

VD_OMNI GE.2006.0011 vom 22. Mai 2006

VD Tribunal cantonal, 2006-05-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2006.0011

FR: VD_OMNI GE.2006.0011 du 22 mai 2006

IT: VD_OMNI GE.2006.0011 del 22 maggio 2006

Regeste

X. _____/Département des infrastructures, Service des routes, Y. _____ | Exclusion d'une variante justifiée lorsque le soumissionnaire prend le parti de présenter une solution qui diffère de celle du maître de l'ouvrage, tant au niveau des matériaux, qu'au niveau de la dimension de l'objet. Le maître de l'ouvrage étant libre de désigner ce qui doit être réalisé, le soumissionnaire ne peut se plaindre d'une violation du principe de la transparence en raison du contenu erroné des explications techniques.

Erwägungen

E. 1

La recourante fait grief à l'autorité intimée d'avoir violé le principe de transparence en relation avec les spécifications techniques de l'appel d'offres ; elle reproche en outre à l'autorité intimée de n'avoir pas noté la variante qu'elle a présentée. Pour celle-ci, la recourante serait à tard pour critiquer les conditions particulières de l'appel d'offres ; elle estime au surplus que la recourante ne peut invoquer aucun grief à l'encontre de la procédure. 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 : RVMP), 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 préteriter 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). b) Le principe de la transparence exige du pouvoir adjudicateur qu'il indique aux soumissionnaires potentiels tous les éléments leur permettant de déposer une offre en connaissance de cause; ce principe 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. Ce principe impose au pouvoir adjudicateur d'énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères pris en considération pour l'évaluation des soumissions, afin

de prévenir le risque d'abus et de manipulations; l'adjudicateur reste libre d'attacher plus d'importance à certains critères plutôt que d'autres, pour autant qu'il le fasse savoir préalablement (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 101/102; ATF 2P.4/2000 du 26 juin 2000, consid. 4d). Lorsque les critères sont eux-mêmes subdivisés en sous-critères, le pouvoir adjudicateur doit les communiquer, ainsi que leur pondération respective, aux soumissionnaires avant le dépôt des offres; cette obligation s'impose en particulier lorsque le pouvoir adjudicateur accorde à un sous-critère une importance prépondérante ou équivalente à celle d'un critère. En revanche, n'ont pas à être communiqués à l'avance les sous-critères qui se bornent à concrétiser les éléments du critère auquel ils se rapportent ou qui lui sont inhérents (ATF 2P.172/2002 du 10 octobre 2003, consid. 2.3, et les références citées, reproduit in : DC 4/2003 p. 154 p. 154 n°S40 ; cf. également ATF 2P.111/2003 du 21 janvier 2004, reproduit in : DC 4/2005 p. 172, et la note de Denis Esseiva).

Concrètement, les critères doivent être énoncés dans l'ordre de leur importance, l'indication de leurs poids respectifs devant être précisée (voir, sur cette question, Galli/Lehmann/Rechsteiner, *Das Öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zürich 1996, Nos 219 à 221). Ainsi, le Tribunal administratif a constamment rappelé dans sa jurisprudence qu'il incombait au pouvoir adjudicateur d'arrêter par avance, soit dans l'appel d'offres, soit dans les documents de soumission, les critères de qualification et d'adjudication qu'il entend appliquer par ordre d'importance, ainsi que, le cas échéant, les facteurs de pondération éventuels et d'en communiquer le contenu aux soumissionnaires, au plus tard avant le dépôt de leurs offres (arrêts GE 2003.0206 du 23 décembre 2003 ; GE 2003.0072 du 28 octobre 2003; 2002.0009 du 4 juin 2002; 2000.0165 du 17 avril 2001 et la jurisprudence citée ; GE 1999.0142 du 20 mars 2000). Le Tribunal administratif a jugé par ailleurs que les sous-critères devaient être indiqués dans l'appel d'offres ; lorsque leur pondération n'est pas expressément annoncée, les soumissionnaires peuvent inférer de l'ordre dans lequel ils sont énoncés leur importance décroissante (arrêt GE 2003.0018 du 27 mai 2003). Le pouvoir adjudicataire échappe cependant à toute critique lorsqu'il n'a pas communiqué préalablement aux candidats l'existence de sous-critères inhérents au critère de base (v. arrêt GE 2003.0117 du 20 avril 2004 in RDAF 2004 I 292).

c) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du Tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. L'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans l'évaluation des offres. Partant, le Tribunal 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 contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêt GE 2005.0161 du 9 février 2006, consid. 6a; GE 2002.0047 du 20 septembre 2002, consid. 2). Le choix d'une méthode de notation parmi d'autres relève du large pouvoir d'appréciation reconnu à l'adjudicateur: le juge n'intervient qu'en cas d'abus ou d'excès de ce pouvoir (ATF 130 I 241 consid. 6.1 p. 250 ; 125 II 86 consid. 7c p. 101/102 ; arrêt GE 2005.0161 du 9 février 2006, consid. 6b). Il va en revanche de soi que le pouvoir adjudicateur doit respecter, dans le processus d'attribution des notes (notamment), le principe de l'égalité de traitement. Cela implique que les critères applicables doivent être posés, puis appliqués en fonction des spécificités du marché à attribuer. (v. sur ce point GE 2000.0039 du 5 juillet 2000 et 1999.0135 du 26 janvier 2000). Cependant, le pouvoir adjudicateur doit faire en sorte que les notes retenues soient fondées sur des critères objectifs, partant susceptibles d'être explicités; en d'autres termes, la notation doit être "traçable" (v. sur ce point les exigences de la Commission fédérale de recours en matière de

marchés publics, in JAAC 64.63 et 30, que le Tribunal administratif a reprises à son compte notamment dans l'arrêt GE 2002.0009 du 4 juillet 2002). A défaut de cadre de référence, les notes arrêtées individuellement par des experts sont de nature à refléter uniquement leur appréciation subjective et, par voie de conséquence, ces notes ne pourront guère être expliquées aux soumissionnaires évincés. Ainsi, à défaut de découler du principe de transparence, la fixation d'un barème est néanmoins une conséquence du principe de l'égalité de traitement et de l'obligation de motivation des décisions en matière de marchés publics (v. arrêt GE 2002.0105 du 11 janvier 2003, réf. citées). d) Au surplus, il appartient à l'adjudicateur de configurer le marché mis en soumission comme il l'entend et en fonction de ses besoins; les règles susmentionnées concernent uniquement la procédure, afin d'assurer transparence, non-discrimination et concurrence (cf. Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 100). Aussi, même en présence de violations du principe de transparence ou plus spécialement de l'art. 38 RVMP, 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. arrêts GE 2003.0072 déjà cité, GE 2000.0039 du 5 juillet 2000, GE 1999.0142 du 20 mars 2000 et 1999.0135 du 26 janvier 2000; contra JAAC 61.32, 56.16, 50.45).

E. 2

Celles-ci sont : a. fondées sur les propriétés d'emploi du produit plutôt que sur sa conception ou ses caractéristiques descriptives; b. définies sur la base de normes internationales et, en leur absence, des normes techniques appliquées en Suisse.

E. 3

Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origine ou de producteurs de produits ou de services déterminés, 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.

E. 3.2

des conditions particulières (critères 2 à 5) et ceci, tant pour la solution du maître de l'ouvrage que pour la variante. Postérieurement à la rentrée des offres ainsi complétées, l'autorité intimée a, le 24 octobre 2005, requis de deux soumissionnaires dont l'adjudicataire, diverses informations et la production de plusieurs documents, dont l'homologation des éléments Delta Bloc 120 prévus pour le marché ; elle a fixé à ceux-ci un délai au 1^{er} novembre 2005. Postérieurement à ce délai et après avoir reçu la réponse de Y. _____ dans le délai imparti, l'autorité intimée a, par courrier du 14 novembre 2005, derechef requis de ce soumissionnaire, en lui impartissant un délai au 17 novembre 2005, diverses informations sur les critères nos 2 (Organisation prévue pour le chantier) et 3 (Qualité technique de l'offre) ; s'agissant de ce dernier critère, elle a une nouvelle fois invité l'intéressée à fournir l'homologation des éléments en béton. C'est seulement le 15 novembre 2005 que l'autorité intimée s'est tournée vers la recourante ; constatant que celle-ci avait présenté une offre conforme à la solution du maître de l'ouvrage et une variante s'en écartant, elle a prié la recourante de lui confirmer que les

