

VD_OMNI MPU.2009.0013 vom 7. Mai 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-05-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2009.0013

FR: VD_OMNI MPU.2009.0013 du 7 mai 2010

IT: VD_OMNI MPU.2009.0013 del 7 maggio 2010

Regeste

X. _____ SA c/HOSPICES CANTONNAUX, Y. _____ AG | Marché adjugé à une entreprise dont l'offre est de 282'000 francs (en chiffre rond), alors que le devis de la recourante et unique autre soumissionnaire était de presque 944'000 francs (en chiffre rond). Le pouvoir adjudicateur n'avait aucune raison d'exclure l'offre, dès lors que, après avoir recueilli les explications de l'adjudicataire, celle-ci était en mesure d'exécuter le marché. D'une part, certaines prestations étaient plus économiques dès lors que l'adjudicataire pouvait utiliser certains outils, notamment informatiques, qu'elle avait développés pour d'autres marchés. D'autre part, la recourante avait présenté une offre qui dépassait nettement les exigences du pouvoir adjudicateur. Peu importe à cet égard que la recourante fasse valoir que les objectifs fixés ne peuvent être atteints avec la configuration du marché telle que définie par l'autorité intimée. Rejet du recours.

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, du 7 juillet 2004 (RMP; RSV 726.01.1). b) Déposé dans les délais et forme prescrits (art. 10 LVMP), le recours est recevable. Soumissionnaire évincé, la recourante a qualité pour recourir. Il y a donc lieu d'entrer en matière. c) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du Tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. L'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, s'agissant notamment de l'évaluation des offres (arrêts MPU.2009.0009 du 7 octobre 2009, consid. 6a; GE.2007.0246 du 13 mars 2008, consid. 3a; GE.2006.0151 du 18 janvier 2007, consid. 2b/aa, et les arrêts cités). Ce pouvoir 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. En revanche, 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 MPU.2009.0009 du 7 octobre 2009, consid. 6a; GE.2007.0246 du 13 mars 2008, consid. 3a; GE. 2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 1b, et les arrêts cités).

E. 2

a) Lors de l'audience du 27 novembre 2009, la recourante et l'adjudicateur ont informé le Tribunal de ce que l'appel d'offres avait été préparé par le Professeur L. _____, du Centre de traitement en alcoologie du CHUV, le rôle de MM. F. _____ et G. _____ se bornant à mettre en forme le projet préparé par le Professeur L. _____. Or, celui-ci avait rencontré, à sa demande, M. E. _____, à deux ou trois reprises avant l'ouverture de la

procédure d'appel d'offres. Au cours de ces entretiens informels, MM. L. _____ et E. _____ ont procédé à un échange de vues sur l'étude à faire, la façon de la conduire, et les moyens à mettre en œuvre. M. E. _____ aurait articulé un montant de un million de francs comme nécessaire pour réaliser l'étude de manière optimale. M. L. _____ aurait déclaré qu'un tel montant pouvait être envisagé. b) Ce mode de procéder prête le flanc à la critique. Même si l'on ne se trouve pas dans un cas de préimplication ou de récusation au sens étroit du terme (cf. sur ce point l'arrêt GE.2006.0076 du 21 septembre 2006), puisque le Professeur L. _____ n'a pas de liens directs avec l'un ou l'autre des soumissionnaires, et que le marché n'a pas été adjugé à la recourante, ni dans un cas de négociation de l'appel d'offres, il n'en demeure pas moins que les discussions préalables engagées entre MM. L. _____ et E. _____ ont créé une ambiguïté gênante – due, sans doute à la méconnaissance qu'ont les savants des principes et arcanes de la procédure d'adjudication. En effet, la recourante a pu ainsi objectivement apparaître comme le mentor de l'adjudicateur, voire comme un quasi-mandataire, pour la préparation de l'appel d'offres. Si le marché avait été adjugé à la recourante, cela aurait vraisemblablement entraîné l'annulation de la procédure. c) La recourante déduit des contacts préalables entre MM. L. _____ et E. _____ la preuve que le montant de son offre, proche de celui évoqué avant l'ouverture de la procédure, correspond aux besoins du marché. Cela étant, elle ne prétend pas avoir reçu à ce sujet l'assurance formelle que le marché serait configuré comme elle l'avait compris, pour un montant proche de celui qu'elle a proposé; la recourante ne saurait dès lors se prévaloir dans ce contexte du principe de la confiance découlant de la protection de la bonne foi (sur cette notion, cf. ATF 129 I 161 consid. 4.1 p. 170, 361 consid. 7.1 p. 381; 128 II 112 consid. 10b/aa p. 125/126, et les arrêts cités).

