

## **VD\_OMNI GE.2001.0032 vom 22. Juni 2001**

VD Tribunal cantonal, 2001-06-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2001.0032](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2001.0032)

FR: VD\_OMNI GE.2001.0032 du 22 juin 2001

IT: VD\_OMNI GE.2001.0032 del 22 giugno 2001

### **Regeste**

c/GHOL SA et ILS SA | L'absence d'une recommandation écrite - la recommandation étant toutefois mentionnée dans les annexes à l'offre - pouvait être réparée par la production ultérieure du document (la solution inverse pouvait apparaître trop formaliste).

### **Erwägungen**

#### **E. 12**

al. 1 let. a et b AIMP). La procédure sélective distingue deux phases, à savoir une première au cours de laquelle le pouvoir adjudicateur examine l'aptitude des candidats, seuls ceux considérés comme suffisamment qualifiés étant invités à participer à la seconde phase, par le dépôt d'une offre. Dans la procédure ouverte, les soumissionnaires sont invités d'emblée à déposer une offre; il n'en reste pas moins que leur dossier doit comporter des éléments de nature à permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier s'ils présentent les qualifications nécessaires. bb) On rappelle que le principe de transparence, cardinal en matière de marchés publics, exige que le marché soit adjugé sur la base de critères annoncés à l'avance aux différents participants. Il en découle en outre que ces critères doivent ensuite, lors de l'analyse des soumissions, être appliqués de manière non discriminatoire à l'ensemble des entreprises concurrentes. Plus concrètement, les critères doivent être énoncés dans l'ordre de leur importance, l'indication du poids respectif de chacun devant être précisé également. On constate ici un lien direct entre le principe de transparence (qui implique l'énoncé de règles s'appliquant de manière générale au marché considéré) et celui de non-discrimination (l'existence de telles règles prévient en effet les discriminations, pour autant que celles-ci soient appliquées de manière conforme au principe de l'égalité de traitement). Le principe de transparence s'applique au demeurant indifféremment aux critères de qualification, qui doivent permettre de vérifier l'aptitude des candidats, et aux critères d'évaluation de l'offre proprement dite (critères d'adjudication au sens étroit), qui doivent permettre de déterminer l'offre économiquement la plus favorable au sens de l'art. 38 RMP. A ces deux catégories de critères, on peut encore en ajouter une troisième, qui concerne les conditions d'accès au marché (voir à ce sujet art. 33 RMP, qui parle des motifs d'exclusion d'une offre). Ces dernières sont bien évidemment soumises également au principe de transparence. cc) Les procédures de marché public revêtent un certain formalisme. Celui-ci s'exprime notamment par la fixation de certains délais, à caractère péremptoire (typiquement : le délai de dépôt des offres), et la nécessité d'appliquer les règles procédurales de manière uniforme à l'endroit de l'ensemble des candidats (voir par exemple art. 19 al. 1 et 2 RMP). L'art. 33 al. 1 let. k RMP relève du même esprit. Il prévoit qu'une offre peut être exclue lorsqu'elle n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, qu'elle est incomplètement remplie ou qu'elle a subi des adjonctions ou modifications. Cependant, dans le domaine des marchés publics, comme dans d'autres, le pouvoir adjudicateur doit

