

VD_OMNI MPU.2012.0005 vom 17. Juli 2012

VD Tribunal cantonal, 2012-07-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2012.0005

FR: VD_OMNI MPU.2012.0005 du 17 juillet 2012

IT: VD_OMNI MPU.2012.0005 del 17 luglio 2012

Regeste

X. _____ SA/Y. _____, Z. _____ SA | Le soumissionnaire recourant critique la méthode de notation selon le rapport des offres, dont l'emploi était indiqué dans l'appel d'offres. Les documents d'appel d'offres pouvaient être téléchargés par les candidats trois jours après la publication, de sorte que le recourant avait la possibilité d'en prendre connaissance durant le délai de recours. Or, n'ayant pas recouru dans les dix jours à compter de la publication, il doit être considéré comme forclos à faire valoir ce moyen à l'encontre de la décision d'adjudication. Supposé enfin que le dies a quo de l'art. 10 al. 1 let. a LMP-VD parte du jour où le candidat télécharge les documents d'appel d'offres, le recourant aurait dû recourir immédiatement en invoquant le choix de la méthode de notation contestée ou, à tout le moins, émettre des réserves à l'attention de l'adjudicateur à ce sujet avant le délai de dépôt des offres.

Erwägungen

E. 1

de la loi du 29 mai 1985 sur la santé publique (LSP; RSV 800.01) confère au Conseil d'Etat le soin de confier à des organismes indépendants (corporations et établissements publics ou privés) l'exécution de tâches qui concernent l'exploitation d'établissements sanitaires ou de formation. Or, cette tâche a bien été confiée à Y. _____, établissement sanitaire privé reconnu d'intérêt public au sens de l'art. 3 al. 1 ch. 3 et 4 al. 1 LPFES. La qualité de pouvoir adjudicateur en l'espèce ne saurait par conséquent lui être déniée. b) En principe, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 37 al. 1 RLMP-VD; art. 13 al. 1 let. f AIMP). Cette notion, centrale en matière de marchés publics (ATF 130 I 241 consid. 6.3 p. 253; 129 I 313 consid. 9.2 p. 327; arrêts GE.2007.0077 du 8 octobre 2007, consid. 3a; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 5; GE.2005.0212 précité, consid. 2b), veut que l'emporte l'offre qui, sans être nécessairement la moins chère, garantit à l'adjudicateur, dans le cadre d'une appréciation économique globale, le meilleur rapport entre le prix et la prestation (arrêts précités GE.2007.0077, consid. 3a; GE.2006.0084, consid. 5; GE.2005.0212, consid. 2b, et les arrêts cités). c) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du Tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. Le Tribunal contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts MPU.2010.0029 du 10 mars 2011, consid. 1b; MPU.2009.0018 du 23 avril 2010, consid. 2; MPU.2009.0009 du 7 octobre 2009, consid. 6a, et les arrêts cités). Pour le surplus, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, notamment pour ce qui a trait à l'évaluation des offres (arrêts MPU.2010.0029 précité, consid. 1b; MPU.2009.0020, du 15 juin 2010, consid. 2; MPU.2009.0013 du 7 mai 2010, consid. 1c, 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 du pouvoir d'appréciation réservé à l'adjudicateur, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le Tribunal intervient (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts précités MPU.2010.0029, consid. 1b; MPU.2009.0009, consid. 6a; GE.2007.0246 du 13 mars 2008, consid. 3a, et les arrêts cités). Il appartient en outre à l'adjudicateur de configurer le marché comme il l'entend. Le Tribunal n'a pas à se substituer à lui, car il s'impose une certaine retenue dans l'évaluation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication; il laisse à l'adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques (arrêts précités MPU.2010.0029, consid. 1b; GE.2007.0246; GE.2006.0151 du 18 janvier 2007, consid. 2b/aa, consid. 5, et les arrêts cités).

