

VD_OMNI GE.2005.0053 vom 23. August 2005

VD Tribunal cantonal, 2005-08-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2005.0053

FR: VD_OMNI GE.2005.0053 du 23 août 2005

IT: VD_OMNI GE.2005.0053 del 23 agosto 2005

Regeste

X. _____/HOSPICES-CHUV Office des constructions, Y. _____ | En présence d'une offre anormalement basse, le pouvoir adjudicateur doit recueillir par écrit du soumissionnaire concerné les justifications du prix formulé; ce d'autant plus in casu que le prix offert était inférieur à la valeur-seuil en-deçà de laquelle il devait, selon le cahier des charges, procéder à cette vérification.

Erwägungen

E. 1

En premier lieu, on relève que le marché concerné a été mis en soumission après le 1^{er} septembre 2004. Ce sont donc les textes légaux dans leur teneur en vigueur depuis cette dernière date qui sont applicables dans le cas d'espèce (art. 16 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics ; ci-après: LVMP). En second lieu, il appert que le montant du marché concerné est inférieur à la valeur-seuil figurant à l'annexe 1 de l' Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (ci-après AIMP), applicable par renvoi de l'art. 5 al. 1 LVMP), nouvelle teneur. A teneur de la publication du 9 novembre 2004, ce marché est cependant expressément soumis à la législation en vigueur en la matière ; celle-ci est donc applicable dans le cas d'espèce (contra - à tort - un arrêt isolé GE 2004.0048 du 4 août 2004).

E. 2

Dans le cas d'espèce, la recourante fait grief à l'autorité intimée de ne pas avoir écarté l'offre de l'adjudicataire ; elle invoque plusieurs motifs à l'appui de sa conclusion en annulation de la décision attaquée, lesquels seront examinés plus loin dans la mesure utile.

a) Aux termes de l'art. 37 al. 1, première phrase, du Règlement d'application du 7 juillet 2004 de la loi vaudoise sur les marchés publics (ci-après : RMP), le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. L'adjudicateur appelé à procéder à la pondération de tous les éléments permettant d'évaluer la relation « qualité-prix », peut se référer à la liste des critères d'adjudication figurant dans les documents d'appels d'offres pour moduler l'importance du prix offert. A cet égard, la méthode de notation du prix ne peut pas être utilisée pour préférencier les offres particulièrement basses ; en effet, l'offre la meilleure marché doit toujours être mieux notée, s'agissant de ce critère, que les autres offres puisque l'un des buts essentiels des marchés publics est de réaliser des économies (v. Denis Esseiva, in DC 2005/2, p. 74, note ad S13). La notion d'offre la plus avantageuse économiquement demeure cependant une notion juridique imprécise. Elle laisse une importante marge d'appréciation aux entités adjudicatrices. Il existe dès lors un danger réel d'excès ou d'abus du pouvoir d'appréciation. L'obligation qui est faite au pouvoir adjudicateur d'indiquer préalablement les critères d'adjudication et leur ordre de priorité ou leur importance contribue précisément à réduire

