

VD_OMNI GE.2006.0210 vom 30. März 2007

VD Tribunal cantonal, 2007-03-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2006.0210

FR: VD_OMNI GE.2006.0210 du 30 mars 2007

IT: VD_OMNI GE.2006.0210 del 30 marzo 2007

Regeste

X. _____ SA/STRID SA, Y. _____ SA | Il n'y a pas d'indice d'une offre anormalement basse lorsque l'adjudicataire offre pour la collecte des déchets un prix oscillant entre 94 fr. et 103 fr. la tonne de déchets à traiter, soit un montant correspondant aux estimations faites par l'autorité adjudicatrice, corroborées par les prix pratiqués ailleurs dans la région. Rejet de la réquisition tendant à la mise en oeuvre d'un expert.

Erwägungen

E. 1

a) La matière est régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (AIMP; RSV 726.91), ainsi que par la loi cantonale sur les marchés publics, du 24 juin 1996 (LVMP; RSV 726.01) et le règlement y relatif (RMP; RSV 726.01.1). b) 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 GE.2006.0151 du 18 janvier 2007, consid. 2b/aa; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 5; GE.2004.0190 du 13 juin 2006; GE.2001.0076 du 29 octobre 2001, 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; arrêt 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. 1.8

2 3.74 Supposé dès lors que l'on retienne une évaluation excessivement généreuse et, partant, arbitraire de la variante proposée au critère n° 2, ce grief n'aurait pratiquement aucune incidence sur le résultat final. bb) Cette solution s'impose aussi parce que l'évaluation de l'offre de la recourante est critiquable. En deux circonstances, l'autorité intimée s'est montrée particulièrement généreuse, alors que cette offre aurait pu subir une décote. La recourante a ainsi émis une réserve quant à la réalisation du marché sur une durée hebdomadaire de 46 heures, malgré l'analyse de C. _____ à cet égard. Ce nonobstant, elle a reçu la note 4 (sur 5) au sous-critère « Organisation de la collecte ». A cela s'ajoute que la recourante n'a pas repris, à la fin du chiffre 5.1 de son offre, l'engagement d'accepter le maintien des prix unitaires offerts durant les deux premières années suivant le début des prestations et de discuter avec le maître de l'ouvrage d'une éventuelle augmentation lors de la troisième année. Les représentants de l'autorité intimée ont reconnu que ce manquement, qui leur avait échappé lors de l'évaluation, leur

était apparu lors de la présente procédure. Ils font valoir que la recourante aurait dû être exclue, conformément à l'art. 32 lit. k RMP, pour non-conformité aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours. Une telle conséquence paraîtrait excessivement rigoureuse. Sans doute, l'exclusion de la recourante se justifierait si la non conformité évoquée était intentionnelle et voulue. On peut cependant admettre que la recourante a fait preuve en la circonstance plutôt de négligence, de sorte que l'offre aurait pu être rectifiée au cours de la séance de clarification du 30 novembre 2006. A tout le moins, l'offre de la recourante aurait dû subir une décote dans la note finale des prestations pour ce manquement, si celui-ci n'avait pas échappé aux évaluateurs. Quoiqu'il en soit, eu égard au sort réservé au recours, comme on le verra plus loin, la question de savoir si la recourante aurait dû ou non être exclue pour avoir modifié les conditions générales (dont la suppression du blocage des prix unitaires pendant deux ans) est surperflue et peut demeurer indécise.

E. 2

La recourante invoque pour l'essentiel la violation du principe de transparence ; elle s'en prend en outre à la décision attaquée au motif que la notation ne serait pas « traçable ». Elle fait tout d'abord valoir que les critères d'aptitude posés par l'autorité intimée dans son appel d'offres devaient être pondérés et pris en considération dans l'évaluation finale. La recourante se réfère en outre au chiffre 6, premier paragraphe CdC ; pour elle, le marché, tel que défini par l'autorité intimée, ne serait pas complet puisque les quantités offertes devraient être redéfinies en fonction de l'évolution du périmètre de collecte et de ramassage. La recourante se plaint en outre de ce que le marché aurait été adjugé sur la base d'une variante d'exécution non conforme au cahier des charges et anormalement basse par surcroît. Elle requiert du reste sur ce dernier point la mise en œuvre d'une expertise. Dans sa réplique (p. 3-4, ch. 4), le recourante se plaint de n'avoir pas eu accès aux procès-verbaux relatant les auditions par l'adjudicateur de Z. _____ et Y. _____ ; elle requiert l'accès à ces pièces.

