

VD_OMNI MPU.2008.0013 vom 25. Februar 2009

VD Tribunal cantonal, 2009-02-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2008.0013

FR: VD_OMNI MPU.2008.0013 du 25 février 2009

IT: VD_OMNI MPU.2008.0013 del 25 febbraio 2009

Regeste

X. _____ SA/Municipalité de Renens, Y. _____ SA | En dépit des critiques légitimes qu'il peut susciter, parce qu'il paraît privilégier les offreurs "locaux", le critère des délais d'intervention après la fin des travaux n'est, s'agissant d'adjuger des travaux de pose de chape, ni discriminatoire, ni arbitraire. Le pouvoir adjudicateur n'a donc pas excédé la liberté qui lui est conférée de configurer le marché comme il l'entend, ce d'autant plus que ce critère ne pèse ici que 2 %. En conséquence, il n'est pas arbitraire de mettre zéro point à un soumissionnaire ayant répondu que son intervention se situerait au-delà de trois heures, alors que son entreprise n'est distante que de 66 km du chantier.

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 d'application 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. 2

La recourante invoque des griefs d'ordre formel à l'encontre de la procédure d'adjudication. Elle se plaint en premier lieu d'une violation du principe de transparence et fait valoir que le marché aurait été adjugé sur la base de sous-critères et de subdivisions de sous-critères qui n'ont pas été annoncés aux soumissionnaires avant le dépôt des offres. En outre, elle reproche à l'autorité intimée, respectivement à son mandataire, d'avoir procédé en deux temps, les soumissionnaires ayant été invités à compléter leur offre sur la base des sous-critères d'évaluation des critères 2 à 6, après l'ouverture des offres, de telle sorte que le résultat final du marché apparaîtrait en définitive comme manipulé. Le grief a trait aux critères nos 2 (présentation de l'entreprise, réparti en trois sous-critères, le tout pour 10%), 4 (garantie d'un service de piquet et de dépannage, réparti en deux sous-critères, pour un

