

VD_OMNI MPU.2014.0016 vom 26. August 2014

VD Tribunal cantonal, 2014-08-26, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2014.0016

FR: VD_OMNI MPU.2014.0016 du 26 août 2014

IT: VD_OMNI MPU.2014.0016 del 26 agosto 2014

Regeste

X. _____ SA/Municipalité de Nyon, Y. _____ SA | Rappel du principe que l'adjudicateur n'est pas tenu de publier les sous-critères dits inhérents, pas davantage que leur pondération et la grille de leur évaluation. En l'espèce, des sous-critères égaux, précisant le critère, doivent être considérés comme inhérents, car ils se bornent à interroger les soumissionnaires sur les modalités de la mise en oeuvre du critère de "désapprovisionnement et de dépannage", en terme de délais d'intervention (consid. 4). Pour le surplus, pas d'évaluation arbitraire du sous-critère. L'adjudicateur a demandé aux soumissionnaires de préciser en heures le délai d'intervention. Une réponse selon laquelle l'intervention serait garantie au plus tard dans les 24 heures peut être moins bien notée que celle qui précise que l'intervention aura lieu dans un délai de quinze minutes (consid. 3).

Erwägungen

E. 1

a) La matière est régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (AIMP; RSV 726.91), ainsi que par la loi cantonale sur les marchés publics, du 24 juin 1996 (LMP-VD; RSV 726.01) et le règlement y relatif, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; RSV 726.01.1). b) Le recours porte uniquement sur le lot n°1, et la notation du critère n°2. 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.2014.0008 du 21 juillet 2014, consid. 1d; MPU.2013.0027 du 4 février 2014, consid. 3a; MPU.2013.0021 du 19 décembre 2013, consid. 2, 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.2014.0008, consid. 1d; MPU.2013.0019, consid. 1d; arrêt MPU.2012.0039 du 15 juillet 2013, 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.2014.0008, consid. 1d; MPU.2013.0019, consid. 1d; MPU.2012.0039, 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.2014.0008, consid. 1d; MPU.2013.0019, consid. 1d; MPU.2012.0039, consid. 2, et les arrêts cités).

E. 2

La recourante critique le fait que la décision attaquée ne contient aucune motivation quant à l'attribution des notes pour les critères n°2 et 3. Elle y voit une violation de son droit d'être entendue. a) Les parties ont le droit d'être entendues (art. 29 al. 2 Cst.). L'autorité doit indiquer dans son prononcé les motifs qui la conduisent à sa décision (ATF 139 V 496 consid. 5.1 p. 503/504; 138 I 232 consid. 5.1 p. 237; 136 II 266 consid. 3.2 p. 270, et les arrêts cités). L'autorité 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 139 V 496 consid. 5.1 p. 504; 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). b) La décision attaquée, du 8 juillet 2014, ne fait qu'annoncer aux soumissionnaires le résultat de la procédure d'adjudication. Elle ne contient pas de tableau d'évaluation, ni de motivation quant à la notation. Cela provient du fait que dans le domaine des marchés publics, aux termes de l'art. 42 RLMP-VD, les décisions de l'adjudicateur sont sommairement motivées et indiquent la voie de recours (al. 2); 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 adjudgée (let. b). c) Après avoir reçu la décision attaquée, la recourante a demandé des explications à l'adjudicateur, qui lui a communiqué, le 18 juillet 2014, le tableau d'évaluation des offres, pour ce qui la concerne ainsi que Y._____. L'adjudicateur a également joint la grille de notation et la motivation qui l'accompagne. Sur cette base, la recourante disposait, après la décision d'adjudication, mais avant le dépôt du recours, de tous les éléments lui permettant de comprendre les motifs qui ont conduit l'adjudicateur à décider comme il l'a fait. Telle que complétée conformément à 42 RLMP-VD, la décision attaquée est suffisamment motivée. c) A cela s'ajoute qu'un éventuel défaut de motivation aurait de toute manière été guéri dans le cadre de la procédure relative à l'effet suspensif (cf. arrêt précité MPU.2012.0039, consid. 3c; arrêts MPU.20120.0002 du 15 mai 2012, consid. 3; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 6, et les arrêts cités). En effet, dans sa requête du 6 août 2014, ainsi que sa détermination du 15 août 2014, l'autorité intimée a donné des explications au sujet de la notation du critère n°2, tant pour ce qui concerne la recourante que l'adjudicataire, lequel a également produit une détermination spontanée, le 14 août 2014. Sur le vu de ces écritures, la recourante connaissait tous les tenants et aboutissants des raisons de la notation qu'elle conteste. d) Le grief tiré du droit d'être entendu est ainsi mal fondé.

