

## **VD\_OMNI GE.2006.0079 vom 26. April 2007**

VD Tribunal cantonal, 2007-04-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2006.0079](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2006.0079)

FR: VD\_OMNI GE.2006.0079 du 26 avril 2007

IT: VD\_OMNI GE.2006.0079 del 26 aprile 2007

### **Regeste**

X. \_\_\_\_\_/SYNDICAT AF DE GRANDCOUR, Y. \_\_\_\_\_ | La recourante conteste les notes qui lui ont été attribuées dans le cadre d'une adjudication pour des travaux d'amélioration foncière. Le Tribunal administratif ne contrôle qu'avec une retenue particulière les évaluations du pouvoir adjudicateur concernant les critères d'adjudication lorsqu'il s'agit de questions relevant de compétences techniques spéciales. Sous cet angle, les notes attribuées ne sont pas arbitraires et ne sauraient être remises en question. Le recourant se plaint également d'une violation du principe de transparence et invoque en particulier l'absence de publication de la pondération des sous-critères d'adjudication. A tort, conformément à la jurisprudence du TA, l'exigence de communication ne s'étend pas à l'échelle des notes. Enfin, le recourant invoque l'absence de motivation de la décision entreprise (violation du droit d'être entendu). S'il est vrai que la décision entreprise ne comporte aucune motivation, le recourant a toutefois reçu une explication par oral des motifs de la décision pendant le délai de recours. De plus, le vice a été réparé dans le cadre de la procédure de recours. Recours rejeté.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Les décisions du pouvoir adjudicateur, parmi lesquelles la décision d'adjudication, sont susceptibles de recours, ce dans un délai de dix jours dès leur notification (art. 10 al. 1 let. d de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics; ci-après : LVMP; RS 726.01). La recourante fait partie des soumissionnaires qui ont déposé une offre dans le délai imparti par l'appel d'offre. Elle a été informée par l'autorité adjudicataire par courrier du 4 mai 2006 que son offre n'avait pas été retenue. Son recours, déposé le 15 mai 2006, l'a dès lors été dans le délai de l'art. 10 al. 1 let d LVMP. Il satisfait par ailleurs aux exigences de forme de l'art. 10 al. 1 LVMP et est partant recevable à la forme.

#### **E. 2**

a) Conformément à l'article 11 LVMP, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), et / ou pour constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents (let. b). Le grief de l'inopportunité ne peut pas être invoqué (art. 11 al. 2 LVMP). Le principe de transparence exige que le pouvoir adjudicateur indique aux soumissionnaires potentiels tous les éléments leur permettant de déposer une offre en connaissance de cause; il vise ensuite à obliger cette autorité à respecter les règles du jeu qu'elle a arrêtées, partant à l'empêcher de manipuler les règles d'appréciation qu'elle avait posées par avance. Le marché doit être adjugé sur la base de critères annoncés à l'avance aux différents participants; en effet, la communication des critères lie l'adjudicateur, de sorte que l'offre la plus avantageuse économiquement se détermine en fonction de cette publication (cf. sur cette question, Gauch/Stöckli/Dubey,

Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Institut pour le droit suisse et international de la construction, Fribourg 1999, n° 11.2; Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 116). Doivent en outre être communiqués à l'avance les sous-critères objectivement nécessaires aux soumissionnaires pour la préparation de leur offre et qui ne sont pas inhérents aux critères de base ; les sous-critères qui tendent uniquement à concrétiser des éléments inhérents aux critères publiés n'ont pas à être communiqués (ATF 2P.172/2002 du 10 mars 2003 et 2P.146/2001 et 2P.85/2001, tous deux du 6 mai 2002). En d'autres termes, les critères doivent être compris à l'aide de l'ensemble de la documentation remise aux soumissionnaires et c'est sur cette base qu'un sous-critère pourra être, le cas échéant, qualifié d'inhérent ou non aux critères auxquels il se rapporte. La doctrine a approuvé cette manière de voir (cf. Esseiva, in DC 2003/4 p. 154 ad S38 à 41 ; en outre, selon cet auteur, les sous-critères ne devraient être communiqués à l'avance que s'ils sont connus de l'adjudicateur avant le dépôt des offres). Il découle enfin du principe de la transparence que les critères annoncés – ou implicites – doivent ensuite, lors de l'analyse des soumissions, être appliqués de manière non discriminatoire à l'ensemble des entreprises concurrentes (cf. GE.2005.0054 du 25 janvier 2006). b) Le tribunal rappelle enfin qu'en matière de marchés publics, son pouvoir d'examen varie en fonction de la nature des griefs invoqués. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation lors de l'évaluation des offres. Partant, le Tribunal administratif ne peut contrôler qu'avec une retenue particulière l'évaluation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication, s'agissant de questions relevant de compétences techniques spéciales; en revanche, le tribunal examine librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure d'adjudication (cf. GE.2005.0161 du 9 février 2006, et les références citées). Il va en revanche de soi que le pouvoir adjudicateur doit respecter, dans le processus d'attribution des notes (notamment), le principe de l'égalité de traitement. Cela implique que les critères applicables doivent être posés, puis appliqués en fonction des spécificités du marché à attribuer (voir arrêts TA GE.2003.0072, consid. 3a, bb du 28 octobre 2003 et réf. citées). c) Au surplus, il appartient à l'adjudicateur de configurer le marché mis en soumission comme il l'entend et en fonction de ses besoins; les règles susmentionnées concernent uniquement la procédure, afin d'assurer transparence, non-discrimination et concurrence. Ainsi, même en présence de violations du principe de transparence ou plus spécialement de l'art. 38 du règlement d'application de la loi sur les marchés publics (ci-après RMP; RSV 726.01.1), le Tribunal administratif a confirmé dans sa jurisprudence qu'il n'y avait pas lieu d'annuler une adjudication lorsque de tels vices n'ont pas eu de conséquences sur le résultat du marché; l'autorité adjudicataire doit cependant rapporter la preuve de cette absence d'influence des violations de ces règles de procédure sur l'adjudication (arrêt TA GE.2003.0072 du 28 octobre 2003, consid. 3a et réf. citées).

