

# VD\_OMNI MPU.2015.0016 vom 26. Mai 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-05-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2015.0016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2015.0016)

FR: VD\_OMNI MPU.2015.0016 du 26 mai 2015

IT: VD\_OMNI MPU.2015.0016 del 26 maggio 2015

## Regeste

A. \_\_\_\_\_ SA/Municipalité de Lutry, B. \_\_\_\_\_ SA | Adjudication à l'issue d'une procédure sur invitation. Recours du soumissionnaire le moins disant dont l'offre, quoiqu'incomplètement remplie, n'a pas été exclue mais a reçu des notes inférieures à l'offre de l'adjudicataire aux trois autres critères d'adjudication. La notation n'apparaît cependant pas comme étant empreinte d'arbitraire, dans la mesure où, après comparaison des deux offres, l'adjudicataire a fourni davantage d'informations que la recourante. Peu importe à cet égard que, s'agissant du critère de l'organisation pour l'exécution du marché, l'adjudicataire ait annexé à son offre un planning ayant trait à d'autres travaux que ceux du marché.

## Erwägungen

### E. 1

a) La matière est régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (A-IMP; 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). A cet égard, on rappelle que l'art. 1<sup>er</sup> al. 1 LMP-VD régit les marchés publics du canton, des communes et des associations intercommunales (let. a). b) L'Accord international sur les marchés publics, conclu à Marrakech le 15 avril 1994 et entré en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 1996 (Accord GATT/OMC; RS 0.632.231.422) distingue trois types de procédures pour la passation des marchés, selon son art. VII par. 3: la procédure ouverte, où tous les fournisseurs intéressés peuvent soumissionner (let. a); la procédure sélective, où l'entité invite les fournisseurs à soumissionner (let. b); la procédure limitée, où l'entité s'adresse à des fournisseurs individuellement (let. c). Aux termes des art. 12 al. 1 A-IMP et 7 al. 1 LMP-VD, on distingue entre quatre types de procédure de passation des marchés publics: la procédure ouverte, où chaque soumissionnaire peut soumissionner (let. a); la procédure sélective, où l'adjudicateur choisit, dans une première phase, les soumissionnaires appelés à lui présenter une offre, dans une seconde phase (let. b); la procédure sur invitation, où l'adjudicateur invite, sans publication, au moins trois soumissionnaires à lui présenter une offre (let. b bis); la procédure de gré à gré, où l'adjudicateur adjuge directement le marché à un soumissionnaire, sans appel d'offres (let. c). L'art. 7 al. 1 b bis LMP-VD reprend le texte de l'art. 12 al. 1 b bis A-IMP, en ajoutant qu'un soumissionnaire au moins doit être extérieur à la commune du lieu d'exécution. Les art. 12 bis al. 2 AIMP et 7a al. 2 LMP-VD précisent par ailleurs que les marchés publics non soumis aux traités internationaux peuvent en outre être passés selon la procédure sur invitation ou la procédure de gré à gré selon l'annexe 2. Pour les marchés non soumis aux traités internationaux, les valeurs-seuils pour la procédure sur invitation vont jusqu'à 250'000 fr. pour les fournitures, les services et le second œuvre dans la construction, 500'000 fr. pour le gros œuvre. c) En l'occurrence, l'autorité intimée a invité huit

soumissionnaires à lui présenter une offre pour des travaux de construction non soumis à l'Accord GATT/OMC, puisque la valeur du marché est inférieure à 250'000 francs. Le choix de la procédure échappe donc à la critique. Les règles régissant les procédures ouvertes et sélectives demeurent toutefois applicables par analogie à la présente procédure, à l'exception des articles 13, 20 et 39 RLMP-VD, qui se rapportent aux délais et publications (cf. art. 9 RLMP-VD).

