

VD_OMNI GE.2005.0046 vom 12. Juli 2005

VD Tribunal cantonal, 2005-07-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2005.0046

FR: VD_OMNI GE.2005.0046 du 12 juillet 2005

IT: VD_OMNI GE.2005.0046 del 12 luglio 2005

Regeste

X. _____/Municipalité de Gland, Y. _____ | L'offre qui contient un prix variable, alors que les documents d'appels d'offres prévoyaient un prix bloqué, doit-elle être exclue en raison de cette modification ou peut-elle être acceptée par le pouvoir adjudicateur, avec ou sans pénalité dans les notes qui lui sont attribuées ? Question laissée ouverte

Erwägungen

E. 1

a) La loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (ci-après: LVMP; RSV 6.1) a fait l'objet de modifications dans le cadre d'une novelle du 10 février 2004; celle-ci est entrée en vigueur le 1er septembre 2004. Selon l'art. 16 LVMP modifié, la loi s'applique à la passation de marchés qui sont mis en soumission après son entrée en vigueur. En l'occurrence, le marché litigieux a fait l'objet d'un appel d'offres en date du 12 novembre 2004, de sorte que le nouveau droit lui est applicable (tel est le cas également du nouveau règlement d'application, du 7 juillet 2004, de la LVMP, entré en vigueur à la même date; il est abrégé RMP). b) Pour les travaux ici en cause, l'autorité intimée a retenu une procédure sélective (art. 7 let. b LVMP). En substance, le maître de l'ouvrage a arrêté dans un premier temps la liste des entreprises considérées comme qualifiées pour la réalisation du marché; il a ensuite adressé à ces entreprises les documents de soumission en vue d'obtenir de ces dernières le dépôt de leurs offres. Selon la jurisprudence, il convient de distinguer soigneusement ces deux étapes; en d'autres termes, il faut proscrire l'utilisation de critères d'aptitude (permettant de cerner la qualification des soumissionnaires) à la fois dans la phase de sélection, puis dans la phase d'adjudication (si le principe paraît très généralement admis, son application concrète paraît connaître des variations importantes, aussi bien dans la jurisprudence de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics - v. à ce sujet JAAC 68.119 et JAAC 69.56, dont les solutions ne sont pas univoques - qu'entre les jurisprudences des différentes autorités de recours elles-mêmes; à titre d'exemple, v. TA, arrêt du 22 janvier 1999, GE.1998.0112 avec une critique in DC 2/99, 57 no S 11, et du 23 avril 2001, GE.2000.0161; v. également décision sur effet suspensif consid. 2 let. a). Quoi qu'il en soit, la recourante a renoncé au grief tiré de l'interdiction de la double évaluation de certains critères en phase de sélection tout d'abord, puis en phase d'adjudication; on ne s'attardera dès lors plus à cette question controversée.

E. 2

On abordera successivement ci-après les griefs relatifs à la notation donnée à chacune des offres, essentiellement au critère 2. a) S'agissant des rubriques 2.4 et 2.5 (éléments du critère 2), l'autorité intimée retient que l'entreprise adjudicataire a pleinement répondu à ses attentes. En d'autres termes, le document présenté par celle-ci (soit le planning des travaux) fournit toutes les indications nécessaires pour chacune des phases de cette réalisation, aussi

