

# VD\_OMNI MPU.2017.0006 vom 5. Dezember 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-12-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2017.0006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2017.0006)

FR: VD\_OMNI MPU.2017.0006 du 5 décembre 2017

IT: VD\_OMNI MPU.2017.0006 del 5 dicembre 2017

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/Conseil régional du district de Nyon, B. \_\_\_\_\_ | Marché public portant sur la concession d'exploitation d'un système de vélos en libre-service. En l'occurrence, le fait que l'adjudication n'a pas été publiée sur le site Internet simap constitue un vice de moindre gravité, qui ne saurait entraîner l'annulation de l'adjudication (consid. 1a/cc). Avant la présente procédure de recours, dirigée contre l'adjudication, un premier recours avait été interjeté contre l'appel d'offres (affaire MPU.2016.0024). Par arrêt entré en force, ce premier recours a été déclaré irrecevable pour tardiveté. Dès lors, la recourante ne peut plus soulever le même grief (à l'encontre de l'appel d'offres) dans la présente procédure, le recours étant irrecevable à cet égard (consid. 3b). Critères d'aptitude: les faits postérieurs à l'échéance du délai pour le dépôt des offres ne peuvent en principe être pris en considération lors de l'examen du respect de ces critères (consid. 4a/aa). En l'occurrence, les soumissionnaires devaient offrir un système de vélos en libre-service "ayant fait ses preuves". Le point de vue de l'adjudicateur, selon lequel cela ne suppose pas d'avoir déjà mis en place ailleurs un système tout à fait identique (not. sur le plan technique), n'est pas critiquable (consid. 4d). Critères d'adjudication: en l'occurrence, le fait que la recourante a offert un système comptant nettement plus de stations et de vélos que l'adjudicataire ne lui permet pas de prétendre à une meilleure note, car, d'un autre côté, elle n'a pas suffisamment tenu compte des priorités fixées par l'adjudicateur. Rejet du recours. Recours au TF rejeté par arrêt 2C\_58/2018 du 29 juin 2018.

## Erwägungen

### E. 1

a) aa) L'art. 10 al. 1 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD; RSV 726.01) énumère les décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours dans les dix jours dès leur notification ou leur publication. Au nombre de celles-ci figurent les décisions d'adjudication (let. d). La loi sur la procédure administrative est applicable pour le surplus (art. 10 al. 3 LMP-VD). D'après l'art. 19 de la loi cantonale sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 (LPA-VD; RSV 173.36), les délais fixés en jours commencent à courir le lendemain du jour de leur communication ou de l'événement qui les déclenche. Selon un principe général, la partie intéressée ne doit pas subir de préjudice du fait que la notification est viciée. bb) Aux termes de l'art. 39 al. 1 du règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; RSV 726.01.1), chaque adjudicateur publie, au plus tard dans les 72 jours après l'adjudication d'un marché, un communiqué qui paraît sur le site internet simap ([www.simap.ch](http://www.simap.ch)) et dans la Feuille des avis officiels du Canton de Vaud, selon les mêmes exigences que pour l'appel d'offres. L'art. 42 al. 1 RLMP-VD pose la règle selon laquelle l'adjudicateur communique ses décisions par notification individuelle, sauf pour les avis d'appel d'offres. cc) En l'occurrence, la décision

attaquée, datée du 31 janvier 2017, a été adressée sous pli recommandé le 6 février 2017 à "A.\_\_\_\_\_, Monsieur I.\_\_\_\_\_, Directeur, \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\* ". Le 7 février 2017, ce courrier a été retourné à l'expéditeur – à qui il a été distribué le lendemain 8 février 2017 –, avec la mention que le destinataire était introuvable à l'adresse indiquée. Le 7 février 2017, une collaboratrice de l'autorité intimée a adressé à I.\_\_\_\_\_ un courriel ayant la teneur suivante: "[...] Suite à notre échange téléphonique hier, je vous transmets le courrier ci-joint qui vous a été transmis par courrier recommandé la semaine passée. Il contient aussi le tableau de synthèse de l'évaluation des offres. Différents documents d'A.\_\_\_\_\_ mentionnent la rue \*\*\*\*\*, d'autres documents la rue \*\*\*\*\*. Le recommandé est encore ouvert et nous n'avons reçu à ce jour aucun retour de la Poste. En tous les cas, par ce mail, nous vous informons de la décision d'adjudication du Conseil régional du district de Nyon à B.\_\_\_\_\_ SA. Dès lors, le délai de recours est ouvert. [...]". A lire les écritures et à consulter la plate-forme simap, il n'apparaît pas que l'adjudication ait été publiée, comme le prescrit l'art. 39 al. 1 RLMP-VD. L'absence de publication a été confirmée lors de l'audience. S'agissant des conséquences du défaut de publication, vice dont la recourante ne se plaint au demeurant pas, il convient de se fonder sur le but de l'obligation de publier, qui est de permettre de déceler les situations dans lesquelles l'adjudicateur fait usage d'une procédure de passation erronée (arrêt MPU.2011.0010 du 21 avril 2011 consid. 2b avec réf. à Vincent Carron/Jacques Fournier, La protection juridique dans la passation des marchés publics, étude de droit comparé, règles types et rapport explicatif, 2002, p. 17). A cette fin, la formalité de la publication de l'adjudication s'impose surtout en l'absence d'appel d'offres (procédures sur invitation ou de gré à gré). Or, en l'espèce, il y a bien eu appel d'offre – d'ailleurs dûment publié –, de sorte que le défaut de publication de l'adjudication constitue un vice de moindre gravité, qui ne saurait entraîner l'annulation de l'adjudication. dd) A défaut de publication, le délai de recours a commencé à courir le lendemain du jour où la recourante a eu connaissance de l'adjudication à son concurrent B.\_\_\_\_\_, soit le 8 février 2017. Interjeté le 16 février 2017, le recours a été formé dans les dix jours et, partant, en temps utile. b) En outre, en tant que soumissionnaire évincé arrivé en deuxième position, la recourante a incontestablement la qualité pour recourir. Le recours respecte par ailleurs les exigences de forme, de sorte qu'il est recevable. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

