

VD_OMNI MPU.2009.0011 vom 6. Oktober 2009

VD Tribunal cantonal, 2009-10-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2009.0011

FR: VD_OMNI MPU.2009.0011 du 6 octobre 2009

IT: VD_OMNI MPU.2009.0011 del 6 ottobre 2009

Regeste

X. _____ SA/Municipalité de Chéserey, Association intercommunale Asse et Boiron, Y. _____ SA | L'adjudicateur a envisagé d'exclure les offres des soumissionnaires utilisant un produit spécial ("Vandex") pour réaliser des travaux d'étanchéité. L'adjudicateur y a renoncé, parce que cette indication ne figurait ni dans l'appel d'offres, ni dans le cahier des charges. Il suffit d'en prendre acte, sans examiner plus avant si une telle exigence serait admissible sous l'angle de l'égalité de traitement (consid. 7c/dd).

Erwägungen

E. 1

Nonobstant leur homonymie, le représentant de la recourante et le président de la Cour n'ont aucun lien de parenté commandant la récusation obligatoire selon l'art. 9 al. 1 let. d de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD, RSV 173.36).

E. 2

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. 3

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 fautive, 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. 3.2

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.2006.0226 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 réparable; 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. 4

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 (arrêt 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 Chésereux 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 Chésereux 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 Chésereux 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 Chésereux, 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 Chésereux, 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. 5

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 faisant l'objet d'une procédure de faillite (art. 32 let. g RMP) ou 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 2007713 consid.

E. 6

L'évaluation du critère du prix (n°1) n'a pas été remise en question par la recourante. N'étant pas liée par les conclusions des parties (art. 89 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 de la même loi), la Cour relève toutefois une difficulté dans l'application dans la méthode de notation retenue. Selon celle-ci, la moyenne des offres, à laquelle on ajoute un marge de 20%, représente le prix maximal, recevant la note zéro, au-delà duquel les offres sont éliminées. La même moyenne, à laquelle on retranche la marge de 20%, représente le prix minimal, recevant la note 5, en-deçà duquel la crédibilité de l'offre doit être vérifiée (ch. 2.7.2 CdC). La répartition entre les notes 0 et 5 se fait de manière linéaire. Le tableau d'évaluation des offres montre que le pouvoir adjudicateur a établi, dans un premier temps, la moyenne des offres au moment de leur ouverture; ce montant moyen est de 119'520,28 fr. Au regard de celui-ci, le pouvoir adjudicateur a éliminé l'offre de la société F. _____ S.A., dont le montant (194'177,20 fr.) dépassait le prix maximal. Le tableau indique ensuite qu'une nouvelle moyenne (dite «écrêtée») a été calculée, ne tenant pas compte de l'offre préalablement éliminée. Le montant moyen est ainsi de 108'855 fr. La logique commanderait que le prix soit évalué sur cette base, afin d'éviter que les montants contenus dans des offres éliminées influent sur la moyenne déterminante pour la notation. Or, tel n'a pas été le cas en l'occurrence. Comme les représentants du pouvoir adjudicateur l'ont confirmé lors de l'audience du 28 septembre 2009, c'est la moyenne des offres à l'ouverture qui a été prise en compte, et non point celle «écrêtée». Cette solution est contestable, notamment parce qu'elle a pour effet d'inclure dans le calcul de la moyenne le montant, par ailleurs considéré comme surfait, proposé par F. _____ S.A., élevant ainsi, de manière artificielle, le prix moyen de l'ensemble des offres. Ce mode de faire ne porte toutefois pas à conséquence en l'espèce, car l'offre de la recourante, inférieure à celle de l'adjudicataire, est mieux notée, quelle que soit la moyenne retenue.

