Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.34/2007 /fzc

Arrêt du 8 mai 2007
IIe Cour de droit public

Composition
MM. et Mme les Juges Merkli, Président,
Hungerbühler, Wurzburger, Müller et Yersin.
Greffier: M. Addy.

Parties
Consortium X._____ SA et Y._____ SA,
recourant, représenté par Me Stefan Graf, avocat,
contre

Département des infrastructures du canton de Vaud, Secrétariat général, place de la Riponne 10,
1014 Lausanne,
Tribunal administratif du canton de Vaud,
avenue Eugène-Rambert 15, 1014 Lausanne.

Objet
Art. 9 et 29 Cst. (interruption de la procédure d'adjudication des travaux d'assainissement des trois estacades du Larrevoin au Velard sur la RC 705),

recours de droit public contre l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud du 14 décembre 2006.

Faits :
A.
Le 8 novembre 2005, le Grand Conseil du canton de Vaud a voté un crédit-cadre de 14'010'000 fr. destiné à financer le renforcement de certains ouvrages d'art du réseau routier cantonal en vue de permettre le passage des véhicules de 40 tonnes. Plus des deux tiers de ce montant, soit 10'180'000 fr., étaient prévus pour l'assainissement de la route du Col des Mosses (RC 705a) selon les estimations réalisées par le Service cantonal des routes (cf. Exposé des motifs et projet de décret accordant un crédit-cadre de 14'010'000 fr pour le renforcement d'ouvrages d'art du réseau routier cantonal prioritaire pour le trafic 40 tonnes, in: Bulletin des séances du Grand Conseil du canton de Vaud [BGC]du 25 octobre 2005, p. 4710 ss, 4718). Les travaux concernant la RC 705a qui devaient être exécutés en 2006 ont été divisés en trois lots, dont la valeur totale, estimée à 5'400'000 fr. (TVA de 7,6% comprise), était répartie de la manière suivante: 1'160'000 fr. pour le lot no 1, 3'650'000 fr. pour le lot no 2 et 590'000 fr. pour le lot no 3.

Par annonce publiée dans la Feuille des avis officiels du canton de Vaud du 3 février 2006, le Service cantonal des routes a mis en soumission le lot no 1 portant sur la démolition et la reconstruction des estacades 1, 2 et 3 du Larrevoin au Velard situées sur le territoire de la Commune d'Aigle. Seul un consortium, formé des entreprises X._____ SA et Y._____ SA (ci-après: le Consortium), a pris part à la procédure et déposé une offre, d'un montant de 4'131'065 fr. 35 (TVA de 7,6% comprise).

Après l'ouverture des offres, le 21 mars 2006, le Service cantonal des routes a demandé au Consortium, par télécopie du 31 mars 2006, de répondre à une série de questions et de produire d'ici le 7 avril suivant les documents requis pour la deuxième étape de la procédure, conformément au chiffre 1.9.2 des conditions particulières de l'appel d'offres. Le Consortium s'est exécuté dans le délai imparti. Dans une note du 7 avril 2006 adressée au

chef du Département des infrastructures du canton de Vaud (ci-après: le Département cantonal) et au Comité cantonal chargé de piloter la réfection des ouvrages d'art (ci-après: le Comité de pilotage), le Service cantonal des routes a indiqué que le coût total des travaux de la RC 705a se montait, selon les chiffres ressortant des soumissions rentrées, à plus du double du montant initialement prévu lors de l'octroi du crédit-cadre; il a proposé d'adjuger les lots nos 2 et 3, mais d'interrompre la procédure d'adjudication et de remettre en soumission à fin 2006 les travaux relatifs au lot no 1, parce que leur coût était près de quatre fois supérieur aux prévisions et qu'un seul soumissionnaire avait offert ses services.

Par décision du 18 avril 2006, le Service des routes a interrompu la procédure d'adjudication portant sur le lot no 1, en précisant que les travaux seraient remis en soumission ultérieurement. Il s'est référé à l'art. 41 du règlement cantonal (du 7 juillet 2004) d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD) qui permet à l'adjudicateur d'interrompre la procédure en présence de "raisons importantes".

B.

