

# **BGer 2D\_31/2018 vom 1. Februar 2019**

Bundesgericht, 2019-02-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2D\\_31\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_31_2018)

FR: TF 2D\_31/2018 du 1 février 2019

IT: TF 2D\_31/2018 del 1 febbraio 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence ( art. 29 al. 1 LTF ). Il contrôle donc librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 141 II 113 consid. 1 p. 116).

#### **E. 1.1**

La présente cause relève du droit public ( art. 82 let. a LTF ). Dans le domaine des marchés publics, un recours en matière de droit public n'est recevable, en vertu de l' art. 83 let. f LTF, qu'à la double condition que la valeur du mandat à attribuer soit supérieure ou égale aux seuils déterminants prévus à cet effet et que la décision attaquée soulève une question juridique de principe ( ATF 141 II 113 consid. 1.2 p. 116 s. et les références). Il incombe à la partie recourante de démontrer la réalisation de ces deux conditions (cf. art. 42 al. 2 LTF ; ATF 141 II 113 consid. 1.2 p. 117 et les références), qui sont cumulatives (arrêts 2D\_42/2016 du 3 octobre 2017 consid. 1.1; 2C\_384/2016 du 6 mars 2017 consid. 1.2, non publié in ATF 143 I 177 ). Dès lors que le consortium recourant indique à juste titre que l'arrêt entrepris ne soulève pas de question juridique de principe, c'est à bon droit qu'il a interjeté un recours constitutionnel subsidiaire (cf. arrêt 2D\_42/2016 du 3 octobre 2017 consid. 1.1).

#### **E. 1.2**

Le consortium recourant, agissant par les sociétés qui le composent, dispose de la qualité pour recourir: il a participé à la procédure cantonale et, en tant que soumissionnaire évincé, positionné au deuxième rang dans le cadre d'une procédure ouverte d'adjudication, il peut justifier d'un intérêt juridique à obtenir l'annulation ou la modification de la décision attaquée (cf. art. 115 LTF ). En effet, outre une violation de son droit d'être entendu, le consortium recourant fait valoir divers griefs, dont le fait d'avoir été privé arbitrairement de 7,88 points dans l'évaluation de son offre, qui, pris dans leur ensemble, pourraient le faire passer au premier rang et emporter le marché s'il devait obtenir gain de cause (concernant l'intérêt à recourir, cf. ATF 141 II 14 consid. 4.6 à 4.8 p. 31 ss).

#### **E. 1.3**

En outre, la conclusion du contrat relatif au marché en cause entre l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire ne supprime pas l'existence d'un intérêt actuel à faire constater l'illicéité de l'adjudication, en lien avec une éventuelle action en dommages-intérêts (cf. ATF 141 II 307 consid. 6.3 p. 313; 141 II 14 consid. 4.6 p. 31; art. 18 al. 2 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics, modifié le 15 mars 2001 [AIMP; RSV 726.91]; art. 9 al. 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur [LMI; RS 943.02]). Par conséquent, en tant que le consortium recourant a uniquement pris des conclusions en constatation de l'illicéité de l'adjudication du 13 novembre 2017, celles-ci sont recevables (cf. arrêt 2D\_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 1.3 et les références).

#### **E. 1.4**

Pour le surplus, le recours est dirigé contre une décision finale ( art. 90 LTF par renvoi de l' art. 117 LTF ). Il a été déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF par renvoi de l' art. 117 LTF ) et dans les formes prescrites ( art. 42 et 106 al. 2 LTF par renvoi de l' art. 117 LTF ). Il est par conséquent recevable.

#### **E. 2.1**

Le recours constitutionnel subsidiaire ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels ( art. 116 LTF ). En vertu de l' art. 106 al. 2 LTF , applicable par renvoi de l' art. 117 LTF , les griefs y relatifs doivent être invoqués et motivés par le recourant, à savoir expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée, en précisant en quoi consiste la violation (cf. ATF 139 I 229 consid. 2.2 p. 232). Celui-ci ne peut donc se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit remettre en cause les considérants de la décision attaquée sous des aspects relevant des droits constitutionnels ( ATF 134 II 349 consid. 3 p. 352; arrêt 2C\_58/2018 du 29 juin 2018 consid. 2.1).

#### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 118 al. 1 LTF ). Il peut néanmoins rectifier ou compléter les constatations de cette autorité si les faits ont été constatés en violation d'un droit constitutionnel ( art. 116 et 118 al. 2 LTF ), ce que le recourant doit démontrer d'une manière circonstanciée et précise, conformément aux exigences de motivation posées à l' art. 106 al. 2 LTF (par renvoi de l' art. 117 LTF ; cf. consid. 2.1 ci-dessus). Par ailleurs, aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut en principe être présenté devant le Tribunal fédéral ( art. 99 al. 1 LTF , par renvoi de l' art. 117 LTF ).

#### **E. 3**

Dans un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu ( ATF 132 V 387 consid. 5.1 p. 390), le consortium recourant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu. Il prétend ne pas avoir eu accès à l'intégralité du dossier relatif à l'offre et à l'évaluation de la société adjudicataire.

#### **E. 3.1**

Le droit d'être entendu garanti par l' art. 29 al. 2 Cst. s'applique également aux procédures de marchés publics. Les parties à de telles procédures ont donc en particulier le droit de consulter le dossier et de se déterminer sur les allégués de fait déterminants. La procédure de marchés publics appelle toutefois certains aménagements dans l'application de cette garantie constitutionnelle. Ainsi, les offres seront notamment traitées de manière confidentielle entre les différents soumissionnaires (cf. art. XIV al. 3 de l'accord du 15 avril sur les marchés publics [RS 0.632.231.422], art. 11 let . g AIMP), principe qui est également valable devant les autorités de recours ( ATF 139 II 489 consid. 3.3 p. 496 et les références).

#### **E. 3.2**

Il ressort de l'arrêt entrepris que, dans un premier temps, le 9 février 2018, les parties ont reçu un exemplaire du rapport d'évaluation du 2 novembre 2017 de la part de l'adjudicateur. Ce rapport ne contenait que les informations concernant chacune d'entre elles, celles

relatives aux autres soumissionnaires ayant été caviardées. Le 22 mars 2018, après que chacune des parties a eu l'occasion de signaler au Tribunal cantonal quelles informations elles ne désiraient pas transmettre à la partie adverse, celui-ci a fait parvenir au consortium recourant le rapport précité contenant des informations caviardées par l'adjudicataire sur trois des 79 pages. Depuis cette date, à l'exception de la présente procédure devant le Tribunal fédéral, le consortium recourant ne s'est plus plaint de ce que la transmission de ce rapport violait son droit d'être entendu.

Le consortium recourant fait valoir devant le Tribunal fédéral que ce sont justement ces trois pages qui contiennent les informations ayant entraîné l'écart de points entre les concurrents et qu'il est choquant qu'il n'ait jamais pu se prononcer sur ces éléments. Il est également d'avis qu'avec ces informations, il aurait pu démontrer que le Tribunal cantonal a arbitrairement confirmé la notation de l'adjudicataire. Finalement, il estime encore qu'il est douteux que seuls des secrets d'affaire ou de fabrication aient été caviardés, puisque certaines informations avaient trait à l'organisation interne de l'entreprise adjudicataire et que, selon lui, il faut nier le caractère secret de telles informations.