E. 2

a) A titre préliminaire, on constate que la décision d'adjudication du marché a été communiquée aux participants, non par l'autorité intimée elle-même, mais par son mandataire, C. _____ SA. L'art. 44 al. 1 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36) exige à cet égard de l'adjudicateur qu'il communique ses décisions par notification individuelle, sauf pour les avis d'appel d'offres. Pour sa part, le Tribunal administratif avait jugé – s'agissant d'appliquer l'ancien art. 10 al. 1 LMP-VD, il est vrai – que l'adjudicateur devait s'en tenir, le cas de l'appel d'offres mis à part, au principe de la notification individuelle des décisions, la publication ne revêtant que le caractère d'un mode de notification exceptionnel et subsidiaire; en d'autres termes, le soumissionnaire évincé doit pouvoir s'attendre à recevoir une information directe de la décision de l'entité adjudicatrice (arrêt GE.2003.0072 du 28 octobre 2003). La CDAP a jugé que pour le soumissionnaire évincé, le délai de recours de l'art. 10 LMP-VD partait de la notification individuelle de la décision d'adjudication par l'adjudicateur et non de sa publication ultérieure (arrêt MPU.2011.0010 du 21 avril 2011). b) En l'espèce, la recourante n'a subi aucun préjudice de cette apparente informalité, puisqu'elle a sauvegardé ses droits dans le délai de recours, indiqué du reste dans la correspondance du 8 février 2012. Au surplus, l'autorité intimée a conclu au rejet du recours et à la confirmation de l'adjudication querellée, ratifiant en quelque sorte par là les actes de son mandataire.

E. 3

La recourante se plaint tout d'abord du manque de transparence de la procédure ayant abouti à l'adjudication contestée sous deux aspects. Elle a fait notamment valoir que les documents d'appel d'offres remis aux soumissionnaires ne renferment aucune indication quant à la méthode de notation du prix et que l'échelle des notes ne leur a pas été communiquée. a) L'adjudicateur a la liberté de configurer le marché mis en soumission comme il l'entend en fonction de ses besoins (v. Zufferey/Maillard/Michel, p. 100). Ainsi, le choix d'une méthode de notation parmi les nombreuses solutions s'offrant à l'adjudicateur relève du pouvoir d'appréciation qui lui est reconnu, le juge n'intervenant qu'en cas d'abus ou d'excès de ce pouvoir (ATF 130 I 241 consid. 6.1 p. 250; 125 II 86 consid. 7c p. 101/102; cf. en outre arrêts GE.2005.0161 du 9 février 2006; GE 2003.0095 déjà cité, avec références). 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 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 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). Les donneurs d'ordre sont en principe libres de décider de ce qui doit être réalisé et obtenu (v. Hubert Stöckli, in DC 2/2003, p. 60 ad S7; v. ATF 2P.282/1999 du 2 mars 2000, rés. in DC 2/2001 S9); il leur appartient toutefois de définir leurs besoins et les spécifications techniques permettant de les réaliser. Il faut comprendre, sous cette notion, les exigences techniques avec l'aide desquelles l'objet du marché (le matériel, le produit ou une livraison) peut être désigné de telle sorte qu'il remplisse pour le donneur d'ordre son utilisation spécifique; en font partie les garanties de qualité, l'utilisation, l'efficacité, la sécurité des mesures, etc. (v. arrêt du Tribunal administratif argovien du 19 juin 2002, rés. in DC 4/2003, S32). Il découle de ce qui précède l'interdiction pour les soumissionnaires de modifier unilatéralement le contenu de la description de la prestation; dès lors, celui qui veut présenter une offre qui diverge du contenu doit déposer une variante (cf. Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., p. 200, réf. citée).

