

VD_OMNI MPU.2016.0022 vom 31. Januar 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-01-31, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2016.0022

FR: VD_OMNI MPU.2016.0022 du 31 janvier 2017

IT: VD_OMNI MPU.2016.0022 del 31 gennaio 2017

Regeste

A. _____, B. _____/Municipalité de Morges, C. _____, D. _____, E. _____ | Marché public portant sur l'attribution d'un mandat de service pour l'élaboration de projets d'espaces publics. Pas de notation arbitraire du critère des références (consid. 3): le groupement adjudicataire a fourni des références en matière de génie civil; il a fourni par ailleurs des références plus en adéquation avec les prestations mises en soumission, notamment en termes d'ampleur; ces différences constituent des "avantages particuliers" au sens du barème applicable justifiant l'attribution d'une note supérieure à 3. Notation en revanche contestable du critère de l'organisation, au motif que le sous-critère du temps consacré n'était pas annoncé (consid. 4): question laissée toutefois ouverte, dans la mesure où, même avec la note maximale sur ce critère, le groupement recourant resterait derrière le groupement adjudicataire. Recours rejeté.

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 le groupement recourant 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). Le Tribunal fédéral, en application des principes rappelés ci-dessus, a retenu l'intérêt juridique du soumissionnaire évincé lorsque celui-ci avait été classé au deuxième rang derrière l'adjudicataire et qu'il aurait, en cas d'admission de son recours, disposé d'une réelle chance d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II

14 consid. 4.1; TF 2D_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1; 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.4.1). La jurisprudence a également admis cet intérêt par rapport au soumissionnaire qui, bien que classé en troisième position, était séparé du deuxième classé de quelques points seulement (TF 2D_50/2009 du 25 février 2010 consid. 4.1). A en revanche été nié l'intérêt juridique du soumissionnaire placé au quatrième rang qui exigeait l'exclusion du candidat retenu, dès lors que l'admission de sa conclusion n'aurait pas permis au recourant, en accédant au troisième rang, d'obtenir le marché à la place de l'adjudicataire (TF 2D_74/2010 du 31 mai 2011 consid. 1.3), excepté si l'écart relatif tout comme absolu entre l'adjudicataire et le soumissionnaire évincé s'était révélé comme minime (TF 2D_49/2011 du 25 septembre 2012 consid. 1.3.2). En l'espèce, le groupement recourant a été classé au troisième rang sur les treize offres évaluées. Il a obtenu une note finale de 4.15 contre 4.54 pour le groupement adjudicataire, soit une différence de 0.39 points, le soumissionnaire arrivé au deuxième rang s'étant vu attribuer la note de 4.28. Il se plaint dans ses écritures d'une notation arbitraire des critères des références et de l'organisation pour l'exécution du marché. Une réévaluation à la hausse des notes obtenues sur ces deux critères, même sans être maximale, lui permettrait d'arriver en tête et d'obtenir le marché, ce à quoi il conclut. 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 (cf. arrêts CDAP MPU.2016.18 du 23 décembre 2016 consid. 2b; 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 CDAP 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

Le groupement recourant se plaint d'une notation arbitraire du critère des références. a) Ce critère est pondéré à 30%. Il porte sur la " pertinence et qualité des références des soumissionnaires et personnes clés avec plusieurs projets d'espaces publics, dont au moins un de grande ampleur dans une fonction clé " (ch. 7.3 du cahier des charges). Les soumissionnaires devaient donner au maximum six références par soumissionnaire individuel ou trois références par membre d'une communauté de soumissionnaires. Chaque référence était à présenter sur une page A4 au maximum, comprenant un bref descriptif du projet, la fonction exercée par le soumissionnaire, la date ou la période du projet, le mandant avec une personne de référence et le chef de projet. Les soumissionnaires devaient en outre désigner au maximum trois personnes clés par entreprise ou communauté de soumissionnaires et, pour chaque personne clé, présenter au maximum deux références personnelles dans des projets d'espace public ou similaires, les références personnelles pouvant être les mêmes que celles de l'entreprise elle-même (ch. 6.3 du cahier des charges). b) Le groupement recourant a obtenu la note de 3 et le groupement adjudicataire la note de 5. Dans ses écritures et à l'audience, l'autorité intimée a expliqué que le groupement