E. 3

La recourante fait principalement valoir que l'offre de l'adjudicataire, anormalement basse, aurait dû être exclue du marché. Il convient ainsi en premier lieu se demander si le pouvoir adjudicateur a respecté la règle prescrite à l'art. 36 RMP, dont la teneur est la suivante : « Si pour un marché donné, des offres paraissent anormalement basses par rapport à la prestation, l'adjudicateur, avant de pouvoir exclure ces offres, demande par écrit les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de l'offre. Ces précisions peuvent concerner notamment le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail définies à l'article 6. » a) Une offre peut être exclue, notamment, lorsqu'elle comporte des prix anormalement bas non justifiés selon l'article 36 RMP (art. 32 al. 1, 2^{ème} paragraphe, let. a RMP). L'art. 36 RMP (comme l'art. 37 aRMP dans le règlement précédent du 8 octobre 1997) pose en premier lieu une exigence de nature procédurale. En présence d'une offre qui apparaît comme anormalement basse, le pouvoir adjudicateur ne peut pas l'exclure d'emblée; il doit au contraire offrir au soumissionnaire l'occasion de présenter une justification de ses prix; ce n'est que dans la mesure où cette justification n'apparaît pas convaincante que l'offre en question peut être écartée du marché (v. sur ce point, ATF 130 I 241 consid. 7.3 p. 255 ; Robert Wolf, *Der Angebotspreis : Probleme und Lösungen*, in *Droit de la construction, Colloque marchés publics 04, Sonderheft 2004*, p. 12 et s, not. 13, références citées). Il s'agit, pour le pouvoir adjudicateur, d'obtenir des compléments d'informations de la part du soumissionnaire dont l'offre est suspecte (v. arrêt GE 2000.0092 du 26 octobre 2000). Cette règle se rattache également au droit d'être entendu, en ce sens qu'elle permet au candidat dont l'offre paraît anormalement basse d'expliquer les raisons pour lesquelles il a formulé un prix donné ; celles-ci peuvent être dues aussi bien à des méthodes de fabrication particulièrement économiques, à des

conditions inhabituellement favorables, dont le soumissionnaire peut profiter, ou à l'originalité de la prestation proposée (cf. Wolf, *ibid.*). Elle exclut ainsi un régime dans lequel l'élimination de certaines offres (par exemple celles dont le prix serait inférieur de 30% à la moyenne des autres) serait automatique. En revanche, il paraît admissible de fixer un seuil de ce type (pour reprendre l'exemple cité ci-dessus : celui d'une offre inférieure de 30% à la moyenne des autres) déclenchant l'obligation du pouvoir adjudicateur de demander des explications au soumissionnaire, afin qu'il justifie son prix (cf. arrêt GE.2001.0072 du 12 octobre 2001, nombreuses références citées), cela quand bien même le droit vaudois ne connaît pas un régime de ce type. Le prix anormalement bas se mesure par rapport au niveau moyen des prix, considéré comme prix normal ; un écart important par rapport à cette norme constitue l'indice d'un prix anormalement bas. Il s'agit là toutefois d'une simple présomption, réfragable; l'auteur de l'offre peut la renverser, en démontrant qu'elle repose sur des procédés innovateurs et avantageux, ou sur une organisation particulièrement efficace de la réalisation du projet (arrêts GE.2002.0047, précité, consid. 3d/cc, GE.2001.0072, consid. 3c/bb). Le pouvoir adjudicateur ne dispose à cet égard d'aucune latitude de jugement; en présence d'indices d'une offre anormalement basse, il a l'obligation de recueillir par écrit du soumissionnaire des justifications du prix formulé (voir, dans le même sens, Maurice-André Flamme et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6e éd. Bruxelles 1996-1997, p. 1008 et ss). L'art. 36 RMP concède en revanche au pouvoir adjudicataire une certaine liberté quant à l'ampleur des explications qu'il est tenu d'exiger du soumissionnaire dont l'offre paraît anormalement basse. On ne saurait toutefois exiger d'un soumissionnaire qu'il démontre que l'offre de son concurrent adjudicataire est anormalement basse ; le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il dispose d'indices suffisants de l'existence d'une telle offre, est au contraire tenu d'engager cette procédure (v. arrêts GE.2006.0076 du 21 septembre 2006 ; GE.2005.0053 du 28 août 2005).