b) Le principe de transparence impose au pouvoir adjudicateur d'énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères pris en considération pour l'évaluation des soumissions, afin de prévenir le risque d'abus et de manipulation; l'adjudicateur reste libre d'attacher plus d'importance à certains critères plutôt qu'à d'autres, pour autant qu'il le fasse savoir préalablement (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 101/102; arrêts précités GE.2007.0077, consid. 3a; GE.2006.0084, consid. 5; GE.2005.0161 du 9 février 2006, consid. 7a). 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 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; 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). A défaut, le pouvoir adjudicateur court le risque sérieux que le résultat soit considéré comme étant le reflet d'une manipulation (arrêt GE 2003.0106 du 23 décembre 2003). Cela implique que les critères déterminants doivent être posés, puis appliqués en fonction des spécificités du marché à attribuer (arrêts précités GE.2007.0246, consid. 3a; GE.2007.0077, consid. 1b; GE.2006.0151, consid. 2b/aa, et les arrêts cités). En droit vaudois, ce principe est concrétisé par l'art. 13 RLMP-VD, dont la lettre l exige de l'appel d'offres qu'il contienne au minimum les indications relatives à la «(...)méthode d'évaluation du critère prix et les autres critères d'adjudication par ordre d'importance ainsi que leur pondération, dans les cas où ils ne figurent pas dans les documents d'appel d'offres». Ainsi, l e défaut d'indication de la

méthode de notation du prix aux soumissionnaires est d'autant plus susceptible d'entraîner l'annulation de la décision d'adjudication que le poids du prix (in casu 59%) est important (arrêt GE.2006.0151 du 18 janvier 2007). Une violation du principe de transparence entraîne en règle générale l'annulation de l'adjudication, à moins que le pouvoir adjudicateur démontre que les vices constatés dans la procédure n'ont exercé aucune influence sur le résultat final (v., outre arrêts précités GE.2007.0246, consid. 3a, GE.2006.0151, consid. 2c, GE.2006.0084, consid. 5, arrêt MPU.2011.0008 du 15 juillet 2011, consid. 7). c) Les indications figurant dans les documents d'appel d'offres sont à tout le moins sommaires. Il reste que la recourante se plaint en vain de l'absence de communication de la méthode de notation du prix. On a vu ci-dessus que cette méthode figure effectivement dans le questionnaire remis à chaque soumissionnaire (p. 28/ch. 1). Il était indiqué aux soumissionnaires, dans les documents d'appel d'offres, que l'échelle des notes allait de 3 à 0. Or, le mandataire de l'autorité intimée a établi le 17 août 2011 une grille de notation précise des critères et sous-critères d'adjudication, dont les soumissionnaires n'ont cependant pas eu connaissance au moment de déposer leur offre. A suivre la recourante, ce défaut de communication contreviendrait au principe de transparence. A aucun impératif ne commandait en l'occurrence que les éléments ressortant de cette grille d'évaluation, censés être connus des soumissionnaires, demeurent celés dans un document confidentiel. Cela étant, le Tribunal administratif a jugé à plusieurs reprises que l'exigence de communication préalable ne s'étendait pas à l'échelle des notes (v. arrêts GE.2003.0117 du 20 avril 2004; GE.2003.0039 et GE 2003.0018, déjà cités); il importe toutefois que celle-ci ait été arrêtée avant le dépouillement des offres (v. arrêt GE.1999.0135, déjà cité), ce qui est le cas en l'espèce. Le Tribunal ne voit aucune raison de se départir de cette jurisprudence. C'est par conséquent en vain que la recourante se plaint d'une violation du principe de transparence.

E. 4

La recourante s'en prend à la méthode choisie par l'autorité intimée pour noter le prix des offres en concurrence. Quand bien même cette méthode avait été annoncée dans le questionnaire remis à chaque soumissionnaire (cf. p. 28/ch. 1), la recourante fait valoir qu'elle a pour inconvénient principal de réduire de façon significative les écarts résultant des différences de prix entre soumissions. La recourante, qui n'a pas contesté l'appel d'offres, fait valoir que cette irrégularité n'apparaissait pas comme étant particulièrement évidente ou manifeste, de sorte qu'elle ne serait pas forclosée à invoquer également ce moyen dans le cadre de son pourvoi dirigé contre la décision d'adjudication. a) Parmi les décisions pouvant faire l'objet d'un recours dans les dix jours dès leur notification ou leur publication, citées à l'art. 10 al. 1 LMP-VD, figure l'appel d'offres (let. a). Dans le cadre de la procédure sélective, 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 (ATF 130 I 241 consid. 4.2 p. 245; 125 I 203 consid. 3a p. 205 ss). Toutefois, il importe 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 (cf. ATF 2C_107/2007 du 22 janvier 2008 consid.