## **E. 2**

a) Dans son écriture finale du 22 septembre 2017, la recourante s'est plainte de ce que l'autorité intimée aurait refusé de lui transmettre une copie du procès-verbal de son audition. Jusque-là, la recourante n'avait pas formulé de telle plainte dans ses écritures. Elle ne l'a pas fait non plus lors de l'audience, quand le mandataire de l'autorité intimée s'est référé à cette pièce. Du reste, la recourante n'indique pas quand elle aurait demandé une copie dudit procès-verbal et se contente d'alléguer le refus de l'autorité intimée, sans autre preuve ni offre de preuve. Quoi qu'il en soit, le procès-verbal en question a été daté (du 4 janvier 2017) et signé par le directeur de la recourante, lequel a en outre apposé son visa au bas de chaque page. La recourante ne saurait par conséquent prétendre en ignorer la teneur. b) Dans son écriture du 26 octobre 2017, la recourante demande que certaines informations contenues dans l'écriture finale du 22 septembre 2017 de l'adjudicataire, informations qui ont été caviardées dans la version de dite écriture qui lui a été remise, lui soient communiquées. Il s'agit des informations concernant les présentations du système de l'adjudicataire (allégué 43 de l'écriture finale de cette dernière), ainsi que la structure de l'entreprise, l'identité des cadres et la gestion des processus (allégués 44 à 46). aa) Les

parties ont le droit d'être entendues (art. 29 al. 2 Cst., 27 al. 2 Cst./VD et 33 al. 1 LPA-VD). Cela inclut pour elles le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à leur détriment, d'avoir accès au dossier, de proposer et fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'en prendre connaissance, de participer à leur administration et de se déterminer à leur propos (ATF 140 I 99 consid. 3.4 p. 102/103, 285 consid. 6.3.1 p. 299; 138 V 125 consid. 2.1 p. 127, et les arrêts cités). Dans son principe, le droit d'être entendu, y compris celui de consulter le dossier, doit être garanti dans la procédure de passation des marchés publics (ATF 139 II 489 consid. 3.3 p. 496). Dans ce domaine toutefois, le droit de consulter les pièces relatives à l'offre des soumissionnaires concurrents et de l'adjudicataire peut être restreint, afin de garantir le secret des affaires et le secret de fabrication, également protégés par la loi (cf. ATF 139 II 489 consid. 3.3 p. 496/497 et les nombreuses références citées). Ainsi, aux termes de l'art. 18 RLMP-VD, les documents fournis par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaire et de fabrication, sont traités de façon confidentielle (al. 1); l'adjudicateur ne peut faire usage ou transmettre ces documents à des tiers qu'avec l'accord du soumissionnaire concerné (al. 2). Ces règles valent également dans la procédure de recours devant le Tribunal cantonal. bb) Les informations concernant l'organisation de l'entreprise relèvent typiquement du secret des affaires (cf., en droit de la concurrence, ATF 142 II 268 consid. 5.2.3 et 5.2.4 p. 279). Quoi qu'il en soit, l'organigramme figurant dans l'écriture finale de l'adjudicataire correspond à l'organisation actuelle (à comparer avec l'organigramme reproduit dans l'offre de l'adjudicataire, p. 21 des annexes au chapitre 12, pt 12.2.1). Il s'agit donc d'informations postérieures à l'échéance du délai pour le dépôt des offres et la décision d'adjudication, qui ne peuvent partant de toute façon être prises en compte (cf. ci-après consid. 4a/aa). Dans la mesure où elles pourraient jouer un rôle en lien avec les conditions d'aptitude, les informations concernant les présentations du système de l'adjudicataire et la gestion des processus sont postérieures à l'échéance du délai pour le dépôt des offres et ne peuvent davantage être prises en considération (cf. ci-après consid. 4a/aa). Du moment que les informations en question n'ont pu avoir aucune influence sur la décision attaquée et qu'il n'en sera tenu aucun compte dans le présent arrêt, il n'y a pas lieu de les communiquer à la recourante. Partant, la requête de cette dernière doit être rejetée, sans qu'il n'en résulte de violation de son droit d'être entendue (cf. art. 36 al. 3 LPA-VD a contrario).

### E. 3

La recourante dénonce une violation du principe d'égalité, qui est selon elle d'une gravité telle que non seulement la décision d'adjudication, mais encore toute la procédure d'appel d'offres devrait être annulée. a) La recourante fait valoir que le cahier des charges (ch. 4.1) avantage l'adjudicataire dans la mesure où, dès la conclusion du contrat, le concessionnaire reprend la propriété des installations du réseau VLS La Côte, tandis que les exigences minimales ne doivent être remplies qu'à la fin de la première année d'exploitation. Selon la recourante, cela ne vaut que pour l'adjudicataire B. \_\_\_\_\_, qui peut reprendre le réseau qu'elle exploite actuellement, ce qui diminue ses coûts. La recourante ne peut pas reprendre ces infrastructures (le logiciel permettant l'exploitation n'étant pas le sien) et doit mettre en place son système dès le début de la concession. La valeur de reprise du réseau existant n'est pas la même pour B. \_\_\_\_\_ que pour un concurrent. Seule B. \_\_\_\_\_ dispose d'une période d'adaptation d'une année. La recourante est ainsi désavantagée, ce qui a eu une influence sur l'offre qu'elle a déposée, ainsi que sur la notation (not. critère du "business plan"). La recourante aurait aussi été désavantagée par le fait que l'autorité intimée a imposé la collaboration avec l'association D. \_\_\_\_\_, qui travaille actuellement avec

