

## **VD\_OMNI MPU.2012.0039 vom 15. Juli 2013**

VD Tribunal cantonal, 2013-07-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2012.0039](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2012.0039)

FR: VD\_OMNI MPU.2012.0039 du 15 juillet 2013

IT: VD\_OMNI MPU.2012.0039 del 15 luglio 2013

### **Regeste**

X. \_\_\_\_\_ AG/Direction des constructions, ingénierie, technique et sécurité, Y. \_\_\_\_\_ SA | Marché portant sur la fourniture de mobilier et de matériel de laboratoire d'analyses médicales. S'agissant des spécifications techniques, l'adjudicateur s'est largement inspiré du catalogue de produits offerts par des entreprises actives dans la branche. Cette façon de faire a faussé la concurrence: les soumissionnaires dont le catalogue avait été repris dans le cahier des charges ne pouvaient pas comprendre qu'il leur était loisible de proposer du matériel équivalent, moins cher. Quant au matériel proposé par l'adjudicataire, qui ne répond pas aux spécifications techniques, son équivalence aux exigences du marché est invérifiable. Admission du recours, annulation de la décision d'adjudication et renvoi de l'affaire à l'adjudicateur pour qu'il refasse la procédure d'appel d'offres, en reconfigurant le marché, de manière plus large, afin que la concurrence puisse réellement s'exercer.

### **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 (LMP-VD; RSV 726.01) et le règlement y relatif, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; RSV 726.01.1).

#### **E. 2**

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.2012.0013 du 27 septembre 2012, consid. 2; MPU.2012.0005 du 17 juillet 2012, consid. 1c; MPU.2012.0003 du 16 mai 2012, consid. 1b, 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 précités MPU.2012.0013, consid. 2; MPU.2012.0005, consid. 1c; MPU.2012.0003, consid. 1b, 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.2012.0013, consid. 2; MPU.2012.0005, consid. 1c; MPU.2012.0003, consid. 1b, 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.2012.0005, consid. 1c; MPU.2012.0003,

consid. 1b; MPU.2011.0001 du 27 juin 2011, consid. 3, et les arrêts cités).

### **E. 3**

Selon la recourante, la décision attaquée serait insuffisamment motivée. a) Les parties ont le droit d'être entendues (art. 29 al. 2 Cst., 27 al. 2 Cst./VD et 33 al. 1 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD, RSV 173.36). L'autorité doit indiquer dans son prononcé les motifs qui la conduisent à sa décision (ATF 138 I 232 consid. 5.1 p. 237; 136 II 266 consid.

#### **E. 3.1**

p. 277, et les arrêts cités; art. 42 let. c LPA-VD ). Elle n'est toutefois pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties; elle n'est pas davantage astreinte à statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (ATF 138 I 232 consid. 5.1 p. 237; 136 II 266 consid. 3.2 p. 270; 136 I 184 consid. 2.2.1 p. 188, 229 consid. 5.2 p. 236, et les arrêts cités). L'art. 42 R L MP -VD concrétise ces principes dans le domaine des marchés publics, qui prévoit que les décisions de l'adjudicateur sont sommairement motivées et indiquent la voie de recours (al. 2) et que sur requête, l'adjudicateur donne au soumissionnaire évincé les motifs essentiels pour lesquels son offre n'a pas été retenue (let. a), ainsi que les caractéristiques et avantages de celle adjugée (let. b). b) La décision attaquée mentionne l'adjudicataire, ainsi que le fait que la recourante a été placée au deuxième rang de cinq offres recevables. Elle retient que l'offre de l'adjudicataire serait économiquement la plus avantageuse. Elle laisse le soin à la recourante de demander à recevoir la grille d'évaluation des offres. Il n'est pas sûr qu'ainsi motivée, la décision attaquée ait permis à la recourante de discerner les motifs pour lesquels son offre a été écartée. Cela n'entraîne toutefois pas l'admission du recours sur ce point. c) En effet, la violation du droit d'être entendu peut être guérie si le justiciable dispose de la faculté de se déterminer dans la procédure de recours, pour autant que l'autorité de recours dispose d'un plein pouvoir d'examen, en fait et en droit (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1 p. 285; 133 I 201 consid. 2.2 p. 204; 132 V 387 consid. 5.1 p. 390, et les arrêts cités). En l'occurrence, le Tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 89 al. 1 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 de la même loi); il établit librement les faits (art. 28 LPA-VD) et applique le droit d'office (art. 41 LPA-VD). En matière de marchés publics, il peut non seulement annuler la décision attaquée, mais aussi adjuger le marché, en cas de violation des règles de procédure et du principe de transparence (cf. arrêts MPU.2012.0017 du 8 octobre 2012, consid. 3; MPU.2011.0001 précité, consid. 9; GE.2007.0246 du 13 mars 2008, consid. 3a, et les arrêts cités). La recourante a trouvé dans la réponse au recours les éléments qui ont conduit l'adjudicateur à décider comme il l'a fait. Elle a eu l'occasion de se déterminer de manière complète à ce sujet, que ce soit dans sa réplique, lors de l'audience du 22 avril 2013, ainsi que dans la procédure subséquente à celle-ci (cf. arrêts MPU.20120.0002 du 15 mai 2012, consid. 3; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 6; GE.2005.0161 du 9 février 2006, consid. 3). A supposer que la décision attaquée était insuffisamment motivée, ce vice aurait été réparé dans la procédure de recours.

