

VD_OMNI MPU.2012.0013 vom 27. September 2012

VD Tribunal cantonal, 2012-09-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2012.0013

FR: VD_OMNI MPU.2012.0013 du 27 septembre 2012

IT: VD_OMNI MPU.2012.0013 del 27 settembre 2012

Regeste

X. _____ SA c/Municipalité de Renens et Y. _____ SA | La variante est une offre. Elle doit répondre aux conditions de l'appel d'offres et aux exigences techniques posées par l'adjudicateur. Celui-ci ne peut s'affranchir des règles formelles qu'il impose au soumissionnaire, notamment pour ce qui concerne le contrôle de la qualité du produit offert (consid. 5).

Erwägungen

E. 1

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).

E. 2

En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du Tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. 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.2012.0003 du 16 mai 2012, consid. 1b; MPU.2012.0002 du 15 mai 2012, consid. 2b; MPU.2011.0014 du 7 septembre 2011, consid. 2a, 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 précités MPU.2012.0003, consid. 1b; MPU.2012.0002, consid. 2b; MPU.2011.0014, consid. 2a, 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 du pouvoir d'appréciation réservé à l'adjudicateur, 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.2012.0003, consid. 1b; MPU.2012.0002 consid. 2b; MPU.2011.0014, consid. 2a, et les arrêts cités). Lorsque, comme en l'occurrence, le contrat faisant l'objet du marché litigieux n'a pas été passé à raison de l'effet suspensif attaché au recours, le Tribunal, s'il admet le recours peut ou bien annuler la décision d'adjudication, ou bien réformer celle-ci, en attribuant le marché au soumissionnaire le mieux placé (cf. ATF 137 II 313 consid. 1.2 p. 316/317; 132 I 86; pour des exemples d'inversion de la décision d'adjudication, arrêts GE.2007.0077 du 8 octobre 2007; GE.2006.0225 du 20 février 2007).

E. 2.1

p. 9; 130 V 177 consid. 5.4.1 p. 183/184; 128 II 139 consid. 2a p. 142, et les arrêts cités). Annuler la décision attaquée uniquement à raison des défauts entachant le procès-verbal d'ouverture des offres, afin que l'autorité intimée refasse ce document et rende une décision

identique sur le fond, constituerait une mesure vide de sens. Compte tenu également de l'issue du recours, le grief tiré de la violation de l'art. 31 al. 2 RLMP-VD sera écarté. La Municipalité est invitée à revoir ses règles d'attribution des marchés publics pour que les procès-verbaux d'ouverture des offres soient rédigés dorénavant conformément aux exigences du règlement.

E. 3

Selon la recourante, l'ouverture des offres aurait été irrégulière. a) Le procès-verbal de l'ouverture des offres contient au moins le nom des personnes présentes et des soumissionnaires, les dates de réception et le prix des offres, ainsi que les variantes éventuelles et les offres partielles (art. 31 al. 2 RLMP-VD; cf. la prescription équivalente de l'art. 24 al. 2 let. b de l'ordonnance fédérale du 11 décembre 1995 sur les marchés publics – OMP; RS 172.056.11). Les soumissionnaires peuvent obtenir, sur demande, ce procès-verbal (art. 31 al. 3 LMP-VD). Ces normes ont pour but d'assurer la transparence de l'ouverture des offres, qui doit se faire en une seule fois, à l'échéance du délai de dépôt fixé par l'appel d'offres (cf. art. 13 let. i RLMP-VD). Est ainsi pallié tout risque de manipulation. L'adjudicateur qui ouvrirait les offres au fur et à mesure se trouverait en situation d'informer un tiers du contenu des offres déposées, avant le délai de clôture, pour lui permettre de soumissionner sur la base des offres de ses concurrents, voire de modifier en conséquence une offre déjà présentée, avant le délai de dépôt. Ne peuvent dès lors être prises en compte, pour l'évaluation, que les offres dont le procès-verbal constate qu'elles ont été déposées à temps. L'indication du prix de l'offre (et des variantes éventuelles) exclut toute modification de ce prix après l'ouverture des offres. Le droit pour le soumissionnaire de recevoir le procès-verbal lui permet de vérifier que le principe de la transparence a été respecté à ce stade initial de la procédure. b) Le procès-verbal de l'ouverture des offres, du 30 mars 2012, indique uniquement le montant des offres et la signature des personnes ayant participé à l'ouverture des offres. Il ne comporte pas le nom des soumissionnaires, ni la date de réception des offres. Il ne mentionne aucune variante, ni, à plus forte raison, le soumissionnaire qui l'a présentée, ni pour quel prix. Le procès-verbal du 30 mars 2012 ne respecte dès lors pas les exigences de l'art. 31 al. 2 RLMP-VD. L'adjudicateur, tout en reconnaissant ce manquement, considère qu'il ne justifie pas une annulation de la décision d'adjudication. c) On peut hésiter sur ce point. D'un côté, la procédure d'adjudication est imprégnée d'un certain formalisme. Elle doit être conduite de manière transparente et irréprochable. Compte tenu des intérêts en jeu, les soumissionnaires doivent pouvoir compter, de la part de l'adjudicateur, sur le respect scrupuleux des règles qui visent à garantir l'égalité de traitement des soumissionnaires et à prévenir tout soupçon de partialité: le moindre écart peut en effet susciter des doutes dans l'esprit des soumissionnaires et porter atteinte à la crédibilité de l'adjudicateur. D'un autre côté, une application stricte des règles de procédure constitue un formalisme excessif, lorsqu'elle ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et empêche ou complique de manière insoutenable l'application du droit matériel (ATF 135 I 6 consid.