Le Consortium a recouru auprès du Tribunal administratif du canton de Vaud (ci-après: le Tribunal administratif) contre la décision précitée du Service des routes. Il a conclu à l'annulation de celle-ci et à la reprise de la procédure en ce sens que le marché lui fût adjugé ou, subsidiairement, à la constatation de l'illicéité de la décision attaquée. Il a plaidé l'absence de justes motifs permettant d'interrompre la procédure ainsi que la violation du principe de la bonne foi. Il a notamment soutenu que le Service des routes savait ou devait savoir, lors de l'appel d'offres déjà, que ses estimations n'étaient pas sérieuses et que le crédit-cadre octroyé à cet effet ne suffirait pas à couvrir le coût des travaux projetés; il a également reproché à l'adjudicateur de n'avoir pas immédiatement interrompu la procédure après l'ouverture des offres et d'avoir de la sorte adopté un comportement donnant "toute assurance" que les travaux lui seraient adjugés.

Le Département cantonal a conclu au rejet du recours. Il a notamment réfuté s'être comporté de manière contraire aux règles de la bonne foi, en exposant que les renseignements complémentaires demandés au Consortium après l'ouverture des offres "étaient nécessaires pour procéder à l'analyse complète du dossier, les séries de prix produites étant insuffisantes pour ce faire."

Le 21 novembre 2006, le Tribunal administratif a organisé une séance et entendu comme témoin A._____, ingénieur responsable des routes cantonales auprès du Service des routes. Ce dernier a notamment expliqué que le bureau d'ingénieurs Z._____ SA, mandaté pour préparer les documents de l'appel d'offres, avait dans le courant du mois de janvier 2006, estimé à 2'222'146 fr. (TVA non comprise) le coût des travaux mis en soumission pour le lot no 1, et que c'était sur la base de cette estimation que l'offre du Consortium avait été appréciée et jugée trop onéreuse.

Par arrêt du 14 décembre 2006, le Tribunal administratif a rejeté le recours. En bref, il a retenu que l'importante différence entre le prix offert par le soumissionnaire et le coût estimé des travaux justifiait l'interruption de la procédure, tandis que le Consortium ne pouvait pas déduire que le marché eût dû lui être attribué du seul fait que le maître de l'ouvrage n'avait pas immédiatement interrompu la procédure d'adjudication. Il a également considéré que les dépenses engagées par le Consortium étaient usuelles pour ce genre de soumission et n'avaient dès lors pas lieu d'être indemnisées.

C.

Agissant par la voie du recours de droit public, le Consortium demande au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt précité du Tribunal administratif, sous suite de frais et dépens, et de renvoyer le dossier aux autorités cantonales pour complément d'instruction et nouvelle décision ou, subsidiairement, de constater que la décision d'interruption des travaux est contraire au droit ou, plus subsidiairement encore, d'annuler l'arrêt attaqué et la décision d'interruption des travaux et renvoyer le dossier à l'Etat de Vaud pour qu'il reprenne la procédure d'adjudication. Il se plaint de violation du droit d'être entendu (art. 29 Cst.) et des principes de protection contre l'arbitraire et de protection de la bonne foi (art. 9 Cst.).

Le Département cantonal reprend, pour l'essentiel, les arguments développés en procédure cantonale, et conclut au rejet du recours.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.
L'entrée en vigueur, le 1er janvier 2007, de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RO 2006 1205 - RS 173.110), a entraîné l'abrogation de la loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (art. 131 al. 1 LTF). Comme l'arrêt attaqué a été rendu avant le 31 décembre 2006, cette dernière loi reste néanmoins encore applicable au présent litige à titre de réglementation transitoire (art. 132 al. 1 LTF a contrario).
2.
Formé pour violation des droits constitutionnels des citoyens à l'encontre d'une décision finale prise en dernière instance cantonale, le présent recours de droit public remplit les conditions de recevabilité prévues aux art. 84 al. 1 lettre a et 86 OJ.

Le Consortium dispose assurément d'un intérêt actuel et juridiquement protégé au sens de l'art. 88 OJ à faire annuler la décision attaquée en vue d'obtenir la reprise de la procédure et, cas échéant, l'adjudication du marché litigieux. En revanche, on peut se demander si, par exception à la nature cassatoire du recours de droit public, la conclusion subsidiaire visant à faire constater l'illicéité de la décision interrompant les travaux est recevable (cf. ATF 130 I 258 consid. 1.2 p. 261; 125 II 86 consid. 5b p. 97). La question peut demeurer indécise, car les griefs soulevés à cet égard sont de toute façon mal fondés (cf. infra consid. 6). Les conclusions tendant au renvoi de la cause au Tribunal administratif ou à l'autorité intimée pour nouvelle décision sont par contre clairement irrecevables en raison de leur caractère réformatoire (cf. ATF 131 I 137 consid. 1.2 p. 139).