### **E. 3**

La recourante se plaint dans un premier temps d'une violation du principe de transparence invoquant en particulier l'absence de pondération des sous-critères d'adjudication. Le Tribunal de céans a déjà eu l'occasion de préciser, comme mentionné supra, que les critères doivent être compris à l'aide de l'ensemble de la documentation remise aux soumissionnaires et c'est sur cette base qu'un sous-critère pourra être qualifié d'inhérent ou non aux critères auxquels il se rapporte. Dans l'affirmative, on n'exigera pas du pouvoir adjudicateur qu'il communique celui-ci aux soumissionnaires préalablement au dépôt de leurs offres. Après avoir adopté une position différente, le Tribunal administratif s'est rallié à cette approche (cf. GE.2003.0117 déjà cité). En revanche, l'exigence de communication

préalable ne s'étend pas à l'échelle des notes (GE.2005.0054, consid. 2c). En l'occurrence, l'autorité adjudicataire a transmis dans son appel d'offre et dans les documents adressés aux soumissionnaires les critères en fonction desquels le marché serait adjudgé. Il a indiqué le poids de chaque critère et les a précisé par des sous-critères. Il est vrai que la pondération des sous-critères n'a pas été indiquée. Toutefois, comme mentionné supra, cette manière de faire ne porte pas le flanc à la critique. Ce moyen, mal fondé, doit être rejeté.

#### **E. 4**

La recourante invoque également l'absence de motivation de la décision d'adjudication. Conformément à l'article 42 RVMP, l'adjudicateur doit communiquer ses décisions par notification individuelle, sauf pour les appels d'offre. Les décisions doivent être sommairement motivées et indiquer les voies de recours (art. 42 al. 2 RVMP). En matière de marchés publics, la motivation doit faire référence aux avantages décisifs de l'offre retenue et/ou aux désavantages décisifs de celle qui a été écartée (V. Carron/J. Fournier, *La protection juridique dans la passation des marchés publics*, Fribourg 2002, p. 13; P. Moor, *Droit administratif*, vol. II, Berne 2002, n° 2.2.8.2, p. 299; GE.2005.0062, consid. 2a ). En principe, la violation du droit d'être entendu doit entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (ATF 126 V 130 cons. 2b; 125 V 118 cons. 3; Aubert/Mahon, *op. cit.*, n° 7 ad art. 29 Cst., p. 269). La jurisprudence admet toutefois une exception au principe de la nature formelle du droit d'être entendu. Un manquement à ce droit peut être réparé lorsque la partie lésée a eu l'occasion de s'exprimer devant l'autorité de recours, à condition toutefois que cette dernière dispose du même pouvoir de cognition que l'autorité inférieure (condition qui ne paraît pas remplie en l'espèce au regard de l'art. 11 LVMP), et pour autant qu'il n'en résulte aucun préjudice pour la partie lésée; cette façon de faire, qui doit demeurer exceptionnelle, est exclue lorsque la violation comprend une atteinte grave aux droits des parties (v. ATF 126 I 68 cons. 2; 125 I 209 cons. 9a; 107 Ia 1; Auer/Malinverni/Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2000, vol. II, n° 139; Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, *Die schweizerische Bundesverfassung*, Zurich-Bâle-Genève 2002, n° 26 ad art. 29 Cst, pp. 404-405; P. Moor, *Droit administratif*, vol. II, Berne 2002, n° 2.2.7.4, p. 283 qui relève que le recours à l'exception ne se justifie que lorsque l'administré a lui aussi intérêt à une économie de procédure). S'agissant plus particulièrement de l'absence de motivation de la décision (ici en cause), la jurisprudence admet que l'autorité puisse donner connaissance de ses motifs dans le mémoire de réponse, ce qui permettra ensuite à l'administré de compléter ses moyens (v. P. Moor, *op.cit.*, n° 2.2.8.4, p. 304; ATF 116 V 28 cons. 4b; FI 2003.0127 du 29 avril 2004 cons. 4c et les références citées; GE.2005.0062, consid. 2b). Certes, la décision de l'autorité adjudicatrice ne comprend à vrai dire aucune motivation. Le tableau des notes transmis à la recourante le 8 mai 2006 ne permet également pas à la recourante de se situer par rapport aux autres soumissionnaires. En particulier ce tableau ne lui permet pas de savoir quels ont été les avantages décisifs de l'offre retenue, puisque la recourante ne peut pas comparer son offre, en ce qui concerne les notes attribuées, à celle de l'entreprise qui a remporté le marché. En revanche, la recourante a été reçue par une délégation de l'autorité adjudicatrice le 11 mai 2006. Il semblerait, au regard des allégations figurant dans le mémoire complémentaire de la recourante, que des explications lui aient été données à cette occasion, ce qui laisse penser, bien que cela ne soit pas établi à satisfaction de droit, que les motifs de la décision aient été donnés par oral à la recourante. Le vice du défaut de motivation serait ainsi réparé par les explications données par oral pendant le délai de recours. Quoi qu'il en soit, l'autorité adjudicataire a déposé en cours de procédure un

