

VD_OMNI MPU.2016.0020 vom 4. November 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-11-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2016.0020

FR: VD_OMNI MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016

IT: VD_OMNI MPU.2016.0020 del 4 novembre 2016

Regeste

A. _____/Université de Lausanne Département oncologie fondamentale, B. _____ |
Marché public portant sur la fourniture d'incubateurs et de hottes à flux laminaire.
Procédure sur invitation. Le pouvoir adjudicateur n'a pas annoncé dans le cahier des charges communiqué aux entreprises invitées les critères qu'elle appliquera pour l'évaluation des offres, se limitant à énumérer les spécifications techniques du matériel demandé. Il ne les a même jamais fixés. Il n'a pas noté les offres, mais procédé à une appréciation globale. Il n'a pas non plus classé les soumissionnaires. Le cahier était par ailleurs imprécis dans la spécification de la largeur des hottes, ce qui a entraîné une confusion chez certains soumissionnaires. Violation des principes de transparence et de non-discrimination. Annulation ab ovo de la procédure et renvoi de la cause à l'autorité intimée pour qu'elle établisse un nouveau cahier des charges, qui énumérera les critères d'évaluation qu'elle appliquera et leur pondération respective.

Erwägungen

E. 1

a) Déposé dans les délais et formes prescrits (art. 10 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics [LMP-VD; RSV 726.01] et art. 19, 20 et 79 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; RSV 173.36]), le recours est recevable. b) Il convient encore d'examiner si la recourante a la qualité pour recourir selon l'art. 75 LPA-VD. Selon la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en lien avec l'application de l'art. 89 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt juridique lorsqu'il a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours. A ce défaut, il ne peut exister de rapport de causalité entre l'illicéité de la décision d'adjudication alléguée et le prétendu dommage (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1; TF 2D_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1; 2D_49/2011 du 25 septembre 2012 consid. 1.3.2; 2C_107/2007 du 22 janvier 2008 consid. 1.2). A moins que l'intérêt du soumissionnaire évincé à contester l'adjudication paraisse évident, il incombe à ce dernier de le démontrer (ATF 140 I 285 consid. 1.1.2 p. 289 s.; TF 2C_634/2008 du 11 mars 2009 consid. 1.3). En outre, la simple participation du soumissionnaire à la procédure d'appel d'offres et la non-prise en considération de son offre ne sauraient à elles seules lui conférer la qualité pour agir, à défaut d'un intérêt pratique effectif à la contestation de l'adjudication (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.5). Dans le cadre de la procédure cantonale, la qualité pour recourir doit respecter les exigences minimales de l'art. 89 LTF (ATF 141 II 307 consid. 6; CDAP MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 2). En l'espèce, la recourante se plaint pour l'essentiel d'une violation des règles de procédure, principalement des principes de transparence et d'égalité de traitement entre les soumissionnaires. En cas de succès de ses conclusions principales tendant à l'annulation de

la décision attaquée et à la répétition de la procédure, la recourante pourrait déposer une nouvelle offre et restaurer ses chances de se voir attribuer le marché. Il convient par conséquent d'admettre sa qualité pour recourir.

E. 2

En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen de la cour 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.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 3; MPU.2015.0056 du 29 février 2016 consid. 2; MPU.2015.0012 du 30 juin 2015 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 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 (cf. ATF 141 II 353 consid. 3; 125 II 86 consid. 6; arrêts précités MPU.2016.0006 consid. 3; MPU.2015.0056 consid. 2; MPU.2015.0012 consid. 2 et les arrêts cités; Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, n. 420, p. 269).

