

VD_OMNI MPU.2013.0003 vom 29. Mai 2013

VD Tribunal cantonal, 2013-05-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2013.0003

FR: VD_OMNI MPU.2013.0003 du 29 mai 2013

IT: VD_OMNI MPU.2013.0003 del 29 maggio 2013

Regeste

A. _____ SA/B. _____, C. _____ SA c/ décision de B. _____ du 1er février 2013 | Marché public portant sur les prestations d'ingénieurs relatives à l'extension d'un hôpital. L'adjudicataire est le seul soumissionnaire à avoir calculé son offre d'honoraires sur la base d'un coefficient n correspondant à une tâche "très facile", la majorité ayant retenu un coefficient n correspondant à une tâche "facile". Les explications données sont vagues et pas étayées. Point n'est toutefois besoin d'instruire plus avant cette question, dès lors que même avec un coefficient n correspondant à une tâche "facile", l'adjudicataire resterait devant la recourante. L'appréciation d'un autre critère d'adjudication ("motivation, réflexion et concepts") est également critiquable. Elle n'a toutefois ici encore pas d'incidence sur le résultat final. Recours rejeté.

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 sur le fond.

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.2012.0023 du 7 novembre 2012; MPU.2010.0023 du 10 mars 2011; MPU.2009.0009 du 7 octobre 2009, consid. 6a; GE.2007.0246 du 13 mars 2008, consid. 3a, 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.2012.0023 du 7 novembre 2012; MPU.2010.0023 du 10 mars 2011; 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 reproche à l'adjudicataire d'avoir délibérément sous-évalué le degré de difficulté, coefficient n, du projet dans la détermination de son offre d'honoraires. a) Aux termes de l'art. 32, 2^{ème} paragraphe, let. b du règlement d'application du 7 juillet 2004 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD; RSV 726.01.1), une

offre peut être exclue lorsqu'elle comporte des prix anormalement bas non justifiés. L'art. 36 RLMP-VD 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. L'art. 36 RLMP-VD pose une exigence de nature procédurale. En présence d'une offre qui apparaît comme 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). 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). 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).

b) En l'espèce, l'adjudicataire a présenté une offre (297'102 fr.) inférieure de plus de 44% à la moyenne des soumissionnaires (532'656 fr.). Cet écart s'explique en partie par le degré de difficulté retenu. L'adjudicataire est en effet le seul soumissionnaire à avoir calculé son offre d'honoraires sur la base d'un coefficient n correspondant à une tâche de conception "très facile" (en l'occurrence de 0,65), la majorité ayant retenu un coefficient n correspondant à une tâche de conception "facile" . Aux termes de l'art. 7.7 du règlement SIA 118 concernant les prestations et honoraires des ingénieurs mécaniciens et électriciens, ainsi que des ingénieurs spécialisés dans les installations du bâtiment, "la détermination du degré de difficulté pour des équipements ou des installations est fonction de l'étendue des prestations de l'ingénieur, des connaissances professionnelles présumées et de la responsabilité assumée" (ch. 1). Le coefficient n est compris entre 0,6 et 0,7 pour une tâche de conception "très facile" ; entre 0,7 et 0,9 pour une tâche de conception "facile" ; et entre 0,9 et 1,1 pour une tâche de conception "moyennement difficile" (ch. 2). Interpellée par l'autorité intimée conformément aux exigences de l'art. 36 RLMP-VD (le seuil de 30% fixé par la jurisprudence étant atteint; voir not. arrêt MPU.2010.0023 du 19 mai 2011 consid. 6e), l'adjudicataire a mis en avant son savoir-faire et ses expériences dans des ouvrages de taille et de complexité notablement plus importantes pour expliquer le degré de difficulté retenu. Elle a invoqué également le fait d'avoir réalisé en sous-traitance un mandat identique dans le milieu hospitalier/EMS. Ces explications sont vagues et ne sont pas étayées. Point n'est toutefois besoin d'instruire plus avant cette question, dès lors que même avec un coefficient n de 0,7 correspondant à une tâche de conception "facile" (l'adjudicataire obtiendrait alors un total de 278.5 points et la recourante 244.33), voire un coefficient n de 0,85 équivalent à celui retenu par la recourante (l'adjudicataire obtiendrait un total de 265.6 points contre 245,91 pour la recourante), l'adjudicataire resterait devant la recourante. Ce grief doit ainsi être rejeté.

