

VD_OMNI GE.2006.0119 vom 6. Dezember 2006

VD Tribunal cantonal, 2006-12-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2006.0119

FR: VD_OMNI GE.2006.0119 du 6 décembre 2006

IT: VD_OMNI GE.2006.0119 del 6 dicembre 2006

Regeste

X. _____/Fondation de Beaulieu | L'adjudicateur peut révoquer la décision d'adjudication, si l'adjudicataire se trouve dans l'incapacité de réaliser les travaux objet du marché public, notamment parce que les délais prévus n'ont pas été respectés. En l'occurrence, les travaux n'ont pas été effectués à temps. La faute principale en incombe toutefois à l'adjudicateur (publication tardive de l'appel d'offres, pas d'assurance d'obtenir le permis de construire et le financement; fixation d'un calendrier des opérations trop serré; adjudication avec des réserves trop importantes pour que l'on puisse exiger de l'adjudicataire de passer outre).

Erwägungen

E. 1

a) La matière est régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (AIMP; RSV 726.91), ainsi que par la loi cantonale sur les marchés publics, du 24 juin 1996 (LVMP; RSV 726.01) et le règlement y relatif (RMP; RSV 726.01.1). b) La décision attaquée porte sur la révocation de l'adjudication. Elle est attaquant comme telle (art. 15 al. 1bis let. e AIMP et 10 al. 1 let. e LVMP). c) En cas d'admission du recours, l'art. 13 LVMP distingue deux hypothèses. Si le contrat concrétisant la décision d'adjudication n'est pas encore conclu, le Tribunal peut annuler la décision d'adjudication, voire la réformer (al. 1); si le contrat est conclu, le Tribunal se contente de constater l'illicéité de la décision (al. 2; cf. ATF 132 I 86). L'AIMP pose des règles semblables (art. 18). La particularité de la présente affaire tient au fait qu'après l'entrée en force de la décision d'adjudication du 14 juin 2006, les parties n'ont pas conclu le contrat y relatif (alors même qu'il était prévu de le faire immédiatement), et que la révocation est intervenue entre-temps. On se trouve ainsi en présence d'une situation en quelque sorte intermédiaire entre les deux envisagées ordinairement. Il convient cependant de considérer que seule la révocation de l'adjudication forme l'objet du litige, et non point l'adjudication en elle-même (en pareil cas, la jurisprudence veut que l'art. 13 al. 2 LVMP ne s'applique que pour autant que le contrat ait été passé conformément aux exigences de l'art. 9 LVMP; cf. l'arrêt GE.2000.0136 du 24 janvier 2001, consid. 5, rappelé dans l'arrêt GE.2003.0072 du 28 octobre 2003, consid. 1). Il suit de là que si le recours est admis, la Fondation restera liée par la décision d'adjudication et devra conclure le contrat qui la concrétise. Pour le cas où le recours devait être rejeté et la décision attaquée confirmée, le contrat perdrait ipso facto son objet. d) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du Tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. En l'occurrence, le litige a trait à l'application des règles de procédure, que le Tribunal revoit librement (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 1b; GE.2005.0212 du 2 juin 2006, consid. 1b; GE.2005.0161 du 9 février 2006, consid. 6a; GE.2002.0047 du 20 septembre 2002, consid. 2).

