

## **VD\_OMNI MPU.2009.0006 vom 12. Juni 2009**

VD Tribunal cantonal, 2009-06-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2009.0006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2009.0006)

FR: VD\_OMNI MPU.2009.0006 du 12 juin 2009

IT: VD\_OMNI MPU.2009.0006 del 12 giugno 2009

### **Regeste**

X. \_\_\_\_\_ c/Municipalité de Lausanne | La norme SIA n° 142 dont le recourant se prévaut ne contient aucune prescription contraignant les organisateurs d'un concours à procéder à des vérifications sur les raisons d'une soumission tardive avant de l'exclure. Les lignes directrices édictées par la SIA en complément de cette norme n'ont pour leur part aucune force obligatoire.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

L'autorité intimée a exclu le projet du recourant au motif qu'il lui avait été remis tardivement. a) aa) La matière est régie par l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP; RSV 726.91) ainsi que par la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD; RSV 726.01) et le règlement y relatif (RLMP-VD; RSV 726.01.1). bb) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen de la Cour de céans dépend de la nature des griefs invoqués. L'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans l'évaluation des offres. Partant, elle 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, la Cour de céans contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 125 II 86 consid. 6 pp. 98 s.; arrêt GE 2002.0047 du 20 septembre 2002; GE.2005.0161 du 9 février 2006; GE 2006.0011 du 22 mai 2006). cc) A teneur de l'art. 13 al. 1 let. c AIMP, les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir la fixation d'un délai suffisant pour la remise des offres. Le Conseil d'Etat fixe par voie de règlement les dispositions cantonales d'exécution, des accords intercantonaux et de la LMP-VD (art. 8 al. 1 LMP-VD). Ces dispositions règlent notamment les délais minima pour la remise des offres (art. 8 al. 2 let. c LMP-VD). Ainsi, l'art. 19 al. 2 RLMP-VD prévoit que l'on tient notamment compte, lors de la fixation des délais, de la complexité du marché, de l'importance des marchés de sous-traitance, ainsi que du temps nécessaire pour transmettre les demandes ou les offres. Les délais pour les marchés soumis aux traités internationaux ne peuvent être inférieurs à 40 jours pour la présentation d'une offre depuis la publication de l'appel d'offres en procédure ouverte (art. 20 al. 1 let. a RLMP-VD). Une offre peut être exclue notamment lorsqu'elle ne respecte pas les exigences essentielles de forme, n'a pas été signée ou a été déposée hors délai (art. 32 § 2 let. d RLMP-VD; concernant les concours, cf. Jacques Dubey, *Le concours en droit des marchés publics, La passation des marchés de conception, en particulier d'architecture et d'ingénierie*, Zurich/Bâle/Genève 2005, n° 784 p. 264). Cela étant, dans le souci d'éviter tout formalisme excessif, 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 publié in DC 2005 p. 175 consid. 2; 2P.161/2003 du 29 octobre 2003). Seul le non-respect d'une condition essentielle de l'objet du marché doit entraîner une exclusion de celui-ci (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics - ci-après: CRM - 2001-008 publiée in JAAC 66.54 consid. 5a). Ont ainsi 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 ATF 2P.47/2003 du 9 septembre 2003 publié in DC 2003 p. 156 consid. 3.2 ainsi que les décisions rendues par la CRM les 30 mai 2005 et 14 avril 2005 publiées in DC 2005 pp. 176 et 180). En revanche, il a été jugé excessivement formaliste d'exclure une offre de la procédure, en raison du défaut de signature par une personne autorisée selon le Registre du commerce sans inviter le soumissionnaire à corriger ce défaut véniel (décision de la CRM 2005-017 du 23 décembre 2005 publiée in JAAC 70.33). Il en irait de même de l'exclusion d'emblée d'un adjudicataire qui n'a pas fourni dans le délai imparti pour le dépôt des offres l'attestation de paiement de la TVA, condition particulière de participation au marché (arrêt GE.2006.0011 du 22 mai 2006, consid. 3) ou d'un adjudicataire qui n'a pas fourni une traduction française de documents officiels établis par des administrations ou de sociétés de Suisse alémanique où il a son siège (arrêt GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 7b; cf. également ATF 2P.141/2002 du 7 janvier 2003 publié in DC 2005 p. 173). Il faut toutefois souligner que l'exigence du respect des délais revêt précisément une grande importance, notamment pour assurer l'égalité de traitement des soumissionnaires et la transparence des procédures de passation des marchés. Il convient en effet de protéger les intérêts directs des différents soumissionnaires en excluant les offres formulées hors délai (ATF 115 Ia 76 consid. 2 pp. 79 s.; CRM 2005-017 du 23 décembre 2005 publiée in JAAC 70.33; arrêt GE.1998.0097 du 21 octobre 1998; cf. aussi RDAF 1999 I pp. 281 et 306). Le non-respect des délais de la procédure de passation des marchés publics constitue un grave vice de forme au sens de l'art. 19 al. 3 LMP (CRM 001/97 du 13 août 1998 publiée in DC 4/1998 p. 126 n° 336; Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillart/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, ad art. 17 LMP p. 221 et ad art. 19 p. 234). b) aa) Le programme du concours élaboré par l'autorité intimée prévoit deux canaux de transmission des projets des participants. Ceux-ci pouvaient soit déposer leurs documents à l'accueil du Service d'architecture contre remise d'un reçu avant le 13 janvier 2009 à 16h30 ("remise à la réception"), soit les expédier par poste jusqu'au 13 janvier 2009 le cachet faisant foi ("remise par poste"). bb) Selon la jurisprudence, une disposition qui assimile l'utilisation de la poste pour l'observation d'un délai à la remise de l'acte à l'autorité elle-même entend régulièrement un bureau de poste suisse (ATF 97 I 6 traduit in JT 1972 p. 2). Ainsi, lorsque l'écrit a été remis à un bureau de poste étranger, le délai n'est considéré comme observé que si l'envoi est pris en charge par la poste suisse le dernier jour au plus tard (ATF 92 II 215 traduit in JT 1966 p. 574). Le Tribunal fédéral a rappelé que la règle selon laquelle un acte de recours doit être remis en temps utile à un bureau de poste suisse n'a pas été adoptée sans de motifs sérieux. En effet, il n'est nullement exclu que, dans certains pays, la date du sceau postal puisse ne pas correspondre à celle de la remise de l'envoi. Par ailleurs, cette règle permet d'éviter que l'autorité judiciaire ne sache pas, durant un laps de temps plus ou moins long, si une décision est ou n'est pas attaquée (ATF 104 Ia 4 consid. 3 p. 4). c) En l'espèce, l'autorité intimée a proposé deux moyens d'acheminement des projets clairement distincts: l'envoi