E. 4

La recourante relève que le prix indiqué dans la décision d'adjudication, soit 917'112,70 fr., ne correspond pas à celui mentionné dans le procès-verbal d'ouverture des offres, soit 1'461'710,65 fr. Selon le procès-verbal de sa séance du 11 mai 2012, figurant au dossier, la Municipalité a adjugé le marché à Y. _____, pour la variante portant sur le prix de 1'383'108,45 fr. Cette pièce indique toutefois que le montant réel à la charge de la commune

est de 917'112,70 fr., également indiqué dans la décision attaquée, du 25 mai 2012. La Municipalité explique la divergence entre le prix indiqué dans le procès-verbal des offres, celui de la variante à laquelle le marché a été adjugé, et le montant de l'adjudication, par le fait que la commune n'était pas le seul maître d'ouvrage des travaux faisant l'objet du marché litigieux. L'appel d'offres désigne H. _____ comme l'entité adjudicatrice (ch. 1.1). Les conditions particulières précisent qu'il y a un maître d'ouvrage principal, soit H. _____, et des autres maîtres de l'ouvrage, soit I. _____, J. _____, K. _____ S.A., et L. _____ (ch. 1.2.1 et 1.2.2 CP). H. _____ est maître d'ouvrage pour les collecteurs EU/EC, K. _____ S.A. et I. _____ pour la construction de batteries à câbles pour leurs services, J. _____ pour les fouilles pour les conduites de gaz (ch. 1.5.1 CP). La série de prix laisse apparaître, pour les différents postes, la répartition des coûts entre les partenaires concernés par le marché. Il ressort également des explications fournies lors de l'audience du 24 août 2012 par les représentants de la Municipalité, que le montant indiqué dans la décision attaquée, soit 917'112,70 fr., correspond uniquement à la part des frais mis à la charge de H. _____, mais non point du prix final de l'adjudication, soit 1'383'108,45 fr. Toute équivoque à cet égard a été levée dans le cours de la procédure de recours.

E. 5

La recourante allègue que la variante proposée par Y. _____, retenue par l'adjudicateur, ne répondrait pas aux exigences du marché. a) La variante est une offre. Elle doit être conforme à l'appel d'offres, et notamment aux exigences techniques posées par l'adjudicateur (cf. Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich, 2012, n°1995 et 1996). A ce propos, le ch. 5.7.3 CP prévoit que les variantes devront contenir toutes les données permettant de les juger sous l'aspect technique et financier; elles comprendront un devis descriptif de la variante, avec l'indication des articles non modifiés, ainsi que les articles modifiés ou nouveaux (ch. 1); les avant-métrés pour les articles modifiés ou nouveaux (ch. 2); un rapport technique comprenant la description de la variante, son dimensionnement, les données nécessaires pour l'exécution, les preuves de qualité et de propriété des matériaux et des éléments de construction, ainsi que les conditions de l'entreprise (ch. 3); les plans (ch. 4). b) L'adjudicataire a présenté une offre de base, pour le prix de 1'461'710,65 fr., et une variante, pour le prix de 1'383'108,45 fr. S'agissant du remblayage des fouilles, l'adjudicataire a offert une grave tout-venant (grave II) pour le prix de 165'780 fr., soit 3'070 m³ à 54 fr/m³ (ch. 422.101 de la liste de prix, p. 28). La variante consiste à offrir, pour le même poste de la liste de prix, une grave recyclée, au prix de 85'960 fr., soit 3'070 m³ à 28 fr./m³. Sur ce poste, la différence de prix entre l'offre principale et la variante est de 79'820 fr. (165'780 fr. – 85'960 fr.); celle entre le prix final de l'offre principale et de la variante est de 78'602,20 fr., compte tenu du rabais, de l'escompte et de la TVA. La différence entre la variante retenue et l'offre de la recourante est de 35'586,70 fr. (1'418'695,15 fr. – 1'383'108,45 fr.). L'adjudicataire a joint à sa variante une attestation établie le 4 mai 2010 par la société M. _____ S.A., indiquant les résultats d'une analyse granulométrique sur un échantillon de grave recyclée. aa) Il se pose la question de savoir si la variante, ainsi présentée, est suffisante au regard du ch. 5.7.3 CP. Compte tenu du fait que la variante litigieuse porte uniquement sur la fourniture d'une grave de qualité différente de celle demandée selon le ch. 422.101 de la série de prix, la production d'un devis descriptif, d'avant-métrés et de plans paraît sans objet. De même, une analyse de prix ne présente guère d'intérêt, compte tenu du produit dont il s'agit. Reste la question du rapport technique qui devrait décrire la qualité de la grave offerte selon la