b) Sur le plan matériel, la règle prescrite à l'art. 32 al. 1, 2^{ème} paragraphe, let. a RMP doit être comprise en ce sens que chaque soumissionnaire doit être en mesure de remplir les conditions de participation et de satisfaire aux modalités du marché, en d'autres termes qu'il lui est normalement possible d'exécuter le travail selon les règles de l'art. Sous l'empire de l'art. 33 let. 1 aRMP, la règle parlait d'une exécution normale des travaux ; elle n'excluait cependant pas la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de mettre à profit des avancées technologiques (v. sur ce point, Wolf, *op. cit.*, p. 13). Il peut en aller de même dans l'hypothèse où le soumissionnaire établit qu'il a retenu une organisation particulièrement performante pour la réalisation du projet. En revanche, conformément au but poursuivi par cette règle, on ne peut parler d'exécution du marché dans des conditions normales lorsque le soumissionnaire présente une offre qui impliquerait pour lui de travailler à perte (v. arrêt GE.2001.0072, déjà cité). Cette règle ne saurait toutefois dispenser le pouvoir adjudicateur de s'assurer, en présence d'une offre anormalement basse, qu'il est possible au moins disant d'exécuter le travail selon les règles de l'art (*ibid.*). Cette exigence sera réputée non remplie lorsque la prestation est proposée en dessous du prix de revient ou lorsque la somme de toutes les positions ne permet pas d'espérer un gain approprié ou ne permet de s'y attendre que si le travail n'est pas exécuté correctement (v. Nicolas Michel, *Droit public de la construction*, Fribourg 1996, p. 391 n° 1952 et p. 392 n° 1959).

c) L'examen de la sous-enchère se fait en deux temps. En premier lieu, il convient de vérifier si la règle de procédure de l'art. 36 RMP a été respectée, en d'autres termes, si la marge d'appréciation conférée par cette disposition a été utilisée de manière correcte par l'autorité. Ensuite, il y a lieu d'examiner si les règles de fond consacrées par l'art. 32 RMP ont été violées (v. arrêts