total de 4%). Pour les sous-critères 2.1 (profil de l'entreprise) et 4.2 (délais d'intervention), l'offre de la recourante a été plus mal notée que celle de l'adjudicataire. Hormis le prix – dont la notation n'est pas contestée –, c'est sur ces sous-critères que s'est faite la différence entre les deux offres. 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. 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 (arrêts GE.2007.0077 précité, consid. 3a; 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 (art. 13 let. 1 RMP; v. arrêts GE.2007.0077, précité, consid. 3b ; GE.2006.0151, précité, consid. 2a/aa et les références citées). En outre, lorsque l'adjudicateur détermine des sous-critères auxquels il attache une importance particulière, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective (ATF 130 I 241 consid. 5.1 p. 248; 125 II 86 consid. 7c p. 101/102; 2P.4/2000 du 26 juin 2000, consid. 4d; arrêts GE.2007.0077 précité, consid. 3a; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 5; GE.2005.0161 du 9 février 2006, consid. 7a, et les arrêts cités). Il n'est fait exception à l'obligation de communiquer préalablement les sous-critères et leur pondération que lorsque ceux-ci sont inhérents au critère principal, qu'ils servent uniquement à concrétiser; est réservé toutefois dans ce cas où l'adjudicateur accorde une telle importance au sous-critère qu'il équivaut à un critère publié. Savoir si l'on se trouve en présence d'un sous-critère dont la publication est nécessaire ou non dépend d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas, soit notamment les documents d'appel d'offres, le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 consid. 5.1 p. 248/249; 2P.111/2003 du 21 janvier 2004, consid. 2.1, reproduit in DC 2005 p. 172 (S37), avec une note de Denis Esseiva; 2P.118/2003 du 1^{er} décembre 2003, consid. 3.3; 2P.172/2002 du 10 mars 2003, consid. 2.3; arrêts GE.2007.0077 précité, consid. 3c; GE.2003.0117 du 20 avril 2004 consid. 1a/bb, reproduit in RDAF 2004 p. 292ss). Une éventuelle violation du principe de la transparence sous cet aspect ne conduit à l'annulation de l'adjudication que si elle a influé sur le résultat final de l'évaluation de l'offre; il appartient à l'adjudicateur d'apporter la preuve du contraire (arrêt GE.2007.0077 précité, consid. 3c, et les arrêts cités). Ainsi, seuls devraient 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. 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 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. b) En l'espèce, les critères d'adjudication ont été énoncés dans la publication du 19 septembre 2008 avec leur pondération. Pour trois d'entre eux (critères nos 2, 4 et 6), il est fait mention de sous-critères, lesquels n'ont pas annoncés aux soumissionnaires, de sorte que la grille d'évaluation est incomplète. Aucun soumissionnaire n'a toutefois posé la moindre question à ce sujet; les seize offres sont rentrées dans le délai imparti du 31 octobre 2008, sans le moindre commentaire. La recourante soutient que la procédure est entachée d'un vice qui doit conduire à son annulation. aa) On pourrait tout d'abord se demander si l'appel d'offres, incomplet, n'aurait pas dû être attaqué sur ce point dès sa publication dans la FAO. En effet, les documents d'appel d'offres qui contiennent les conditions fixées par l'adjudicateur pour la qualification des candidats font partie intégrante de l'appel d'offres, si bien que les éventuels vices les affectant doivent être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure, 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 (cf. ATF 130 I 241 consid. 4.3, p. 247; 125 I 203 consid. 3a p. 205 ss). En lisant le ch. 5 de l'appel d'offres, les soumissionnaires devaient s'apercevoir que les critères d'adjudication étaient, pour certains d'entre eux, divisés en sous-critères. Or, ces sous-critères (pas davantage que leur pondération) n'étaient mentionnés ni dans l'appel d'offres, ni dans le cahier des charges. L'appel d'offres était ainsi incomplet. On peut dès lors se demander si les soumissionnaires n'auraient pas dû recourir immédiatement contre l'appel d'offres à raison de ce défaut ou, du moins, interroger l'adjudicateur à ce sujet avant le délai de dépôt des offres. Aucun des seize soumissionnaires n'est intervenu dans ce sens auprès du mandataire de l'adjudicateur, alors qu'ils auraient pu le faire. bb) Il reste que l'autorité intimée a tenté de réparer elle-même le défaut dont la grille d'évaluation paraît entachée. Elle a constaté que les offres qui lui sont parvenues étaient incomplètes. Le délai fixé pour le dépôt des offres a cependant un caractère péremptoire. Aussi, lorsque les offres qui lui parviennent dans le délai de dépôt s'avèrent incomplètes, le pouvoir adjudicateur peut opter pour un nouvel appel d'offres impliquant la fixation de nouveaux délais. Il peut cependant aussi préférer une procédure en complément des offres, en dérogation en quelque sorte, à l'art. 29 RMP; dans cette hypothèse, le pouvoir adjudicateur doit fixer, sous peine de porter atteinte au principe de transparence et d'égalité de traitement, un nouveau délai péremptoire et uniforme pour le dépôt par les soumissionnaires de leur complément (v. sur ce point, arrêts GE.2001.0074 du 12 décembre 2001; GE.2000.0161 du 23 avril 2001). Les renseignements complémentaires, d'ordre technique, que l'adjudicateur est en droit de demander aux soumissionnaires après l'ouverture des offres, ne peuvent aboutir à modifier les critères eux-mêmes ou leur pondération (décision de la Commission fédérale de recours du 26 juin 2002). De même, il n'est pas permis à l'adjudicateur, après l'ouverture des offres, de demander des prestations complémentaires dans le sens de favoriser l'un des soumissionnaires au détriment des autres (décision de la Commission fédérale de recours du 17 mars 2005). Postérieurement à l'ouverture des offres, le 10 novembre 2008, les soumissionnaires ont reçu de Z. _____ SA un courrier électronique contenant un questionnaire relatif aux critères d'adjudication 2 à 5. Ce questionnaire mentionne les sous-critères 2.1 et 2.2 : outre les coordonnées de l'entreprise (2.1.1), les soumissionnaires