tableaux C à F des conditions particulières (soit les réponses aux critères nos 2 à 5) étaient valables uniquement pour cette variante et non pour l'offre de base. La recourante a répondu par l'affirmative, ce qui a valu à son offre, on l'a vu, la note zéro pour les critères 2 à 5. L'autorité intimée se place apparemment sur le terrain de l'art. 34 al. 1 RVMP ; elle a du reste à plusieurs reprises écrit aux soumissionnaires afin que ceux-ci clarifient leur offre. La recourante le conteste, en faisant valoir que les points qui faisaient défaut dans l'offre de l'adjudicataire pressenti constituaient au contraire des éléments importants du marché. On peut certes hésiter sur le point de savoir si les renseignements demandés ont eu pour objectif d'inviter les soumissionnaires à compléter leur offre sur un point essentiel ou s'il s'est agi, à chaque fois, de requérir de leur part un simple éclaircissement. La limite est en effet délicate à cerner ici. L'essentiel est cependant de constater que les soumissionnaires n'ont pas été traités de façon discriminatoire, puisque tous les soumissionnaires retenus ont été invités à compléter leur offre et à remettre l'entier des documents demandés aux tableaux C à F des conditions particulières. La recourante et l'adjudicataire ont sans doute été acheminées à produire des documents concernant leurs variantes respectives, dont on sait cependant qu'elles seront en définitive écartées. Au surplus, on relève que l'autorité intimée a pris certaines précautions du fait de la nouveauté des éléments figurant dans les spécifications techniques ; cela peut expliquer qu'elle ait poursuivi l'instruction des offres avant d'arrêter leur évaluation. D'ores et déjà, on relève que sur le critère n° 3 à tout le moins, l'offre de l'adjudicataire a à juste titre été gratifiée de la note 3, notamment parce qu'elle a produit une homologation des éléments en béton ; or, ce document, dont la production a été requise dans les conditions particulières, a été fourni après que deux délais lui aient été octroyés. cc) A cela s'ajoute que l'adjudicataire a au demeurant rencontré les représentants de l'autorité intimée le 22 novembre 2005, soit la veille de l'évaluation des offres et de la procédure d'adjudication, et qu'à l'issue de cette réunion, elle a remis une nouvelle présentation d'analyse des prix. Les questions posées ici relèvent cependant du simple éclaircissement et il serait excessif de retenir que l'adjudicataire a été acheminée à compléter son offre. dd) Ce vice rédhibitoire, dans l'hypothèse où l'on retiendrait l'existence d'une violation du principe de non discrimination, n'a cependant eu aucune conséquence sur le résultat final du marché. Les prix ont été notés le 22 septembre 2005 ; les modifications postérieures n'ont plus eu d'incidence sur l'évaluation de ce critère pour lequel l'adjudicataire a reçu la note maximale contre 4,05 à la recourante, ce qui n'est pas contesté. Ainsi, celle-ci accusait déjà un retard de 56,91 points sur sa concurrente avant la notation des quatre autres critères. Or, bien qu'un délai lui ait été imparti au 10 octobre 2005 pour compléter son offre, en fournissant tous les documents à l'appui des tableaux C à F (critères nos 2 à 5), la recourante a exclusivement mis l'accent sur sa variante, dont on a vu, au chiffre précédent, qu'elle avait été écartée à juste titre ; elle n'a fourni aucune information au sujet de son offre principale. La recourante, qui ne pouvait prétendre à une autre note qu'un zéro pour trois de ces quatre critères, si l'on excepte le critère n° 4 (v. supra, considérant 2c/cc), n'est de toute façon pas en mesure de refaire son retard sur l'adjudicataire. 4. Les considérants qui précèdent conduisent par conséquent le tribunal à rejeter le recours et à confirmer la décision attaquée. La recourante succombant, un émolument d'arrêt sera mis à sa charge. En revanche, il ne sera pas alloué de dépens. En effet, à l'exception des communes, les collectivités publiques du droit cantonal agissant dans l'exercice de leurs attributions officielles, sans que leurs intérêts pécuniaires ne soient en jeu, n'ont pas droit à des dépens (ATF 1P.755/2001 du 11 mars 2002). Au surplus, le DINF, qui dispose de juristes dans ses services spécialisés, n'a pas démontré la nécessité de mandater un avocat pour obtenir gain

de cause en l'occurrence.

E. 4

Si un soumissionnaire s'écarte de ces normes, il doit démontrer l'équivalence de ces spécifications techniques.