#### **E. 3.2**

p. 270; 133 I 270 consid.

### **E. 4**

La recourante soulève différents moyens ayant trait à son droit d'être entendue. a) Le droit d'être entendu inclut notamment le droit de consulter le dossier (ATF 138 V 125 consid. 2.1 p. 127; 137 IV 33 consid. 9.2 p. 48/49; 136 I 265 consid. 3.2 p. 272, et les arrêts cités). A cet égard, la recourante se plaint de n'avoir pu consulter l'offre de l'adjudicataire. Aux termes de l'art. 18 RLMP-VD, les documents fournis par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaire et de fabrication, sont traités de façon confidentielle (al. 1); l'adjudicataire ne peut faire usage ou transmettre ces documents à des tiers qu'avec l'accord du soumissionnaire concerné (al. 2). Dans la procédure de recours, la recourante a accepté la consultation de son offre, refusée par l'adjudicataire. Faute d'accord exprès et eu égard au texte clair de l'art. 18 al. 2 RLMP-VD, l'offre de l'adjudicataire ne peut dès lors être remise à la recourante. Cette situation n'est toutefois pas de nature à violer le droit d'être entendues des parties. Celles-ci ont en effet pu trouver dans le dossier de l'adjudicataire, ainsi que dans leurs écritures, tous les éléments nécessaires pour faire valoir leurs droits en connaissance de cause. A cela s'ajoute que lors de l'audience du 22 avril 2013, le Tribunal a informé les parties, dans le respect du secret d'affaires, du contenu synthétique de pièces gardées secrètes, de sorte que le droit d'être entendu a été respecté (cf. arrêts MPU.2010.0029 du 10 mars 2011, consid. 2b; MPU.2009.0009 du 7 octobre 2009, consid. 2; GE.2007.0246 du 13 mars 2008, consid. 2b; ATF 2D\_15/2011 du 31 octobre 2011). b) Dans sa prise de position du 13 février 2013, la recourante a demandé qu'à défaut pour elle de pouvoir consulter le dossier, un expert technique soit désigné pour vérifier que l'offre de l'adjudicataire est conforme aux exigences de l'appel d'offres. Les parties peuvent demander notamment la désignation d'un expert (art. 29 al. 1 let. c LPA-VD). Cette mesure a pour but d'éclaircir les faits; elle ne peut tendre à remettre en cause l'appréciation au fond de l'autorité (ATF 2D\_15/2011, précité; 2C\_368/2009 du 3 mars 2010). En l'espèce, le Tribunal, se fondant sur les pièces du dossier et les déclarations des parties, est en mesure d'examiner en connaissance de cause les griefs de la recourante. La demande d'expertise doit dès lors être rejetée. c) Dans sa prise de position du 21 mai 2013, la recourante a demandé que des pièces supplémentaires soient versées au dossier, notamment un catalogue de l'adjudicataire; que l'adjudicataire s'explique au sujet de renseignements qu'il a pris au sujet de l'adjudicataire; que le Tribunal procède à une inspection du matériel livré par l'adjudicataire à l'EPFL dans un autre marché et qu'il soumette à une société tierce le résultats de contrôles effectués par l'adjudicataire au sujet du matériel livré par l'adjudicataire. Les parties peuvent notamment demander une inspection locale et la remise de renseignements fournis par des autorités ou des tiers (art. 29 al. 1 let. b et e LPA-VD). L'autorité reste toutefois libre de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant de manière non arbitraire à une appréciation anticipée de la valeur probante des mesures proposées, elle a acquis la certitude que celles-ci ne modifieraient pas son opinion (ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148; 131 I 153 consid. 3 p. 157; 130 II 425 consid. 2.1 p. 429, et les arrêts cités). Toutes les mesures demandées par la recourante s'inscrivent dans la suite de la longue controverse qui a opposé les parties sur le point de savoir si l'offre de l'adjudicataire devait être exclue du marché. Dès lors que le recours doit de toute manière être admis pour un autre motif (cf. consid. 7 ci-dessous), il n'est pas nécessaire d'approfondir ce point. Les requêtes formulées le 21 mai 2013 par la recourante doivent dès lors être rejetées.