recourant avait fourni des références, qui ont été jugées suffisantes, mais qui ne présentaient aucun avantage particulier par rapport aux autres soumissionnaires justifiant une note supérieure à 3. Manquaient en particulier des références en matière de génie civil. Le groupement recourant juge cette critique injustifiée. Il explique avoir prévu de sous-traiter les études de génie civil à un bureau tiers. Or, le pouvoir adjudicateur n'avait pas requis de références de la part des sous-traitants. Le groupement recourant estime qu'on ne saurait dès lors lui reprocher de n'avoir pas fourni de références en matière de génie civil. Il rappelle que le pouvoir adjudicateur a laissé le libre choix aux soumissionnaires dans la composition des consortiums, n'exigeant notamment pas la participation impérative d'un bureau de génie civil. Il voit ainsi une inégalité de traitement entre les soumissionnaires comprenant un tel bureau, qui ont pu fournir des références en génie civil, et ceux qui ont choisi de sous-traiter les études de génie civil. Il se plaint également d'une violation du principe de transparence.

aa) Lors de la passation de marchés, doivent notamment être respectés les principes de transparence et de non-discrimination ou d'égalité de traitement entre les soumissionnaires (art. 11 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 – A-IMP; RSV 726.91). 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 CDAP MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016 consid. 3a; MPU.2014.0016 du 26 août 2014 consid. 4b; MPU.2012.0005 du 17 juillet 2012 consid. 2b 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 CDAP MPU.2015.0040 du 10 novembre 2015 consid. 6b). Cette obligation vise à prévenir d'éventuelles manipulations par le pouvoir adjudicateur (arrêt CDAP MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016 consid. 3a). 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; ég. arrêt CDAP MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016 consid. 3a). bb) Contrairement à ce que laisse entendre le groupement recourant, l'autorité intimée n'exigeait

pas de références en matière de génie civil. Elle n'aurait dans le cas contraire pas attribué à l'intéressé la note de 3, qui correspond selon le barème annoncé dans le dossier d'appel d'offres (ch. 7.4 du cahier des charges) à une appréciation "suffisante". Elle considère néanmoins que de telles références constituent un "plus", soulignant l'importance de l'intervention d'un ingénieur en génie civil dans le projet en soumission. Il ressort effectivement des documents d'appel d'offres que le pan "génie civil" du marché est loin d'être secondaire. Selon le ch. 4.4 du cahier des charges, qui définit les conditions de participation au marché, seuls les bureaux d'études ou communautés de soumissionnaires aptes selon les dispositions cantonales et qualifiés pour traiter "tous les aspects de la problématique", en tant que professionnels spécialisés, "notamment pour le génie civil, ..." pouvaient en effet participer au marché. L'importance de l'intervention de l'ingénieur civil découle également des objectifs fixés par le pouvoir adjudicateur, à savoir notamment (ch. 5.2 du cahier des charges): " Prendre en compte les divers besoins tels que [...] aspects techniques [...]"; " Définir des gabarits permettant d'assurer la fonction des différentes voiries ". Elle se matérialise encore dans les livrables à fournir (ch. 5.3 du cahier des charges), qui requièrent sur plusieurs points la contribution de l'ingénieur civil, en particulier l'estimation des coûts de construction, la proposition sommaire du phasage du chantier et le rapport intermédiaire pour le concept général à l'échelle 1/500; les profils requis pour l'avant-projet à l'échelle 1/500; les profils et plans requis pour le projet définitif. Interpellée à l'audience, l'autorité intimée a chiffré à 30% le volet "génie civil" du marché. Dans ces conditions, et même si le volet génie civil ne devait pas atteindre 30%, on ne saurait reprocher au pouvoir adjudicateur d'avoir retenu que des références dans le domaine constituaient un "avantage particulier" au sens du barème du ch. 7.4 du cahier des charges justifiant l'attribution d'une note supérieure à 3 pour les soumissionnaires qui en ont proposé. Le groupement recourant se plaint en vain d'une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Il ne pouvait en effet ignorer sur la base du cahier des charges l'importance des prestations de génie civil du marché. En choisissant de ne pas avoir de bureau de génie civil dans son consortium – ce qui n'était pas une obligation – et par conséquent de ne pas être en mesure de fournir des références dans le domaine, il a pris le risque de ne pas avoir une note supérieure à 3 sur le critère des références. A cela s'ajoute, comme l'ont relevé les représentantes du pouvoir adjudicateur à l'audience, que les références fournies par les adjudicataires apparaissent plus en adéquation avec les prestations mises en soumission, notamment en termes d'ampleur, que celle des recourantes. Le groupement adjudicataire a ainsi présenté en particulier comme références le projet d'aménagement du tronçon ***** de la ligne de tram ***** , la conception du plan directeur de développement de l'offre en transports publics pour l'ensemble de la région ***** et la requalification du secteur *****. Les recourantes ne remettent du reste pas en cause la pertinence de ces références. Ici encore, cette meilleure adéquation constitue un "avantage particulier" au sens du barème du ch. 7.4 du cahier des charges justifiant l'attribution d'une note supérieure à 3. Un constat identique peut être fait avec les références fournies par les autres soumissionnaires ayant obtenu la note maximale sur le critère des références. Au regard de ces éléments, une différence de deux points entre les adjudicataires et les recourantes sur le critère des références apparaît justifié ou à tout le moins pas arbitraire, étant rappelé que le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans l'évaluation des offres (cf. supra consid. 2). c) Le groupement recourant se plaint encore d'une irrégularité formelle, soulignant que le pouvoir adjudicataire n'avait, contrairement au ch. 7.4 du cahier des charges, pas fait la moyenne des