l'adjudicataire. L'autorité intimée et l'adjudicataire font valoir que le grief de violation du principe d'égalité a déjà été soulevé dans le cadre du recours interjeté le 13 juillet 2016 contre l'appel d'offres, recours qui a été déclaré irrecevable par arrêt MPU.2016.0024 du 14 novembre 2016, entré en force. Par conséquent, le grief serait irrecevable dans le cadre de la présente procédure de recours dirigée contre la décision d'adjudication. La recourante rétorque que l'inégalité de traitement inhérente à l'appel d'offres a eu une influence directe sur les offres déposées et sur l'appréciation qu'en a faite l'autorité intimée. Ainsi, la valeur de reprise des infrastructures existantes est moindre pour elle que pour B.\_\_\_\_\_. Cette dernière est avantagée par le fait qu'elle peut continuer à utiliser le réseau mis en place durant la première année. Ces inégalités ont eu une influence directe sur les offres (not. "business plan", plan de développement, modèle commercial, gestion de l'exploitation) et sur l'appréciation qui en a été faite. La recourante en déduit que le grief d'inégalité de traitement doit également être examiné dans le cadre de la présente procédure, dirigée contre la décision d'adjudication. b) Selon l'art. 10 al. 1 let. a LMP-VD, l'appel d'offres constitue une décision sujette à recours dans le délai de 10 jours à compter de sa publication (cf. aussi art. 15 al. 1bis let. a AIMP). En outre, les principes et les critères énoncés dans l'appel d'offres font généralement partie intégrante de celui-ci, si bien qu'ils doivent, en vertu du principe de la bonne foi, être contestés à ce stade de la procédure déjà, sous peine de forclusion (cf. ATF 125 I 203 consid. 3a; TF 2C\_107/2007 du 22 janvier 2008 consid. 2.1; arrêts MPU.2016.0006 du 13 juillet 2016 consid. 3c; MPU.2015 du 20 janvier 2016 consid. 4b et MPU.2015.0007 du 21 mai 2015 consid. 3a). Il convient cependant de ne pas se montrer trop strict dans l'application de ce principe et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes. Ainsi, cette conséquence ne peut être opposée à une partie que pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées ou, à tout le moins, qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. On ne saurait de ce fait exiger que les soumissionnaires procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, ce d'autant que leurs connaissances en ce domaine sont généralement limitées et le délai pour déposer les offres relativement court (ATF 130 I 241 consid. 4.3; MPU.2016.0024 précité consid. 2b). Or, si le soumissionnaire qui omet de contester l'appel d'offres – alors qu'il aurait pu et dû le faire – sur un point ne peut faire valoir le même moyen à l'appui d'un recours contre l'adjudication, il doit en aller de même de celui qui le conteste, mais par un acte déclaré irrecevable. En l'occurrence, le recours qu'A.\_\_\_\_\_ a interjeté contre l'appel d'offres au motif que B.\_\_\_\_\_ serait avantagée par rapport aux autres soumissionnaires a été déclaré irrecevable pour tardiveté, par arrêt incident du 14 novembre 2016, entré en force. Dès lors, A.\_\_\_\_\_ ne peut plus faire valoir le même moyen dans la présente procédure ayant pour objet la décision d'adjudication. Le recours est irrecevable à cet égard. Au demeurant, à supposer que le recours soit recevable sur ce point, il devrait être rejeté, car il n'apparaît pas que les modalités de l'appel d'offres avantageraient B.\_\_\_\_\_ en tant qu'exploitant actuel du réseau de VLS. En effet, comme l'autorité intimée l'expose dans sa réponse, le cahier des charges prévoit un nouveau concept d'exploitation, largement différent du réseau existant (en part. augmentation du nombre de stations et de vélos, utilisation des vélos combinée avec d'autres moyens de transport, afin de répondre aux besoins notamment des pendulaires). La période transitoire d'une année contribue à mettre les soumissionnaires sur un pied d'égalité. D'un point de vue financier, B.\_\_\_\_\_ ne se trouve pas avantagée par le fait qu'elle pourrait reprendre les installations existantes. En effet, le critère d'adjudication

est le "business plan", où les investissements ne sont qu'un élément parmi d'autres. Or, dans son offre, l'adjudicataire a indiqué que la valeur du réseau existant était négligeable pour elle (cf. consid. 10c ci-après).

