

VD_OMNI MPU.2010.0009 vom 10. Juni 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-06-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2010.0009

FR: VD_OMNI MPU.2010.0009 du 10 juin 2010

IT: VD_OMNI MPU.2010.0009 del 10 giugno 2010

Regeste

X. _____ SA c/Municipalité d'Orbe, Y. _____ | En omettant de communiquer une offre avec un prix fixe, dont le montant aurait le cas échéant été revu à partir du 1er janvier 2010 en application de l'indice des coûts de production, la recourante ne s'est pas conformée aux prescriptions claires édictées par l'autorité intimée. Le défaut affectant cette offre ne pouvant être qualifié de véniel, l'autorité intimée était en droit de l'exclure sans interpellier le soumissionnaire. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

En premier lieu, la recourante invoque un défaut de motivation de la décision attaquée. Elle relève que l'autorité s'est contentée de l'informer que l'offre de Y. _____ SA avait été retenue sans fournir d'autres explications. a) Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101) ainsi que par l'art. 27 al. 2 de la Constitution du canton de Vaud du 14 avril 2003 (Cst.-VD; RSV 101.01), le droit d'être entendu confère à toute personne le droit d'exiger, en principe, qu'un jugement ou une décision défavorable à sa cause soit motivée. Cette garantie tend à donner à la personne touchée les moyens d'apprécier la portée du prononcé et de le contester efficacement, s'il y a lieu, devant une instance supérieure. Elle tend aussi à éviter que l'autorité ne se laisse guider par des considérations subjectives ou dépourvues de pertinence; elle contribue, par là, à prévenir une décision arbitraire. L'objet et la précision des indications à fournir dépend de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas; néanmoins, en règle générale, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée. L'autorité n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties; elle n'est pas davantage astreinte à statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient. En outre, pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière, une violation du droit d'être entendu en instance inférieure est réparée lorsque l'intéressé a eu la faculté de se faire entendre en instance supérieure par une autorité disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (ATF 133 I 270 consid. 3.1 p. 277; 133 III 439 consid. 3.3 p. 445; 130 II 530 consid. 4.3 p. 540). En ce qui concerne les marchés publics, l'art. 42 al. 2 du règlement du 7 juillet 2004 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD; RSV 726.01.1) précise que les décisions de l'adjudicateur sont sommairement motivées et indiquent les voies de recours. Sur demande d'un soumissionnaire non retenu pour l'adjudication, l'adjudicateur doit en outre indiquer les motifs essentiels pour lesquels son offre n'a pas été retenue et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue (art. 42 al. 3 RLMP-VD). b) En l'espèce,

l'autorité intimée a, le 30 mars 2010, adressé à la recourante une lettre l'informant qu'elle avait décidé, le 1^{er} décembre 2009, d'adjuger le marché à l'entreprise Y. _____ SA. Elle n'a cependant fourni aucune explication sur les raisons qui l'ont amenée à retenir l'offre de cette dernière entreprise plutôt que celle de la recourante. Interpellée par cette dernière le 6 avril 2010, l'autorité intimée a communiqué un tableau dans lequel figurent le classement des différents soumissionnaires ainsi que quelques commentaires. Elle n'a en revanche pas indiqué les motifs qui l'ont amenée à donner la préférence à l'offre de l'adjudicataire. L'on peut dès lors se demander si, en procédant de la sorte, l'autorité intimée a respecté le droit d'être entendu de la recourante. Cette question souffre toutefois de demeurer ouverte dès lors que les éventuels manquements de l'autorité n'ont emporté aucun préjudice pour la recourante qui a pu apprécier la portée de la décision attaquée, à savoir le fait que le marché ne lui avait pas été attribué, et la contester devant l'autorité compétente. De plus, l'autorité intimée a eu l'occasion d'étayer sa motivation dans le cadre de l'instruction du présent recours. Le tribunal de céans disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit en matière de contrôle de l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure d'adjudication, une éventuelle violation du droit d'être entendu serait en outre réparée dans le cadre de la présente procédure de recours. Ce grief est dès lors mal fondé.