bien s'agissant des machines, que s'agissant des ressources en personnel. Il a l'avantage d'être aisé à consulter et de permettre l'application de pénalités (telles que prévues au chiffre 3.1 CdC, au titre de sanction des délais contraignants fixés par le maître de l'ouvrage). Cela justifiait l'octroi d'un point à cette entreprise pour chacune des rubriques. La recourante, au contraire, n'a obtenu à ce titre aucun point, parce que l'autorité intimée a considéré que les informations demandées à cet égard ne lui étaient pas fournies. La recourante soutient à ce propos qu'elle a fourni de nombreuses informations sur ce thème, aussi bien dans sa notice technique que dans l'organigramme du chantier (complété par le plan des installations de chantier), document qu'il faut encore recouper avec le planning des travaux. aa) On se réfère ici tout d'abord au chiffre 3.3 CdC, qui énumère un certain nombre d'informations; il le fait de manière relativement peu claire, sans distinguer entre les critères 2 et 3, ni formuler d'exigences précises sur la forme des documents à fournir. En particulier, rien ne permet de déduire du chiffre 3.3 CdC que les informations relatives aux ressources (humaines, en matériel, en machines et en équipement) engagées dans le cadre de chaque phase du projet doivent figurer sur le même document que le planning des travaux lui-même. Ainsi, le refus de points aux chiffres 2.4 et 2.5 de la fiche d'évaluation du critère 2 ne saurait se justifier, chez la recourante, par le motif que les informations précitées se trouvaient dans d'autres documents. En tous les cas, ce serait violer le principe de la transparence que de formuler cette exigence (relative à un document unique, tel que celui présenté par l'adjudicataire), non pas dans les documents de soumission, mais uniquement après coup, soit dans le cadre du processus d'évaluation. La grille de notation du critère 2 n'évoque d'ailleurs la question des informations sur les ressources mises à disposition du projet en relation avec le phasage de celui-ci qu'au ch. 2.5 et non pas également au ch. 2.4. Selon l'autorité intimée pourtant, la notation du ch. 2.4 tient aussi compte de cette corrélation entre ressources en machines et phases du projet; il est vrai que cette approche - non exprimée dans la formulation du ch. 2.4 - pourrait trouver appui sur le ch. 3.3 CdC, bien que ce dernier ne soit pas d'une compréhension aisée. bb) L'autorité intimée soutient précisément que les renseignements fournis par la recourante, s'ils ne sont pas inexistant, seraient insuffisants, dans la mesure où ils ne sont pas fournis phase après phase; dans cette mesure, ils rendraient difficile à appliquer le régime des pénalités prévu au chiffre 3.1 CdC. A cet égard, le tribunal relève que l'offre de la recourante comporte un planning d'intention, présentant de nombreux détails quant aux différentes opérations successives. Ce document, présenté sous forme graphique, est complété par une notice technique, qui explicite l'enchaînement des travaux sous chiffres 9 et 10; on y trouve en particulier les précisions nécessaires quant à la date d'engagement des machines et des équipes sur le chantier. Enfin, l'organigramme de chantier reprend ces indications sous une forme synthétique, en distinguant deux ou plutôt trois phases principales (toutefois, les moyens engagés pour la première phase, soit les travaux de terrassement et de démolition, correspondent à ceux engagés dans la dernière phase, soit ceux de remblayage); on y trouve ainsi la composition de l'équipe génie-civil, avec les moyens en machines qui lui sont affectés, pour la première et la dernière phase, et ceux de l'équipe-bâtiment, pour la phase médiane, relative aux travaux de béton armé et de maçonnerie. A titre de comparaison, le planning fourni par l'adjudicataire paraît mettre en relation les ressources humaines et en machines avec de plus nombreuses phases et il donne ainsi l'impression d'être plus détaillé à cet égard. Il reste que, à l'analyse, on peut distinguer trois phases principales (là encore, la première et la dernière coïncident dans une large mesure, tant en ressources humaines qu'en machines. Durant la première, relative aux travaux de terrassement et de démolition, l'adjudicataire intervient sur le chantier avec un

