

VD_OMNI MPU.2016.0042 vom 5. Juli 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-07-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2016.0042

FR: VD_OMNI MPU.2016.0042 du 5 juillet 2017

IT: VD_OMNI MPU.2016.0042 del 5 luglio 2017

Regeste

A. _____/ECA, B. _____ | Recours contre une décision d'adjudication de travaux d'ingénierie civile. Le grief de partialité du comité d'évaluation des offres se révèle infondé. Il est en revanche apparu en cours d'audience que la seule référence de l'adjudicataire relative au sous-critère "Structure parking" avait en réalité été exécutée par un bureau d'ingénieur tiers. Partant, la note 4 octroyée par l'autorité intimée sur cette base doit être qualifiée d'arbitraire puisque l'adjudicataire n'a en réalité fourni aucune référence valable pour ce sous-critère. L'attribution de la note 0, voire 1, à l'adjudicataire pour ce sous-critère conduit la recourante à obtenir la première place. Recours admis et décision réformée en ce sens que le marché litigieux est adjugé à la recourante.

Erwägungen

E. 1

Le recours a été interjeté dans la forme prescrite par l'art. 79 de la loi cantonale du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36) et dans le délai de dix jours de l'art. 10 al. 1 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD; RSV 726.01). En tant que soumissionnaire évincé, A. _____ (ci-après: la recourante) revêt la qualité pour recourir. Elle dispose d'un intérêt juridique puisqu'elle a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours (à ce sujet, cf. MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 2 et les nombreuses références citées). L'écart de notation entre son offre (440 points) et celle de l'adjudicataire (451.65) est de seulement 11.65 points sur un total de 500 points, de sorte que la modification de plusieurs, voire d'une seule note, pourrait la placer en première position. Partant, il se justifie d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

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 LMP-VD et le règlement y relatif, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; RSV 726.01.1).

E. 3

De jurisprudence constante, 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.2016.0041 du 24 mai 2017 consid. 2; MPU.2017.0001 du 9 mai 2017 consid. 2 et MPU.2017.0003 du 3 avril 2017 consid. 2 et les arrêts cités). Ce pouvoir n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire (cf. consid. 5b ci-dessous). En revanche, elle contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 141 II 353 consid. 3; 125 II 86 consid. 6; arrêts précités MPU.2016.0041 consid. 2; MPU.2017.0001 consid. 2 et MPU.2017.0003

consid. 2).