variante retenue par l'adjudicateur (cf. ch. 5.7.3.3 CP). bb) La grave naturelle (II), option retenue par l'adjudicateur selon les documents d'appel d'offres, est un produit qui fait l'objet d'une norme de qualité reconnue, répondant à un cahier des charges précis. Le maître d'ouvrage qui demande une telle grave n'a pas de raisons d'en exiger un contrôle de qualité au moment de l'adjudication. La grave recyclée est offerte librement sur le marché. Elle ne fait pas l'objet d'une norme standardisée. Produite à partir de matériaux récupérés, elle contient, dans des proportions variables, des déchets, notamment des matériaux bitumineux. Il importe dès lors au maître d'ouvrage de connaître notamment la provenance de la grave recyclée, sa composition, sa teneur en matériaux tendres et son aptitude au compactage (notamment selon l'essai Proctor, qui permet de déterminer la densité maximale du matériau compacté). Le maître d'ouvrage est libre d'accepter ou de refuser une grave recyclée, selon qu'elle correspond ou non à ses besoins, ou présente ou non un risque (notamment de pollution des eaux et des sols), à raison de son usage et du lieu de celui-ci. cc) En l'occurrence, l'adjudicateur s'est satisfait d'une seule courbe granulométrique, alors que celle-ci remontait à deux ans. L'adjudicataire ne lui a remis aucune autre indication sur la qualité de la grave offerte au titre de la variante, et l'adjudicateur ne lui a demandé aucun renseignement à ce sujet. Selon les déclarations faites lors de l'audience du 24 août 2012 par les représentants de la Municipalité, l'adjudicateur ne connaît pas la provenance de la grave en question. Il s'est contenté de savoir que l'adjudicataire propose très souvent de la grave recyclée, que la Commune a accepté celle-ci pour d'autres chantiers et que la qualité de la grave est contrôlée lors des travaux. Quant à l'adjudicataire, elle a indiqué produire environ 10'000 m³ de cette grave et la proposer régulièrement à ses clients; elle aurait pu indiquer sa composition. A cause de ce faisceau de manquements, l'adjudicateur n'a pas respecté les obligations qu'il s'était imposées à lui-même. Il a accepté la variante proposée par Y. _____, sans vérifier la qualité du produit offert, en s'affranchissant des règles formelles de la procédure ancrées au ch. 5.7.3 CP. Ce mode de faire n'est pas admissible, car il revient à favoriser un soumissionnaire, qui non seulement voit sa variante être prise en compte – alors qu'elle n'aurait pas dû l'être –, mais encore emporter le marché. dd) Le grief tiré de l'art. 5.7.3 CP est bien-fondé.

E. 6

Le recours doit être admis sur ce point, sans qu'il soit nécessaire d'examiner par surcroît les griefs concernant l'évaluation des offres. La variante proposée par l'adjudicataire n'étant pas recevable d'un point de vue formel, le marché doit être attribué à l'offre de la recourante, classée en deuxième position. Il convient dès lors de réformer la décision attaquée en ce sens. Le motif de l'admission du recours incombe à la fois à l'adjudicataire, qui a présenté une variante ne répondant pas aux exigences du cahier des charges, et à l'adjudicateur, qui a attribué le marché à cette variante. Cela justifie de répartir par moitié le montant des frais et des dépens entre l'adjudicateur et l'adjudicataire (cf. art. 49, 51, 52, 55, 56 et 57 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD, RSV 173.36).

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