effectif de trois personnes (et durant la dernière avec un effectif de quatre personnes); durant la phase médiane, en revanche, son effectif s'étend à huit personnes. En définitive, les informations données par l'une et l'autre des entreprises sont dans une large mesure équivalentes (sous réserve de points de détail où l'information livrée par l'une et l'autre présente - sur des points différents - certaines faiblesses; ainsi, s'agissant de l'adjudicataire à propos des parois clouées; quant à la recourante, elle n'indique curieusement pas de grue dans son organigramme de chantier, tout en mentionnant un grutier et en évoquant la présence d'une grue sur le chantier dans sa notice technique et sur le plan des installations de chantier). cc) Ainsi donc, il apparaît qu'en appliquant une échelle d'appréciation identique à l'une et l'autre des deux offres, force est de retenir que les deux entreprises ont fourni une réponse suffisante aux questions du maître de l'ouvrage des rubriques 2.4 et 2.5 et que celles-ci méritaient l'une et l'autre d'obtenir un point pour chacune d'elles. En retenant une note zéro à ce propos pour l'offre de la recourante, l'autorité intimée s'est sans doute trop attachée à la présentation formelle des informations demandées; cette appréciation recouvre en définitive une inégalité de traitement au plan matériel des offres des soumissionnaires, qui doit être qualifiée de discriminatoire. b) S'agissant par ailleurs de la rubrique 2.9, la recourante a produit un document en réponse à la demande du chiffre 3.3 CdC; celui-ci comporte deux références, où la direction des travaux a été assumée par le mandataire également choisi par l'autorité intimée, dont la recourante affirme qu'il s'agit d'ouvrages similaires avec délais contraignants. Le mandataire précité, apparemment sans avoir vérifié l'allégation de la recourante, lui a attribué une note de zéro sur ce point. Cette manière de faire apparaît pour le moins critiquable, ce d'autant que, à teneur du chiffre 6.3 CdC, le maître de l'ouvrage ou ses représentants se réservaient de vérifier les indications fournies avec la soumission (la vérification était d'autant plus aisée à opérer que la direction des travaux, pour les deux références en question, avait été assumée par le mandataire désigné par la commune). L'autorité intimée, par son mandataire, aurait à tout le moins dû, si les pièces en question ne la convainquaient pas, vérifier les allégations de la recourante en s'informant auprès de tiers ou en invitant la recourante à fournir les explications utiles (démarche qui entre dans la procédure envisagée à l'art. 34 RMP). En ne le faisant pas, l'autorité intimée a violé le droit d'être entendu de la recourante, voire, si elle avait connaissance du fait que l'un ou l'autre des ouvrages mentionnés comportait des travaux avec délai contraignant, a évalué arbitrairement cette rubrique du critère 2. c) S'agissant enfin du chiffre 2.1 (planning), on se souvient que l'adjudicataire a décrit le déroulement prévu des travaux "sous réserve d'intempéries". On peut s'interroger ici sur la portée de cette adjonction; plus précisément, il s'agirait de déterminer si elle diffère du chiffre 3.1, al. 3 CdC (qui peut être lu en relation avec l'art. 60 de la norme SIA 118, relatif aux conditions météorologiques défavorables) ou au contraire si elle concorde avec les conditions du marché, posées par le maître de l'ouvrage. Dans la seconde hypothèse, l'autorité intimée aurait eu raison d'en faire abstraction, alors que dans la première, l'on pourrait se demander si l'adjudicataire a modifié les documents de soumission (en violation de l'art. 1.8 CdC). En l'occurrence, l'adjudicataire soutient qu'elle disposait encore d'une marge temporelle pour être à même de réaliser l'ouvrage dans les délais impartis, quand bien même les travaux se seraient heurtés à des intempéries (selon son planning, en effet, les travaux s'achèvent début décembre, alors que les délais impératifs sont fixés à fin janvier de l'année suivante). Compte tenu des considérations qui précèdent (v. surtout lit a ci-dessus), le tribunal estime pouvoir laisser ouverte la question soulevée par la réserve ici en cause. d) La recourante soulève encore une question similaire en relation avec le critère du prix, plus exactement à

propos de la réserve portant sur l'évolution des prix de l'acier, figurant dans la lettre d'accompagnement de l'offre de l'adjudicataire. On se souvient que l'autorité intimée a apprécié le critère du prix en faisant abstraction de cette réserve, considérant qu'elle était réputée non écrite; quant à l'adjudicataire, elle a fait valoir que cette réserve allait sans dire, dès lors qu'elle aurait pu obtenir une augmentation de sa rémunération en cas d'évolution à la hausse des prix de l'acier, même si elle ne l'avait pas formulée. aa) Le chiffre 3.9 CdC indique, en cas de contradiction entre les textes des différentes pièces du dossier, un ordre de priorité dans ces documents ("1. texte du contrat; 2. conditions particulières (l'intégralité du présent cahier des charges); 3. série de prix,

