

# **VD\_OMNI MPU.2014.0003 vom 4. August 2014**

VD Tribunal cantonal, 2014-08-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2014.0003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2014.0003)

FR: VD\_OMNI MPU.2014.0003 du 4 août 2014

IT: VD\_OMNI MPU.2014.0003 del 4 agosto 2014

## **Regeste**

X. \_\_\_\_\_ SA/Y. \_\_\_\_\_, Z. \_\_\_\_\_ SA | Adjudication de travaux de jardinage. La seule commande d'une structure, réalisée selon des dimensions spécifiques, ne peut être assimilée à une situation de sous-traitance, nécessitant son annonce au stade de la soumission. L'adjudicataire n'a pas manqué à son devoir d'annoncer un de ses sous-traitants et n'avait dès lors pas à être exclue du marché (consid. 6). Les soumissionnaires pouvaient évaluer forfaitairement les coûts liés à la mise en oeuvre des moyens de levage, le dossier d'appel d'offres n'exigeant pas une ventilation de ces coûts pour chacun des prix unitaires. Le choix de l'adjudicataire d'intégrer cette prestation dans le poste "installation de chantier" n'a pas empêché l'adjudicateur de procéder à une comparaison objective des offres des soumissionnaires (consid. 7). Recours rejeté.

## **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.2013.0027 du 4 février 2014, consid. 3a; MPU.2012.0039 du 15 juillet 2013, consid. 2; MPU.2012.0013 du 27 septembre 2012, consid. 2, et les arrêts cités), notamment celles relatives à l'exclusion de l'offre (cf. en dernier lieu, arrêt MPU.2013.0027 précité). 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.2012.0039, consid. 2; MPU.2012.0013, consid. 2, 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.2012.0039, consid. 2; MPU.2012.0013, consid. 2, 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.2012.0039, consid. 2, et les arrêts cités).

### E. 3

La recourante soutient que l'adjudicataire a des liens privilégiés avec A. \_\_\_\_\_ Sàrl, mandataire du Y. \_\_\_\_\_. a) La préimplication pose le problème de l'apparence de partialité du maître de l'ouvrage dans la configuration du marché; celle-ci peut naître d'un risque de collusion d'intérêts, notamment au cours de la procédure d'adjudication. Un adjudicateur ne peut associer un futur soumissionnaire (lui-même ou par le truchement d'une société qu'il contrôle) à la configuration du marché ou la préparation de documents d'appel d'offres. Comme en matière de récusation, une simple apparence de privilège est à éviter (BEZ 2001/2 arrêt n° 24, cité par Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 102). Le soumissionnaire préimpliqué s'avère en effet privilégié par rapport aux autres candidats, dans la mesure où il bénéficie de meilleures connaissances du projet et par le fait qu'il dispose de plus de temps pour établir son offre (Denis Esseiva, in DC 2/2007 S9, référence citée). Un tel conflit entre l'intérêt public à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse et l'intérêt personnel à l'adjudication, est susceptible de fausser les règles de la concurrence (arrêt MPU.2010.0008 du 6 décembre 2010). Toutefois, la jurisprudence sur le devoir de récusation des juges, qui naît de l'apparence de partialité objective, n'est pas applicable au soumissionnaire préimpliqué; il n'y a pas lieu d'exclure celui-ci tant et aussi longtemps que la preuve de l'existence d'un avantage concurrentiel résultant de sa participation à la configuration du marché n'est pas rapportée (ATF 2P.164/2004 du 25 janvier 2005, consid. 5.7.3, réf. citée). Doit en outre être distingué à cet égard le dialogue technique entre le pouvoir adjudicateur et un futur soumissionnaire; un tel dialogue est en effet licite dans la mesure où il ne porte pas atteinte à l'égalité de traitement des soumissionnaires et ne supprime pas la concurrence (ATF 2P.122/2000 du 6 novembre 2000, consid. 7b). b) La recourante se réfère en premier lieu à la présence de la pièce 7 dans le bordereau des pièces de l'adjudicataire, qui correspond aux déterminations sur le recours du mandataire du Y. \_\_\_\_\_. La recourante y voit le signe de liens privilégiés de l'adjudicataire avec le Y. \_\_\_\_\_, respectivement son mandataire. Dans son écriture, l'adjudicataire se serait en effet largement inspiré de ce document. Lors de l'audience, le mandataire du Y. \_\_\_\_\_ a expliqué qu'il avait adressé à l'adjudicataire, présente lors d'une séance réunissant des représentants du Y. \_\_\_\_\_ et de son mandataire, une copie de sa prise de position. Dans la mesure où la pièce 7 est postérieure à la procédure d'adjudication, on ne peut d'emblée considérer qu'elle constitue un indice de liens privilégiés entre l'autorité d'adjudication et l'adjudicataire. Même s'il était maladroit de la part du mandataire de l'adjudicateur de transmettre ce document, de nature interne, à l'adjudicataire, cela n'a en rien faussé le déroulement de la procédure, dans laquelle l'adjudicateur et l'adjudicataire ont partie liée. Selon la recourante, l'adjudicataire aurait bénéficié d'informations particulières et privilégiées, dans la mesure où elle aurait formulé des propositions contraires aux conditions de la soumission, que l'autorité d'adjudication aurait évaluées favorablement. Le chiffre 5.2.2 CDC est ainsi formulé: "Le cas échéant, toutes les installations de levage sont à prévoir par l'entreprise si nécessaire". Cette exigence est également rappelée dans la série de prix, avec la précision que le maître de l'ouvrage ne mettra aucun moyen de levage à disposition (p. 67 et 82 du DAO). Selon les explications données à l'audience, c'est l'adjudicataire qui a elle-même pris contact avec l'entreprise E. \_\_\_\_\_, dont elle avait constaté la présence d'une des grues sur le chantier. Les informations qu'a pu obtenir l'adjudicataire sont ainsi celles que l'entreprise E. \_\_\_\_\_ lui a communiquées. Le Y. \_\_\_\_\_ a confirmé qu'il n'avait donné à l'adjudicataire aucune