ce risque d'abus (v. ATF 125 II 86 et ss, 101 et références citées). C'est également dans ce contexte que s'inscrit l'obligation faite au pouvoir adjudicateur de vérifier la crédibilité du prix en présence d'une offre particulièrement basse. On rappelle sur ce point la règle de l'art. 36 RMP, première phrase : « Si pour un marché donné, des offres paraissent anormalement basses par rapport à la prestation, l'adjudicateur, avant de pouvoir exclure ces offres, demande par écrit les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de l'offre. Ces précisions peuvent concerner notamment le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail définies à l'article 6 ». Quant à l'art. 6 RMP, sa teneur est la suivante : « 1. Le soumissionnaire doit notamment indiquer : a. la nature et l'importance des travaux ou services qui seront sous-traités; b. le nom et le siège des participants à l'exécution du marché; c. la preuve de l'aptitude des participants à l'exécution du marché. 2. L'adjudicateur s'assure que les soumissionnaires a. respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes ; b. garantissent par contrat que les sous-traitants respectent ces prescriptions. 3. Les conditions de travail sont celles fixées par les conventions collectives et les contrats-types de travail; en leur absence, ce sont les prescriptions usuelles de la branche professionnelle qui s'appliquent. 4. Sur demande, le soumissionnaire doit prouver qu'il respecte les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, qu'il a payé ses cotisations aux institutions sociales et ses impôts ou qu'il donne plein pouvoir à l'adjudicateur pour effectuer les contrôles. » A défaut, une offre comportant « des prix anormalement bas non justifiés selon l'article 36 » peut être exclue, conformément à l'art. 32 lit. I RMP ; peut en outre être exclue du marché, selon la lettre c de la disposition précitée l'offre qui « ne respecte pas les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, à l'égalité de traitement entre hommes et femmes et au traitement confidentiel des informations » . aa) L'art. 36 RMP (comme l'art. 37 aRMP dans le règlement précédent du 8 octobre 1997) pose ainsi en premier lieu une exigence de nature procédurale. En présence d'une offre qui apparaît comme 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 (v. sur ce point, Robert Wolf, *Der Angebotspreis : Probleme und Lösungen*, in *Droit de la construction, Colloque marchés publics 04, Sonderheft 2004*, p. 12 et s, not. 13, références citées). Cette disposition se distingue par le fait qu'il s'agit d'une règle de procédure permettant au pouvoir adjudicateur d'obtenir des compléments d'informations de la part du soumissionnaire dont l'offre est suspecte (v. arrêt GE 2000.0092 du 26 octobre 2000). Cette règle se rattache également au droit d'être entendu, en ce sens qu'elle permet au candidat dont l'offre paraît anormalement basse d'expliquer les raisons pour lesquelles il a formulé un prix donné ; celles-ci peuvent être dues aussi bien à des méthodes de fabrication particulièrement économiques, à des conditions inhabituellement favorables, dont le soumissionnaire peut profiter, ou à l'originalité de la prestation proposée (cf. Wolf, *ibid.*). Elle 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. 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 (cf. arrêt GE 2001.0072 du 12 octobre 2001 , nombreuses références

citées), cela quand bien même le droit vaudois ne connaît pas un régime de ce type. bb) Le pouvoir adjudicateur ne dispose à cet égard d'aucune latitude de jugement; en présence d'indices d'une offre anormalement basse, il a l'obligation de recueillir par écrit du soumissionnaire des justifications du prix formulé (voir, dans le même sens Maurice-André Flamme et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6e éd. Bruxelles 1996-1997, p. 1008 et ss). L'art. 36 RMP concède en revanche au pouvoir adjudicataire une certaine liberté quant à l'ampleur des explications qu'il est tenu d'exiger du soumissionnaire dont l'offre paraît anormalement basse. On ne saurait toutefois exiger d'un soumissionnaire qu'il démontre que l'offre de son concurrent adjudicataire est anormalement basse ; le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il dispose d'indices suffisants de l'existence d'une telle offre, est au contraire 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.). b) aa) Sur le plan matériel, la règle prescrite à l'art. 32 lit. 1 RMP doit être comprise en ce sens que chaque soumissionnaire doit être 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. Sous l'empire de l'art. 33 lit. 1 aRMP, la règle parlait d'une exécution normale des travaux ; elle n'excluait cependant pas la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de mettre à profit des avancées technologiques (v. sur ce point, Wolf, op. cit., p. 13). 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 impliquerait pour lui de travailler à perte (v. arrêt GE 2001.0072, déjà cité). Cette règle ne saurait toutefois dispenser le pouvoir adjudicateur de s'assurer, en présence d'une offre anormalement basse, qu'il est possible au moins disant d'exécuter le travail selon les règles de l'art (ibid.). Cette exigence sera réputée non remplie lorsque la prestation est proposée en dessous du prix de revient ou lorsque la somme de toutes les positions ne permet pas d'espérer un gain approprié ou ne permet de s'y attendre que si le travail n'est pas exécuté correctement (v. Nicolas Michel, *Droit public de la construction*, Fribourg 1996 p. 391 n° 1952 et p. 392 n° 1959). bb) En outre, le pouvoir adjudicateur doit veiller au respect par tout soumissionnaire des dispositions concernant la protection et les conditions de travail, énoncées à l'art. 6 al. 2 à 4 RMP (v. sur ce point la note de Denis Esseiva, in DC 2002, 166). La jurisprudence cantonale offre du reste plusieurs cas d'exclusion pour violation des conventions collectives (v., notamment, BE in DC 2001, 161). On rappelle à cet égard que l'art. 11 lit. e AIMP impose au pouvoir adjudicataire de veiller au respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (v. sur ce point, ATF 130 I 258, cons. 2). Ni le RMP, ni l'AIMP ne précisent toutefois les prescriptions auxquelles il convient de se référer, à savoir celles en vigueur au lieu d'exécution du marché ou celles du siège du soumissionnaire. Dans sa version en vigueur jusqu'au 31 août 2004, l'art. 33 al. 2 aRMP retenait sans doute que seules pouvaient être prises en considération les offres des soumissionnaires respectant les conditions des conventions collectives applicables au lieu où sont réalisés les travaux ; cette précision n'a cependant pas été reprise à l'art. 6 al. 2 à 4 RMP. Or, de la règle contenue à l'art. 2 al. 3, 1^{ère} phrase, de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (ci-après : LMI), on retire que ce sont les dispositions du lieu où le soumissionnaire a son siège ou son établissement - et non celles du lieu d'exécution du marché - qui, à cet égard,

