimée, a indiqué au directeur de la recourante que le dépôt d'une offre complète était préférable; elle ne lui a en revanche pas signalé qu'une offre incomplète serait d'emblée exclue, ce qu'elle aurait dû faire. Ce faisant, elle donnait, même si cela n'était pas exprimé de façon parfaitement explicite, l'assurance à l'intéressé qu'une offre limitée au lot 100 du CFC 273 serait prise en considération. A cet égard, la municipalité soutient à tort que les renseignements donnés par sa mandataire ne l'engageaient pas. Le premier motif d'exclusion invoqué apparaît ainsi comme devant être écarté. b) aa) Les Conditions générales évoquaient également la nécessité pour les soumissionnaires de produire diverses attestations; le descriptif le rappelait, en y ajoutant une demande concernant d'autres documents encore. S'agissant des pièces mentionnées dans les conditions générales, celles-ci indiquaient expressément que le défaut de production de celles-ci conduisait à l'exclusion de l'offre. Là encore, cette solution s'inscrit dans le cadre de la règle de l'art. 33 al. 1 let. k RMP; peut être exclue l'offre qui ne respecte pas les conditions formelles prévues par la mise au concours. bb) En l'occurrence, X. \_\_\_\_\_ n'a pas produit ces documents; le chiffre 010.030 du descriptif se lit comme suit : "L'offre doit comprendre : - l'attestation de paiement des impôts retenus à la source - l'attestation de paiement des contributions sociales". L'offre de la recourante comporte sur ce point l'indication manuscrite suivante : "Sera remis lors de la commande". cc) A cet égard, on rappelle que les documents précités doivent permettre d'établir que le soumissionnaire concerné respecte ses obligations fiscales et s'acquitte des charges sociales usuelles. En effet, l'entreprise qui n'assumerait pas de telles charges est susceptible d'obtenir de ce fait un avantage concurrentiel, qui lui permettrait de formuler des prix plus bas. L'art. 33 al. 1 let. c va dans le même sens puisqu'il permet d'exclure le soumissionnaire qui bénéficierait d'un avantage concurrentiel non justifié en ne payant pas ses impôts ou ses cotisations sociales. On constate ici d'ailleurs que ces deux règles sont liées. Dans la pratique il est vrai, de nombreux appels d'offre prévoient la production de ce type de document dans une phase ultérieure, dite de "pré-adjudication"; cela évite aux entreprises de devoir réunir d'emblée de telles pièces, ce qui peut s'avérer inutile pour celles qui ne seraient de toute façon pas retenues. Il reste que de nombreux marchés suivent une solution différente; dans ce cadre, les pièces en question doivent être produites lors du dépôt des offres, comme en l'espèce. Dans ce cas, force est de relever que les pièces en question ne sont pas recueillies dans un but de chicane, de sorte que cette exigence ne relève pas du formalisme excessif (sur cette problématique, v. notamment Herbert Lang, *Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen*, ZBl 2000, 225, spéc. p. 230). On ne peut pas retenir non plus l'existence d'un tel vice au seul motif qu'une autre solution est aussi praticable, soit celle d'une production de ces pièces dans une phase ultérieure. Dans le cas d'espèce, la recourante a pris le risque de ne pas produire ces pièces d'emblée, de sorte qu'elle doit être exclue du présent marché. N'est à cet égard pas

déterminant le fait qu'elle ait produit celles-ci (plus exactement certaines d'entre elles; rien n'a été fourni en effet s'agissant de l'impôt à la source) par lettre du 17 février 2004, soit bien après le dépôt des offres. 3. C'est dès lors à juste titre que la municipalité fait valoir, dans le cadre de sa réponse au recours, que la recourante aurait dû être exclue. Il convient toutefois de vérifier encore que l'adjudicataire lui-même ne devait pas être exclu lui aussi du marché, pour des motifs similaires. On a vu en effet que le descriptif des travaux comportait des spécifications techniques, méritant certes interprétation; cette question sera abordée plus loin. Or, le soumissionnaire qui ne respecterait pas les spécifications techniques d'un marché peut lui aussi être exclu en application de l'art. 33 al. 1 let. k RMP (voir à ce sujet un exemple comparable : DC 2003, 151, No S32; v. également Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, note ad art. 12 LMP, p. 199). Il convient dès lors de vérifier en l'espèce si l'offre de l'adjudicataire est ou non conforme aux spécifications techniques du présent marché. a) Le cœur du problème concerne ici le chiffre 090.010 du descriptif. L'on a déjà évoqué les explications données à ce sujet au cours de l'audience par le représentant de l'ECA; pour lui, ce chiffre du descriptif, dans une interprétation raisonnable, fait plutôt référence à des portes coupe-feu homologuées, figurant à ce titre dans le recueil suisse de la protection incendie; mais il n'a pas exclu une interprétation plus large, dès lors que ce répertoire, en son chapitre 11 se référerait également à des portes coupe-feu sans attestation. On note par ailleurs que la recourante n'est pas la seule à avoir interprété le descriptif en ce sens qu'il exigeait des portes certifiées, puisque l'adjudicataire A. \_\_\_\_\_ a présenté lui aussi des portes homologuées. Il reste que l'interprétation donnée par l'adjudicataire du lot ici en cause était défendable également, à telle enseigne que le bureau d'architectes mandaté par l'autorité intimée partage cette lecture. Dans de telles circonstances, soit en présence d'un descriptif peu clair, le pouvoir adjudicateur n'a pas la faculté d'exclure l'offre en question; s'il le faisait, il abuserait du pouvoir d'appréciation que lui confère l'art. 33 al. 1 (on rappelle qu'il s'agit ici d'une "Kann-Vorschrift"). L'offre de l'adjudicataire ne pouvait dès lors pas être exclue du marché. Il n'en reste pas moins que des spécifications techniques peu claires sont de nature à créer des distorsions de concurrence, puisque le maître de l'ouvrage en vient à mettre en comparaison - en l'occurrence - des produits certifiés avec d'autres dépourvus d'attestation, ce qui n'est pas à l'abri de la critique au regard du principe de la transparence.

4. Le soumissionnaire, dont l'exclusion par l'entité adjudicatrice apparaît comme fondée, n'est pas admis à concourir pour l'obtention du marché; il n'est donc pas légitimé à contester le bien-fondé de l'adjudication elle-même. Le tribunal n'examinera dès lors pas cette dernière. Pour le surplus, les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours, dans la mesure où il est recevable. Toutefois, s'agissant de la question des frais et dépens, il apparaît que la recourante était fondée à contester la décision initiale du 31 octobre 2003, qui ne faisait nullement état d'une exclusion de son offre, ni des motifs de celle-ci. On a vu également que les spécifications techniques en matière de protection contre l'incendie n'étaient pas formulées de manière claire. Dans ces conditions, il convient de laisser les frais de la présente cause à la charge de la recourante, tout en refusant l'allocation de dépens à la commune intimée (art. 55 al. 3 LJPA). On ajoutera encore que l'objet du litige a rapidement pu se limiter au lot 100 du CFC 273, ce qui justifie une réduction de la quotité de l'émolument.