

VD_OMNI MPU.2010.0008 vom 6. Dezember 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-12-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2010.0008

FR: VD_OMNI MPU.2010.0008 du 6 décembre 2010

IT: VD_OMNI MPU.2010.0008 del 6 dicembre 2010

Regeste

X. _____ c/ETABLISSEMENTS HOSPITALIERS DU NORD

VAUDOIS/ETABLISSEMENTS HOSPITALIERS DU NORD VAUDOIS | Configuration d'un marché public portant sur un partenariat de laboratoire. L'adjudication de la prestation principale est subordonnée à une contreprestation par laquelle le soumissionnaire s'engage à son tour à confier au laboratoire de l'hôpital adjudicateur d'autres analyses. Or, cette contreprestation génère une distorsion dans la concurrence: discrimination au profit des offreurs locaux, exclusion des laboratoires susceptibles d'offrir la prestation principale sans pouvoir proposer la contreprestation demandée, reprise de la direction du laboratoire de l'hôpital par l'adjudicataire, qui devrait détacher un collaborateur pour assumer cette tâche. Cela induit à limiter d'autant le nombre des laboratoires potentiellement aptes à soumissionner et à emporter l'adjudication, puisque seuls deux d'entre eux, dont l'un était lié avec l'adjudicateur par convention de partenariat, ont soumissionné. Au surplus, pondération trop faible du prix. Admission du recours et annulation de l'appel d'offres.

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 (LMP-VD; RSV 726.01) et le règlement d'application y relatif (RLMP). 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

A l'appui de sa conclusion tendant à l'annulation de l'appel d'offres incriminé, la recourante fait valoir que le marché aurait été spécialement configuré, taillé sur mesure en quelque sorte, pour que l'adjudication revienne à C. _____, à l'exclusion de tout autre soumissionnaire. 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, op. cit., p. 100). L'art. 13 AIMP laisse à cet égard aux cantons (cf. art. 8 al. 2 LMP-VD) 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 adjudger 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 RLMP). 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 RLMP). 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 LMP-VD, soit lorsqu'il n'est pas propre à adjudger 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. En revanche, les exigences techniques sont discriminatoires et l'offre – de même que l'appel d'offres - doivent être annulés lorsque, sans justification objective, le cahier des charges spécifie des exigences exactement adaptées aux prestations proposées par seulement par quelques-uns ou un seul des fournisseurs présents sur le marché (Zufferey, ibidem; voir également ATF 2P.282/1999 du 2 mai 2000, consid. 3). Au niveau européen, toute manœuvre susceptible de fausser le jeu de la concurrence, comme par exemple une négociation entre candidat et soumissionnaire, est exclue. L'adjudicateur ne doit ainsi pas mettre son large pouvoir discrétionnaire au service d'un soumissionnaire déterminé, ce qui aurait pour effet de rompre l'égalité entre concurrents (Maurice-André Flamme et alii, Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, tome 1A, Bruxelles 1997, p. 310-312). Ces considérations permettent de poser qu'un appel d'offres et les documents y relatifs ne doivent pas être aménagés en fonction de l'offre d'un soumissionnaire, sous peine de violer le jeu de la concurrence, mais doivent bien plutôt être adaptés et établis selon les nécessités du marché (arrêt GE.2006.0023 du 19 février 2007).

b) L'adjudication de la prestation principale, à savoir les analyses de bactériologie, de sérologie infectieuse et de biochimie spéciale des EHNV est subordonnée à une contreprestation par laquelle le soumissionnaire s'engage à son tour à confier au laboratoire des EHNV les analyses d'hématologie, d'hémostase, de chimie clinique et de biochimie de routine, provenant des cabinets médicaux d'1***** et environs. B. _____ a rappelé sur ce point que C. _____ effectuait pour environ 5 à 5,5 millions de prestations sur 8 à 10 millions de points sur l'ensemble des analyses effectuées dans la région; or, elle sous-traite pour 1,4 millions d'analyses aux EHNV. Cet éch ange pour le moins inhabituel de prestations constitue même