assurance, quant à la possibilité d'utiliser éventuellement les installations de chantier existantes, faute de pouvoir garantir leur disponibilité. L'adjudicateur n'a pas non plus, comme le soutient la recourante, donné des informations spécifiques à l'adjudicataire, au sujet des travaux d'électricité à réaliser. Aucun soumissionnaire n'a demandé de précision, quant à l'ampleur des travaux d'électricité à réaliser. La série de prix mentionne uniquement que l'entreprise soumissionnaire doit évaluer le prix de la fourniture et de la pose des installations électriques. Selon le Y.\_\_\_\_\_, cela excluait les travaux de raccordement, non exigés dans le cahier des charges. Les différences entre l'adjudicataire et la recourante s'expliquent par une compréhension différente des exigences du marché, la recourante ayant considéré que le terme "pose" incluait les travaux de raccordement. Si la recourante avait eu un doute à ce sujet, il lui appartenait d'interpeller l'adjudicateur, ce qu'elle n'a en l'occurrence pas fait. La recourante voit également un indice de liens privilégiés entre l'adjudicataire et le Y.\_\_\_\_\_, du fait que le protocole d'audition du 11 décembre 2013, dont la date a été modifiée à la main, n'a été signé par l'adjudicataire que le 23 janvier 2014, soit après la décision d'adjudication et après l'aménagement d'une entrevue entre la recourante et les représentants du Y.\_\_\_\_\_. Dans sa duplique, le Y.\_\_\_\_\_ a expliqué qu'il y avait eu un malentendu, au sujet de la personne qui devait rédiger le procès-verbal. Le Y.\_\_\_\_\_ l'a confirmé lors de l'audience. Quant à l'erreur de date, le Y.\_\_\_\_\_ a précisé qu'elle résultait de la reprise d'un ancien document. Il n'y a pas lieu de voir dans ces erreurs, certes regrettables, l'indice de liens privilégiés entre Z.\_\_\_\_\_ et le pouvoir adjudicateur. La recourante voit enfin un signe de liens préexistants avec le mandataire du Y.\_\_\_\_\_ dans la proximité de leurs devis respectifs. Le devis général établi par l'architecte paysagiste, mandataire du Y.\_\_\_\_\_, s'élève à 1'361'036 fr. hors taxe, soit 1'469'918,88 fr. toutes taxes comprises, prix qui ne tient toutefois pas compte de la déduction du prorata de 1,7%. Quant à la soumission de l'adjudicataire, elle porte sur un montant de 1'418'213,65 fr. Le Y.\_\_\_\_\_ a mis en évidence une erreur de calcul (erreur décimale, s'agissant du chiffre 421.06 de la série de prix), qui induit une augmentation du prix de l'offre de l'adjudicataire de 53'688 fr., hors taxe. Avec cette augmentation, les prix sont effectivement très proches et très éloignés des deux autres offres. En comparant toutefois la série de prix de l'adjudicataire et le devis général, on peut observer d'importantes divergences, ce qui tend à confirmer que l'adjudicataire n'a pas eu connaissance de ce document, lequel ne figurait d'ailleurs pas dans le dossier d'appel d'offres. Selon les explications données par le Y.\_\_\_\_\_ à l'audience, l'appel d'offres ne vise en outre pas les mêmes prestations que le devis général. La recourante n'est ainsi pas parvenue à démontrer que l'adjudicataire avait obtenu, du mandataire du Y.\_\_\_\_\_, des informations privilégiées par rapport aux autres soumissionnaires. Le grief tiré de la préimplication doit ainsi être écarté.