E. 3

a) La procédure sur invitation permet une mise en concurrence limitée (Etienne Poltier, *op. cit.*, p. 166). Elle s'effectue sans publication. L'adjudicateur invite trois soumissionnaires au moins à lui présenter une offre, dont un au moins doit être extérieur à la commune du lieu d'exécution (art. 12 al. 1 bis de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 – A-IMP; RSV 726.91 – et 7 al. 1 bbis LMP-VD). Cette procédure n'est possible qu'en dessous de certains seuils, à savoir 250'000 fr. pour les fournitures, les services et le second œuvre dans la construction et 500'000 fr. pour le gros œuvre (annexe 2 A-IMP). Les règles régissant les procédures ouvertes et sélectives sont applicables par analogie à la procédure sur invitation, à l'exception des articles 13, 20 et 39 du règlement d'application de la LMP-VD du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; RSV 726.01.1), qui se rapportent aux délais et publications (cf. art. 9 RLMP-VD). Le pouvoir adjudicateur est en particulier tenu comme en matière de procédures comportant une mise en concurrence pleine et entière d'évaluer les offres déposées en appliquant les principes généraux du droit des marchés publics, afin de sélectionner l'offre économiquement la plus favorable (Etienne Poltier, *op. cit.*, p. 166). Doivent notamment être respectés les principes de transparence et de non-discrimination (art. 11 A-IMP). Le principe de transparence impose au pouvoir adjudicateur de fournir toute information utile aux fournisseurs potentiels, afin que ceux-ci puissent présenter leurs offres en connaissance de cause (Etienne Poltier, *op. cit.*, p. 161). En particulier, l'adjudicateur doit énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères pris en considération pour l'évaluation des soumissions; il est également tenu d'indiquer la pondération des critères retenus (ATF 125 II 86 consid. 7c; arrêts MPU.2014.0016 du 26 août 2014 consid. 4b; MPU.2012.0005 du 17 juillet 2012 consid. 2b; MPU.2012.0003 du 16 mai 2012 consid. 3c et les arrêts cités). Le principe de transparence exige encore que le pouvoir adjudicateur se conforme dans la suite de la procédure aux conditions du marché qu'il a préalablement annoncées (Etienne Poltier, *op. cit.*, p. 161). Notamment, l'adjudicateur ne peut pas, après le dépôt des offres, modifier d'une manière ou d'une autre les critères d'adjudication, leur ordre d'importance ou leur pondération respective (ATAF 2011/58 consid. 15.2). Sur cet aspect, le principe de transparence se rapproche du principe de la bonne foi, qui prohibe les comportements contradictoire (art. 9

Cst.), mais aussi du principe de non-discrimination: en effet, lorsque le pouvoir adjudicateur s'écarte des " règles du jeu " qu'il s'est fixées, il adopte un comportement qui se rapproche d'une manipulation, typiquement discriminatoire, du résultat du marché (Etienne Poltier, op. cit ., p. 161). Le principe de transparence impose également au pouvoir adjudicateur d'arrêter avant le retour des offres les échelles de notation ou méthodes d'évaluation des critères d'adjudication (art. 37 al. 4 RLMP-VD; ég. arrêt MPU.2015.0040 du 10 novembre 2015 consid. 6b). Cette obligation vise à prévenir d'éventuelles manipulations par le pouvoir adjudicateur (Etienne Poltier, op. cit. , p. 209). Le principe de non-discrimination, pour sa part, impose au pouvoir adjudicateur d'assurer l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires, cela durant tout le déroulement de la procédure. En particulier, l'adjudicateur doit adopter les mêmes critères – d'aptitude et d'adjudication – pour l'ensemble des concurrents et ces critères ne doivent pas défavoriser, de manière indirecte, les offreurs externes. La pondération des critères doit également être arrêtée de manière non discriminatoire. L'échelle d'évaluation des offres, pour l'application de ces critères, doit en outre être la même pour l'ensemble des candidats. Enfin, l'entité adjudicatrice doit leur appliquer cette échelle à tous de la même manière (Etienne Poltier, op. cit. , p. 163 ss). b) En l'espèce, l'autorité intimée n'a pas annoncé dans le cahier des charges les critères qu'elle appliquera pour l'évaluation des offres, se limitant à énumérer les spécifications techniques des produits demandés. Selon les explications fournies en audience, elle ne les a même jamais fixés, estimant que cela n'était pas nécessaire compte tenu des différences minimales entre les produits existant sur le marché. Elle n'a a fortiori pas non plus arrêté d'échelles de notation. Faisant abstraction du prix, l'autorité intimée a limité son examen aux différences portant sur les aspects techniques du marché, en particulier sur la largeur des hottes (ou plus précisément sur la largeur de l'espace de travail) et sur la présence ou non de lampes UV avec faisceaux croisés. Elle n'a pas noté les offres, mais a procédé à une évaluation globale. Elle n'a pas non plus classé les soumissionnaires. Par ailleurs, l'autorité intimée a été imprécise dans la spécification de la largeur des hottes, ce qui a entraîné une confusion chez certains soumissionnaires, dont la recourante. Le cahier des charges indiquait en effet une largeur maximale pour les hottes de 1.8 m. Pour l'autorité intimée, il était clair que ce chiffre se référait à la largeur intérieure, comme c'est l'usage dans le domaine. Elle a admis toutefois que, selon les fabricants, pour une même largeur intérieure, la largeur hors tout serait différente. Ainsi, le modèle du fournisseur de la recourante en 1.80 m (largeur intérieure) aurait été trop large pour la place disponible, à la différence de celui proposé par l'adjudicataire. Il était dès lors indispensable – et quoi qu'en dise l'autorité intimée – de mentionner la double largeur (intérieure et hors tout) dans le cahier des charges. L'autorité intimée ne saurait par ailleurs reprocher à la recourante de ne pas s'être déplacée pour prendre les mesures exactes. D'une part, le cahier des charges ne prévoyait pas de visite obligatoire (ni même facultative du reste). D'autre part, le principe de non-discrimination imposait à l'autorité intimée d'informer tous les soumissionnaires du fait qu'elle avait autorisé certains d'entre eux à se rendre sur place et de la largeur de l'espace disponible constatée à cette occasion. La question de savoir si M. E. _____ aurait indiqué par téléphone à la recourante que la largeur mentionnée dans le cahier des charges se référait à la largeur hors tout et qu'il n'était pas nécessaire de se déplacer peut demeurer indécise. On relèvera encore que l'autorité intimée insiste beaucoup dans ses écritures sur le fait que la largeur de l'espace de travail à disposition des utilisateurs est un facteur important. Le cahier des charges ne prévoyait toutefois pas que cet élément (et de manière générale le confort pour les utilisateurs) entrerait dans l'évaluation des offres. Il ne parlait en effet que