E. 2.8

2

E. 3

a) Le principe de transparence, consacré aux art. 6 LVMP, 13 et 15 RMP, exige tout d'abord 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 prévenir les risques de manipulation de ces règles d'appréciation. 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 (ATF 125 II 86, consid. 7c, pp. 101-102). Il en découle que ces critères doivent ensuite, lors de l'analyse des soumissions, être appliqués de manière non discriminatoire à l'ensemble des entreprises concurrentes (GE 2006.0151 du 18 janvier 2007, consid. 2a et les références citées). Le pouvoir adjudicateur, conformément au principe de transparence, doit donner connaissance aux candidats à l'avance d'une grille d'évaluation des offres lorsqu'il entend l'appliquer au marché en cause. Les critères doivent être énoncés dans l'ordre de leur importance, l'indication du poids respectif de chacun devant être précisé également (art. 37 RMP). Il incombe au pouvoir adjudicateur, d'une part,

d'arrêter par avance, soit dans l'appel d'offres, soit dans les documents de soumission, les critères de qualification et d'adjudication qu'il entend appliquer, ainsi que les facteurs de pondération éventuels et, d'autre part, de communiquer aux soumissionnaires, au plus tard avant le dépôt de leurs offres, ces critères et leur pondération (v. arrêt GE 2006.0151 précité, consid. 2a/aa et les références citées). Le droit des marchés publics a également pour but de renforcer la concurrence entre les soumissionnaires et, partant, de garantir l'égalité de traitement entre eux. Cette règle d'ordre constitutionnel (articles 8 et 27 Cst. féd.) se traduit dans la procédure d'adjudication par l'interdiction de toute discrimination à l'encontre d'une offre (v. ATF 125 I 406); elle est consacrée en droit vaudois par l'art. 3 LVMP. Elle n'empêche cependant pas le pouvoir adjudicateur de prendre en considération des avantages dont un seul ou certains soumissionnaires peuvent se prévaloir (v. note Denis Esseiva, in DC 2000/2, p. 58 ad S12; v. en outre arrêt GE 1999/0142, déjà cité). En principe, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 37 al. 1 RMP; art. 13 al. 1 let. f AIMP). Cette notion, centrale en matière de marchés publics (ATF 130 I 241 consid. 6.3 p. 253 ; 129 I 313 consid. 9.2 p. 327; arrêts GE.2005.0212 du 2 juin 2006, consid. 2b; GE.2005.0053 du 23 août 2005, consid. 2a), veut que l'emporte l'offre qui, sans être nécessairement la moins chère, garantit à l'adjudicateur, dans le cadre d'une appréciation économique globale, le meilleur rapport entre le prix et la prestation (arrêts GE.2005.0212, consid. 2b; GE.2005.0161 du 9 février 2006, consid. 6b, GE.2005.0062 du 19 août 2005, consid. 3b/aa, et GE.1999.0143 du 17 novembre 2000). La notion d'offre la plus avantageuse économiquement demeure cependant une notion juridique imprécise. Elle laisse une importante marge d'appréciation aux entités adjudicatrices. Il existe dès lors un danger réel d'excès ou d'abus du pouvoir d'appréciation. L'obligation qui est faite au pouvoir adjudicateur d'indiquer préalablement les critères d'adjudication et leur ordre de priorité ou leur importance contribue précisément à réduire ce risque d'abus (v. ATF 125 II 86 et ss, 101 et références citées). b) Sur le plan matériel, 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 (cf. arrêts GE 2000.0039 et 1999.0135 précités). Cependant, le pouvoir adjudicateur doit faire en sorte que les notes retenues soient fondées sur des critères objectifs, partant susceptibles d'être explicités; en d'autres termes, la notation doit être "traçable" (v. sur ce point les exigences de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, in JAAC 64.63 et 30, que le Tribunal administratif a reprises à son compte notamment dans l'arrêt GE 2002.0009 du 4 juillet 2002). A défaut de cadre de référence, les notes arrêtées individuellement par des experts sont de nature à refléter uniquement leur appréciation subjective et, par voie de conséquence, ces notes ne pourront guère être expliquées aux soumissionnaires évincés. Ainsi, à défaut de découler du principe de transparence, la fixation d'un barème est néanmoins une conséquence du principe de l'égalité de traitement et de l'obligation de motivation des décisions en matière de marchés publics (v. arrêts GE 2003.0106 précité ; GE 2002.0105 du 11 janvier 2003, 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 (cf. Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., p. 100). Aussi, même en présence de violations du principe de transparence ou plus spécialement de l'art. 38 RMP, 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 conséquence sur le résultat du marché; le pouvoir adjudicateur doit cependant rapporter la preuve de cette

absence d'influence des violations de ces règles de procédure sur l'adjudication (arrêts GE 2003.0039 ; GE 2003.0018 ; GE 2000.0039 ; GE 1999.0142 ; GE 1999.0135 précités).