### **E. 3.5**

et l'adjudicataire la note 4.5. A l'audience, la recourante a estimé que l'adjudicataire aurait dû obtenir la note 2.5 pour ce critère. a) Selon la recourante, il est "surprenant" que l'adjudicataire ait reçu une meilleure note qu'elle, alors qu'elle n'a aucune expérience dans la gestion et l'exploitation d'un réseau de VLS sans attaches fixes. B. \_\_\_\_\_ est dépourvue d'expérience dans la gestion d'un réseau tel que celui offert, car le plus grand réseau qu'elle exploite actuellement est celui de Morges-EPFL avec 26 stations, qui est géré directement par l'Université de Lausanne et l'EPFL. La recourante, quant à elle, exploite un réseau de 85 stations et 600 vélos sur le territoire genevois. Il n'y a par ailleurs pas de différence entre les deux offres sur le point de la gestion du parc de VLS, puisque l'autorité intimée impose à cet égard la collaboration avec l'association D. \_\_\_\_\_. Dans ces conditions, la recourante aurait dû à tout le moins recevoir la même note que l'adjudicataire. b) Comme le relève l'autorité intimée, au chapitre 6 du cahier des charges, intitulé "Gestion de l'exploitation", il était demandé aux soumissionnaires de proposer un concept d'exploitation d'un réseau de VLS (voir le libellé du sous-chapitre 6.3). L'expérience n'apparaît pas ici comme critère d'évaluation. Par ailleurs, dans sa réponse, l'autorité intimée a énuméré les points faibles de l'offre de la recourante (allégué 170: n'évoque pas une disponibilité minimum des vélos garantie l'hiver; ne précise pas la capacité de stockage des locaux à \*\*\*\*\*; aucune solution évoquée quant à une panne généralisée du système; ne précise pas l'emplacement du local qu'il annonce dans l'offre; ne précise pas comment la formation se déroulera et à quelle fréquence; ne détaille pas les processus de gestion d'entretien des vélos; ne précise pas à quelle fréquence ont lieu les réunions; les vélos durant la période hivernale seront démontés et subiront un grand service dans les locaux à \*\*\*\*\* si nécessaire, cette tâche n'étant donc pas assurée par D. \_\_\_\_\_; aucune information sur la manière dont sont réalisées ses statistiques). La recourante ne démontre pas en quoi ces critiques seraient arbitraires. Elle affirme tout au plus, s'agissant des lacunes relatives à la collaboration avec le vélopasseur D. \_\_\_\_\_, que l'autorité intimée aurait refusé de lui transmettre les informations nécessaires. Elle n'étaye toutefois nullement cette allégation. Au vu de ce qui précède, la notation pour le critère 2 n'apparaît pas comme arbitraire. 7. Pour le critère 3 "Plan de développement" (chapitre 7 du cahier des charges), avec une pondération de 15%, la recourante et l'adjudicataire ont reçu les deux la note 4. A l'audience, la recourante a prétendu que cette dernière aurait dû obtenir la note 3. a) La recourante fait valoir que l'adjudicataire a offert un réseau de 50 stations avec 320 vélos, dont 160 électriques, au terme de son développement après 5 ans. Elle-même a proposé un réseau de 130 stations, avec 600 vélos dont 500 électriques, au terme de son développement. Son réseau compte déjà 50 stations et 300 vélos à compter du début de l'exploitation. Le réseau proposé par l'adjudicataire est ainsi trois fois moins dense (la densité, à laquelle la performance d'un réseau est directement liée, étant fonction du nombre de stations et de la distance entre celles-ci) que celui de la recourante et compte deux fois moins de vélos. Il ne serait dès lors "pas logique" d'attribuer le même nombre de points aux deux concurrents. L'autorité intimée relève que, selon le cahier des charges (ch. 7.1 Développement du réseau), les conditions de déploiement minimales sont de mettre en réseau à compter de la fin de la deuxième année d'exploitation au moins 50 stations et 300 vélos, dont la moitié électriques, en tenant compte des stations déjà en place. L'adjudicataire s'est tenue à ces exigences

minimales, alors que la recourante est allée largement au-delà. Par conséquent, elle a retenu comme point faible de l'offre de l'adjudicataire une "densification et répartition des stations moins intéressantes", tandis que le grand nombre de stations et de vélos de l'offre de la recourante a été reconnu comme un de ses points forts. L'offre de la recourante est toutefois lacunaire à un autre égard. A plusieurs endroits du cahier des charges, il est indiqué que l'accessibilité facilitée au système de VLS pour les pendulaires est une des priorités de l'autorité intimée. Or, le rapport d'évaluation retient comme points faibles de l'offre de la recourante que "la demande des pendulaires aux interfaces des transports n'est pas concrètement prise en considération (gares, P+R, débarcadères, arrêts de bus, etc...)" et que "le développement des stations avec les transports publics reste peu précis quant à la vision d'un partenariat privé-public". Au contraire, au nombre des points forts de l'offre de l'adjudicataire figure le fait qu'elle "densifie le nombre de stations et leurs emplacements selon les 4 groupes cibles (pendulaires, les habitants, les touristes et les loisirs) et particulièrement les pendulaires" et qu'elle "envisage des partenariats avec le plus grand nombre de communautés tarifaires (Mobilis) et d'opérateurs de transports publics possibles tels que les CFF, CGN, TPN etc...". L'adjudicataire conteste que la performance d'un réseau soit directement liée à sa densité. Selon elle, ce n'est pas le nombre de vélos qui est déterminant, mais la relation entre, d'une part, leur nombre et les emplacements retenus et, d'autre part, le potentiel d'utilisation. Dans sa réplique, la recourante relève qu'elle a été une fois de plus pénalisée à tort sur le point de l'offre à l'usage des pendulaires, l'autorité intimée ayant ignoré que son système Velospot est compatible avec le SwissPass. c) Il ressort pourtant du rapport d'évaluation (concernant le critère 1; voir ci-dessus consid. 5c) que l'autorité intimée est partie de l'idée que la recourante était partenaire de l'offre SwissPass. Lors de l'audience, l'autorité intimée a expliqué qu'elle voulait rendre l'offre de transports publics plus attractive en mettant à disposition des vélos en libre service. Or, l'offre de la recourante n'était pas adaptée aux pendulaires, soit le public-cible, dans la mesure où, depuis les gares de Nyon et de Rolle, les utilisateurs devraient parcourir une centaine de mètres pour trouver un vélo. La recourante, par son directeur, a pour sa part exposé que, à son avis, un système de VLS ne s'adresse pas aux pendulaires, qui sont trop nombreux pour le nombre de vélos à disposition. En argumentant de la sorte, la recourante conteste en quelque sorte le bien-fondé de la teneur du cahier des charges, dont elle s'est écartée. L'autorité intimée a aussi exposé qu'elle voulait densifier le réseau de VLS non seulement le long des axes de transports publics, mais aussi en milieu urbain et là où se trouvent les emplois. Or, la recourante avait prévu des stations dans des villages plus éloignés. En résumé, la recourante, en établissant son réseau, n'a pas suffisamment tenu compte des priorités fixées par l'adjudicateur. Ce point faible venant contrebalancer le point fort consistant dans la densité supérieure, le grand nombre de stations et de vélos, il n'est pas critiquable que l'adjudicataire et la recourante aient obtenu le même nombre de points pour le critère 4. 8. Pour le critère 5 "Communication/Marketing " (chapitre 10 du cahier des charges), avec une pondération de 10%, l'adjudicataire a reçu la note 4.5 et la recourante la note 4. A l'audience, la recourante n'est pas revenue sur ce critère. a) La recourante fait valoir que son offre répond entièrement au cahier des charges, dans la mesure où l'ensemble du budget sera couvert par les recettes provenant de la publicité, du sponsoring et des partenariats. Dans les villes où elle exploite son système, elle a démontré que son concept de communication/marketing fonctionne, au contraire de l'adjudicataire, qui a dû renoncer à exploiter certains réseaux. b) L'autorité intimée répond que la couverture du budget par les recettes n'est qu'une exigence parmi d'autres. De son point de vue, il n'est pas question ici de