sont requis de détailler leur organisation, leur domaine d'activité et leurs spécialités (2.1.2 à 2.1.4); ils sont par ailleurs invités à fournir un organigramme avec effectifs (2.2.1), la liste du personnel avec indication des diplômes et de l'expérience professionnelle à joindre (2.2.2) et le nombre d'apprentis (2.2.3). Le critère 4 est subdivisé en deux sous-critères, le premier (4.1) a trait à l'existence d'un service de piquet en cas de dégât, panne, circonstances inattendues ou imprévisibles, ainsi que le type de service; le second (4.2) porte sur la durée du délai d'intervention. Le critère 6 est subdivisé en trois sous-critères: encadrement (6.1), personnel mis à disposition pour le chantier (6.2) et sous-traitance prévue (6.3). La recourante et l'adjudicataire ont rempli et retourné ce questionnaire dans le délai imparti au 21 novembre 2008. Les offres ont été notées en conséquence. La recourante soutient implicitement que les soumissionnaires ne disposaient pas de tous les éléments pour pouvoir déposer une offre complète. Pourtant, les sous-critères, tels qu'ils ressortent du questionnaire, sont inhérents aux critères principaux auxquels ils sont rattachés. On ne saurait en tout cas prétendre que de nouveaux critères ont été ajoutés après coup, ce qui eût effectivement constitué une violation du principe de transparence. La modification, après le dépôt des offres et de manière essentielle, de la présentation des critères constitue en effet une violation du principe de la transparence (ATF 2P.6/2006, déjà cité, consid. 4.3.1; voir aussi l'art. 37 al. 3 RMP). Les soumissionnaires ignoraient en outre le poids conféré à chaque sous-critère des critères 2, 4 et 6. Ils ne pouvaient en tous cas inférer de l'appel d'offres que la pondération des sous-critères 2 et 4 était égale. C'est seulement avec le questionnaire du 10 novembre 2008 que cette pondération est apparue. cc) Les représentants de l'autorité intimée ont toutefois expliqué que la grille d'évaluation, dans sa dernière édition (postérieure à l'arrêt GE.2007.0077, précité, concernant également la commune de Renens), avait été arrêtée en novembre 2007. Le même document est du reste utilisé pour l'ensemble des marchés mis en soumission par les services de cette commune, à l'exception des lots plus petits, pour lesquels une grille plus simple est employée. C'est du reste à la suite d'une négligence que le questionnaire ayant trait aux sous-critères n'a pas été adressé aux soumissionnaires avec l'appel d'offres. C'est au dépôt des offres que le mandataire s'est rendu compte de son erreur. Quarante-huit heures plus tard, il a corrigé le vice dont la procédure était alors entachée en envoyant à tous les participants ce questionnaire manquant. L'égalité de traitement a été respectée puisque tous les soumissionnaires ont eu la faculté de compléter leur offre. Sans doute, le maître de l'ouvrage connaissait les prix offerts; on gardera cependant à l'esprit qu'au stade de la notation du prix, l'offre de la recourante occupait le troisième rang et celle de l'adjudicataire, le quatrième seulement. Le reproche fait à l'autorité intimée d'avoir pu manipuler la grille d'évaluation pour favoriser en quelque sorte le mieux disant n'est pas fondé. La procédure n'est sans doute pas idéale; elle résiste toutefois au grief de violation du principe de transparence.