E. 2

La révocation se fait aux mêmes conditions que l'exclusion de l'offre (art. 40 RMP). Aux termes de l'art. 32 RMP, auquel renvoie l'art. 40 du même règlement, peut notamment être exclue l'offre qui n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, incomplètement remplie ou ayant subi des adjonctions ou des modifications (let. k), ainsi que celle qui comporte de faux renseignements (let. m). La Fondation se prévaut de ces deux dispositions pour justifier la décision attaquée. a) L'aptitude d'un soumissionnaire ne doit pas seulement être acquise au stade du dépôt de son offre; elle doit perdurer jusqu'au moment de l'adjudication et de l'exécution des travaux (cf. la décision rendue le 15 juin 2004 par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, statuant sous l'angle de l'art. 11 let. a LMP, de teneur semblable à l'art. 32 let. k RMP, JAAC 68.120, consid. 2a/cc). L'exclusion de la procédure doit se faire dans le respect du principe de la proportionnalité; elle ne peut se fonder sur des éléments mineurs, ou du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication (ATF 2P.219/2003 du 17 juin 2005, consid. 3.3; 2P.259/2004 du 11 mai 2005, consid. 2). Les indications que fournit le soumissionnaire dans son offre doivent être correctes, complètes et conformes aux exigences de l'adjudicateur, telles qu'elles ressortent de l'appel d'offres et des documents annexés, de manière à ce que la décision d'adjudication puisse être prise en connaissance de cause et dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement (ATF 2P.130/2005 du 21 novembre 2005, consid. 7). Au regard de l'art. 32 let. k RMP, ont été exclues les offres comportant le changement de la personne responsable de la conduite du projet au sein d'un consortium (arrêt GE 2001.0074 du 12 décembre 2001) ou de l'adjudicataire (arrêt GE.2005.0090 du 10 avril 2006; cf. également, sous ce rapport, l'ATF 2P.47/2003 du 9 septembre 2003, consid. 3.2, DC 2003 p. 156, ainsi que les décisions rendues par Commission fédérale de recours les 14 avril 2005, DC 2005 p. 180 S64, et 30 mai 2005, DC 2005, S51). Lorsque l'adjudicateur doit objectivement concevoir des doutes quant à la véracité des indications fournies ou à l'authenticité des documents produits à l'appui de l'offre, il ne peut exclure celle-ci qu'après avoir procédé à des vérifications et invité le soumissionnaire à s'expliquer à ce sujet (cf. la décision rendue le 15 juin 2004 par la Commission fédérale de recours, précitée, consid. 2a/cc, ainsi que l'ATF 2P.219/2003, précité, consid. 3.3; pour un cas où le Tribunal administratif a considéré que l'adjudicateur pouvait révoquer l'adjudication obtenue sur la base de documents incomplets, cf. l'arrêt GE.2000.0155 du 17 juillet 2001). b) En l'occurrence, l'adjudicateur, particulièrement soucieux de la conduite coordonnée des travaux de rénovation du Palais de Beaulieu, a imposé aux soumissionnaires un calendrier très précis du déroulement de la procédure et de l'exécution des travaux (ch. 1.5 CdC). Escomptant que l'adjudication serait décidée le 6 juin 2006, que le délai de recours aurait expiré le 16 juin suivant et le contrat conclu à cette date, il a tablé sur le commencement des travaux le 10 juillet 2006, après une séance de coordination agendée au 19 juin précédent. Ces très brefs délais n'ont pas été respectés. Les parties se rejettent mutuellement la faute du retard, dont il convient de rechercher les causes. aa) Le cahier des charges évoque un calendrier «prévisionnel» (ch.1.26 CdC). Nonobstant cet intitulé, la Fondation a exposé que les travaux litigieux, s'inscrivant dans le cadre plus général de la rénovation de la halle n°7 du Palais de Beaulieu, devaient être nécessairement exécutés durant les mois de juillet et d'août, seule période durant laquelle aucune manifestation n'est organisée. Pour la Fondation, le calendrier prévu était impératif, en ce sens qu'aucun dépassement n'était envisageable au-delà de quelques jours après le 8 septembre 2006, compte tenu de l'ouverture du Comptoir suisse, le 15 septembre suivant.

