

VD_OMNI MPU.2009.0009 vom 7. Oktober 2009

VD Tribunal cantonal, 2009-10-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2009.0009

FR: VD_OMNI MPU.2009.0009 du 7 octobre 2009

IT: VD_OMNI MPU.2009.0009 del 7 ottobre 2009

Regeste

Consortium X. _____ SA-Y. _____ Sàrl/Municipalité de Chésèrex, Association intercommunale Asse et Boiron, Z. _____ SA | Le soumissionnaire qui entend contester l'adéquation des critères pour l'attribution du marché, ainsi que la pondération des critères, doit attaquer l'appel d'offres. En l'occurrence, le soumissionnaire évincé ne peut plus soulever ces griefs dans le cadre du recours dirigé contre la décision d'adjudication (consid. 5).

Erwägungen

E. 1

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, du 7 juillet 2004 (RMP; RSV 726.01.1).

E. 2

Aux termes de l'art. 18 RMP, les documents fournis par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaire et de fabrication, sont traités de façon confidentielle (al. 1); l'adjudicateur ne peut faire usage ou transmettre ces documents à des tiers qu'avec l'accord du soumissionnaire concerné (al. 2). Durant la procédure, l'adjudicataire n'a pas consenti à la consultation de son offre. Lors de l'audience du 28 septembre 2009, l'adjudicataire a expressément refusé cette consultation, à raison du caractère confidentiel de certains éléments que contenait son offre. La condition de la réciprocité n'étant pas remplie, l'adjudicataire n'a pas eu accès à l'offre de la recourante. Cette situation n'a toutefois pas porté atteinte aux droits des parties. Celles-ci ont en effet pu trouver dans le dossier de l'adjudicateur, ainsi que dans les écritures versées au dossier, des informations essentielles sur l'offre de l'autre partie. Pour le surplus, lors de l'audience du 28 septembre 2009, le Tribunal a porté à la connaissance des parties, dans le respect du secret d'affaires, des indications synthétiques sur les pièces secrètes, de sorte que le droit d'être entendu a été respecté (cf. arrêts GE.2007.0246 du 13 mars 2008, consid. 2b; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 6; GE.2005.0161 du 9 février 2006; cf. également, s'agissant de l'application du droit fédéral analogue, la décision incidente rendue le 17 mars 2005 dans la cause CRM 2005-003 par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics).

E. 3

a) Contre la décision d'adjudication, le délai de recours est de dix jours (art. 10 al. 1 let. d LVMP). Comme l'appel d'offres, la décision d'adjudication est publiée dans la FAO (art. 39 al. 1 RMP, mis en relation avec l'art. 11 du même règlement). La décision attaquée est

datée du 17 juin 2009. Elle a été notifiée le même jour aux soumissionnaires par la voie postale uniquement. Selon le timbre humide apposé sur l'exemplaire produit par les recourants, ceux-ci ont reçu la décision attaquée le 23 juin 2009. Le délai de recours a commencé à courir le 24 juin, pour expirer le 3 juillet suivant. Déposé ce jour-là auprès d'un office postal, le recours est recevable à cet égard. b) Selon un principe général du droit découlant de l'art. 9 Cst., lorsqu'il existe une obligation de mentionner une voie de droit, son omission ne doit pas porter préjudice au justiciable; celui-ci ne doit en outre pas devoir pâtir d'une indication inexacte ou incomplète sur ce point (ATF 134 I 199 consid. 1.3.1 p. 202; 131 I 153 consid. 4 p. 158; 127 II 198 consid. 2c p. 205, et les arrêts cités). L'erreur peut consister en l'omission pure et simple de l'indication obligatoire de la voie de droit, ou en une indication fautive, peu claire, équivoque ou incomplète, notamment pour ce qui concerne le délai de recours (ATF 117 Ia 297 consid. 2 p. 299). La décision attaquée indique erronément un délai de recours de trente jours, au lieu de dix jours. Si les recourants, se fondant sur cette indication, avaient déposé le recours au-delà du délai légal, ils n'auraient de toute manière pas eu à souffrir de l'erreur du pouvoir adjudicateur.

E. 4

D'un point de vue formel, l'offre des recourants est entachée d'un défaut, parce que l'enveloppe la contenant ne portait pas la mention «Ne pas ouvrir», contrairement à ce qui était exigé (ch. 3.9 de l'appel d'offres; ch. 2.16.1 CdC). L'adjudicateur a toutefois renoncé à exclure l'offre des recourants pour ce motif. Bien lui en a pris, car à défaut, il s'exposait au reproche de formalisme excessif (cf. ATAF 2007/13 consid. 3.3; arrêts GE.2006.0226 du 20 février 2007; GE.2006.0084 du 8 septembre 2006, consid. 7b; GE.2006.0011 du 22 mai 2006, consid. 3).

E. 5

Les recourants estiment que les critères n°2, 3 et 4 sont inadéquats pour décider de l'attribution du marché. En particulier, l'exigence de production de cinq références pour des travaux analogues (critère n°2; ch. 2.5.4.1 CdC) n'aurait pas de sens, s'agissant de la construction d'une charpente pour une piscine couverte. En outre, la pondération de 20% pour le critère n°2 serait excessive. a) Il se pose la question de savoir si ce grief peut être soulevé dans le cadre du recours formé contre la décision d'adjudication. Tant l'appel d'offres que l'adjudication sont attaquables, dans un délai de dix jours (art. 10 al. 1 let. a et d LVMP). En principe, les critères énoncés dans l'appel d'offres font partie intégrante de celui-ci, si bien que les éventuels vices les affectant doivent être contestés à ce stade déjà, à peine de forclusion (ATF 125 I 203; 2C_107/2007 du 22 janvier 2008). Il convient toutefois de déroger à cette règle lorsque les documents de l'appel d'offres ne peuvent être retirés auprès de l'adjudicateur qu'après l'expiration du délai disponible pour attaquer l'appel d'offres; en pareille hypothèse, ce qui se rapporte aux documents de l'appel d'offres peut encore être contesté au stade de l'adjudication (ATF 129 I 313 consid. 6.2 p. 321/322; cf. les décisions de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 15 juin 2006, JAAC 70.80, consid. 2c, et du 30 mai 2005, reproduite in: DC 2005 p. 171 S33, avec une note critique de Denis Esseiva). Le Tribunal applique ces principes; il lui est arrivé de déclarer irrecevables pour tardiveté des griefs dirigés contre l'appel d'offres (arrêts MPU.2008.0004 du 17 juin 2008; GE.2006.0226 du 20 février 2007). Dans un cas, il est entré en matière (arrêt GE.2005.0212 du 2 juin 2006). Dans une autre affaire, il a laissé indécise la question de la recevabilité du recours à cet égard, la décision d'adjudication n'étant de toute manière pas arbitraire (arrêt GE.2007.0031 du 4 juin 2007). b) En

l'occurrence, les critères et leur pondération figurent dans l'appel d'offres paru dans la FAO le 23 janvier 2009. Le délai de recours de dix jours a expiré sans avoir été utilisé, alors qu'il aurait pu l'être. Cette décision est dès lors entrée en force. Il n'est partant plus possible pour les recourants de remettre en discussion le caractère adéquat, en vue de l'adjudication du marché, des critères n°2, 3 et 4, ni la pondération du critère n°2. Le détail de celui-ci, et notamment l'exigence de produire cinq références pour des travaux similaires, était contenu dans le cahier des charges (ch. 2.5.4.1); au regard de la jurisprudence qui vient d'être rappelée, ce point peut encore être contesté au stade de l'adjudication.

E. 6

a) L'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, d'autant plus étendue que le domaine exige des connaissances techniques (arrêts GE.2007.0246, précité, consid. 3a; GE.2006.0151 du 18 janvier 2007, consid. 2b/aa; GE.2006.0084, précité, consid. 5; GE.2004.0190 du 13 juin 2006, et les arrêts cités). Le pouvoir adjudicateur doit aussi respecter, dans le processus d'attribution des notes (notamment), le principe de l'égalité de traitement. Cela implique que les critères déterminants doivent être posés, puis appliqués en fonction des spécificités du marché à attribuer (arrêts GE.2007.0246, précité, consid. 3a; GE.2007.0077, précité, consid. 1b; GE.2006.0151, précité, consid. 2b/aa; GE.2006.0084, précité, et les arrêts cités). En d'autres termes, les critères retenus par le pouvoir adjudicateur doivent être adaptés au contenu du marché à attribuer, et mettre en évidence un avantage significatif pour l'exécution du marché, en lien avec celui-ci (arrêt GE.2007.0077, précité, dans lequel le Tribunal administratif avait jugé que le critère de l'exigence d'un service d'entretien, d'un service après vente et d'un service de dépannage, n'était pas adapté pour l'adjudication de travaux de génie civil). S'il contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts GE.2007.0246, précité; GE.2007.0077 du 8 octobre 2007, consid. 1b; GE.2006.0226, précité, consid. 1b, et les arrêts cités), le Tribunal s'impose une certaine retenue dans l'évaluation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication (arrêts GE.2007.0246, précité; GE.2006.0151, précité, consid. 2b/aa; GE.2006.0084, précité, consid. 5, et les références citées); il n'intervient que si la solution retenue par le pouvoir adjudicateur est insoutenable, partant arbitraire. b) Comme indiqué dans le cahier des charges, le critère relatif aux références de l'entreprise visait à évaluer le niveau de compétence du soumissionnaire pour la réalisation des travaux faisant l'objet du marché (ch. 2.5.4.1 CdC). Un tel critère est admissible en soi; il protège à la fois l'adjudicateur contre des offres pas assez sérieuses et solides du point de vue des garanties de réalisation, d'une part, et les autres soumissionnaires contre des offres émanant de concurrents moins chers parce que moins compétents ou expérimentés, d'autre part. A cette fin, il paraît justifié que l'adjudicateur puisse se fonder sur un nombre représentatif de références, propre à le mettre en mesure d'évaluer objectivement les offres qui lui sont soumises. Le nombre de cinq, retenu en l'occurrence, paraît idoine. Pour le surplus, il s'agissait pour les soumissionnaires de présenter des références relatives à des travaux analogues, sinon absolument semblables, tant il est vrai que les travaux relatifs à des piscines publiques couvertes sont relativement rares. Les recourants, à l'instar de l'adjudicataire, ont au demeurant fourni les références demandées, que l'adjudicateur a tenu pour recevables. c) Selon la grille d'évaluation, l'adjudicateur a prévu de donner un point par «référence en relation avec la nature du mandat», sur une échelle allant de 1 à 5. Y. _____ s'est rapporté sur ce point à des travaux effectués dans des bâtiments scolaires à Cugy, La Croix-sur-Lutry, St-Légier,

Blonay, Châtel-St-Denis, Ouchy et Ecublens. Y. _____ et C. _____ ont fait valoir des travaux exécutés pour la construction de garderies à Lausanne, à Ecublens et à Saxon. B. _____ a produit des références concernant des travaux effectués dans le cadre de l'extension de l'école d'agriculture de Marcellin, la construction d'un bâtiment scolaire à Fiez et la rénovation de la haute école pédagogique à Lausanne.

C. _____ et Y. _____ ont produit en outre chacune une liste de références supplémentaires. Les montants de ces travaux ne sont pas indiqués.

Z. _____ a fourni sept références, avec des photographies des travaux réalisés, concernant la construction d'un garage, d'une loge et d'une piscine dans une maison privée, à 3.*****; la toiture de bâtiments scolaires et de salles polyvalentes à 4.***** et à Coinsins; la création d'un réfectoire scolaire à Genolier; la création d'une charpente pour le nouveau bâtiment de l'aérodrome de la Blécherette. Les montants sont indiqués. Pour le critère n°2, Z. _____ a obtenu quatre points, soit une note finale de 80 compte tenu de la pondération retenue de 20%; les recourants ont reçu trois points, soit une note de 60 pour ce critère. L'adjudicateur a précisé qu'il n'avait pas attribué cinq points à Z. _____, car il manquait une référence relative à des travaux de couverture d'une piscine, d'ampleur comparable. Sur le vu des documents remis par les soumissionnaires, l'appréciation de l'adjudicataire est soutenable: l'offre de Z. _____ est plus détaillée; elle se rapporte à des travaux analogues, voire identiques à ceux à réaliser; les montants sont mentionnés à chaque fois, contrairement à l'offre des recourants. Or, il s'agit là d'un élément requis par le pouvoir adjudicateur, qui lui est nécessaire pour se faire une représentation complète et précise de la capacité des soumissionnaires à exécuter des travaux analogues à ceux projetés, par leur ampleur et leur coût.

E. 7

Les recourants contestent l'appréciation relative aux critères n°3 (calendrier des travaux) et 4 (organisation de l'entreprise ou du consortium). Il est à noter que le tableau récapitulatif des notes attribuées inverse l'ordre des critères n°3 et 4 par rapport à celui mentionné dans l'appel d'offres. Cette inadvertance n'a pas de conséquences, puisque la pondération de ces deux critères est la même, soit 10%. a) Pour le critère n°3, les soumissionnaires étaient tenus d'indiquer la durée estimative des travaux et présenter un calendrier détaillé et justifié (ch 2.5.4.2 CdC). La grille d'évaluation prévoyait d'attribuer zéro, trois ou cinq points selon que le calendrier présenté était incomplet, complet ou très complet et structuré. Cette répartition des points en trois paliers peut surprendre, puisque le cahier des charges prévoit que les critères sont évalués sur une échelle allant de 0 à 5 (ch. 2.7.1 CdC). Le mode retenu par le pouvoir adjudicateur l'empêche, dans une certaine mesure, d'affiner son appréciation de la qualité des offres selon l'échelle fixée initialement. On pourrait ainsi se demander si le mode d'évaluation retenu en définitive est conforme à ce qui avait été annoncé dans le cahier des charges. La question souffre de rester indécise, car le résultat auquel est parvenu le pouvoir adjudicateur est de toute manière soutenable. Les recourants ont joint à leur offre un tableau selon lequel les travaux, divisés en neuf étapes (réception de la commande; établissement des plans; commandes; taille et assemblage en atelier; montage; mise hors d'eau; bords de toit; finitions intérieures; divers et imprévus), devraient durer 25 semaines, étant entendu que certains travaux peuvent être entrepris simultanément. Ce laps se répartit en deux phases, soit la préparation (y compris l'assemblage en atelier) et le montage proprement dit. Cette deuxième phase devait durer 12 semaines. Z. _____ a produit un tableau distinguant le gros œuvre (charpente, mise hors d'eau et débords de toit)

du second œuvre (plafond et isolation phonique). Le gros œuvre est réparti en trois étapes: la préparation du dossier technique et la commande (20 jours ouvrables); la taille, la préparation en atelier et la préfabrication (30 jours ouvrables); l'ajustage et la pose sur le chantier (10 jours ouvrables). Le second œuvre se répartit en trois étapes: l'élaboration technique et la commande (20 jours ouvrables); la préparation en atelier (20 jours ouvrables) et la pose sur le chantier (15 jours ouvrables). La durée totale estimative est ainsi de 115 jours ouvrables, étant entendu que certains travaux peuvent être entrepris simultanément. Les travaux sur le chantier proprement dit devaient durer six semaines. Les recourants ont reçu trois points, soit une note finale de 20 pour ce critère, compte tenu de la pondération retenue de 10%, Z. _____ cinq points, soit une note finale de 50. L'évaluation de l'autorité intimée est justifiée, car le calendrier proposé par Z. _____ est nettement plus court que celui de la recourante (16 semaines au lieu de 25), y compris pour les travaux sur le chantier (six semaines au lieu de 12). Le résultat n'est pas différent si l'on ajoute à cette durée une réserve de deux semaines pour des impondérables, comme l'ont fait les recourants. Le calendrier proposé par l'adjudicataire est également plus détaillé et précis que celui des recourants. b) Pour le critère n°4, relatif à l'organisation de l'entreprise, les soumissionnaires devaient fournir un organigramme et les documents désignant l'entreprise pilote, décrivant les prestations de chaque entreprise, membre de l'association ou du consortium, ainsi que les sous-traitants, avec l'indication de la part respective des travaux; il était également requis à ce titre d'indiquer les responsables des travaux et interlocuteurs du maître de l'ouvrage et des mandataires, ainsi que la qualification du personnel d'encadrement (ch. 2.5.4.3 CdC). La grille d'évaluation prévoyait de répartir ce critère en deux volets, le premier consacré à l'organisation opérationnelle (pour un tiers de la note pondérée) et le deuxième au personnel (pour deux tiers de la note pondérée), concernant le chef de projet et le responsable de la direction des travaux, ainsi que leurs remplaçants (soit quatre références). Pour le premier volet, l'adjudicateur a prévu d'attribuer zéro point si aucune organisation opérationnelle n'était indiquée, un point s'il y avait une organisation pour le projet ou les travaux, trois points si l'organisation portait sur le projet et les travaux, et cinq points pour l'offre mentionnant une organisation complète pour toutes les étapes du mandat. Pour le deuxième volet, chaque référence justifiée valait un point. aa) 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; arrêts GE.2007.0218 du 6 mars 2008, consid. 3a; GE.2007.0077, précité, consid. 3a; GE.2006.0084, précité, consid. 5, 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 servent uniquement à concrétiser le critère principal; est réservé toutefois le 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; arrêts GE.2007.0218, précité, consid. 3a; GE.2003.0117 du 20 avril 2004 consid. 1a/bb, reproduit in: RDAF 2004 p. 292ss). En l'espèce, la répartition du critère n°4 en deux volets, comme décidé par le pouvoir adjudicateur, ne correspond pas à la subdivision en sous-critères, au sens de la jurisprudence qui vient d'être rappelée. Il s'agit tout au plus d'un

tri des indications que les soumissionnaires étaient appelés à fournir, qui n'ajoute et n'enlève rien au critère lui-même, que cette répartition en deux volets ne fait que concrétiser. La sous-pondération interne de ces deux volets est plus discutable, car elle revient à accorder plus de poids à l'aspect relatif au personnel, plutôt qu'à celui de l'organisation opérationnelle. Cela étant, les soumissionnaires devaient de toute manière communiquer à l'adjudicateur plus de renseignements concernant le personnel que l'organisation elle-même. bb) Les recourants ont produit un organigramme du consortium, auquel ils ont joint un document expliquant les avantages de leur organisation, ainsi qu'une présentation de chacune des entreprises du consortium, avec l'effectif du personnel. Pour le premier volet, l'adjudicateur a attribué zéro point, considérant que les recourants n'avaient présenté aucune organisation opérationnelle pour les travaux à adjuger; pour le deuxième volet, les recourants ont reçu trois points. Compte tenu de la répartition de la pondération entre les premier et deuxième volets, les recourants ont obtenu deux points, soit une note finale pour ce critère de 20, compte tenu d'une pondération globale de 10%.

Z._____ a joint à son offre plusieurs documents, soit la présentation de l'entreprise et une liste nominale du personnel, ainsi qu'une pièce détaillant l'organisation de l'entreprise en vue de la réalisation des travaux concernés, et des copies des diplômes obtenus par les responsables du chantier. Z._____ a reçu la note maximale tant pour le premier que le deuxième volet, soit cinq points chaque fois, la note finale étant fixée à 50. Les documents fournis par les recourants contiennent effectivement moins d'informations que ceux joints par l'adjudicataire à son offre. L'organigramme, descriptif et non nominatif, n'apporte pas grand'chose. Il en va de même de l'effectif du personnel, par catégories professionnelles. Il manque à cet égard la désignation, des qualités, des responsables des travaux et interlocuteurs du maître de l'ouvrage et des mandataires, pourtant expressément requise, et que l'adjudicateur a tenu pour décisive. De ce point de vue, les renseignements fournis par l'adjudicataire sont complets, précis et détaillés, y compris pour ce qui concerne la qualification et l'expérience professionnelle des personnes appelées à intervenir lors des travaux. Il n'y a donc rien à redire à la notation effectuée par l'adjudicateur.

E. 8

Le recours doit ainsi être rejeté, et la décision attaquée confirmée. Les frais sont mis à la charge des recourants (art. 49 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD, RSV 173.36). L'autorité intimée, assistée d'un mandataire, a droit à des dépens; tel n'est pas le cas en revanche de l'adjudicataire, qui a participé à la procédure sans l'assistance d'un mandataire (art. 55 LPA-VD).

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