notes attribuées par chacun des quatre membres du groupe d'évaluation pour arrêter la note du critère des références. Il invoque ici encore une violation du principe de transparence. Interpellées à l'audience, les représentantes de l'autorité intimée ont reconnu s'être écartées de la méthode de notation annoncée pour l'évaluation du critère des références, expliquant que le groupe d'évaluation avait arrêté une "note commune" après en avoir discuté. 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 CDAP 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), ce qui n'est pas le cas en l'espèce, dans la mesure où tous les membres du groupe d'évaluation étaient d'accord avec les notes attribuées et que celles-ci se justifiaient eu égard aux différences des références fournies.

E. 4

Le groupement recourant critique également la notation du critère de l'organisation. a) Ce critère est pondéré à 20%. Il porte selon le cahier des charges sur la "pertinence de l'organisation, adéquation des qualifications et ressources, disponibilités, possibilité de suppléances, etc." (cahier des charges, ch. 7.3). Les soumissionnaires devaient mentionner leurs ressources pour l'exécution du marché, la répartition des tâches et des responsabilités, les personnes désignées et leur qualification, ainsi que l'indication de tous les participants (cahier des charges, ch. 6.3). b) Le groupement recourant a obtenu la note de 4.3 et le groupement adjudicataire la note de 4.6. Il ressort du tableau détaillé d'évaluation des offres que le critère d'organisation a été apprécié en fonction de quatre sous-critères: disponibilité des personnes affectées au mandat (20%), qualifications des personnes-clés (40%), volume du temps consacré cohérent par rapport aux prestations demandées (20%) et organisation pour la réalisation du mandat (20%). Le groupement recourant a été essentiellement pénalisé sur le sous-critère du "volume du temps", où il a obtenu trois points sur cinq. Il lui a été reproché un tableau de chiffrage sommaire, qui ne permettait pas de vérifier l'adéquation entre les travaux prévus et le nombre d'heures envisagées, en particulier celles qui seraient sous-traitées au bureau de génie civil. L'autorité intimée a expliqué dans ses écritures que les recourantes avaient en effet prévu 2'127 heures, ce qui constituait à une exception près l'offre la plus basse, la moyenne s'élevant à 3'533 heures. Le groupement recourant soutient que l'adéquation entre les travaux prévus et le nombre d'heures envisagées est un sous-critère étranger au critère de l'organisation. Il se plaint dès lors d'une violation du principe de transparence, le pouvoir adjudicateur n'ayant pas indiqué qu'il jugerait la corrélation entre le volume d'heures estimé et les prestations demandées. Le cahier des charges n'énonçait pas les quatre sous-critères sur lesquels le groupe d'évaluation s'est fondé pour évaluer le critère de l'organisation. Il se limitait à mentionner sous ch. 7.3 certains éléments d'appréciation ("pertinence de l'organisation, adéquation des qualifications et ressources, disponibilités, possibilité de suppléances, etc ."), qui ne se recoupaient pas totalement. Il n'évoquait notamment pas le "volume du temps consacré cohérent par rapport aux prestations demandées". Le principe de transparence n'exige toutefois pas la communication à l'avance des sous-critères et de leur pondération respective, s'ils ne servent qu'à concrétiser le critère principal. Est réservé néanmoins le cas où l'adjudicateur accorde une telle importance au sous-critère qu'il équivaut à un critère publié. Savoir si l'on se trouve en présence d'un sous-critère dont la publication est nécessaire ou non dépend d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas, soit notamment les documents d'appel d'offres, le cahier des charges et les conditions du marché