E. 3

La recourante s'en prend en deuxième lieu à la configuration du marché. Il critique l'emploi du sous-critère 4.2 (délai d'intervention) qu'il estime inadéquat pour l'adjudication du présent marché et au surplus, discriminatoire. a) L'adjudicateur a la liberté de configurer le marché mis en soumission comme il l'entend et en fonction de ses besoins (cf. Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 100). L'art. 13 AIMP laisse aux cantons (cf. art. 8 al. 2 LVMP) le soin d'édicter les dispositions d'exécution nécessaires pour garantir, entre autres choses, une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères

objectifs et vérifiables (lettre d) ainsi que des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (lettre f). Les critères d'adjudication (ou d'attribution) se rapportent directement à la prestation elle-même et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie (cf. art. 37 RMP). Ils doivent être distingués des critères d'aptitude (ou de qualification) qui visent à évaluer les capacités financières, économiques, techniques et organisationnelles des candidats (cf. art. 24 RMP) ; bien qu'ils concernent la personne même du soumissionnaire, les critères d'aptitude doivent toutefois, selon la doctrine et la jurisprudence, également être directement et concrètement en rapport avec la prestation à accomplir, en ce sens qu'ils doivent porter sur des qualifications nécessaires pour l'exécution de cette prestation (cf. Olivier Rodondi, *Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics*, in RDAF 2001 I p. 387 ss, 394/395; Zufferey/Maillard/Michel, *op. cit.*, p. 192; Etienne Poltier, *Les marchés publics: premières expériences vaudoises*, in RDAF 2000 I p. 297 ss, not. 305/306; Gauch/Stöckli/Dubey, *Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics*, Fribourg 1999, p. 19). Le pouvoir adjudicateur doit en conséquence choisir des critères conformes aux principes de non discrimination et adaptés au contenu du marché. Un critère est réputé étranger à l'adjudication lorsqu'il sort du champ d'application des articles 13 let. f AIMP et 8 let. f LVMP, soit lorsqu'il n'est pas propre à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (cf. Galli/Moser/Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zurich 2003, p. 186-187 n° 398, p. 193 n° 412 ; Jacques Dubey, *Le concours en droit des marchés publics*, thèse Fribourg 2005, p. 249, n° 733). En d'autres termes, il faut, pour que l'utilisation d'un critère soit admissible, que les aspects examinés au titre de ce critère permettent de mettre en évidence un avantage significatif ou encore clairement identifiable dans le cadre de l'exécution du marché (v., s'agissant des réserves émises au sujet du critère de la formation des apprentis, ATF 129 I 313, consid. 8.3, p. 325; investissement en personnel pour des prestations d'ingénierie civile, comme critère d'aptitude, Tribunal administratif du canton de Zurich, VB.2005.00240 du 30 août 2006, résumé in DC 2/2008 p. 94, S13; critère de l'exigence d'un service d'entretien, d'un service après vente et d'un service de dépannage pour l'adjudication de travaux de génie civil , arrêt GE.2007.0077 précité; critère du respect de l'environnement, arrêt GE.2004.0147 du 27 janvier 2005, références citées). A défaut, son utilisation contrevient au principe de transparence, de sorte que le résultat est entaché d'arbitraire. S'agissant d'une procédure ouverte, 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 Jean-Baptiste 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). 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 (v. au surplus, s'agissant du double examen de l'aptitude, DC 4/2005, pp. 171-172, S35 et note Denis Esseiva; DC 4/2006, p. 187 et note du précité).