E. 5

Les adjudicateurs ne doivent pas solliciter ni accepter, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, des avis pouvant être utilisés pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé, de la part d'une société qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché. (...) » a) Les donneurs d'ordre sont en principe libres de décider de ce qui doit être réalisé et obtenu (v. Hubert Stöckli, in DC 2/2003, p. 60 ad S7 ; v. ATF 2P.282/1999 du 2 mars 2000, rés. in DC 2/2001 S9) ; 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, l'utilisation, l'efficacité, la sécurité, des mesures, etc. (v. arrêt du Tribunal administratif argovien du 19 juin 2002, rés. in DC 4/2003, S32). Pour la doctrine européenne, on entend par normalisation la définition technique de produits propres à satisfaire des besoins déterminés en éliminant les complications et les variétés superflues, afin de permettre une production et une utilisation rationnelles sur la base des techniques existant à un moment donné (v. Maurice Flamme et alii, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, Bruxelles 1997, tome IA, p. 813). b) La recourante critique les spécifications techniques contenues dans l'appel d'offres ; elle explique en substance que l'ouvrage dont la réalisation a été mise en soumission par l'autorité intimée n'a jamais été testé, ni par conséquent homologué. Pour elle, les conditions particulières seraient contradictoires puisqu'il est exigé du soumissionnaire, au critère n° 3 (ch. 3.6), une fiche d'homologation du système proposé. Elle se plaint en conséquence d'une violation par l'autorité intimée du principe de transparence. Pour l'autorité intimée, la recourante serait à tard pour invoquer ce moyen, puisqu'elle aurait dû recourir contre l'appel d'offres ou contre les cahiers des charges. aa) Il est vrai que le Tribunal fédéral a jugé que, dans le cadre de la procédure sélective, les documents de l'appel d'offres qui contiennent les conditions fixées par l'adjudicateur pour la qualification des candidats font partie intégrante de l'appel d'offres, si bien que les éventuels vices les affectant doivent être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure, dans le délai de dix jours dès leur remise, à l'instar de ce qui est prévu pour recourir contre l'appel d'offres lui-même (v. ATF 125 I 203, consid. 3a). Le Tribunal fédéral a cependant jugé qu'une juridiction cantonale pouvait, sans arbitraire, estimer que des documents étaient encore attaquables avec la décision d'adjudication lorsqu'ils avaient été remis aux soumissionnaires après le délai fixé dans l'avis officiel pour recourir contre l'appel d'offres public (cf. ATF 129 I 313). Même s'il n'a pas l'obligation de saisir immédiatement le juge, le soumissionnaire qui constate une irrégularité dans le déroulement de la procédure d'appel d'offres n'en demeure pas moins tenu, en principe, de la signaler sans attendre à l'adjudicateur, au risque d'adopter un comportement contraire aux principes de la bonne foi et de la sécurité du droit (cf. sur ce point, Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in ZBl 2003/104, p. 1 ss, 10). Cette règle est conforme à l'exigence de célérité à laquelle obéit la procédure relative à la passation des

marchés publics, en ce sens qu'il est préférable de corriger immédiatement une irrégularité contenue dans l'appel d'offres et les documents y relatifs plutôt que de procéder à l'adjudication du marché et de s'exposer au risque, si le vice est ensuite constaté par un juge, de devoir reprendre la procédure à son début (v. ATF 130 I 241, consid. 4.3). La forclusion tirée du principe de la bonne foi ne peut toutefois être opposée à une partie que pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées ou, à tout le moins, qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. Or, l'on ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres. Il convient, au contraire, de ne pas se montrer trop strict à cet égard et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes. Cette solution offre par ailleurs l'avantage de garantir une certaine effectivité à la protection juridique dont doivent bénéficier les soumissionnaires, l'expérience enseignant que, par crainte de compromettre leurs chances d'obtenir un marché, très rares sont ceux qui, en pratique, contestent l'appel d'offres ou les documents de l'appel d'offre avant l'adjudication (cf. Vincent Carron/ Jacques Fournier, La protection juridique dans la passation des marchés publics, Fribourg 2002, p. 74/75). bb) En l'occurrence, l'appel d'offres publié le 8 juillet 2005 ne faisait pas mention de la description de l'ouvrage dont la réalisation était demandée par le maître de l'ouvrage. C'est dans les conditions particulières remises aux soumissionnaires le 10 août 2005 que les spécifications techniques de cet ouvrage leur ont été communiquées pour la première fois. Il reste que l'on peut très sérieusement se demander si la recourante n'est pas forclosée à mettre en cause ces spécifications dans le cadre d'un recours dirigé contre l'adjudication du marché à sa concurrente. Son représentant en audience, D. _____, a lui-même reconnu que les soumissionnaires n'avaient pas la possibilité d'offrir un système métallique, de sorte que, pour lui, le marché était fermé. Tel n'était cependant pas le cas et force est de constater que la variante Vario Guard aurait au contraire conservé toutes ses chances si, d'emblée, elle avait respecté la hauteur minimale exigée par le maître de l'ouvrage. En outre, la recourante tenait pour acquis, dès l'instant où le maître de l'ouvrage avait choisi la solution consistant à poser des parapets d'une hauteur minimale de 120 cm, que ce système n'avait été ni testé, ni par conséquent homologué. Il est surprenant, dans ces circonstances, de voir la recourante attendre la décision adjugeant le marché à sa concurrente pour agir et faire valoir ce moyen. On aurait pu attendre de sa part qu'elle réagisse dès l'envoi des conditions générales ou à tout le moins, qu'elle profite de la séance des questions/réponses pour s'inquiéter de l'éventuelle homologation de la solution du maître de l'ouvrage. cc) A cela s'ajoute que l'intérêt de la recourante à la modification de la décision attaquée n'est pas non plus évident (v. sur ce point, arrêt GE 2005.0090 du 10 avril 2006). En audience, D. _____ a, sans ambiguïté aucune, indiqué que seule l'adjudication de la variante Vario Guard intéressait la recourante. Dès lors, supposé retenue l'offre de base de la recourante, celle-ci, si le marché lui avait été adjugé, aurait soit sous-traité l'aménagement des parapets en béton, soit purement et simplement renoncé à conclure le contrat. dd) Cela étant, ces questions d'ordre formel peuvent demeurer indécises, dès lors que sur le plan matériel, comme on le verra dans les considérants qui suivent, le pourvoi ne peut qu'être rejeté. c) La recourante concentre, on l'a vu, l'essentiel de ses critiques contre le contenu des spécifications techniques exposées dans les conditions particulières de l'appel d'offres. aa) En règle générale, le non-respect par le soumissionnaire des