savoir si le concept de communication/marketing proposé fonctionne, mais bien d'évaluer les deux offres soumises et de les noter en fonction de leur respect des exigences posées par le cahier des charges. Or, elle a identifié dans l'offre de l'adjudicataire plus de points forts et moins de points faibles que dans celle de la recourante. c) L'examen des offres respectives montre qu'elles tiennent compte dans une certaine mesure des spécificités de la région Nyon/Divonne. Dans cette mesure, l'expérience acquise par un soumissionnaire dans l'exploitation d'un réseau de VLS dans une autre région n'est que partiellement transposable. Si l'on veut néanmoins tenir compte de l'expérience du soumissionnaire, il faut garder à l'esprit qu'il s'agit, dans l'optique d'évaluer la communication et le marketing, de l'expérience dans l'exploitation d'un système de VLS, indépendamment des caractéristiques techniques de celui-ci (systèmes avec et sans attaches etc.). Or, on ne saurait dire que l'adjudicataire manque d'expérience dans l'exploitation – dans le sens qui vient d'être indiqué – d'un système de VLS. Les critiques de la recourante ne suffisent par conséquent nullement à faire apparaître comme arbitraire la notation relative au critère en question.

#### **E. 4**

La recourante soutient que l'offre de l'adjudicataire doit être exclue parce que celle-ci ne remplirait pas les critères d'aptitude. a) aa) En matière de marchés publics, on distingue les critères d'aptitude ou de qualification ("Eignungskriterien"), qui servent à s'assurer que le soumissionnaire dispose des capacités suffisantes afin de réaliser le marché (cf. art. 13 al. 1 let. d AIMP), des critères d'adjudication ou d'attribution qui se rapportent en principe directement à la prestation requise et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie. Les entreprises soumissionnaires qui ne remplissent pas un des critères d'aptitude posés voient leur offre exclue, sans compensation possible, alors que la non-réalisation d'un critère d'adjudication n'est pas éliminatoire, mais peut être compensée par une pondération avec d'autres critères d'adjudication (cf. ATF 141 II 353 consid. 7.1 p. 369 et les références). Le défaut d'un critère d'aptitude n'entraîne pas l'exclusion, lorsque les manques sont de peu d'importance et que l'exclusion serait disproportionnée. Un motif d'exclusion doit en effet présenter une certaine gravité. Tel est le cas, lorsque l'égalité de traitement avec les autres offres ne serait pas assurée si l'offre viciée en question restait en lice. L'exclusion est en revanche disproportionnée ou formaliste à l'excès, si la non-conformité aux exigences de l'appel d'offres est de moindre importance et insignifiante du point de vue du rapport entre le prix et la prestation (ATF 143 I 177 consid. 2.3.1 p. 182 et les références). Le moment déterminant pour la procédure de soumission est celui du prononcé de la décision d'adjudication. S'agissant des critères d'aptitude, les faits à l'avantage d'un soumissionnaire qui sont postérieurs à l'échéance du délai pour le dépôt des offres ne peuvent en principe être pris en considération, sous peine de discriminer les autres soumissionnaires (ATF 143 I 177 consid. 2.5.1 p. 184). Les conditions de l'appel d'offre doivent être interprétées selon les règles de la bonne foi. Dans la formulation et l'application des critères d'aptitude, l'adjudicateur dispose d'une importante latitude de jugement/liberté d'appréciation, que l'autorité de recours se doit de respecter (ATF 141 II 14 consid. 7.1 p. 36). bb) Aux termes de l'art. 24 RLMP-VD, intitulé "Critères d'aptitude", l'adjudicateur définit des critères d'aptitude objectifs et les preuves à apporter pour l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires (al. 1). Les critères d'aptitude concernent en particulier les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques, organisationnelles et de gestion environnementale (al. 2). L'adjudicateur ne demande que les preuves nécessaires à l'évaluation des offres (al. 3). Selon l'art. 32 1er tiret let. i RLMP-VD, une offre peut être