Même si la recourante et les autres soumissionnaires ont accepté un calendrier aussi contraignant, la procédure suivie en l'espèce suscite la perplexité. Publier en avril un appel d'offres pour des travaux à réaliser au mois de juillet et d'août est pour le moins hasardeux, compte tenu des aléas d'une telle procédure. A ce sujet, la Fondation a précisé que l'autorisation de construire a été demandée en mars 2006, sans aucune garantie d'être délivrée avant le commencement projeté des travaux. De fait, la Municipalité a octroyé le permis à la fin du mois de juin 2006; quant au financement, il a été assuré dans le courant de l'été. En agissant avec une telle précipitation, la Fondation a pris le risque de ne pas être elle-même en mesure de tenir le calendrier fixé. Ce risque s'est réalisé, au demeurant, puisqu'au moment de l'adjudication, la Fondation ne disposait ni du financement, ni du permis de construire. bb) La commission d'évaluation s'est réunie une première fois le 2 juin 2006; elle n'a pu toutefois mener ses travaux à leur terme, raison pour laquelle elle a siégé une nouvelle fois, mais seulement le 12 juin suivant. Ce retard s'explique par le fait que la commission d'évaluation a appris, le 2 juin 2006, l'existence de poursuites engagées contre la recourante, à concurrence d'un montant de 900'000 fr. L'adjudicateur a demandé des explications à la recourante, qui lui a fourni, le 6 juin 2006, une attestation officielle de la radiation de la poursuite. Le 12 juin 2006, la commission d'évaluation a proposé l'adjudication des travaux à la recourante, ce qui a été décidé le surlendemain. Lors de l'audience du 15 novembre 2006, B. _____ a expliqué que la poursuite en question, manifestement abusive, avait été entamée par un ancien employé, en litige avec elle. Sitôt avertie par l'adjudicateur, la recourante a pris toutes les mesures nécessaires pour lever l'obstacle. L'intimée a pour sa part manqué de réaction, puisqu'il a fallu six jours à la commission d'évaluation pour se réunir à nouveau et deux jours supplémentaires pour rendre la décision d'adjudication. Ces attermoiements sont incompréhensibles. On aurait pu s'attendre qu'immédiatement après avoir reçu l'attestation du 6 juin 2006, la commission d'évaluation se réunisse sur-le-champ ou délibère sans réunion formelle, par exemple par échange de courriers électroniques, afin de gagner un maximum de temps. cc) Dans son offre, la recourante a accepté les délais impartis. Lors de l'audience du 15 novembre 2006, B. _____ a expliqué que le délai de livraison des panneaux de toiture était de trois à quatre semaines. Compte tenu de cela et des contraintes d'organisation de l'entreprise, l'ordre de commande devait impérativement être donné le lundi 19 juin au plus tard. Interrogé sur ce point, B. _____ a indiqué qu'il lui était impossible de demander la livraison de matériel, pour un montant de l'ordre de 200'000 fr., sans disposer préalablement d'une décision d'adjudication exempte de réserves. Or, tel n'a pas été le cas. La décision d'adjudication, rendue le 14 juin 2006, a été publiée le surlendemain. Compte tenu d'un délai de recours de dix jours (art. 10 LMP), elle ne pouvait entrer en force que le 25 juin 2006 au plus tôt. Elle était en outre assortie de réserves, tenant notamment à l'obtention du permis de construire et du financement nécessaire, pour lesquels aucun terme n'était envisagé. La recourante pouvait dès lors objectivement douter que le calendrier fixé initialement puisse encore être tenu. A cela s'ajoute que contrairement à ce qui avait été prévu, le contrat n'a pas été passé le même jour que celui de l'entrée en force de l'adjudication. Il est fort étonnant, de surcroît, que la Fondation n'ait pas pris contact avec la recourante, à l'expiration du délai de recours, pour lui expliquer les raisons du retard apporté à cette démarche et conférer avec elle des mesures à prendre. Ces faits ne pouvaient que conforter la recourante dans le sentiment que l'affaire n'était pas définitivement conclue pour elle, et l'amener à ne pas prendre immédiatement des dispositions d'exécution irréversibles. Cela étant, le comportement de la recourante prêle aussi le flanc à la critique.