l'essentiel de l'objet de l'article 7 de la convention du 16 février 2007 entre EHNV et C._____. Or, on sait que cette convention a été reprise dans la configuration de l'appel d'offres, dont elle constitue la matière essentielle. Sur les nombreux laboratoires d'analyses que recensent le canton et la Suisse romande, un seul – F. _____ – a soumissionné, si l'on excepte C._____. La procédure litigieuse n'a donc pas atteint l'objectif de garantir une concurrence efficace; en outre, c'est un indice assez fort que le présent marché pourrait avoir été configuré spécialement pour les besoins de cette dernière société. Du reste, les EHNV n'en font, là non plus, guère mystère; ils expliquent à cet égard que le volume important des analyses simples sous-traitées par C._____ permet d'utiliser pleinement leurs ressources en personnel; ils mettent en avant les économies réalisées depuis la mise en place du partenariat avec C._____. Même s'ils envisagent l'adjudication du marché à un concurrent de C._____, les représentants des EHNV verraient d'un œil favorable la reconduction du partenariat avec cette société, ajoutant même qu'aucune raison impérieuse ne commanderait, selon eux, d'en modifier les acteurs. Or, il ne s'agit pas ici d'adjuger un marché « in-house », exempté de la législation sur les marchés publics en raison de la neutralité sur le plan de la concurrence, par lequel un pouvoir adjudicateur fait exécuter des services par son propre personnel, ou en cas de délégation de tâches publiques interne à l'administration (arrêt GE.2007.0013 précité, consid. 3a, références citées; cf. en outre Martin Beyeler, In-house-Vergaben, in *Marchés publics 2010*, Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli éditeurs, Fribourg 2010, p. 20 et ss, 81 et ss). Ces constatations tendent à confirmer l'impression que le marché pourrait avoir été spécialement configuré pour être adjugé à C._____. Cette question souffre, cela étant, de demeurer indécise, car le recours doit être admis pour un autre motif. Prises isolément, les prestations annexes au marché en tant que telles ne relèvent pas du droit des marchés publics (arrêt GE.2007.0013 précité). En l'espèce toutefois, l'octroi du marché est subordonné à l'acceptation par le soumissionnaire de cette contreprestation; elle constitue en quelque sorte une condition préalable à l'adjudication. Concernant de façon générale les prestations annexes, il ressort de l'ATF 125 I 209 que le concessionnaire s'engageait à exécuter en faveur des autorités concédantes certaines prestations susceptibles de relever des marchés publics, comme l'élaboration d'un concept d'affichage et de mobilier, l'installation et l'entretien d'éléments de mobilier urbain, ainsi que certaines prestations d'affichage en faveur de la collectivité. Le Tribunal fédéral a toutefois estimé que l'ensemble de ces prestations échappait aux règles sur les marchés publics, car elles étaient "accessoires" au monopole d'affichage et permettaient à la société concessionnaire d'exercer son activité commerciale à ses risques et profits (consid. 6b, p. 215). Cet arrêt a toutefois été ultérieurement précisé en ce sens qu'une collectivité publique ne peut pas, par le biais de l'octroi d'une concession, détourner l'application des règles sur les marchés publics. On peut admettre que tel est notamment le cas lorsque la collectivité subordonne l'octroi d'une concession à des contreprestations d'une certaine importance qui entrent clairement dans la notion de marché public et sont dissociables de la concession. Dans un tel cas, il se justifie de soumettre l'acquisition de telles prestations aux garanties procédurales propres au droit des marchés publics (ATF 135 II 49 consid. 4.4, p. 56). c) La contreprestation demandée par les EHNV dans la présente espèce génère une distorsion dans la concurrence. Le traitement des analyses provenant des cabinets médicaux d'1***** et des environs pose clairement la question de la préférence locale. Sans doute, les représentants des EHNV admettent que trois ou quatre laboratoires bénéficient d'une logistique comparable dans le canton et dans la région. Il n'en demeure pas moins que seuls les laboratoires d'1***** et du 4*****,

