

VD_OMNI MPU.2009.0017 vom 16. März 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-03-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2009.0017

FR: VD_OMNI MPU.2009.0017 du 16 mars 2010

IT: VD_OMNI MPU.2009.0017 del 16 marzo 2010

Regeste

X. _____ SA c/Municipalité de Nyon | Offre de la recourante exclue, au motif qu'elle serait anormalement basse (en raison du nombre d'heures retenu pour exécuter le marché sensiblement inférieur à la moyenne des soumissionnaires). L'autorité intimée a violé la règle de procédure de l'art. 36 RLMP-VD, en ne donnant pas à la recourante la possibilité de se justifier sur tous les griefs formulés. En outre, les explications données par l'intimée pour justifier l'exclusion de l'offre de la recourante sont insuffisantes. Elles ne permettent pas de considérer que la recourante serait dans l'impossibilité d'exécuter ses prestations selon les règles de l'art. Recours admis et décision annulée.

Erwägungen

E. 1

Déposé dans les délai et forme prescrits (art. 10 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics [LMP-VD; RSV 726.01]), le recours est recevable.

E. 2

Le litige porte sur le bien-fondé de la décision d'exclure l'offre de la recourante de la procédure.

E. 3

a) Aux termes de l'art. 32 2^{ème} paragraphe let. b RLMP-VD, une offre peut être exclue lorsqu'elle comporte des prix anormalement bas non justifiés selon l'art. 36 RLMP-VD. Cette dernière disposition précise que 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 porter notamment sur le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail définies à l'art. 6. b) L'art. 36 RLMP-VD (comme l'art. 37 du règlement d'application 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 justifier 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 s., not. 13 et les références citées). Cette disposition se distingue par le fait qu'il s'agit d'une règle de procédure permettant au 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 (v. 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) pour déclencher l'obligation du pouvoir adjudicateur de demander des explications au soumissionnaire, afin qu'il justifie son prix (v. arrêt GE.2001.0072 du 12 octobre 2001, ainsi que les 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.2007.0189 du 28 janvier 2008 consid. 4a; GE.2006.0076 du 21 septembre 2006 consid. 2a/bb; GE.2002.0047 précité consid. 3d/cc; GE.2001.0072 précité consid. 3c/bb). c) Sur le plan matériel, la règle prescrite à l'art. 32 2^{ème} paragraphe let. b RLMP-VD 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. l du règlement d'application du 8 octobre 1997, 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 précité). 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). d) En définitive, l'examen de la sous-enchère doit, en droit vaudois, se faire en deux temps. En premier lieu, il convient de vérifier si la règle de procédure de l'art. 36 RLMP-VD a été respectée. Ensuite, il y a lieu d'examiner si les règles de fond consacrées par l'art. 32 RLMP-VD ont été violées (v. arrêt GE.2007.0189 précité consid. 4c, ainsi que les références citées; en particulier: GE.2006.0076 précité; GE.2005.0053 du 28 août 2005).

E. 4

En l'espèce, l'autorité intimée a constaté à l'ouverture des offres que celle de la recourante (qui se monte à 359'000 fr.) est inférieure de plus de 25% à la moyenne des soumissionnaires. Après une vérification détaillée des offres, il est apparu que l'écart provenait non pas du tarif horaire pratiqué par la recourante (qui est légèrement supérieur à la moyenne), mais du nombre d'heures retenu pour exécuter le marché (2'986 heures),

sensiblement inférieur à la moyenne des soumissionnaires (4'195 heures). La différence porte essentiellement sur les postes "projet définitif" (214 heures pour une moyenne de 652 heures) et "réalisation des travaux" (1'926 heures pour une moyenne de 2'686 heures) du cahier des charges. L'autorité intimée a entendu les représentants de la recourante le 24 septembre 2009. Elle leur a demandé des éclaircissements sur les heures prévues pour la "réalisation des travaux", à savoir le rendement journalier pour l'excavation, le mode d'intervention et la question de la gestion des eaux de ruissellement (voir procès-verbal de la séance du 24 septembre 2009: pièce 15 de l'intimée). Elle ne les a en revanche pas invités à s'expliquer sur le temps compté pour l'établissement du "projet définitif". Elle a pourtant retenu dans la décision attaquée que les heures prévues pour ce poste du cahier des charges étaient "sous-évaluées par rapport aux heures nécessaires inhérentes au processus itératif de la plupart des documents à fournir (affinement des conceptions, approbations par le mandant et les services concernés, etc.)". Elle a précisé dans sa réponse (p. 9) qu'elle reprochait en particulier à la recourante d'avoir insuffisamment tenu compte de la protection du captage d'3._____. En ne donnant pas à la recourante la possibilité de se justifier sur ces points, l'autorité intimée a violé la règle de procédure de l'art. 36 RLMP-VD. Pour ce motif déjà, la décision attaquée doit être annulée.

