

VD_OMNI GE.2006.0075 vom 14. Dezember 2006

VD Tribunal cantonal, 2006-12-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2006.0075

FR: VD_OMNI GE.2006.0075 du 14 décembre 2006

IT: VD_OMNI GE.2006.0075 del 14 dicembre 2006

Regeste

X. _____/Département des infrastructures | L'interruption de la procédure d'adjudication se justifie lorsqu'une seule offre a été déposée dans les délais et que le prix de celle-ci se révèle près de deux fois supérieur au montant devisé par l'ingénieur chargé d'établir les coûts estimatifs de l'ouvrage et près de quatre fois supérieure au montant des crédits alloués, sans que l'on puisse retenir que l'appel d'offres n'a pas été établi de façon satisfaisante.

Erwägungen

E. 1

La question à résoudre en l'espèce est celle de la licéité de la décision prise par l'autorité intimée d'interrompre la procédure d'adjudication. Le consortium recourant fait valoir que l'interruption de la procédure de marché public intervenue en l'occurrence est mal fondée. A cet égard, l'art. 13 lit. i AIMP, respectivement l'art. 8 lit. h LVMP prescrivent que les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir que le pouvoir adjudicateur n'a la faculté d'interrompre ou de répéter la procédure de passation qu'en présence de justes motifs. A teneur de l'art. 41 RMP : «1. L'adjudicateur peut interrompre, répéter ou renouveler la procédure pour des raisons importantes, notamment lorsque : a. aucune offre satisfaisant les exigences techniques et les critères définis dans les documents d'appel d'offres ou dans l'appel d'offres n'a été déposée; b. en raison de modifications des conditions-cadres ou marginales, des offres plus avantageuses sont attendues; c. les offres déposées ne permettent pas de garantir une concurrence efficace; d. toutes les offres dépassent le montant du crédit prévu ou octroyé à cet effet; e. le projet est modifié ou retardé de manière importante. 2. L'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure doivent être notifiées par écrit aux soumissionnaires. » L'autorité intimée se prévaut in casu des motifs expressément consacrés par les lettres c et d de la disposition précitée. a) Les motifs permettant au pouvoir adjudicateur d'interrompre la procédure doivent être interprétés de manière stricte. Cette restriction sert tout d'abord la protection de la concurrence ; une procédure ne peut pas être interrompue seulement parce que, sur la base des offres admises, il se profile que l'attribution devrait se faire à un soumissionnaire de l'autorité non souhaité (arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 31 janvier 2002, in DC 2/2003, S20). De manière générale, un juste motif ne doit pas avoir été d'emblée prévisible, dès le lancement de la procédure par le pouvoir adjudicateur, et il doit être tel qu'on ne peut attendre de celui-ci qu'il poursuive la procédure de passation (v. Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, p. 492). Dès lors, si la réelle mise en concurrence, but de toute procédure de mise en soumission, fait défaut parce qu'un nombre insuffisant d'offres a été déposé, le pouvoir adjudicateur doit pouvoir interrompre la procédure (arrêt

du Tribunal administratif du canton de Zoug du 19 novembre 1998, in DC 2/2000 n° S19, avec une note de Denis Esseiva ; a été confirmée l'interruption d'une procédure d'invitation à soumissionner dans laquelle, sur cinq soumissionnaires, un seul avait déposé une offre dont le montant se situait au double de la valeur du marché). En revanche, les motifs que le pouvoir adjudicateur pouvait prévoir au moment de l'ouverture de la procédure, de même que les différences de prix raisonnables par rapport au coût estimé des travaux, ne peuvent pas justifier une telle interruption (arrêt du Tribunal administratif du canton du Tessin du 30 mai 2003, in DC 4/2004 n° S36). A l'occasion d'une procédure sur invitation, les entreprises n'ont du reste pas à subir les conséquences d'une mauvaise appréciation des coûts par l'adjudicateur lorsque ce dernier a lancé l'offre sans formuler la moindre réserve sur sa capacité à traiter (arrêt du Tribunal administratif du canton de Fribourg du 6 septembre 2000, in DC 2/2001 n° S30 ; v. en outre arrêt GE 1998.0718 du 2 juillet 1998, in RDAF 2000 I 123). b) Cependant, il n'apparaît pas que l'énumération des cas cités dans la loi soit exhaustive, d'autres raisons importantes pouvant en effet permettre l'interruption du marché (v. Galli/Moser/Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zürich 2003, p. 180). Selon Galli/Lehmann/Rechsteiner (*Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zurich 1996, p. 139), il n'existe en principe de justes motifs qu'en présence de circonstances non prévisibles et objectivement importantes, cela au point que la poursuite de la procédure de passation du marché apparaît comme ne pouvant pas être imposée au pouvoir adjudicateur. Il reste que l'interruption ne doit pas intervenir de façon contraire au principe de la bonne foi. En particulier, il y aurait violation des obligations précontractuelles lorsque le pouvoir adjudicateur lance un appel d'offres public sans avoir l'intention actuelle et sérieuse d'adjuger le contrat, soit par exemple dans le seul but de sonder le marché. En outre, le pouvoir adjudicateur violerait ce principe s'il lançait une telle procédure, sans s'être assuré au préalable du financement du projet ; à plus forte raison s'il doit l'interrompre ensuite faute d'avoir trouvé les fonds nécessaires (Clerc, op. cit., p. 493 ; Galli/Lehmann/Rechsteiner, *ibid.*, n o 456) ; on souligne ici au passage que la responsabilité que peut encourir l'adjudicateur du fait d'une telle culpa in contrahendo sera régie exclusivement par le droit public, selon Evelyne Clerc, op. cit., p. 489 ss, spéc. 493; l'auteur précité admet cependant que la question est controversée). En effet, l'interruption de la procédure peut intervenir de façon contraire à la protection de la confiance des soumissionnaires, lorsque ceux-ci ont étayé l'appel d'offres sur la base du projet et ont été exposés à des dépenses pour élaborer leurs offres, de même lorsque leur perspective concrète de se voir adjuger le marché est compromise par cette interruption (arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 31 janvier 2002, in DC 2/2003, S20, déjà cit, avec une note Hubert Stöckli).