## **E. 2**

La décision attaquée porte sur l'adjudication. Elle est attaquable comme telle (cf. art. 15 al. 1 bis let. e A-IMP et 10 al. 1 let. e 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). Le Tribunal applique ces principes; il lui est arrivé de déclarer irrecevables pour tardiveté des griefs qui auraient dû être dirigés contre l'appel d'offres (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; MPU.2009.0009, du

## **E. 7**

octobre 2009, consid. 5; MPU.2008.0004 du 17 juin 2008; GE.2006.0226 du 20 février 2007). Dans un cas, il est entré en matière (arrêt GE.2005.0212 du 2 juin 2006); dans un autre, il a laissé indécise la question de la recevabilité du recours à cet égard, la décision d'adjudication n'étant de toute manière pas arbitraire (arrêt GE.2007.0031 du 4 juin 2007). 3. En l'occurrence, la recourante était l'offreur le moins disant; elle a reçu la note maximale pour le prix. Elle n'en a pas moins été distancée au final de 5,33 points par l'adjudicataire, dont l'offre a été gratifiée de meilleures notes au regard des trois autres critères d'adjudication. Les critiques de la recourante ne sont pas dirigées contre le contenu de l'appel d'offres; celle-ci s'en prend à la notation de son offre aux critères 2 à 4. a) Le droit des marchés publics a en particulier pour but de renforcer la concurrence entre les soumissionnaires et, partant, de garantir l'égalité de traitement entre eux. Cette règle d'ordre constitutionnel (articles 8 et 27 Cst. féd.) se traduit dans la procédure d'adjudication par l'interdiction de toute discrimination à l'encontre d'une offre (ATF 125 I 406); elle est consacrée en droit vaudois par l'art. 3 LMP-VD. Elle n'empêche cependant pas le pouvoir adjudicateur de prendre en considération des avantages dont un seul ou certains soumissionnaires peuvent se prévaloir (cf. note Denis Esseiva, in : DC 2000/3 p. 58 S12; arrêt GE.1999.0142 du 20 mars 2000). 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; v. en outre arrêts GE.2007.0077 du 8 octobre 2007 consid. 3a; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006 consid. 5; GE.2005.0161 du 9 février 2006, consid. 7a). 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 GE.2007.0246 du 13 mars 2008 consid. 3a; GE.2007.0077, déjà cité, consid. 1b; GE.2006.0151, consid. 2b/aa, et les arrêts cités). Une éventuelle violation du principe de transparence n'entraîne cependant l'annulation de l'adjudication que pour autant que les vices constatés ont influé sur le résultat (arrêts précités GE.2007.0246, consid. 3a; GE.2006.0151, consid. 2c; GE.2006.0084, consid. 5, et les arrêts cités). b ) 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). c) 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 ( arrêts MPU.2012.0027 du 28 novembre 2012, consid. 3a; MPU.2012.0002 du 15 mai 2012, consid. 4a; MPU.2011.0009 du 25 juillet 2011 consid. 3a, et les arrêts cités). Une offre peut être exclue notamment lorsqu'elle n'est pas conforme aux prescriptions et conditions fixées dans le concours (art. 32, deuxième tiret, let. a, RLMP-VD). En outre, il est interdit en règle générale à l'adjudicateur de modifier l'offre qui lui est soumise (arrêts précités MPU.2012.0027, consid. 3a; MPU.2012.0002, consid. 6a, et les arrêts cités). Il est toutefois admis que l'adjudicateur puisse corriger les effets d'une mauvaise compréhension de l'offre par un soumissionnaire, afin de rendre les offres comparables entre elles, par exemple en supprimant une plus-value sans objet (arrêt GE.2006.0210 du 30 mars 2007; cf. ATF 2C\_107/2007 du 22 janvier 2008, consid. 2.2). Il est aussi permis à l'adjudicateur de corriger les fautes évidentes de calcul et d'écriture (art. 33 al. 2 RLMP-VD; arrêts précités MPU.2012.0002, consid. 6a; MPU.2011.0001, consid. 11a, et les arrêts cités). 