## **E. 5**

Le Tribunal s'est aperçu d'une erreur entachant le tableau d'évaluation des offres, du 5 novembre 2012. Le cahier des charges retient cinq critères d'adjudication (ch. 10.4 CdC): le

prix (critère n°1, pour 60%); l'organisation du soumissionnaire pour l'exécution du marché (critère n°2, pour 15%); la qualité technique de l'offre (critère n°3, pour 5%); l'organisation et qualification de base du soumissionnaire (critère n°4, pour 10%); les références du soumissionnaire en relation avec l'objet à réaliser (critère n°5, pour 10%). Le tableau d'évaluation du 5 novembre 2012 tient compte des mêmes critères, mais dans un ordre et une pondération parfois différents. Si le critère du prix (n°1) reçoit la pondération de 60% prévue, le critère n°2 du tableau (organisation et qualification de base du soumissionnaire, pondéré à 15%) est inversé avec le critère n°4 du cahier des charges, dont la pondération est de 10%. Le critère n°3 du tableau (organisation du soumissionnaire pour l'exécution du marché, pondéré à 5%), correspond au critère n°2 du cahier des charges (qui vaut 15%). Le critère n°4 du tableau (références du soumissionnaire en relation avec l'objet à réaliser, pondéré à 10%) correspond au critère n°5 du cahier des charges (également pondéré à 10%). Quant au critère n°5 du tableau (qualité technique de l'offre, pondéré à 10%), il s'agit en réalité du critère n°3 du cahier des charges (pondéré à 5%). Cette erreur ne porte toutefois pas à conséquence, pour autant que l'on se fonde sur les notes attribuées pour les différents critères, à la recourante et à l'adjudicataire. La notation du critère n°1 reste identique (soit 139,39 points pour la recourante et 306,54 points pour l'adjudicataire). Pour le critère n°2, la recourante doit recevoir 64,95 points (note de 4,33 pondérée à 15%), 6,25 points pour le critère n°3 (note de 1,25 pondérée à 5%), 34 points pour le critère n°4 (note de 3,4 pondérée à 10%) et 50 points pour le critère n°5 (note de 5 pondérée à 10%). Le total des points attribués à la recourante aurait dû être de 294,59 points. Pour le critère n°2, l'adjudicataire doit recevoir 60 points (note de 4 pondérée à 15%), 5 points pour le critère n°3 (note de 1 pondérée à 5%), 40 points pour le critère n°4 (note de 4 pondérée à 10%) et 40 points pour le critère n°5 (note de 4 pondérée à 10%). Le total des points attribués à la recourante aurait dû être de 451,54 points.