#### **E. 4**

La recourante critique la note qui lui a été attribuée en relation avec l'évaluation du critère n°3. D'après le tableau d'évaluation des offres, l'adjudicataire a obtenu un total de 466 points, alors que la recourante a obtenu 295,35 points. Même en attribuant à la recourante la note de 5 (au lieu de 3) pour le critère n°3, qui bénéficie d'une pondération de 8%, l'adjudicataire conserverait sa première position. Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner plus en détail ce point.

#### **E. 5**

La recourante considère que l'offre de l'adjudicataire est anormalement basse. L'adjudicateur aurait pris en compte, de manière erronée, l'ensemble des offres pour calculer la moyenne. L'offre litigieuse devrait, selon elle, être exclue de cette moyenne. a) Aux termes de l'art. 32, 2<sup>ème</sup> paragraphe, let. b RLMP-VD, une offre peut être exclue lorsqu'elle comporte des prix anormalement bas non justifiés. L'art. 36 RLMP-VD précise que si pour un marché donné, des offres paraissent anormalement basses par rapport à la prestation, l'adjudicateur, avant de pouvoir exclure ces offres, demande par écrit les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de l'offre. Ces précisions peuvent porter notamment sur le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail définies à l'art. 6 RLMP-VD. L'art. 36 RLMP-VD pose une exigence de nature procédurale. En présence d'une offre qui apparaît comme anormalement basse, le pouvoir adjudicateur ne peut pas l'exclure d'emblée; il doit au contraire offrir au soumissionnaire l'occasion de justifier ses prix; ce n'est que dans la mesure où cette justification n'apparaît pas convaincante que l'offre en question peut être écartée du marché (v. sur ce point, ATF 130 I 241 consid. 7.3 p. 255; Robert Wolf, *Der Angebotspreis : Probleme und Lösungen*, in *Droit de la construction, Colloque marchés publics 04, Sonderheft 2004*, p. 12 s., not. 13 et les références citées). Cette disposition se distingue par le fait qu'il s'agit d'une règle de procédure permettant au pouvoir adjudicateur d'obtenir des compléments d'informations de la part du soumissionnaire dont l'offre est suspecte (v. arrêt GE.2000.0092 du 26 octobre 2000). Cette règle se rattache également au droit d'être entendu, en ce sens qu'elle permet au candidat dont l'offre paraît anormalement basse d'expliquer les raisons pour lesquelles il a formulé un prix donné; celles-ci peuvent être dues aussi bien à des méthodes de fabrication particulièrement économiques, à des conditions inhabituellement favorables, dont le soumissionnaire peut profiter, ou à l'originalité de la prestation proposée (v. Wolf, *ibid.*). Elle exclut ainsi un régime dans lequel l'élimination de certaines offres (par exemple, celles dont le prix serait inférieur de 30% à la moyenne des autres) serait automatique. En revanche, il paraît admissible de fixer un seuil de ce type (pour reprendre l'exemple cité ci-dessus: celui d'une offre inférieure de 30% à la moyenne des autres) pour déclencher l'obligation du pouvoir adjudicateur de demander des explications au soumissionnaire, afin qu'il justifie son prix (v. arrêt GE.2001.0072 du 12 octobre 2001, ainsi que les nombreuses références citées), cela quand bien même le droit vaudois ne connaît pas un régime de ce type. Le prix anormalement bas se mesure par rapport au niveau moyen des prix, considéré comme prix normal; un écart important par rapport à cette norme constitue l'indice d'un prix anormalement bas. Il s'agit là toutefois d'une simple présomption, réfragable; l'auteur de l'offre peut la renverser, en démontrant qu'elle repose sur des procédés innovateurs et avantageux, ou sur une organisation particulièrement efficace de la réalisation du projet (arrêts GE.2007.0189 du 28 janvier 2008 consid. 4a; GE.2006.0076 du 21 septembre 2006 consid. 2a/bb; GE.2002.0047 précité consid. 3d/cc; GE.2001.0072 précité consid. 3c/bb). Sur le plan matériel, la règle prescrite à l'art. 32 2<sup>ème</sup> paragraphe let. b RLMP-VD doit être comprise en ce sens que chaque soumissionnaire doit être en mesure de remplir les conditions de participation et de satisfaire aux modalités du marché, en d'autres termes qu'il lui est normalement possible d'exécuter le travail selon les règles de l'art. Sous l'empire de l'art. 33 let. 1 du règlement d'application du 8 octobre 1997, la règle parlait d'une exécution normale des travaux; elle n'excluait cependant pas la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de mettre à profit des avancées technologiques (v. sur ce point, Wolf, *op. cit.*, p. 13). Il peut en aller de même dans l'hypothèse où le soumissionnaire établit qu'il a retenu une organisation particulièrement performante pour la réalisation du projet. En revanche,

