

VD_OMNI MPU.2010.0007 vom 28. Juni 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-06-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2010.0007

FR: VD_OMNI MPU.2010.0007 du 28 juin 2010

IT: VD_OMNI MPU.2010.0007 del 28 giugno 2010

Regeste

X. _____ SA c/Municipalité de Vevey, Y. _____ SA | Procédure sur invitation où cinq offres ont été demandées, trois remises dont une seule valable qui, par ailleurs, dépasse le niveau maximal des coûts évalués. Dans ces conditions, l'adjudicateur n'est pas tenu d'attribuer le marché au soumissionnaire qui a présenté l'offre valable. Il doit rester libre de le faire ou d'annuler la procédure et de la reprendre depuis le début (consid. 5).

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) Le Tribunal 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.20007.0218 du 6 mars 2008, consid. 2; GE.2007.0077 du 8 octobre 2007, consid. 1b; GE.2006.0226 du 20 février 2007, consid. 1b, et les arrêts cités).

E. 2

La recourante soutient que le marché est soumis à la procédure ouverte, comme l'indique l'appel d'offres du 28 août 2009. La recourante se méprend toutefois sur ce point: le marché litigieux (CFC 214) n'est pas visé par cet appel d'offres public, qui ne le mentionne pas, mais par l'invitation à soumissionner du 24 septembre 2009. Cela explique, au demeurant, que le délai de remise des offres ne soit pas le même dans l'un et l'autre cas. Lors de l'audience, la recourante a admis que le marché n'était pas visé par l'appel d'offres publié le 28 août 2009 dans la FAO.

E. 3

La recourante conteste que le marché litigieux puisse être adjugé selon la procédure sur invitation. a) L'art. 12 al. 1 AIMP distingue quatre types de procédures d'adjudication: la procédure ouverte (let. a), sélective (let. b), sur invitation (let. b bis) et de gré à gré (let. c). L'art.

E. 7

al. 1 LVMP contient les mêmes définitions. La procédure ouverte est celle où l'adjudicateur lance un appel d'offres public, chaque soumissionnaire pouvant présenter une offre. Dans la procédure sur invitation, l'adjudicateur invite des soumissionnaires à présenter une offre, dans un délai donné, sans publication, par communication directe (art. 11 al. 2 RMP). Les marchés publics soumis aux traités internationaux peuvent, au choix, être passés selon la procédure ouverte ou sélective, voire selon la procédure de gré à gré

(art. 12bis al. 1 AIMP; 7a al. 1 LVMP). Les marchés publics non soumis aux traités internationaux peuvent en outre être passés selon la procédure sur invitation ou la procédure de gré à gré, selon les seuils fixés dans l'Annexe 2 à l'AIMP (art. 12bis al. 1 AIMP; 7a al. 2 LVMP). Les seuils des marchés publics mentionnés aux Annexes 1a, 1b et 2 de l'AIMP, s'appliquent à la LVMP (art. 5 al. 1 LVMP). S'agissant de travaux de constructions soumissionnés par une commune et d'une valeur inférieure à 9'575'000 fr., le CFC 214 n'est pas soumis aux traités internationaux (cf. Annexe 1b à l'AIMP). Jusqu'à 500'000 fr., ce type de marché, relevant du gros œuvre, peut faire l'objet d'une procédure sur invitation (Annexe 2 à l'AIMP).

b) La loi ne dit pas comment se calcule le montant déterminant pour décider si le marché dépasse ou non le seuil fixé. A ce propos, compte tenu du but de la législation sur les marchés publics, qui tend notamment à favoriser la concurrence (cf. ATF 125 II 86 consid. 7c p. 100/101), l'adjudicateur ne peut écarter la voie d'une procédure par appel d'offres public que sur la base d'un calcul suffisamment sûr, la procédure sur invitation (ou de gré à gré) devant rester l'exception dans un régime visant à l'ouverture des marchés (arrêt GE.1999.0035 du 26 janvier 2000, consid. 2b/bb). L'adjudicateur doit dès lors procéder à une estimation prudente de la valeur du marché estimée, avant sa mise en soumission; il ne peut se fonder sur la valeur du marché telle qu'elle ressort de la décision d'adjudication (ATAF 2009/18 consid. 2.4, s'agissant de l'application de l'art. 6 al. 1 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics – LMP; RS 172.056.1; décision incidente du Tribunal administratif fédéral du 16 juillet 2009, relatée in: DC 2009 p. 174/175, S62).