mémoire exposant d'une manière complète sa position. La recourante a eu l'occasion de répliquer par l'intermédiaire d'un conseil et d'une manière particulièrement circonstanciée. Ainsi, même si la décision entreprise ne contient pas une motivation suffisante au regard de la loi et de la jurisprudence, une éventuelle violation du droit d'être entendu a été guérie en cours de procédure (voir également GE.2006.0151, consid. 3).

## **E. 5**

La recourante conteste enfin les notes qui lui ont été attribuées. Elle invoque une violation du pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice et soutient que les notes ont été attribuées d'une manière arbitraire. a) Elle se plaint dans un premier temps de la note 3 à elle attribuée par l'autorité adjudicatrice au critère "Organisation pour l'exécution du marché". On rappelle que ce critère comprenait deux sous-critères, soit : 1. Nombre, planification et disponibilité des moyens et ressources pour l'exécution du marché et 2. Qualification des personnes-clés désignées pour l'exécution du marché. L'autorité intimée justifie l'attribution de la note 3 à la recourante par le fait que les personnes qui étaient désignées par la recourante pour s'occuper du chantier ne pouvaient pas se prévaloir d'une expérience en matière de travaux d'améliorations foncières, si ce n'est pour des prestations fournies sur le chantier de 2.\*\*\*\*\*. Par ailleurs, les représentants de la recourante auraient minimisé les spécificités du chantier objet de la procédure. Ces lacunes se retrouveraient d'ailleurs dans les erreurs de calculs qui figurent dans les documents de soumission remis par la recourante. A l'inverse, toujours d'après l'autorité intimée, les personnes mises à disposition par le consortium qui s'est vu adjuger le marché disposaient d'une large expérience dans le domaine des travaux d'améliorations foncières. L'examen des documents de soumission de la recourante et du consortium qui s'est vu adjuger le marché confirme la position de l'autorité intimée. Les personnes indiquées par la recourante comme étant celles qui allaient s'occuper du chantier ne peuvent en effet pas se prévaloir d'une quelconque expérience en matière de travaux d'améliorations foncières, alors qu'il est vrai que le consortium qui a remporté le marché peut se prévaloir d'une importante expérience dans ce genre de travaux. Dans ces circonstances, et dans le cadre du pouvoir d'examen limité dont il jouit, rien ne permet au Tribunal de céans d'affirmer que l'appréciation de l'autorité intimée serait insoutenable. Ce grief doit dès lors être rejeté. b) La recourante invoque également le fait que les critères d'adjudications relatifs au critère "Qualité technique de l'offre" auraient été transformés par l'autorité intimée. Certes, dans le document de soumission de base, la description sommaire du critère "qualité technique de l'offre" est "qualité et adéquation des solutions techniques proposées pour l'exécution du marché". Toutefois, ce document indique expressément que "les éléments de détails demandés pour permettre l'évaluation des critères sont précisés dans le document "Barème de pondération des critères de base utilisés pour des travaux de construction" (annexe 1). Ce document mentionne, sous "qualités techniques de l'offre" les points suivants : Critère : Qualification des sous-traitants et des fournisseurs directs prévus pour l'exécution du marché; libellé générique : Fiche de présentation des sous-traitants en terme de compétence, d'expériences et de capacité à exécuter une part prépondérante ou techniquement importante de l'exécution du marché. Or, la recourante ne soutient pas ne pas avoir reçu le document intitulé "Barème de pondération des critères de base utilisés pour des travaux de construction" et que, partant, elle aurait été soumise à un régime différent des autres soumissionnaires, contrairement au principe de l'égalité de traitement. Elle ne soutient également pas que cette différence entre les deux documents a influencé d'une manière ou d'une autre la soumission qu'elle a déposée et la note qui lui a été attribuée. Au contraire,