E. 3

La recourante critique l'appréciation du critère n°2, qu'elle tient pour arbitraire. a) Pour l'appréciation du critère n°2, l'Annexe 3 contient trois questions adressées aux soumissionnaires, concernant le délai d'intervention en cas de demande de désapprovisionnement, le délai d'intervention en cas de panne de matériel et le service de piquet. Pour l'évaluation de ce critère, l'adjudicateur a considéré que chacune des trois questions posées aux soumissionnaires constituait un sous-critère, valant un tiers des points accordés à ce critère, soit 10% de la pondération totale. Selon la grille de notation arrêtée, le soumissionnaire qui ne fournit aucune donnée reçoit zéro point pour chacun des sous-critères. Pour les sous-critères n°2.1 et 2.2, ayant trait aux délais d'intervention, un point est attribué lorsque ce délai dépasse six heures, et trois points lorsqu'il atteint six heures. Pour le sous-critère n°2.1 (délai de désapprovisionnement), cinq points sont

attribués lorsque l'intervention est faite quatre heures après l'ordre de vidange dans les heures ouvrables, ou le lendemain à 7 heures si l'alarme a été donnée la veille au soir. Pour le sous-critère n°2.2, cinq points sont attribués si le délai d'intervention en cas de panne est de quatre heures. Pour le sous-critère n°3 (service de piquet), trois points sont attribués sur ce service de piquet n'est pas fourni, cinq points s'il l'est. b) Pour le sous-critère n°2.1 (délai d'intervention en cas de demande de désapprovisionnement), la recourante a répondu qu'il lui faudrait trois heures, pendant la période allant de 7h à 17h30. Pour le sous-critère n°2.2 (délai d'intervention en cas de panne de matériel), la recourante a répondu qu'elle était à même de garantir une intervention au plus tard dans les 24 heures, un tel délai pouvant cependant être raccourci, car deux de ses employés sont disponibles en permanence. En cas d'arrêt prolongé de matériel, la recourante a proposé de tenir du matériel de remplacement à disposition. Enfin, la recourante a signalé que les pannes seraient dans une grande partie imputables à des difficultés électroniques et non mécaniques, lesquelles pourraient être résolues la plupart du temps dans l'heure qui suit l'information, par le moyen du téléphone à la centrale d'appel. Relativement à la troisième question, concernant le service de piquet, la recourante a produit l'organigramme de son service de piquet, fonctionnant 24 heures sur 24, tous les jours de la semaine. Aux deux premières questions contenues dans l'Annexe 3, relatives au délai d'intervention en cas de demande de désapprovisionnement (sous-critère n°2.1), d'une part, et en cas de panne de matériel (sous-critère n°2.2), d'autre part, l'adjudicataire a répondu qu'il lui faudrait quinze minutes à chaque fois. Relativement à la troisième question, l'adjudicataire a garanti être en mesure de mettre sur pied un service de piquet pour les cas extraordinaires. c) Selon la grille de notation, le comité d'évaluation a considéré que les réponses de Y. _____ répondaient au maximum de ce qui était attendu, valant la note de 5 pour les sous-critères 2.1, 2.2 et 2.3, soit la note globale de 5 pour le critère n°2. Pour ce qui est de la recourante, l'adjudicateur a estimé que les réponses aux sous-critères n°2.1 et 2.3 étaient optimales, valant à chaque fois la note de 5. Pour ce qui est le sous-critère n°2.2, concernant le délai d'intervention en cas de panne, il a retenu que le délai de 24 heures mentionné par la recourante valait un point (plus de six heures). La note pour le critère n°2 a ainsi été fixée à 3,67 (2 x 5 points + 1 point = 11 points: 3 = 3,66 périodique). d) La recourante conteste la notation du sous-critère n°2.2. Elle estime que sur le vu des réponses données à l'Annexe 3, son offre devait recevoir la note 5 pour ce sous-critère, et cinq points au lieu de 3,67 pour le critère dans son ensemble, ce qui conduirait à l'adjudication du lot n°1 en sa faveur. Elle allègue que la notation pour le sous-critère n°2.2 relèverait d'une erreur de la part de l'adjudicateur. Sur le vu de la réponse donnée à la deuxième question de l'Annexe 3, il tomberait en effet sous le sens que la plupart des interventions en cas de panne auraient lieu dans un délai inférieur à quatre heures, ce qui devrait lui valoir le note 5 pour ce sous-critère. Dans sa détermination du 6 août 2014, l'adjudicateur souligne les obscurités affectant les réponses données par la recourante aux questions contenues dans l'Annexe 3. Alors que l'adjudicateur attendait des soumissionnaires qu'ils expriment en heures le délai d'intervention en cas de panne de matériel (comme l'a fait l'adjudicataire), la recourante a expliqué qu'en semaine, une intervention serait garantie « au plus tard dans les 24h ». En langage clair, cela signifie que ce délai peut varier entre zéro et 24 heures. Ni le seuil de quatre heures, valant la note 5, ni le seuil de six heures, valant la note 3, ne sont garantis. Il est possible que de tels délais soient tenus, comme il est possible qu'ils ne le soient pas. Attribuer dès lors la note 1, correspondant à un délai de plus de six heures, n'est pas arbitraire. Il appartenait à la recourante d'indiquer ces délais de manière claire et nette,