conformément au but poursuivi par cette règle, on ne peut parler d'exécution du marché dans des conditions normales lorsque le soumissionnaire présente une offre qui impliquerait pour lui de travailler à perte (v. arrêt GE.2001.0072 précité). Cette règle ne saurait toutefois dispenser le pouvoir adjudicateur de s'assurer, en présence d'une offre anormalement basse, qu'il est possible au moins disant d'exécuter le travail selon les règles de l'art (ibid.). Cette exigence sera réputée non remplie lorsque la prestation est proposée en dessous du prix de revient ou lorsque la somme de toutes les positions ne permet pas d'espérer un gain approprié ou ne permet de s'y attendre que si le travail n'est pas exécuté correctement (v. Nicolas Michel, Droit public de la construction, Fribourg 1996, p. 391 n° 1952 et p. 392 n° 1959). En définitive, l'examen de la sous-enchère doit, en droit vaudois, se faire en deux temps. En premier lieu, il convient de vérifier si la règle de procédure de l'art. 36 RLMP-VD a été respectée. Ensuite, il y a lieu d'examiner si les règles de fond consacrées par l'art. 32 RLMP-VD ont été violées (v. arrêt GE.2007.0189 précité consid. 4c, ainsi que les références citées; en particulier: GE.2006.0076 précité; GE.2005.0053 du 28 août 2005).

b) Le dossier d'appel d'offres ne contient pas une règle fixant un seuil à partir duquel l'adjudicateur doit procéder à des vérifications, en présence d'une offre anormalement basse. Dans le cadre de la notation du prix, l'adjudicateur a toutefois retenu un prix admissible de 1'387'497 fr., correspondant à un écart de 25% entre le prix moyen offert par les candidats (y compris l'offre la plus basse) et le prix en dessous duquel les vérifications doivent être effectuées. L'ensemble des soumissionnaires ayant formulé des offres qui se situent au-dessus du prix admissible, l'adjudicateur a considéré qu'il n'avait pas à effectuer de vérifications, en l'absence d'une offre anormalement basse. Selon la recourante, l'évaluation d'une offre anormalement basse, pour autant qu'elle soit possible en présence de trois offres seulement, doit s'effectuer sur la base d'une moyenne calculée uniquement d'après les autres offres, à l'exclusion de l'offre la plus basse. Dans l'arrêt MPU.2013.0003 du 29 mai 2013, le Tribunal a toutefois procédé à cette évaluation sur la base de la moyenne de toutes les offres (cf. consid. 3b). Dans l'arrêt GE.2005.0161 du 9 février 2006, il a calculé la moyenne des offres (en présence de trois soumissions), sans exclure l'offre la moins disante, pour déceler un éventuel cas de sous-enchère (consid. 6e). En l'occurrence, la moyenne des offres des soumissionnaires, sans tenir compte de l'offre la moins disante, s'élève à 2'065'887,5 fr.  $([1'928'298 \text{ fr.} + 2'203'477 \text{ fr.}] / 2)$ . En soustrayant à cette valeur un pourcentage correspondant à 30% (au sens de la jurisprudence reproduite ci-dessus), on obtient une valeur de 1'446'121,25 fr.  $(2'065'887,5 \text{ fr.} - 619'766,25)$ . Telle que formulée dans la soumission, l'offre de l'adjudicataire est inférieure à ce montant, puisqu'elle s'élève à 1'418'213,65 fr. L'adjudicateur a toutefois mis en évidence une erreur de calcul dans l'offre de l'adjudicataire. Il ressort en effet du tableau comparatif des offres élaboré par l'adjudicateur qu'au point 421.06, l'adjudicataire a retenu de manière erronée un prix unitaire de 1,90 fr., au lieu de 190 fr. La différence porte sur un montant, hors taxe, de 53'200 fr. Prenant acte de cette erreur, le Y. \_\_\_\_\_ a réévalué l'offre de l'adjudicataire, en y ajoutant ce montant. Une telle modification, portant sur une erreur décimale, était possible (cf. arrêt MPU.2012.0002 du 15 mai 2012). En effet, seules deux rubriques contiennent un prix différent, alors que les prestations à fournir sont les mêmes pour les postes 421.06 et 421.07, relatifs au restaurant, respectivement au CCO. La recourante, qui reproche uniquement au Y. \_\_\_\_\_ la tardiveté de sa réaction, ne conteste d'ailleurs pas qu'il s'agisse d'une erreur pouvant être corrigée. En ajoutant ce surcoût au montant de la soumission de l'adjudicataire, son offre se situe ainsi au-dessus de la marge de 30% définie par la jurisprudence, même si l'on tient compte uniquement de la moyenne des deux offres