sont déterminantes ; en effet à teneur de cette disposition : « L'offre de marchandises, de services et de prestations de travail est régie par les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement ». Cette prescription est issue de la jurisprudence de la Cour européenne de justice (affaire dite du « Cassis de Dijon » ; cf. Manfred Wagner, in *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht - ci-après : SBVR -*, *Schweizerisches Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, Bâle/Genève/Munich 1999*, n° 23, réf. citée). Le législateur fédéral a volontairement choisi une solution moins protectionniste que celle résultant de l'ancienne AIMP, en refusant en particulier d'introduire dans la LMI une disposition spéciale relative au respect des conditions de travail au lieu d'exécution de la prestation ; sauf exception en cas de véritable dumping social, le pouvoir adjudicateur doit donc reconnaître comme équivalentes les conditions de travail en vigueur au lieu de provenance de l'entreprise (Evelyne Clerc, *Commentaire de la LMI, in Droit de la Concurrence, Bâle/Genève/Munich 2002*, ad 5 LMI n° 129, p. 1361). On rappelle à cet égard que la LMI vise, conformément à son article premier, al. 1, à garantir « à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse » ; elle a donc vocation, vu l'art.

E. 5

LMI, à s'appliquer également à la procédure d'adjudication de marchés publics cantonaux (v. plus généralement, Wagner, *op. cit.*, nos 14 et 15 ; Clerc, *op. cit.*, ad 5 LMI, nos 10 et ss). L'art. 8 al. 1 lit. b LMP - qui vise les marchés de niveau fédéral et ne saurait trouver application ici - précise sans doute, s'agissant des conditions de travail, que ce sont les prescriptions en vigueur au lieu où la prestation est fournie qui sont déterminantes. Selon la doctrine dominante, cette règle doit néanmoins être interprétée en conformité avec l'art. 95 al. 2 Cst. et impose le respect des conditions de travail du lieu de provenance pour ce qui concerne les soumissionnaires établis en Suisse ; elle s'applique en revanche à la lettre pour les soumissionnaires provenant d'un autre état (v. Clerc, *op. cit.*, n° 131, p. 1362, références citées). Dès lors, le lieu de provenance de l'entreprise soumissionnaire établie en Suisse apparaît désormais comme déterminant ; l'idée est en effet que les conditions de travail sont a priori équivalentes dans tous les cantons (v. Directives pour l'exécution de l'AIMP, état en 2003, paragraphe 7 al. 2 ; cf. en outre Zufferey/Maillard/Michel, *Droit des marchés publics, Fribourg 2002*, p. 48 ; Galli/Moser/Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich 2003*, ch. 270 ; Manfred Wagner, in *DC 1999*, 51-52 ; Clerc, *op. cit.*, n° 126, p. 1360). Il en résulte qu'un soumissionnaire qui respecte les conditions de travail en vigueur au lieu où il a son siège ou à celui où il exploite un établissement, doit en principe être admis à concourir partout en Suisse (cf. Wagner, in *SBVR*, n° 24). Dès lors, l'obligation pour un soumissionnaire d'adhérer à une convention collective de travail pour obtenir l'attribution d'un marché constitue une restriction inadmissible à la liberté d'accès de celui-ci pour les entreprises extérieures qui ne connaissent pas les mêmes conditions (v. ATF 124 I 107, cons. 2f). Une réserve doit être faite seulement s'agissant de la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants (art. 3 al. 1 lit. b LMI ; ceux-ci sont définis à l'alinéa 2). En outre, cette règle souffre plusieurs exceptions ; ainsi, à défaut de CCT applicable, l'adjudicateur peut exiger le respect des conditions de travail habituelles du lieu d'exécution (v. Esseiva, in *DC 2002*, 166). c) En définitive, l'examen de la sous-enchère doit, en droit vaudois, se faire en deux temps. En premier lieu, il convient de vérifier si la règle de procédure de l'art. 36 RMP a été respectée, en d'autres termes, si la marge d'appréciation conférée par cette disposition a été utilisée de manière correcte par l'autorité. Ensuite, il y a