de la largeur maximale. Force est ainsi de constater que l'autorité intimée a cumulé lors de la passation du marché litigieux les violations des principes de transparence et de non-discrimination. Selon la jurisprudence, une violation du principe de transparence n'entraîne toutefois l'annulation de l'adjudication que pour autant que les vices constatés aient effectivement influé sur le résultat (arrêts MPU.2015.0001 du 18 juin 2015 consid. 6a; MPU.2013.0019 du 20 novembre 2013 consid. 2b; GE.2007.0246 consid. 3a et les arrêts cités). Or, en l'espèce, dans la mesure où les critères d'adjudication et leur poids n'étaient pas fixés, il est impossible à la cour de céans de déterminer si les vices dont la procédure litigieuse est entachée ont eu une incidence sur le classement. En particulier, il est impossible d'affirmer que le meilleur prix de la recourante n'aurait pas pu compenser l'absence de lampes UV avec faisceaux croisés, qui ne constituait pas un critère impératif et dont l'autorité intimée a reconnu à l'audience que l'avantage n'était pas quantifiable. Dans ces conditions, seule une annulation ab ovo de la procédure entre en considération.

E. 4

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours et à l'annulation de la décision attaquée. La cause est renvoyée à l'autorité intimée pour qu'elle établisse un nouveau cahier des charges, qui énumérera les critères d'évaluation qu'elle appliquera et leur pondération respective. Elle invitera les mêmes huit entreprises. Elle ne modifiera par ailleurs pas les spécifications techniques du premier cahier des charges, si ce n'est pour préciser la largeur hors tout maximale à disposition pour les hottes. Elle évaluera ensuite les offres rentrées sur la base des critères annoncés et des échelles de notation arrêtées. Vu l'issue du litige, l'arrêt sera rendu sans frais (art. 49 al. 1 et 52 al. 1 LPA-VD). La recourante, qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel et qui obtient gain de cause sur ses conclusions principales, a droit à des dépens, à la charge de la seule autorité intimée compte tenu de la nature et l'importance des vices constatés et du fait que l'adjudicataire n'a pas pris de conclusions formelles (art. 55 al. 1 LPA-VD). Ceux-ci peuvent être fixés, compte tenu de la nature de la cause et du travail effectué, à un montant de 1'500 fr. (art. 11 al. 2 du Tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative du 28 avril 2015 – TFJDA; RSV 173.36.5.1).

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