# VD_OMNI MPU.2009.0010 vom 6. Oktober 2009

VD Tribunal cantonal, 2009-10-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2009.0010

FR: VD_OMNI MPU.2009.0010 du 6 octobre 2009

IT: VD_OMNI MPU.2009.0010 del 6 ottobre 2009

## Regeste

X._____ SA/Municipalité de Chéserex, Association intercommunale Asse et Boiron, Y._____ | L'offre doit comprendre une attestation de l'office des faillites. Cette pièce est indispensable, ce d'autant plus que l'adjudicateur en a fait dépendre la recevabilité de l'offre. Lorsque cette pièce manque et que l'adjudicateur (de manière incompréhensible) n'a pas invité le soumissionnaire à réparer ce défaut, l'offre doit être exclue (consid. 4).

## Erwägungen

### E. 1

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, du 7 juillet 2004 (RMP; RSV 726.01.1).

### E. 2

a) Contre la décision d'adjudication, le délai de recours est de dix jours (art. 10 al. 1 let. d LVMP). Comme l'appel d'offres, la décision d'adjudication est publiée dans la FAO (art. 39 al. 1 RMP, mis en relation avec l'art. 11 du même règlement). La décision attaquée est datée du 17 juin 2009. Selon le timbre postal apposé sur l'enveloppe contenant la décision attaquée, celle-ci a été notifié le 18 juin 2009, sous pli simple (tarif B), que la recourante explique avoir reçu le 23 juin 2009. Ce délai de cinq jours (dont une fin de semaine) paraît plausible. Le délai de recours a commencé à courir le 24 juin, pour expirer le 3 juillet suivant. Déposé ce jour-là auprès d'un office postal, le recours est recevable à cet égard. b) Selon un principe général du droit découlant de l'art. 9 Cst., lorsqu'il existe une obligation de mentionner une voie de droit, son omission ne doit pas porter préjudice au justiciable; celui-ci ne doit en outre pas devoir pâtir d'une indication inexacte ou incomplète sur ce point (ATF 134 I 199 consid. 1.3.1 p. 202; 131 I 153 consid. 4 p. 158; 127 II 198 consid. 2c p. 205, et les arrêts cités ). L'erreur peut consister en l'omission pure et simple de l'indication obligatoire de la voie de droit, ou en une indication fausse, peu claire, équivoque ou incomplète, notamment pour ce qui concerne le délai de recours (ATF 117 Ia 297 consid. 2 p. 299). La décision attaquée indique erronément un délai de recours de trente jours, au lieu de dix. Si la recourante, se fiant à cette indication, avait déposé le recours au-delà du délai légal, elle n'aurait de toute manière pas eu à souffrir de l'erreur du pouvoir adjudicateur sur ce point. Il y a lieu d'entrer en matière.

### E. 3

La recourante soutient que la décision d'adjudication ne serait pas valable, car elle émanerait du mandataire du pouvoir adjudicateur, et non des Municipalités concernées. a)

La LVMP et le RMP ne contiennent pas de dispositions relatives à la forme de la décision d'adjudication, s'agissant de marchés communaux. Selon la loi du 28 février 1956 sur les communes (LC, RSV 175.11), relève de la municipalité l'administration des biens communaux, du domaine public et des biens qui y sont affectés (art. 42 ch. 2 LC); cela concerne notamment les dépenses relatives à la gestion du domaine public, dans le cadre du budget et des autres autorisations données par le législatif communal (art. 44 ch. 3 LC). Pour être réguliers en la forme, les actes de la municipalité doivent être donnés sous la signature du syndic et du secrétaire ou de leur remplaçant désignés par la municipalité, et munis du sceau de cette autorité; s'ils sont pris en exécution d'une décision du conseil général ou communal, ils doivent mentionner cette décision, laquelle est jointe à l'acte; les actes pris en vertu d'une délégation de pouvoirs doivent être donnés sous la signature du ou des membres de la municipalité ou de la personne au bénéfice de cette délégation (art. 67 LC). Les actes réguliers en la forme, au sens de l'art. 67, engagent la commune, à moins que celle-ci ne rapporte la preuve que le ou les signataires de l'acte, ou l'organe communal lui-même, ont excédé leurs pouvoirs de manière manifestement reconnaissable par les tiers intéressés (art. 68 al. 1 LC). Au regard de ces dispositions, la validité de la décision d'adjudication ne peut être contestée que s'il surgit un doute sur la volonté réelle de la municipalité d'adjuger le marché; il est en outre possible à la municipalité de ratifier un acte à première vue irrégulier (arrêts GE.2007.0031 du 4 juin 2007, consid. 2b; GE.1999.0051 du 21 novembre 2000, consid. 3; cf. également ATF 1P.63/2005 du 22 mars 2005, consid. 2.2). b) L'AIAB est une association de communes, au sens des art. 112ss LC. Les dispositions concernant les communes et les autorités communales sont applicables par analogie à l'association de communes, sauf si elles contredisent la loi (art. 114 LC). Parmi les organes de l'association figure le comité de direction (art. 116 al. 1 let. b LC), qui exerce, dans le cadre de l'association, les fonctions prévues pour les municipalités (art. 122 al. 1 LC). La commune de Chéserex et l'AIAB financent les études préalables, y compris celle de l'adjudication des travaux, avant de payer ceux-ci. L'appel d'offres indique la commune de Chéserex comme pouvoir adjudicateur (ch. 1.1 et 1.2). Il précise que le marché porte sur «la construction d'une piscine couverte intercommunale pour l'AIAB» (ch. 1.1 et 2.1). Le cahier des charges précise que la commune de Chéserex et l'AIAB sont co-maîtres de l'ouvrage (ch. 1.1). Le bureau Z._____ est désigné comme «organisateur de la procédure» (ch. 1.1 de l'appel d'offres; ch. 1.2 CdC). Il ne pouvait dans ces conditions exister aucun doute sur l'identité du pouvoir adjudicateur et de son mandataire. Pour le surplus, les autorités intimées conviennent que la décision d'adjudication est entachée d'une informalité, en ce sens qu'elle aurait dû émaner de la Municipalité de Chéserex, conjointement avec l'AIAB. Dans leur réponse au recours, du 28 août 2009, ces deux autorités ont déclaré entériner la décision d'adjudication du 17 juin 2009. A toutes fins utiles, elles ont fait signer leur réponse par le syndic et la secrétaire de la Municipalité de Chéserex, ainsi que par le président et la secrétaire du comité de direction de l'AIAB. Ainsi, à supposer la décision attaquée irrégulière du point de vue de la forme, sa ratification ultérieure a réparé ce défaut.