comme cela ressortait de l'Annexe 3, qui exige que les délais soient exprimés en heures, indication qui ne prête à aucune confusion. La réponse de la recourante, qui explique que la plupart des pannes, de nature électronique, peuvent être résolues en moins d'une heure par le truchement du téléphone, ne répond pas aux exigences de l'adjudicateur. Celui-ci évoque un délai d'intervention, par quoi on entend nécessairement le fait, pour une personne apte à procéder à la réparation, de se déplacer sur les lieux. Cela ne signifie pas encore que la panne devrait être réparée dans le délai d'intervention. Si l'adjudicateur avait évoqué un délai de réparation (et non d'intervention) il l'aurait fait, et se serait exprimé d'une autre manière. Dans sa détermination du 14 août 2014, la recourante se réfère à un document élaboré par la société Z._____ AG, qui est l'un de ses fournisseurs. Cette pièce contient des informations générales sur l'organisation de cette société. Elle n'est pas de nature à démontrer que le délai d'intervention de la recourante sur place (et non de Z._____ ou d'un autre fournisseur) serait de moins de quatre heures en cas de panne de matériel. e) Le grief relatif à l'évaluation du sous-critère n°2.2 est mal fondé.

E. 4

La recourante reproche à l'adjudicateur de n'avoir pas annoncé à l'avance les sous-critères applicables aux critères n°2 et 3. Elle se plaint sous cet aspect d'une violation du principe de la transparence. a) A titre liminaire, ce grief ne peut valoir que pour celui dont la recourante conteste la notation, à savoir le critère n°2 (cf. considérant 3 ci-dessus). En effet, u ne éventuelle violation du principe de la transparence ne conduit à l'annulation de l'adjudication que si elle a influé sur le résultat final de l'évaluation de l'offre (arrêts MPU.2012.0023 du 7 novembre 2012, consid. 4; MPU.2012.0005 du 17 juillet 2012, consid. 2b; GE.2007.0218 du 6 mars 2008, consid. 3a, et les arrêts cités). Or, tel n'est pas le cas de la notation du critère n°3. 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 MPU.2012.0005 du 17 juillet 2012, consid. 2b; MPU.2012.0003 du 16 mai 2012 consid. 3c; MPU.2011.0001 du 27 juin 2011 consid. 9, et les arrêts cités). 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; arrêts MPU.2012.0005, précité, consid. 2b; MPU.2010.0029 du 10 mars 2011, consid. 8a; MPU.2009.0020 du 5 juin 2010, consid. 10b, et les arrêts cités; ATAF 2011/58 consid. 15.2). Il est fait exception à cette règle lorsque les sous-critères servent uniquement à concrétiser le critère principal; 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; arrêts précités MPU.2012.0005, consid. 2b; MPU.2010.0029, consid. 8a; MPU.2009.0020, consid. 10b). Il n'y a pas d'obligation pour l'adjudicateur d'indiquer la pondération des sous-critères lorsqu'ils sont inhérents au critère qu'ils concrétisent (arrêt GE.2006.0079 du 26 avril 2007). c) Le critère n°2 se rapporte au «service de désapprovisionnement et de dépannage». Sa pondération annoncée est de 30%.

L'Annexe 3 est intitulée «Service de dépannage et de désapprovisionnement». Cette Annexe concrétise l'évaluation du critère n°2. Les questions posées dans ce contexte concernent directement cet objet (délai d'intervention en cas de demande de désapprovisionnement; délai d'intervention en cas de panne; service de piquet éventuel pour faire face aux situations extraordinaires). Aucune de ces questions ne sort du cadre défini (le service de désapprovisionnement et de dépannage), en posant des exigences supplémentaires, qui devraient faire l'objet d'une évaluation séparée, au regard de critères distincts de ceux posés pour le critère n°2. Les sous-critères n°2.1, 2.2 et 2.3 doivent ainsi être qualifiés d'inhérents au sens de la jurisprudence qui vient d'être rappelée. Une publication de ces sous-critères, séparée des questions posées dans l'Annexe 3, n'était dès lors pas nécessaire, pas davantage que celle de leur pondération, ceci d'autant moins que les sous-critères litigieux étaient égaux entre eux, chacun valant le tiers de la pondération totale du critère n°2 (soit 30% :3 = 10%). d) Le grief tiré du principe de la transparence est mal fondé.

E. 5

Le recours doit ainsi être rejeté et la décision attaquée confirmée. La demande de levée de l'effet suspensif n'a plus d'objet. Les frais sont mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 49 LPA-VD). Des dépens doivent être alloués à l'adjudicateur et à l'adjudicataire, qui sont intervenus dans la procédure par l'entremise d'un mandataire, la Commune de Nyon agissant pour la défense de ses intérêts patrimoniaux (art. 49, 52, 55 et 56 al. 3 LPA-VD). Le montant des dépens sera réduit pour tenir compte du fait que l'adjudicateur et l'adjudicataire n'ont produit des écritures que dans le cadre de la demande de levée de l'effet suspensif, et n'ont pas été invités à répondre au recours.

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