E. 5

a) En dépit des explications données par la recourante lors de la séance du 24 septembre 2009 et dans sa lettre du 7 octobre 2009, l'autorité intimée a considéré que les heures de travail prévues pour les prestations décrites dans le cahier des charges étaient insuffisantes et que les hypothèses de travail, soit le rythme d'excavation sélective et l'intensité du contrôle prévu, n'étaient pas compatibles avec les exigences de tri, de traitement et de conditionnement des matériaux excavés. De plus, elle a retenu que les cadences étaient irréalistes par rapport aux contraintes liées à l'exiguïté du site et du trafic sur les voies de communication. La recourante conteste cette appréciation. Elle affirme qu'elle respectera le nombre d'heures indiqué dans son offre. Elle précise que, dans le cadre du chantier 1*****, à Lausanne, qui posait également des problèmes d'accès, elle a tenu les cadences proposées et qu'elle a même fait mieux. Elle relève au demeurant que lors de l'entretien du 24 septembre 2009 les parties ont convenu d'un forfait en fonction des m3 de terre à évacuer fixés par le maître d'ouvrage et indépendant des heures à réaliser; l'argument de l'autorité intimée fondé sur le temps consacré serait dès lors irrelevant. Sur ce dernier point, l'intimée objecte qu'elle n'a pas demandé d'offre forfaitaire; cette solution n'est d'ailleurs pas évoquée dans les documents de soumission. La référence au chantier 1***** serait au surplus mal venue: c'est un autre bureau d'ingénieur qui était chargé de la direction du projet; le coût final de l'opération s'est élevé à plus de quatre fois le montant budgété; les cadences élevées du chantier s'expliquent en particulier par une grande surface de stockage intermédiaire (qui manque précisément dans le chantier de 1._____). A l'appui de ses dernières déterminations, l'intimée a produit notamment un article de presse du 16 décembre 2009, qui évoque un rythme d'extraction de 300 m3 par jour à 2*****.

b) La recourante dispose incontestablement d'une certaine expérience en matière de travaux d'assainissement, comme le montrent ses références figurant sous annexe Q8 de son offre. Elle s'est ainsi occupée de la dépollution des sols des anciens ateliers de 3*****, à Genève, en 2003, de la conception et de la réalisation des travaux de réhabilitation d'une ancienne usine à gaz, à 3._____, en France, en 2008-2009, ainsi que de l'excavation et du tri de 10'000 m3 de terres polluées dans le cadre de l'assainissement d'un site contaminé, à 4._____, en 2008. Un bureau même expérimenté aurait pu sous-évaluer les heures