4. Le résultat final apparaît ici comme particulièrement serré, puisque 5,33 points séparent les deux offres. Une correction de la notation de l'offre de la recourante sur une note pourrait dès lors conduire à lui octroyer des points supplémentaires et suffirait à inverser le résultat. a) On rappelle à cet égard que 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), et que le Tribunal cantonal a confirmées depuis lors (arrêts MPU.2014.0008 du 21 juillet 2014 consid. 4a; MPU.2010.0029, consid. 1b; MPU.2009.0020, consid. 2; MPU.2009.0013 du 7 mai 2010, consid. 1c, déjà cités) . b) En l'occurrence, la recourante a reçu la note 2 aux critères nos 2 (organisation pour l'exécution du marché) et 3 (qualités techniques de l'offre), dont la pondération était de 15, respectivement 10%. Pour justifier cette note, l'autorité intimée fait valoir que l'offre de la recourante était incomplète. On rappelle à cet égard que peut être exclue, notamment, une offre non conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, incomplètement remplie ou ayant subi des adjonctions ou modifications (cf. art. 32 al. 1, 2<sup>ème</sup> tiret, let. a RLMP-VD). On rappelle sur ce point que l'exclusion peut intervenir d'emblée, après la constatation du défaut rédhibitoire entachant l'offre, ou après l'évaluation (décision de l'ancienne 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 (arrêts MPU.2011.0009, précité, consid. 3b; MPU.2010.0025, précité, consid. 4a; GE.2006.0226 du 20 février 2007, consid. 2b; GE.2003.0111 du 20 février 2004, consid. 1a, et les références citées). 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 2P.219/2003 du 17 juin 2005, consid. 3.3; 2P.259/2004 du 11 mai 2005, consid. 2). Il s'avère cependant que l'autorité intimée a elle-même renoncé à exclure l'offre de la recourante pour ce motif; elle a préféré lui attribuer une note basse aux critères nos 2 et 3. Sans doute, l'adjudicateur ne peut pas choisir de mal noter un soumissionnaire ayant rempli l'offre de façon incomplète; si tel est le cas, soit l'offre, incomplète et partant irrecevable, doit être exclue, soit elle répond minimalement aux exigences du cahier des charges, et doit être évaluée en conséquence (cf. arrêts MPU.2013.0019 du 20 novembre 2013, consid. 3b/aa; MPU.2011.0009 du 25 juillet 2011, consid. 3d/cc; GE.2006.0226 du 20 février 2007, consid. 3b). En l'espèce, le vice dont cette offre était entachée a en quelque sorte été guéri par l'autorité intimée, de sorte qu'il appartenait à celle-ci de procéder à son évaluation. L'admission de la recourante à soumissionner au présent marché ne fait donc plus débat. c) Au critère n°2, organisation pour l'exécution du marché, dont la pondération était de 15%, l'offre de la recourante a reçu la note 2 (partiellement suffisant), contre 4 (bon et avantageux) à celle de l'adjudicataire. Les soumissionnaires étaient invités sur ce point à remplir l'annexe R6 aux conditions générales, en indiquant les moyens humains et éventuellement matériels mis à disposition pour l'exécution du marché en conformité avec les exigences, les objectifs et les échéances. Tant la recourante que l'adjudicataire ont rempli cette exigence en indiquant le nom de chaque ouvrier détaché sur le chantier, dont celui du responsable. En outre, il était attendu du soumissionnaire qu'il indique la durée totale des travaux ou fournisse un planning d'intention faisant apparaître les phases importantes du marché avec le nombre de personnes prévues par phase. L'offre de la recourante renvoie simplement sur ce point au planning de la direction des travaux (qui retient une durée de cinq semaines pour le CFC 215.5). L'adjudicataire a sans doute fourni, pour sa part, un planning intentionnel, dont il ressort que les travaux faisant l'objet du marché se dérouleraient sur une période d'un mois: une semaine pour la mise en place, la