b) A teneur du chiffre 3.11 de l'appel d'offres (conditions générales), « les délais d'exécution extrêmement courts exigent des entreprises une très forte capacité de production et une grande rigueur dans le respect des délais ». Dans sa requête tendant à la levée de l'effet suspensif, l'autorité intimée elle-même insiste sur l'urgence à réaliser les travaux faisant l'objet du présent marché. Elle indique que le plan des travaux est extrêmement serré, l'ouvrage devant être prêt pour la rentrée académique 2009-2010 en août prochain. Dans le questionnaire du 10 novembre 2008, en préambule du critère n° 6, le maître de l'ouvrage a du reste prié les soumissionnaires de lui indiquer successivement les délais d'intervention pour le démarrage des travaux et la durée estimée desdits travaux. S'agissant de cette dernière question, la recourante a répondu 61 jours et l'adjudicataire, 35 jours. En audience, le représentant du bureau d'ingénieurs mandataire de la commune a expliqué de façon convaincante que ce critère n'avait pas été retenu dans la grille d'évaluation, dès lors qu'il est exigé des entreprises qu'elles respectent le planning des travaux, soit en l'espèce 66 jours. L'autorité intimée ne tire donc aucun avantage concret à ce qu'un soumissionnaire exécute les travaux faisant l'objet du marché en 35 ou en 61 jours, dans le planning de 66 jours. Ce critère n'avait donc pas à être évalué. c) Le sous-critère 4.2 a trait au délai d'intervention. Il pèse 2% sur un total de 4%. L'autorité intimée attendait au demeurant de chaque soumissionnaire un engagement d'intervenir rapidement en cas d'urgence, que ce soit pendant le chantier ou à l'issue des travaux, soit durant la mise en service du bâtiment. Quatre réponses étaient possibles: jusqu'à une heure, de une à deux heures, de deux à trois heures, au-delà de trois heures. L'échelle des notes allait décroissant de quatre à zéro points. L'utilisation de ce critère pose toutefois un sérieux problème. S'il implique pour le pouvoir adjudicateur de connaître la distance entre l'implantation du projet et le siège de l'entreprise, ce critère pourrait revenir à accorder un avantage aux offreurs locaux, par rapport aux offreurs externes. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à retenir que ce type de critère ne doit être admis qu'avec la plus grande circonspection, sauf si la proximité des entreprises est particulièrement recommandée (cf. Flamme et alii, op. cit., p. 278 ; Galli/Moser/Lang, p. 193 n° 412 ; voir à cet égard par exemple arrêts GE.2003.0072 du 28 octobre 2003; GE.2000.0091 du 4 octobre 2000, ainsi que DC 2000, 57, arrêt S12 avec note Denis Esseiva). En l'espèce, c'est bien un « offreur local » qui a obtenu le marché, puisque l'adjudicataire a son siège à Lausanne, alors que les bureaux de la recourante sont à 1.*****, dans le canton de Neuchâtel. Ce critère a trait au temps mis par le soumissionnaire à arriver sur les lieux de l'ouvrage et à y intervenir, en cas d'urgence. Or, la réparation des éventuels défauts constatés est de toute façon couverte par la garantie, la norme SIA 118 étant applicable en la matière. Quant aux travaux d'entretien ou de dépannage, de même que, de façon générale, tous les travaux exclus par définition de la garantie, ceux-ci ne font pas partie du présent marché. Il n'en est pas fait mention, ni dans le descriptif, ni dans les documents d'appel d'offres. On peine à cerner en quoi un tel critère mettrait en évidence un avantage significatif pour le soumissionnaire dans le cadre de l'exécution d'un marché portant sur la pose de chapes. L'utilisation de ce critère, qui paraît davantage de mise pour le marché du chauffagiste, suscite les plus sérieuses réserves et n'échappe pas à la critique. Dans l'arrêt GE.2003.0072 précité (ayant également trait au marché de pose de chape), le Tribunal administratif, après de longues hésitations, a renoncé à qualifier d'arbitraire l'emploi de ce critère (dont le poids était plus important qu'in casu) dans la grille d'adjudication. Dans