les plus élevées (sur les trois soumissions). Dans la mesure où l'offre de l'adjudicataire s'approchait de la valeur des travaux estimée par le mandataire du pouvoir adjudicateur, il ne peut lui être reproché d'avoir considéré que l'offre de l'adjudicataire n'était pas anormalement basse et de n'avoir dès lors pas posé à l'adjudicataire de questions sur son prix. On ne peut en outre pas d'emblée retenir que l'adjudicataire travaillerait à perte, sur la base du tableau de calcul du prix de revient des travaux mis en soumission, estimé à 1'692'022,37 fr., qui se réfère aux prix pratiqués par les fournisseurs de la recourante. c) L'adjudicateur et l'adjudicataire ont de surcroît été en mesure de justifier les différences avec l'offre de la recourante. aa) Les deux entreprises n'ont en effet pas une taille comparable. D'après l'annexe Q4, X. \_\_\_\_\_ aurait une capacité en personnel de 9,2 postes équivalent temps plein (dont 3,2 correspondant à du personnel administratif). Quant à Z. \_\_\_\_\_, elle a mentionné, dans l'annexe Q4, une capacité en personnel de 93 postes de travail (dont 9 correspondant à du personnel administratif). Cette différence n'est pas déterminante, en ce qui concerne les aptitudes des deux entreprises à l'exécution du marché. Elle est en revanche un indicateur du volume des travaux exécutés par chacune des entreprises, et dès lors de leur marge de négociation avec les fournisseurs. bb) La recourante ne conteste en outre pas que l'adjudicataire dispose de sa propre pépinière. Elle met en revanche en doute la faculté de Z. \_\_\_\_\_ de cultiver l'ensemble des plantes requises, dans la mesure notamment où les annexes de la soumission de l'adjudicataire contiennent les références de différentes pépinières. Les postes de la série de prix de chacune des soumissionnaires, relatifs à la fourniture des plantations, peuvent être résumés comme suit: Z. \_\_\_\_\_ X. \_\_\_\_\_ X Série de prix jardinage restaurant 421.12 Fourniture d'arbre en cépée 10'500 fr. 9'112 fr. 9'100 fr. 421.13 Fourniture de buissons et vivaces 13'220 fr. 38'682,50 fr. 15'188 fr. 421.14 Fourniture d'arbre en cépée 3'640 fr. 4'377,10 fr. 2'800 fr. 421.15 Plantation de buissons ou vivace godet 51 760 fr. 3'781 fr. 1'140 fr. 421.16 Plantation de buissons ou vivace godet 31 3'855 fr. 17'090,50 fr. 5'140 fr. 421.17 Plantation de buissons ou vivace godet 11 4'800 fr. 12'400 fr. 4'000 fr. 421.18 Plantation de buissons ou vivace godet 9 120 fr. 348 fr. 120 fr. Sous-total jardinage restaurant 36'895 fr. 85'790,60 fr. 37'488 fr. Série de prix jardinage CCO 421.12 Fourniture d'arbre en cépée 3'750 fr. 3'220 fr. 3'250 fr. 421.13 Fourniture de buissons et vivaces 15'030 fr. 43'280 fr. 17'235 fr. 421.14 Plantation d'arbre en cépée 1'300 fr. 1'563,25 fr. 1'000 fr. 421.15 Plantation de buissons ou vivace godet 51 1'300 fr. 6'467,50 fr. 1'950 fr. 421.16 Plantation de buissons ou vivace godet 31 4'500 fr. 19'950 fr. 6'000 fr. 421.17 Plantation de buissons ou vivace godet 11 2'400 fr. 6'200 fr. 2'000 fr. Sous-total jardinage CCO 28'280 fr. 80'680,75 fr. 31'435 fr. Total jardinage 65'175 fr. 166'471,35 fr. 68'923 fr. Les différences ne sont pas significatives en ce qui concerne les plantations d'arbres en cépée, l'adjudicataire se fournissant, selon ses explications, auprès de la pépinière allemande F. \_\_\_\_\_. Elles le sont par contre pour tout ce qui concerne les plantations de buissons ou vivace. Or, la recourante ne conteste pas que, pour partie, ces plantes soient issues de la pépinière de l'adjudicataire. Cela explique que cette dernière puisse offrir des prix plus avantageux, n'ayant pas à recourir à un fournisseur. On constate par ailleurs que les prix de l'adjudicataire sont très proches de ceux de la troisième soumissionnaire. L'adjudicataire est ainsi parvenue à justifier une différence d'environ 100'000 fr. sur le seul poste des travaux de jardinage. A l'audience, elle a également mis en évidence une importante économie par rapport à l'offre de la recourante, en ce qui concerne la fourniture des dalles en granit. Celles-ci sont offertes par Z. \_\_\_\_\_ au prix unitaire de 185 fr. par m<sup>2</sup>, alors que X. \_\_\_\_\_ les offre au prix de 261,30 fr. Le cahier des charges exigeant la fourniture de 1'200 m<sup>2</sup> de dalles (poste 46.05 de la série de