E. 4

La recourante se plaint de ce que les critères d'aptitude, pour lesquels les trois offres en concurrence ont reçu le même nombre de points, n'ont pas été pris en considération dans le résultat final. Pour la recourante, le règlement de procédure cèlerait à cet égard une contradiction entre les chiffres 3.6 et 3.9, de sorte que l'évaluation finale, qui repose uniquement sur les critères d'adjudication, apparaît comme lacunaire, voire susceptible d'être manipulée. a) Le litige a trait ici à une procédure ouverte. Dans ce cadre, il est admis que le pouvoir adjudicateur a la faculté, au cours d'une seule et même étape de procédure, d'apprécier tant l'aptitude des soumissionnaires que le caractère économiquement favorable de l'offre. De surcroît, il est autorisé à inclure l'ensemble de ces deux types de critères dans une matrice d'évaluation, de sorte que, nécessairement, l'évaluation des critères d'aptitude sera de nature à contrebalancer celle de l'offre elle-même. En d'autres termes, on ne voit pas que le maître de l'ouvrage soit contraint de n'appliquer les critères d'aptitude que dans une étape préliminaire susceptible de conduire à l'exclusion de l'offre, à défaut de quoi l'offre retenue devrait être évaluée pour elle-même seulement, sans recourir à des critères de qualification (dans ce sens, Evelyne Clerc, in J.-B. Zufferey, éd., Les juridictions administratives face aux marchés publics, Colloque du 3 octobre 2000 à Fribourg, p. 47 s.; sur l'ensemble de ces points, voir Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, no 285 et 307 ss). En d'autres termes, s'il y a lieu bien évidemment d'utiliser des critères propres à chacun des aspects (la qualification, d'une part, l'offre elle-même, d'autre part), rien n'empêche d'utiliser dans une procédure ouverte une matrice d'évaluation utilisant les deux types de critères. b) Les deux types de critères ont bien été distingués dans le cas d'espèce ; par surcroît, il était indiqué dans les documents d'appel d'offres que seuls les critères d'adjudication seraient pris en considération dans le résultat final. La procédure n'est pas pour autant exempte de toute critique puisque les critères d'aptitude n'ont pas été pondérés de manière explicite. Il reste que le moyen est tardif, puisque la recourante devait attaquer les conditions fixées pour la qualification des candidats, sous peine de forclusion, dans le délai de dix jours dès leur remise, à l'instar de ce qui est prévu pour recourir contre l'appel d'offres lui-même (v. ATF 125 I 203, consid. 3a). En effet, les critères d'aptitude sont énoncés dans le Règlement de procédure. Selon l'appel d'offres, le dossier y relatif était disponible dès le 9 octobre 2006 auprès de l'adjudicateur et c'est à cette date que la recourante a demandé le dossier auprès du mandataire de l'autorité intimée. Ainsi, les soumissionnaires avaient tout le temps de recourir dans le délai de dix jours (v. arrêt GE 2006.0226 du 20 février 2006, consid. 5b).

E. 4.0

4 3.73 Y. _____ 365'130

E. 4.04

Exemple 2 : décote de deux points de la variante Y. _____ au critère n°2
X. _____ 408'900 3.56 4 5 3

E. 5

Le chiffre 6, premier paragraphe, du cahier des charges contient une réserve dont il ressort que le périmètre de ramassage et de collecte des déchets est susceptible d'évoluer en fonction de l'adhésion des communes au système, respectivement leur refus. Il était