E. 2

On examinera successivement les deux motifs invoqués par l'autorité intimée à l'appui de la décision attaquée. a) Une seule offre est rentrée dans les délais impartis, celle du consortium recourant. En audience, tant les représentants de celui-ci que ceux de l'autorité intimée ont fait part de leur surprise devant cette situation assez rare, dès lors que d'autres entreprises auraient également pu soumissionner ; certaines d'entre elles ont du reste demandé les documents d'appels d'offre mais ont renoncé apparemment à soumissionner. L'un des représentants du consortium recourant s'est même dit, en apprenant qu'une seule offre était rentrée, que le marché ne serait pas adjugé. On peut, dans ces conditions, très sérieusement se demander si la procédure a atteint l'objectif visé par l'art. 3 al. 1 lit. a LVMP, savoir « assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires », ainsi que

celui visé à la lettre d du même article : « permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics » . Or, la concurrence permet la comparaison des prestations et de choisir ainsi l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation ; seule une concurrence vraiment efficace assure une utilisation économique des fonds publics (cf. Message relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC, in FF 1994 IV p. 995 ss, spéc. p. 1218, concernant la loi fédérale sur les marchés publics). L'interruption de la procédure est à cet égard le seul moyen à disposition de l'entité adjudicatrice, à partir du moment où celle-ci est confrontée, comme dans le cas d'espèce, à une situation dans laquelle la concurrence efficace et, partant l'utilisation parcimonieuse des deniers publics, n'est pas assurée. b) Le prix offert par le consortium recourant, soit 4'131'065 fr.35, se révèle près de quatre fois supérieur au montant du crédit alloué par le Grand Conseil pour le lot n° 1 et près de deux fois supérieur au devis du bureau d'ingénieurs mandaté par le SR pour l'étude des ouvrages. Or, c'est sur la base de ce dernier devis que l'offre du consortium recourant a été appréciée. Les représentants de l'autorité intimée ont indiqué en audience que, d'emblée, cette offre leur était parue inacceptable et qu'ils ne seraient jamais parvenus à justifier auprès de leur hiérarchie une augmentation de près du double du coût estimatif retenu. En comparaison avec le lot n° 2, devisé à 3'650'000 francs et adjugé au consortium recourant à 4'667'364 fr.10, l'offre de ce dernier pour la réalisation du lot n° 1 excède en effet ce que la jurisprudence situe encore comme « différence raisonnable » . Face à une circonstance aussi importante, on ne pouvait attendre de l'autorité intimée qu'elle poursuive la procédure d'adjudication, ni même qu'elle demande un crédit complémentaire pour assurer le financement des travaux. c) Le consortium recourant fait cependant valoir une série de moyens dont on retire que l'autorité intimée ne serait pas fondée à invoquer ce motif pour justifier l'interruption de la procédure. aa) Ainsi, le consortium recourant soutient que ce dépassement était prévisible puisqu'il résulte d'une mauvaise appréciation des coûts par les services de l'Etat. L'exposé des motifs retenait à cet égard, sur une enveloppe totale de 14'010'000 francs, un montant de 1'160'000 francs pour les estacades du Larevain au Vélard. On retire des explications des représentants de l'autorité intimée en audience que cette demande de crédit n'était pas fondée sur une étude préalable. Le SR envisageait initialement de conserver la plupart des structures des ouvrages existants ; or, il est apparu qu'en raison de l'état du béton, plusieurs d'entre elles devront être démolies et reconstruites. Cet élément, sous-estimé au départ, constituerait la cause principale de l'augmentation de 1'160'000 à plus de 2'200'000 francs du coût estimé des travaux. Cette première estimation était connue et publiée ; le consortium recourant pouvait en prendre connaissance avant le dépôt de son offre. Or, à lire la note interne du SR au COPIL du 7 avril 2006, il appert que cette estimation paraît à tout le moins peu réaliste, voire peu sérieuse. Certains postes semblent avoir été négligés, dont l'état d'avancement de dégradation des infrastructures, qui nécessite finalement leur démolition et leur reconstruction, et les surfaces effectives à prendre en compte qui, en définitive, se sont révélées plus importantes que prévues. Ces éléments objectifs ont indiscutablement une incidence sur l'augmentation du coût, ce que l'autorité intimée elle-même reconnaît. A cela s'ajoute qu'aucun projet d'assainissement n'a été établi, ni même d'avant-projet. On peut déplorer une telle impréparation. Il serait toutefois excessif d'en déduire que l'appel d'offres n'a, en définitive, pas été établi de façon suffisante par le SR. Conscient de ce qu'il avait peut-être mésestimé certains éléments susceptibles d'influer sur le prix, le SR a demandé un devis au bureau d'ingénieurs F. _____ SA pour l'estimation du