2.1; 130 I 241 consid. 4.3 p. 247). b) En l'occurrence, la recourante n'a pas attaqué l'appel d'offres dans le délai imparti par l'art. 10 al. 1 let. a LMP-VD, soit dans les dix jours à compter de sa publication le 9 septembre 2011. Ce délai a échu le 20 septembre 2011 sans avoir été utilisé. Sans doute, c'est seulement à compter du 12 septembre 2011 que le dossier d'appel d'offres était disponible et pouvait être téléchargé par les soumissionnaires et ceci jusqu'au 1^{er} novembre 2011. On constate néanmoins que la recourante avait, cela étant, la possibilité de prendre connaissance des documents d'appel d'offres durant le délai de recours. Or, elle n'a pas fait usage de cette faculté puisque, de l'aveu même de son représentant, c'est seulement entre la fin du mois de septembre et le début du mois d'octobre que ces documents ont été téléchargés. On relève à cet égard que le nouvel art. 11 al. 1 RLMP, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2012, prévoit la publication de l'appel d'offres sur le site internet commun à la Confédération, aux cantons et aux communes (www.simap.ch), qui fait foi. Cette disposition n'est donc pas applicable en l'occurrence. A supposer même que l'on admette que le dies a quo de l'art. 10 al. 1 let. a LMP-VD parte du jour où le candidat télécharge les documents d'appel d'offres, la recourante aurait dû recourir immédiatement en invoquant le choix de la méthode de notation qu'elle conteste ou, à tout le moins, émettre des réserves à l'attention de l'adjudicateur à ce sujet avant le délai de dépôt des offres (v. arrêt MPU.2008.0013 du 25 février 2009). Or, à aucun moment, elle n'est intervenue, de sorte qu'elle est forclosée à faire valoir ce moyen au stade ultérieur de la procédure d'adjudication. Du reste, s'il est vrai que cette méthode de notation selon le rapport des offres a pu susciter quelques critiques (cf. arrêt GE.2000.0161 du 23 avril 2001), son utilisation en l'espèce n'est pas constitutive d'une irrégularité dans la procédure d'adjudication. L'offre de la recourante et celle de l'adjudicataire sont séparées par une différence de prix de 8'767 fr.29, soit un peu moins de 1,1%. La recourante a offert le meilleur prix et a reçu la meilleure note, 3. L'offre de l'adjudicataire, quant à elle, a été gratifiée d'un 2,968. L'autorité intimée a appliqué la méthode de notation annoncée et son calcul sur ce point ne souffre d'aucune critique. Le prix étant pondéré à concurrence de 59%, ce qui n'est pas critiquable, 1,90 point sépare les deux offres avant la notation des cinq autres critères. L'utilisation de cette méthode n'a donc pas eu pour conséquence d'atténuer les écarts de prix, comme le soutient la recourante.