lieu d'examiner si les règles de fond consacrées par l'art. 32 RMP ont été violées (v. arrêt GE 2000.0092, déjà cité). 3. La recourante constate que l'offre de l'adjudicataire est anormalement basse ; elle s'en prend au défaut de crédibilité du prix offert par sa concurrente et reproche en premier lieu à l'autorité intimée de ne pas avoir vérifié, conformément à l'art 36 RMP, la calculation du prix offert par sa concurrente. La recourante voit en outre dans l'offre de celle-ci un cas de sous-enchère ou de dumping ; elle fait grief à l'autorité intimée de ne pas avoir prononcé l'exclusion de sa concurrente. L'autorité intimée évoque la marge d'appréciation qui lui est reconnue par la nouvelle réglementation pour ne pas avoir à exclure automatiquement l'offre empreinte de sous-enchère. Son raisonnement est en deux temps. Elle fait valoir, à titre principal, qu'à teneur du nouveau texte applicable, le pouvoir adjudicateur, confronté à un cas de sous-enchère, n'aurait plus l'obligation, mais la faculté d'exclure le moins-disant, dès lors que l'opportunité lui en est désormais conférée. A titre subsidiaire, elle estime que l'offre de l'adjudicataire ne saurait être assimilée à un cas de sous-enchère. a) Il s'avère que le marché litigieux dans le cas d'espèce a été adjugé à Y. _____ pour un montant de 256'900 francs, hors TVA ; or, ce montant est inférieur de 22'300 francs au montant en deçà duquel la crédibilité de l'offre, selon la formule de notation du prix adoptée ici, devait être vérifiée. Sans doute, l'autorité intimée n'avait pas l'obligation de sanctionner l'offre de l'adjudicataire d'une exclusion ; elle ne peut toutefois pas se retrancher derrière la liberté d'appréciation que lui reconnaît l'art. 36 RMP. En effet, la méthode d'évaluation du critère du prix fait partie de l'appel d'offres (art. 13 lit. 1 RMP), de sorte que le pouvoir adjudicateur qui s'abstiendrait de vérifier la crédibilité du prix d'une offre particulièrement basse, alors qu'il a annoncé qu'il le ferait, violerait à cet égard le principe de transparence, dont on sait qu'il est cardinal en matière de marchés publics (v., entre autres arrêts, ATF 125 II 86). Au vu des circonstances (notamment le cahier des charges, ch. 8.2.5), l'autorité intimée avait donc l'obligation d'exiger de l'adjudicataire des précisions quant à la justification du prix offert. La décision attaquée résistera au grief de l'arbitraire si cette obligation a été respectée in casu ; on ne saurait admettre en effet que le pouvoir adjudicateur puisse s'affranchir des règles qu'il a lui-même fixées à cet égard pour la phase d'adjudication. aa) La réponse de l'autorité intimée n'est à cet égard pas très claire ; on ne retire en tout cas pas de ses explications que la crédibilité de l'offre de l'adjudicataire a bien été vérifiée et que celui-ci a expressément été requis de fournir toutes explications à cet égard. Dans sa réponse, elle indique avoir effectué des « démarches raisonnables pour s'assurer, dans la mesure du possible, que cette offre favorable est réalisable par l'entreprise » ; il est vrai que son argumentation repose en partie sur la jurisprudence fribourgeoise selon laquelle l'adjudicateur qui reçoit une offre relevant de la sous-enchère apparente est tenu d'effectuer des « démarches raisonnables » pour s'assurer dans la mesure du possible que cette offre favorable est réalisable par l'entreprise et qu'elle ne participe pas à un acte de concurrence déloyale (v. RFJ 1997, p. 113). Dans l'arrêt GE 2000.0092 qu'elle cite, le Tribunal administratif avait à cet égard confirmé la décision d'adjudication du fait que l'autorité adjudicatrice avait procédé à l'analyse de l'offre moins disante, afin de chercher une explication raisonnable à la divergence de prix avec ses concurrentes ; elle était en effet arrivée à la conclusion que la modicité du prix offert par celle-ci était essentiellement due à l'emploi d'un coefficient de difficulté moins élevé que dans les autres candidatures. Dans l'arrêt GE 2001.0072 en revanche, le Tribunal administratif a annulé l'adjudication après avoir constaté que l'autorité adjudicatrice, si elle avait requis du moins-disant un certain nombre d'explications, essentiellement dans le cadre de l'analyse