exclue notamment lorsque le soumissionnaire "paraît être inexpérimenté dans le domaine du marché et ne présente pas les garanties nécessaires pour une exécution complète, soignée ou ponctuelle." b) En l'occurrence, les publications sur la plate-forme simap et dans la FAO contiennent les indications suivantes sous la rubrique "Critères d'aptitude" (ch. 3.7): "conformément aux critères suivants: Le candidat doit avoir la capacité, les compétences et l'aptitude requises pour la mise en place, le développement et l'exploitation d'un réseau de stations de vélos en libre-service. Pour le prouver, il doit remettre avec son offre une copie de son inscription au Registre du commerce qui précise son activité dans ce domaine et fournir les références et caractéristiques requises dans le cahier des charges. Il doit en outre accepter, appliquer et respecter les conditions minimales d'admissibilité de son offre, telles que décrites dans le cahier des charges, sous peine d'exclusion de son offre". Le cahier des charges comporte un chapitre 4 intitulé "Cadre de la prestation" qui comporte lui-même un sous-chapitre 4.1 "Exigences minimales". Aux termes de celui-ci, les conditions-cadres et les exigences minimales sont notamment les suivantes: "Système de vélos en libre-service ayant fait ses preuves (chiffres à l'appui) en termes d'utilisation, de sécurité et de risques minimes liés au vandalisme;" Par ailleurs, les conditions administratives contiennent une rubrique "4.14. Dossier qui ne répond pas aux attentes minimales", aux termes de laquelle l'adjudicateur peut décider d'exclure des dossiers qui n'obtiennent pas au moins la note 3 sur un des éléments d'appréciation marqués d'un astérisque au chapitre 4.6. Les critères d'appréciation comportant un astérisque sont les suivants: caractéristiques du système VLS, gestion de l'exploitation, plan de développement et modèle commercial. c) aa) Selon la recourante, l'offre de l'adjudicataire ne satisfait pas aux exigences minimales du cahier des charges, aux termes duquel le soumissionnaire doit proposer un système de vélos en libre-service ayant fait ses preuves. Elle fait valoir que B. \_\_\_\_\_ propose, de son propre aveu, un système entièrement nouveau, qui est en phase de développement (prototype) et ne peut ainsi "avoir fait ses preuves", à la différence du sien, qui a été mis en place dans plusieurs villes suisses et fonctionne à la satisfaction des usagers depuis 2011. En particulier, B. \_\_\_\_\_ n'exploiterait que des systèmes avec attaches et n'aurait aucune expérience (pas d'exploitation commerciale ni même d'essai pilote) dans le domaine des systèmes sans attaches. Elle n'aurait installé aucun nouveau réseau depuis 2013 et ne disposerait pas d'équipes à cet effet. Le système de VLS de B. \_\_\_\_\_ aurait été retiré "par de nombreuses communes pour cause d'obsolescence" (not. Vevey, Delémont, Bulle, Winterthur, Frauenfeld, Soleure, Kreuzlingen, Rapperswil, Lucerne, Aigle et Monthey). bb) L'autorité intimée fait valoir que B. \_\_\_\_\_ gère dans plusieurs villes de Suisse un réseau de VLS. Le seul élément d'importance qui innove par rapport au système actuellement utilisé dans ces villes est le cadenas. Les nouveaux cadenas ont toutefois fait l'objet de nombreux tests concluants. Quant aux vélos proposés par l'adjudicataire dans son offre, ils n'ont certes jamais été utilisés par cette dernière, mais le sont en Allemagne depuis un certain nombre d'années, à satisfaction. cc) L'adjudicataire expose qu'elle exploite actuellement deux types de systèmes de VLS en Suisse: - un système où les vélos sont accrochés à des bornes. L'utilisateur doit se connecter aux bornes pour retirer son vélo. - un système avec totem, où les vélos sont accrochés à un bras télescopique. Pour retirer son vélo, l'utilisateur doit se connecter au totem et faire un code. Dans la présente procédure de marché public, l'adjudicataire a proposé un système comportant quelques modifications et adaptations "pour tenir compte des dernières évolutions technologiques et du besoin du réseau de VLS de La Côte" (réponse, p. 8). Ces adaptations portent essentiellement sur le cadenas. L'utilisateur ne se connecte plus au totem, mais directement au cadenas du vélo