E. 5

L'adjudicataire a été conviée par le mandataire de l'autorité intimée à participer à une séance de «pré-adjudication» le 26 janvier 2012. La recourante, qui n'a pas été conviée à une séance similaire, se plaint dès lors de discrimination. a) Parmi les principes à respecter lors de la passation de marchés, figure l'interdiction des rounds de négociation (cf. art. 6 let. b LMP-VD). Sont de même interdites les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires sur les prix, les remises de prix et modifications des prestations (cf. art. 35 al. 1 RLMP). Il est en principe interdit de modifier ou de compléter les offres déposées dans le cadre de la procédure d'épuration; constitue à cet égard un round de négociation prohibé une réduction du prix d'un contrat à venir alors que le marché n'a pas encore été adjudgé (ATAF B-2778/2008 du 20 mai 2009, rés. in DC 1/2010 p. 96 {S19}). Toutefois, en s'adressant au fournisseur d'un soumissionnaire au sujet d'un aspect purement technique, l'adjudicateur ne sollicite, ni n'accepte des indications propres à empêcher la concurrence. De même, le bref échange d'information ne peut pas non plus être assimilé à une ronde de négociation, soit à l'instauration de pourparlers entre l'adjudicateur et un soumissionnaire pour s'entendre sur des prix, des remises de prix ou des modifications de prestations (ATF 2D_34/2009 du 10 août 2009 consid. 4.3.1). En revanche, 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). L'essentiel est de déterminer si, au cours de cette séance supplémentaire, des prestations complémentaires ont été demandées à l'adjudicataire (arrêt MPU.2011.008 du 15 juillet 2011). De façon générale, l'interdiction des négociations n'empêche pas l'épuration des offres, ni l'organisation de discussions plus approfondies avec certains soumissionnaires qu'ils considèrent comme les meilleurs à l'issue d'une première phase d'évaluation. Il est admissible à cet égard que l'adjudicateur concentre la procédure sur les candidats qui ont le plus de chances de succès, aussi longtemps que leur sélection se fait sur la base des critères annoncés et dans le respect de la procédure (Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002 , op. cit., p. 123). b) On constate en premier lieu que les tableaux de notation des offres ont été arrêtés le 5 décembre 2011. Aussi, lorsque l'adjudicataire a été invitée à participer à cette séance, son offre se situait déjà en tête. La séance du 26 janvier 2012 n'a donc eu aucune incidence sur l'adjudication. Les représentants de l'autorité intimée ont du reste indiqué que les tableaux de notation n'avaient pas été corrigés à l'issue de cette séance. Déférant à la réquisition qui lui a été adressée, l'autorité intimée a produit le procès-verbal de cette séance. On y relève tout d'abord que l'adjudicataire se proposait initialement dans son offre de confier la direction du chantier à deux collaborateurs, MM. O. _____ et P. _____; or, l'offre a été corrigée durant la séance puisque cette tâche a finalement été confiée à M. _____ et N. _____, directeurs . Or, il a été jugé sur ce point qu'un changement de direction du projet suggéré par le maître de l'ouvrage contrevenait au principe de transparence (v. sur cette question délicate, arrêt GE.2000.0074 du 12 décembre 2001, consid. 2). La situation n'est ici en rien comparable, puisque ces deux derniers ont expressément été désignés dans l'offre comme représentants habilités de l'entreprise; c'est donc par erreur que la direction du chantier a initialement été confiée à deux collaborateurs. Toujours au cours de cette séance, l'entreprise adjudicataire a été requise d'indiquer si elle était en mesure d'augmenter ses effectifs pour respecter les délais suivant la demande du maître de l'ouvrage; elle a répondu à cette question par l'affirmative. Or, cette clause figure dans les conditions particulières du contrat passé à l'issue de l'adjudication. Au surplus, cette demande ne figurait pas dans les critères d'adjudication et n'a, par conséquent, exercé aucune influence dans la notation des offres. En outre, les représentants du maître de l'ouvrage ont sollicité de l'ensemble des adjudicataires, dont Z. _____, de leur octroyer un «rabais de solidarité», expliquant qu'ils étaient confrontés à des difficultés pour financer une partie du projet. Un rabais de 5'000 fr. a été consenti en l'occurrence par l'adjudicataire. Quels que soient les aléas que peut rencontrer le pouvoir adjudicateur pour financer son projet, une telle demande suscite une certaine perplexité. Il n'en demeure pas moins que le rabais consenti n'a en aucune manière influé sur le résultat final et donc, sur l'adjudication. C'est dès lors en vain que la recourante se plaint d'une discrimination à cet égard.