Pour le surplus, déposé en temps utile et dans les formes prescrites, le recours est recevable, sous réserve que les griefs soulevés répondent aux exigences de motivation déduites de l'art. 90 al. 1 lettre b OJ, qui sont particulièrement élevées en cas de recours fondé sur l'arbitraire (cf. ATF 128 I 295 consid. 7a p. 312; 125 I 492 consid. 1b p. 495 et les arrêts cités).
3.
Le recourant requiert un second échange d'écritures (art. 93 al. 3 OJ) pour répondre aux "accusations" qu'il qualifie de "diffamantes" de l'Etat de Vaud, selon lesquelles il aurait "volontairement" surévalué le prix de son offre. Il n'y a pas lieu de donner suite à cette demande, car les causes susceptibles d'expliquer l'importance du prix demandé par le Consortium ne sont en elles-mêmes pas déterminantes pour l'issue du litige, du moment que les premiers juges ont constaté, d'une manière exempte d'arbitraire (sur ce point, cf. infra consid. 6.3), que le prix litigieux se montait objectivement au double de celui estimé par le bureau d'ingénieurs Z._____ SA pris comme base de référence.
4.
Le recourant se plaint de la violation de son droit d'être entendu, au motif que le Tribunal administratif n'a pas statué "sur le constat de l'illicéité de la décision d'interruption, voire de la procédure de marché public elle-même."
A partir du moment où les premiers juges ont estimé que l'interruption de la procédure était admissible au vu des circonstances du cas et qu'ils ont rejeté la conclusion (principale) tendant à l'annulation de la décision attaquée, à la reprise de la procédure et à l'adjudication du marché au recourant, ils ont également, de manière implicite, rejeté la conclusion (subsidiaire) du recourant visant à faire constater l'illicéité de la procédure suivie par l'adjudicateur.

Le moyen est mal fondé.
5.
Le recourant reproche au Tribunal administratif une constatation arbitraire des faits tenant dans l'établissement incomplet de ceux-ci. Les faits prétendument omis n'apparaissent toutefois pas déterminants pour l'issue du litige. En particulier, on ne voit pas qu'il y eût nécessité de constater que les délais d'exécution étaient courts et que le marché comportait des contraintes particulières, du moment que les premiers juges ont de toute façon retenu, comme cherche à l'établir le recourant, que le Service cantonal des routes avait procédé à une estimation "peu réaliste, voire peu sérieuse" du coût des travaux (arrêt attaqué, consid. 2c/aa).

Le moyen est infondé.
6.
6.1 Après l'ouverture des offres, le pouvoir adjudicateur doit, en principe, adjuger le marché à l'offre éco-

nomiquement la plus avantageuse, et ne peut y renoncer que pour des "motifs d'intérêt public" (cf. art. XIII ch. 4 lettre b de l'accord sur les marchés publics, conclu à Marrakech le 15 avril 1994, et entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1996 [0.632.231.422; AMP]). Ce point doit être distingué et ne préjuge en rien de l'éventuelle obligation de conclure le contrat après l'adjudication, respectivement de la possibilité d'y renoncer, questions qui relèvent en principe du droit (privé) des contrats (cf. ATF 129 I 410 consid. 3 p. 414 ss). Dans le fil de l'art. XIII précité AMP, l'art. 13 lettre i de l'accord intercantonal sur les marchés publics des 25 novembre 1994/15 mars 2001 (ci-après: l'Accord intercantonal ou l'Accord) prévoit que les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir la possibilité d'interrompre et de répéter la procédure de passation "en cas de justes motifs uniquement" (art. 13 lettre i de l'Accord). Se fondant sur cette disposition de l'Accord et sur la délégation de compétence prévue à l'art. 8 lettre h de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD), le Conseil d'Etat
du canton de Vaud a édicté l'art. 41 RLMP-VD. Aux termes de cette disposition, l'adjudicateur peut interrompre, répéter ou renouveler la procédure pour "des raisons importantes", soit notamment si les offres déposées ne permettent pas de garantir une concurrence efficace (lettre c) ou si elles dépassent le montant du crédit prévu ou octroyé à cet effet (lettre d).
6.2 Selon le Tribunal administratif, on peut se demander si, dans le cas d'espèce, la procédure litigieuse a atteint l'objectif de garantir une concurrence efficace, dans la mesure où la réception d'une seule soumission ne permettait pas à l'adjudicateur de comparer entre différentes offres et de choisir la plus avantageuse parmi celles-ci. La question a cependant été laissée ouverte. Les premiers juges ont en effet estimé que le prix demandé par le Consortium justifiait à lui seul d'interrompre la procédure, car il se situait dans un écart trop important par rapport aux estimations, étant près de quatre fois supérieur au crédit alloué par le Grand Conseil pour financer les travaux concernés et près de deux fois supérieur au devis réalisé par le bureau d'ingénieurs mandaté par le Service des routes pour préparer l'appel d'offres correspondant.