prix), l'économie que réalise Z. \_\_\_\_\_ est de plus de 90'000 fr., dont il faut encore déduire le montant relatif aux moyens de levage, une des pièces justificatives attestant d'un prix au m<sup>2</sup> de 100 fr., hors taxe. L'adjudicataire a ainsi démontré qu'elle pouvait proposer un prix particulièrement avantageux sur ce poste de la série de prix, en expliquant qu'elle se fournissait directement auprès d'une carrière. cc) L'entreprise Z. \_\_\_\_\_ a en outre justifié la différence de prix, par l'absence de recours à des sous-traitants, contrairement à la recourante, qui sous-traite la pose des sols souples (entreprise G. \_\_\_\_\_ Sàrl), les accessoires électriques (H. \_\_\_\_\_ SA), ainsi que la pergola métallique (I. \_\_\_\_\_ SA). En comparant les offres de X. \_\_\_\_\_ et de Z. \_\_\_\_\_, on constate effectivement des différences importantes pour ces postes, soit 40'000 fr. environ en ce qui concerne la pose des sols souples, 16'000 fr. environ pour les travaux d'électricité et environ 22'000 fr. pour la pergola. A l'audience, l'adjudicataire a précisé qu'elle disposait du personnel compétent au sein de son entreprise, pour réaliser la pose des sols souples, sans que la recourante ne la contredise. Il n'y a pas lieu de douter que cela permet à l'adjudicataire de proposer des prix plus avantageux. Il en va de même pour la pergola métallique, l'adjudicataire ayant expliqué qu'elle commandait la structure à un fournisseur, puis effectuait ensuite elle-même la pose. Quant aux travaux d'électricité, les différences entre les deux offres peuvent s'expliquer par une mauvaise compréhension de l'appel d'offres. Il semble en effet que la recourante ait inclus dans son prix, en sus de la fourniture et de la pose des luminaires, les frais de raccordements. Ces derniers ne faisaient toutefois pas l'objet du marché, comme l'a confirmé le Y. \_\_\_\_\_ à l'audience. L'offre de H. \_\_\_\_\_ SA, produite par la recourante, distingue d'ailleurs expressément ces deux types de prestation. dd) Il n'est pas non plus exclu que l'entreprise Z. \_\_\_\_\_, qui a déjà réalisé l'esplanade du Y. \_\_\_\_\_, dispose d'une meilleure connaissance du site, ce qui lui permet d'avoir une organisation plus rationnelle. ee) Il n'est pas certain que l'adjudicataire puisse, comme elle l'avait prévu, utiliser la grue de chantier. Cela ne remet toutefois pas en cause son aptitude à la réalisation du marché, l'adjudicataire ayant expliqué à l'audience que des moyens alternatifs pourraient être mis en œuvre. Il suffit de prendre acte du fait que l'adjudicataire est consciente qu'elle ne pourra pas demander une éventuelle plus-value à ce titre. A supposer que l'adjudicataire doive considérer l'offre de l'adjudicataire comme étant anormalement basse, il convient d'admettre que cette dernière a pu justifier ses prix avantageux, soit sur la base de devis de ses fournisseurs, soit en exécutant elle-même des travaux que la recourante a choisi de sous-traiter. d) La recourante tente encore de démontrer que l'offre de l'adjudicataire, sur plusieurs postes, ne couvre pas le prix de ses fournitures. aa) Elle relève en premier lieu, s'agissant de la fourniture de bordures en acier zingué à chaud (poste 46.01 de la série de prix), que le prix de l'adjudicataire correspond sans doute aux prix à la pièce pour des dimensions standards (300/10mm), alors que la fourniture exigée pour le marché ne porte pas sur des dimensions standards (320/10mm). La recourante se réfère à sa pièce 13, relative à l'offre d'un fournisseur actif dans ce domaine. La pièce 9 de l'adjudicataire, qui se réfère expressément aux dimensions de 320/10mm, démontre le contraire. bb) S'agissant des prix des bandes stériles de gravier, la recourante relève que le prix indiqué dans la soumission de l'adjudicataire se situe en dessous du prix de revient. Dans le devis, le gravier, d'une épaisseur moyenne de 10 cm, est fourni au prix de 9,40 fr/m<sup>2</sup>. La recourante en déduit que le prix au m<sup>3</sup> est de 94 fr/m<sup>3</sup>. Un m<sup>3</sup> correspondant à 1'000 litres, la recourante en déduit que le prix unitaire devrait être de 9,40 fr. au minimum, sans tenir compte de la main d'œuvre. Lors de l'audience, l'adjudicataire a expliqué que le prix de revient du gravier était de 80 fr. le m<sup>3</sup> (soit 56 fr. pour la bande stérile, 12 fr. pour le