l'arrêt GE.2007.0077 précité, Le Tribunal l'avait toutefois jugé non adéquat pour évaluer des offres portant sur un marché de génie civil. Or, cet emploi pourrait s'avérer ici non seulement inadéquat à l'adjudication du présent marché, mais surtout discriminatoire. En audience, D. _____, du bureau Z. _____ SA, en a justifié la pertinence et l'adéquation par l'importance attachée par le maître de l'ouvrage à la rapidité d'intervention du poseur de sols en cas d'événements impondérables. Le bâtiment étant muni d'un chauffage au sol, les interventions de certaines entreprises, postérieures à la pose de la chape, pourraient, en endommageant celle-ci, provoquer un risque d'inondation. Il a cité, à titre d'exemple, une fuite d'eau due à la rupture d'une conduite de chauffage ayant provoqué, en 2008, des dégâts d'une étendue de 2 m² sur une surface au sol. Pour que le maître de l'ouvrage puisse se prémunir en pareille situation, il serait particulièrement important pour lui de connaître le temps mis par chaque soumissionnaire à intervenir sur les lieux, au cas où un tel risque venait à se concrétiser. Il aurait sans doute été préférable dans ce cas que l'autorité intimée insère une telle exigence dans les conditions générales du marché, voire invite les soumissionnaires à faire figurer cette prestation dans leur liste de prix. Il reste qu'en incluant un tel critère dans la grille d'adjudication, l'autorité intimée n'a pas excédé les bornes de la liberté d'appréciation qui lui est reconnue dans la configuration du marché. Certes, elle court le danger théorique que le résultat de son évaluation puisse être entaché de discrimination. Cela étant, le Tribunal relève qu'en l'espèce, un tiers soumissionnaire, non partie à la présente procédure, dont le siège est à Bulle, a tout de même obtenu le même nombre de points que l'adjudicataire (soit quatre points, pour une intervention se situant entre une et deux heures). Dès lors, non sans hésitation, le Tribunal, en dépit de ce qui précède, n'ira pas jusqu'à qualifier d'arbitraire l'emploi de ce sous-critère dans le cas d'espèce. d) La commune de Renens et son mandataire semblent être friands du critère des délais d'intervention, pour des motifs liés à la qualité et à la fiabilité des prestations fournies. A cela s'ajoute, comme cela a été dit à l'audience, que l'on aime «avoir les gens sous la main». Ce souci, compréhensible en soi, est de nature à troubler la libre concurrence, car il comporte indéniablement le risque de favoriser, pour ce motif, les «gens du coin». Il serait dès lors très utile au pouvoir adjudicateur de conserver cet élément d'appréciation, tout en neutralisant ses effets dans l'évaluation de l'offre. Une solution pourrait consister, pour l'adjudicateur, à exiger du soumissionnaire, dans les conditions générales de l'offre, qu'il fournisse un service de piquet apte à réagir dans un délai fixé - pour autant, naturellement, que le type de prestations à offrir se prête à ce type d'exigences -, et à en quantifier le coût dans la liste de prix. Cette méthode - mais il existe sans doute d'autres - pourrait également neutraliser les avantages d'offreurs extérieurs, dont les charges sont plus légères, en terme de salaires et de frais fixes. Un soumissionnaire extérieur, comme la recourante en l'espèce, pourrait par exemple s'adjoindre les services d'une entreprise locale pour assurer les délais d'intervention imposés par l'adjudicateur, ce qui se répercuterait sur le prix de son offre; le soumissionnaire local pourrait assurer ces prestations lui-même, ce qui ne lui coûterait rien et compenserait ainsi le désavantage dont il pourrait souffrir relativement à des soumissionnaires plus éloignés et dont les charges salariales sont plus faibles. Il n'en reste pas moins que le critère des délais d'intervention, s'il fallait l'utiliser, devrait l'être avec la plus grande prudence, de manière aussi à éviter que les décisions d'adjudication soient contestées en justice.

E. 4

La recourante se plaint enfin des notes dont son offre a été gratifiée aux sous-critères sur lesquelles la différence se creuse avec son concurrent: 2.1 et 4.2. a) 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 GE.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). En l'absence d'un cadre de référence, les notes arrêtées individuellement par des experts sont de nature à refléter uniquement leur appréciation subjective et, par voie de conséquence, elles 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). b) Au préalable, on constate que 1,35 points seulement séparent les deux offres en concurrence. Dès lors, en récupérant deux points supplémentaires à l'issue de l'examen par le Tribunal de l'évaluation, la recourante pourrait dépasser l'adjudicataire, de sorte que le résultat se trouverait, au final, inversé. aa) S'agissant du sous-critère 2.1 (profil de l'entreprise), la recourante a reçu la note 2, contre 3 à l'adjudicataire. Ce sous-critère pesant 4%, la note attribuée lui vaut huit points seulement, contre douze à sa concurrente. La recourante a répondu au questionnaire du 10 novembre 2008; elle a fourni les indications demandées sur les coordonnées de l'entreprise (2.1.1) et son organisation (2.1.2). Sous 2.1.3, elle a indiqué que son domaine d'activité s'étendait au bâtiment. Sous 2.1.4 (spécialités), elle a répondu : « exécution de chapes; pose de carrelages ». L'adjudicataire pour sa part a fourni des précisions comparables sous 2.1.1 et 2.1.2. Sous 2.1.3, outre le bâtiment, son domaine d'activité s'étend aux travaux spéciaux. Sous 2.1.4, elle a répondu: « chapes ciment et liquide; isolation sous chapes; chapes teintées; revêtement béton lavé ». Par surcroît, l'adjudicataire a remis, en déposant son offre, un document de présentation générale de l'entreprise, sur deux feuilles de format A4. Les représentants de l'intimée ont relevé que la recourante s'était contentée de répondre au questionnaire en fournissant des informations générales sur son entreprise. Par comparaison, l'adjudicataire a apporté, par surcroît, des informations complémentaires ce qui, de façon incontestable, constitue un avantage quant à l'évaluation de son profil. Comme l'adjudicataire a donné plus que le minimum qui était attendu, cela justifie qu'une note supérieure à celle de la recourante lui soit attribuée. La différence dans la notation de ce sous-critère est donc admissible. bb) Au sous-critère 4.2 (délais d'intervention), l'offre de la recourante a été gratifiée de zéro point et celle de la recourante de quatre points (note 2). Pour moins d'une heure, le soumissionnaire recevait un 3 (6 points), contre 2 (3 points) entre une et deux heures, 1 (2 points) entre deux et trois heures; au-delà de trois heures la note zéro était attribuée. Il a été expliqué plus haut (consid. 3c) que l'emploi de ce sous-critère, nonobstant toutes les réserves qu'il suscite, n'était finalement pas arbitraire. A la question 4.2, le recourant a répondu « au-delà de 3 heures ». Son entreprise se trouve en effet à 1.*****, localité distante de 66 km du site du Collège du Léman; ce trajet peut ordinairement être effectué en 1h, voire 1h 30 si l'on tient compte de la surcharge du trafic sur l'A1 entre Yverdon et Crissier. La recourante s'est pourtant montrée nettement plus prudente; en audience, A._____ a indiqué qu'eu égard au temps nécessaire à son l'équipe pour rassembler les outils, prendre contact

avec les responsables du chantier et se déplacer à Renens, deux à trois heures étaient à prévoir. Pour sa part, l'adjudicataire, dont l'entreprise est distante d'un quart d'heure à peine du bâtiment faisant l'objet du marché, a répondu « 1 à 2 heures » .

E. _____ a précisé que, dans l'heure suivant la demande d'intervention, le service de l'entreprise adjudicataire était sur place. Il a cependant reconnu que, par comparaison, si l'adjudicataire devait intervenir sur un chantier situé à 1.*****, où la recourante a ses bureaux, elle mettrait le même temps que celui-ci indiqué par A. _____, soit deux ou trois heures, à intervenir. Sans doute, la prudence excessive avec laquelle la recourante a répondu à ce sous-critère est la marque d'une certaine bonne foi. Il demeure que, compte tenu de cette dernière réponse, l'autorité intimée n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en gratifiant l'offre de la recourante de zéro point.

E. 5

Le recours doit ainsi être rejeté et la décision attaquée, confirmée. Un émolument judiciaire sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (articles 48 et 49 al. 1 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD; RSV 173.36 – en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009 et applicable, vu son article 117 al. 1, aux causes pendantes à cette dernière date). Pour le surplus, des dépens seront alloués à la commune de Renens qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un avocat (art. 55 LPA-VD). Les communes, qui sont exclues du champ d'application de l'art. 52 al. 1 LPA-VD, conservent en effet, dans la nouvelle procédure administrative, la faculté de faire valoir leur droit à des dépens (art. 56 al. 3 LPA-VD, a contrario). Au surplus, il n'y a pas lieu d'allouer des dépens à l'adjudicataire qui s'en est remise à justice et n'était pas assistée durant la procédure.

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