c) Dans sa réponse au recours, du 31 mars 2010, l'adjudicateur indique que la prestation à fournir s'inscrivait dans une fourchette allant de 150'000 fr. à 250'000 fr. au maximum. Lors de l'audience du 4 juin 2010, le mandataire de l'adjudicateur a expliqué avoir fixé ces limites sur la base d'un devis estimatif, établi sur les prix courants dans le domaine de la construction et la connaissance des entreprises de la région. Pour démontrer que la valeur-seuil du marché sur invitation est respectée, l'adjudicateur se réfère aux montants des offres reçues, y compris celle d'A._____. Seule l'offre de la recourante est supérieure à 250'000 fr.; la moyenne s'établit à 228'566 fr. L'écart entre le montant minimal et maximal retenu, ainsi que la disparité constatée entre les offres remises, s'explique par les différences qui existent entre les soumissionnaires du point de vue de l'organisation du travail, de l'appréciation de la difficulté des travaux à réaliser, des contingences de l'organisation, de l'expérience du personnel, de sa qualification et de son niveau de rémunération, ainsi que par l'éloignement du chantier et le temps de déplacement.

d) Sur le vu de ces indications et du fait que le prix du marché est nettement inférieur au seuil déterminant, l'adjudicateur pouvait utiliser la procédure sur invitation.

4. L'offre de l'adjudicataire est datée du 22 octobre 2009, soit le lendemain du délai fixé par l'adjudicateur. La recourante en déduit que cette offre devait être écartée.

a) Peut notamment être exclue l'offre qui n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours ou ne respecte pas les exigences essentielles de forme (art. 32, 2ème tiret, let. a et d 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). Il convient à ce propos de distinguer entre les défauts graves, justifiant l'exclusion, et ceux, véniels, dont il est admis que le soumissionnaire puisse les réparer après le dépôt de l'offre. Parmi les défauts graves, il faut compter l'omission d'indications relatives à la liste de prix

(ATAF 2007/13 consid. 4.1 et 4.2), ainsi que 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 parce qu'il manque une signature (décision de la Commission fédérale de recours, du 23 décembre 2005, reproduite in: JAAC 70.33), une attestation relative au paiement de la TVA (arrêt GE.2006.0011 du 22 mai 2006, consid. 3) ou un «planning organisationnel», alors que la lettre d'accompagnement de l'offre contenait des indications minimales, mais suffisantes (arrêt GE.2006.0226 du 20 février 2007). Il en va de même lorsque sont annexées à l'offre des attestations en allemand, langue du siège du soumissionnaire, et non point en français, langue de l'adjudicateur (arrêt GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 7b). Au regard de ces principes, le respect du délai de remise des offres, fixée par l'adjudicateur, est un élément essentiel de la procédure. Sous l'angle de l'égalité de traitement, il faut éviter qu'un soumissionnaire puisse disposer d'un temps de préparation plus long que ses concurrents, ce qui pourrait le mettre dans une meilleure position pour affiner son offre et obtenir le marché (Dominik Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Berne, 2005, p. 59/60). Au regard du principe de la transparence, accorder à un soumissionnaire une prolongation du délai de remise, alors que les autres offres ont été déposées à temps, peut alimenter le soupçon (justifié ou non) que le soumissionnaire ainsi favorisé puisse accéder à des informations confidentielles, s'agissant notamment du prix demandé par ses concurrents, et adapter son offre en conséquence. C'est pour cela que l'art. 19 al. 3 RMP prévoit que la prolongation d'un délai vaut pour tous les soumissionnaires, informés à temps et simultanément. Hormis ce cas de figure, le délai de dépôt des offres est péremptoire (arrêt GE.2001.0074 du 12 décembre 2001, consid. 1b; Kuonen, op. cit., p. 144/145, 180/181). b) Le mandataire de l'adjudicateur a fixé le délai de remise des offres au mercredi 21 octobre 2009 à 16h. La recourante a déposé son offre le 20 octobre 2009; pour ce qui la concerne, le délai a été respecté. Tel n'a pas été le cas, en revanche, des offres d'A._____, reçue le 26 octobre 2009, et de Y._____, reçue le 23 octobre 2009. Le 21 octobre 2009, M. E._____, adjoint de M. C._____, a reçu un appel téléphonique de M. F._____, directeur de l'entreprise homonyme, lui signalant ne pas être en mesure de remettre l'offre dans le délai prescrit, sur quoi M. E._____ a prolongé ce délai au lendemain. Lors de l'audience du 4 juin 2010, les représentants de l'adjudicateur ont expliqué qu'il arrive que dans ce genre de petits marchés, les délais soient prolongés, la Municipalité exigeant d'être saisie de trois offres au moins. Ce mode de faire n'est pas admissible, au regard des principes qui viennent d'être rappelés. Les soumissionnaires ont disposé d'un peu plus de trois semaines pour préparer leur offre. Si ce délai n'était pas suffisamment long, l'adjudicateur aurait pu le prolonger, mais pour tous les soumissionnaires, afin que ceux-ci demeurent sur pied d'égalité. Il ne pouvait en revanche, autoriser l'un des soumissionnaires à déposer son offre au-delà d'un délai non prolongeable. Les règles de la procédure n'ont ainsi pas été respectées et l'on ne saurait considérer le défaut constaté comme véniel. L'adjudicateur devait dès lors exclure l'offre de Y._____, comme il a exclu celle d'A._____. En ne le faisant pas, il a violé les principes d'égalité de traitement et de transparence. 5. Il reste à examiner les conséquences de cette situation, pour l'adjudication du marché. a) Lorsqu'il opte pour la procédure par invitation, l'adjudicateur doit demander au moins trois offres