spécifications techniques d'un marché est susceptible d'entraîner son exclusion de la procédure en application de l'art. 32 al. 1 litt. k RVMP (voir à ce sujet un exemple comparable : DC 2003, 151, n° S32; v. également Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., note ad art. 12 LMP, p. 199). Toutefois, en présence d'un descriptif peu clair, le pouvoir adjudicateur n'a pas la faculté d'exclure l'offre qui s'en écarterait ; ce faisant, il abuserait du pouvoir d'appréciation que lui confère la disposition précitée (v. arrêt GE 2003.0111 du 20 février 2004). Dans le même arrêt, le Tribunal administratif a par ailleurs jugé que des spécifications techniques peu claires étaient même de nature à créer des distorsions de concurrence, lorsque le maître de l'ouvrage en vient à mettre en comparaison 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. En l'espèce, les spécifications techniques étaient dépourvues de toute ambiguïté. Il s'agissait pour les soumissionnaires d'offrir la pose d'éléments mobiles Delta Bloc ou similaire, en béton, d'une hauteur de 120 cm au minimum. Le maître de l'ouvrage avait, certes, opté pour des parapets en béton mais il n'excluait pas les variantes d'exécution en acier, seules les variantes de projet étant exclues. Or, les critiques soulevées par la recourante contre ce type d'ouvrage n'emportent pas la conviction du tribunal. On l'a dit plus haut, la recourante - et son représentant en audience l'a reconnu - a soumissionné avant tout pour défendre la variante métallique dont elle détient l'exclusivité en Suisse ; la solution du maître de l'ouvrage ne l'intéressait guère. La démonstration de la recourante consistant à douter que la pose d'éléments en béton d'une hauteur minimale de 120 cm puisse répondre au niveau exigible de retenue en cas de sévérité de choc se fonde uniquement sur des probabilités ; elle n'est étayée d'aucun avis d'expert. La recourante s'appuie sans doute sur les directives de l'Association suisse des professionnels de la route et des transports (VSS) pour les dispositifs routiers de retenue de véhicule, ainsi que sur la norme européenne EN-12676-1 (Ecrans anti-éblouissement routiers). Les soumissionnaires devaient pouvoir offrir un système de sécurité qui, à tout le moins, réponde au critère de retenue H1 de la norme européenne EN 1317-2 (Dispositifs de retenue routiers) et de la norme VSS 640.566 (v. critère 3.1). On se réfère à cet égard au courrier du 15 juillet 2005 de l'OFROU au SR, sur la base duquel le chiffre 2.1.1.2.1 des conditions particulières a été établi. La recourante perd ainsi de vue que la solution choisie par l'autorité intimée a non seulement été avalisée, mais imposée par cet office et ce, en application des articles 54 LRN et 2 de l'Ordonnance du 9 novembre 1965 concernant la surveillance de la construction et de l'entretien des routes nationales. L'OFROU l'a du reste rappelé dans sa correspondance du 23 mars 2006, en réponse à une intervention de l'association précitée du 21 février 2006, elle-même mise en oeuvre par D. _____, directeur de la société recourante. Pour les mêmes raisons, le grief de violation du principe de transparence invoqué à l'encontre du cahier des charges ne peut être retenu. La recourante explique que l'ouvrage dont la fourniture et la pose sont demandées par l'autorité intimée n'a jamais été testé, ni par conséquent homologué. Il serait donc impossible, à l'en croire, de produire un document d'homologation des produits et, partant, de respecter les exigences formulées au critère 3.6. Les représentants de l'autorité intimée n'ont pas caché en audience qu'il s'agissait là d'une innovation. On objectera à la recourante qu'il est toutefois plus que douteux que l'ouvrage spécifié ne puisse être homologué. L'autorité intimée a du reste produit, avec sa seconde écriture, un document qui démontre que le système Delta Bloc 120 avait été homologué par le ministère autrichien des transports le 18 juin 2004 pour les autoroutes de ce pays. bb) On l'a dit plus haut, le maître de l'ouvrage est libre de définir l'objet du marché en fonction de ses besoins. Il découle de