respecter le principe de la prohibition du formalisme excessif (on renvoie à ce propos à l'étude de Moser, op. cit., p. 687 s. et références citées, notamment l'arrêt vaudois commenté par Olivier Rodondi, RDAF 1999 I 286; v. également J.-B. Zufferey, La jurisprudence récente en droit des marchés publics, in Journées du droit de la construction 2001, spécialement les précédents cités sous n o 60, 61, 68; v. enfin Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag, ZBl 2000, 225, spéc. 229 s. et 235; v. aussi ATF non publiés des 13 février 2001 - 2P.231/2000, qui concernait l'exclusion d'une offre gravement lacunaire - et du 6 novembre 2000 - 2P.122/2000, où l'offre exclue avait été mal remplie, s'agissant des prestations offertes, parce que les documents d'appel d'offres avaient été mal compris par le soumissionnaire exclu). Dans le même esprit, l'art. 34 al. 2 RMP prévoit la correction d'erreurs évidentes apparaissant dans les offres, ce qui constitue une cautèle au principe selon lequel les offres, une fois déposées, sont intangibles (pour des exemples jurisprudentiels récents, portant sur de telles corrections, voir ATF du 26 juin 2000, paru en extraits SJ 2001 I 172, consid. 3b; voir également ATF non publié du 30 mai 2000, 2P. 151/1999, consid. 3; v. également art. 35 RMP et Zufferey, op. cit. n o 57 au sujet de la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de recueillir des explications de soumissionnaires au sujet de leurs offres). b) Dans le cas d'espèce, les recommandations exigées par les documents d'appel d'offres devaient permettre à l'autorité adjudicatrice de vérifier les qualifications des candidats. Ces documents fournissaient une première indication que l'autorité précitée pouvait vérifier en s'adressant directement auprès de leurs auteurs. Les parties sont d'accord pour admettre comme indispensable l'existence de recommandations émanant de deux établissements à caractère hospitalier au moins; en d'autres termes, cette exigence présentait un caractère éliminatoire. La recourante, respectivement le pouvoir adjudicateur divergent au surplus sur la portée des documents d'appel d'offres à ce sujet; selon l'autorité intimée, on ne pouvait en déduire aucune autre exigence conduisant à la disqualification du soumissionnaire qui ne la respecterait pas, alors que, pour la recourante, il convenait d'éliminer d'emblée l'auteur d'une offre, qui aurait certes présenté des recommandations émanant de deux hôpitaux, mais dont les relations avec ceux-ci seraient inférieures à 3 ans; en outre - sur un plan plus formel - les recommandations en question devaient être déposées sous forme écrite, dans le délai de dépôt des offres. aa) Pour l'autorité intimée, l'exigence d'une relation contractuelle de 3 ans au moins revêtait certes de l'importance, pour apprécier l'ampleur de l'expérience acquise par les soumissionnaires dans le secteur en question; en revanche cela ne devait pas constituer un motif d'exclusion du marché, à défaut de quoi l'appel d'offres eût été inutile, seules L. et X. pouvant véritablement remplir cette condition sur le marché actuel des blanchisseries de hôpitaux vaudois. Or, il s'agissait précisément d'ouvrir ce marché à la concurrence, cela dans le but de réaliser les économies que le rapport Atag estimait réalisables. Pour l'autorité intimée, seuls les éléments figurant expressément comme éliminatoires dans le tableau des critères d'évaluation joint aux documents d'appel d'offres pouvaient conduire à la disqualification (mention : "disqua.-") de l'entreprise intéressée; ainsi, tel n'était le cas, s'agissant des recommandations, que d'un dossier qui n'aurait pas comporté deux recommandations d'établissements hospitaliers au moins. La recourante pour sa part estime que cet élément éliminatoire doit être compris au surplus en relation avec l'indication de durée donnée dans la liste des documents à produire, au chiffre 6 de l'annexe 1 des documents d'appel d'offres. Cette seconde interprétation apparaît comme parfaitement soutenable, voire même plus proche de la lettre de ces deux documents. Il faut d'ailleurs souligner que la formulation utilisée revêt un poids non négligeable dans le domaine des marchés publics, compte tenu