Dès que l'adjudicateur l'a interpellée, le 2 juin 2006, au sujet de la poursuite engagée contre elle, la recourante devait redouter que la décision d'adjudication ne serait pas rendue à temps. Cette crainte s'est confirmée, puisque la décision attendue pour le 6 juin 2006 n'a été rendue que le 14 juin suivant (qui était un mercredi). Dès lors que la recourante a vu que l'adjudication était assortie de réserves importantes et que la date-butoir du 19 juin (qui était le lundi suivant) approchait, on aurait pu s'attendre à ce qu'elle réagisse de deux manières. Elle aurait pu, en premier lieu, ne pas tenir compte des réserves et passer commande des panneaux de toiture, sans attendre. Cela impliquait pour elle d'assumer le risque que le marché ne lui soit finalement pas attribué, par exemple si le permis de construire ou le financement n'étaient pas accordés. Eu égard au montant en jeu, de l'ordre de 200'000 fr., on peut toutefois comprendre qu'elle ait hésité à agir de la sorte. Conséquemment, elle aurait pu, en second lieu, prendre contact avec l'adjudicateur, lui expliquer les contraintes s'imposant à elle et lui demander soit d'accepter un retard dans l'exécution des travaux, soit de prendre sur lui le risque lié à la commande du matériel. Or, la recourante n'a pris aucune de ces deux initiatives, se cantonnant dans une attitude passive. Lors de l'audience du 15 novembre 2006, B. _____ a indiqué n'avoir entrepris aucune démarche vis-à-vis de l'adjudicateur, partant du principe qu'à raison du retard de la procédure, les délais fixés auraient été automatiquement et implicitement décalés. Cet argument ne convainc guère. Il semble plutôt que tout en se rendant compte que l'exécution à temps des travaux adjugés était compromise, la recourante n'ait pas voulu attirer l'attention de l'adjudicateur sur ce point, de crainte de perdre le marché. L'attentisme de l'adjudicateur laisse tout aussi songeur. Il aurait dû s'enquérir auprès de la recourante de sa capacité à respecter les délais, malgré le retard pris par la procédure, par rapport au plan prévu. Cette précaution était d'autant plus importante que les représentants de la Fondation ont déclaré, lors de l'audience du 15 novembre 2006, que celle-ci aurait été disposée à prendre sur elle le risque lié à la commande des panneaux de toiture. Ils ont expliqué que s'agissant des autres marchés adjugés au mois de mai 2006, la Fondation avait, dans un cas au moins, passé avec l'adjudicataire un accord écrit, l'autorisant à se faire livrer du matériel, quand bien même la décision d'adjudication était assortie de réserves semblables à celles mentionnées dans la décision du 14 juin 2006 et que le contrat n'avait pas été passé. La Fondation aurait été prête à agir de même en l'espèce. Même si l'on peut éprouver quelques doutes quant à la régularité d'un tel procédé et des risques qu'il comporte si d'aventure le marché ne peut être adjugé comme prévu, il aurait été possible de prévenir tout litige, si l'une ou l'autre partie avait agi avec un surcroît de prudence. Si tel n'a malheureusement pas été le cas en l'occurrence, la faute en incombe plus à la Fondation qu'à la recourante, qui ne devait pas nécessairement imaginer qu'une telle solution était envisageable pour l'adjudicateur. dd) La séance de coordination en vue du commencement et de l'exécution de travaux s'est tenue le 29 juin 2006, soit dix jours après le terme prévu initialement. A cette occasion, M. C. _____, représentant de la recourante a indiqué spontanément à M. A. _____, directeur des travaux, que les panneaux de toiture ne seraient livrés qu'à la fin août 2006, en raison des vacances. Dans son courrier électronique du 29 juin 2006, A. _____ a exhorté la recourante à exercer des pressions sur ses fournisseurs, afin que les délais soient néanmoins respectés, la première phase des travaux devant être achevée le 31 août 2006. Or, la date initialement retenue pour cette étape était le 8 septembre 2006, soit huit jours plus tard, y compris les samedi et dimanche 2 et 3 septembre. Lors de l'audience du 15 novembre 2006, A. _____ a confirmé que l'adjudicateur entendait ainsi pousser la