pour retirer son vélo. Ce cadenas envoie un signal sans fil, par WPAN (Wireless Personal Area Network), au totem situé à proximité, lequel fait la liaison, par les ondes GSM, avec le BackEnd (soit la banque de données assurant le fonctionnement du système de VLS). Au demeurant, l'adjudicataire a proposé un système mixte, certaines stations ayant des bornes d'attaches et d'autres pas. L'adjudicataire fait valoir qu'elle a une grande expérience dans la gestion et l'exploitation d'un système de VLS avec bornes d'attaches fixes (réponse, p. 9). En exploitant le réseau Lausanne-Morges, elle a acquis une expérience importante dans la gestion d'un grand réseau de VLS. Si l'adjudicataire n'a pas installé de nouveaux réseaux depuis 2013, c'est parce que les décisions d'adjudication rendues en sa faveur ont été attaquées par la recourante. L'adjudicataire conteste par ailleurs l'allégation selon laquelle elle ne disposerait pas d'équipes capables d'installer un nouveau réseau. Elle fait valoir qu'elle a une équipe d'exploitation et qu'elle travaille avec des sous-traitants et fournisseurs. Quant aux retraits du système de VLS dans les communes citées par la recourante, l'adjudicataire indique qu'à Winterthur, Frauenfeld, Soleure, Kreuzlingen, Rapperswil et Lucerne, seule une station-test avait été installée, afin d'avoir "des retours d'expériences". Une fois les tests effectués, les stations ont été enlevées. A Delémont et Bulle, seules deux stations avaient été installées. Elles ont été démontées, car il s'est avéré que le potentiel était insuffisant, en raison d'une densité de population trop faible. A Aigle et Monthey, il a été décidé "d'attendre la mise en place des projets d'amélioration de transports publics et d'aménagement du territoire par les communes avant de réévaluer la pertinence de VLS dans l'agglomération". Dans sa réplique (p. 5), la recourante conteste qu'il ne s'agissait que de stations-test. Elle répète qu'onze villes ont décidé de renoncer au système B. \_\_\_\_\_ durant les 3 dernières années (p. 12). Dans son écriture du 26 octobre 2017, la recourante souligne la différence entre, d'une part, un système de VLS où les vélos sont attachés à la station (par des bornes ou des racks), station qui est connectée et, d'autre part, un système où les vélos ne sont pas attachés, mais dotés d'un cadenas qui est lui-même connecté. Elle répète que l'adjudicataire n'a jamais exploité de vélos sans attaches, dotés d'un cadenas connecté, alors qu'il s'agit là d'une exigence du cahier des charges. d) Selon l'inscription au registre du commerce, B. \_\_\_\_\_ a pour but la vente, la location, le développement et la commercialisation de produits et de services en lien avec la mise à disposition de véhicules à deux roues, y compris toutes activités connexes, ainsi que la fourniture de toutes prestations connexes (trad. libre par la Cour de céans). D'après le passage en cause du cahier des charges (ch. 4.1), c'est tout le système de VLS qui doit avoir fait ses preuves. L'autorité intimée relève que la notion de "système de vélos en libre-service" ne renvoie pas seulement à la technologie de sécurité, au matériel ou aux bornes, mais aussi au système d'exploitation, de prise en charge, de réparation, de remplacement, de rééquilibrage des stations, d'accessibilité, de réservation, de statistiques, d'abonnements etc. Cette interprétation n'est à tout le moins pas critiquable compte tenu de l'importante latitude de jugement dont dispose l'adjudicateur. Or, il est constant que l'adjudicataire exploite, dans plusieurs villes ou régions de Suisse, des réseaux de VLS, dont l'autorité intimée pouvait estimer, au regard également de son importante liberté d'appréciation, qu'ils avaient fait leurs preuves. Le système proposé dans le cadre du présent marché diffère certes des réseaux existants sur certains points, notamment en ce qui concerne le cadenas. En outre, l'adjudicataire propose en l'occurrence un système mixte, comportant des stations avec et des stations sans attaches, alors que, en tout cas jusqu'au moment déterminant de l'échéance du délai pour le dépôt des offres, elle n'avait installé que des stations avec attaches. Toutefois, ces différences techniques apparaissent comme mineures par rapport à

l'ensemble des technologies et des processus qui doivent être maîtrisés pour mettre sur pied et exploiter un réseau de VLS. Par ailleurs, il faut convenir avec l'adjudicataire que si le passage en cause de l'appel d'offres devait être interprété en ce sens que le soumissionnaire devait proposer un réseau de VLS rigoureusement identique à un système déjà existant et ayant fait ses preuves, l'autorité intimée se priverait de certaines innovations technologiques. L'existence d'une période de test de 18 mois à compter du début de l'exploitation (cf. cahier des charges ch. 5.4) donne également à penser que l'autorité intimée recherche une solution "sur mesure" et pas seulement la réplique exacte d'un système existant (et ayant fait ses preuves) ailleurs. e) Dans ces conditions, le grief selon lequel l'offre de l'adjudicataire ne satisferait pas aux exigences minimales posées par l'adjudicateur, de sorte qu'elle devrait être exclue, doit être rejeté. Il convient à présent d'examiner les critiques que la recourante fait de l'évaluation des offres, qu'elle qualifie d'arbitraire. On rappelle à cet égard que, selon la jurisprudence 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. Si elle substitue son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, l'autorité judiciaire juge en opportunité, ce qui est interdit, tant par l'art. 16 al. 2 AIMP que par l'art. 98 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 LMP-VD. 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, peut s'assimiler à un contrôle restreint à l'arbitraire (ATF 141 II 353 consid. 3 p. 363 avec renvoi à Etienne Poltier, Droit des marchés publics, 2014, no 420 p. 269).

#### **E. 5**

a) Pour le critère 1 "Caractéristiques du système" (chapitre 8 du cahier des charges), avec une pondération de 20%, l'autorité intimée a défini

#### **E. 9**

Pour le critère 6 "Références, qualifications et structures" (chapitre 12 du cahier des charges), avec une pondération de 10%, l'adjudicataire a reçu la note 4.5 et la recourante la note 3.5. A l'audience, la recourante a prétendu que cette dernière aurait dû obtenir la note 2.5. a) Selon le cahier des charges, au titre des références (ch. 12.1), le soumissionnaire devait donner la référence "d'un système comparable et au moins équivalent dans ses caractéristiques (taille, nombre de vélos, nombre de stations, territorialité et topographie)". Concernant l'organisation de la structure (ch. 12.2), il s'agissait de donner l'organigramme, en indiquant les personnes-clés et leurs remplaçants. Il fallait aussi indiquer le nombre de personnes impliquées dans le projet, les CV des personnes-clés principales, ainsi que les chiffres d'affaires annuels dans le domaine des VLS. Il fallait enfin indiquer les partenariats (ch. 12.3), soit notamment les sponsors, les magasins/points de vente et les partenaires mobilité. b) La recourante relève à nouveau que l'adjudicataire n'a jamais exploité un système sans attaches et propose un système en développement, jamais mis en œuvre. De plus, 11 villes auraient décidé de renoncer au système de B. \_\_\_\_\_ durant les 3 dernières années. La recourante, au contraire, offre un système ayant fait ses preuves; elle poursuit d'année en année son expansion en offrant et en installant son système dans de nouvelles villes. Elle se demande comment, dans ces conditions, l'adjudicataire a pu obtenir une meilleure note qu'elle au titre des références. c) L'adjudicataire a donné comme référence "principale" le réseau Lausanne-Morges, qui selon elle est actuellement le plus vaste et le plus ancien des réseaux de B. \_\_\_\_\_. Quoiqu'en dise la recourante, l'adjudicataire peut invoquer cette référence, puisque le réseau a été installé par L. \_\_\_\_\_, entreprise que