protection et les travaux de dépose, trois semaines pour la pose des panneaux de plâtre (CFC 283.2), une semaine pour la peinture intérieure (CFC 285.1) et le nettoyage. Ce planning a cependant trait à d'autres travaux que ceux faisant l'objet du présent marché (vraisemblablement les travaux de plâtrerie-peinture); il s'avère par conséquent inutilisable pour le maître de l'ouvrage. En revanche, la comparaison des deux offres au chiffre 4.12 des conditions générales (Programme des travaux) fait apparaître que l'adjudicataire a fourni davantage d'informations que la recourante, puisqu'il s'est expressément engagé à débiter les travaux en atelier trois jours ouvrables à compter du jour où il reçoit la commande et sur le chantier, cinq jours ouvrables après. A cela s'ajoute que l'adjudicataire a annoncé une durée totale des travaux de cinq jours pour la production et la fabrication en atelier et de quinze à vingt jours pour la pose. Sur ces deux points du ch. 4.12, la recourante a simplement renvoyé, quant à elle, le maître de l'ouvrage au planning des travaux. Au surplus, les deux concurrents ont annoncé leur effectif respectif. Il apparaît ainsi que c'est à juste titre, au vu de ce qui précède, que l'offre de l'adjudicataire n'ait pas reçu la note maximale à ce critère, compte tenu du planning annexé à son offre. En revanche, il n'était certainement pas arbitraire de gratifier son offre, pour ce critère, d'une meilleure note que celle de sa concurrente, qui ne méritait guère davantage. d) L'autre critère d'adjudication qui départage les deux offres a trait aux qualités techniques de l'offre (critère n°3), dont la pondération était de 10%. Là également, l'offre de la recourante a reçu la note 2, contre 4 à celle de l'adjudicataire. Il était requis du soumissionnaire qu'il annonce ses sous-traitants éventuels en remplissant l'annexe R15. Or, l'adjudicataire a expressément indiqué qu'il ne recourait à aucun sous-traitant. La recourante, pour sa part, a annoncé trois sous-traitants: M. \_\_\_\_\_ S.à.r.l., à 3\*\*\*\*\*, N. \_\_\_\_\_ S.à.r.l., à 4\*\*\*\*\* et O. \_\_\_\_\_, entreprise de peinture, à 5\*\*\*\*\*. Elle n'a cependant ni rempli la case relative à l'activité prévue du sous-traitant sur le marché, ni indiqué la part des travaux à réaliser en sous-traitance par rapport à l'ensemble du marché. En outre, la recourante aurait dû également remplir son offre au chiffre 4.4.2, en indiquant la liste des travaux à exécuter par le sous-traitant, ce dont elle s'est affranchie. L'autorité intimée n'a donc pas excédé son pouvoir d'appréciation en gratifiant l'offre de l'adjudicataire d'une meilleure note que celle de la recourante. La notation n'est par conséquent pas empreinte d'arbitraire. e) Au critère n°3 (références du candidat ou du soumissionnaire), qui pesait pour 5% dans les critères d'adjudication, l'offre de la recourante a reçu la note 3 (suffisant) contre 4 à celle de l'adjudicataire. Il était attendu du soumissionnaire que, pour chaque référence, il remplisse l'annexe Q8, en indiquant le nom ou la raison sociale du client, l'objet ou le projet dans le cadre duquel le marché a été exécuté et le marché exécuté, avec le montant, la date du début des travaux, le genre d'exécution, la qualité de l'adjudicateur et l'indication de la compétence appliquée en matière de protection de l'environnement. La recourante a rendu vierge cette annexe, joignant simplement à son offre une liste de références pour une série de vingt-six travaux exécutés dans le cadre de marchés, dont certains publics (écoles, hôpitaux, bâtiments industriels, bâtiments administratifs, banques-assurances, divers), avec le nom du mandataire. L'adjudicataire a rempli trois annexes de façon complète, indiquant en outre le montant des travaux, le début de leur exécution et leur achèvement. Elle a répondu en outre par l'affirmative aux références en matière de protection de l'environnement. Comme l'autorité intimée l'indique elle-même, la recourante n'a que partiellement satisfait aux exigences du critère; compte tenu cependant de la qualité de ses références, la note 3 lui a été attribuée. Au vu des circonstances, il se justifiait cependant d'allouer à l'adjudicataire une meilleure note que celle dont l'offre de la recourante a été

gratifiée au final. f) Pour toutes les raisons exposées ci-dessus, il apparaît que le résultat final échappe au grief d'arbitraire. 5. Il suit de ce qui précède que le recours doit être rejeté et la décision attaquée, confirmée. Au vu du sort du recours, un émolument judiciaire sera mis à la charge de la recourante, celle-ci succombant (art. 49 al. 1, 91 et 99 de la loi cantonale du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [ LPA-VD; RSV 173.36 ] ). L'allocation de dépens n'entre pas en ligne de compte (art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD).

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