du principe de la transparence, dont il découle notamment que le pouvoir adjudicateur est lié par les conditions qu'il pose, respectivement les critères de sélection et d'adjudication qu'il choisit. Cependant, ce dernier dispose également d'une certaine latitude de jugement, ainsi que d'une certaine liberté d'appréciation quant à l'interprétation qu'il entend donner de l'appel d'offres, pour autant que cette dernière repose sur des éléments objectifs ou ne soit pas clairement contraire au texte dont il s'agit de cerner le sens. En l'état, l'annexe 1 des documents d'appel d'offres énonçait 26 lots de documents à produire; il résultait toutefois de la grille d'évaluation que le fait de ne pas produire l'ensemble de ces documents n'était pas éliminatoire (on indiquait par exemple clairement que n'était éliminé d'emblée que le candidat qui n'avait produit que 17 lots de documents ou moins). Ladite grille mentionnait au surplus d'autres conditions à caractère éliminatoire et c'était le cas en regard du critère de la satisfaction des clients (recommandations). Sur ce point précis, l'autorité intimée fait valoir que ce tableau exprimait de manière exhaustive les cas d'exclusion du marché; il découle de cette interprétation que la présence de deux recommandations d'établissements hospitaliers était suffisante, sans qu'il soit nécessaire au surplus que la relation d'affaires avec ceux-ci ait atteint une durée de 3 ans au moins. Tout bien considéré, le tribunal retient que cette seconde interprétation est également soutenable et que, par conséquent, elle peut être admise, compte tenu de la marge d'appréciation qui doit être laissée au pouvoir adjudicateur. Au demeurant, le fait que l'adjudicataire ait compris les documents précités dans le même sens que l'autorité intimée n'apparaît pas nécessairement comme décisif; on peut en effet imaginer également que d'autres entreprises aient été dissuadées de présenter leurs offres au vu de la formulation choisie par le cahier des charges qui, on l'a vu, n'est pas à l'abri de tout reproche. Il reste que l'entreprise intéressée par ce marché pouvait, si elle avait des doutes sur la portée de ces documents, se renseigner auprès du pouvoir adjudicateur, pour éclaircir cette incertitude. En conclusion sur ce point, le tribunal juge admissible l'interprétation retenue par l'autorité intimée, marquée par une volonté d'ouverture du marché, ce qui impliquait une lecture restrictive des motifs d'exclusion de celui-ci (de tels motifs ne devaient donc être opposés à un soumissionnaire que s'ils étaient clairement et expressément énoncés; dans ce sens, v. Lang, op. cit., p. 230). bb) En principe, on l'a vu, le dépôt d'une offre - à savoir d'une offre complète - doit intervenir dans le délai imparti à cet effet; ce dernier ayant un caractère péremptoire, l'offre tardive doit être exclue également (Moser, op. cit., p. 688 et JAAC 63, p. 159 ss). En outre et dans la règle, l'offre doit être accompagnée du dossier de pièces requis par les documents d'appel d'offres. Cependant, en regard des exigences découlant de la prohibition du formalisme excessif, la pratique a admis que certains éléments étaient susceptibles d'être produits après coup. Dans le cas d'espèce, l'adjudicataire avait produit une seule recommandation écrite émanant d'un établissement hospitalier; il avait toutefois indiqué, dans sa liste des personnes de référence émettant de telles recommandations (selon le chiffre 7 de l'annexe 1 des documents d'appel d'offres), les personnes responsables d'une seconde clinique; l'autorité intimée allègue avoir contacté une de ces personnes et aurait effectivement recommandé les services de cette entreprise. Au demeurant, le dossier renferme désormais une recommandation écrite de la clinique en question; on relève à cet égard que ce document n'a été établi que postérieurement au dépôt du présent recours, cela sur demande directe du pouvoir adjudicateur à cet établissement hospitalier. L'autorité intimée fait valoir également, sans que ce point soit établi, que l'adjudicataire a été empêché de produire ce document en temps utile, pour des motifs indépendants de sa volonté (tenant, semble-t-il, à l'absence d'un responsable au sein de la clinique en question). Quoi qu'il en soit, même si la démarche