(art. 12 al. 1 let. bbis AIMP et 7 al. 1 let. bbis LVMP). Le but de cette disposition est d'assurer la concurrence efficace. En l'occurrence, l'adjudicateur a demandé cinq offres; deux entreprises n'ont pas donné suite à l'invitation, et sur les trois offres reçues, deux devaient être exclues, car tardives. Saisi d'une seule offre, l'adjudicateur peut se trouver dans l'impossibilité de procéder à un véritable choix, qui lui permette notamment de ménager au mieux les deniers publics. On peut dès lors se demander si, en pareille situation, l'obligation faite à l'adjudicateur de demander au moins trois offres, selon les art. 12 al. 1 let. bbis AIMP et 7 al. 1 let. bbis LVMP, n'implique pas que l'adjudicateur dispose effectivement d'au moins trois offres au moment d'adjuger le marché. La Municipalité semble voir les choses de cette manière, puisque, selon sa pratique constante, elle a exigé que trois offres au moins lui soient soumises. La question de savoir si c'est dans ce sens que doivent être interprétés les art. 12 al. 1 let. bbis AIMP et 7 al. 1 let. bbis LVMP (cf. à ce propos Kuonen, op. cit., p. 118/199), souffre de rester indéterminée. On ne peut en effet pas exclure d'emblée que les deux offres remises, voire une seule, réponde néanmoins aux exigences de l'appel d'offres, y compris du point de vue de la technique et du prix, de sorte que l'adjudicateur devrait rester libre d'attribuer le marché en pareilles circonstances. b) La procédure sur invitation présente le risque que personne ne réponde à l'offre, ou seulement un nombre insuffisant de soumissionnaires. Dans un tel cas, il est admis que l'adjudicateur a le choix, soit d'adjuger le marché en fonction des offres disponibles, soit d'interrompre la procédure et de la reprendre ab ovo (cf. art. 13 let. i AIMP et 8 al. 2 let. h LVMP, mis en relation avec l'art. 41 RMP; cf. ATF 134 II 192 consid. 2.3 p. 198-200). On peut notamment considérer comme un juste motif d'interruption de la procédure le fait que les offres remises dépassent le niveau maximal des coûts évalués (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 6 mars 2003, reproduit in: JAAC 67.67; arrêt rendu le 19 novembre 1998 par le Tribunal administratif du canton de Zoug, relaté in: DC 2/2000 p. 59 (S19), avec une note de Denis Esseiva), comme c'est le cas en l'occurrence. c) En conclusion, confrontée à la situation où cinq offres demandées et trois remises, une seule était valable, la Municipalité n'était pas tenue d'attribuer le marché à la recourante, comme celle-ci le demande. Elle doit rester libre ou bien d'attribuer le marché à la recourante, si elle estime que, même isolée et plus chère que la limite fixée, son offre est techniquement intéressante, ou bien d'annuler la procédure et la reprendre depuis le début. 6. Le recours doit ainsi être admis partiellement et la décision attaquée annulée. La recourante est déboutée de ses autres conclusions. Les frais sont mis à la charge de la Commune, ainsi que des dépens en faveur de la recourante (art. 49, 52, 55 et 56 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD, RSV 173.36). Il n'y a pas lieu de mettre des frais ou dépens à la charge de l'adjudicataire, qui n'a pas participé à la procédure.

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