demandé aux soumissionnaires de prévoir de cette éventualité dans le prix annoncé, étant précisé qu'une modification majeure du nombre de communes entraîne une adaptation du contrat. La recourante invoque cette clause dont il résulterait, selon elle, que le marché ne serait pas complètement défini. a) On a vu ci-dessus que l'adjudicateur pouvait configurer le marché mis en soumission comme il l'entend et en fonction de ses besoins. Le droit des marchés publics n'a pas pour objectif de restreindre les adjudicateurs dans leur liberté contractuelle (Zufferey/Maillard/Michel, pp. 100-101). Les donneurs d'ordre sont en principe libres de décider de ce qui doit être réalisé et obtenu (v. Hubert Stöckli, in DC 2/2003, p. 60 ad S7 ; v. ATF 2P.282/1999 du 2 mars 2000, rés. in DC 2/2001 S9) ; il leur appartient toutefois de définir leurs besoins et les spécifications techniques permettant de les réaliser (v. arrêt GE 2006.0011 du 22 mai 2006). b) La difficulté à laquelle l'autorité intimée était confrontée in casu est de définir avec précision la carte des communes concernées par ses prestations de collecte et de ramassage. Elle pouvait à bon droit présumer qu'au moment où le marché serait adjugé, ce périmètre s'étendrait à tout le moins aux communes du Nord vaudois actuellement parties à la convention conclue avec elle. Les soumissionnaires devaient naturellement tenir compte de cette configuration dans leur offre et l'art. 2 du cahier des charges est sans ambiguïté sur ce point, en tant qu'il mentionne une quantité de 3'900 tonnes de déchets par an, répartis dans 56 communes comprises dans le périmètre de STRID, pour une population concernée d'environ 22'000 habitants. C'est sur cette base et fonction de ces éléments qu'une offre doit être adjugée. Les offres s'entendaient à des prix unitaires fermes par quantité de déchets traitée. Des quantités prévisibles ont à cet égard été indiquées par l'autorité intimée dans les documents d'appel d'offres. Il appartenait donc aux soumissionnaires d'intégrer dans leurs calculs l'évolution future de ce périmètre et ses conséquences sur leurs prestations (art. 6 § 1 du cahier des charges), à la hausse comme à la baisse. C'est seulement dans l'hypothèse où la modification du nombre de communes à desservir - à la hausse, comme à la baisse - serait « majeure » que le contrat pourrait être adapté, sur le modèle de la « clausula rebus sic stantibus » en quelque sorte. Au demeurant, le procédé n'apparaît guère critiquable, dès lors que le prix unitaire est défini, la quantité seule étant susceptible de varier en fonction de l'évolution ultérieure du périmètre.

E. 5.00

2 2 1

E. 6

La recourante critique la variante déposée par l'adjudicataire. Elle fait grief à l'autorité intimée d'avoir adjugé le marché sur la base d'une variante d'exécution qui s'écarterait du cahier des charges. Elle fait valoir en outre que la note dont l'adjudicataire a été gratifiée pour la qualité de la prestation à effectuer ne résisterait pas au grief de l'arbitraire. a) Peut notamment être exclue l'offre qui n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours ; le soumissionnaire qui a déposé une variante doit, à côté de celle-ci, remettre une offre correspondant à la formule de soumission (art. 32 let. k RMP). Selon la jurisprudence, cette disposition doit être lue à la lumière de celle, équivalente, de l'art. 22 de l'ordonnance fédérale sur les marchés publics (OMP; RS 172.056.11), même si celle-ci n'est pas applicable en l'espèce (arrêt GE 2000.0165 du 17 avril 2001, consid. 1, et les références citées). A teneur de l'art. 22 OMP, dans l'appel d'offres, l'adjudicateur exige en principe une offre globale portant sur l'ensemble des prestations à acheter (al. 1); les soumissionnaires sont libres de présenter, en plus de l'offre