GE.2005.0161 du 9 février 2006 ; GE.2005.0053 et GE.2000.0092, déjà cités). La démarche du pouvoir adjudicateur consistant à vérifier lui-même la crédibilité de l'offre a été jugée insuffisante (v. arrêt GE.2005.0053, déjà cité), voire contraire au texte de loi (v. arrêt GE.2006.0076, déjà cité). d) En l'espèce, au moment de l'ouverture des offres, l'autorité intimée a pu constater une très importante différence entre les deux propositions, s'agissant du prix. Elle a demandé à l'adjudicataire des précisions quant à la justification du prix offert et des explications. Cette dernière a alors produit un tableau plus détaillé des coûts. Formellement, la procédure est ainsi exempte de tout reproche. e) Sur le fond, l'examen des offres sous l'angle de la sous-enchère est entravé par la présentation particulière du marché, telle qu'elle ressort de l'appel d'offres et du cahier de charges techniques. Ce document se borne à une esquisse des diverses étapes de l'enquête envisagée, sans indication précise et détaillée des prestations attendues des soumissionnaires. Il est frappant que le cahier des charges n'est pas complété par une liste de prix, détaillant chaque opération à effectuer, avec la mention du nombre des opérations et de leur coût unitaire. En présentant le marché de la sorte, l'adjudicateur a pris le risque – qui s'est réalisé – de se voir confronté à des offres très disparates dans leur présentation, leur conception et leur portée, ce qui complique considérablement leur comparaison. f) De fait, et ainsi qu'elle l'a en particulier exposé à l'audience, la recourante soutient que l'offre de l'adjudicataire ne permet pas d'atteindre les objectifs élevés fixés par l'autorité intimée, en particulier s'agissant du taux de suivi escompté. X. _____ soutient qu'un tel taux global, décomposé en 95% pour la phase « baseline », suivi d'une perte maximale de 2,5% durant la période « panel care », puis enfin un taux de 90% de retour en phase « follow up » ne peut être atteint qu'avec une procédure particulièrement soignée, et qu'il constitue un objectif extrêmement ambitieux nécessitant une organisation et un suivi de première qualité. La recourante a produit, à l'appui de cette thèse, différentes publications scientifiques. g) C'est le lieu de rappeler qu'il appartient à l'adjudicateur de configurer le marché mis en soumission comme il l'entend et en fonction de ses besoins (arrêt GE.2007.0077 du 8 octobre 2007; Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 100). Selon l'autorité intimée, la configuration de l'étude telle qu'elle l'a fixée dans le cahier des charges technique, soit en particulier le suivi des personnes soumises à l'étude ainsi que la mise en place d'un « tracking team » permet déjà, à elle seule, d'atteindre les objectifs fixés. Elle a précisé attendre de son adjudicataire la mise à disposition de moyens techniques de suivi (enquêteurs, base de données notamment), mais non d'un soutien plus étendu. Or, une part importante de la différence de coût entre les deux offres provient de deux postes qui figurent dans la proposition de la recourante, soit la direction de l'étude (pour 157'410 fr.) et les coûts variables (223'309 fr.) qui recouvrent différentes mesures (courrier de rappels, par exemple) que la recourante estime nécessaire pour parvenir au suivi souhaité par l'autorité intimée. Ces deux postes ne figurent simplement pas dans l'offre de l'adjudicataire. Force est de constater que ces prestations n'étaient pas formellement demandées par l'autorité intimée. De manière générale, la différence considérable entre les montants proposés par la recourante et l'adjudicataire s'explique par le fait que celle-ci s'en est simplement tenue aux exigences du marché, en offrant des prestations minimales, laissant le solde des opérations (notamment une bonne part de l'intendance) au CHUV, alors que la recourante a proposé toute une série de prestations complémentaires, mais indispensables à ses yeux pour la réussite de l'étude, dans le sens d'une externalisation maximale. Cela s'illustre particulièrement pour le poste consacré à la direction de l'étude (10.3), pour laquelle la

recourante compte 954 heures de travail, l'adjudicataire 80. De même, pour ce qui concerne les coûts variables (poste 10.4), la recourante a prévu un taux de relance des personnes interrogées beaucoup plus élevé, ce qui implique des frais supplémentaires importants, y compris pour ce qui concerne l'affranchissement du courrier. La recourante part du principe qu'il lui incombait d'interpréter l'offre dans le sens de garantir au maximum la fiabilité des données recueillies. De même, le poste « informatique », qui représente 176'000 fr. dans l'offre de la recourante, n'existe pas dans l'offre de sa concurrente. La recourante a proposé de créer une nouvelle base de données, permettant de renforcer le suivi des réponses au questionnaire, indispensable selon elle pour assurer de manière optimale la fiabilité des données enregistrées auprès de 3'500 participants. L'adjudicataire s'est bornée à adapter une banque de données préexistante, mesure que l'adjudicateur estime suffisante. Compte tenu de la liberté de l'adjudicateur de configurer le marché à sa guise, le Tribunal n'a pas de raison d'intervenir. En conclusion sur ce point, le Tribunal retient que l'offre de l'adjudicataire n'est pas anormalement basse en raison d'une sous-enchère, ou d'une prestation qui ne répondrait pas aux règles de l'art; il s'agit plutôt d'une offre qui satisfait de manière minimale, mais suffisante, aux exigences de l'adjudicateur. Pour celui-ci, la recourante offre des prestations qu'il ne souhaite pas recevoir. Peu importe, à cet égard, que la recourante soit convaincue que le marché tel que soumis et adjugé sera voué à l'échec, s'agissant en particulier du taux de suivi. Il appartient à l'adjudicateur de déterminer ce qui lui est nécessaire pour atteindre les objectifs du marché. Au surplus, la recourante n'a pas fait valoir – et cela ne ressort pas du dossier – que le marché ne répondait pas aux exigences de transparence qui exige en substance que le pouvoir adjudicateur indique aux soumissionnaires potentiels tous les éléments leur permettant de déposer une offre en connaissance de cause. h) La recourante a également fait valoir que le budget initialement prévu pour le marché en cause était largement supérieur au prix demandé par l'adjudicataire. Elle y voit l'indice supplémentaire d'une offre anormalement basse. Or, non seulement l'existence d'un tel budget prévisionnel n'a pu être prouvée de manière indiscutable (les chiffres de 600'000 et 1 million de fr. ont été articulés), mais cette circonstance ne saurait, à elle seule, établir que l'offre litigieuse serait anormalement basse et justifier son exclusion. i) Si la recourante éprouvait des doutes quant à l'ampleur ou à la configuration, elle avait la faculté d'interpeller l'adjudicateur sur ce point, en lui demandant de préciser et clarifier ses demandes. De même, si la recourant estimait que, tel que configuré, le marché ne pouvait atteindre son but, sous l'angle de la fiabilité des données recueillies, elle était libre de proposer une variante, complétant une offre de base conforme à l'appel d'offres. La recourante n'a fait ni l'un, ni l'autre. C'est dès lors à juste titre que l'autorité intimée a retenu l'offre de l'adjudicataire.