(ATF 130 I 241 consid. 5.1; 125 II 86 consid. 7c; ég. arrêt CDAP MPU.2014.0016 du 26 août 2014 consid. 4b et les références citées). Dans un arrêt du 31 janvier 2011 (cause MPU.2010.0015), la CDAP a examiné la question de savoir si le pouvoir adjudicateur aurait dû préciser dans le cahier des charges que le temps consacré constituait l'un des sous-critères du critère de l'organisation; elle a relevé ce qui suit (consid. 4): "b) La question du temps consacré à l'exécution des prestations demandées est abordée dans les documents d'appel d'offres (annexe T1, ch. 4.11) et l'autorité intimée a pris la peine d'exposer d'emblée la méthode de notation en reproduisant sur ce point les données du Guide romand (v. partie faits, let. B/b). Ceci rappelé, il y a incontestablement une certaine logique à faire figurer le temps consacré parmi les sous-critères du critère "méthodologie et organisation". Comme l'a relevé le représentant de l'adjudicateur à l'audience, "une bonne organisation permet [en effet] d'économiser le nombre d'heures consacrées à un chantier". On ne saurait dès lors reprocher à l'adjudicateur de n'avoir pas précisé dans l'appel d'offres que le temps consacré constituerait l'un des sous-critères – le premier d'entre eux - du critère "méthodologie et organisation", puisqu'il ne fait que concrétiser ce deuxième critère. Ce choix et la méthode sont par ailleurs préconisés par le Guide romand pour les marchés publics (voir annexe R). On note au demeurant que les soumissionnaires ont été informés dans le cadre des "questions-réponses" que "l'élément "temps consacré" serait intégré dans le critère d'adjudication de Méthodologie et organisation du candidat" (voir rapport d'évaluation, 5.1 annexe 1, p. 45, Questions des candidats et réponses aux candidats, ad question 5)." Dans le cas d'espèce, les circonstances sont moins claires. Tout d'abord, le cahier des charges n'aborde pas la question du temps consacré à l'exécution des prestations demandées. Par ailleurs, aucun soumissionnaire n'a posé de question à ce sujet dans le cadre des "questions/réponses". En outre et surtout, ce qui est en définitive reproché au consortium recourant, c'est de ne pas avoir été assez clair dans le détail de son offre d'honoraires, en n'indiquant notamment pas le nombre d'heures qui seraient sous-traitées au bureau de génie civil. Or, le cahier des charges ne posait aucune exigence particulière à cet égard. Il est dès lors douteux que le principe de transparence ait été respecté sur ce point. Point n'est besoin toutefois de trancher définitivement cette question, dans la mesure où le groupement recourant, même avec la note maximale sur le critère de l'organisation, resterait avec une note finale de 4.29 derrière le groupement adjudicataire, la note sur le critère des références ayant été jugée non arbitraire (cf. supra consid. 3).

E. 5

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, les frais de justice (art. 49 al. 1 et 51 al. 2 LPA-VD), arrêtés à 3'500 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 devront par ailleurs des dépens à l'autorité intimée et aux adjudicataires, qui ont procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel. Les dépens octroyés à l'autorité intimée sont toutefois réduits à 2'000 fr. eu égard à ce qui a été exposé aux considérants 3c et 4 (art. 55 et 56 LPA-VD et art. 10 s. TFJDA).