globale, des offres supplémentaires concernant des variantes; l'adjudicateur peut cependant restreindre ou exclure cette possibilité dans l'appel d'offres (al. 1). En l'espèce, l'adjudicataire a présenté une offre principale, laquelle était accompagnée d'une variante d'exécution. A cela s'ajoute que, ni l'appel d'offres, ni le cahier des charges ne limitent ou n'excluent la présentation de variantes ; ils les admettent même explicitement. La seule restriction résultant du cahier des charges (ch. 8) impose l'utilisation par le soumissionnaire du système de chargement latéral « Translift » (collecte manuelle latérale des déchets avec un bac ou un conteneur). Il suit de là que l'adjudicataire avait la faculté de soumettre des variantes au pouvoir adjudicataire, ce que la recourante elle-même semble admettre. b) Les variantes mettent en jeu deux intérêts publics que la législation en matière de marchés publics vise à prendre en compte. D'un côté, il est judicieux de ménager aux soumissionnaires la possibilité de fournir des solutions alternatives à l'adjudicateur, qui ne les avait pas considérées de prime abord, plus abouties ou innovatrices du point de vue technique, ou moins chères. D'un autre côté, il appartient à l'adjudicateur de configurer le marché à sa guise, en fonction de ses besoins. Afin de garantir un juste équilibre entre ces deux intérêts publics, la faculté de présenter des variantes ne dispense pas le soumissionnaire de l'obligation de présenter parallèlement une offre répondant aux exigences de l'adjudicateur (ATF 2P.164/2002 du 27 novembre 2002, consid. 3.3.1 et 2P.322/2001 du 11 septembre 2002, consid. 3.2; dans le même sens, cf. la décision rendue le 22 janvier 2001 par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, JAAC 65.78). Une autre solution reviendrait à reconnaître au soumissionnaire le droit de modifier l'objet du marché, ce qui ne saurait être admis (cf. par exemple, arrêts GE 2006.0084 du 6 septembre 2006 et GE 2006.0011 du 22 mai 2006). aa) La recourante a déposé une variante qui repose sur une prémisse différente du cahier des charges, puisqu'elle ne retient pas nécessairement la présence de deux chargeurs. Dans le procès-verbal de la séance du 30 novembre 2006, cette variante est retenue comme offre de base, compte tenu de la solution optimale qu'elle préconise par rapport au cahier des charges. Or, à comparer les deux offres, on s'aperçoit que la différence se fait sur le personnel : l'effectif différent des chauffeurs et chargeurs se répercute sur le prix à la tonne, légèrement plus élevé chez la recourante. Il n'y a pas lieu d'admettre qu'en procédant de la sorte, l'adjudicataire se soit écartée des conditions et des exigences du marché. Dans sa réponse, l'adjudicataire explique être parvenue à optimiser ses coûts de revient ; elle a regroupé les communes en deux catégories, celles exploitant une déchetterie et les autres. Elle a distingué parmi celles-ci les communes qui mettent à disposition leurs propres employés pour les regrouper en une seule tournée. Pour la collecte dans ces communes, elle n'a besoin que d'un camion avec chauffeur, ceci sans chargeurs. Elle parvient ainsi à économiser le coût de ceux-ci à raison de trois jours par semaine. La deuxième catégorie de tournées se limite aux communes pour lesquelles la présence d'un chauffeur avec deux chargeurs est nécessaire. En l'occurrence, le cahier des charges exigeait, certes, de chaque soumissionnaire la mise à disposition d'un chauffeur et de deux chargeurs (ch. 5.4.3). L'offre de base de l'adjudicataire est conforme à cette exigence. Dans sa variante, celui-ci s'est cependant organisé aux fins d'assurer les prestations demandées avec du personnel réduit. Les tournées dans les communes pourvues d'une déchetterie, impliquant moins de personnel, et celles dans les communes sans personnel communal, nécessitant à l'inverse la mise à disposition de chargeurs, sont effectuées dans la même journée. La variation et la diminution du personnel mis à disposition impliquent dès lors une économie des coûts induits. Cette variante ne méritait donc pas d'être exclue, comme le soutient la recourante.

bb) L'évaluation de cette variante n'échappe cependant pas à la critique. L'adjudicataire a offert dans sa variante un montant de 613'641,45 fr. ; celui-ci (de même que le montant de l'offre de base) inclut une plus-value de 248'511,45 fr. pour une collecte bi-hebdomadaire dans l'ensemble des communes. Or, en l'état actuel du marché, seules les communes de 1.*****, Chavornay et Yvonand exigent une collecte supplémentaire par semaine. Au cours de la séance de clarification du 30 novembre 2006, le prix offert par l'adjudicataire a été modifié en ce sens que cette plus-value a été purement et simplement supprimée. L'autorité intimée et l'adjudicataire sont en effet partis du principe que seules les trois communes précitées exigeaient une collecte bi-hebdomadaire et que cette prestation était comprise dans le montant offert. En audience, le représentant de l'adjudicataire a du reste confirmé que la plus-value revendiquée avait trait à une collecte bi-hebdomadaire pour 53 des 56 communes concernées par le marché. Le prix offert dans la variante a dès lors été ramené à 365'130 francs, montant auquel le marché a finalement été adjudgé. La recourante et Z. _____, pour leur part, ont toutes deux soumissionné sans plus-value, en tenant compte du fait qu'une collecte supplémentaire était seulement requise à 1.*****, Chavornay et Yvonand. En audience, les représentants de X. _____ ont du reste précisé que la recourante prenait sur elle le risque qu'une commune supplémentaire exige une collecte bi-hebdomadaire, sans demander à l'autorité intimée un supplément du prix. En règle générale, l'intervention par l'adjudicateur dans le contenu de l'offre, afin de faire modifier celle-ci, est rédhibitoire (v. arrêts GE 2003.0038 du 4 juillet 2003 et, surtout, GE 2001.0074 du 12 décembre 2001, modification de l'offre suscitée par le pouvoir adjudicateur). Or, la variante et l'offre de base de l'adjudicataire ont été alignées en quelque sorte sur les offres concurrentes. Pour l'autorité intimée, il s'agissait ce faisant de rendre toutes les offres comparables. L'autorité intimée fait valoir le besoin de corriger la mauvaise compréhension par l'adjudicataire du cahier des charges. Les représentants de C. _____ ont précisé en audience que cette divergence dans l'interprétation des documents de soumission était la résultante d'une erreur de sa part. Le document de soumission, sous chiffre 5.1 « Plus- ou moins-values relatives aux prestations complémentaires » mentionne pour le tonnage estimé pour une collecte bi-hebdomadaire « toutes » au lieu de 1'500 tonnes, soit la quantité d'une collecte supplémentaire à 1.*****, Yvonand et Chavornay. Cela peut expliquer cette divergence et on en donnera acte à l'autorité intimée. Il reste que la variante adjudgée et l'offre de la recourante diffèrent sur un point non négligeable. La recourante a tenu compte dans son offre du risque pour elle qu'une collecte hebdomadaire supplémentaire soit mise sur pied dans l'une ou l'autre des 53 communes du marché, alors que l'adjudicataire s'en est tenue aux trois communes où les déchets sont collectés deux fois par semaine et exigerait, au cas où une collecte bi-hebdomadaire serait étendue à d'autres communes une modification du contrat ; son représentant l'a du reste confirmé en audience. Il subsiste donc un risque, suivant les prestations demandées, que la variante adjudgée se révèle en définitive moins avantageuse que l'offre de la recourante. Ce risque n'influe toutefois que faiblement sur le résultat final. Les parties s'accordent sur le point qu'une collecte bi-hebdomadaire n'entre en ligne de compte que pour les communes peuplées d'au moins mille habitants, soit parmi les 56 communes concernées, celles de Chavornay, 1.***** et Yvonand (Yverdon, Orbe et Sainte-Croix ne font pas partie du marché et ont opté pour une autre solution). Le risque qu'une commune supplémentaire exige à son tour une collecte bi-hebdomadaire apparaît ainsi comme forcément limité, voire quasiment nul. On peut, dans ces conditions, comprendre que X. _____ et