E. 2

La recourante met en cause l'indépendance du pouvoir adjudicateur. Elle estime que l'impartialité du syndic de l'autorité intimée n'était pas garantie du fait que ce dernier a été invité à entrer au sein du conseil d'administration d'un grand groupe bancaire, lequel est présidé par une personne qui se trouve être le président du conseil d'administration de l'entreprise adjudicatrice. a) La recourante se prévaut de l'art. 9 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA; RSV 173.36) a teneur duquel toute personne appelée à rendre ou à préparer une décision ou un jugement doit se récuser si elle a un intérêt personnel dans la cause, si elle a agi dans la même cause à un autre titre, notamment comme membre d'une autorité, comme conseil d'une partie, comme expert ou comme témoin, si elle est liée par les liens du mariage ou du partenariat enregistré ou fait durablement ménage commun avec une partie, son mandataire ou une personne qui a agi dans la même cause comme membre de l'autorité précédente - la dissolution du mariage ou du partenariat enregistré ne supprimant pas le motif de récusation, si elle est parente ou alliée en ligne directe ou, jusqu'au troisième degré inclus, en ligne collatérale avec une partie, son mandataire ou une personne qui a agi dans la même cause comme membre de l'autorité précédente, si elle pourrait apparaître comme prévenue de toute autre manière, notamment en raison d'une amitié étroite ou d'une inimitié personnelle avec une partie ou son mandataire. Les critères posés par la jurisprudence dont il faut tenir compte pour apprécier si les membres d'une autorité satisfont, dans un cas concret, à la garantie d'impartialité concernent surtout les membres des tribunaux, mais ils doivent être mis en oeuvre de façon identique lorsqu'il s'agit d'une autorité autre qu'un tribunal, avec des réserves toutefois lorsqu'il s'agit de membres d'autorités qui ont généralement pour mission principale de remplir des tâches de gouvernement, d'administration ou de gestion. En effet, la répartition des fonctions et l'organisation choisies par le législateur compétent font partie des critères dont il importe de tenir compte pour apprécier si les membres de l'autorité satisfont, dans un cas concret, à la garantie d'impartialité. Les fonctions légalement attribuées à l'autorité doivent être prises en considération, en particulier pour apprécier la portée de déclarations ou prises de position antérieures dans l'affaire. En règle générale, les prises de position qui s'inscrivent dans l'exercice normal de fonctions gouvernementales, administratives ou de

gestion, ou dans les attributions normales de l'autorité partie à la procédure, ne permettent pas de conclure à l'apparence de la partialité et elles ne sauraient donc justifier une récusation (ATF 135 II 430 consid. 3.3.1 p. 437; 125 I 119 consid. 3 pp. 122 ss) . b) Dans le cas présent, le grief d'impartialité élevé à l'encontre du syndic de l'autorité intimée apparaît mal fondé. En effet, la fréquentation d'un même conseil d'administration n'est pas de nature à créer des liens entre ses membres propres à mettre en cause l'impartialité des uns envers les autres. Les allégations de la recourante selon lesquelles le syndic de la commune d'Orbe et le président du conseil d'administration de l'entreprise adjudicatrice entretiendraient des rapports étroits depuis longtemps ne sont du reste corroborées par aucun élément probant. Enfin, la décision d'adjudication a été prise à l'occasion d'une séance qui s'est tenue le 1 er décembre 2009, soit à une époque où le syndic de l'autorité intimée ne siégeait pas encore au conseil d'administration présidé par l'administrateur président de l'entreprise adjudicatrice. Partant, ce grief est mal fondé et doit être écarté.

E. 3

L'autorité intimée a exclu l'offre de la recourante au motif qu'elle n'en a pas garanti le prix, lequel dépendait du cours de l'acier. a) aa) La matière est régie par l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP; RSV 726.91) ainsi que par la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD; RSV 726.01) et le règlement y relatif (RLMP-VD). bb) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du tribunal de céans dépend de la nature des griefs invoqués. L'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans l'évaluation des offres. Partant, elle ne peut contrôler qu'avec une retenue particulière l'évaluation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication, s'agissant de questions relevant de compétences techniques spéciales; en revanche, le tribunal de céans contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 125 II 86 consid. 6 pp. 98 s.; arrêt GE 2002.0047 du 20 septembre 2002; GE.2005.0161 du 9 février 2006; GE 2006.0011 du 22 mai 2006). cc) 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 qui n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours ou incomplètement remplie (art. 32 § 2 let. a R L MP -VD) . 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 publié 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 § 2 let. a RLMP-VD, 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 publié in DC 2003 p. 156 consid. 3.2, ainsi que les décisions rendues par la Commission fédérale de recours les 30 mai et 14 avril 2005 publiées in DC 2005 pp. 176 et 180) ou encore une offre qui ne contenait pas d'attestation émanant de l'Office des poursuites et faillites dont la production était pourtant expressément exigée par le cahier des charges (arrêt