Le recourant fait grief au Tribunal administratif d'avoir appliqué de manière arbitraire la notion de "justes motifs" permettant d'interrompre la procédure d'adjudication. A cet égard, il soutient que le Tribunal administratif n'a pas établi que son offre était surfaite en même temps qu'il reproche au Département cantonal d'avoir fait preuve d'une imprévoyance coupable dans son estimation du coût des travaux. Il estime dès lors que le maître de l'ouvrage ne pouvait pas interrompre la procédure sous prétexte d'un dépassement de crédit, car cette cause lui était connue ou aurait dû lui être connue lors de l'appel d'offres déjà.
6.3 Il est certain que la première estimation du coût des travaux était peu fiable, ayant apparemment été faite dans une certaine urgence et, comme l'ont constaté les premiers juges, en négligeant la prise en compte de certains aspects, comme le mauvais état des infrastructures ou leurs dimensions effectives. Le Département cantonal ne conteste du reste pas cet état de fait, mais précise que des expertises rendues en septembre 2004 et juillet 2005, soit avant le vote du crédit-cadre, avaient conclu que les trois estacades apparaissaient dans un bon état de conservation. Ce n'était que lors des opérations préparatoires précédant la mise en soumission des travaux que des analyses chimiques avaient révélé que le béton armé était attaqué par des chlorures et que le Département cantonal avait dû se résoudre à admettre que les contreforts des estacades devaient être reconstruits et pas seulement assainis.

Cela étant, l'interruption de la procédure n'a pas été décidée sur la base de la première et inexacte estimation effectuée par le Service cantonal des routes, mais en comparant la soumission du recourant au devis estimatif réalisé en janvier 2006 par le bureau d'ingénieurs Z._____ SA après la découverte du mauvais état de conservation des estacades. Certes, le recourant conteste la valeur probante de cette seconde estimation, en soutenant qu'elle est dénuée de toute valeur probante et a été produite pour les seuls besoins de la cause. Il n'étaye cependant pas ses affirmations, mais se borne à relever que la pièce litigieuse n'est pas datée, n'a pas été mentionnée dans les notes du Service cantonal des routes et n'a été invoquée que tardivement en procédure cantonale. De telles critiques, de nature appellatoire, ne démontrent pas en quoi la seconde estimation produite par le Département cantonal serait arbitraire; elles sont dès lors irrecevables (cf. les arrêts cités supra consid. 2 in fine). Au demeurant, l'intimé a explicité de manière convaincante les principaux points sur lesquels l'offre litigieuse lui paraissait surfaite au vu de la nouvelle estimation (par exemple les frais d'installation du chantier), sans que le
recourant ne réfute ces explications, en procédure fédérale, autrement que par des allégués relativement vagues

sur l'ampleur et la difficulté des travaux à réaliser.