E. 7

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 n'a pas de conséquences, 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. 6 p. 98/99; arrêts GE.2007.0246, précité; GE.2007.0077 du 8 octobre 2007, consid. 1b; GE.2006.0226, précité, consid. 1b, et les arrêts cités), le Tribunal s'impose une certaine retenue dans l'évaluation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication; il laisse à l'adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques (arrêts GE.2007.0246, précité; GE.2006.0151, précité, consid. 2b/aa; GE.2006.0084, précité, consid. 5). Le pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire; c'est seulement s'il est confronté à un abus ou à un excès de ce pouvoir d'appréciation, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le Tribunal intervient. Pour le surplus, 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 déterminants doivent être posés, puis appliqués en fonction des spécificités du marché à attribuer (arrêts GE.2007.0246, précité, consid. 3a; GE.2007.0077, précité, consid. 1b; GE.2006.0151, précité, consid. 2b/aa; GE.2006.0084, précité, et les arrêts cités). b) S'agissant du critère n°2, l'adjudicateur a prévu, selon la grille d'évaluation, de donner un point par «référence en relation avec la nature du mandat», sur une échelle allant de 1 à 5. L'adjudicateur a attribué la note de 4 (soit 80 points) à la recourante et la note de 5 à l'adjudicataire (soit 100 points). Pour la période allant de 1989 à 2008, Y. _____ a fait état de 26 références relatives à des travaux d'étanchéité en relation avec la construction de piscines, pour des montants oscillant entre 5'000 fr. et 180'000 fr. S'agissant des piscines publiques et pour le dix dernières années, Y. _____ a effectué des travaux à Renens (pour 19'000 fr.), à Lausanne (pour 16'000 fr.), à Payerne (pour 12'000 fr.), à Nyon (pour 40'000 fr.) et à Yverdon-les-Bains (pour 140'000 fr.). Cette dernière référence est particulièrement intéressante, parce que, récente, elle concerne une piscine couverte et des travaux d'ampleur comparable à ceux qui font l'objet du marché. Pour la période allant de 1990 à 2008, la recourante a fourni 61 références concernant des piscines, privées et publique, sans toutefois indiquer le montant des travaux accomplis. S'agissant de piscines publique et au cours des dix dernières années, la recourante a effectué des travaux à Lausanne (trois fois), aux Diablerets, à Vevey, dans le Val-de-Travers, et à Chexbres. Même si l'offre de la recourante paraît plus complète, son évaluation est entravée par le défaut d'indications relatives aux prix, pourtant demandées. Dans ces conditions, l'appréciation de l'adjudicateur est soutenable. c) Pour le critère n°3, relatif à l'organisation de l'entreprise, les soumissionnaires devaient fournir un organigramme et les documents désignant l'entreprise pilote, décrivant les prestations de chaque entreprise, membre de l'association ou du consortium, ainsi les sous-traitants, avec l'indication de la part respective des travaux; il était également requis à ce titre d'indiquer les responsables des travaux et interlocuteurs du maître de l'ouvrage et des mandataires, ainsi que la qualification du personnel d'encadrement (ch. 2.5.4.3 CdC). La grille d'évaluation prévoyait de répartir ce critère en deux volets, le premier consacré à l'organisation opérationnelle (pour un tiers de la note pondérée) et le deuxième au personnel (pour deux tiers de la note pondérée), concernant le chef de projet et le responsable de la direction des travaux, ainsi que leurs remplaçants (soit quatre références). Pour le premier volet, l'adjudicateur a prévu d'attribuer zéro point si aucune organisation opérationnelle n'était indiquée, un point s'il y avait une organisation pour le projet ou les travaux, trois points si l'organisation portait sur le projet et les travaux, et cinq points pour l'offre mentionnant une organisation complète pour toutes les étapes du mandat. Pour le deuxième volet, chaque référence justifiée valait un point. aa) Lorsque l'adjudicateur détermine des sous-critères auxquels il attache une importance particulière, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective (ATF 130 I 241 consid. 5.1 p. 248; 125 II 86 consid. 7c p. 101/102; arrêts GE.2007.0218 du 6 mars 2008, consid. 3a; GE.2007.0077, précité, consid. 3a; GE.2006.0084, précité, consid. 5, et les arrêts cités). Il n'est fait exception à l'obligation de communiquer préalablement les sous-critères et leur pondération que lorsque ceux-ci servent uniquement à concrétiser le critère principal; est réservé toutefois le cas où l'adjudicateur accorde une telle importance au sous-critère qu'il équivaut à un critère publié. Savoir si l'on se trouve en présence d'un sous-critère dont la publication est nécessaire ou non dépend d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas, soit

