

VD_OMNI MPU.2016.0011 vom 27. Juli 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-07-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2016.0011

FR: VD_OMNI MPU.2016.0011 du 27 juillet 2016

IT: VD_OMNI MPU.2016.0011 del 27 luglio 2016

Regeste

A. _____ SA/B. _____, C. _____ SA | Marché public portant sur des travaux d'étanchéité. La variante proposée par la recourante n'est pas techniquement équivalente à l'offre de base. C'est dès lors à juste titre qu'elle a été écartée (consid. 5). Même s'il est critiquable car il pourrait favoriser les offreurs locaux au détriment des offreurs externes, le critère des délais d'intervention n'en est pas moins non arbitraire (consid. 6). Quant à la notation des critères d'adjudication, elle n'apparaît pas arbitraire non plus (consid. 8).
Recours rejeté.

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 soumissionnaire évincé arrivé en deuxième position, la recourante a 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. 3

Sur le plan formel, la recourante fait grief à l'autorité intimée de ne pas lui avoir donné la possibilité de s'expliquer avant d'écarter sa variante. Elle y voit une violation de son droit d'être entendu. La recourante se réfère à une jurisprudence neuchâteloise (DC 2012 p. 117, S136). Le cas visé semble être celui où le caractère techniquement réalisable de la variante est remis en cause. Dans une telle hypothèse, une séance de clarification apparaîtrait en effet justifiée. Dans le cas d'espèce, des explications complémentaires auraient toutefois été inutiles, dans la mesure où la problématique est simple: la surépaisseur du matériau d'isolation proposé par la recourante dans sa variante – élément non contestable et non contesté – est-elle rédhibitoire ou non? Quoi qu'il en soit, la recourante a pu fournir toutes

les explications qu'elle estimait utiles dans ses écritures ainsi qu'à l'audience. Ainsi, à supposer même que son droit d'être entendu ait été violé, le vice a été guéri en procédure de recours (sur la théorie de la guérison, cf. notamment ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 et les références citées).

E. 4

Sur le plan formel, la recourante fait valoir encore que le procès-verbal d'ouverture des offres ne fait pas mention de la variante déposée, ni, à plus fortes raisons, de son prix. Elle se plaint d'une violation de l'art. 31 al. 2 du règlement d'application de la LMP-VD du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; RSV 726.01.1), dont la teneur est la suivante: "Un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres. Les noms des personnes présentes, les noms des soumissionnaires, les dates de réception et les prix des offres doivent y être au minimum contenus, ainsi que les éventuelles variantes et offres partielles." L'autorité intimée ne conteste pas le manquement. Elle estime qu'il ne saurait toutefois justifier l'annulation de la décision d'adjudication. Il est vrai – comme le relève la recourante – que la procédure d'adjudication est imprégnée d'un certain formalisme et qu'elle doit être conduite de manière transparente et irréprochable, le moindre écart pouvant susciter des doutes dans l'esprit des soumissionnaires et porter atteinte à la crédibilité de l'adjudicateur. Une application stricte des règles de procédure constitue toutefois 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). En l'occurrence, l'annulation de la décision attaquée uniquement à raison de défauts entachant le procès-verbal d'ouverture des offres, afin que l'autorité intimée refasse ce document et rende une décision identique sur le fond, n'aurait précisément aucun sens, si bien que le grief soulevé doit être écarté (cf. pour un cas similaire, arrêt MPU.2012.0013 du 27 septembre 2012 consid. 3c).

E. 4.2

et 6.2. a) sous-critère 2.2.2: qualification du personnel (diplômes, certificats) Pour ce sous-critère, pondéré à 2%, la recourante a reçu la note de 2 et l'adjudicataire la note de 3. Selon le dossier d'appel d'offres (ch. 2.2.2 du questionnaire, p. 12), les soumissionnaires devaient fournir la liste de leur personnel avec indication des diplômes et de l'expérience professionnelle. L'échelle de notation était la suivante (pièce 4 du bordereau de l'autorité intimée): 0, si l'information était inexistante; 1, si les qualifications étaient mentionnées; 2, si une liste du personnel était produite; 3, si une liste du personnel détaillée avec indication de l'expérience professionnelle était fournie. A la différence de l'adjudicataire, la recourante n'a pas produit la liste du personnel détaillée requise. Elle a certes fourni certains des renseignements demandés dans le cadre de l'organigramme produit en relation avec le sous-critère 2.2.1. Les années d'expérience professionnelle n'étaient toutefois pas systématiquement indiquées. Compte tenu de cette différence, un écart d'un point entre la recourante et l'adjudicataire apparaît justifié ou à tout le moins pas arbitraire. b) sous-critère 2.2.3: formation des apprentis (nombre) Pour ce sous-critère, pondéré à 2%, la recourante a reçu la note de 2.01 et l'adjudicataire la note de 1.73. Selon le dossier d'appel d'offres (ch. 2.2.3 du questionnaire, p. 12), les soumissionnaires devaient indiquer le nombre d'apprentis qu'ils formaient. L'échelle de notation était la suivante: " Notation linéaire de 3 à 0 points sur la formule: nombre d'apprentis divisé par le total du personnel de l'entreprise ". La recourante juge les notations attribuées " incompréhensibles ". Il convient de relever à titre