E. 6

La recourante s'en prend à l'évaluation de son offre au regard de certains critères. Elle fait valoir que cette évaluation, dépourvue de fondement, s'avérerait arbitraire. 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 du 9 décembre 2003 ; GE.2002.0105 du 11 janvier 2003, réf. citées). Dans le cadre de son contrôle, l'autorité judiciaire doit faire preuve d'une certaine retenue et laisser au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques (arrêts MPU.2008.0004 du 17 juin 2008, confirmé par ATF 2D_87/2008 du 10 novembre 2008, références citées ; GE 2000.0039 du 5 juillet 2000; GE 1999.0142 du 20 mars 2000, réf. citée, notamment RDAF 1999 I 37, cons. 3a). 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 que le Tribunal devra intervenir (v. arrêts GE.2006.0151 du 18 janvier 2007, application d'une méthode de notation du prix inadéquate; GE 2003.0072, déjà cité, notation, quoique sévère, non entachée d'arbitraire). b) En l'espèce, après la notation du prix, 1,90 point séparait les deux offres avant que celles-ci ne soient notées au regard des cinq autres critères. Or, l'offre de l'adjudicataire s'est vu attribuer 105,7 points pour les critères 2 à 6, contre 101,17 pour la recourante, de sorte qu'au résultat final, son offre dépasse celle de la recourante de 2,63 points, sur un total de 300. Le résultat est particulièrement serré; une correction d'une unité en faveur de la recourante pourrait déjà conduire à une inversion et, partant, à la réforme de la décision attaquée et à l'adjudication du marché à la recourante. Il y a donc lieu d'être rigoureux dans l'examen de la notation, tout en n'empiétant pas sur la liberté d'appréciation concédée en la matière à l'autorité intimée. aa) La recourante critique tout d'abord la notation de son offre au critère 2, plus particulièrement au sous-critère 2.1, profil de l'entreprise. Pour ce sous-critère, qui pesait à hauteur de 4%, le maître de l'ouvrage attendait des soumissionnaires qu'ils présentent leur domaine d'activité, leur savoir-faire et leur spécialisation. En audience, les représentants de l'autorité intimée ont expliqué que seules les informations figurant dans les offres avaient été évaluées. La recourante a fourni l'ensemble des informations demandées aux soumissionnaires aux pages 28 à 29 du questionnaire inclus dans le cahier des charges; les évaluateurs ont considéré qu'elle avait répondu de manière générale, ce qui impliquait de lui attribuer la note 2. En sus, l'adjudicataire a fourni en annexe des informations complémentaires, à savoir un document de présentation d'entreprise; cela justifiait, pour l'autorité intimée, qu'un point supplémentaire lui fût attribué, de sorte que son offre a reçu la note maximale, 3 (information détaillée), pour ce sous-critère. D'un point de vue objectif, il n'est pas évident de retenir que la comparaison des deux offres fasse ressortir un avantage certain au profit de l'adjudicataire. Les deux offres ont fourni toutes les informations

