

# VD\_OMNI MPU.2015.0056 vom 29. Februar 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-02-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2015.0056](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2015.0056)

FR: VD\_OMNI MPU.2015.0056 du 29 février 2016

IT: VD\_OMNI MPU.2015.0056 del 29 febbraio 2016

## Regeste

X. \_\_\_\_\_ SA, Y. \_\_\_\_\_ SA/Office de l'information sur le territoire | Marché public portant sur des travaux de mensuration officielle. Exclusion de l'offre du consortium recourant confirmée: les conditions générales subordonnaient la participation au marché de consortiums à la condition que le bureau pilote réalise "au minimum 40% de l'ensemble des prestations, dont les travaux liés à l'abornement et au piquetage". Contrairement à ce que les recourantes soutiennent, cette clause ne peut être comprise que dans le sens où "l'intégralité" des travaux liés à l'abornement et au piquetage doit être réalisée par le bureau pilote, condition que les intéressées ne respectent pas. Pas de formalisme excessif.

## Erwägungen

### E. 1

Déposé dans les délai et forme prescrits (art. 10 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics [LMP-VD; RSV 726.01]), le recours est recevable. En outre, en tant que soumissionnaires exclues, les recourantes ont incontestablement la qualité pour recourir. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

### E. 2

En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. L'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, s'agissant notamment de l'évaluation des offres (arrêts MPU.2015.0012 du 30 juin 2015 consid. 2; MPU.2015.0005 du 12 mai 2015 consid. 2; MPU.2014.0016 du 26 août 2014 consid. 1c 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 de ce pouvoir d'appréciation, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le tribunal intervient. En revanche, il contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts précités MPU.2015.0012 consid. 2; MPU.2015.0005 consid. 2; MPU.2014.0016 consid. 1c et les arrêts cités).

### E. 2.3

" Abornement ". Les critères d'aptitude doivent être distingués des critères d'adjudication. Alors que ces derniers se rapportent directement à la prestation qui doit être fournie, les premiers concernent l'entreprise soumissionnaire et ses caractéristiques. La distinction entre ces deux types de critères peut néanmoins se révéler difficile, en particulier parce que les critères d'aptitude peuvent également être liés à la prestation à fournir (ATF 139 II 489 consid. 2.2; 129 I 313 consid. 8.1). Les critères d'aptitude et d'adjudication remplissent des fonctions différentes. Le non-respect des critères d'aptitude conduit à l'exclusion du soumissionnaire (§ 27 let. a des directives d'exécution de l'A-IMP; ATF 139 II 489 consid.

2.2.4); le non-respect d'un critère d'aptitude par un soumissionnaire ne peut dès lors pas être compensé par le fait que celui-ci dépasse les exigences fixées pour un autre critère d'aptitude. Les critères d'adjudication servent en revanche à apprécier les offres considérées comme admissibles; dans ce contexte, la mauvaise notation d'un critère peut être compensée par une meilleure note sur un autre critère. Il s'ensuit que l'adjudicateur doit dans un premier temps examiner l'aptitude, puis apprécier les offres qu'il juge recevables; il ne serait pas admissible d'omettre la première étape et de considérer comme recevable une offre qui ne satisfait pas à un critère d'aptitude (ATF 139 II 489 consid. 2.2.4 et les réf. à la doctrine citées). En l'espèce, l'art. 3.2 des conditions générales détermine à quelles conditions les consortiums sont admis. Parmi ces conditions figure l'obligation pour le bureau pilote de réaliser au minimum 40% de l'ensemble des prestations, dont les travaux liés à l'abornement et au piquetage. Les conditions prévues par cette clause, qui n'ont aucun lien avec la prestation à fournir, constituent incontestablement des conditions de participation au marché, en d'autres termes des critères d'aptitude. Le fait qu'elles ne soient pas expressément mentionnées dans le document intitulé " Définition des critères d'adjudication et d'aptitude pour les entreprises de mensuration officielle " sous la rubrique " critères éliminatoires " n'est pas déterminant. Ce document dont se prévalent les recourantes renvoie en effet s'agissant des critères éliminatoires à l'art. 32 du règlement d'application du 7 juillet 2004 de la LMP-VD (RLMP-VD; RSV 726.01.1), qui prévoit qu'une offre peut être exclue notamment lorsqu'elle " n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours ". Or, c'est précisément sur cette base que l'offre des recourantes, qui ne respecte pas les prescriptions de l'art. 3.2 des conditions générales, a été exclue. On relèvera encore que le critère d'adjudication n° 2 " Organisation pour l'exécution du marché " vise à évaluer les qualifications des moyens et ressources proposés par les soumissionnaires, qu'ils soient des consortiums ou non. Contrairement à ce que font valoir les recourantes, ce critère est ainsi sans lien avec les conditions de participation au marché des communautés de soumissionnaires. Ce grief doit être rejeté.