## **E. 6**

La recourante critique la pondération du critère du prix (n°1), trop élevée selon elle. a) Tant l'appel d'offres que l'adjudication sont attaquables, dans un délai de dix jours (art. 10 al. 1 let. a et d LMP-VD). 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; arrêts MPU.2012.0002 du 15 mai 2012, consid. 5a; MPU.2011.0009 du 25 juillet 2011, consid. 2; MPU.2010.0029, du 10 mars 2011, consid. 3a, et les arrêts cités). b) La liste des critères d'adjudication, ainsi que leur pondération, se trouve dans le cahier des charges (ch. 10.4.1 à 10.4.6 CdC), que la recourante a téléchargé sur la plateforme informatique des marchés publics ( [www.simap.ch](http://www.simap.ch) ) le 24 ou le 25 août 2012, selon ce que ses représentants ont déclaré lors de l'audience du 22 avril 2013. Le délai pour recourir contre l'appel d'offres publié le 24 août 2012 dans la Feuille des avis officiels a commencé à courir le lendemain, 25 août 2012, pour expirer le 3 septembre 2012. La recourante n'a pas recouru contre l'appel d'offres, alors qu'elle aurait eu la possibilité de le faire. Elle est forclosée sur ce point (cf. arrêt MPU.2012.0005 du 17 juillet 2012, consid. 4b). c) Supposé recevable, le grief aurait de toute manière dû être écarté. 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 précités MPU.2012.0005, consid. 1b; MPU.2012.0003, consid. 3a; GE.2007.0077 du 8 octobre 2007, consid. 3a, et les arrêts cités), 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 MPU.2012.0005, consid. 1b MPU.2012.0003, consid. 3a; GE.2007.0077, consid. 3a, et les arrêts cités). La pondération du prix dépend du type de marché: plus celui-ci est complexe, plus le poids des critères qualitatifs peut être important, au détriment du prix; plus le marché est simple à réaliser, plus le prix doit être déterminant. En l'occurrence, s'agissant d'un marché portant sur la fourniture de mobilier de laboratoire, n'est pas critiquable la solution consistant, comme en l'espèce, à attribuer au critère du prix un poids appréciable dans l'adjudication, de 60% (cf. ATF 130 I 241 consid. 6.1 p. 251; 2P\_111/2003 du 21 janvier 2004, consid. 3.3). d) L'adjudicateur a appliqué la méthode de notation du prix dite «au cube», qui consiste à diviser le coût de l'offre la moins chère par celui de l'offre évaluée, de mettre le produit au cube, puis de multiplier le résultat par 5 (ch. 10.4.1 CdC). La recourante ne conteste pas les notes attribuées selon cette méthode.

#### **E. 7**

Il se pose la question de savoir si les spécifications techniques retenues sont conformes aux objectifs assignés à la législation en matière de marchés publics. a) Dans les documents d'appel d'offres, l'adjudicateur précise les spécifications techniques qu'il exige (art. 16 al. 1 RLMP-VD). On entend par là les exigences techniques qui vont permettre la réalisation du marché; il peut s'agir notamment d'un matériel ou d'un produit, qui peut être désigné, afin de garantir la qualité, l'efficacité et la sécurité des mesures à prendre (arrêt MPU.2012.0023, précité, consid. 2a). Les spécifications techniques sont fondées sur les propriétés d'emploi du produit plutôt que sur sa conception ou ses caractéristiques descriptives et définies sur la base de normes internationales et, en leur absence, des normes techniques appliquées en Suisse (art. 16 al. 2 RLMP-VD). La référence, dans les documents d'appels d'offres, à tel ou tel produit, est une spécification technique (par exemple, des couvercles en fonte ; arrêt MPU.2009.0020 du 15 juin 2010, consid. 7f). Or, il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origine ou de producteurs de produits ou de services déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que «ou l'équivalent» figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres (art. 16 al. 3 RLMP-VD). Si un soumissionnaire s'écarte de ces normes, il doit démontrer l'équivalence de ces spécifications techniques (art. 16 al. 4 RLMP-VD). Le recours à des spécifications techniques discriminatoires est prohibé (art. 13 let. b AIMP et

#### **E. 8**

Le recours doit être admis, et la décision attaquée annulée. Le défaut entachant la façon dont le marché a été configuré a porté atteinte aux droits de tous les soumissionnaires, et de tous les concurrents qui auraient soumissionné si l'appel d'offres avait été rédigé de manière plus générale. La procédure doit dès lors être refaite depuis le commencement. Il appartiendra à l'adjudicateur de reconfigurer le marché, en veillant à user de spécifications techniques définies de manière suffisamment large pour susciter l'intérêt d'une pluralité de soumissionnaires. Ceux-ci seront ainsi placés dans une situation de concurrence ouverte et

réelle, et incités à proposer le matériel présentant, comme le veut la législation sur les marchés publics, le meilleur rapport entre la qualité et le prix. L'adjudicateur procédera à un nouvel appel d'offres. Le recours devant être admis pour ce motif, il est superflu d'examiner les autres griefs soulevés par la recourante, ayant trait à l'exclusion de l'offre de l'adjudicataire. Adjuger le marché à la recourante, comme elle le demande, n'entre dès lors pas en ligne de compte. Les frais sont mis à la charge de l'adjudicataire; l'Etat de Vaud, à qui incombe la responsabilité principale de l'échec de la procédure, versera à la recourante une indemnité à titre de dépens (art. 49, 52, 55 et 56 LPA-VD).

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