suffisamment proches de l'hôpital concerné, sont à même de soumissionner, ce qui est le cas de C._____ et de F._____. Du reste, si ce soumissionnaire a pu présenter une offre, c'est bien parce qu'il exploite également un laboratoire à 1*****. Cette exigence pourrait dès lors s'avérer discriminatoire, en ce qu'elle exclut du marché les offreurs non locaux. Or, 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 MPU.2008.0013 du 18 février 2009; 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). A cela s'ajoute que l'inclusion de cette contreprestation engendre une autre discrimination qui contrevient au principe de la saine concurrence et, partant, à l'adjudication de l'offre économiquement la plus avantageuse pour la collectivité. Elle exclut nécessairement du marché les soumissionnaires susceptibles d'offrir la prestation principale du marché mais qui, à l'image de la recourante, ne sont pas en mesure d'offrir la contreprestation demandée, parce qu'ils disposent déjà des infrastructures leur permettant de procéder eux-mêmes aux analyses que l'adjudicataire devrait en quelque sorte sous-traiter aux EHN. Ainsi, la recourante possède déjà toute la logistique, notamment en microbiologie; elle serait sans doute en mesure d'offrir la contreprestation demandée par les EHN. Toutefois, cette opération ne serait pas rentable économiquement parlant, dès lors qu'elle est déjà équipée pour effectuer les analyses spéciales qu'elle devrait pourtant, selon les termes de l'appel d'offres, confier aux EHN. La recourante pourrait ainsi s'abstenir de soumissionner tant et aussi longtemps que cette contreprestation sera incluse dans le présent marché. Par ailleurs, et dans le même sens, l'adjudication du marché à un autre laboratoire que C._____ conduira selon toute vraisemblance B._____ à démissionner des EHN en quittant la direction de leurs laboratoires; c'est à tout le moins ce que l'on retire des explications des représentants de ceux-ci. La reprise de cette direction serait alors confiée à l'adjudicataire, qui devrait détacher un collaborateur pour assumer cette tâche. Cela induit à limiter d'autant le nombre des laboratoires potentiellement aptes à soumissionner et à emporter l'adjudication, de sorte qu'au final, seuls C._____ et F._____ ont présenté une offre.

E. 6.1

p. 250/251; 129 I 313 consid. 9.2 et 9.3 p. 327/328). En l'occurrence, les représentants de EHN ont expliqué que la qualité de collaboration avec le futur partenaire leur importait davantage, notamment pour réduire les coûts de revient, que le montant offert par celui-ci. Pour eux, la variation du prix s'avérerait d'autant plus limitée que les tarifs sont imposés. Ils expliquent que le partenariat avec C._____ serait générateur d'économies à hauteur de 300'000 fr. par an (en audience, ils ont articulé le chiffre d'environ 450'000 fr. d'économies par an, avec 1'000'000 points, puisque le coût facturé par C._____ pour ses prestations serait en quelque sorte contrebalancé par les analyses effectuées par les EHN, dont 25 % environ proviendraient de ce partenaire). La recourante conteste cette explication; elle indique pour sa part que les conditions financières sont en règle générale âprement discutées avec les hôpitaux publics et que l'ampleur de la variation du point dépend de celle du volume et du type des analyses demandées. Quoiqu'il en soit, le poids conféré au prix apparaît ici comme particulièrement faible. Une pondération de 20 % se situe largement au-dessous de la limite inférieure admise par la jurisprudence, même pour un marché relativement complexe. L'autorité intimée a perdu de vue que, si certaines analyses peuvent effectivement s'avérer délicates, d'autres en revanche sont largement standardisées. En

outre, on a vu au considérant précédent que la contreprestation demandée posait également un problème au regard du droit des marchés publics. L'autorité intimée ne peut donc pas justifier que le prix soit doté d'un poids aussi faible par la valeur que représente pour elle cette contreprestation. Plus généralement, il n'est de toute façon pas admissible de conférer au critère du prix une pondération aussi faible, sous peine de vider de leur substance les objectifs que la législation en la matière se doit de poursuivre.