elle indique dans son mémoire complémentaire qu'elle ne conteste pas "la notation du critère 3.1" (no 40, p. 9 du mémoire) et qu'elle "n'avait pas à être pénalisée par le pouvoir adjudicateur, qui lui a attribué à juste titre la note de 4" (no 113, p. 22 du mémoire). Dans ces conditions, le Tribunal de céans ne voit pas en quoi l'irrégularité invoquée serait de nature à modifier la décision d'adjudication. Dès lors, ce grief doit être rejeté. c) La recourante conteste également la note 1 qui lui a été attribuée au critère Références du candidat ou du soumissionnaire. L'autorité intimée soutient que cette note est justifiée en raison du fait que la seule référence dont la recourante peut vraiment se prévaloir concerne les travaux réalisés pour le syndicat d'améliorations foncières de 2.\*\*\*\*\*, les autres références qu'elle a indiquées concernent des travaux exécutés par d'autres sociétés, certes faisant partie du même groupe qu'elle. Par ailleurs, au moment où l'autorité intimée s'est renseignée sur les travaux précités, ceux-ci ne pouvaient pas être qualifiés de satisfaisants. Il convient de relever dans un premier temps que la documentation fournie par la recourante a l'appui de sa soumission présente une certaine confusion entre différentes sociétés : certains documents concernent la société X.\_\_\_\_\_ Fribourg SA, qui n'existe plus depuis 2004, d'autres documents concernent X.\_\_\_\_\_ Suisse Holding ou X.\_\_\_\_\_ Suisse SA (organisation du groupe). En revanche, contrairement à ce que soutient la recourante, les documents précités ne permettent pas de dire que l'entreprise D.\_\_\_\_\_ SA fait partie du même groupe que l'entreprise recourante X.\_\_\_\_\_ SA. Il est certes vrai que le document "Organisation pour l'exécution du marché" présentée par la recourante avec les documents de soumission mentionne la société D.\_\_\_\_\_ SA dans la rubrique "travaux revêtements béton". Cette simple mention ne permet toutefois pas à la recourante de s'approprier les références d'une société sous-traitante. Par ailleurs, lors de leur audition par le Syndicat, les représentants de la recourante ont clairement indiqué que X.\_\_\_\_\_ SA n'apparaissait en tant que telle que sur le chantier de 2.\*\*\*\*\*. Dans cette mesure, il n'apparaît pas insoutenable aux yeux du Tribunal que l'autorité intimée n'ait pas pris en compte les références présentées par la recourante qui ne se référaient pas à des travaux qu'elle a elle-même réalisés. En ce qui concerne les travaux réalisés par la recourante pour le syndicat d'améliorations foncières de 2.\*\*\*\*\*, il ressort des témoignages que ceux-ci n'ont pas apporté satisfaction, à tout le moins au moment où le marché objet de la présente procédure a été adjugé. En effet, il ressort des dépositions de tous les témoins entendus par le Tribunal que des erreurs ont été commises sur le chantier de 2.\*\*\*\*\* : les terres ont été mélangées et des chemins bétonnés ont été réalisés avec des fissures et des bosses. Plusieurs témoins ont également rapporté d'importants problèmes de communications avec les ouvriers de la recourante. Dans ces conditions, rien n'empêchait l'autorité intimée d'attribuer la note 1 à la recourante et le Tribunal de céans, qui jouit d'un pouvoir d'appréciation limité en la matière, ne saurait remettre en cause cette note qui n'apparaît pas arbitraire. La note attribuée au consortium qui a remporté le marché n'apparaît également pas arbitraire dans la mesure où plusieurs entreprises qui le forme ont pu se prévaloir d'une importante expérience en matière de travaux d'améliorations foncières. En définitive, ce grief doit être également rejeté.

## **E. 6**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours formé par X.\_\_\_\_\_ SA. Succombant, la recourante devra s'acquitter des frais de la procédure, qui comprennent, par 226.80 francs, les frais d'assignation des témoins. La recourante payera également la somme de 2'500 francs à titre de dépens à l'autorité intimée

ainsi qu'au consortium qui a emporté le marché, ces derniers ayant procédé par l'intermédiaire de mandataires professionnels.

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