### **E. 3.3**

En premier lieu, on rappellera au consortium recourant que, contrairement à ce qu'il semble penser, les questions d'organisation interne d'une entreprise constituent justement un secret d'affaires (cf. ATF 142 II 268 consid. 5.2.3 p. 279). En tout état de cause, on relèvera qu'à aucun moment après avoir reçu le rapport caviardé, le consortium recourant n'a demandé au Tribunal cantonal une version du rapport contenant plus d'informations, ni ne lui a requis de lever certaines incertitudes. Depuis le 22 mars 2018 et la remise du rapport, le consortium recourant a pourtant bénéficié d'un délai suffisant pour ce faire. Ainsi, outre qu'il aurait eu l'occasion de soulever certains points lors de l'audience d'instruction intervenue le 26 mars 2018, il avait également la possibilité de se prononcer dans le délai imparti au 11 avril 2018 par l'autorité précédente aux parties pour se déterminer (voire même de demander une prolongation de délai s'il avait estimé celui-ci trop court). Dans ces conditions, le consortium recourant ne saurait venir devant le Tribunal fédéral invoquer une violation de son droit d'être entendu, alors qu'il aurait pu et dû se plaindre auprès de l'autorité précédente de la transmission prétendument insuffisante du rapport d'évaluation du 2 novembre 2017 (cf. ATF 142 I 155 consid. 4.4.6 p. 158 s. et les références). Il convient par conséquent d'écarter ce grief.

### **E. 4.1**

Le consortium recourant fait en outre valoir une violation de l' art. 8 al. 2 Cst. , estimant que les explications données par le pouvoir adjudicateur quant à l'octroi de la note 1 pour le sous-critère CAD 2.2 sont discriminatoires. Ces explications sont les suivantes: " Manque clairement d'indication sur l'organisation à mettre en place en tant qu'entreprise étrangère pour réaliser le marché en Suisse. Les réponses aux questions, suite à l'audition, sont lacunaires et ne permettent pas de comprendre l'organisation ". L'adjudicateur a encore relevé devant le Tribunal cantonal qu'il est " légitime d'examiner l'organisation mise en place par un soumissionnaire étranger pour exécuter les travaux en Suisse, y compris la question du respect des dispositions sur la protection des travailleurs et sur les conditions de travail et de salaire ". Le consortium recourant est encore d'avis que l'organigramme qu'il a remis avec son offre remplissait les exigences du cahier des charges en faisant apparaître les noms des principaux intervenants indiqués "personnes-clés" dans l'annexe R6 et que le

cahier de charges n'exigeait pas que soient mentionnées les entités intervenant dans l'exécution du marché. Il conclut en relevant que, selon lui, par ses questions et informations supplémentaires, le pouvoir adjudicateur a en réalité posé des exigences supplémentaires au consortium recourant en raison de son siège à l'étranger et que ces questions n'auraient pas été posées à une entreprise suisse.

#### **E. 4.2**

Tout d'abord on relèvera que la motivation du recours quant à la violation de l' art. 8 al. 2 Cst. ne saurait être considérée comme étant suffisante au sens de l' art. 106 al. 2 LTF par renvoi de l' art. 117 LTF . Le consortium recourant s'en prend en effet presque exclusivement à la motivation du pouvoir adjudicateur, sans expliquer à suffisance en quoi celle du Tribunal cantonal serait contraire à la disposition constitutionnelle invoquée. Or, une telle façon de faire ne saurait être admise en raison de l'effet dévolutif complet du recours déposé auprès du Tribunal cantonal (cf. ATF 136 II 539 consid. 1.2 p. 543). En tout état de cause, on relèvera que, dans ses explications, l'autorité précédente a clairement expliqué qu'il était attendu des soumissionnaires qu'ils indiquent les "personnes-clés" et les "personnes pouvant engager l'entreprise". Dans ces conditions, il pouvait être exigé d'eux qu'ils donnent des informations quant aux entités qui interviendraient dans l'exécution du marché. En outre, rien dans les explications ayant conduit à la note 1 pour le sous-critère CAD 2.2 ne laisse transparaître un quelconque cas de discrimination du consortium recourant par rapport à un autre soumissionnaire en raison de la nationalité des entreprises qui le constituent. Les explications fournies dans le rapport par l'adjudicateur se limitent à constater l'absence d'indications quant à l'organisation qui sera mise en place. Ainsi, le consortium recourant ne démontre pas de manière précise en quoi il serait victime d'une inégalité de traitement ou d'un traitement discriminatoire par rapport à d'autres personnes dans la même situation que lui, se contentant bien plus de proposer certaines hypothèses qui ne sauraient être suivies. Dans ces conditions, on ne peut qu'écarter le grief de violation de l' art. 8 al. 2 Cst. En tant que le consortium recourant entendait en plus se plaindre de violations de l'art. 3 al. 1 de l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP; RS 0.632.231.422), de l'art. 1 al. 2 let. b de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (A-IMP; RSV 726.91) et de l'art. 6 let. a de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP/VD; RSV 726.01), son grief ne peut qu'être écarté, ces dispositions ne pouvant être invoquées sans référence à un droit constitutionnel, notamment à l'interdiction de l'arbitraire (cf. consid. 2.1 ci-dessus; arrêt 2C\_841/2016 du 25 août 2017 consid. 3).