directe de l'autorité intimée auprès de cet établissement hospitalier peut apparaître quelque peu curieuse, aucun élément - la recourante en tous les cas n'en avance pas - ne permet de mettre en doute la réalité des faits attestés par cette recommandation. Cela étant, la seule question qui subsiste est celle de savoir si la production tardive de la recommandation écrite demandée par les documents d'appel d'offres est un motif suffisant pour écarter l'offre de l'adjudicataire ou si, au contraire, cette solution doit apparaître comme excessivement formaliste. Là encore, le pouvoir adjudicateur doit sans doute disposer d'une certaine marge d'appréciation, qu'il doit exercer en tenant compte notamment de l'ampleur du dossier demandé des candidats, respectivement de l'importance des éléments concernés. Dans le cas présent, le dossier présenté par la recourante apparaît clairement plus complet que celui de l'adjudicataire, sur le plan formel tout au moins (même s'il n'est peut être exempt de tout reproche non plus : l'annexe 5 ayant par exemple été remplie de manière différente de ce que souhaitait le pouvoir adjudicateur; en outre, ce dernier a été contraint de demander des précisions à la recourante au sujet de la formulation de ses prix). Il reste que l'autorité intimée n'a pas abusé de sa liberté d'appréciation en retenant que l'absence d'un document écrit de recommandations émanant d'un établissement hospitalier pouvait être, dans le cas d'espèce, réparée par la production ultérieure de cette pièce (en revanche, si la clinique en question n'avait pas même été mentionnée dans la liste des personnes de contact au sein des entreprises ayant délivré ces attestations, exigée sous chiffre 7 de la liste des pièces à produire, l'adjudicataire aurait sans doute pu, voire dû être éliminé d'emblée). cc) On notera enfin à cet égard que le pouvoir adjudicateur, s'il n'a en définitive pas éliminé l'offre de l'adjudicataire, a néanmoins pénalisé celui-ci en relation avec ce vice formel, en retenant une note de 0 s'agissant du critère de la satisfaction des clients. Au demeurant, il n'y a pas lieu de se demander si cette note est adéquate - parce qu'elle résulterait d'une saine appréciation des éléments du dossier de l'adjudicataire, quand bien même la grille d'évaluation ne paraît pas laisser la place à de telles nuances -, celle-ci n'étant pas critiquée et ce point n'étant par ailleurs pas nécessairement déterminant; en définitive, le tribunal constate en effet que l'autorité intimée pouvait à bon droit renoncer à éliminer d'emblée l'offre de l'adjudicataire (que ce soit pour des motifs matériels, telle une durée des relations contractuelles inférieure à 3 ans, ou formels, dépôt au dossier de la recommandation écrite exigée après l'échéance du délai fixé pour le dépôt des offres) et se contenter d'en tenir compte au moment de la notation des qualifications de celui-ci. dd) Dans ce contexte, il apparaît en outre que la réquisition de l'autorité intimée tendant à l'audition comme témoin de l'intendante de la V. peut être écartée, cette mesure d'instruction apparaissant superflue, au vu des considérations qui précèdent. Il n'apparaît en effet pas décisif de connaître le contenu éventuel de la recommandation orale donnée cas échéant par cette personne lors d'entretiens téléphoniques (dont l'un en tout cas n'est pas établi); en effet, la recommandation écrite émanant de cet établissement, quand bien même elle a été dressée après coup, est suffisante pour établir l'existence de relations contractuelles et la fiabilité du service fourni dans ce cadre. Dans la mesure où le contenu de cette recommandation n'a pas été mis en doute par la recourante (même si elle souligne que cette recommandation ne démontre pas l'existence d'une expérience étendue, ce qui est exact), le tribunal estime qu'il n'y a pas lieu d'élucider ces points de fait plus avant. 3. La recourante soutient subsidiairement que sa propre offre serait, contrairement à ce qu'a retenu l'autorité intimée, économiquement la plus avantageuse; elle fait valoir à cet égard que la méthode de calcul des coûts retenue par le pouvoir adjudicateur serait erronée. a) S'agissant de la méthode précitée, on renvoie tout d'abord à l'exposé figurant dans l'état de fait (ci-avant, lit. F).