E. 4

a) Dans un premier grief, la recourante expose que C. _____, ingénieur civil au sein du bureau B. _____ (ci-après aussi: l'adjudicataire), a fait partie du jury qui a choisi le projet lauréat " Un pour tous " proposé par le bureau D. _____ dans le cadre du concours de projets d'architecture (lettres B et C ci-dessus). Elle ajoute qu'il est le seul ingénieur ayant pris part à ce jury. Lors de la procédure subséquente d'adjudication des travaux d'ingénierie civile ayant donné lieu à la présente procédure – organisée conjointement par le bureau D. _____ et la société E. _____ – , le marché a été adjugé au bureau B. _____. Selon la recourante, cette situation aurait été constitutive d'un conflit d'intérêts entre le bureau D. _____ et l'adjudicataire, lequel laisserait à penser qu'il y aurait eu un " renvoi d'ascenseur " ou un " échange de bons procédés ". En cours d'audience et dans ses déterminations finales, la recourante a ajouté que F. _____, responsable du service immobilier de l'autorité intimée, connaissait C. _____, ce qui pouvait avoir exercé une influence sur l'adjudication. Elle a toutefois précisé qu'il ne s'agissait pas d'une préimplication de C. _____ dans la procédure d'adjudication dont est recours: elle considère " tout au plus [...] que le choix de l'adjudicataire n'a pas été opéré en toute impartialité ". Elle se prévaut en revanche d'une violation des principes d'impartialité, d'égalité de traitement et de transparence. L'autorité intimée et l'adjudicataire réfutent ces allégations et considèrent que la procédure menée l'a été de manière régulière. b) S'agissant d'un grief relatif à la régularité de la procédure, le tribunal de céans jouit d'un plein pouvoir de cognition (consid. 3 ci-dessus). Cela étant et contrairement à l'opinion de la recourante, il s'avère que la procédure n'est entachée d'aucune irrégularité sous cet angle pour les raisons qui suivent. C. _____ a certes fonctionné en qualité de membre non professionnel du jury appelé à choisir le projet lauréat à l'issue du concours de projets d'architecture. Il n'en demeure pas moins que ledit jury était composé de onze membres, dont deux suppléants, et qu'à l'issue des trois premiers tours, les sept projets encore en lice ont été soumis pour examen à des experts externes. C'est seulement après avoir recueilli leurs observations dans leurs domaines de compétence respectifs que le projet " Un pour tous " a été plébiscité à la majorité des membres du jury. La procédure s'est au surplus déroulée de manière à garantir l'anonymat des projets – ce que ne conteste pas la recourante – qui étaient uniquement identifiables au moyen d'une devise. Ce n'est ainsi qu'après avoir choisi le projet lauréat anonyme " Un pour tous " que les membres du jury ont été informés de l'identité de son auteur, soit le bureau D. _____. Enfin, interrogé à ce sujet, C. _____ a confirmé à l'audience du 29 mars 2017 n'avoir aucun lien avec le bureau D. _____, qu'il ne connaissait pas avant sa participation au concours de projets. Dans ces conditions, on ne saurait déduire de la seule présence de C. _____ une quelconque manipulation de la procédure. La recourante qui se borne à l'alléguer ne fournit toutefois aucun élément susceptible de jeter ne serait-ce que l'ombre d'un doute sur la régularité de dite procédure. Il en va de même de la procédure d'appel d'offres qui a conduit à la décision entreprise. Le comité d'évaluation constitué dans ce cadre était composé de quatre membres, dont F. _____. Si C. _____ a indiqué à l'audience connaître de longue date le précité, il a déclaré qu'il s'agissait d'une relation purement professionnelle qui n'avait rien d'étonnant dès lors que le milieu des ingénieurs était relativement restreint. A cet égard, on soulignera que le chiffre 2.12 DAO imposait aux soumissionnaires d'annoncer au pouvoir adjudicateur un éventuel conflit d'intérêts avec l'un des membres du comité d'évaluation, à savoir en présence d'une relation d'affaires ou d'un lien de parenté. Il ne ressort ni du dossier, ni des

déclarations faites à l'audience que tel aurait été le cas. La recourante ne le soutient au demeurant pas. Ici encore, elle se limite à alléguer un " renvoi d'ascenseur ", sans fournir aucun indice permettant de conclure que la procédure aurait été entachée d'irrégularités ou manipulée. Quoiqu'il en soit, même à supposer que tel fût le cas, la recourante n'a pas été exclue de la procédure, de sorte que la prétendue manipulation de cette dernière n'aurait pu s'exercer que par le biais d'une notation défavorable de son offre et/ou excessivement favorable de celle de l'adjudicataire. Partant, c'est l'analyse des notes attribuées qui permettra, cas échéant, de déceler la prétendue partialité du comité d'évaluation. Cette question peut cependant rester en suspens, le recours devant être admis pour les raisons exposées ci-dessous.