coût des ouvrages. L'autorité intimée, consciente de ce que le crédit accordé allait être dépassé, s'est fondée sur ce devis pour apprécier l'offre. Certes, le consortium recourant est demeuré dans l'ignorance de ce devis ; il n'est toutefois pas démontré qu'il eût adapté son offre, déjà quatre fois supérieure au crédit, en conséquence, si cet élément lui avait été préalablement communiqué. Quoi qu'il en soit, on retiendra que ce devis constituait un élément susceptible d'aller dans le sens du consortium recourant ; en effet le marché lui aurait été vraisemblablement adjudgé, selon les représentants de l'autorité intimée, si le prix offert, 4'131'065 fr.35, n'était pas deux fois environ supérieur au montant de ce devis, soit 2'222'146 francs. bb) Le consortium recourant fait par ailleurs valoir que l'interruption de la procédure serait intervenue in casu de façon contraire au principe de la bonne foi. Découlant directement de l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités. Il le protège donc lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 129 I 161, consid. 4.1 ; 361 p. 170, consid. 7.1, p. 381 ; 128 II 112, consid. 10b/aa, p. 125/126 ; 126 II 377, consid. 3a, p. 387 et les arrêts cités). Un renseignement ou une décision erronée de l'administration peut obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la loi, à condition que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées ; qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de sa compétence ; que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu ; qu'il se soit fondé sur celui-ci pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir de préjudice ; que la loi n'ait pas changé depuis le moment où le renseignement a été donné (ATF 129 II 361, consid. 7.1, p. 381 ; 127 I 31, consid. 31, p. 36 ; 124 V 215, consid. 2a/aa, p. 220 et les arrêts cités). Le consortium recourant met en avant le fait que l'autorité intimée aurait déjà dû interrompre la procédure à réception de l'unique offre rentrée, soit le 21 mars 2006 ; à cette date en effet, l'autorité s'est rendue compte à la fois de l'absence de concurrence et du dépassement des crédits. Elle était donc en mesure d'interrompre sans délai la procédure. En poursuivant celle-ci jusqu'au 18 avril 2006 en demandant des explications complémentaires et une analyse du prix, l'autorité intimée aurait, selon le consortium recourant, laissé celui-ci croire qu'il obtiendrait l'attribution du marché et l'aurait conduit à des actes préjudiciables et irréversibles. Selon la jurisprudence qui vient d'être rappelée, il importe, pour que l'administré puisse utilement invoquer le respect du principe de la bonne foi de l'administration, qu'il ait pris, sur la base d'un renseignement inexact qui lui a été donné par une autorité censée compétente, des dispositions irréversibles, qu'il ne pourrait modifier sans dommage. Il est vrai que le consortium recourant, sachant qu'il était le seul soumissionnaire à avoir déposé une offre dans le délai imparti, pouvait s'attendre à ce que le marché lui soit attribué, même s'il a émis quelques doutes à ce sujet, ce que le représentant de Z. _____ SA a du reste reconnu en audience. L'autorité intimée, quant à elle, savait, à réception de l'offre unique du consortium recourant, qu'elle allait devoir interrompre la procédure ; on peut, dans ces conditions, s'interroger sur les raisons qui l'ont conduit à poursuivre la procédure. Il reste que le moyen soulevé par le recourant laisse quelque peu perplexe. On ne voit pas en effet qu'une promesse d'adjudication puisse être déduite d'une absence d'interruption et d'une poursuite de la procédure par l'autorité intimée. A cela s'ajoute que les dépenses engagées par le consortium recourant pour confectionner son offre sont usuelles et inhérentes à toute procédure de mise en soumission. d) C'est par conséquent à bon droit que la procédure a été

interrompue dans le cas d'espèce. Dans ces conditions, il est superfétatoire d'examiner si certains postes de la liste de prix figurant dans l'offre du consortium recourant sont ou non surfaits, comme les représentants de l'autorité intimée l'ont soutenu en audience et dans leurs dernières écritures.

E. 3

Les considérants qui précèdent conduisent ainsi le tribunal à rejeter le recours et à confirmer la décision attaquée. Au vu du sort réservé au recours, un émolument d'arrêt sera mis à la charge du consortium recourant ; en outre, il ne se justifie pas de lui allouer des dépens.

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