**E. 4**

La recourante reproche au pouvoir adjudicateur de n'avoir pas exclu l'offre de Y._____. a) 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; 2P.164/2002 du 27 novembre 2002; 2P.322/2001 du 11 septembre 2002; ATAF 2007/13 consid. 3.1). Peut notamment être exclue l'offre du soumissionnaire faisa n t l'objet d'une procédure de faillite (art. 32 let. g RMP) ou celle qui n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours ou incomplètement remplie (art. 32 let. k RMP ) . Cela étant, 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, reproduit in: DC 2005 p. 175, consid. 2; 2P.161/2003 du 29 octobre 2003 ; ATAF 2007/13 consid. 3.2 et 3.3). Sous l'angle de l'art. 32 let. k RMP, 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, sous ce rapport, ATF 2P.47/2003 du 9 septembre 2003, reproduit in: DC 2003 p. 156, consid. 3.2, ainsi que les décisions rendues par la Commission fédérale de recours les 30 mai 2005 et 14 avril 2005, reproduites in: DC 2005 p. 176 et 180). En revanche, il est excessivement formaliste d'exclure une offre de la procédure, en raison de la violation d'une règle formelle, sans inviter le soumissionnaire à corriger un défaut véniel (ATAF 2007/13 consid. 3.3; cf. la décision de la Commission fédérale de recours, du 23 décembre 2005, reproduite in: JAAC 70.33, concernant le défaut de signature par une personne autorisée selon le Registre du commerce; arrêt GE.2006.0011 du 22 mai 2006, consid. 3, concernant le défaut de la production d'une attestation relative au paiement de la TVA; arrêt GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 7b, concernant la présentation d'attestations produites en allemand, langue du siège du soumissionnaire; arrêt GE.2006.0225 du 20 février 2007, concernant le défaut de présentation d'un «planning organisationnel», alors que la lettre d'accompagnement de l'offre contenait des indications minimales, mais suffisantes; cf. également ATF 2P.141/2002, reproduit in: DC 2005 p. 173). b) Contrairement à ce qu'exigeait le cahier des charges, l'offre de Y._____ ne contenait pas d'attestation émanant de l'Office des faillites et poursuites. Or, cette pièce était déterminante pour vérifier si le soumissionnaire faisait l'objet d'une procédure de faillite, auquel cas l'offre devait être exclue d'emblée selon l'art. 32 let. g RMP – ou non. Le pouvoir adjudicateur n'a pas invité Y._____ à remédier à ce défaut – comme il aurait pu le faire, selon la jurisprudence qui vient d'être rappelée. Or, la présentation de cette attestation était érigée en condition sine qua non par le cahier des charges; en effet celui-ci précise qu'entraîne l'exclusion de l'offre le non-respect d'une des conditions d'admission au marché (ch. 2.3.1 CdC), parmi lesquelles figure l'extrait du registre des faillites (ch. 2.3.2.1). Le vice entachant l'offre de Y._____ était certes remédiable; mais l'adjudicateur, pour une raison incompréhensible, a estimé qu'il pouvait se passer de cette pièce, qu'il avait pourtant lui-même qualifié d'indispensable; en outre, son défaut à l'audience a empêché l'adjudicataire de compléter son offre in extremis. La ligne de conduite suivie par le pouvoir adjudicateur n'est pas compatible avec l'art. 32 g et k RMP, ainsi qu'avec le cahier des charges. Le recours doit être admis sur ce point, et l'offre de Y._____ exclue du marché.

**E. 5**

La recourante conteste l'évaluation de son offre, relativement aux critères n°2 et 3. Il est à noter que le tableau récapitulatif des notes attribuées inverse l'ordre des critères n°3 et 4 par rapport à ce qui est mentionné dans l'appel d'offres. Cette inadvertance ne porte pas à

conséquence, puisque la pondération de ces deux critères est la même, soit 10%. a) L'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure (arrêts GE.2007.0246 du 13 mars 2008, consid. 3a; GE.2006.0151 du 18 janvier 2007, consid. 2b/aa; GE.2006.0084, précité, consid. 5; GE.2004.0190 du 13 juin 2006, et les arrêts cités). S'il contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 125 II 86 consid.

**E. 6**

Le recours doit ainsi être admis et la décision attaquée réformée en ce sens que les travaux litigieux sont attribués à la recourante. Compte tenu du fait que les autorités intimées ont conclu au rejet du recours, les frais seront mis à leur charge, ainsi que des dépens en faveur de la recourante. Il n'y a pas lieu de mettre des dépens à la charge de Y._____, qui s'est tenue à l'écart de la procédure (art. 49, 52 et 55 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD, RSV 173.36).

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