E. 5

a) La recourante s'en prend tout d'abord à la notation du critère " 1. Références de l'entreprise ", subdivisé en trois sous-critères d'une pondération de 33% chacun (" Façades en béton ", " Façades peau " et " Structure parking "). Hormis le sous-critère " Façades peau " pour lequel elle a obtenu la note 5 et qu'elle ne critique pas, elle conteste la note 4 reçue pour chacun des deux autres sous-critères. Elle conteste également les notes attribuées à l'adjudicataire pour ce critère, à savoir 5 pour le sous-critère " Façade en béton " et 4 pour le sous-critère " Structure parking ". A suivre la recourante, les deux références qu'elle a fournies, soit l'EMS "J. _____" et l'immeuble "K. _____", correspondraient parfaitement aux exigences du DAO, tant du point de vue des façades en béton que du parking enterré. Partant, l'autorité intimée aurait versé dans l'arbitraire en lui attribuant une note inférieure à 5 pour ces deux sous-critères. De son côté, l'autorité intimée allègue que seul le projet EMS "J. _____" comprenait une façade porteuse en béton apparent. Le projet "K. _____" était pour sa part composé d'une surface crépie, d'une partie en verre et d'une autre en Eternit. Par ailleurs, seule la référence "K. _____" comprenait un garage enterré. Ainsi, seule l'une des deux références fournies aurait alternativement été pertinente pour chacun des sous-critères litigieux. A l'inverse, les deux références de l'adjudicataire comportaient une façade en béton apparent. Ce constat aurait justifié l'attribution de la note 4 à la recourante et 5 à l'adjudicataire pour ce sous-critère. En revanche, l'adjudicataire n'aurait également fourni qu'une seule référence de parking enterré, soit celle du projet logements "M. _____". La situation de chacune des parties étant identique pour ce sous-critère, c'est à bon droit qu'elles auraient toutes deux reçu la note 4. b) Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le droit matériel laisse en principe une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, en particulier dans la phase de l'évaluation et de la comparaison des offres (ATF 141 II 353 consid. 3; cf. ég. consid. 2 ci-dessus). Le tribunal 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 MPU.2016.0008 du 15 mars 2017 consid. 3b, MPU.2016.0018 du 23 décembre 2016 consid. 2b; MPU.2016.0016 du 12 décembre 2016 consid. 3). Il est ainsi interdit à l'autorité judiciaire de substituer son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, sous peine de violer l'art. 16 al. 2 A-IMP et l'art. 98 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 LMP-VD. Partant, l'autorité judiciaire ne peut intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur, ce qui, en pratique, revient à exercer un contrôle restreint à l'arbitraire (ATF 141 II 353 consid. 3 et les nombreuses références citées; arrêt TF 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1). Si le pouvoir d'examen du tribunal en lien avec l'appréciation des offres est limité, il revient cependant au pouvoir adjudicateur de faire en sorte que les notes retenues soient fondées sur des critères objectifs, susceptibles