E. 7

Il s'avère ainsi que, dans sa configuration actuelle, l'appel d'offres ne peut être maintenu et doit être annulé. Cela conduit à l'admission du recours. a) L'autorité intimée aurait sans doute pu opter pour une « internalisation » complète des analyses. Cette solution l'aurait conduit à reprendre elle-même les activités de C. _____, à tout le moins celles effectuées en partenariat avec les EHNV. La procédure aurait ainsi échappé aux dispositions régissant le droit des marchés publics. Telle n'a cependant pas été la voie choisie par l'autorité intimée, ce que démontre la convention du 16 février 2007. Dès lors, dans la mesure où l'autorité intimée entend continuer à externaliser les prestations, comme elle le fait à l'heure actuelle, elle devra reprendre la procédure ab ovo. Cela implique pour l'autorité intimée, notamment, d'écarter C. _____ de la procédure, tant et aussi longtemps qu'elle en sera actionnaire et que B. _____ dirigera en parallèle les laboratoires des EHNV. En outre, elle devra traiter de façon séparée le marché et la contreprestation et ne plus faire dépendre, dans l'appel d'offres, celle-ci de celui-là. L'autorité intimée a également la faculté, pour résoudre cette difficulté, de procéder à une externalisation complète, c'est-à-dire d'étendre le marché aux analyses que C. _____ lui confie à l'heure actuelle. En conséquence, la conclusion de la recourante tendant à ce qu'il soit fait interdiction à l'autorité intimée de prendre en considération une soumission éventuelle de C. _____ et à cette dernière de soumissionner, doit être rejetée. Il n'est pas exclu en effet que C. _____ puisse déposer une offre, aux conditions ci-dessus indiquées. b) La faible pondération du prix dans la grille d'évaluation, à savoir 20%, n'est pas admissible et doit être réévaluée. Le Guide romand pour l'adjudication des marchés publics, décembre 1999 (annexe, p. 7), préconise sans doute l'attribution au prix d'un poids d'autant plus faible que le marché est complexe (par exemple 30%) et, inversement, d'autant plus important qu'il s'agit d'un marché relativement simple (par exemple 80%). Le Tribunal fédéral a considéré que la prise en compte d'un indice de pondération de 22,5% pour le critère du prix se situait clairement à la limite inférieure de ce qui est admissible, même pour un marché complexe, sous peine de vider de sa substance la notion, centrale en matière de marchés publics, d'offre économiquement la plus avantageuse (ATF 130 I 241 consid. 6.3 p. 253 et l'arrêt cité). Selon la jurisprudence, si le critère du prix bénéficie - comme en l'espèce - d'une pondération relativement faible, il ne doit pas être corrélé avec une méthode de notation ayant pour effet d'en atténuer encore dans une mesure significative l'importance dans l'adjudication (ATF 130 I 241 consid.

E. 8

Les considérants qui précèdent conduisent ainsi à admettre partiellement le recours et à annuler l'appel d'offres attaqué. Injonction sera faite à l'autorité intimée de lancer un appel d'offres public, en faisant procéder à la publication prescrite à l'art. 13 RLMP-VD dans un délai échéant au 31 mars 2011. En revanche, au vu des explications contenues dans le considérant 7a) la conclusion tendant à ce qu'il soit fait interdiction à l'autorité intimée de prendre en considération une offre éventuelle de C. _____ dans le cadre du présent marché doit en revanche être rejetée. De même, il n'y a pas lieu d'enjoindre à l'autorité

intimée de prendre en considération l'ensemble des offres, notamment celle, éventuelle, de la recourante. Le droit des marchés publics pose en effet comme principe aux entités adjudicatrices d'examiner l'ensemble des offres valables et il n'y a pas lieu de craindre que l'autorité intimée ne s'affranchisse en l'espèce de cette règle cardinale. a) En procédure de recours, les frais sont supportés par la partie qui succombe (art. 49 al. 1, 1^{ère} phrase, de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative - LPA-VD; RSV 173.36). Des frais de procédure ne peuvent cependant pas être exigés de la Confédération et de l'Etat, exception faite des procédures dans lesquelles ils agissent pour défendre leurs intérêts patrimoniaux (art. 52 LPA-VD). Bien que les ENHV, en tant que pouvoir adjudicateur, aient conclu au rejet du recours, un émolument ne peut être exigé de leur part. b) En procédure de recours et de révision, l'autorité alloue une indemnité à la partie qui obtient totalement ou partiellement gain de cause, en remboursement des frais qu'elle a engagés pour défendre ses intérêts. Cette indemnité est mise à la charge de la partie qui succombe (art. 55 LPA-VD). Des dépens réduits seront donc alloués à la recourante, qui obtient partiellement gain de cause avec l'assistance d'un conseil, et mis à la charge des EHNV.

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