

VD_OMNI MPU.2011.0009 vom 25. Juli 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-07-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2011.0009

FR: VD_OMNI MPU.2011.0009 du 25 juillet 2011

IT: VD_OMNI MPU.2011.0009 del 25 luglio 2011

Regeste

X. _____ c/SIGE - Service intercommunal de gestion, Y. _____ | Admissibilité, au titre des critères d'aptitude, de l'obligation faite aux soumissionnaires de prouver un niveau moyen déterminé du chiffre d'affaires, comme garantie de la pérennité de l'entreprise (consid. 3d/aa).

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 (LMP-VD; RSV 726.01) et le règlement y relatif, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; RSV 726.01.1). b) En matière de marchés publics, 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 MPU.2010.0029 du 10 mars 2011, consid. 1b; MPU.2009.0018 du 23 avril 2010, consid. 2; MPU.2009.0009 du 7 octobre 2009, consid. 6a, et les arrêts cités). Pour le surplus, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, notamment pour ce qui a trait à l'évaluation des offres (arrêts MPU.2010.0029, précité, consid. 1b; MPU.2009.0020, du 15 juin 2010, consid. 2; MPU.2009.0013 du 7 mai 2010, consid. 1c, 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 (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts précités MPU.2010.0029, consid. 1b; MPU.2009.0009, consid. 6a, et les arrêts cités).

E. 2

a) Tant l'appel d'offres que l'adjudication sont attaquables, dans un délai de dix jours (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 (ATF 125 I 203). Il convient toutefois de déroger à cette règle lorsque les documents de l'appel d'offres ne peuvent être retirés auprès de l'adjudicateur qu'après l'expiration du délai disponible pour attaquer l'appel d'offres; en pareille hypothèse, ce qui se rapporte aux documents de l'appel d'offres peut encore être contesté au stade de l'adjudication (ATF 129 I 313 consid. 6.2 p. 321/322; arrêts précités MPU.2010.0029, consid. 3a; MPU.2009.0009, consid. 5; MPU.2008.0004 du 17 juin 2008). b) La recourante remet en cause le sous-critère n°2.2, concernant la commande des marchandises. Elle critique le fait que le cahier des charges ne définit pas clairement le jour à partir duquel le délai de commande commence à courir. A son avis, on peut soutenir, d'un côté, que ce délai doit être compté à partir du jour où l'entreprise reçoit les dossiers de plan, comme elle l'a elle-même compris, ou, d'un autre côté, qu'il s'agit du temps de commande

et de livraison de matériaux. A raison de l'imprécision du critère sur ce point, la recourante conclut qu'il ne doit pas en être tenu compte dans l'adjudication. Les soumissionnaires ont téléchargé le cahier des charges (via le site simap), à une date indéterminée, mais dans les jours qui ont suivi la publication dans la FAO. En outre la recourante n'a demandé aucune explication à l'adjudicateur, dans le délai expirant le 13 décembre 2010 (ch. 1.281 CdC), ni lors de la visite des lieux, avant de répondre à la question concernant ce délai. Elle est partant forclosée sur ce point.