notamment les documents d'appel d'offres, le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 consid. 5.1 p. 248/249; 2P.111/2003 du 21 janvier 2004, consid. 2.1, reproduit in: DC 2005 p. 172 (S37), avec une note de Denis Esseiva; arrêts GE.2007.0218, précité, consid. 3a; GE.2003.0117 du 20 avril 2004 consid. 1a/bb, reproduit in: RDAF 2004 p. 292ss). En l'occurrence, les documents requis pour l'appréciation du critère n°3 étaient relativement nombreux et portaient sur divers aspects de l'organisation des soumissionnaires (ch. 2.5.4.3 CdC). Pour faciliter sa tâche et clarifier l'évaluation des offres sous cet aspect, l'adjudicateur pouvait répartir les éléments de l'appréciation à faire en deux volets. Il s'agissait là tout au plus d'un simple ordonnancement des documents à présenter. Accorder plus de poids, dans la notation de l'offre, aux aspects touchant le personnel et sa qualification, par rapport à l'organisation opérationnelle proprement dite, se justifiait également par la part plus importante de renseignements attendus par l'adjudicateur, comme cela se reflète dans la liste des documents à produire (ch. 2.5.4.3 CdC). En distinguant deux volets du critère n°3, l'adjudicateur n'a pas modifié la portée et le sens de celui-ci, ni rien demandé de plus aux soumissionnaires que ce que ceux-ci savaient devoir fournir, au regard de l'appel d'offres et du cahier des charges. De même, la pondération différenciée des deux volets du critère n°3 n'a eu aucune influence sur la liberté des soumissionnaires, tenus de fournir des informations aussi bien sur leur organisation opérationnelle que leur personnel. A supposer que les deux volets de répartition de la notation doivent être considérés comme des sous-critères, ceux-ci sont inhérents au critère n°3, au sens de la jurisprudence qui vient d'être rappelée. L'adjudicateur n'a ainsi pas violé le principe de transparence en distinguant, dans la grille d'évaluation des offres, entre deux volets de ce critère. cc) Y. _____ a fourni une présentation de l'entreprise, indiquant l'effectif du personnel et sa fonction, un organigramme, une copie des certificats ISO 14001 (2004) et 9001 (2000), ainsi que l'équipe de chantier. La recourante a indiqué la composition de l'équipe de chantier; elle a mentionné que l'organisation de l'entreprise serait présentée dans une annexe à l'offre, laquelle n'a cependant pas été reçue par l'adjudicateur, sans qu'il soit possible d'imputer ce fait au soumissionnaire ou à l'adjudicateur. On peut s'étonner toutefois que celui-ci, constatant qu'une annexe citée dans l'offre n'était pas jointe à celle-ci, n'ait pas invité le soumissionnaire à produire à nouveau cette pièce. L'adjudicateur a accordé à Y. _____ trois points pour le premier volet et cinq pour le deuxième; compte tenu de la répartition de la pondération des deux volets, Y. _____ a obtenu 4,33 points; la note finale pour le critère n°3 est de 43,33. A la recourante, l'adjudicateur a attribué trois points pour le premier volet et zéro pour le deuxième, faute d'indications relatives au personnel; compte tenu de la répartition de la pondération des deux volets, la recourante a obtenu un point; la note finale pour le critère n°3 est de 10. Sur le vu des documents fournis, et malgré que la recourante n'ait pas été invitée à communiquer à nouveau une pièce annoncée dans son offre, l'appréciation de l'adjudicateur relativement à ce critère ne prête pas le flanc à la critique. dd) Lors de l'audience du 28 septembre 2009, les représentants du pouvoir adjudicateur ont fait remarquer que l'offre de la recourante se référait à un produit dénommé «Vandex». Or, il avait été décidé de ne pas attribuer le marché à une entreprise utilisant ce produit, conformément à une position arrêtée par le groupe d'évaluation. Toutefois, eu égard au fait que l'appel d'offres et le cahier des charges ne précisaient pas ce point, le pouvoir adjudicateur a renoncé à le faire valoir. Il suffit pour le Tribunal d'en prendre acte, sans examiner plus avant si un tel critère, retenu comme éliminatoire, est admissible. d) En conclusion, l'offre de Y. _____ devait être exclue. Cela conduit à l'attribution du

marché à la recourante, classée au deuxième rang des soumissionnaires selon le tableau d'évaluation des offres.

E. 8

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 LPA-VD).

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