ce qui précède l'interdiction pour les soumissionnaires de modifier unilatéralement le contenu de la description de la prestation ; dès lors, celui qui veut présenter une offre qui diverge du contenu doit déposer une variante (cf. Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., p. 200, réf. citée). C'est précisément l'option choisie en l'espèce par la recourante ; celle-ci a en effet proposé de remplacer les glissières existantes par des éléments en acier, d'une hauteur de 90 cm . Or, l'autorité intimée a écarté cette variante, estimant qu'elle était incompatible avec les conditions particulières ; comme on le verra plus loin, seule l'offre principale, certes conforme aux spécifications des conditions particulières, mais qui ne répond pas aux quatre derniers critères, a été notée. La question à résoudre in casu est de savoir si c'est à juste titre que la variante de la recourante a été écartée. On constate en premier lieu que les conditions particulières (ch. 3.2.1) excluaient expressément les variantes de projet, seules les variantes d'exécution étant admissibles et l'autorité intimée a traité la variante de la recourante comme telle. Dans la mesure où, toutefois, la variante de la recourante consiste à offrir une prestation sensiblement différente des spécifications techniques définies par le maître de l'ouvrage, on peut sérieusement se demander s'il ne s'agit pas là d'un autre projet. Pour ce seul motif, cette variante aurait déjà pu être écartée d'emblée. Cela étant, l'attention de la recourante a été attirée, lors de l'échange du 15 novembre 2005 avec le SR, sur le fait que cette variante ne correspondait pas à l'appel d'offres, dès lors qu'il était notamment exigé un élément de retenue d'une hauteur minimale de 120 cm, alors que celle de l'ouvrage en acier proposé était de 90 cm. Cette variante était donc incompatible avec les exigences pourtant clairement énoncées, sous 3.2.4 des conditions particulières, au tableau D, critère 3.2 ; elle devait donc être écartée en application de l'art. 32 lit. k RVMP. Quoiqu'en dise la recourante, la correspondance du SR est dépourvue de toute ambiguïté à cet égard. Or, c'est seulement dans sa réponse du 15 novembre 2005 que la recourante semble avoir tenu compte des exigences du maître de l'ouvrage puisqu'elle a modifié son offre en proposant d'ajouter un écran anti-éblouissement d'une hauteur de 60 cm. Dans ces conditions, la variante a été modifiée sur un point essentiel et ce, postérieurement au délai imparti dans l'appel d'offres ; c'est donc à juste titre qu'en application de l'art. 29 al. 3 RVMP, elle a été écartée. cc) Au surplus, X. _____ a remis en cause l'évaluation de son offre de base telle qu'elle ressort du procès-verbal du 23 novembre 2005 et notamment le fait qu'elle ait été gratifiée de zéro points aux critères 2 à 5, notamment s'agissant du critère 4 (tableau E). La recourante a déposé le 20 septembre 2005 une liste de prix, tant pour l'offre de base que pour la variante d'exécution en acier. Elle a remis, le 3 octobre 2005, des informations complémentaires au SR en précisant expressis verbis qu'elles concernaient sa variante. La recourante n'a donc fourni aucune information sur son offre de base au regard des critères 2 à 5 ; dans ces conditions elle ne pouvait qu'être mal notée. A supposer toutefois que l'on retienne le tableau E (Organisation de base du soumissionnaire) comme valant à la fois pour l'offre de base et la variante, il reste que la recourante, même gratifiée de la note maximale (5) pour son offre de base, ne pourrait de toute façon, avec 25 points supplémentaires, parvenir à l'inversion du résultat et, partant, prétendre à l'adjudication du marché. 3. Dans sa réplique, la recourante fait grief à l'autorité intimée d'avoir adjugé le marché à Y. _____, alors que ce soumissionnaire aurait dû être exclu de la suite de la procédure pour avoir complété son offre postérieurement au délai de dépôt. a) Conformément à l'art. 29 al. 3 RVMP, l'offre ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai imparti au lieu indiqué dans l'appel d'offres. L'offre constitue en effet l'expression ferme, précise et définitive de volonté du soumissionnaire qui ne nécessite plus que l'acceptation du pouvoir adjudicateur pour que le contrat soit