E. 3

a) L'adjudicateur peut notamment exclure l'offre qui ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigés (art. 32, premier tiret, let. a RLMP-VD), n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, incomplètement remplie ou modifiée (art. 32, deuxième tiret, let. a RLMP-VD) ou contient de faux renseignements (art. 32, deuxième tiret, let. c RLMP-VD). Les indications que fournit le soumissionnaire dans son offre doivent en effet 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, 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; arrêts MPU.2010.0025 du 4 mars 2011, consid. 4a; MPU.2009.0012 du 23 septembre 2009, consid. 2, et les arrêts cités). b) 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, reproduite in: JAAC 70.80, consid. 4; cf. également ATF 2P.225/2005 du 27 avril 2006, relaté in: DC 2006 p. 187 S112), voire même par substitution de motifs, jusque et y compris dans le cours de la procédure de recours dirigé contre la décision d'adjudication (arrêts MPU.2010.0025, précité, consid. 4a; GE.2006.0226 du 20 février 2007, consid. 2b; 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 2C_197/2010 du 30 avril 2010, consid. 6.1 et 6.3; 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; ATAF 2007/13 consid. 3.2 et 3.3; arrêt MPU.2010.0025, précité, consid. 4a). c) Selon la recourante, l'adjudicataire ne pourrait mettre à disposition le nombre d'employés indiqués; il y aurait confusion sur l'entité adjudicataire, dont l'offre aurait dû être exclue. L'adjudicataire a présenté son offre au nom de la société Y. _____ S.A. Celle-ci, inscrite au Registre du commerce depuis le 30 décembre 1952, a son siège à 3***** et deux succursales, l'une à 2*****, l'autre à 4*****. L'offre de l'adjudicataire indique 2***** comme adresse postale. Elle est signée par F. _____, directeur de la succursale de 2*****, sous le timbre humide de celle-ci. L'entrepreneur désigné est la maison mère de 3***** (cf. ch. 6.4 CdC, p. 27, rubrique "engagement de l'entreprise"). Les attestations de paiement des assurances sociales, de l'Office des poursuites, de l'assurance responsabilité civile, de la Caisse de compensation, sont établies au nom de Y. _____ S.A. à 3*****. L'organigramme joint à l'offre illustre la répartition des tâches entre le conseil d'administration, le bureau technique, l'administration et la filiale de 2*****. Les références fournies sont celles de la maison mère. La

structure de l'entreprise (indiquée sous ch. 1.322 CdC), soit 134 (recte: 136) personnes (26 employés pour l'administration et le bureau technique, 86 ouvriers qualifiés et 24 apprentis) se réfère également à la maison mère, de même que le chiffre d'affaires moyen pour la période 2005-2009 (soit 22 millions de francs, cf. 1.326 CdC). Sur le vu de l'offre, il ne devait faire aucun doute pour l'adjudicateur que l'adjudicataire était la maison mère de 3*****, et non la succursale de 2*****. L'adjudicateur n'avait dès lors pas à l'exclure, à raison d'une prétendue ambiguïté sur son identité. d) Les soumissionnaires devaient indiquer leur chiffre d'affaire moyen durant la période 2005-2009 (ch. 1.326 CdC).