nécessaires à la réalisation du mandat en cause, faute d'avoir pris la juste mesure des particularités du chantier, des contraintes que celles-ci impliquent et des difficultés qui en résultent. A lire l'intimée, c'est précisément le reproche qui peut être adressé à la recourante. Les commentaires figurant sous annexe R14A (question 4) de l'offre contestée ne permettent cependant pas d'étayer ce grief: "[...] Pour garantir la qualité des travaux, un plan assurance qualité (PAQ) sera établi et sera appliqué en permanence sur le chantier. Cela impliquera la formation du personnel impliqué et son encadrement, ainsi qu'un contrôle et une communication permanente avec l'entreprise chargée des travaux. Le personnel chargé de la surveillance permanente du chantier sera donc formé au PAQ et effectuera les contrôles de base sur le chantier. Les personnes chargées de l'encadrement, qui possèdent une expérience de ce type de chantier, vérifieront périodiquement l'application du PAQ. Enfin, les séances de chantier hebdomadaires permettront de faire le point avec l'entreprise sur l'application du PAQ et de proposer, le cas échéant, des mesures correctrices. X. _____ s'engage à mettre à disposition du personnel qualifié (et non pas des personnes en formation, temporaires ou en stage). [...] La maîtrise des délais nécessitera une bonne définition des méthodes de travail et de son phasage, et de leurs implications en termes de rendement. Une bonne coordination entre l'entreprise et la direction des travaux sera nécessaire en cours de chantier pour anticiper les éventuels problèmes. Ici également, les séances de chantier serviront à faire le point sur l'avancement du chantier, à examiner les problèmes éventuels et proposer des mesures correctrices. Notre expérience dans ce type de travaux montre que le volume à excaver et tel que décrit dans les différents documents accompagnant l'appel d'offre peut être terrassé en 120 jours. Nous avons ainsi calculé 1080 heures de surveillance pour l'excavation pour un ingénieur, supervisé par la personne responsable du chantier qui a suivi les plus gros chantiers vaudois ces dernières années (1*****, 5._____). La présence de ces personnes dans le projet est un gage de réussite. Finalement, la mise en oeuvre d'une "zone de stockage intermédiaire" (ZSI) permettra de procéder à un échantillonnage complet et exhaustif des terrains excavés, ce qui permettra d'exclure le choix d'une mauvaise filière de traitement (voir schéma de principe page suivante). L'utilisation d'appareils de terrains (Niton, petroflag, pid, etc.) permettra un premier tri". c) Certes, l'écart entre le nombre d'heures retenu par la recourante et la moyenne des soumissionnaires est important (environ 25%). Mais les commentaires fournis à l'appui de l'offre montrent que leur auteur a pris en compte les particularités du marché. On ne peut dès lors pas exclure que l'expérience de la recourante dans le domaine lui permette de travailler de manière plus efficace et plus rapide. On note à cet égard que les cadences proposées sont inférieures à celles qui ont été réalisées dans le cadre du chantier 1*****, qui posait également des problèmes d'accès. En outre, on relève que dans la décision attaquée, l'autorité intimée n'a pas indiqué pour quels motifs elle n'a pas tenu pour plausibles les explications fournies par la recourante lors de la séance du 24 septembre 2009 et dans sa lettre du 7 octobre 2009. Ce n'est que dans sa réponse qu'elle argumente à ce sujet. Les explications données sont toutefois insuffisantes pour justifier l'exclusion de l'offre de la recourante. Elles ne permettent en effet pas de considérer que la recourante serait dans l'impossibilité d'exécuter ses prestations selon les règles de l'art. L'autorité intimée devait pourtant se montrer d'autant plus rigoureuse que l'offre de la recourante se trouvait juste en-dessous du seuil inférieur de 25 %. Il y a en effet une incohérence à annoncer un pourcentage (de 10 à 20 %) à partir duquel le nombre d'heures ou de jours proposé par le soumissionnaire reçoit une note dégressive, puis à exclure une offre à peine en dessous du seuil de 25 % par rapport à la moyenne. Pour ce motif

également, la décision attaquée doit être annulée. Les réserves suscitées par le choix des méthodes du soumissionnaire - ou l'organisation du suivi du chantier qu'il préconise - ne sont pas pour autant écartées: si elles ne justifient pas une exclusion à ce premier stade de la procédure d'évaluation, elles pourront être prises en compte au besoin dans l'appréciation de l'offre et justifier éventuellement une décote lors de la notation des autres critères que celui du prix. d) La recourante a conclu en outre à ce que le marché lui soit adjugé. A ce stade préliminaire de l'examen des offres, quand l'intimée n'a pas encore apprécié et noté les autres critères que le prix, cette conclusion – qui se révèle prématurée - ne peut qu'être rejetée.

E. 6

Les considérants qui précèdent conduisent à l'annulation de la décision attaquée, mais non à sa réforme, et donc à une admission partielle du recours. Obtenant gain de cause sur l'essentiel de ses conclusions, la recourante se verra rembourser son avance de frais et peut prétendre à l'allocation de dépens légèrement réduits. L'autorité intimée, supportera des frais de justice réduits. Elle devra par ailleurs des dépens (également réduits) à la recourante 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.