technique de l'offre, n'avait en revanche pas exigé - à tort - du moins-disant qu'il justifie la calculation de ses prix, lesquels étaient pourtant inférieurs au plancher en deçà duquel le soumissionnaire eût normalement dû être amené à justifier ce calcul. La règle prévue par le cahier des charges en l'occurrence est similaire, de sorte que l'autorité intimée ne pouvait pas se contenter des simples démarches qu'elle a faites en analysant les offres ; elle devait au contraire interpellier expressément et par écrit (art. 36 RMP) l'adjudicataire et l'inviter à justifier la crédibilité du montant de son offre. bb) L'autorité intimée était cependant consciente de ce que l'adjudicataire avait offert un prix nettement plus bas que le seuil en deçà duquel la crédibilité de l'offre eût dû être vérifiée. Elle s'est pour l'essentiel retranchée derrière la bonne réputation de l'entreprise adjudicataire à l'échelle nationale ; pour elle, cet argument lui permettait d'écarter raisonnablement le risque d'une exécution aléatoire du marché. En outre, toujours selon ses explications, elle est arrivée à la conclusion que la taille de l'entreprise adjudicataire, son envergure et sa pénétration sur le marché suisse lui permettaient de travailler avec des marges bénéficiaires réduites par rapport à la concurrence, ce qui écarterait ainsi tout risque lié à l'insolvabilité. Cette argumentation n'est sans doute pas négligeable ; elle ne saurait toutefois dispenser le pouvoir adjudicateur de respecter les règles prescrites à l'article 36 RMP et de recueillir de l'offreur moins-disant les explications écrites que le tribunal a obtenues, non sans peine, durant l'instruction du recours. C'est du reste seulement au cours de l'audience et postérieurement à celle-ci, à l'issue de la consultation réciproque des offres, que sont apparus les différents éléments expliquant le prix de l'offre de l'adjudicataire ; jusqu'alors, l'autorité intimée en ignorait les raisons, ce qu'elle reconnaît du reste implicitement dans ses écritures. On peut très sérieusement se demander si, pour ce seul motif d'ordre procédural, la décision attaquée résiste au grief de l'abus de la liberté d'appréciation. S'il n'avait pas tenu audience et recueilli les explications des parties, le tribunal n'aurait guère eu d'hésitation à cet égard. b) L'instruction du recours a cependant permis d'apporter les éléments matériels faisant défaut dans la décision attaquée. On peut dès lors considérer que le vice dont souffre celle-ci a été réparé dans la procédure de recours, de sorte que le tribunal, par économie de procédure, renoncera à l'annuler pour ce motif. Il y aura toutefois lieu d'en tirer des conséquences, cas échéant, sur la question des frais de justice et des dépens. aa) Dans sa réponse, l'adjudicataire a tout d'abord expliqué qu'il avait profité des cours avantageux du cuivre pour faire une commande groupée de ce matériau et en disposer ainsi à un prix plus modéré que ses concurrentes pour l'ensemble de ses chantiers, dont celui du bâtiment du Champ de l'Air. La doctrine expose à cet égard qu'un adjudicataire a le droit de justifier une offre très basse pour un poste essentiel de la soumission et d'expliquer son prix par des conditions particulières qu'un fournisseur lui a faites grâce à une globalisation de commande pour plusieurs opérations (v. Wolf, op. cit., p. 13 ; Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., pp. 121-122, réf. citée). De l'attestation que l'adjudicataire a produite en audience, on retire qu'il a acquis en 2003 une quantité importante de cuivre (25 tonnes au demeurant) à un prix unitaire variant entre 3 fr.60 et 3 fr.90; une partie de ce matériau serait, selon ses explications, utilisée à la réalisation du marché ici en cause. Postérieurement à l'audience, l'adjudicataire a toutefois produit une autre facture, du même fournisseur, faisant état de l'acquisition en 2004 de 10'167 kilos de cuivre à un prix unitaire de 4 fr.35 (soit, selon la recourante, le cours de l'époque), en prévision de la réalisation de travaux de couverture qui lui ont été confiés sur le bâtiment de la gare CFF de Lausanne. Cela tend à démontrer qu'à cette époque, la quantité de cuivre vendue en 2003 à un prix exceptionnellement plus avantageux était épuisée et qu'elle n'était dès lors plus disponible pour le marché concerné.