aa) Au titre des critères d'aptitude, l'adjudicateur est libre de vouloir s'assurer de la pérennité des soumissionnaires, en leur demandant des informations relatives notamment à leur chiffre d'affaires moyen au cours des années précédentes, comme en l'espèce. En cela, l'adjudicateur cherche à s'assurer que l'adjudicataire aura les reins assez solides pour réaliser les travaux faisant l'objet d'un marché, d'une part, et, d'autre part, à vérifier que l'adjudicataire ne dépendra pas, dans une mesure trop importante, du marché en question pour réaliser son chiffre d'affaires annuel (cf. arrêt GE.2005.0161 du 9 février 2006, consid. 7). Pour déterminer le seuil à franchir, l'une des méthodes habituellement utilisées consiste à multiplier le prix estimatif du marché par un facteur déterminé. En l'occurrence, l'adjudicateur a exigé que les soumissionnaires puissent prouver que leur chiffres d'affaires moyen durant la période considérée soit égal ou supérieur à 5'000'000 fr. pour les années 2005 à 2009. Au regard d'un coût estimatif des travaux de 400'000 fr. et des délais de réalisation, ce montant est raisonnable. bb) Selon le tableau d'évaluation des offres, le chiffre d'affaires moyen pour la période considérée, est de 22'000'000 fr. pour l'adjudicataire, de 15'000'000 fr. pour Z._____, et de 3'200'000 fr. pour A._____. La recourante a, au regard de la rubrique correspondante, indiqué que le montant demandé n'était «pas communiqué». Lors de l'audience du 1^{er} juillet 2011, les représentants de l'adjudicateur ont admis que c'était par erreur que l'offre de A._____ n'avait pas été exclue au regard du ch. 1.326 CdC. Quant à la recourante, elle a expliqué avoir sciemment refusé de mentionner le montant en question, tout en sachant que cela pouvait conduire à son exclusion de la procédure. Elle a fait valoir que dès lors que son chiffre d'affaires dépassait le seuil fixé, elle n'avait pas à confirmer ce fait, par l'indication d'un montant. Les représentants de l'adjudicateur ont déclaré, lors de l'audience du 1^{er} juillet 2011, n'avoir pas voulu exclure la recourante pour ce motif, ni vouloir le faire. L'adjudicateur a choisi de mal noter la recourante pour le sous-critère n°3.5, en ne lui attribuant aucun point à ce titre, plutôt que de l'exclure. cc) Cette façon de faire n'est pas correcte. Car de deux choses l'une: ou bien l'offre est incomplète, partant irrecevable, et elle doit être exclue; ou bien elle répond minimalement aux exigences du cahier des charges, et doit être évaluée en conséquence (cf. arrêt GE.2006.0226 du 20 février 2007, consid. 3b). La solution retenue par l'adjudicateur crée en outre une inégalité de traitement entre les soumissionnaires qui, comme l'adjudicataire, se sont soumis aux exigences du cahier des charges, et la recourante, qui s'en est sciemment affranchie. Cela est d'autant moins acceptable en l'espèce que la recourante savait qu'elle risquait d'être exclue à raison du défaut d'indication relative au chiffre d'affaires, et qu'elle a passé outre en connaissance de cause. On ne saurait prétendre, pour le surplus, que le vice est véniel. Le critère de la pérennité est important, car il permet de garantir l'exécution des travaux. L'adjudicateur l'a tenu pour si important qu'il l'a considéré comme un critère d'aptitude (et non seulement d'adjudication), c'est-à-dire comme une condition d'accès au marché, indépendamment de la qualité de l'offre. On ne comprend dès lors guère la mansuétude dont l'adjudicateur a fait preuve à l'égard de la

recourante, au détriment de l'adjudicataire notamment, en violation du principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires. En conséquence, le recours doit être rejeté par substitution de motifs de la décision attaquée, et la recourante exclue du marché. e) Dans sa détermination du 12 juillet 2011, l'adjudicateur a prononcé l'exclusion de la recourante, au motif que celle-ci aurait fourni des renseignements erronés sur son chiffre d'affaires, comme le démontreraient les pièces communiquées par la recourante le 5 juillet 2011. aa) Aux termes de l'art. 663 CO, figurent dans le compte de profits et pertes les produits et les charges d'exploitation, hors exploitation et exceptionnels (al. 1); les produits comprennent le chiffre d'affaires résultant des ventes et prestations de services, les produits financiers et les bénéfices provenant de l'aliénation d'actifs immobilisés, présentés séparément (al. 2); les charges comprennent les charges de matières et de marchandises, les frais de personnel, les charges financières et les charges d'amortissement, présentées séparément (al. 3); le compte de profits et pertes fait ressortir le bénéfice ou le déficit de l'exercice (al. 4). Le chiffre d'affaires au sens de l'art. 663 al. 2 CO, se constitue des éléments suivants: le produit brut résultant de la vente de marchandises, de produits finis et de prestations de service; les produits annexes d'exploitation; les gains ou pertes de change en rapport avec le chiffres d'affaires en devises résultant de livraisons ou de prestations; les réductions sur les ventes (Manuel suisse d'audit, Zurich, 2009, p. 276). Des réserves latentes sont admises dans les comptes d'une société anonyme, pour autant qu'elles soient justifiées pour assurer d'une manière durable la prospérité de l'entreprise ou la répartition d'un dividende aussi constant que possible compte tenu des intérêts des actionnaires (art. 669 al. 3 CO). Ces réserves prennent la forme d'amortissements, de modifications de provisions ou des corrections de valeur (Manuel suisse d'audit, p. 71, 266-273). Si la TVA est comptabilisée selon la méthode nette, l'impôt sur le chiffre d'affaires et l'impôt préalable sont respectivement crédités ou débités directement à ces comptes de bilan. Si l'on procède selon la méthode brute, l'impôt sur le chiffre d'affaires et l'impôt préalable sont d'abord comptabilisés dans le compte de résultat. Puis ils sont reportés au fur et à mesure ou à intervalles réguliers, mais au plus tard à la fin d'une période de décompte, sur des rubriques spécifiques. Le compte de résultat ne renferme donc pas de postes de TVA et d'impôt préalable avec l'application de la méthode nette et il n'en contient que provisoirement avec la méthode brute (Manuel suisse d'audit, p. 489; Markus Neuhaus/Jörg Blättler, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3^{ème} éd. 2008 n°14 ad art. 663 CO p. 548). bb) La recourante a produit, le 5 juillet 2011, une copie de son bilan et compte d'exploitation, afférent aux années 2005 à 2009. Il ressort de ces documents que le montant total du produit des travaux exécutés et des ventes effectuées est de 4'841'356 fr. en 2005, de 7'208'416 fr. en 2006, de 4'013'780 fr. en 2007, de 3'065'978 fr. en 2008, et de 3'195'015 fr. en 2009. Le chiffre d'affaires moyen est ainsi de 4'464'909 fr. (22'324'545 fr. : 5). La recourante ajoute à ces montants celui de la TVA (au taux de 7,6 %). Le total général est ainsi de 24'021'211 fr., soit une moyenne de 4'804'242 fr. La recourante y ajoute encore l'augmentation de réserves latentes, pour un montant total de 620'000 fr. Le chiffre d'affaire total serait ainsi de 24'641'211 fr., soit une moyenne de 4'928'242 fr. La recourante parvient, en arrondissant systématiquement tous les montants vers le haut, à une moyenne de 4'937'400 fr. cc) Même si le cahier des charges ne précise pas que le chiffre d'affaires s'entend hors taxes (ch. 1.326 CdC), il n'est pas conforme aux règles du droit comptable, telles que présentées dans le Manuel suisse d'audit, que le montant du chiffre d'affaires doive faire l'objet d'une correction dans les comptes afin de tenir compte de la TVA. Quant aux réserves latentes, la recourante ne dit pas à quoi elles se rapportent. Les montants qu'elle mentionne ne se