#### **E. 5**

Dans un dernier grief, le consortium recourant se plaint d'arbitraire dans l'application du droit cantonal et dans l'appréciation des preuves, soulevant en particulier une violation du principe de la transparence.

##### **E. 5.1**

Comme on l'a mentionné précédemment (cf. consid. 2.1 ci-dessus), seule la violation de droits constitutionnels peut être invoquée dans le cadre d'un recours constitutionnel subsidiaire ( art. 116 LTF ). Le consortium recourant peut donc se plaindre d'arbitraire (cf. art. 9 Cst. ) et de violation de l'égalité de traitement (cf. art. 8 Cst. ) ou encore de son droit d'être entendu (cf. art. 29 Cst. ). En revanche, il ne peut soulever une violation du principe de la transparence, dès lors que celui-ci n'est pas un droit constitutionnel au sens de l' art.

116 LTF (cf. arrêt 2D\_87/2008 du 10 novembre 2008 consid. 1.6 et les références). Les critiques découlant directement d'une violation de ce principe seront donc écartées sans autre examen. Ce n'est que dans la mesure où ce grief se confond avec celui d'arbitraire qu'il peut être examiné.

### **E. 5.2**

Dans un premier grief d'arbitraire, le consortium recourant s'en prend à la pondération des sous-critères relatifs aux sous-critères CAD 2.1 et CAD 2.2 (

recte CAD 2.4), estimant en particulier que leur pondération n'a pas été indiquée dans l'appel d'offres. Ces sous-critères n'étant pas pondérés de manière égale, cela aurait dû être communiqué aux soumissionnaires. Le consortium recourant reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir violé le principe de la transparence et au Tribunal cantonal d'avoir confirmé cette violation.

La motivation à propos de ce grief ne remplit nullement les conditions de l'art. 106 al. 2 LTF, par renvoi de l'art. 117 LTF, pour se plaindre d'une appréciation arbitraire du droit de la part du Tribunal cantonal. Pour cette raison déjà, il convient d'écarter le grief. Quand bien même il faudrait considérer les arguments du consortium recourant comme étant suffisants, cela ne conduirait pas à un autre résultat, dans la mesure où la motivation de l'autorité précédente n'est aucunement arbitraire. En effet, celle-ci a tout d'abord rappelé la jurisprudence relative au principe de la transparence et en particulier le fait que l'indication des sous-critères n'est pas nécessairement requise, pour autant qu'ils ne fassent que concrétiser les critères principaux (cf. ATF 143 II 553 consid. 7.7 p. 566 et les références). Prenant en compte cette jurisprudence et l'appliquant aux sous-critères des sous-critères CAD 2.2 et CAD 2.4, le Tribunal cantonal est arrivé à la conclusion pleinement soutenable que ceux-ci n'avaient pas à être préalablement communiqués aux soumissionnaires. On ajoutera que cette solution est d'autant moins arbitraire que les sous-critères CAD 2.2 et 2.4, ainsi que leur pondération, avaient été communiqués lors de l'appel d'offres et que rien n'indique que les sous-critères de ces deux sous-critères ne fassent pas que les concrétiser. Le consortium recourant ne le démontre d'ailleurs pas.

