

VD_OMNI MPU.2015.0026 vom 30. Juni 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-06-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2015.0026

FR: VD_OMNI MPU.2015.0026 du 30 juin 2015

IT: VD_OMNI MPU.2015.0026 del 30 giugno 2015

Regeste

A. _____ SA/Ville de Pully, Direction de l'administration, B. _____ SA | L'offre de la recourante a été remplie de façon incomplète, puisque celle-ci n'a pas joint son planning d'intention, bien que celui-ci ait été exigé pour évaluer l'offre au regard du critère de l'organisation pour l'exécution du marché. Le vice dont l'offre était entachée a toutefois été guéri par le pouvoir adjudicateur, de sorte qu'il appartenait à celui-ci de procéder à l'évaluation de l'offre. Or, en attribuant la note 4, excessivement généreuse, à une offre incomplète, l'autorité intimée a excédé son pouvoir d'appréciation; la recourante pouvait tout au plus prétendre à la note 3. La recourante bénéficie d'une excellente réputation dans le marché; au critère des références, son offre a été notée de façon excessivement sévère. Toutefois, même avec la note maximale à ce critère, la recourante ne peut pas prétendre à un résultat final supérieur à celui de l'adjudicataire. Rejet du recours.

Erwägungen

E. 1

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^{er} al. 1 LMP-VD régit les marchés publics du canton, des communes et des associations intercommunales (let. a).

E. 2

a) 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 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). b) En cas d'admission du recours, l'art. 13 LMP-VD distingue deux hypothèses. Si le contrat concrétisant la décision d'adjudication n'est pas encore conclu, le Tribunal peut annuler la décision d'adjudication, voire la réformer (al. 1); si le contrat est conclu, le Tribunal se contente de constater l'illicéité de la décision (al. 2; cf. ATF 132 I 86). L'A-IMP pose des règles semblables (art. 18).

E. 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 13,20 points par l'adjudicataire, dont l'offre a été gratifiée de meilleures notes au regard des deuxième et quatrième critères d'adjudication. En effet, on gardera à l'esprit que le critère du prix ne pèse, dans la grille d'évaluation, qu'à concurrence de 30% du poids total des critères. Ceux-ci et leur pondération ayant été annoncés aux soumissionnaires et l'appel d'offres n'ayant pas été attaqué, il est toutefois exclu de critiquer cette pondération (dans le même sens, arrêts MPU.2012.0023 du 7 novembre 2012 consid. 4b). Du reste lorsque l'adjudication ne porte pas, comme en l'espèce, sur des biens largement standardisés, le prix est un critère d'adjudication parmi d'autres; il en découle que ce n'est pas nécessairement l'offre la meilleur marché qui obtiendra l'adjudication (v. note Denis Esseiva, in : DC 2/2002, ad S10-S13). En outre, le poids conféré au prix de l'offre n'est en principe critiquable qu'en tant que celui-ci est inférieur à 20% (v. Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, n°336 p. 211). Les critiques de la recourante ne sont cependant pas dirigées contre le contenu de l'appel d'offres; celle-ci s'en prend à la notation de son offre aux critères 2 et 4. La recourante fait cependant valoir au préalable un grief d'ordre procédural à l'encontre de la décision attaquée. Elle se plaint de ce que les offres en concurrence auraient fait l'objet d'une double évaluation. Neuf des dix offres ont en effet été évaluées le 13 avril 2015 et l'offre de l'adjudicataire est arrivée en tête. Un premier procès-verbal a été dressé, dont la recourante demande l'annulation, au motif que son offre n'y figure pas. En effet, le mandataire n'est entré en possession de l'offre de la recourante qu'ultérieurement, de sorte qu'il a été procédé le 20 avril 2015 à une seconde évaluation, avec les dix offres rentrées dans le délai cette fois-ci. Or, le résultat final n'a pas été modifié puisque l'offre de l'adjudicataire est demeurée en première position. Une erreur de calcul ayant ultérieurement été corrigée, il est apparu que l'offre de la recourante, moins disante, arrivait en définitive en deuxième position, celle de l'adjudicataire conservant en revanche sa première place. La recourante évoque dès lors une procédure d'adjudication empreinte d'inégalité de traitement. 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 MPU.2015.0016 du 26 mai 2015 consid. 3a;