MPU.2009.0010 du 6 octobre 2009). 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 publiée 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, publié in DC 2005 p. 173). b) En l'espèce, les conditions générales de l'appel d'offres prévoient expressément que d'éventuelles réserves formulées par les soumissionnaires seraient "nulles et non avenues". S'agissant du prix, elles précisent qu'il s'entend "tous frais, risques et prestations compris". Elles définissent en outre le mode de calcul et des variations du prix. Ainsi, le soumissionnaire s'engage, par la signature de son offre, à fournir, au prix indiqué, toutes les prestations figurant dans la soumission (cf. art. 2.4.1.). Les prix de la soumission seront valables et inchangés pour tous les travaux réalisés jusqu'au 31 décembre 2009. Pour les travaux réalisés à partir du 1^{er} janvier 2010, les variations économiques seront prises en compte selon la méthode de l'indice des coûts de production (ci-après: ICP). Elles seront calculées à la fin de chaque semestre, sur la base de l'indice d'avril pour le 1^{er} semestre et d'octobre pour le second (cf. art. 2.4.2). Or, la recourante a inséré dans son offre une réserve de prix dans laquelle elle a expressément indiqué ne pas être en mesure de garantir le prix de son offre, ne serait-ce que jusqu'au 31 décembre 2009, comme prévu dans les conditions générales. Elle a en outre précisé que son prix devrait être adapté en fonction du cours de l'acier, en contradiction claire avec les conditions générales édictées par l'autorité intimée qui prévoient une possible adaptation des prix à partir du 1^{er} janvier 2010 en fonction de l'ICP uniquement. Ce faisant, la recourante ne s'est pas conformée aux prescriptions et conditions fixées dans la mise en concours. L'on relèvera qu'il ne s'agit pas d'un défaut véniel et que l'autorité intimée était dès lors en droit d'exclure son offre sans l'inviter à le corriger. En effet, le prix constitue d'une manière générale la pierre angulaire du droit des marchés publics qui prévoit comme principe général l'adjudication au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. En l'occurrence, ce critère était d'ailleurs pondéré à 50 %, ce qui montre qu'il avait aux yeux de l'autorité adjudicatrice une importance certaine. Dans ses conditions générales, l'autorité intimée a de plus expressément précisé que le prix ne pouvait être modifié, sous réserve de variations qui pourraient être calculées à partir du 1^{er} janvier 2010 et en application de l'ICP. Cet indice reflète les variations de prix des frais de production de l'entrepreneur dans le secteur de la construction. Les coûts de production comprennent les prix de revient de personnel, matériaux, inventaire et prestations de tiers (cf. informations disponibles sur le site Internet de la Société Suisse des Entrepreneurs). Ainsi, l'autorité intimée s'est référée à un indice qui permet d'adapter les prix en fonction des coûts de production, lesquels comprennent tant des dépenses liées au personnel qu'aux matériaux notamment. La recourante se réfère donc à tort au cours de l'acier pour fixer son prix de production, cours qui connaît effectivement des variations beaucoup plus importantes et fréquentes que l'ICP dont le montant n'est pas lié au prix d'une seule matière. Il apparaît dès lors qu'en omettant de communiquer une offre avec un prix fixe, dont le montant aurait le

cas échéant été revu à partir du 1^{er} janvier 2010 en application de l'ICP, la recourante ne s'est pas conformée aux prescriptions claires édictées par l'autorité intimée. Le défaut affectant cette offre ne pouvant être qualifié de véniel, l'autorité intimée était en droit de l'exclure sans interpellier le soumissionnaire.

E. 4

La recourante formule plusieurs autres griefs, lesquels ont trait à l'évaluation dont son offre a fait l'objet. D'une part, elle critique les critères posés par l'autorité intimée. Ainsi, elle reproche à l'autorité intimée de ne pas avoir indiqué la pondération des critères d'aptitude dans les documents remis aux soumissionnaires ni communiqué les éléments objectifs permettant d'apprécier les critères d'adjudication - lesquels n'étaient de surcroît pas classés par ordre d'importance. D'autre part, elle s'en prend à l'évaluation de son offre, notamment au fait que l'autorité intimée n'aurait pas pris en compte la variante qu'elle aurait proposée. Dans la mesure où l'offre de la recourante, entachée d'un défaut rédhibitoire, a été exclue de la procédure, il n'y a pas lieu de se pencher sur l'examen proprement dit de cette offre. S'agissant des griefs élevés par la recourante à l'encontre des critères fixés par l'autorité intimée, l'on rappellera que tant l'appel d'offres que l'adjudication sont attaquables dans un délai de dix jours (cf. art. 10 al. 1 let. a et d LMP-VD). En principe, les critères énoncés dans l'appel d'offres font partie intégrante de celui-ci, si bien que les éventuels vices les affectant doivent être contestés à ce stade déjà, à peine de forclusion. La recourante n'ayant pas contesté les conditions de l'appel d'offres à cette époque, elle est aujourd'hui forclosée à s'en plaindre. D'ailleurs, il sied de relever qu'elle ne s'en prend pas aux conditions relatives au calcul du prix, alors que c'est pour cette raison précisément que son offre a été exclue.

E. 5

Il découle des considérations qui précèdent que le recours doit être rejeté aux frais de la recourante qui n'a pas droit à des dépens. Vu l'issue du litige, l'autorité intimée et le tiers intéressé, qui ont agi par l'entremise d'un mandataire, ont droit à des dépens (art. 49 et 55 LPA).

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