

VD_OMNI MPU.2010.0023 vom 19. Mai 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-05-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2010.0023

FR: VD_OMNI MPU.2010.0023 du 19 mai 2011

IT: VD_OMNI MPU.2010.0023 del 19 maggio 2011

Regeste

X. _____ SA c/Municipalité de Vallorbe, Y. _____ SA | Appréciation des sous-critères relatifs notamment aux références (consid. 8). En l'espèce, jusqu'à l'audience, la municipalité a considéré que le soumissionnaire concerné était le Groupe Z. A l'issue de l'instruction, elle admet que le soumissionnaire concerné est Y. SA. Ce revirement n'est pas sans portée: l'appréciation des critères peut se révéler différente selon que l'adjudicataire est constitué d'un groupe de sociétés ou n'est que l'une d'entre elles. Annulation de l'adjudication pour ce motif également.

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. En outre, en tant que soumissionnaire évincé, la recourante a incontestablement la qualité pour recourir. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

E. 2

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; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006 consid. 5; GE.2004.0190 du 13 juin 2006; GE.2001.0076 du 29 octobre 2001 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.2010.0015 du 31 janvier 2011 consid. 2; 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; GE.2005.0212 du 2 juin 2006 consid. 1b; GE.2005.0161 du 9 février 2006 consid. 6a et les arrêts cités).

E. 3

La recourante soutient tout d'abord que l'offre de l'adjudicataire aurait été déposée hors délai et qu'elle aurait dès lors dû être exclue pour tardiveté. Le dossier d'appel d'offres indique sous chiffre 1.7 : "Dépôt de la soumission [...] Délai de retour : jusqu'au 29 mars 2010 au plus tard. Le cachet de la poste faisant foi." D'après la quittance postale produite (pièce 154 du bordereau de pièces de l'adjudicataire), l'offre de l'adjudicataire a été remise le 29 mars 2010 à un office postal. La recourante soutient toutefois que les offres, pour être recevables,

devaient être en mains du pouvoir adjudicataire le 29 mars 2010 au plus tard. Cette interprétation n'est pas conforme au texte du chiffre 1.7 du dossier d'appel d'offres. La mention "le cachet de la poste faisant foi" montre en effet que c'est la remise à un office postal - et non la remise en mains du pouvoir adjudicataire - qui est déterminante pour le respect du délai. Le grief invoqué se révèle sans fondement.

E. 4

mars 2011 (voir en particulier consid. 4). Cette jurisprudence ne saurait s'appliquer dans le cas particulier, dès lors que la municipalité serait protégée contre une éventuelle défaillance de l'adjudicataire ou une mauvaise exécution du marché. Ce grief doit donc également être rejeté.

E. 5

La recourante soutient ensuite que l'autorité intimée aurait dû écarter l'offre de l'adjudicataire. Deux motifs d'exclusion sont à considérer: l'un a trait à la visite obligatoire du bâtiment, l'autre à une lacune de l'offre. a) Aux termes de l'art. 32 2^{ème} paragraphe let. a du règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD; RSV 726.01.1), du 7 juillet 2004, une offre peut être exclue, lorsqu'elle n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, incomplètement remplie ou ayant subi des adjonctions ou modifications. L'exclusion peut intervenir d'emblée, après la constatation du défaut rédhibitoire entachant l'offre, ou après l'évaluation, pour autant que l'application des critères d'adjudication reste "traçable", conformément au principe de la transparence (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, du 15 juin 2006, in: JAAC 70.80, consid. 4; cf. également ATF 2P.225/2005 du 27 avril 2006, in: DC 2006 p. 187 S112), voire même par substitution de motifs, dans le cadre de la réponse à un recours dirigé contre la décision d'adjudication (arrêt GE.2003.0111 du 20 février 2004, consid. 1a, et les références citées). 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, in: DC 2005 p. 175, consid. 2; 2P.161/2003 du 29 octobre 2003). En principe, le fait qu'une rubrique ne soit pas remplie n'implique pas nécessairement l'invalidité de l'offre (ATF 2C_144/2009 du 15 juin 2009, consid. 6.2, réf. citée). Ainsi, lorsque le défaut mis en exergue doit être considéré comme véniel, il est en règle générale excessivement formaliste d'exclure une offre de la procédure d'adjudication, sans avoir préalablement invité l'auteur à corriger ce défaut (cf. dans ce sens, ATAF 2007/13 consid. 3.3; décisions de la Commission fédérale de recours (CFR) du 23 décembre 2005, in: JAAC 70.33; v. en outre arrêts GE.2006.0226 du 20 février 2007; GE.2006.0084 du