En audience, le représentant de l'adjudicataire a expliqué que son prix de référence était de 3 fr.80 le kilo. En partant du principe que le chantier exige l'utilisation de plus de 8 tonnes de cuivre et qu'une différence de 2 francs environ sur le prix unitaire du matériau sépare les deux offres, cet élément permettrait à l'adjudicataire d'offrir un prix d'environ 16'000 francs inférieur à sa concurrente. Il s'avère ainsi que cet élément n'apparaît pas décisif, sinon dans une moindre mesure, pour expliquer la différence de 50'000 francs environ qui sépare les deux offres. bb) L'explication paraît davantage tenir dans le nombre d'heures consacrées à l'exécution du marché. La comparaison entre les deux offres fait apparaître à cet égard une différence d'environ 17% en faveur de l'adjudicataire ; celui-ci a en effet prévu un total de 2'194 heures pour l'ensemble des prestations offertes, contre 2'652 heures pour la recourante. Chaque soumissionnaire est naturellement libre de s'organiser comme il l'entend ; là encore, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer qu'il est techniquement possible pour le moins offrant d'exécuter le travail selon les règles de l'art. Le problème réside ici en ce qu'on ignore le nombre de collaborateurs que l'adjudicataire entend affecter à la réalisation du marché ; il a reçu du reste la note zéro pour ce motif. Or, la recourante voit un indice de sous-enchère dans le fait qu'il est tout simplement impossible pour elle de réaliser l'ouvrage en si peu de temps, ce d'autant plus que ce total de 2'194 heures comprend nécessairement le temps de déplacement du personnel de l'adjudicataire du canton de Berne jusqu'au chantier lausannois. Sur ce dernier point, à l'invitation du magistrat instructeur, l'adjudicataire a précisé que le coût prévisible engendré par le déplacement de 1.***** à Lausanne des cadres et ouvriers dépêchés sur le chantier n'était pas répercuté sur le prix offert, mais comptabilisé dans ses frais généraux ; ce coût serait du reste réduit, le personnel affecté au chantier ayant la possibilité de dormir sur place durant les jours ouvrables. Contrairement à la recourante, qui voit dans ce choix un nouvel indice de sous-enchère, le tribunal estime qu'il convient sur ce point de laisser au soumissionnaire la liberté de facturer au maître de l'ouvrage le coût du déplacement de la main d'œuvre ou au contraire, de comptabiliser ce coût dans ses frais généraux. En outre, le soumissionnaire a également la faculté d'inclure les heures d'encadrement dans les frais généraux de son entreprise, ce qui réduit d'autant les heures de travail facturées au maître de l'ouvrage. Sans doute, cette option a pour effet de réduire la marge bénéficiaire de l'entreprise, mais il s'agit là du risque économique normal que peut assumer tout entrepreneur ; à tout le moins - et c'est là l'essentiel -, on ne saurait y voir en l'occurrence la démonstration d'une volonté de l'adjudicataire de travailler à perte. cc) La recourante fait enfin valoir que l'offre de sa concurrente ne respecterait pas les exigences des articles 6 al. 2 à 4 et 32 lit. c RMP, à savoir que les conditions minimales de la convention collective applicable ne seraient pas respectées. Elle explique par ailleurs que le prix anormalement bas de l'offre de sa concurrente serait également dû au fait que celle-ci ne respecterait pas les conditions minimales de salaire et d'horaire de la Convention collective de travail de la ferblanterie, de la couverture et de l'installation sanitaire dans le Canton de Vaud, dont le champ d'application a été étendu par arrêté du Conseil d'Etat du 2 juillet 2001. La recourante perd cependant de vue que les conditions de travail dont le pouvoir adjudicateur doit s'assurer du respect au sens de l'art. 6 al. 3 RMP sont celles en vigueur au lieu du siège de l'entreprise soumissionnaire, donc en l'espèce à 1.*****/BE. Or, l'adjudicataire a produit dans son dossier une attestation de la Commission paritaire nationale, datée du 14 mai 2004, à teneur de laquelle cette entreprise ne donne lieu à aucune objection s'agissant de l'application de la Convention collective de travail dans la branche suisse des toitures et des façades (étendue à tout le territoire de la Confédération, par arrêté du Conseil fédéral du 11 novembre 2004,