formé ; elle a donc force obligatoire (v. Maurice Flamme et alii, op. cit., p. 948). Dès lors, l'appréciation des offres s'effectue en principe sur la base des projets, tels qu'ils ont été déposés ; il est cependant admissible qu'entre l'ouverture des offres et l'adjudication, un soumissionnaire donne des éclaircissements quant à son offre, à condition toutefois que celle-ci n'en soit pas modifiée (v. Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 238, réf. citée). Cette situation est consacrée à l'art. 34 al. 1 RVMP à teneur duquel « L'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur aptitude et à leur offre ». La modification de l'offre intervenue postérieurement au délai est sanctionnée notamment par l'art. 32 litt. k RVMP, 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 adjonctions ou modifications(...) » . En règle générale, une offre qui, bien que remise dans le délai de validité, s'avérerait non complète entraîne l'exclusion du soumissionnaire (cf. Herbert Lang, Offertebehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, in ZBl 101/2000, p. 225 , p. 229). De manière générale, le pouvoir adjudicateur doit pouvoir disposer d'une certaine latitude pour apprécier la portée des irrégularités commises par les soumissionnaires, qu'il doit utiliser en tenant compte notamment de l'ampleur du dossier demandé des candidats, respectivement de l'importance des éléments concernés (TA, arrêt GE 2001.0032 du 22 juin 2001 commenté in DC 2/2002 p. 77). Cela étant, une exclusion de l'offre incomplète n'est justifiée que si l'informalité relève d'une certaine gravité. Le Tribunal administratif du Tessin a eu l'occasion de juger que le fait d'avoir omis de remplir une position du formulaire d'offre permettant le calcul du rabais ne justifiait pas l'exclusion de l'offre; il était en effet possible de la déterminer en passant à la formule suivante qui faisait état d'un rabais dûment chiffré (arrêt 52.2001.00269 du 9 août 2001, commenté in DC 2/2002 p. 77). Le Tribunal administratif du Jura a considéré qu'il incombait à l'organe chargé de la procédure d'adjudication d'impartir un bref délai à la soumissionnaire pour l'inviter à produire des attestations manquantes (arrêt 93/00 du 17 mai 2001). Les juges fribourgeois ont, pour leur part, admis qu'un soumissionnaire puisse être sanctionné au stade de la notation pour avoir omis de rendre et de remplir certains formulaires (RDAF 2001 p. 450). La doctrine (v. note de Esseiva, in DC 2/2002 p. 78) propose de tenir compte de plusieurs critères d'appréciation. Il conviendra par exemple d'examiner l'importance de l'informalité; on pourra également prendre en considération l'avantage par rapport aux autres concurrents que procurerait la réparation de l'informalité ainsi que l'intérêt du pouvoir adjudicateur à pouvoir quand même tenir compte d'une offre avantageuse. Quoi qu'il en soit, lorsque les offres qui parviennent au pouvoir adjudicateur dans le délai de dépôt s'avèrent incomplètes, celui-ci peut opter pour un nouvel appel d'offres impliquant la fixation de nouveaux délais au sens des art. 19 et 29 RVMP. Il peut cependant aussi préférer une procédure en complément des offres, en dérogation en quelque sorte, à l'art. 29 RVMP; 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 préemptoire et uniforme pour le dépôt par les soumissionnaires de leur complément (v. sur ce point, arrêts GE 2001.0074 du 12 décembre 2001 ; GE 20 00.0161 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. 34 al. 1 RVMP, relativement à leur aptitude et à leur offre (ibid.). En application de ce qui précède, le Tribunal administratif a annulé une décision d'adjudication