Z. _____, qui assurent à l'heure actuelle cette collecte sur une base contractuelle, aient tenu compte de cet élément dans leurs offres respectives, en parfaite connaissance de cause. En conclusion, la correction de l'offre à laquelle a procédé l'adjudicateur, si elle prête le flanc à la critique, n'a pas porté à conséquence car elle portait sur un élément marginal du prix. cc) Pour la recourante, les exigences liées à la sécurité imposeraient la présence de deux chargeurs, de sorte que la variante ne serait pas recevable à cet égard. La topographie des lieux, notamment au pied du Jura, rendrait indispensable en certains endroits la présence de deux chargeurs, en plus du chauffeur. Sont concernés les accès où la manœuvre du chauffeur pourrait s'avérer délicate et les rues en pente, en particulier lorsqu'il s'agit de prendre et de ramener le conteneur à ordures après en avoir délesté le contenu dans le camion de ramassage. Il n'est pas exclu que la variante ait sous-évalué les conséquences économiques de ce problème. Quoi qu'il en soit, le représentant de l'adjudicataire a confirmé en audience que celle-ci assumerait le coût supplémentaire éventuel résultant de ce risque, sans demander une modification du contrat. Ainsi, cet élément n'influe pas sur le prix de l'offre de l'adjudicataire. c) La recourante ne critique pas les notes dont son offre a été gratifiée ; elle se plaint en revanche des notes attribuées à l'adjudicataire au critère n° 2. Elle explique en substance qu'une évaluation non arbitraire de ce critère aurait conduit l'autorité intimée à lui adjuger le marché. aa) L'adjudicataire a reçu les notes de 4, 4, respectivement 3 pour chacun des trois sous-critères. Or, pour la recourante, l'offre de l'adjudicataire serait loin de présenter toutes les garanties quant à la qualité des prestations, notamment en raison du fait qu'elle met à disposition moins de personnel qu'elle-même. Le critère n° 2, « prestations proposées » a une pondération de 30%. Il en résulte que si, par hypothèse, l'offre de l'adjudicataire devait subir une décote d'un, voire deux points aux trois sous-critères (cf. tableau, p. 5), celle-ci conserverait - de très peu dans le second cas - la tête du classement. Les deux exemples ci-dessous en offrent l'illustration : Candidat Critères d'adjudication Note Prix (60%) Prestations proposées (30%) Réf. (10%) Total Note prix Organisation de la collecte (60%) Gestion des ressources (20%) Situations exceptionnelles (20%) Note finale prestations Exemple 1 : décote d'un point de la variante Y. _____ au critère n°2 X. _____ 408'900 3.56 4 5 3