recourante à agir au plus vite. Mais à cette époque, il était déjà trop tard, et la recourante hors d'état de garantir le commencement des travaux à temps. ee) Le 30 juin 2006, la recourante a confirmé au directeur des travaux ne pouvoir disposer des fournitures nécessaires qu'à la fin du mois d'août 2006. Elle a proposé que les travaux débutent le 4 septembre 2006 et s'est engagée à ce qu'ils soient terminés au début du mois d'octobre. Pour réduire ce retard d'un mois sur le calendrier fixé, la recourante a préconisé de réunir les deux phases des travaux en une seule, en estimant que ce mode de faire pourrait procurer un gain de temps de six semaines et éviter d'avoir à démonter les superstructures après la fin de la première étape. Cette proposition, pour intéressante qu'elle fût, ne tenait pas compte de l'impossibilité pour la Fondation de faire exécuter des travaux en dehors des périodes d'été. Elle n'entraîne dès lors pas en ligne de compte. c) Sur le vu des faits ainsi constatés, les torts sont partagés. La recourante savait qu'au-delà du 19 juin 2006, il lui serait impossible de commander les panneaux de toiture à temps. Lorsqu'elle a vu que les étapes très rapprochées de la procédure n'étaient pas respectées, elle s'est aperçue que le respect des délais devenait pour le moins incertain. Elle n'en a cependant pas averti la Fondation. Lorsqu'elle a reçu tardivement la décision d'adjudication, assortie d'importantes réserves, elle n'a pas davantage réagi, partant de la prémisse fautive que les délais prévus étaient ipso facto reportés. Cela ne suffit toutefois pas pour conclure que la recourante aurait sciemment trompé l'adjudicateur, en lui mentant sur ses possibilités effectives de faire commencer les travaux à temps. Sachant que les travaux de rénovation de la halle n°7 ne pouvaient être effectués que pendant les mois de juillet et août, la Fondation a été imprudente de publier l'appel d'offres en avril 2006, à une époque où elle ne disposait ni de l'autorisation de construire, ni du financement des travaux. De surcroît, le calendrier fixé était trop serré; il ne tenait pas suffisamment compte des imprévus de toute procédure de cette sorte. Preuve en est, au demeurant, que l'adjudicateur n'a pas respecté le programme qu'il s'était lui-même fixé. Lorsqu'il s'est aperçu que la décision d'adjudication a été notifiée avec huit jours de retard sur le plan prévu, et qu'elle était en outre assortie de réserves importantes, l'adjudicateur devait avertir la recourante de son accord pour la commande anticipée de matériel, quitte à prendre à sa charge le risque inhérent à l'exécution immédiate de la décision d'adjudication. Il est au demeurant frappant de constater que cette procédure a été suivie pour d'autres travaux adjugés. Au terme d'une appréciation globale, le Tribunal conclut que la faute de l'inexécution des travaux dans les délais prévus incombe principalement à la Fondation, parce qu'elle a publié l'appel d'offres sans être assurée de l'octroi du permis de construire et du financement du projet, arrêté un calendrier trop serré pour le déroulement de la procédure et adjugé les travaux en assortissant sa décision de réserves trop importantes pour que l'on puisse attendre de l'adjudicataire d'y passer outre. Le recours doit ainsi être admis et la décision du 14 juillet 2006 annulée. Toutefois, eu égard à la faute légère, mais concomitante, de la recourante, le montant des frais mis à la charge de la Fondation sera réduit. Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens à la recourante, qui est intervenue dans la procédure sans l'assistance d'un mandataire.