retrouvent pas dans les comptes, de sorte qu'il est impossible d'en vérifier la nature et le montant. Les provisions inscrites sous la dénomination de "comptes correctifs" apparaissent au bilan, pour un montant total de 250'000 fr. en 2005, de 205'000 fr. en 2006, de 170'000 fr. en 2007, de 170'000 fr. en 2008 et de 100'000 fr. en 2009. Les allégations de la recourante au sujet des réserves latentes sont ainsi invérifiables. De toute manière, le seuil de 5'000'000 fr. n'est pas atteint, quelle que soit la teneur des comptes retenue. Il suit de là qu'en affirmant, lors de la procédure d'évaluation, puis devant le Tribunal lors de l'audience du 1^{er} juillet 2011, que son chiffre d'affaires moyen pour les années 2005 à 2009 atteignait le seuil fixé de 5'000'000 fr., la recourante ne s'est pas conformée à son devoir de vérité. Cela justifie son exclusion au regard de l'art. 32, deuxième tiret, let. c RLMP-VD. f) L'offre de la recourante doit ainsi être exclue du marché, pour le double motif qu'elle ne répond pas aux critères d'aptitude et contient de faux renseignements.

E. 4

Le recours est rejeté, sans qu'il soit nécessaire d'examiner, par surcroît, les griefs soulevés au fond. La décision attaquée est confirmée. Les frais sont mis à la charge de la recourante (art. 49 de la loi sur la procédure administrative, du 28 octobre 2008 - LPA-VD, RSV 173.36). L'adjudicateur et l'adjudicataire ont droit à des dépens (art. 55 LPA-VD), dont le montant sera réduit: l'adjudicateur aurait dû exclure la recourante d'emblée, ce qui aurait simplifié la procédure; quant à l'adjudicataire, elle n'a été assistée par un mandataire que lors de l'audience du 1^{er} juillet 2011 et après celle-ci (art. 56 LPA-VD).

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