préalable que ce moyen a été soulevé après la clôture de l'instruction. Rien n'empêchait pourtant la recourante de l'invoquer plus tôt. Elle aurait en particulier pu demander les compléments d'explications qu'elle estimait nécessaires à l'audience. Interpellée, elle avait expressément indiqué qu'elle n'avait pas d'autres questions ou réquisitions et qu'elle n'avait pas d'objection à la clôture de l'instruction. Dans ces conditions, il est douteux que le nouveau moyen invoqué par la recourante soit recevable, même s'il est vrai que la jurisprudence admet largement la recevabilité de nouveaux motifs compte tenu du fait que la procédure administrative est gouvernée par la maxime d'office (cf. notamment arrêt MPU.2015.0001 du 18 juin 2015 consid. 3 et les références citées). Quoi qu'il en soit, le grief doit être écarté. En effet, contrairement à ce que soutient la recourante, il n'y a rien d'incompréhensible dans les notations attribuées. L'autorité intimée a procédé à une stricte application de l'échelle de notation annoncée. Elle a attribué la note de 3 à l'entreprise qui a le ratio " nombre d'apprentis/total du personnel " le plus élevé. Elle a ensuite appliqué une règle de trois (" notation linéaire ") pour arrêter les notes des autres entreprises. Les notations de ce sous-critère échappent ainsi à toute critique. c) sous-critère 4.2: délais d'intervention Pour ce sous-critère, pondéré à 2%, la recourante a reçu la note de 2 et l'adjudicataire la note de 3. Selon le dossier d'appel d'offres (ch. 4.2 du questionnaire, p. 12), les soumissionnaires devaient indiquer dans quel délai ils étaient en mesure d'intervenir en cas de dégât, accident, panne ou autres circonstances inattendues et imprévisibles. Quatre réponses étaient possibles: jusqu'à une heure, de une à deux heures, de deux à trois heures, au-delà de trois heures. L'échelle de notation allait décroissant de trois à zéro points selon la réponse donnée (pièce 4 du bordereau de l'autorité intimée). L'adjudicataire a coché la case " jusqu'à une heure ". Conformément à l'échelle de notation annoncée, elle a obtenu la note de 3. La recourante juge " irréaliste " la réponse donnée par l'adjudicataire, compte tenu du fait que cette dernière a son siège à Lausanne. Pour elle, il s'agirait même de faux renseignements, qui auraient dû conduire l'autorité intimée à clarifier ce point. L'autorité intimée a précisément procédé à de telles vérifications. Elle a en effet expliqué dans sa réponse et à l'audience avoir contrôlé les chiffres annoncés par l'adjudicataire, en effectuant le trajet elle-même et en recourant à des calculateurs d'itinéraires en ligne. Il en est ressorti que le trajet Lausanne-Clarens pouvait être effectué en un peu plus de trente minutes. Ainsi, même en tenant compte du temps de préparation et des aléas du trafic, un délai d'intervention de moins d'une heure apparaît crédible. L'adjudicataire a donné à cet égard des explications convaincantes dans ses écritures et à l'audience. La notation qui lui a été attribuée échappe dès lors à la critique. Il est vrai qu'il peut paraître paradoxal que la recourante, qui a un bureau à proximité immédiate du chantier (environ 10 km), soit moins bien notée que l'adjudicataire. Elle a toutefois coché la case " de une à deux heures ". Elle s'est sans doute montrée excessivement prudente. Il en demeure que, compte tenu de la réponse donnée, l'autorité intimée n'avait pas d'autre alternative que d'attribuer à la recourante la note de 2. d) sous-critère 6.2: qualification du personnel prévu Pour ce sous-critère, pondéré à 1%, la recourante a obtenu la note de 2 et l'adjudicataire la note de 3. Selon le dossier d'appel d'offres (ch. 6.2 du questionnaire, p. 13), les soumissionnaires devaient fournir la liste détaillée du personnel prévu pour le chantier avec noms, prénoms et qualifications. La recourante a rempli la rubrique 6.2 du questionnaire. Elle a en revanche omis de mentionner les qualifications professionnelles de son chef d'équipe. Pour l'autorité intimée, cette information manquante justifiait une décote. Elle reproche également à la recourante de n'avoir pas mentionné les années d'expérience de son personnel à la différence de l'adjudicataire. Les années d'expérience n'étaient toutefois pas exigées sous le ch. 6.2 du

questionnaire. On ne peut dès lors pas reprocher à la recourante de pas les avoir mentionnées. Reste l'information manquante des qualifications professionnelles du chef d'équipe. Une décote d'un point pour ce seul manquement peut apparaître sévère. Point n'est besoin toutefois de trancher définitivement cette question, dans la mesure où même avec la note de 3 sur ce sous-critère, soit trois points après pondération, la recourante resterait avec un total de points de 288.03 derrière l'adjudicataire (qui a obtenu 288.71 points).