postal ou le dépôt par porteur. Comme elle le relève à juste titre, "PostPac" est une marque enregistrée de la poste suisse. La prescription figurant dans le programme du concours selon laquelle les concurrents doivent adresser leur projet en colis "PostPac Priority" confirme dès lors la jurisprudence précitée selon laquelle seuls les services de la poste suisse pouvaient être utilisés. A défaut, les concurrents devaient faire en sorte de délivrer leur projet à l'adresse de l'autorité intimée à Lausanne avant le 13 janvier 2009 à 16h30. Cela étant, il apparaît dans les faits que l'autorité intimée a qualifié de "remis par poste" toute une série de projets - dont celui du recourant - expédiés soit par le biais d'une poste étrangère, soit en recourant aux services d'une société de courrier privée. Au vu de la large acceptation du terme "poste" utilisée par l'autorité intimée, il suffit d'examiner dans la présente occurrence si le recourant a respecté les prescriptions applicables aux envois postaux des projets.

## **E. 2**

Le recourant allègue avoir remis son projet à un service de courrier privé le 13 janvier 2009 à 23h33. a) En matière administrative, les faits doivent en principe être établis d'office et, dans la mesure où l'on peut raisonnablement exiger de l'autorité qu'elle procède à cette recherche, les règles sur la répartition du fardeau de la preuve ne s'appliquent pas. Les parties sont toutefois tenues de collaborer à la constatation des faits dans une procédure qu'elles introduisent elles-mêmes. Il n'en demeure pas moins que, lorsque les preuves font défaut, ou si l'on ne peut raisonnablement exiger de l'autorité qu'elle les recueille, la règle de l'art. 8 CC est applicable par analogie. Pour les faits constitutifs d'un droit, le fardeau de la preuve incombe au requérant. Ces principes doivent être appliqués conformément aux règles de la bonne foi (ATF 112 Ib 65 consid. 3 et les références citées; voir aussi PE.2008.0422 du 23 janvier 2009 consid. 2d). b) En l'espèce, le recourant a produit un récépissé d'envoi établi sous la forme d'une page A4 en haut de laquelle la mention "Dienstag, 13. Januar 2009, 23:33:07" a été apposée au moyen d'un traitement de texte informatique. Cette date n'est cependant authentifiée d'aucune autre façon. En revanche, le récépissé comporte un code-barres qui contient l'information suivante: "14.01.2009, 11:25, erfasst". La remise du colis à un transporteur le 14 janvier 2009 à 11h25 est donc établie. A l'inverse, aucun élément ne permet de retenir de manière certaine que ce colis avait déjà été remis à la société de courrier privée le 13 janvier 2009. L'autorité intimée a qualifié l'envoi du recourant de "postal", à l'instar d'autres projets remis par le truchement de sociétés de courrier privées. L'on en déduit dès lors qu'elle a qualifié tous les projets qui lui ont été remis en mains propres avant le 13 janvier 2009 à 16h30 de "remis à la réception", alors qu'elle a réservé la qualification de "remis par poste" aux envois qui lui ont été transmis par une société de courrier, qu'elle soit publique (la poste) ou privée, l'élément qui lui importait en premier lieu étant la possible détermination de la date d'expédition à réception du colis. Or, le code-barres figurant sur le colis du recourant révèle une date de départ le 14 janvier 2009. Partant, le recourant n'a pas respecté les délais prescrits par l'autorité intimée, ce qui constitue, au regard de la jurisprudence, un grave vice de forme autorisant l'autorité intimée à exclure d'emblée son projet.