B. \_\_\_\_\_ a reprise en 2012. En outre, même si les utilisateurs accèdent au réseau par l'EPFL, l'adjudicataire gère l'électronique, est l'interlocutrice des différents partenaires et en particulier le cocontractant du vélopasseur "M. \_\_\_\_\_ ". Pour sa part, la recourante a cité plusieurs réseaux, dont celui de \*\*\*\*\*. L'autorité intimée a relevé que l'adjudicataire avait donné des informations claires, précises et exhaustives concernant le réseau Lausanne-Morges, alors que l'offre de la recourante était lacunaire, dans la mesure où elle ne contenait pas certaines informations demandées dans le cahier des charges. Concernant la structure aussi, l'offre de la recourante était moins claire, notamment en lien avec l'organigramme. De plus, la recourante n'a pas indiqué le coordinateur des travaux. S'agissant des partenaires, la recourante n'a pas mentionné de sponsors, ni de partenaires de mobilité. Lors de l'audience, la recourante a tenté de justifier l'absence d'indication des sponsors, au motif qu'il s'agit de grandes familles et de fonds, qui refusent que leurs noms soient publiés. Au vu des lacunes affectant l'offre de la recourante, notamment en ce qui concerne la structure, et du fait de la présentation plus précise et plus complète de l'adjudicataire, la notation n'apparaît pas comme arbitraire.

#### **E. 10**

Pour le critère 7 "Business Plan" (chap. 11 du cahier des charges), avec une pondération de 10%, l'adjudicataire et la recourante ont les deux reçu la note 4. A l'audience, la recourante a prétendu que l'adjudicataire aurait dû obtenir la note 2. a) Il s'agissait ici d'indiquer la valeur du réseau existant (ch. 11.1), les investissements (ch. 11.2), les frais d'exploitation (ch. 11.3) et les recettes (ch. 11.4). Les soumissionnaires devaient remplir des tableaux en inscrivant les montants correspondant à divers postes. b) La recourante fait valoir qu'un business plan établi par un concurrent dépourvu d'expérience avec un système sans attaches ne peut raisonnablement pas être considéré comme aussi crédible que celui d'une entreprise comme elle, qui exploite un tel système depuis 7 ans. L'autorité intimée a relevé les points faibles de l'offre de la recourante: frais de matériel sous-évalués pour un important parc de vélos électriques, recettes de sponsoring surévaluées au regard du potentiel de financement des entreprises de la place et autres recettes (hormis recettes d'utilisation, de publicité et de sponsoring) pas assez explicitées et trop faibles par rapport au volume important de vélos mis à disposition. Dans sa réplique, la recourante soutient que l'établissement du business plan et son évaluation ont été faussés par le fait – dont l'adjudicateur n'aurait pas tenu compte – que le réseau existant n'a de valeur (ch. 11.1) que pour l'adjudicataire, ce qui aurait eu une incidence sur les investissements, les frais d'exploitation et les recettes. La recourante conteste en outre avoir sous-évalué les frais de matériel. Selon elle, elle a pu retenir un montant relativement bas, parce qu'elle propose un seul système (sans attaches), alors que la recourante offre deux systèmes en parallèle (avec et sans attaches). c) S'agissant de la valeur du réseau existant, l'adjudicataire a établi son business plan en considérant que celle-ci est négligeable, car, à la suite du développement du nouveau système B. \_\_\_\_\_, les installations et les vélos existants ne sont plus compatibles et ne pourront plus être utilisés (annexes chapitre 11, ch. 11.1). Pour sa part, la recourante a retenu une valeur de - 100'000 fr., soit le coût du démontage de l'entier du matériel. On voit ainsi que les deux soumissionnaires sont partis de l'idée que le réseau existant n'avait pas de valeur pour la mise en place du nouveau réseau, ce qui contredit l'argument de la distorsion invoqué par la recourante. Au surplus, la recourante n'a pas réfuté les critiques de l'autorité intimée, selon lesquelles les recettes de sponsoring seraient surévaluées et les autres recettes (hormis recettes d'utilisation, de publicité et de sponsoring) pas assez explicitées et trop faibles. Ainsi, il n'apparaît pas que la notation relative à ce critère serait arbitraire.

### **E. 11**

a) La recourante voit une (autre) violation du principe d'égalité dans le fait que l'adjudicateur a imposé l'association D. \_\_\_\_\_ comme vélopasseur. Elle fait valoir en outre que celle-ci aurait été effrayée par l'ampleur du système proposé par la recourante (600 vélos) et serait intervenue en faveur de l'adjudicataire. b) L'association D. \_\_\_\_\_ n'était pas représentée dans le groupe d'évaluation. Selon le rapport d'évaluation, elle a toutefois été entendue au sujet de la capacité des soumissionnaires à exécuter les contrats et concernant les systèmes proposés. c) Le grief relatif à la collaboration (imposée) avec D. \_\_\_\_\_ est irrecevable pour les motifs indiqués plus haut (consid. 3). Quant aux allégations selon lesquelles cette association serait intervenue en faveur de l'adjudicataire, il s'agit de pures conjectures, nullement étayées.

### **E. 12**

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable, et la décision attaquée, confirmée. La recourante qui succombe supporte les frais de justice (cf. art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Au surplus, des dépens seront alloués à l'autorité intimée et à l'adjudicataire, qui obtiennent gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel (cf. art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Les dépens seront arrêtés conformément aux articles 10 et 11 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.