E. 6

La recourante prétend encore que l'offre de l'adjudicataire est anormalement basse et qu'elle aurait dès lors dû aussi être exclue pour ce motif. 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 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. 1 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) En l'espèce, l'adjudicataire a présenté une offre de 339'934 fr. 60, soit 19.77 % inférieure à la deuxième offre moins-disante (Kämpfer & co) et 18 % inférieure à la moyenne des offres rentrées (soit 414'119 fr. 70). Le seuil de 30 % fixé par la jurisprudence au-delà duquel le pouvoir adjudicateur a l'obligation de demander des explications au soumissionnaire (voir notamment arrêt GE.2007.0189 du 28 janvier 2008 consid. 4d) n'est ainsi pas atteint. On ne saurait dès lors reprocher à la municipalité de n'avoir pas interpellé l'adjudicataire pour lui demander des précisions quant à la justification du prix offert. Dans ses écritures et à l'audience, l'adjudicataire a expliqué qu'elle bénéficiait de meilleurs prix d'achat pour les matériaux en passant des commandes globales et groupées ceci à l'échelle du groupe et que son organisation plus efficace lui permettait un meilleur rendement s'agissant des heures nécessaires à l'exécution des travaux. Ces explications sont plausibles. Aucun élément ne permet par ailleurs de considérer que l'adjudicataire serait dans l'impossibilité d'exécuter ses prestations selon les règles de l'art. La recourante s'est appliquée à démontrer, en établissant un tableau (v. pièce 15 de son bordereau), que le prix offert par l'adjudicataire impliquerait pour lui une perte de l'ordre de 40'000 francs. Ce document n'est toutefois pas déterminant, puisque la démonstration proposée s'appuie sur des chiffres différents de ceux retenus par l'adjudicataire: en particulier, selon ses estimations, le nombre d'heures de travail est fixé à 2'150 heures (cf. déterminations du 28 mars 2011 et le procès-verbal d'audience), tandis que la recourante se base sur un calcul de 2'594 heures; de surcroît, le coût moyen des charges salariales s'élève au plus à 48 fr. par heure et par employé (voire 46 fr. 65, cf. déterminations du 27 octobre 2010) et non pas à 64 fr. par heure.

E. 7

La recourante reproche à l'autorité intimée de n'avoir pas annoncé à l'avance les sous-critères du critère no 2 relatif à la "valeur technique" de l'offre. Elle prétend que l'autorité intimée, gênée pas le fait que trois des quatre soumissionnaires n'avait pas participé à la visite, a "inventé" le sous-critère no 2.1 "présence lors de la visite du bâtiment" après le dépôt des offres pour sanctionner ainsi moins durement les soumissionnaires défailants (mémoire complémentaire, p. 3). Toujours selon la recourante, l'autorité intimée aurait aussi "inventé" le sous-critère no 2.5 "Analyse des prix unitaires dans le but d'évaluer et pénaliser la spéculation" et attribué à ce sous-critère une pondération excessivement basse (2 %) pour éviter que l'offre de l'adjudicataire ne passe au second rang (mémoire complémentaire p. 6). a) Le principe de la transparence - ancré aux art. 6 LMP-VD et 13 et 15 RLMP-VD - exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions; à tout le moins doit-il spécifier clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, 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 MPU.2009.0010

du 6 octobre 2009; 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). b) Outre le prix (qui bénéficie d'une pondération de 50 %), les critères d'adjudication annoncés portent sur la "valeur technique" (pour 20 %), le "délai d'exécution" (20 %) et les "références pour ce type de marché" (10 %). Le critère 2 comprend lui-même cinq sous-critères: 1) présence lors de la visite du bâtiment ; 2) qualité des solutions techniques proposées pour l'exécution ; 3) qualification des sous-traitants et des fournisseurs ; 4) qualité, provenance, propriété du ou des produits proposés pour l'exécution ; 5) analyse des prix unitaires dans le but d'évaluer et pénaliser la spéculation . Il y a une certaine logique - au vu de l'intitulé des autres critères - à intégrer ces cinq sous-critères sous la rubrique "valeur technique". C'est vrai pour le sous-critère 2.1 "présence lors de la visite du bâtiment" . Comme l'a relevé le mandataire de la municipalité, "il est [en effet] important de prendre connaissance de la configuration des lieux pour savoir notamment quels engins utiliser, la place disponible pour l'entreposage des matériaux et des déchets" . C'est également vrai pour le sous-critère 2.5 "Analyse des prix unitaires dans le but d'évaluer et pénaliser la spéculation", lié au sous-critère précédent 2.4. (qualité, provenance, propriété du ou des produits proposés pour l'exécution), qui comptent ensemble pour un quart de la pondération du critère 2. On ne saurait dès lors reprocher à l'adjudicateur de n'avoir pas communiqué à l'avance ces sous-critères. Au demeurant, la recourante, qui a obtenu la totalité des points pour chacun des cinq sous-critères liés à la valeur technique, n'a pas été pénalisée par une absence d'annonce préalable. Quant aux allégations de la recourante selon lesquelles les sous-critères 2.1 et 2.5 auraient été décidés après le dépôt des offres, elles ne sont que pures conjectures. Interpellé, le mandataire de la municipalité a clairement exposé que les sous-critères avaient été établis avant le retour des offres lors de réunions en février et en mars 2010, au demeurant sur la base du modèle d'un précédent marché public d'une autre commune.