E. 4

plan d'exécution; 5. conditions générales: a) norme SIA 118 [...]). Cette énumération coïncide dans une large mesure avec celle de l'art. 21 de la norme SIA 118, puisqu'on y trouve en tête le texte du contrat; selon l'art. 21 précité vient ensuite l'offre de l'entrepreneur avec ses annexes, laquelle prime les documents de soumission; cette disposition règle encore l'hypothèse d'une contradiction entre les divers documents de soumission. Le chiffre 3.9 CdC vise principalement l'hypothèse d'un litige survenant après la conclusion du contrat (l'art. 21 SIA 118, également). En l'espèce, force est de relever principalement que l'adjudicataire, dans la lettre d'accompagnement de son offre, s'est écartée des conditions posées par la soumission (elle ne s'est donc pas "soumise" à ces dernières), en présentant une offre dont le prix n'est pas bloqué s'agissant des positions comportant la fourniture d'acier. bb) L'adjudicataire soutient cependant que la réserve qu'elle a formulée expressément ne faisait que traduire le droit positif, soit l'art. 373 al. 2 CO, ou reproduire l'art. 59 de la norme SIA 118, tous deux relatifs aux circonstances extraordinaires. En réalité, par circonstances extraordinaires, au sens de ces dispositions, il faut entendre des circonstances impossibles à prévoir ou exclues des prévisions des parties, empêchant ou rendant difficile à l'excès la réalisation de l'ouvrage (p. ex.: venues d'eau, séismes, tempêtes, violation de la paix du travail; art. 59 al. 1 norme SIA 118). Les variations de prix retenus dans la base de calcul, quant à elles, sont traitées à l'art. 64 de cette norme; cependant, de telles variations doivent rester sans incidence lorsque les conditions de la soumission prévoient des prix bloqués. En d'autres termes, la formulation d'un prix variable s'agissant des positions incluant la fourniture d'acier n'est pas conforme au ch. 6 CdC. cc) Confronté à une telle offre, le pouvoir adjudicateur paraît disposer de plusieurs possibilités. aaa) L'application rigoureuse de l'art. 32 let. k RMP - en conjonction avec le ch. 1.8 CdC - peut tout d'abord conduire à l'exclusion de cette offre, parce qu'elle comporte "des adjonctions ou des modifications" par rapport aux documents de soumission. bbb) L'autorité intimée est plutôt partie de l'idée que la réserve précitée est réputée non écrite; elle entend donc, en cas de rejet du recours, établir le contrat définitif sans en tenir compte. Il est cependant clair que la réserve relative à l'évolution du prix de l'acier primait - par nature - sur les autres documents de soumission; ce faisant, l'adjudicataire entendait se prémunir expressément contre d'éventuelles surprises liées au cours de l'acier. Si l'autorité intimée ne souscrivait pas à cette réserve, elle modifierait après coup l'offre de l'adjudicataire, en violation de l'art. 29 al. 3 RMP (peu importe que cette modification intervienne cas échéant avec le consentement de l'adjudicataire; on aurait alors affaire à une contre-offre - v. art. 1 et 3 CO - du pouvoir adjudicateur acceptée par l'adjudicataire, procédé qui s'apparenterait alors à des négociations, prohibées par l'art. 6 lit. c LVMP). ccc) On pourrait se demander il est vrai si la sanction de l'exclusion de l'offre de l'adjudicataire n'est pas disproportionnée; dans ce cas, on peut hésiter sur le point de savoir si la réserve précitée doit entraîner une pénalisation de

la notation du prix ou si elle doit au contraire rester sans incidence aucune (v. à ce sujet TA, arrêt du 20 mars 2000 GE.1999.0142, pour la seconde solution; T A, arrêt du 9 décembre 2003, GE.2003.0095, Tunnels de Glion, consid. 1, pour la première solution). Là encore, les considérations qui précèdent (lit. a) permettent de laisser cette question ouverte. e) En définitive, le tribunal relève que la notation retenue dans le cadre du critère 2 pour la recourante doit être corrigée; ainsi, la recourante obtient-elle à tout le moins la même note que l'adjudicataire s'agissant des rubriques 2.4 et 2.5; en conséquence, compte tenu de leur égalité pour tous les critères, sauf pour le prix où la recourante l'emporte, c'est l'offre de cette dernière qui apparaît comme économiquement la plus favorable. Ce résultat serait plus net encore, en faveur de la recourante, si celle-ci devait se voir attribuer un point supplémentaire dans le cadre de la rubrique 2.9 du critère 2, hypothèse qui ne peut être exclue, ou encore si la notation du prix de l'adjudicataire devait faire l'objet d'une pénalité en relation avec la réserve sur l'évolution des prix de l'acier. 3. a) Les considérations qui précèdent conduisent à l'admission du recours. Dans la règle, le Tribunal administratif se contente alors d'annuler la décision d'adjudication attaquée. Il s'écarte toutefois, à titre exceptionnel, de cette solution, lorsque les dossiers fournis par les concurrents encore en lice sont complets et que le tribunal peut se borner à ajuster l'évaluation des offres sur des points de détail (dans ce sens, TA, arrêt du 5 juillet 2000, GE.2000.0039, par exemple). Tel est le cas en l'espèce où le présent arrêt se limite à la correction de quelques notes ponctuelles, essentiellement à l'intérieur du critère 2; en conséquence, il est conforme en l'occurrence au principe d'économie de la procédure de réformer la décision attaquée et de prononcer l'adjudication en faveur de la recourante. b) La commune, qui succombe, supportera les frais de la cause et les dépens dus à la recourante. Au surplus la commune et l'adjudicataire n'auront pas droit à des dépens (sur tous ces points, v. art. 55 LJPA).

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