### **E. 3**

Les recourantes contestent leur exclusion de la procédure. Elles reprochent à l'autorité intimée d'avoir modifié l'appel d'offres, en retenant que le bureau pilote devait réaliser l'intégralité des travaux liés à l'abornement et au piquetage. Elles estiment qu'un avis rectificatif aurait dû être publié. L'art. 3.2 des conditions générales énumère les conditions auxquelles est soumise la participation au marché de consortiums. Il relève en particulier que " le bureau pilote doit réaliser au minimum 40% de l'ensemble des prestations, dont les travaux liés à l'abornement et au piquetage ". Les parties divergent sur l'interprétation qu'il faut donner à cette clause, plus particulièrement à la 2<sup>ème</sup> partie de la phrase. Comme le relève l'autorité intimée, on ne peut comprendre cette dernière que dans le sens où " l'intégralité " des travaux liés à l'abornement et au piquetage doit être réalisée par le bureau pilote. On ne verrait sinon pas l'utilité de mentionner expressément ces prestations dans la phrase. On ne saurait suivre à cet égard les recourantes lorsqu'elles soutiennent que l'art. 3.2 des conditions générales signifie que l'abornement et le piquetage sont inclus dans " l'ensemble des prestations ". Une telle précision n'aurait en effet pas de sens, tant elle est évidente. Le fait que l'autre soumissionnaire ait précisément posé une question sur la portée qu'il faut donner à la clause litigieuse ne lui enlève par ailleurs pas son caractère clair et non ambigu. Contrairement à ce que soutiennent les recourantes, la réponse donnée par l'autorité intimée sur le forum simap dans le cadre des questions/réponses sur la portée de l'art. 3.2 des conditions générales ne saurait ainsi être considérée comme une modification des

conditions d'appel d'offres. Il s'agissait d'une simple précision. Il n'y avait dès lors pas lieu de faire publier un avis rectificatif. Pour les mêmes raisons, on ne saurait voir dans la façon de faire de l'autorité intimée une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement. On relèvera encore que si les recourantes avaient consulté le forum simap, elles se seraient aperçues que l'interprétation qu'elles faisaient de l'art. 3.2 des conditions générales était erronée. Leur argumentation, selon laquelle elles n'avaient aucune raison de le faire, dans la mesure où les conditions d'appel d'offres ne présentaient aucune ambiguïté pour elles, laisse perplexe. Comme le relève l'autorité intimée, une approche diligente du marché aurait en effet commandé que les recourantes consultent à intervalles réguliers ou à tout le moins à une reprise le forum simap, tout sujet relatif au marché en cause pouvant y être abordé et précisé. Ce grief s'avère mal fondé.