requis par le maître de l'ouvrage. En sus, tant la recourante que l'adjudicataire ont annexé aux pages 28 et 29 des documents contenant des informations supplémentaires sur leur domaine d'activité. La réponse de la recourante à la question 2.1.4 (spécialités) paraît cependant lacunaire. Les représentants de l'autorité intimée en ont convenu; la différence de notation relève d'une approche subjective de ce sous-critère. A cet égard, l'offre de l'adjudicataire, à défaut d'être plus complète, est sans doute mieux présentée que celle de la recourante. L'adjudicataire y indique clairement ses domaines d'activité, ce qui n'est pas le cas de la recourante, qui s'est contentée de généralités. Il reste que d'accorder à la première la note 3 implique pour elle l'octroi de quatre points supplémentaires par rapport à la seconde, puisque ce sous-critère pèse 4%. Ce résultat est à la limite de l'arbitraire. Au vu des circonstances, les deux offres auraient dû recevoir la même note 3, ce qui de toute façon ne modifierait pas le résultat final, comme on le verra plus loin. bb) La recourante ne comprend pas la notation entre les deux offres au sous-sous-critère 2.2.3 ayant trait à la formation des apprentis. Celui-ci était, à teneur de la grille d'évaluation, noté de façon linéaire et de façon décroissante «du plus grand au plus petit». Ce sous-sous-critère, qui pesait 2%, a été noté de la façon suivante: 1,35, soit 2,699 points pour l'adjudicataire, contre 1,59, soit 3,171 points pour la recourante. Celle-ci relève qu'une fois les notes pondérées, les deux soumissionnaires obtiennent un résultat identique. Il ressort en effet du tableau d'évaluation des huit offres que la recourante et l'adjudicataire ont reçu la note 3. Les représentants de l'autorité intimée ont cependant expliqué en audience que ce sont bien les points attribués à chaque soumissionnaire qui ont été pris en considération pour calculer le total des points et non les notes arrondies attribuées à chaque soumissionnaire; c'est par erreur que celles-ci ont été reprises dans le tableau. Par conséquent, il n'y a pas lieu de s'arrêter davantage sur la notation de ce sous-sous-critère, qui échappe à la critique. cc) La recourante se plaint d'avoir reçu la note zéro pour le sous-critère 4.2, ayant trait aux délais d'intervention dans le cadre du service de piquet. Celui-ci 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 trois à zéro points. On rappelle à titre préliminaire que le Tribunal a déjà relevé que l'utilisation de ce critère posait un sérieux problème, dès lors qu'il impliquait pour le pouvoir adjudicateur de connaître la distance entre l'implantation du projet et le siège de l'entreprise et donc, à accorder un avantage aux offreurs locaux, par rapport aux offreurs externes (arrêt MPU.2008.0013, déjà cité). 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. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zürich 2003, p. 193 n° 412; v. en outre 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). Cela étant, ces critiques ont été nuancées, dans la mesure où l'utilisation de ce critère paraît davantage de mise pour le marché de chauffagiste (v. arrêts GE.2007.0077 et GE.2003.0072 précités, dans lesquels le Tribunal administratif, après de longues hésitations, a renoncé à qualifier d'arbitraire l'emploi de ce critère). Il n'y a par conséquent pas lieu de condamner l'emploi de ce critère pour l'adjudication du présent marché, ce d'autant plus qu'il n'a pas été mis en cause. En l'occurrence dans son offre, la recourante, dont les locaux se trouvent à 1.*****, soit à une demi-heure de