L'instruction conduite en audience donne au surplus à penser que cette méthode a été appliquée de manière consciencieuse, rigoureuse et non discriminatoire aux différentes offres; au demeurant, la recourante ne le met pas véritablement en doute. A titre préalable, on relève que cette méthode de calcul ne figurait nullement dans les documents d'appel d'offres, de sorte que la critique évoquée ici s'avère recevable. La recourante soutient pour l'essentiel, sur la base de documents comparatifs (pièce 27 de son dossier d'offres), que les procédés qu'elle applique (facturation à la pièce, information au sein des services sur le coût de traitement de chaque article) conduisent à une réduction de la consommation de linge chez ses clients. Elle ne critique cependant pas expressément le facteur "fréquence" du changement de linge appliqué à chaque article par le pouvoir adjudicateur dans le cas d'espèce. Pour sa part, l'autorité intimée rétorque que ses calculs sont eux aussi fondés sur un coût à la pièce; elle a en effet identifié, pour chaque article le coût de celui-ci sur une période de référence d'une semaine. Pour ce faire, elle a il est vrai tenu compte d'une part d'un prix au kilo formulé par l'adjudicataire et d'autre part d'un prix à la pièce pour la recourante. Quoiqu'il en soit, le pouvoir adjudicateur doit disposer d'une marge d'appréciation étendue, aussi bien dans le choix des critères de sélection ou d'évaluation des offres, que lorsqu'il arrête l'échelle d'évaluation de ces différents critères (v. à ce propos Moser, op. cit., p. 691 s., Zufferey, op. cit., spéc. n o 49; v. aussi ATF non publié du 2 mars 2000, 2P.222/1999 consid. 2c). En l'espèce, il s'agissait pour lui d'arrêter une base de comparaison entre les différentes offres, formulées différemment. Cette approche était non seulement légitime, mais indispensable, pour satisfaire à l'exigence d'une détermination objective de l'offre économiquement la plus favorable. La recourante, à cet égard, paraît se borner à douter qu'il soit possible de cerner de tels coûts de manière objective; c'est une manière de laisser entendre que l'art. 38 RMP ne serait pas applicable pour un marché de blanchisserie, à tout le moins s'agissant du volet coût de la prestation. En l'état et jusqu'à preuve du contraire - celle-ci n'a pas été rapportée à satisfaction par la recourante -, l'application de l'art. 38 RMP apparaît néanmoins comme possible; la méthode appliquée, précisément et même si elle comporte un certain schématisme, tend à répondre à l'exigence d'une évaluation objective du coût des différentes offres. Selon la recourante, cette méthode aboutirait à défavoriser l'offre qu'elle a formulée; à vrai dire, ce grief est présenté sous la forme essentiellement d'une hypothèse (celle d'économies éventuelles en relation avec les conseils qu'elle est à même de dispenser) qui, à supposer qu'elle soit plausible, n'est, en l'état du dossier, pas démontrée. On remarque par ailleurs que la méthode de facturation à la pièce est plus complexe que celle de l'adjudicataire; la recourante fait cependant valoir qu'elle est beaucoup plus conforme à la réalité de ses coûts, car elle résulte en quelque sorte d'une comptabilité analytique. Il reste que le pouvoir adjudicateur n'a pas nécessairement à se préoccuper de la structure des coûts des entreprises soumissionnaires, la seule question déterminante pour lui au moment de l'analyse des offres au regard de l'art. 38 RMP étant celle du prix qui peut lui être facturé. En définitive, si la formule offerte par la recourante était de nature à induire des économies auprès du pouvoir adjudicateur, il lui appartenait de le démontrer; la recourante doit ainsi s'en prendre à elle-même si elle a omis cette démonstration ou si ses tentatives à cet égard ne se sont pas avérées probantes. Cela étant, le tribunal retient en définitive que la recourante n'a pas établi que la méthode choisie par le pouvoir adjudicateur comportait un schématisme réducteur, inadmissible au regard du principe de l'égalité de traitement, ni même que celle-ci conduit un résultat discriminatoire en sa défaveur. Ce second moyen doit ainsi être rejeté: 4. a) Les considérations qui précèdent conduisent le tribunal à rejeter le recours et à confirmer l'adjudication

querellée. b) Vu l'issue du pourvoi, l'émolument d'arrêt devra être mis à la charge de la recourante, qui n'aura au surplus pas droit à l'allocation de dépens. En revanche, l'autorité intimée, dès lors qu'elle l'a emporté avec le concours d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens (art. 55 LJPA). Cependant, le tribunal observe encore ici que la présente procédure a été provoquée, dans une certaine mesure à tout le moins, par une rédaction quelque peu maladroite des documents d'appel d'offres (tout spécialement du chiffre 6 de l'annexe 1 de ceux-ci); il se justifie dès lors de réduire quelque peu la quotité des dépens et d'en fixer le montant à 1'500 fr.

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