E. 5

Sur le fond, la recourante reproche à l'autorité intimée de n'avoir pas pris en considération la variante qu'elle a déposée. a) A moins que cette faculté n'ait été exclue ou restreinte dans l'appel d'offres, le soumissionnaire est libre de présenter une variante en plus de l'offre de base (arrêt MPU.2012.0016 du 6 décembre 2012 consid. 5a et les références citées). Le pouvoir adjudicateur peut soit imposer des variantes prédéfinies, soit interdire les variantes, soit les restreindre – en particulier en leur imposant des contraintes sous la forme d'exigences minimales à respecter impérativement – soit n'émettre aucune réserve en laissant les soumissionnaires totalement libres. Le soumissionnaire est en principe libre de s'écarter dans une variante des conditions techniques, systèmes de construction ou procédés de fabrication figurant dans le cahier des charges, mais sous deux réserves importantes. D'une part, l'adéquation de la variante par rapport à l'objet du marché impose que la variante respecte les éventuelles conditions minimales impératives fixées dans le cahier des charges. D'autre part, les caractéristiques techniques de la variante doivent être fonctionnellement équivalentes aux spécifications techniques exigées de l'offre de base, eu égard au but assigné à l'objet du marché (JAAC 2001 p. 825 consid. 3a). La conformité des offres, respectivement des variantes, aux conditions de l'appel d'offres constitue un critère préalable d'adjudication. Lorsqu'elle est incomplète ou qu'elle n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, elle doit en principe être exclue (cf. art. 32, 2^{ème} tiret, let. a RLMP-VD). L'adéquation des variantes par rapport à l'objet du marché est dès lors vérifiée dans le cadre de l'épuration des offres. Une variante libre qui, du fait de ses caractéristiques techniques, ne remplit pas l'une des deux conditions susmentionnées doit être écartée comme irrégulière (JAAC 2001 p. 825 cons. 3a; cf. ég. arrêts MPU.2012.0016 du 6 décembre 2012 consid. 5a et MPU.2012.0013 du 27 septembre 2012 consid. 5a; aussi Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 1044 s.). Le pouvoir adjudicateur dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer si une variante correspond ou non aux exigences minimales de la soumission (DC 2003, p. 145-150, S27 note). L'appréciation du respect de la condition d'équivalence dépend essentiellement des circonstances du cas d'espèce. Le fardeau de la preuve de l'équivalence de la variante avec les spécifications techniques de l'offre de base repose sur le soumissionnaire auteur de la variante (JAAC 2001 p. 825 consid. 3a; ég. arrêt MPU.2012.0016 du 6 décembre 2012 consid. 5c). b) En l'espèce, la recourante a proposé dans sa variante un matériau d'isolation différent de celui figurant dans la série de prix. Il n'est pas contesté que, sur le plan du bilan thermique, les deux produits sont équivalents. Cela suppose toutefois une épaisseur supplémentaire de 20 mm pour le matériau envisagé dans la variante. Pour l'autorité intimée, cette surépaisseur est rédhitoire. Elle a expliqué dans ses écritures et à l'audience qu'il était en effet indispensable pour elle qu'il n'y ait pas de différence de niveau entre l'extérieur et l'intérieur du bâtiment, notamment pour des questions d'accessibilité aux fauteuils roulants. A l'audience, le représentant de D. _____ a indiqué avoir précisément écarté le matériau proposé par la recourante – qui est standard – pour lui préférer un produit