dont le canton de Berne mais à l'exception, notamment, du canton de Vaud ; FF 2004 IV 6377). Dans ces conditions, l'autorité intimée pouvait se fonder sur cette déclaration, sans vérifier plus avant que l'exigence consacrée par les articles 6 al. 3 RMP et 11 lit. e AIMP était effectivement respectée. Elle n'avait pas à exiger, par surcroît, du soumissionnaire qu'il respecte les conditions particulières de travail applicables dans la branche dans le canton de Vaud, cela d'autant moins que ces dernières (cf. avenant n° 6 à l'arrêté du Conseil d'Etat du 2 juillet 2001 : accord sur les salaires 2005, ad RSV 222, in FAO du 26 avril 2005) n'apparaissent pas forcément comme plus avantageuses pour les travailleurs que les conditions minimales prévues par la CCT nationale (cf. modification du 3 mars 2005 à l'arrêté du Conseil fédéral du 11 novembre 2004, in FF 2005 I 2095). Il est dans ces conditions superfétatoire d'inviter l'adjudicataire à démontrer l'équivalence des deux conventions collectives (v. sur ce point, ATF 130 I 258, déjà cité, cons. 5). dd) Dans ces conditions, il n'est pas démontré que l'offre de l'adjudicataire comporte un prix anormalement bas, au point que l'on doive douter de ses capacités à exécuter le marché selon les règles de l'art. 4. a) Les considérants qui précèdent conduisent par conséquent le tribunal à rejeter le recours et à confirmer la décision attaquée. b) L'équité, conformément à l'art. 55 LJPA, exige en revanche de laisser les frais de justice à la charge de l'Etat ; en effet, c'est seulement à l'issue de l'examen du recours que le tribunal, qui s'est finalement substitué à l'autorité intimée, a pu recueillir les éléments sur la base desquels la décision attaquée a été rendue. L'adjudicataire, pour sa part, a obtenu gain de cause avec l'assistance d'un mandataire ; il se justifie toutefois, au vu des circonstances précédemment exposées, de ne lui allouer que des dépens réduits, lesquels seront au surplus mis à la charge non pas de la recourante, mais de l'Etat, soit pour lui le DSAS.

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