## **E. 3**

Le recourant relève toutefois que l'autorité intimée a accepté des projets transmis par des sociétés de transport privées et qui lui sont parvenus après le 13 janvier 2009 à 16h30. a) Il y a inégalité de traitement prohibée par l'art. 8 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1998 (Cst.; RS 101) lorsque, sans motifs sérieux, deux décisions soumettent deux situations de fait semblables à des règles juridiques différentes; les situations comparées ne doivent

pas nécessairement être identiques en tous points, mais leur similitude doit être établie en ce qui concerne les éléments de fait pertinents pour la décision à prendre (ATF 135 II 78 consid. 2.4 pp. 83 s; 134 I 23 consid. 9.1 pp. 42 s; 257 consid. 3.1 pp. 260 s, et les références citées). Selon la jurisprudence toutefois, le principe de la légalité de l'activité administrative (art. 5 Cst.) prime celui de l'égalité de traitement. En conséquence, le justiciable ne peut généralement pas se prétendre victime d'une inégalité devant la loi lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été fausement, voire pas appliquée du tout dans d'autres cas. Cela présuppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question. Le citoyen ne peut ainsi prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévèrera dans l'inobservation de la loi et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (ATF 127 I 1 consid. 3a pp. 2 s; 126 V 390 consid. 6a p. 392; 115 Ia 81 consid. 2 p. 83, et les arrêts cités).

b) En l'espèce, il apparaît que l'autorité intimée n'a pas appliqué de manière uniforme les règles édictées dans le règlement du concours et de la jurisprudence dont elle se prévaut. En effet, elle a clairement indiqué que, pour bénéficier de la première facilité de transmission des projets, soit l'envoi postal, les concurrents devaient utiliser les services de la poste suisse. Or, elle a d'une part admis un projet italien remis à une société de transport privée et livré le 14 janvier 2009, soit après l'échéance fixée pour les projets expédiés par d'autres canaux que celui de la poste suisse. D'autre part, elle a accepté plusieurs projets remis à des services de postes étrangères et transmis à la poste suisse après le 13 janvier 2009 à 16h30, en contradiction avec la jurisprudence selon laquelle le délai est observé si l'acte est remis à la poste suisse avant l'échéance du délai. C'est à tort que l'autorité intimée soutient que la date d'entrée en Suisse de ces colis n'est pas inscrite sur les étiquettes. En effet, il ressort des codes-barres y figurant qu'ils sont arrivés au dépôt de Zurich le 14 janvier 2009. Cela étant, comme cela a déjà été relevé précédemment, il apparaît que l'autorité intimée a qualifié de "postal" tous les envois qui lui ont été adressés de l'étranger, que ce soit par le biais d'une poste étrangère ou au moyen d'un service de courrier privé. Ce qui apparemment importait pour l'autorité intimée, c'était de pouvoir déterminer avec certitude la date d'expédition de ces projets au moment de leur réception. Or, les indications authentifiées figurant sur les colis des autres concurrents étrangers, qu'il s'agisse d'un timbre postal, d'un sceau postal ou d'un code-barres, permettent d'établir une date d'expédition antérieure au 13 janvier 2009 à minuit. En revanche, le code-barres figurant sur le colis du recourant indique un envoi le 14 janvier 2009. Partant, le recourant, qui n'a pu apporter la preuve formelle de l'envoi de son projet le 13 janvier 2009 avant minuit, ne peut se prévaloir d'une inégalité de traitement par rapport aux autres concurrents qui ont pour leur part pu prouver de manière indiscutable l'expédition de leur colis avant le 13 janvier 2009 minuit. Ce grief est dès lors mal fondé et doit être écarté.