transport et 12 fr. pour la mise en place). cc) Selon la recourante, il n'est pas réaliste de vendre une lavande en pot de 3 litres (1,60 fr. l'unité) moins cher que la sauge en pot de 1 litre (1,70 fr. l'unité). La recourante en déduit que le prix offert par l'adjudicataire se réfère nécessairement à des pots de 1 litre, et non de 3 litres. D'emblée, il y a lieu de relever que les prix proposés par l'adjudicataire correspondent à ceux de la soumissionnaire classée en troisième position. Les différences s'expliquent en outre par le fait que l'adjudicataire cultive elle-même certaines des plantes qui font l'objet du marché. S'agissant plus précisément des pots de lavande, elle a indiqué les acheter en pots de 9 litres, pour ensuite les transplanter dans des pots de trois litres, les plantes atteignant au bout de six mois la dimension correspondant à des pots de trois litres. Ces explications permettent d'exclure l'hypothèse d'une sous-enchère. Le grief de la recourante, relatif à l'existence d'une éventuelle offre anormalement basse, doit ainsi être rejeté.

## **E. 6**

La recourante fait valoir que l'adjudicataire n'est pas en mesure d'effectuer l'ensemble des travaux requis, en particulier les travaux de serrurerie et d'électricité, et qu'elle devra dès lors sous-traiter ces travaux, ce qu'elle n'a pas indiqué dans son offre. Pour ce motif, son offre aurait dû être exclue. a) L'exigence de désignation du sous-traitant est discutée en doctrine (cf. Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n° 645ss; Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergabe rechts*, Zürich/Bâle/Genève, 2012, n°1614ss; P. Gauch/H. Stöckli, *Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics*, Fribourg 1999, p. 33), mais, lorsque la part du marché qui doit ou peut être sous-traitée revêt une certaine importance, le pouvoir adjudicateur devrait également être en mesure d'évaluer le sous-traitant (ATF 2P.146/2001 du 6 mai 2002, consid. 4.2). Il peut également exiger que l'entreprise soumissionnaire et le sous-traitant remplissent cumulativement les critères demandés (cf. ATF 2D\_48/2012 du 22 février 2013, consid. 4.4; 2C\_1101/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.4.4). Il y a d'abord lieu de se demander si, d'après le dossier d'appel d'offres, il incombait aux soumissionnaires d'indiquer le nom de l'ensemble des sous-traitants associés à la réalisation du marché. Du chiffre 4.4 CDC, on comprend que l'exigence d'indiquer le nom des entreprises sous-traitantes se rapporte plutôt à l'exécution des travaux. L'adjudicateur a en effet uniquement demandé aux soumissionnaires d'indiquer s'ils entendaient sous-traiter la pose du sol souple. Cela se justifie, dès lors que la réalisation de cet aménagement représente plus de 10% du marché. L'adjudicateur n'a en revanche coché aucune des cases de l'annexe R15, ce qui tend à confirmer que l'annonce des sous-traitants n'était pas exigée dans le cadre de la procédure d'adjudication. b) Les indications que fournit le soumissionnaire dans son offre doivent être correctes, complètes et conformes aux exigences de l'adjudicateur, telles qu'elles ressortent de l'appel d'offres et des documents annexés, de manière à ce que la décision d'adjudication puisse être prise en connaissance de cause, dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement (ATF 2P.130/2005 du 21 novembre 2005, consid. 7; 2P.164/2002 du 27 novembre 2002; 2P.322/2001 du 11 septembre 2002; ATAF 2007/13 consid. 3.1 ; arrêt MPU.2009.0012 du 23 septembre 2009, consid. 2, et les arrêts cités ). Une offre peut être exclue notamment lorsque le soumissionnaire ne présente pas les garanties nécessaires pour une exécution complète, soignée et ponctuelle des travaux à adjuger (art. 32, premier tiret, let. j, deuxième phrase, RLMP-VD) ou lorsque l'offre comporte de faux renseignements (art. 32, deuxième tiret, let. c RLMP-VD). Le dossier d'appel d'offres précise qu'un soumissionnaire sera exclu de la procédure notamment s'il trompe ou cherche à tromper intentionnellement l'adjudicateur en déposant des documents faux ou erronés, en