E. 8

La recourante critique enfin l'appréciation des sous-critères 2.3, 3.2, 4.1 et 4.2 (mémoire complémentaire p. 5 et 6). Elle soutient que l'adjudicataire aurait dû recevoir la note 0 pour ces sous-critères. Dans chacun de ces cas, le grief a trait à l'identité de l'adjudicataire: si celui-ci est la société holding Groupe C. _____ S.A., il est inapte à réaliser les travaux, sans les sous-traiter; pour les autres critères, ni la société holding, ni Y. _____ S.A. n'auraient les moyens personnels (main-d'œuvre et logistique) pour exécuter des travaux de ferblanterie. L'offre présentée au nom du Z. _____ comporte en annexe : - deux attestations de paiement des cotisations sociales de la SUVA concernant Y. _____ S.A.; - un extrait du registre du commerce concernant Y. _____ S.A.; - une présentation du groupe : organigrammes des huit sociétés liées; ressources humaines et techniques du groupe; tableau présentant l'engagement de l'entreprise pour la formation professionnelle;

titres ou certificats de MM. D. _____, P. _____, Q. _____, R. _____; certificats/assurance qualité - ISO 9001: 2008; ISO 14001: 2004, OHSAS 18001: 2007, délivrés notamment à la société Y. _____ S.A.; - liste de références par société, avec une fiche technique pour certains chantiers, concernant notamment l'hôpital de Morges, Novotel à Bussigny et l'Université de Lausanne, qui constituent précisément des références de l'entreprise Y. _____ S.A. Jusqu'à l'audience du 24 mars 2011, l'autorité intimée a considéré que le soumissionnaire concerné était le groupe C. _____ "en lui-même", disposant "par l'intermédiaire des sociétés qui en font partie de toutes les compétences nécessaires" (déterminations finales du 15 décembre 2010, p. 4, ch. 4, en outre réponse, p. 5 et procès-verbal). A l'issue de l'instruction, il a été admis que le soumissionnaire concerné était la société Y. _____ S.A. Telle est également de manière tout à fait claire la position adoptée en définitive par l'autorité intimée (comme elle le relève dans son mémoire du 28 mars 2011). Ce revirement n'est pas sans portée: l'appréciation des critères - à tout le moins des critères 2.3, 3 et 4 - peut se révéler différente selon que l'adjudicataire est constitué d'un groupe de sociétés ou n'est que l'une d'entre elles. A cet égard, la critique de la recourante est justifiée. Il appartiendra à la municipalité de reconsidérer son appréciation des critères 2.3, 3 et 4, à la lumière de ce nouvel élément; au besoin, elle aura à entendre l'intéressée pour qu'elle s'explique sur ses ressources en personnes et en matériel.

E. 9

L'autorité intimée invitera donc la société Y. _____ S.A. (tiers intéressé dans la présente procédure) à parfaire son offre, en fournissant l'annexe 8 dûment complétée (comme exposé ci-dessus, consid. 5c) puis, elle reconsidérera son appréciation des critères 2.3, 3 et 4, avant d'attribuer le marché. Au cas où l'annexe 8 ne serait pas fournie, l'intimée devra écarter l'offre incomplète, en application de l'art. 32 2^{ème} paragraphe let. a RLMP-VD.

E. 10

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission partielle du recours et à l'annulation de la décision attaquée. Le dossier sera renvoyé à la municipalité pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Cette issue conduit à répartir les frais entre la recourante et la municipalité, à raison de 2'000 fr. pour chacune d'entre elles; obtenant partiellement gain de cause, la recourante peut prétendre à des dépens partiels, arrêtés à 2'000 fr., qu'il convient de mettre exclusivement à la charge de la commune. Y. _____ S.A., qui n'aura pas à supporter une part des frais, n'obtiendra pas non plus de dépens.

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