### **E. 5.3**

Le consortium recourant s'en prend ensuite à l'appréciation arbitraire des preuves effectuée par l'autorité précédente, en tant que celle-ci se serait fondée sur une simulation fournie par le pouvoir adjudicateur pour retenir que, même si le principe de la transparence avait été violé, cela n'aurait pas eu d'incidence sur le résultat. Or, comme on l'a vu, il n'est pas arbitraire de considérer que le principe de la transparence n'a pas été violé, raison pour laquelle il n'est pas nécessaire d'examiner la motivation alternative du Tribunal cantonal, ni de se prononcer sur la nature formelle de la violation du principe de la transparence. En tout état de cause, on relèvera encore que le consortium recourant cherche à démontrer l'arbitraire de la simulation produite par le pouvoir adjudicateur, et confirmée par le Tribunal cantonal, en prenant comme exemple le sous-critère CAD 3.1. Force est ici cependant de constater que le consortium recourant n'a pas soulevé l'arbitraire dans l'application du principe de la transparence en relation avec ce sous-critère. On ne voit donc pas en quoi en démontrer l'arbitraire dans la simulation proposée par l'autorité adjudicatrice serait pertinent en l'espèce. Ce grief ne peut par conséquent qu'être écarté.

### **E. 5.4**

Le consortium recourant fait également grief au Tribunal cantonal d'avoir arbitrairement considéré que la méthode d'évaluation des offres a été arrêtée avant le dépôt de celles-ci. Selon lui, il n'existait aucun moyen de preuve pour retenir une telle conclusion, le Tribunal cantonal s'étant contenté de "vagues" déclarations du pouvoir adjudicateur lors de l'audience d'instruction. En l'occurrence, il ressort de l'arrêt entrepris qu'après la publication de l'appel d'offres, les éléments d'appréciation qui n'étaient pas contenus dans le dossier d'appel d'offres avaient été affinés à la fin du mois de mai 2017. Même si ces faits se fondent sur les déclarations du pouvoir adjudicateur, comme le relève l'autorité précédente, il n'est pas arbitraire de s'y fier, notamment en l'absence de tout élément laissant envisager le contraire. Il est pleinement soutenable de conclure, comme l'a fait le Tribunal cantonal, qu'un mois et demi avant le dépôt des offres, les instruments servant à évaluer celles-ci avaient été déterminés.

#### **E. 5.5**

Pour le surplus, le consortium recourant fait encore valoir l'arbitraire dans l'appréciation des preuves et dans l'application du droit des marchés publics en relation avec la notation des critères, respectivement sous-critères CAD 2.2, 3.1 et 5. Compte tenu du fait qu'en relation avec ces éléments, il demande une modification de sa note de 7,88 points et que la différence existant entre sa note générale et celle de l'adjudicataire est de 19,55 points, il n'est pas nécessaire d'en examiner le caractère arbitraire. Même si l'on devait admettre l'arbitraire dans la notation des critères et sous-critères CAD 2.2, 3.1 et 5, la nouvelle notation n'aurait en effet aucune incidence sur le résultat final, dès lors qu'en écartant les griefs examinés ci-dessus et en modifiant la note générale du consortium recourant de 7,88 points, celle-ci passerait à 414.57, alors que celle de l'adjudicataire resterait à 426.24.

#### **E. 5.6**

Pour le surplus, les éventuelles autres critiques contenues dans le mémoire de recours, faute de se fonder sur des faits retenus par l'autorité précédente ou d'être motivées conformément aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF par renvoi de l'art. 117 LTF, doivent être écartées sans autre examen.

#### **E. 6**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours. Succombant, les sociétés constituant le consortium recourant doivent supporter les frais judiciaires, solidairement entre elles ( art. 66 al. 1 et 5 LTF ) et verser une indemnité de dépens à l'intimée adjudicataire qui, représentée par un avocat, a pris des conclusions en rejet du recours ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ). Le Centre hospitalier universitaire vaudois, organisation chargée de tâches de droit public qui obtient gain de cause dans l'exercice de ses attributions officielles, n'a pas droit à des dépens ( art. 68 al. 3 LTF ).

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