fournissant des informations caduques ou mensongères, en proposant des preuves falsifiées ou non certifiées officiellement (ch. 3.6). 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, jusque et y compris dans le cours de la procédure de recours dirigé contre la décision d'adjudication (arrêts GE.2006.0226 du 20 février 2007, consid. 2b; GE.2003.0111 du 20 février 2004, consid. 1a, et les références citées; dans l'affaire qui a donné lieu au prononcé de l'arrêt GE.2005.0046 du 12 juillet 2005, consid. 2, le Tribunal a laissé ce point indéci: la présentation d'une offre indiquant un prix variable n'était pas admissible et aurait dû entraîner son exclusion; le recours devait de toute façon être admis pour un autre motif). 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 2C\_197/2010 du 30 avril 2010, consid. 6.1 et 6.3; 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; ATAF 2007/13 consid. 3.2 et 3.3). Il est excessivement formaliste d'exclure une offre de la procédure, en raison de la violation d'une règle formelle, sans inviter le soumissionnaire à corriger un défaut véniel (ATAF 2007/13 consid. 3.3; cf. la décision de la Commission fédérale de recours, du 23 décembre 2005, reproduite in: JAAC 70.33; arrêts GE.2006.0011 du 22 mai 2006, consid. 3; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 7b; GE.2006.0226 du 20 février 2007; cf. également ATF 2P.141/2002, reproduit in: DC 2005 p. 173). A notamment été exclue l'offre ne contenant pas l'attestation requise de l'office des faillites (arrêt MPU.2009.0010 du 6 octobre 2009, consid. 4), au regard de l'art. 32, deuxième tiret, let. a (anciennement k), RLMP-VD), mis en relation avec l'art. 32, premier tiret, let. g du même règlement. c) D'après la recourante, l'adjudicataire entend, contrairement à ce qu'elle a déclaré, faire appel à des sous-traitants. En demandant à une entreprise d'effectuer des travaux sur mesure, l'adjudicataire sous-traiterait en effet les travaux relatifs à la réalisation de la pergola et des bordures. Lors de l'audience, Z.\_\_\_\_\_ a indiqué qu'elle effectuait elle-même la pose de la pergola et qu'elle disposait du personnel qualifié pour ces travaux. La seule commande d'une structure, réalisée selon des dimensions spécifiques, ne peut être assimilée à une situation de sous-traitance, nécessitant son annonce au stade de la soumission. Les travaux d'électricité ne font pas non plus l'objet de sous-traitance. En effet, la série de prix précisait que les soumissionnaires devaient indiquer leur prix unitaire pour la fourniture et la pose des luminaires. Selon le Y.\_\_\_\_\_, cette formulation excluait les travaux de raccordement, compris dans un autre lot. Dans ces circonstances, il n'était pas nécessaire, pour les soumissionnaires, de s'adjoindre des services d'une personne titulaire d'une autorisation au sens de l'art. 6 de l'ordonnance fédérale du 7 novembre 2001 sur les installations électriques à basse tension (OIBT; RS 734.27). L'adjudicataire n'a en conséquence pas manqué à son devoir d'annoncer un de ses sous-traitants. Elle n'avait dès lors pas à être exclue du marché pour ce motif.

## **E. 7**

Dans ses déterminations du 27 juin 2014, la recourante a encore relevé que l'offre de l'adjudicataire ne respectait pas les conditions générales du projet, et aurait dû être exclue, au motif qu'elle a renoncé à intégrer le coût des moyens de levage dans ses prix unitaires,

empêchant ainsi une comparaison objective des offres. La soumission de l'adjudicataire serait ainsi contraire au chiffre 4.2.2 CDC. Cette disposition, intégrée dans le chapitre "Base de calcul des prix" concerne toutefois les prestations comprises dans le prix offert par les soumissionnaires, qui ne donnent pas droit à une rémunération supplémentaire. Elle n'exige en revanche pas une ventilation des coûts liés à la mise en œuvre des moyens de levage pour chacun des prix unitaires. La référence de la recourante à l'arrêt MPU.2013.0019 du 20 novembre 2013 n'est pas pertinente; les travaux qui avaient fait l'objet d'une évaluation forfaitaire concernaient la pose des fournitures, et non la mise à disposition d'installations de levage. L'évaluation forfaitaire de cette prestation dans le poste "Installation de chantier", plutôt que sa répartition sur l'ensemble des prix unitaires de la série de prix, n'a en l'occurrence pas empêché l'adjudicateur de procéder à une comparaison objective des offres des soumissionnaires. Le choix de l'adjudicataire d'intégrer ce prix, contrairement aux deux autres soumissionnaires, dans le poste "Installation de chantier", ne justifiait dès lors pas son exclusion du marché.

#### **E. 8**

Le recours doit ainsi être rejeté et la décision attaquée confirmée. Les frais sont mis à la charge de la recourante, qui succombe. La recourante versera en outre une indemnité à titre de dépens au Y.\_\_\_\_\_ et à l'adjudicataire, qui ont tous deux procédé par l'intermédiaire d'un avocat.

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