route de 2.***** au maximum, a proposé, sous chiffre 4.2, un délai d'intervention au-delà de trois heures. Son représentant a expliqué en audience avoir répondu à ce sous-critère de façon honnête; pour lui, dans la demi-journée, l'entreprise aurait été sur place pour intervenir. Pour sa part, l'adjudicataire, qui a reçu la note 1, a indiqué un délai entre deux et trois heures. Ses représentants ont affirmé que l'entreprise intervient sur place dans les deux heures. On peut sans doute s'interroger à cet égard sur la note zéro attribuée à la recourante, dans la mesure où une telle note sanctionne plutôt le défaut de réponse ou les cas d'exclusion. La notation n'est toutefois pas arbitraire puisque cette note n'est pas éliminatoire dans le cas d'espèce, ce que les représentants de l'autorité intimée ont confirmé. Conformément à la grille d'évaluation, elle vient sanctionner le soumissionnaire qui, à l'image de la recourante, propose un délai d'intervention au-delà de trois heures dans le cadre du service de piquet. dd) Il n'y pas lieu de s'attarder davantage sur la remarque évoquée par la recourante au sous-critère 6.2.2. Initialement, les évaluateurs avaient attribué la note 13 à l'adjudicataire. Cette erreur de plume a été corrigée par l'autorité intimée dans sa réponse puisqu'il fallait lire la note 3; cela demeure sans incidence sur le résultat. ee) La notation du sous-critère 6.2 suscite également des critiques. Le maître de l'ouvrage attendait de chaque soumissionnaire qu'il indique en premier lieu le nombre de personnes mises à disposition sur le chantier (questionnaire, p. 30, ch. 6.2, première ligne) ; ce sous-sous-critère 6.2.1 pesait 3% dans la grille multi-critères. Il était noté de la façon suivante selon la réponse: suffisant (3), insuffisant (1), pas de renseignement (0). La recourante reconnaît qu'elle n'a pas fourni de réponse à cette demande. Son représentant a ajouté qu'il ignorait en novembre 2011 quelles personnes allaient travailler sur ce chantier en 2013; la liste aurait été fournie ultérieurement au maître de l'ouvrage, soit lors d'une séance de préajudication, soit avant l'exécution des travaux. Ce nonobstant, la recourante a tout de même reçu la note 1, car elle a, malgré tout, fourni une liste de tout son personnel (ce qui était également demandé sous 6.2.2) et la qualification des personnes affectées au chantier, sans toutefois indiquer le nombre de personnes mises à disposition, à défaut de les désigner. Cela justifiait, selon les représentants de l'autorité intimée, de ne pas lui mettre la note 0. L'autorité intimée a tout d'abord fait valoir que la recourante aurait dû être exclue pour n'avoir pas fourni la liste détaillée du personnel prévue pour le chantier. En audience, elle est revenue sur cette explication, admettant que la note zéro ne signifiait pas pour autant que le soumissionnaire se voyait exclu de la procédure. Il n'en demeure pas moins que la grille des notes prévoit effectivement en pareil cas d'attribuer un zéro au soumissionnaire défaillant; aucune raison ne commandait donc de s'écarter de cette échelle et d'attribuer la note 1 à la recourante. La notation apparaît comme arbitraire. En effet, la recourante n'a pas répondu à la question et le maître de l'ouvrage était dans l'incapacité de se rendre compte du nombre de personnes de cette entreprise qui seraient affectées au chantier, puisque cette indication ne ressortait nullement de son offre. Dans la même optique, il a été constaté que l'adjudicataire s'était vu attribuer la note 2, lors même que cette note ne figurait pas dans la grille des notes du sous-critère. Les représentants de l'autorité intimée ont indiqué sur ce point que l'offre de l'adjudicataire était satisfaisante s'agissant du nombre des personnes affectées au chantier, mais que celles-ci n'étaient pas expressément désignées dans l'offre. Il reconnaît, cela étant, que d'attribuer la note 2 était une erreur de la part des évaluateurs. Il s'avère effectivement que l'adjudicataire, elle aussi, s'est gardée d'indiquer le nombre de personnes mises à disposition sur le chantier à la page 30 du questionnaire, à la première ligne du chiffre 6.2. Cela étant, à la différence de la recourante, l'adjudicataire a annexé à son offre un organigramme détaillé du personnel

expressément mis à disposition pour l'exécution du chantier; or, il est aisé, en consultant ce document, de se rendre compte du nombre de personnes prévues. Il était donc arbitraire, là également, de s'écarter de l'échelle des notes et de doter l'offre de la recourante de la note 2, puisqu'elle méritait en la circonstance la note 3. c) Au final, il s'avère que l'offre de la recourante aurait dû recevoir la note 3 au sous-critère 2.1 et la note 0 au sous-critère 6.2.1; ceux-ci pesant respectivement 4 et 3%, le total de la recourante, majoré de quatre points et minoré de trois points, est donc porté à 279,17 points. L'offre de l'adjudicataire aurait, quant à elle, dû être augmentée de 3 points, puisque la note 3 aurait dû lui être attribuée au sous-critère 6.2.1; son total est ainsi porté à 283,80 points, de sorte que le résultat de l'évaluation, bien qu'il prête le flanc à la critique, ne peut qu'être confirmé.

E. 7

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); cet émolument sera cependant réduit pour tenir compte des vices dont la notation des critères était entachée. Pour le surplus, des dépens seront alloués à l'autorité intimée qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un avocat (art. 55 LPA-VD); ces dépens seront également réduits pour le même motif. Au surplus, il n'y a pas lieu d'allouer des dépens à l'adjudicataire qui n'a pris aucune conclusion 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.