d'être explicités; en d'autres termes, la notation doit pouvoir être retracée (arrêt MPU.2016.0018 précité consid. 2c; MPU.2016.0015 du 3 novembre 2016 consid. 3 et MPU.2015.0016 du 26 mai 2015 consid. 4a) . c) En l'espèce, s'agissant du sous-critère "Façades en béton" concrétisant la capacité des soumissionnaires à "planifier une façade en béton apparent coulé sur place" (cf. ch. 3.12 DAO), il ressort des annexes fournies par la recourante que la référence d'EMS "J. _____" comportait effectivement une façade de ce type. En revanche, la documentation relative à la référence "K. _____" faisait état de façades réalisées en crépi, en verre et en Eternit. Elle ne comportait pas de façade en béton apparent coulé sur place, ce que la recourante ne conteste pas. A l'inverse, les deux références du collègue "L. _____" et des logements "M. _____" de l'adjudicataire comprenaient les façades requises. Contrairement à la recourante qui s'est limitée à joindre un descriptif des références, l'adjudicataire a fourni au soutien de chacune de ses références de brèves explications portant sur les solutions apportées aux diverses contraintes de ce type de travaux, afin de justifier sa capacité à exécuter le marché. Partant, c'est sans arbitraire que l'autorité intimée a considéré que les références fournies par l'adjudicataire étaient plus à même de démontrer sa capacité à réaliser ce type de travaux que celles produites par la recourante. Cette appréciation s'est traduite par l'attribution de la note 5 à l'adjudicataire, et 4 à la recourante, pour ce sous-critère, ce qui ne prête pas le flanc à la critique d) Pour ce qui est du sous-critère "Structure parking", l'offre de la recourante contenait une seule référence de parking enterré, à savoir celle de l'immeuble "K. _____", de sorte qu'il n'était pas arbitraire pour l'autorité intimée de lui attribuer la note 4 et non pas 5. Au vu du dossier, force est de constater que l'adjudicataire n'a également mentionné qu'une seule référence de parking enterré pour ce sous-critère, à savoir le projet de logements "M. _____". Il ressort toutefois de la documentation produite à cet égard que les ingénieurs civils en charge de ce projet étaient "B. _____, N. _____". Interpelée sur ce point à l'audience, l'adjudicataire a répondu ce qui suit: "Concernant la référence logements "M. _____", il [C. _____ pour l'adjudicataire] explique que le projet était divisé en lots et que N. _____ avait obtenu le lot comprenant la partie enterrée, tandis que le bureau B. _____ était chargé de la partie supérieure. Me Rappo [pour l'autorité intimée] ajoute que les deux entreprises ont reçu la note de 4 pour le sous-critère "Structure Parking" et indique qu'une référence comprenant deux bureaux d'ingénieurs n'a pas d'impact négatif sur la notation." Ainsi, de l'aveu même de l'adjudicataire, la partie du projet relative au parking enterré qu'elle a annoncé dans ses références au titre du sous-critère "Structure parking" a en réalité été réalisée par une entreprise tierce. Le lot dont elle a été chargée ne concernait que la partie supérieure de l'immeuble. Ce constat impose de déterminer dans quelle mesure une telle référence pouvait être prise en compte. aa) Le critère des références permet essentiellement d'attester la capacité du soumissionnaire à réaliser le marché mis au concours (MPU.2012.0023 du 7 novembre 2012 consid. 5c et GE.2009.0189 du 28 janvier 2008 consid. 5b)bb). Cet objectif ressortait d'ailleurs clairement du ch. 3.12 DAO qui imposait aux soumissionnaires de fournir deux objets de référence concernant des projets similaires, afin de "[d]émontrer [leur] capacité à développer une structure de parking pour des objets de taille comparable à celui à réaliser". En vertu de l'art. 6 al. 1 let. LMP-VD, la procédure en matière de marchés publics est gouvernée par les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement. Ceux-ci imposent au pouvoir adjudicateur d'assurer l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires durant tout le déroulement de la procédure. En particulier, le pouvoir adjudicateur doit adopter les mêmes critères – d'aptitude et d'adjudication – pour l'ensemble des concurrents et leur appliquer