E. 7

La recourante fait également valoir que la décision attaquée aurait été prise en violation de l'article 36 RMP. Elle explique à cet égard que l'offre de l'adjudicataire, respectivement la variante adjugée, relevaient de la sous-enchère, de sorte que l'autorité intimée avait l'obligation de vérifier la crédibilité du prix offert. L'adjudicateur conteste ce point de vue ; il n'existerait aucun indice de nature à démontrer que l'offre de l'adjudicataire ne serait pas crédible. a) La recourante se plaint tout d'abord de ne pas avoir eu accès à l'offre et à la variante de l'adjudicataire ; celle-ci a en effet invoqué le caractère confidentiel de ces deux documents pour refuser la consultation par sa concurrente. Le principe du traitement confidentiel des informations lors de la passation de marchés publics est garanti (articles 11 lettre g AIMP, 6 lettre g LVMP et 18 RMP). Cependant, ce principe ne s'applique pas dans le cadre d'une procédure de recours car l'article XX ch. 4 et 6 lettre g de l'accord OMC sur les marchés publics prévoit que l'intégralité des documents de soumission doit être communiquée à l'autorité de recours. Le droit de consulter le dossier qui découle de l'art. 29 al. 2 Cst. n'est garanti que s'il ne heurte pas des intérêts publics essentiels ou des intérêts de tiers au maintien de secrets, notamment de secrets d'affaires. L'autorité administrative ou judiciaire doit procéder à une appréciation concrète des intérêts en présence à cet égard

(voir JAAC 61.24, consid. 3 et références citées). Une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves (ATF 122 I 153, consid. 6a, spécialement p. 161, qui adopte ainsi une solution qui s'inspire des art. 27 et 28 PA; voir également ATF 121 I 225, qui a trait à des examens d'avocat, ATF 2P.155/1997 du 24 octobre 1997, qui concerne la question de la consultation par un élève ayant échoué au baccalauréat du dossier d'autres élèves ayant obtenu ce titre, malgré leurs résultats chiffrés négatifs; voir également ZBI 1998, 529, TA AG, arrêt selon lequel le principe de confidentialité s'applique aussi de manière stricte en procédure de recours). C'est ainsi que dans un arrêt GE 1998.0128 du 10 février 1999, le Tribunal a jugé que des explications orales sur les éléments de calcul de bordereaux de prix accompagnant une offre suffisaient à garantir le respect du droit d'être entendu du recourant tout en respectant les secrets d'affaires de l'adjudicataire. Comme il s'agissait d'une consultation limitée et donc imparfaite, il a été décidé que le jugement ne tiendrait compte des bordereaux en question que dans la mesure où leur contenu avait pu être discuté en audience. La recourante a requis à cet effet la mise en œuvre d'une expertise aux fins de démontrer que l'offre adjugée doit être considérée comme anormalement basse. En l'espèce, compte tenu des considérations qui suivent, il n'y a pas lieu de donner suite à cette réquisition. b) En effet, la question de savoir si une offre anormalement basse doit être écartée d'emblée, à raison du risque lié à l'impossibilité d'exécuter correctement le mandat, est controversée (le Tribunal fédéral l'a laissée indécise à l'ATF 130 I 241 consid. 7.3 p. 255). En tout cas, le soumissionnaire doit, avant toute décision d'adjudication, se voir offrir la possibilité de justifier son prix, surtout lorsque de bonnes notes techniques lui sont par ailleurs attribuées. Ce n'est que si ses explications ne sont pas convaincantes ou qu'elles laissent apparaître un risque (notamment d'insolvabilité) que l'offre en question peut, dans un deuxième temps, être écartée ou pénalisée (ATF 130 I 241 consid. 7.3 p. 255 ; arrêts GE.2005.0053 du 23 août 2005, consid. 2a, GE.2002.0047 du 20 septembre 2002, consid. 3d, GE.2001.0072 du 12 octobre 2001, consid. 3b; art. 32 let. 1 RMP, mis en relation avec l'art. 36 du même règlement; cf. également l'art. XIII ch. 4 AMP). aa) Aux termes de l'art. 37 al. 1, première phrase, RMP, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. A cet égard, la méthode de notation du prix ne peut pas être utilisée pour préférencier les offres particulièrement basses ; en effet, l'offre la meilleure marché doit toujours être mieux notée, s'agissant de ce critère, que les autres offres puisque l'un des buts essentiels des marchés publics est de réaliser des économies. C'est également dans ce contexte que s'inscrit l'obligation faite au pouvoir adjudicateur de vérifier la crédibilité du prix en présence d'une offre particulièrement basse (art. 36 RMP). Lorsque cette crédibilité paraît douteuse, une offre comportant « des prix anormalement bas non justifiés selon l'article 36 » peut être exclue (art. 32 lit. 1 RMP). 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 RMP a été respectée, en d'autres termes, si la marge d'appréciation conférée par cette disposition a été utilisée de manière correcte par l'autorité. Ensuite, il y a lieu d'examiner si les règles de fond consacrées par l'art. 32 RMP ont été violées (v. arrêts GE 2005.0161 du 9 février 2006 ; GE 2005.0053 du 23 août 2005 ; GE 2000.0092, déjà cité). bb) Dès lors, en présence d'une offre qui apparaît comme anormalement basse, le pouvoir adjudicateur ne peut pas l'exclure d'emblée; il doit au contraire lui offrir l'occasion de présenter une justification de 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 et s., not. 13, 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 (cf. 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 des autres) déclenchant l'obligation du pouvoir adjudicateur de demander des explications au soumissionnaire, afin qu'il justifie son prix (cf. arrêt GE 2001.0072 du 12 octobre 2001, 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.2002.0047, précité, consid. 3d/cc, GE.2001.0072, consid. 3c/bb). On ne saurait toutefois exiger d'un soumissionnaire qu'il démontre que l'offre de son concurrent adjudicataire est anormalement basse ; le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il dispose d'indices suffisants de l'existence d'une telle offre, est au contraire tenu d'engager cette procédure (en d'autres termes, s'il ne procédait pas à cette vérification dans cette hypothèse, il violerait la liberté d'appréciation qui lui est conférée à cet égard (cf. arrêts GE 2006.0076 du 21 septembre 2006 ; GE 2006.0053, déjà cité). cc) Sur le plan matériel, la règle prescrite à l'art. 32 lit. 1 RMP 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 lit. 1 aRMP, 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, déjà cité). c) En l'espèce, on relève que l'écart entre l'offre de la recourante et la variante adjugée est environ de 9% (12% pour les prestations complémentaires). Le kilométrage parcouru (soit 2 km de différence entre les deux offres, calculée par le pouvoir adjudicateur) n'est pas déterminant. Cette différence raisonnable peut aisément s'expliquer par l'organisation mise en place pour la collecte et l'option prise par l'adjudicataire de limiter le coût du personnel. La collecte auprès des communes disposant d'une déchetterie et de personnel ne nécessite pas la