MPU.2014.0016 du 26 août 2014 consid. 4b; MPU.2014.0008 du 21 juillet 2014 consid. 3b; GE.2007.0077 du 8 octobre 2007 consid. 3a). 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). Quant au principe d'égalité de traitement, il implique que les critères déterminants soient posés, puis appliqués en fonction des spécificités du marché à attribuer (arrêts MPU.2015.0016 précité consid. 3a; MPU.2012.0003 du 16 mai 2012 consid. 3d; MPU.2011.0001 du 27 juin 2011 consid. 9). 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, ce dont il appartient à l'adjudicateur d'apporter la preuve du contraire (MPU.2015.0016 précité, consid. 3a; MPU.2014.0016 précité consid. 4a; MPU.2012.0023 du 7 novembre 2012 consid. 4). 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) D'un côté, la procédure d'adjudication est imprégnée d'un certain formalisme. Elle doit être conduite de manière transparente et irréprochable. Compte tenu des intérêts en jeu, les soumissionnaires doivent pouvoir compter, de la part de l'adjudicateur, sur le respect scrupuleux des règles qui visent à garantir l'égalité de traitement des soumissionnaires et à prévenir tout soupçon de partialité: le moindre écart peut en effet susciter des doutes dans l'esprit des soumissionnaires et porter atteinte à la crédibilité de l'adjudicateur. D'un autre côté, une application stricte des règles de procédure constitue un formalisme excessif, lorsqu'elle ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et empêche ou complique de manière insoutenable l'application du droit matériel (ATF 135 I 6 consid. 2.1 p. 9; 130 V 177 consid. 5.4.1 p. 183/184; 128 II 139 consid. 2a p. 142, et les arrêts cités). d) En l'espèce, les documents d'appel d'offres sont empreints d'une certaine contradiction. Aux termes de la publication de l'appel d'offres (ch. 1.4) et des conditions générales (ch. 5.1), l'offre, pour être recevable, devait parvenir en mains du mandataire le 13 avril 2015 à 12h00 au plus tard. Or, l'en-tête de l'appel d'offres précise, pour sa part, que l'offre devait parvenir au mandataire jusqu'au lundi 13 avril 2015 dernier délai, le timbre postal faisant foi. Ainsi, il est constant que les dix offres, dont celle de la recourante, sont toutes rentrées en temps utile (cf. conditions générales, ch. 5.1; cf. sur ce point, Poltier, op. cit., n°310, p.

193). En effet, la recourante a prouvé avoir confié l'envoi du colis contenant son offre à La Poste suisse le 10 avril 2015. L'autorité intimée elle-même en convient. Dès lors, les dix offres auraient dû être ouvertes, avant d'être évaluées, ceci en même temps. Il se trouve cependant que le mandataire de l'autorité intimée n'était pas en possession de l'offre de la recourante le 13 avril 2015, lorsqu'il a procédé à l'ouverture, puis à l'évaluation des soumissions. La distribution du colis contenant celle-ci, tentée le samedi 11 avril 2015, s'avérant infructueuse, un avis de retrait a été placé dans la boîte aux lettres de ce mandataire le même jour. On rappelle que, selon la jurisprudence, le fardeau de la preuve de la notification d'un acte, respectivement de la date à laquelle celle-ci a été effectuée, incombe en principe à la personne qui entend en tirer une conséquence juridique (cf. ATF 4A_236/2009 du 3 septembre 2009 consid. 2.1; ATF 129 I 8 consid. 2.2 p. 10; 124 V 400 consid. 2a p. 402; 122 I 97 consid. 3b p. 100). L'apport de la preuve est toutefois simplifié lorsque la décision est notifiée par pli recommandé; il peut en résulter une fiction de notification. Ainsi, un envoi recommandé qui n'a pas pu être distribué est réputé notifié le dernier jour du délai de garde de sept jours suivant la remise de l'avis d'arrivée dans la boîte aux lettres ou dans la case postale de son destinataire (ATF 134 V 49 consid.

E. 4

a été attribuée à cette offre. Pour le cas où toutefois, le marché aurait été adjugé à la recourante, des précisions lui auraient été demandées après l'adjudication. Par comparaison avec la recourante, dont l'offre manque singulièrement de précision, l'adjudicataire, qui a reçu la note maximale, a mis en œuvre des moyens humains plus importants et plus qualifiés pour exécuter le marché. Comme le relève l'autorité intimée, la recourante a indiqué successivement sept monteurs-électriciens dans l'annexe R6, trois monteurs et trois aides-monteurs dans l'organigramme prévisionnel. En outre, elle prétend consacrer moins de dix personnes pour un chantier de près de 500'000 fr., contre douze pour l'adjudicataire. Cette notation, que l'autorité intimée qualifie elle-même de généreuse, suscite, cela étant, de légitimes interrogations. Le maître de l'ouvrage a fait référence au guide romand pour les marchés publics, pour lequel la note 4 sanctionne un dossier qualifié de «bon et avantageux»; cette note est attribuée à un candidat «(...) qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes et qui présente un minimum d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification». Or, l'on a vu ci-dessus que la recourante s'était volontairement affranchie de l'exigence posée par le maître de l'ouvrage d'avoir à joindre un planning prévisionnel à sa réponse au questionnaire R6. L'information requise n'a donc pas été fournie. Dès lors, l'autorité intimée a excédé son pouvoir d'appréciation en gratifiant son offre de la note 4 et sa notation, excessivement généreuse, est entachée d'arbitraire. Par comparaison du reste, on voit que les offres de E. _____ SA et de J. _____ & Fils SA, qui sont entachées des mêmes manquements que l'offre de la recourante, ont reçu la note de 2,5. Compte tenu cependant des moyens supérieurs mis en œuvre par celle-ci, il se justifie de lui octroyer un léger avantage. Il n'en demeure pas moins que la recourante pouvait, tout au plus, prétendre à la note 3 pour ce critère.