en raison d'une modification de l'offre portant sur la personne responsable de la conduite du projet au sein d'un consortium, modification qui par ailleurs avait été suggérée à l'adjudicataire par le pouvoir adjudicateur lui-même (arrêt GE 2001.0074, déjà cité). Dans un arrêt récent, il a confirmé que la modification d'une offre sur un point essentiel (les travaux devaient être sous-traités par le soumissionnaire à un tiers repreneur) entraînait l'exclusion de celle-ci (arrêt GE 2005.0090 du 10 avril 2006). Le Tribunal fédéral, dans un arrêt 2P.47/2003 du 9 septembre 2003, consid. 3.2, résumé au DC 2003 p. 156, a confirmé qu'une modification de la communauté de soumissionnaires constituait un motif d'exclusion (v. en outre sur ce point, la décision de la Commission fédérale de recours 2005-002 du 30 mai 2005, résumée in DC 2005, S51 ; cf. aussi, décision CFRMP du 14 avril 2005 : pas de modification dans la composition du consortium qui a reçu le marché - par extension, pas de changement d'adjudicataire -, publié in DC 2005, p. 180, S64). b) En l'espèce, la recourante soutient que l'adjudicataire aurait dû être exclue conformément à l'art. 32 litt. k RVMP pour avoir complété son offre en contravention de la règle prescrite à l'art. 19 al. 3 RVMP. En réalité, il ne s'agit pas ici de discuter de l'exclusion d'un soumissionnaire invité par le pouvoir adjudicateur à compléter son offre ; la question a davantage trait ici à la problématique voisine de la non discrimination à l'égard des autres soumissionnaires (v. arrêt GE 2001.0074, déjà cité). A cet égard, il est certain que la procédure devrait être annulée si l'on retenait, comme le soutient implicitement la recourante, que seule l'entreprise adjudicataire, à qui deux délais ont successivement été octroyés, s'est vue conférer la possibilité de compléter une offre incomplète et obtenir ainsi d'être mieux notée au final. Cela étant, il importe d'opérer une distinction. aa) A titre préliminaire, on ne saurait faire grief à l'autorité intimée de ne pas avoir exclu d'emblée l'adjudicataire pour ne pas avoir fourni, dans le délai imparti pour le dépôt des offres, l'attestation de paiement de la TVA manquante. Sans doute, il s'agissait là d'une condition de participation au marché (conditions particulières, ch. 3.2.2) et sur ce volet également, l'art. 32 lit. c et k RVMP pouvait commander l'exclusion de à ce stade l'adjudicataire. Une exclusion fondée seulement sur des vices de forme qui ne sont pas graves serait toutefois contraire à l'interdiction du formalisme excessif ainsi qu'aux principes, ressortant du droit des marchés publics, de renforcer la concurrence entre les soumissionnaires et de favoriser l'utilisation économique de fonds publics ; l'interdiction du formalisme excessif et du principe de la bonne foi peut être déduite, selon les circonstances, une obligation pour l'autorité d'attirer l'attention des particuliers sur leurs erreurs de procédure, avant qu'elle ne prenne des mesures aussi radicales que la non-entrée en matière ou l'exclusion (v. CFR 2005-017 du 23 décembre 2005, in JAAC 70, 33). Dès lors, cette dernière solution apparaîtrait comme disproportionnée, dès lors que ce document n'a guère d'influence sur la qualité des prestations offertes (v. Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., p. 110), même si 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 (sur cette problématique, v. notamment Lang, op. cit., ZBl 2000 p. 230). En l'occurrence, l'adjudicataire a manifestement omis de produire cette attestation ; la solution diffère à cet égard de l'arrêt GE 2003.0111 déjà cité, où l'on voit que soumissionnaire, exclu, avait d'emblée pris le risque de ne pas produire ces pièces. bb) L'autorité intimée a opté pour une solution consistant d'abord à impartir plusieurs délais péremptoires et uniformes aux quatre soumissionnaires inscrits. Ceux-ci ont en premier lieu été invités à remettre une série de prix (critère n° 1) pour le 20 septembre 2005. Après communication de l'évaluation du prix, les soumissionnaires ont ensuite été acheminés, conformément au chiffre 3.2.4 des

conditions particulières, à compléter leur dossier en fournissant pour le 10 octobre 2005, sous peine d'exclusion, l'entier des documents demandés selon les tableaux C et suivants du chapitre

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