#### **E. 4**

Les recourantes doutent par ailleurs de la nécessité que le bureau pilote réalise l'intégralité des travaux d'abornement et de piquetage. L'autorité intimée s'est expliquée de manière circonstanciée sur le fondement de cette exigence dans ses écritures. Elle a en particulier souligné que les travaux d'abornement constituaient la phase la plus délicate d'une opération de premier relevé et qu'ils requéraient des compétences très élevées. Il était dès lors important pour elle que ces travaux soient réalisés par un seul bureau. Il n'y a pas lieu de remettre en cause ces explications convaincantes. Quoi qu'il en soit, l'autorité intimée pouvait définir librement les conditions auxquelles elle subordonnait la participation de consortiums. Elle aurait du reste très bien pu l'interdire. La seule réserve est le respect du principe de non-discrimination. Or, les recourantes ne prétendent pas que la condition litigieuse les aurait empêchées sans motif valable de soumissionner. Elles relèvent au contraire dans leur mémoire complémentaire du 19 janvier 2016 que le bureau pilote de leur consortium était tout-à-fait à même d'exécuter l'intégralité des travaux d'abornement et de piquetage. Ce grief doit être écarté.

#### **E. 5**

Les recourantes soutiennent également que les conditions posées par l'art. 3.2 des conditions générales ne constituent pas des critères d'aptitude. Leur non-respect ne peut dès lors à leur sens pas entraîner l'exclusion de leur offre. Cet élément aurait dû être pris en compte selon les recourantes dans l'appréciation du critère n° 2 " Organisation pour l'exécution du marché ", et plus particulièrement du sous-critère n° 0

#### **E. 6**

Les recourantes se plaignent encore de formalisme excessif. Elles font valoir que l'autorité intimée aurait dû les interpellier pour s'assurer de leur incompatibilité avec les exigences de l'art. 3.2 des conditions générales. Selon la jurisprudence, 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 (TF, arrêts 2D\_34/2010 du 23 février 2011 consid. 2.3 et 2C\_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.1 et 6.3; ATAF 2007/13 consid. 3.2 et 3.3; arrêts MPU.2014.0024 du 12 mars 2015 consid. 2a; MPU.2014.0004 consid. 3a, MPU.2013.0013 du 2 juillet 2014 consid. 3a et les références citées ). Il est ainsi excessivement formaliste d'exclure une offre de la procédure, sans inviter le soumissionnaire à corriger un défaut véniel (ATAF 2007/13 consid. 3.3; arrêts précités MPU.2014.0024; MPU.2014.0004, MPU.2013.0013 consid. 3a et les références citées). En l'espèce, le manquement ne saurait être considéré comme véniel.

Les recourantes ne remplissent en effet pas une des conditions de participation au marché. On ne se trouve pas dans les hypothèses visées par la jurisprudence où il manquait simplement une attestation (arrêts MPU.2009.0010 du 6 octobre 2009 consid. 4b: non production d'une attestation de l'Office des faillites; GE.2006.0011 du 22 mai 2006 consid. 3aa: absence d'une attestation de paiement de la TVA). L'autorité intimée n'avait dès lors pas à interpellier les recourantes pour leur permettre de corriger leur offre. Un tel procédé aurait constitué une violation des principes d'intangibilité des offres et de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Ce grief est mal fondé.

#### **E. 7**

Les recourantes invoquent enfin la partialité de l'autorité intimée. Ces accusations ne reposent toutefois sur aucun élément. On rappelle que les différents griefs soulevés par les recourantes contre leur exclusion ont tous été écartés. Le seul fait qu'il ne reste en lice plus qu'un soumissionnaire qui a offert un prix plus élevé que les recourantes n'est pas déterminant.

#### **E. 8**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Les recourantes, qui succombent, supporteront, solidairement entre elles (art. 51 al. 2 LPA-VD), les frais de justice (art. 49 al. 1 LPA-VD), arrêtés à 10'000 fr. compte tenu de la valeur du marché (art. 3 al. 1 du Tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative du 28 avril 2015 – TFJDA; RSV 173.36.5.1). Elles n'ont par ailleurs pas droit à l'allocation de dépens (art. 55 al. 1 a contrario LPA-VD).

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