E. 5

La recourante critique en outre la note 3 dont son offre a été gratifiée au critère n°4 ayant trait aux références. Ce critère était également subdivisé en deux sous-critères: 4.1, références en relation avec l'objet; 4.2, références générales du candidat. Le poids conféré respectivement à ceux-ci demeure inconnu. Les soumissionnaires étaient invités sur ce

point à remplir l'annexe Q8. Aux termes du rapport du 20 avril 2015, on relève s'agissant de l'offre de la recourante, qui a reçu la note 3: « (...) Les références présentées, même si celles-ci sont d'importance, aucune n'est en rapport avec le marché ciblé, en l'occurrence le domaine des écoles et des collèges, qui demande une planification spécifique. Par comparaison, les observations suivantes ont été faites s'agissant de l'offre de l'adjudicataire, gratifiée de la note maximale (5): « (...) Les références présentées, sont d'importance et sont en rapport avec le marché ciblé, en l'occurrence le domaine des écoles et des collèges.» La différence entre les deux offres semble surtout s'être faite au premier sous-critère, soit les références en relation avec l'objet. Les deux concurrents ont chacun fourni trois références. Les mandataires de l'autorité intimée ont rappelé qu'il était important pour le maître de l'ouvrage de travailler avec une entreprise connaissant les spécificités et les besoins des écoles. Les références fournies par l'adjudicataire sont à cet égard apparues comme étant probantes; tout en étant de qualité; celles de la recourante ne se situent pas dans la cible, à savoir des références dans l'objet du marché. La recourante a indiqué trois marchés importants (de 1'675'000 à 3'800'000 fr.) qui lui ont été attribués par le Q._____, R._____ SA (EPFL) et S._____. L'adjudicataire, pour sa part, a cité trois marchés, certes moins prestigieux (360'000 à 1'000'000 fr.), mais plus en adéquation avec le présent marché, puisqu'il s'agissait de deux collèges, à Belmont s/Lausanne et à Lausanne, ainsi que l'Ecole Hôtelière de Lausanne. S'agissant des références générales du candidat, les mêmes constatations peuvent être faites. Chez la recourante, quatre personnes-clés ont chacune fourni quatre références, dont aucune ne concerne des écoles. Deux personnes-clés chez l'adjudicataire ont fourni chacune deux références, dont celle du collège de Belmont s/Lsne. Certes, la recourante bénéficie d'une excellente réputation dans ce marché; cela ne la dispensait pas pour autant de fournir des références plus en adéquation avec les exigences du maître de l'ouvrage. Cela étant, l'on pourrait retenir que l'offre de la recourante a été notée, au regard de ce critère de façon excessivement sévère et qu'il n'est pas certain que ces différences justifiaient une dépréciation de son offre de deux points. Quoi qu'il en soit, cette solution, pour autant qu'elle soit retenue, ne suffirait de toute façon pas à inverser le résultat final de la procédure. Compte tenu d'une dépréciation de son offre, qui reçoit la note 3 au lieu de 4 au critère n°3 (soit 30 points à retrancher), la recourante, même avec la note 5 au critère n°4 (soit 36 points à ajouter), ne pourrait en effet pas prétendre à un résultat final supérieur à 440 points, de sorte qu'une différence négative de 7,20 points séparerait encore son offre de celle de l'adjudicataire.

E. 6

Les considérants qui précèdent conduisent par conséquent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Le sort du recours commande que la recourante en supporte les frais (art. 49 al. 1, 91 et 99 de la loi cantonale sur la procédure administrative [LPA-VD; RSV 173.36]) . En outre, des dépens seront alloués à l'autorité intimée et à l'adjudicataire, ceux-ci obtenant gain de cause avec l'assistance d'un conseil (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.