présence de deux chargeurs. Or, l'adjudicataire a entrepris d'optimiser la fréquence des tournées en effectuant le même jour des collectes auprès des déchetteries. Par cette rationalisation, l'adjudicataire parvient ainsi à faire l'économie du coût de deux chargeurs, à raison de trois jours par semaine. A teneur de la variante adjudgée, le prix de la tonne de déchets à collecter se situe ainsi dans une fourchette oscillant entre 94 et 103 francs, soit à un montant répondant aux estimations faites par l'autorité intimée, à savoir 100 francs la tonne pour la collecte. Les témoignages recueillis en audience corroborent du reste ces estimations. H. _____ a procédé à la comparaison entre différentes régions de l'arc jurassien ; il a fait état de montants allant de 97,60 fr. la tonne (Tavannes) à 140 fr. la tonne (Delémont), citant notamment l'exemple de la région chaux-de-fonnière qui, sans les villes de La Chaux-de-Fonds et Le Locle, se voit facturer 107,50 fr. la tonne pour une quantité d'environ 6'000 tonnes de déchets. I. _____, pour sa part, a confirmé que les services communaux d'Yverdon-les-Bains étaient prêts à soumissionner pour la collecte des quatre communes du périmètre STRID, limitrophes à son territoire communal, pour un montant de 105 fr. la tonne de déchets. On ne saurait par conséquent voir dans la variante adjudgée l'indice d'un prix anormalement bas. Au surplus, l'autorité intimée n'a nullement abusé de son pouvoir d'appréciation en adjugeant une offre dont le prix est inférieur de moins de 10% à celui offert par l'autre soumissionnaire, sans inviter l'adjudicataire à justifier la crédibilité de son prix. Celle-ci a du reste été entendue le 30 novembre 2006 ; les éléments qu'elle a présentés ont emporté la conviction de l'autorité intimée qu'elle était en mesure d'effectuer l'ensemble des prestations requises.

E. 8

Le recours doit ainsi être rejeté et décision attaquée confirmée. Les frais comprendront l'indemnité de 770 francs versée au témoin H. _____. Un émolument sera mis à la charge de la recourante. La procédure d'évaluation prêtant toutefois le flanc à la critique sur certains points, le montant de cet émolument sera réduit de moitié (art. 55 al. 3 LJPA). De même, les dépens qui seront alloués à l'autorité intimée et à l'adjudicataire seront réduits dans la même proportion (ibid.).

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