l'échelle de notation retenue dans le respect du principe d'égalité de traitement (arrêts MPU.2016.0022 du 31 janvier 2017 consid. 3b)aa) et MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016 consid. 3a). L'inégalité de traitement apparaît comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (arrêt en matière de marchés publics TF 2C_785/2014 du 12 février 2015 consid. 3.2 et les références citées). Le tribunal de céans a déjà jugé qu'il n'était pas admissible, sous peine de porter atteinte au principe d'égalité de traitement, d'accorder le même poids à des références de projets entièrement réalisés par le soumissionnaire (référence complète) qu'à des projets partiellement réalisés par lui, par exemple en cas de reprise d'un chantier en cours (référence partielle) (MPU.2017.0001 du 9 mai 2017 consid. 4d). A fortiori, lorsqu'un soumissionnaire s'est, comme en l'espèce, associé à une autre entreprise pour réaliser un projet mais qu'il ressort que des lots clairement définis ont été attribués, ledit soumissionnaire ne saurait se prévaloir au titre de ses références propres d'un lot exécuté par l'autre entreprise. Une telle référence ne permet en effet pas au pouvoir adjudicateur de juger de la capacité du soumissionnaire à réaliser le marché offert. bb) Il s'ensuit que, dans le cas présent, l'adjudicataire ne pouvait se prévaloir, pour démontrer sa capacité à réaliser un parking enterré, de la référence des logements "M. _____" puisque le lot en question a été assumé par le bureau d'ingénieurs civils tiers N. _____. Retenir avec l'autorité intimée que la mention des deux bureaux d'ingénieurs pour cette référence n'aurait pas d'impact négatif sur la note attribuée consacrerait une violation du principe d'égalité de traitement. Elle conduirait à prendre en compte pour ce soumissionnaire une référence d'un projet réalisé par un tiers. Les annexes fournies par l'adjudicataire dans le cadre du critère " 1. Références de l'entreprise " ne contiennent pas d'autre référence à un parking enterré que celle des logements "M. _____". En d'autres termes, l'adjudicataire n'a pas fourni de référence valable pour ce sous-critère. Dans ces conditions, la note 4 (" Bon et avantageux "), qui doit être attribuée au soumissionnaire ayant fourni l'information ou le document demandé et dont le contenu répond aux attentes avec un minimum d'avantages, se révèle arbitraire. En l'absence de référence valable pour le sous-critère " Structure parking ", l'adjudicataire ne pouvait recevoir que la note 0, voire 1, ce qui conduit à inverser le résultat de la procédure. Même à lui appliquer la note 1, l'adjudicataire obtiendrait un total de 421.65 points, contre 440 pour la recourante. Certes, l'autorité intimée n'avait pas connaissance de cette information au moment de l'évaluation des offres, puisque c'est seulement au cours de l'audience du 29 mars 2017 que l'adjudicataire l'a informée de l'attribution de lots déterminés pour la référence des logements "M. _____". Il n'en demeure pas moins que la note y relative se révèle arbitraire, la méconnaissance de l'autorité intimée à cet égard étant sans influence sur l'appréciation qui précède. cc) A toutes fins utiles, on relèvera que l'adjudicataire a fourni pour le critère " 2. Références du chef de projet " – en l'espèce C. _____ –, la référence "Q. _____" relative à la réalisation d'un parking enterré. La documentation produite à cet égard ne permet pas de savoir si cet ouvrage a été assumé par l'intéressé lorsqu'il était employé du bureau B. _____. Cette question souffre toutefois de demeurer indéterminée, car même à supposer que tel ait effectivement été le cas, la référence de parking enterré soumise pour ce deuxième critère ne pourrait être valablement prise en compte au titre du critère " 1. Références de l'entreprise " pour les motifs qui suivent. Le DAO exigeait que deux références soient fournies pour chacun des deux critères précités. Le ch. 3.12 du DAO relatif au critère " 1. Références de l'entreprise ", précisait en outre que les soumissionnaires bénéficiaient de deux pages A4 ou une page A3 pour présenter chacune des références et que "[t] out

document supplémentaire sera [it] écarté de l'évaluation ". Ainsi, examiner la référence "Q._____" pour évaluer la capacité du bureau B._____ à réaliser un parking enterré reviendrait à admettre le dépôt par l'adjudicataire de trois références pour le premier critère, puisque deux références ont été librement choisies et fournies par l'adjudicataire pour le premier critère. Le nombre de pages maximum pour les références du premier critère ayant par ailleurs été épuisé, cela conduirait à la prise en compte de pages supplémentaires contrairement au ch. 3.12 du DAO. Enfin, il ressort également du barème de notation que les notes 0 à 5 sanctionnent le contenu de " l'information ou [du] document " fourni par le soumissionnaire " par rapport à un critère fixé ". Partant, l'évaluation de la référence "Q._____" pour le critère " 1. Références de l'entreprise " se révèle inadmissible, sous peine de violer les principes de transparence et d'égalité de traitement.

E. 6

Au vu des considérants qui précèdent, il n'est pas nécessaire de statuer sur les autres griefs de la recourante, le recours devant en tout état de cause être admis pour ce motif déjà. Il s'ensuit que la décision attaquée doit être réformée en ce sens que le marché litigieux est adjugé à la recourante, classée deuxième selon la grille d'évaluation du 18 novembre 2016. En procédure de recours, les frais sont supportés par la partie qui succombe. (art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Le sort du recours commande en l'espèce qu'un émolument judiciaire, par moitié, soit mis à la charge de l'autorité intimée. La décision de cette dernière est annulée, d'une part, et l'ECA a agi pour la défense de ses intérêts patrimoniaux dès lors que la procédure litigieuse a pour but la valorisation de la parcelle dont elle est propriétaire, d'autre part. L'autre moitié de l'émolument sera mise à la charge de l'adjudicataire qui a pris des conclusions tendant au rejet du recours et à la confirmation de la décision entreprise. La recourante, qui obtient gain de cause en ayant procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens, à la charge de l'autorité intimée et de l'adjudicataire (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.