plus performant, pour gagner en épaisseur. C'est cet élément qui a conduit l'autorité intimée à écarter la variante déposée. La recourante fait valoir qu'il n'est nullement fait mention dans le cahier des charges d'exigences particulières relatives à l'épaisseur maximum des matériaux à utiliser. Il est vrai que cette contrainte technique ne figure pas expressément dans les documents du dossier d'appel d'offres. Le descriptif technique, sous les rubriques 326.100 et suivantes, donne néanmoins quelques indications sur l'épaisseur attendue des couches d'isolation. Par ailleurs, les plans de détail mentionnent des sols plats sans barrière architecturale obstruant les déplacements entre l'extérieur et l'intérieur. Les soumissionnaires pouvaient sur cette base légitimement comprendre que l'épaisseur du matériau utilisé était une exigence impérative. Quoi qu'il en soit, pour juger de la validité d'une variante, ce qui est également déterminant au regard de la jurisprudence rappelée ci-dessus est de s'assurer que les prestations proposées sont équivalentes du point de vue qualitatif (cf. jurisprudence rappelée ci-dessus). Or, force est de constater à cet égard que la variante proposée par la recourante présente – outre les difficultés d'accessibilité aux fauteuils roulants engendrées (qui pourraient le cas échéant être résolues par l'installation de rampes) – un inconvénient majeur: un sol à l'extérieur plus élevé qu'à l'intérieur, qui causera inévitablement des problèmes d'écoulement des eaux. Comme l'a indiqué le représentant de D. _____, la seule solution serait de rehausser le niveau du sol à l'intérieur. Le surcoût engendré par de tels travaux serait toutefois plus important que l'économie réalisée. Au regard de ces éléments, la variante proposée par la recourante ne saurait être considérée comme techniquement équivalente à l'offre de base attendue des soumissionnaires. Certes, les problèmes d'accessibilité et d'écoulement des eaux ne valent que pour les terrasses et non pour la toiture. Peu importe toutefois, dans la mesure où l'examen du respect de la condition d'équivalence porte sur la variante dans sa globalité. Le fait que le matériau proposé par la recourante pourrait être utilisé sur la toiture – encore que selon les dernières informations transmises par l'autorité intimée, une telle solution ne serait techniquement par réalisable, l'espace du haut de l'acrotère ne pouvant être rempli, car il est déjà utilisé pour la ventilation de la façade – n'est ainsi pas déterminant. L'autorité intimée n'a dès lors pas violé le droit, ni abusé de son pouvoir d'appréciation en écartant la variante de la recourante au profit de son offre de base.

E. 6

La recourante conteste également la validité du sous-critère 4.2 " Délais d'intervention ". Elle estime qu'un tel critère est étranger au marché mis en soumission. Pour l'autorité intimée, un tel grief est tardif, les critères d'adjudication, ainsi que leurs sous-critères, ayant été clairement énoncés dans le dossier d'appel d'offres. a) Les documents d'appel d'offres font partie intégrante de l'appel d'offres, si bien qu'en vertu du principe de la bonne foi, les éventuels vices les affectant doivent être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure (ATF 130 I 241 consid. 4.2; 125 I 203 consid. 3a; ég. arrêt MPU.2013.0002 du 14 mai 2013 consid. 5a). 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). Il importe par ailleurs de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes, car l'on ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour

déposer leurs offres (ATF 130 I 241 consid. 4.3). b) En l'espèce, le dossier d'appel d'offres était disponible sur la plateforme simap.ch le jour de la publication de l'appel d'offres. La recourante l'a du reste téléchargé ce même jour. Elle savait dès lors parfaitement qu'elle serait notée sur sa capacité à intervenir rapidement sur le chantier en cas de dégât, accident ou panne. Si elle estimait qu'un tel critère était étranger au marché en soumission, elle aurait dû le faire valoir directement dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offres. Quoi qu'il en soit, le grief est de toute manière mal fondé. En effet, s'il est vrai que l'emploi du critère des délais d'intervention a été considéré comme critiquable par la jurisprudence, dans la mesure où il pouvait favoriser les offreurs locaux au détriment des offreurs externes, il a été néanmoins jugé comme non arbitraire (arrêt MPU.2008.0013 du 25 février 2009 consid. 3; ég. arrêts MPU.2012.0005 du 17 juillet 2012; GE.2007.0077 du 8 octobre 2007 et GE.2003.0072 du 28 octobre 2003). Il n'y a pas lieu de s'écarter de cette jurisprudence, qui concernait notamment des travaux d'étanchéité comme en l'occurrence.

E. 7

La recourante reproche par ailleurs à l'autorité intimée de n'avoir pas évalué les délais d'intervention de l'entreprise pour le démarrage des travaux et la durée estimée des travaux. Ici encore, ce grief est tardif. En effet, les critères d'adjudication, ainsi que leurs sous-critères, étaient clairement annoncés dans le dossier d'appel d'offres que la recourante a téléchargé le jour de la publication de l'appel d'offres. Si elle estimait que d'autres éléments devaient être pris en considération dans l'appréciation des offres, elle aurait dû soulever ce moyen directement dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offres.

E. 8

La recourante critique encore la notation des sous-critères 2.2.2, 2.2.3,

E. 9

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. La recourante, qui succombe, supportera les frais de justice (art. 49 al. 1 LPA-VD), arrêtés à 3'000 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). Elle devra par ailleurs des dépens à l'autorité intimée ainsi qu'à l'adjudicataire, qui ont procédé l'une et l'autre par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel (art. 55 al. 1 LPA-VD).

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