E. 4

Si la recourante ne critique pas la note attribuée en relation avec le critère du coût, elle conteste l'évaluation de offre, s'agissant des critères relatifs aux références (8) et à la pérennité (7), pour lesquels elle revendique les notes de 10 et respectivement

E. 9

a) 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 applicables doivent être posés, puis appliqués en fonction des spécificités du marché à attribuer (cf. arrêts GE.2000.0039 et GE.1999.0135 précités). Cependant, le pouvoir adjudicateur doit faire en sorte que les notes retenues soient fondées sur des critères

objectifs, partant susceptibles d'être explicités; en d'autres termes, la notation doit être "traçable" (v. sur ce point les exigences de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, in JAAC 64.63 et 30, que le Tribunal administratif a reprises à son compte notamment dans l'arrêt GE.2002.0009 du 4 juillet 2002). En l'absence d'un cadre de référence, les notes arrêtées individuellement par des experts sont de nature à refléter uniquement leur appréciation subjective et, par voie de conséquence, elles ne pourront guère être expliquées aux soumissionnaires évincés. Ainsi, à défaut de découler du principe de transparence, la fixation d'un barème est néanmoins une conséquence du principe de l'égalité de traitement et de l'obligation de motivation des décisions en matière de marchés publics (v. arrêts GE.2003.0106 précité ; GE.2002.0105 du 11 janvier 2003, réf. citées). b) La recourante se contente de dire, dans son acte de recours, que les notes ont été données de manière arbitraire, dès lors qu'elle aurait effectué significativement plus d'enquêtes que sa concurrente (critère « référence ») et qu'elle ne saurait avoir une note inférieure à l'adjudicataire s'agissant de la pérennité du seul fait qu'elle existe depuis 1981 alors que sa rivale a été fondée en 1959. La recourante ne démontre en revanche pas en quoi le fait de donner une note supérieure s'agissant de la pérennité du fait de l'ancienneté, de la taille et des nombreux certificats de qualités dont peut se prévaloir l'adjudicataire serait arbitraire. De la même manière, s'agissant du critère « référence », force est de constater que les éléments apportés par chacune des parties sont sensiblement semblables. Au demeurant, quand bien même la recourante devait obtenir gain de cause sur ce grief, son total ne serait augmenté que de 60 points compte tenu des coefficients afférents à chaque critère. Or, la note relative au coût ayant été confirmée, le total de la recourante ascenderait à 693.2 points, soit un total largement inférieur à celui de l'adjudicataire (740 points), de tel sorte que l'admission du grief serait sans incidence sur le sort du recours. 5. Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. La recourante, qui succombe, supportera les frais de justice. Elle devra par ailleurs des dépens à l'adjudicataire, qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel.

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