Dans ces conditions, c'est sans arbitraire que les premiers juges ont considéré, en se fondant sur la seconde estimation, que l'offre du Consortium était objectivement surévaluée et que l'interruption de la procédure était pour ce motif justifiée (cf. art. 41 lettre d RLMP-VD). N'importe quelle différence de prix n'aurait certes pas autorisé pareille décision. Dans le cas d'espèce, l'écart était toutefois considérable, le prix offert (4'131'065 fr. 35 TVA comprise, ou 3'839'280 fr. TVA non comprise) étant environ 250% plus élevé que le montant de la première estimation (1'160'000 fr., TVA comprise) et environ 85% plus élevé que l'estimation du bureau d'ingénieurs Z._____ SA finalement prise comme base de référence par le maître de l'ouvrage (soit 2'222'146 fr., TVA non comprise), ce qui, en valeurs absolues, représentait des différences de prix (en chiffres arrondis) de respectivement 2'970'000 fr. et 1'617'000 fr. A titre de comparaison, même si l'on ne connaît pas la valeur à laquelle les travaux ont été estimés par Z._____ SA pour les lots nos 2 et 3, ni même, d'ailleurs, si une telle estimation a seulement été effectuée, l'on sait en revanche que le lot no 2 a été adjugé au Consortium au prix de 4'667'364 fr. (TVA
comprise), soit un montant environ 28% plus élevé que la première estimation (3'650'000 fr., TVA comprise), et que le lot no 3 a été adjugé à un tiers au prix de 1'237'000 fr. (TVA non comprise), soit un montant environ 129% plus élevé que la première estimation (de 540'000 fr., TVA non comprise), ce qui, en valeurs absolues, représente des différences de prix (en chiffres arrondis) de respectivement 1'047'000 fr. et 697'000 fr. Qu'ils soient exprimés en valeurs absolue ou relative, les écarts entre les prix estimés par le Service des routes et les prix offerts étaient donc nettement moindres pour les lots nos 2 et 3 que pour le lot no 1. Par ailleurs, l'adjudicateur pouvait, en l'occurrence, se montrer d'autant plus prudent dans son appréciation et accorder d'autant plus d'importance à l'estimation du bureau d'ingénieurs Z._____ SA qu'il ne disposait que d'une seule offre pour se faire une idée de la situation et prendre sa décision et que le marché portait, au surplus, sur un montant relativement important.
6.4 Le recourant invoque également une violation du principe de la bonne foi sous un double aspect.
6.4.1 Premièrement, il estime que le Service cantonal des routes a lancé un appel d'offres sans avoir correctement estimé le coût des travaux et sans s'être sérieusement assuré de leur financement, en méconnaissance des règles de la bonne foi: à ses yeux, celles-ci interdiraient en effet à un adjudicateur de solliciter des offres dans un but purement exploratoire sans avoir l'intention d'adjuger le marché, du moins sans avoir pris les précautions minimales pour qu'une telle adjudication soit possible.

Il est certain qu'un tel comportement pourrait, selon les circonstances, engager la responsabilité précontractuelle du maître de l'ouvrage. Mais le simple fait qu'une première estimation se soit révélée inexacte ne suffit toutefois pas à établir pareille grave violation des règles de la bonne foi. Par ailleurs, le Département cantonal a expliqué d'une manière plausible son erreur par le fait que les premières expertises réalisées avant le lancement de l'appel d'offres n'avaient pas permis de se rendre compte du mauvais état de conservation des estacades, ce point n'ayant été mis en évidence que plus tard par des analyses chimiques du béton.
6.4.2 Secondement, le recourant voit une violation du principe de la protection de la bonne foi dans le fait que le Service cantonal des routes aurait beaucoup trop tardé avant d'interrompre la procédure, alors qu'une telle décision s'imposait dès l'ouverture des offres et la constatation qu'il n'y avait qu'une seule soumission.

Il est vrai que l'interruption de la procédure immédiatement après l'ouverture des offres eût été envisageable. On ne peut cependant pas reprocher au maître de l'ouvrage d'avoir pris la peine d'étudier de manière plus approfondie la question du prix, notamment en demandant au soumissionnaire des explications complémentaires à ce sujet, afin de s'assurer que des éléments ne lui avaient pas échappé malgré ses précautions et la prise en compte d'une seconde estimation fondée sur des données plus sûres et fiables que la première. Par ailleurs, il semble que la décision d'interrompre la procédure n'appartenait pas au seul maître de l'ouvrage, mais que celui-ci devait obtenir l'aval du Comité de pilotage avant toute décision sur ce point (cf. lettre du 11 avril 2006 du Service cantonal des routes au Comité de pilotage). De toute façon, le maître de l'ouvrage a interrompu la procédure le 21 mars 2006, soit moins d'un mois après l'ouverture des offres le 18 avril. On ne saurait donc considérer qu'il a pris un temps déraisonnable pour se décider au vu des circonstances. Enfin et surtout, il n'a assorti cette attente d'aucune promesse (expresse ou tacite) d'adjudication.
7.

Entièrement mal fondé, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. Le recourant, qui succombe, supportera les frais judiciaires (cf. art. 156 al. 1, 153 et 153a OJ) et n'a pas droit à des dépens (cf. art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
Un émolument judiciaire de 12'000 fr. est mis à la charge du recourant.
3.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire du recourant, au Département des infrastructures du canton de Vaud, Secrétariat général, et au Tribunal administratif du canton de Vaud.
Lausanne, le 8 mai 2007
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: