

VD_OMNI MPU.2009.0012 vom 23. September 2009

VD Tribunal cantonal, 2009-09-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2009.0012

FR: VD_OMNI MPU.2009.0012 du 23 septembre 2009

IT: VD_OMNI MPU.2009.0012 del 23 settembre 2009

Regeste

Consortium X. _____ SA, Y. _____ SA et Z. _____ SA/Municipalité d'Ettoy, A. _____ | Le choix de l'entité adjudicatrice d'apprécier l'aptitude économique des soumissionnaires au moyen d'un critère exigeant une capacité économique maximale (ratio au pour-cent entre le montant de l'offre et le chiffre d'affaire moyen des trois dernières années) est adéquat en ce sens qu'il permet à cette entité de se prémunir des conséquences d'une interruption de l'exécution du marché en cas de difficultés financières de l'adjudicataire.

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.

E. 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). 2. a) Conformément à l'art. 32 RMP, une offre peut être exclue, notamment: lorsque le soumissionnaire ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigés (1^{er} tiret, let. a) ou lorsqu'elle n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, incomplètement remplie ou ayant subi des adjonctions ou modifications (2^{ème} tiret, let. a, 1^{ère} phrase). Dès lors, le soumissionnaire qui ne remplit pas un critère d'aptitude doit en principe être exclu du marché. On doit tout au plus réserver les limites résultant du formalisme excessif (v. Denis Esseiva, in DC 4/2007 p. 202, note ad S51). b) L'exclusion peut intervenir d'emblée, après la constatation du défaut rédhibitoire entachant l'offre, ou après l'évaluation, pour autant que l'application des critères d'adjudication reste «traçable», conformément au principe de la transparence (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, du 15 juin 2006, reproduite in: JAAC

70.80, consid. 4; cf. également ATF 2P.225/2005 du 27 avril 2006, relaté in: DC 2006 p. 187 S112), voire même par substitution de motifs, dans le cadre de la réponse à un recours dirigé contre la décision d'adjudication (arrêt GE.2003.0111 du 20 février 2004, consid. 1a, et les références citées). c) Cela étant, l'exclusion de la procédure doit se faire dans le respect du principe de la proportionnalité; elle ne peut se fonder sur des éléments mineurs, ou du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication (ATF 2P.219/2003 du 17 juin 2005, consid. 3.3; 2P.259/2004 du 11 mai 2005, reproduit in: DC 2005 p. 175, consid. 2; 2P.161/2003 du 29 octobre 2003). En principe, le fait qu'une rubrique ne soit pas remplie n'implique pas nécessairement l'invalidité de l'offre (ATF 2C_144/2009 du 15 juin 2009, consid. 6.2, réf. citée). Ainsi, lorsque le défaut mis en exergue doit être considéré comme véniel, il est en règle générale excessivement formaliste d'exclure une offre de la procédure d'adjudication, sans avoir préalablement invité l'auteur à corriger ce défaut (cf. dans ce sens, ATAF 2007/13 consid. 3.3; décisions de la Commission fédérale de recours (CFR) du 23 décembre 2005, in: JAAC 70.33; v. en outre arrêts GE.2006.0226 du 20 février 2007; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006; GE.2006.0011 du 22 mai 2006). A partir du moment où, en revanche, l'offre s'avère lacunaire sur un motif revêtant un certain poids dans la procédure, elle peut conduire à l'exclusion de son auteur, sans que cela ne heurte les principes de proportionnalité et de l'interdiction du formalisme excessif (ATAF B-7393/2008 du 14 janvier 2009, consid. 3.2.2.1, 2007/13, déjà cité, consid. 6.2). 3. Le consortium recourant s'en prend tout d'abord à la configuration du marché. Il conteste l'utilisation par l'autorité intimée du critère d'aptitude de la capacité économique de l'entreprise (critère d'aptitude n° 1). a) L'adjudicateur a la liberté de configurer le marché mis en soumission comme il l'entend et en fonction de ses besoins (cf. Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 100). Il doit cependant évaluer l'aptitude des soumissionnaires à réaliser le marché en fonction des critères qu'il choisit et qui sont publiés. Il définit des critères d'aptitude objectifs et les preuves à apporter pour l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires (art. 24 al. 1 RMP); ceux-ci concernent en particulier les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques, organisationnelles et de gestion environnementale (ibid., al. 2). Ces critères sont quantifiables et arrêtés en fonction de la prestation à fournir (services, fournitures, construction), la singularité et la complexité de chaque marché s'opposant à l'énonciation de critères d'aptitudes standardisés (cf. Olivier Rodondi, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in RDAF 2001 p. 387 et ss, not. 394). Le pouvoir adjudicateur est tenu d'énoncer des critères d'aptitude qui soient directement en rapport avec la prestation mise en soumission; cela signifie que les candidats ne devraient fournir que les preuves de capacité nécessaires eu égard à la prestation concernée (Rodondi, p. 395; v. également 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). 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 ne soit pas tenu d'appliquer les

critères d'aptitude 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, nos 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). Pour le consortium recourant, le critère de la capacité économique tendrait en réalité à obtenir des informations sur la qualité des prestations à fournir par le soumissionnaire; il s'agirait donc, selon lui, d'un critère d'adjudication au sens de l'art. 37 RMP. En l'espèce, pour être admis à la procédure d'adjudication, les soumissionnaires devaient démontrer que le montant de leur offre ne dépassait pas les 25% du chiffre d'affaire moyen de l'entreprise calculé sur les trois dernières années. L'autorité intimée attendait de chaque soumissionnaire qu'il indique à cet effet les chiffres d'affaires réalisés durant les exercices 2006 à 2008. Un tel critère est connu d'autres législations. L'annexe 3 à l'ordonnance fédérale du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP; RS 172.056.11) permet aux autorités fédérales d'exiger des soumissionnaires la production des bilans ou extraits des bilans pour les trois exercices qui ont précédé l'appel d'offres (ch. 11), comme preuve à l'appui de l'évaluation de leur qualification (art. 9). La vérification de la capacité économique du soumissionnaire a pour but essentiel d'assurer que celui-ci disposera des ressources suffisantes pour exécuter le marché en cause jusqu'à son terme. Des difficultés financières empêchant - en tout ou en partie - un soumissionnaire de régler ponctuellement les salaires de ses collaborateurs, les cotisations sociales et impôts dus, les factures de ses fournisseurs ou les honoraires de ses sous-traitants sont, selon leur importance, susceptibles d'entraîner ultérieurement des retards et des surcoûts correspondants dans l'exécution du marché, voire une interruption de cette exécution en cas de faillite de l'adjudicataire (décision de la CFR du 1^{er} septembre 2003, in: JAAC 68.10, consid. 3c/bb). Ce critère permet également de vérifier que l'entreprise dispose d'une capacité économique suffisante en relation avec l'ampleur du marché (v. sur ce point, Maurice Flamme et alii, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, tome 1/A, Bruxelles 1997, p. 620). En tant que tel, il s'agit bien d'un critère d'aptitude et non d'un critère d'adjudication comme le soutient le recourant. b) La procédure elle-même serait, toujours selon le consortium recourant, entachée d'un vice rédhibitoire, du fait de l'absence de pondération des deux critères d'aptitude. Il invoque à cet égard une violation du principe de transparence. 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. arrêts GE.2007.0077, précité, consid. 3b ; GE.2006.0151, précité, consid. 2a/aa et les références citées). 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. En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective (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 (arrêts GE.2007.0077 du 8 octobre 2007, consid. 3a; GE.2006.0151 du 18 janvier 2007, consid. 2a et les références citées). En l'occurrence, l'autorité intimée a fait le choix d'évaluer dans un premier temps l'aptitude des soumissionnaires au moyen des deux critères énoncés, puis d'évaluer dans un second temps les offres des soumissionnaires jugés aptes. Ce choix, qui résulte de la liberté d'appréciation du pouvoir adjudicateur, n'est pas critiquable. Dans cette optique, on ne voit pas en quoi le principe de transparence aurait été violé du fait que les critères d'aptitude n'étaient pas pondérés. Le consortium recourant perd de vue la finalité de ces critères auxquels les soumissionnaires devaient simplement satisfaire, sous peine de voir leur offre écartée du marché. Sans doute, il en irait autrement et la question devrait se poser si, à l'image de certaines procédures, les deux types de critère eussent été utilisés dans une seule et même matrice d'évaluation. Tel n'est cependant pas le cas ici, de sorte que le grief est mal fondé. c) Le consortium recourant voit toutefois dans l'utilisation de ce critère une discrimination prohibée, dès lors que les entreprises nouvellement créées se trouveraient ipso facto exclues du marché. Bien qu'ils concernent la personne même du soumissionnaire, les critères d'aptitude doivent toutefois, en principe, également être directement et concrètement en rapport avec la prestation à accomplir, en ce sens qu'ils doivent porter sur des qualifications nécessaires pour fournir cette prestation (ATF 129 I 313 consid. 8.1 p. et les références citées). Le pouvoir adjudicateur doit en conséquence choisir des critères conformes aux principes de non-discrimination, ce qui exige de sa part que les critères soient adaptés au contenu du marché. Ainsi, un critère est réputé étranger à l'adjudication lorsqu'il sort du champ d'application des art. 13 let. f AIMP et 8 al. 2 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, 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). Dès lors, un critère d'aptitude peut également s'avérer inadéquat pour l'examen des capacités des soumissionnaires et sortir du champ d'application de l'art. 8 al. 2 let. d LVMP. 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 du 8 octobre 2007; 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 se trouve entaché d'arbitraire. Les exigences de capacité financières doivent être en rapport raisonnable avec la nature et l'importance de l'ouvrage considéré (Flamme, op. cit., pp. 620-621, réf. citée, note 14). En l'espèce, la question mérite sans doute d'être posée; il est vrai que ce critère a pour principal inconvénient de fermer l'accès au marché aux jeunes entreprises, ce qui pourrait apparaître comme discriminatoire. Z. _____ SA Morges en subit en quelque sorte les effets, puisqu'elle est inscrite au registre du commerce depuis le 16 mars 2009 seulement. De l'autre côté, un rapport maximal de 25% entre le montant de l'offre et le chiffre d'affaires de l'entreprise est supposé garantir au maître de l'ouvrage une certaine pérennité du co-contractant. Ce critère est adéquat en ce sens qu'il permet au maître de l'ouvrage de se prémunir des conséquences d'une interruption de l'exécution du marché en cas de difficultés financières du soumissionnaire auquel le marché est finalement adjugé. d) Les documents de l'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 qu'en vertu du principe de la bonne foi, 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 (ATF 130 I 241 consid. 4.2 p. 245; 125 I 203 consid. 3a p. 205 ss). Certes, convient-il, en principe, de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes, car l'on ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres (ATF 130 I 241 consid. 4.3 p. 247). En l'espèce, les conditions particulières du marché, du 17 avril 2009, énonçaient clairement les critères d'aptitude et d'adjudication, ainsi que la pondération de ceux-ci. En particulier, il n'y avait aucun doute possible sur le fait que les critères d'aptitude n'étaient pas pondérés, qu'ils servaient uniquement à vérifier que les candidats avaient les qualifications nécessaires pour prendre part au marché. Il était tout aussi clair que les critères d'aptitude ne seraient pas pris en considération pour évaluer les soumissions au stade de l'adjudication proprement dite. Or, ces documents ont été remis aux candidats pour préparer les soumissions et font partie intégrante du reste de leurs offres. Le consortium recourant n'a pas attaqué les documents d'appel d'offres, dès que ceux-ci ont été portés à sa connaissance, soit en l'occurrence le 28 avril 2009 au plus tard, selon les indications de ses représentants en audience. Il est dès lors forclos à faire valoir ses griefs contre le critère d'aptitude économique dont l'autorité intimée a fait usage en la présente espèce. Il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière sur les moyens soulevés à l'encontre du choix et de la définition de ce critère. 4. Le consortium recourant critique son exclusion de la procédure. Il se plaint en premier lieu d'une application arbitraire des règles posées dans les documents d'appel d'offres pour le critère de l'aptitude économique. En deuxième lieu, il n'est nullement démontré, selon lui, que le ratio entre le chiffre d'affaire moyen 2006 à 2008 des entreprises qui le composent soit supérieur à 25% du prix offert pour l'adjudication du marché. Enfin, il reproche à l'autorité intimée d'avoir fait preuve en la circonstance d'un formalisme à tout le moins excessif en excluant son offre de la procédure d'adjudication. a) Le critère d'aptitude n° 1 a été défini de la façon suivante: pour qu'un soumissionnaire soit admis à la procédure d'adjudication, le montant de son offre ne devait pas dépasser les 25% du chiffre d'affaire moyen de l'entreprise calculée sur les trois

dernières années (2006 à 2008); à cet effet, l'entreprise devait indiquer les chiffres d'affaires réalisés au cours des trois dernières années. L'autorité intimée a estimé en l'occurrence que le prix offert par le recourant (4'921'624 fr.) représentait le 28,61% du chiffre d'affaires moyen annoncé (17'200'000 fr.). Ce dernier montant résulte de l'addition des chiffres fournis par deux membres du consortium, X. _____ SA et Y. _____ SA, Z. _____ SA Morges n'ayant rien annoncé à cet égard. Or, les documents d'appel d'offres spécifiaient pourtant sans aucune ambiguïté à cet égard que, sans information de l'entreprise, des membres de l'association d'entreprises ou du consortium et/ou des sous-traitants, le critère ne pourrait pas être analysé et serait considéré comme non satisfait et qu'en conséquence, l'offre serait écartée. On retire des explications des représentants du consortium recourant en audience que ceux-ci n'ont, ce nonobstant, jamais imaginé que celui-ci pût être évincé pour des questions de capacité économique; pour eux, cette question était même à certains égards secondaire. Le consortium recourant fait valoir que Y. _____ SA et Z. _____ SA Morges font partie du groupe Y. _____ dont la taille importante et la capacité économique sont notoires, même si ses représentants ont indiqués en audience que le conseil d'administration du groupe se refusait à communiquer le chiffre d'affaires de celui-ci pour des raisons de concurrence. Quoiqu'il en soit, il était de toute façon clair, pour le consortium recourant, que les autres membres du groupe Y. _____ auraient repris les tâches de Z. _____ SA Morges en cas de carence éventuelle de celle-ci. Ils se sont toutefois gardé d'indiquer le chiffre d'affaire de l'entreprise Z. _____ SA dans son ensemble (société-mère et succursale) et sont partis du principe qu'en cas de besoin, l'adjudicateur lui demanderait des précisions à ce sujet. Les évaluateurs connaissaient sans doute les entreprises qui constituent le consortium recourant. Constatant que Z. _____ SA Morges n'avait rien annoncé au titre de son chiffre d'affaires annuel, ils se sont même posés la question d'exiger du consortium recourant un document complémentaire sur ce point. Les évaluateurs y ont cependant renoncé pour procéder à une vérification sur la base des chiffres fournis; en consultant le registre du commerce, ils ont constaté que Z. _____ SA Morges, venait d'y être inscrite. Décision a finalement été prise d'écarter l'offre du consortium recourant, puisque la règle d'exclusion avait clairement été définie dans les documents d'appel d'offres. Cette décision n'a pas été prise à la légère, ceci d'autant moins que si l'offre du consortium recourant avait été notée, il est probable, après vérification, que l'avantage résultant du prix offert aurait sans doute été déterminant dans l'adjudication. On peut sans doute regretter que l'appréciation se fonde sur des critères essentiellement formels (v. sur ce point note de Jacques Dubey, in DC 2009/2 ad S21). Quoiqu'il en soit, l'exclusion s'imposait d'autant plus ici que les règles clairement posées n'ont pas été respectées par le consortium recourant. Au surplus, ce critère d'aptitude économique devait, toujours selon les évaluateurs, être considéré comme une « clause-guillotine », de sorte qu'ils n'avaient pas à tenir une séance de clarification avec les soumissionnaires qui, à l'image du consortium recourant, n'en réalisaient pas les conditions. Le consortium recourant rappelle sur ce volet que la part de Z. _____ SA Morges aux travaux offerts était inférieure à 20%, ce qui était expressément indiqué dans l'offre. Dès lors, il soutient que cette entreprise n'avait pas à indiquer son chiffre d'affaires moyen, de sorte que le calcul du ratio opéré par l'autorité intimée serait inexact. Le recourant déduit cette faculté, non pas de la définition du critère d'aptitude n° 1, mais bien de la condition supplémentaire relative audit critère, laquelle précise qu'en cas d'association d'entreprises ou de consortium ce critère s'applique par analogie à chaque

membre de l'association d'entreprises ou du consortium sur la part respective du montant de l'offre, pour autant que cette dernière s'élève à plus de 20% du montant de l'offre. Cette condition supplémentaire implique que le ratio de 25% entre le chiffre d'affaire moyen et le montant de l'offre ne s'applique pas au membre du consortium dont la participation aux travaux offerts, comme c'est le cas pour Z. _____ SA Morges, est inférieure à 20%. En revanche, on n'en retire certainement pas que ce soumissionnaire était dispensé pour autant, comme le recourant l'a estimé de façon un peu hâtive, d'annoncer son chiffre d'affaires moyen réalisé durant les trois dernières années. Au contraire, il ressort de la définition du critère d'aptitude n° 1 que toute entreprise devait fournir cette indication, sous peine de voir son offre exclue de la procédure. Cette exigence était clairement posée dans les documents d'appel d'offres, qui ne souffrent par conséquent aucune interprétation divergente. Le consortium recourant doit dès lors supporter les conséquences de cette absence d'annonce, qui constitue, on le voit, un motif supplémentaire d'exclusion. A tout le moins, il n'est pas fondé à reprocher à l'autorité intimée de n'avoir pris en compte que les données dont elle était en possession pour évaluer son aptitude économique, sauf à se prévaloir de sa propre incurie. La décision attaquée n'est donc pas entachée d'arbitraire. b) X. _____ SA et Y. _____ SA ont annoncé un chiffre d'affaire annuel moyen de 6'200'000, respectivement 11'000'000 fr. Elles indiquent dans le recours que ces montants s'entendent nécessairement hors taxes, ce qui ne ressort pas explicitement de l'offre du consortium recourant. La décision entreprise retient pourtant un chiffre d'affaire moyen « toutes taxes comprises ». Dans sa détermination en réponse à la demande de levée de l'effet suspensif, le consortium recourant précise que, pour X. _____ SA, le rapport serait finalement de 22,37% (soit 1'387'000 fr. s/6'200'000 fr., hors taxes), et pour Y. _____ SA, de 22,66% (2'493'000 fr. s/11'000'000 fr., hors taxes), ceci compte tenu des parts respectives de ces deux entreprises dans la réalisation du marché. Cela pourrait signifier, selon lui, qu'en prenant en considération les taxes dues et en les ajoutant au chiffre d'affaire net déclaré (sans Z. _____ SA Morges), le ratio de 25% pourrait en définitive ne pas être dépassé, de sorte que l'offre aurait dû être évaluée. En audience, les évaluateurs ont toutefois indiqué qu'un second calcul du ratio avait été effectué, les montants annoncés ayant été pris en considération hors taxes. Or, ce calcul ne modifierait pas le résultat, le ratio entre l'offre du consortium recourant et le chiffre d'affaires annoncé étant toujours supérieur à 25%. L'autorité intimée est en effet arrivée à la conclusion qu'en prenant en considération le montant de l'offre hors taxes, ce ratio devait être ramené de 26,6%, soit 4'574'000 fr. sur 17'200'000 fr. Ce calcul, qui revient pratiquement à déduire la TVA (7,6%) du montant offert, doit être approuvé et, du reste, le consortium recourant ne l'a nullement remis en question en audience. Force est cependant de constater que le ratio de 25% n'en demeure pas moins dépassé; ce moyen n'est donc pas susceptible d'ébranler la décision attaquée. c) Même s'il approuve ce calcul, le consortium recourant soutient néanmoins que son exclusion de la procédure, à raison d'un manco de 1,6% du chiffre d'affaire (en chiffres absolus, soit en fait 6,4%) sur trois ans, soit une différence insignifiante selon lui, relèverait du formalisme excessif. Le Tribunal ne partage pas ce point de vue. L'entité adjudicatrice a posé la règle claire selon laquelle un rapport entre le montant offert et le chiffre d'affaire moyen des trois dernières années supérieur à 25% entraînerait l'exclusion de l'auteur de l'offre de la suite de la procédure. Cette règle ne souffre aucune interprétation divergente et il appartenait, là également, au consortium recourant de faire en sorte dans son offre, en proposant une autre organisation, que ce ratio ne soit pas atteint. Cette règle n'a pas à être appréciée sous peine de lui faire perdre sa

portée et son objectif, en termes de sécurité juridique et d'égalité de traitement (v. DC 2009/2 S8, plus note de Jacques Dubey). La décision d'exclusion, dont on retire finalement que le rapport entre le prix offert, hors taxe, par le consortium recourant et la moyenne de son chiffre d'affaire annuel des exercices 2006 à 2008 est de 26,6%, n'est donc pas empreinte de formalisme excessif. Si, en dépit de cette règle et de cette constatation, l'autorité intimée avait au contraire évalué l'offre du consortium recourant, sa décision aurait assurément prêté le flanc à la critique. 5. Les considérants qui précèdent conduisent ainsi au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Vu le sort de la procédure, le consortium recourant en supportera les frais (art. 49 et 91 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD; RSV 173.36). En outre, des dépens seront alloués à la Municipalité d'Etoy, autorité concernée par la présente procédure, et à l'adjudicataire, ces deux parties ayant obtenu gain de cause avec l'assistance d'un avocat (art. 55 et 91 LPA-VD). On rappelle à cet égard que 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).

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