E. 4

La recourante critique également la note attribuée à l'adjudicataire sur le critère "références en rapport avec l'objet" . Ce critère était noté de 0 à 3 points. L'adjudicataire a obtenu 2 points et la recourante 3 points. La recourante voudrait voir, dans les commentaires figurant en style télégraphique dans le tableau comparatif des offres (voir état de faits sous lettre C), trois sous-critères, à savoir. "Références en relation Hôpitaux EMS, thérapeutique" , "Réalizations similaires" et "Références de même importance" . Elle laisse entendre que chacun de ces prétendus sous-critères représenterait 1 point sur les 3 points de la note. A son sens, l'adjudicataire, qui ne satisfaisait qu'à l'un de ces trois sous-critères, n'aurait dès lors dû obtenir que 1 point sur le critère des références. Le dossier d'appel d'offres ne mentionnait aucun sous-critère pour le critère des références. Il indiquait simplement: "Diverses références significatives du mandataire en rapport avec l'objet" . La fiche de

notation établie en août 2012 – soit comme il se doit avant l'ouverture des offres – par le mandataire technique de l'autorité intimée précisait pour sa part: "Diverses références significatives Importance similaire (Sfr) et/ou EMS d'une certaine dim, (annexe piscine) = 3 Idem mais de moindre importance = 2 Sommaire mais informations = 1 Pas d'information = 0" Comme l'a relevé l'autorité intimée dans son mémoire de réponse, ce sont bien les éléments d'appréciation mentionnés dans la fiche de notation qui font foi et non les commentaires mentionnés en style télégraphique dans le tableau comparatif des offres. A l'appui de son offre, l'adjudicataire a fourni quatre références à des ouvrages d'importance plus grande que le projet mis en soumission. Certes, aucune de ces références ne se rapportent à des hôpitaux ou des EMS. La fiche de notation n'exigeait toutefois pas expressément des références dans le secteur hospitalier ou thérapeutique, mais mettait plutôt l'accent sur des références d'importance comparable au projet litigieux. On peut se demander dans ces conditions pour quels motifs l'adjudicataire n'a pas obtenu la note maximale sur le critère des références. Point n'est besoin toutefois de trancher cette question, puisque, dans tous les cas, l'adjudicataire ne mérite pas une note inférieure à 2 points, contrairement à ce que voudrait la recourante. On relève par surabondance que, si l'on suivait le raisonnement de la recourante, celle-ci n'aurait dû obtenir que 2 points sur le critère des références, puisqu'elle ne satisfaisait qu'à deux des trois "sous-critères" mentionnés dans le tableau comparatif des offres (elle n'a en l'occurrence pas fourni de références de même importance). L'écart entre la recourante et l'adjudicataire, dont la note serait alors réduite à 1 point, resterait ainsi identique. Ce grief, mal fondé, doit également être écarté.

E. 5

La recourante conteste enfin la note attribuée à l'adjudicataire pour le critère "Motivation, réflexion et concepts" . Ce critère était aussi noté de 0 à 3 points. L'adjudicataire et la recourante ont obtenu toutes les deux la note maximale de 3 points. Le dossier d'appel d'offres mentionnait ce qui suit sous le critère "Motivation, réflexion et concepts" (ch. 4.5): "Les ingénieurs CV, S et E sont appelés à expliquer leur vision du projet, résumer les prestations envisagées pour résoudre la problématique posée, notamment par des réflexions sur les concepts au moyen de schémas tenant compte de l'existant." La fiche de notation ne donnait pas de précision complémentaire. Dans le tableau comparatif des offres, le mandataire technique de l'autorité intimée a émis les commentaires suivants sur l'offre de la recourante: "Général: oui; Piscine: sommaire; Manque de développement" . On peut s'étonner que l'adjudicataire, à qui on reproche une réponse pas suffisamment développée, ait obtenu la note maximale. En comparaison, l'offre de la recourante est sur ce point beaucoup plus détaillée et illustrée par plusieurs schémas. Par ailleurs, un autre soumissionnaire, à qui on a également reproché un manque de développement, n'a obtenu qu'une note de 2 points. Point n'est toutefois besoin d'épiloguer davantage sur cette question. En effet, même avec 2 points sur le critère "Motivation, réflexion et concepts" (une note inférieure n'apparaissant pas envisageable) et un coefficient n de 0,7 (voir supra consid. 3), ce qui réduirait son total de points à 248.50, l'adjudicataire resterait devant la recourante qui obtiendrait 244.33.

E. 6

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. La recourante, qui succombe, supportera les frais de justice (art. 49 al. 1 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD; RSV

173.36). Elle devra par ailleurs des dépens à l'autorité intimée, qui obtient gain de cause par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel (art. 55 al. 1 LPA-VD). L'adjudicataire, qui a procédé seule et qui n'a pas déposé de déterminations propres, n'a en revanche pas droit à l'allocation de dépens.

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