#### **E. 4**

Le recourant se prévaut encore de la norme SIA n° 142 en vertu de laquelle l'autorité intimée aurait dû vérifier les raisons du retard avant d'exclure son projet. a) Les parties ont, par leur participation au concours litigieux, reconnu un caractère obligatoire à la norme SIA n° 142 sur le règlement des concours d'architecte et d'ingénierie. Selon l'art. 19.1 let. a de la norme SIA n° 142, une proposition de concours doit être exclue du jugement, si elle a été livrée en dehors du délai ou de manière incomplète dans ses parties essentielles; si elle est incompréhensible, laisse supposer des intentions déloyales ou si un participant a enfreint la règle de l'anonymat. Toute exclusion doit être motivée (art. 19.3 de la norme SIA n° 142).

Afin de garantir l'obtention d'une solution optimale au point de vue de la conception, de la formalisation, de l'écologie, de l'économie et de la technique, la SIA a édicté des lignes directrices en complément à sa norme n° 142, telles que celles concernant l'envoi des dossiers ou travaux de concours par la poste. Ainsi la SIA recommande aux organisateurs respectivement aux experts, lorsque des dossiers ou des travaux de concours arrivent en retard, de vérifier leur date d'envoi par Internet en utilisant le service "Track & Trace" de la poste. Avant d'exclure une proposition livrée hors délai, elle invite à faire vérifier par une personne de confiance, un notaire par exemple, les raisons du retard tout en préservant l'anonymat. En attendant de connaître ces raisons, la proposition devrait être jugée sous réserve d'une exclusion éventuelle. b) En l'espèce, l'autorité intimée a vérifié la date d'envoi du colis du recourant. Dans la mesure où ce dernier n'a pas utilisé les services postaux suisses, elle n'a évidemment trouvé aucune trace de cet envoi. Le recourant estime cependant qu'elle aurait dû, avant d'exclure son projet, soumettre à une personne de confiance la question des raisons du retard. Il sied toutefois de relever que les lignes directrices n'ont, comme leur nom l'indique d'ailleurs, aucune force obligatoire. Elles ne constituent que des instructions à l'attention des différentes parties édictées dans le but de faciliter le bon déroulement de la procédure. En revanche, la norme SIA n° 142, qui a dans le cas d'espèce force obligatoire, ne contient aucune prescription contraignant les organisateurs ou les experts d'un concours à procéder à des vérifications sur les raisons d'une soumission tardive avant de l'exclure. Ils sont uniquement tenus de motiver leur décision d'exclusion, exigence respectée en l'espèce. Enfin, dans le cas présent, l'application par l'autorité intimée des lignes directrices édictées par la SIA n'aurait nullement modifié l'issue de l'affaire puisqu'une tierce personne, telle qu'un notaire, serait aussi arrivée à la conclusion que l'envoi était tardif. Ceci aurait eu pour seul effet de retarder de quelques jours l'exclusion du projet du recourant.

## **E. 5**

Il découle des considérations qui précèdent que le recours est mal fondé et doit être rejeté aux frais du recourant qui n'a pas droit à des dépens (art. 49 et 55 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative - LPA; RSV 173.36). L'autorité intimée, qui a agi par l'intermédiaire d'un avocat, a en principe droit à l'allocation de dépens qui peuvent cependant être réduits ou supprimés lorsque la partie a inutilement prolongé ou compliqué la procédure (art. 56 al. 1 LPA). En l'espèce, l'on retiendra que l'autorité intimée a fait preuve d'incohérence entre les règles qu'elle a édictées dans le règlement du concours, la jurisprudence dont elle s'est prévalue et la manière dont elle a dans les faits traité la réception des projets des concurrents, compliquant ainsi la compréhension du dossier. Il convient dès lors de réduire le montant des dépens qui lui seront alloués.