

VD_OMNI MPU.2017.0020 vom 3. Oktober 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-10-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2017.0020

FR: VD_OMNI MPU.2017.0020 du 3 octobre 2017

IT: VD_OMNI MPU.2017.0020 del 3 ottobre 2017

Regeste

A. _____/Municipalité de Payerne, B. _____ | La recourante ayant offert un prix de 0,01 fr. pour la plus-value doit se laisser opposer les conséquences d'une telle prise de risque. En l'occurrence, il n'est pas arbitraire de la part de l'adjudicateur de cumuler le montant de l'offre de base à celui de la plus-value pour calculer la note du critère de la plus-value. En outre, le principe de l'interdiction de la reformatio in pejus par l'autorité intimée une fois la procédure de recours engagée n'empêche pas cette même autorité de formuler de nouveaux arguments pour motiver la décision attaquée. Enfin, pas de violation du principe de l'intangibilité des offres par l'adjudicateur qui soustrait le montant de la subvention cantonale à l'offre d'un soumissionnaire pour la rendre comparable à celle d'un autre qui a déjà soustrait ce montant avant la remise de son offre. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

La matière est régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (AIMP; RSV 726.91), ainsi que par la loi cantonale sur les marchés publics, du 24 juin 1996 (LMP-VD; RSV 726.01) et le règlement y relatif, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; RSV 726.01.1).

E. 2

a) L'adjudicateur a classé l'offre de la recourante en deuxième position dans la procédure d'évaluation; cela confère à la recourante (qui a allégué, de manière soutenable, pouvoir être en passe d'obtenir l'adjudication du marché en sa faveur) la qualité pour agir contre la décision d'adjudication (ATF 141 II 14 consid. 4.1 p. 27, consid. 4.6 p. 31), y compris pour se plaindre des défauts formels graves de la procédure (ATF 141 II 307 consid. 6.6 p. 315).

b) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du Tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. Le Tribunal contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 141 II 353 consid. 3 p. 362/363; 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts MPU.2017.0003 du 3 avril 2017, consid. 2; MPU.2016.0008 du 15 mars 2017, consid. 3b; MPU.2016.0019 du 14 décembre 2016, consid. 2, consid. 3b, et les arrêts cités). Pour le surplus, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, notamment pour ce qui a trait à l'évaluation des offres (ATF 141 II 353 consid. 3 p. 362/363; arrêts MPU.2016.0008, précité, consid. 3b; MPU.2016.0039 du 6 février 2017, consid. 2; MPU.2016.0019, précité, 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 du pouvoir d'appréciation réservé à l'adjudicateur, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le Tribunal intervient (ATF 141 II 353 consid. 3 p. 363; 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts précités MPU.2016.0008, consid. 3b; MPU.2016.0039, consid. 2; MPU.2016.0019, consid. 2, et les

arrêts cités).

E. 3

a) Le premier grief soulevé par la recourante a trait à la notation, par l'autorité intimée, du prix proposé par les soumissionnaires en lien avec la plus-value pour la fourniture d'un véhicule d'une capacité d'au minimum 80 places. La recourante soutient que, d'après les termes clairs de l'appel d'offres, seul le montant de la plus-value devait être noté. Pour l'adjudicateur, en revanche, la notation du sous-critère ne pouvait se rapporter qu'à la somme de l'offre de base et de la plus-value chiffrée par les soumissionnaires. L'interprétation que fait la recourante de l'appel d'offres se base sur une lecture littérale du ch. 4.7 DAO, qui détaille notamment, s'agissant du critère du prix, les différents sous-critères et leur pondération. En ce qui concerne la plus-value pour la mise à disposition de véhicules de 80 places au minimum, le sous-critère 2B, pondéré à 10%, se réfère au "montant de la plus-value", alors que le sous-critère 2A mentionne le "coût forfaitaire facturé par année à l'adjudicateur". S'en tenant à cette interprétation littérale, la recourante considère que l'autorité intimée a procédé à une modification prohibée de l'appel d'offres en notant le sous-critère 2B en additionnant la plus-value chiffrée par les soumissionnaires au coût forfaitaire de base, pris en compte pour la notation du sous-critère 2A. L'annexe R1 relative à l'offre financière ne donne pas d'autre précision quant aux modalités de notation.

b) 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. En particulier, l'adjudicateur doit énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères pris en considération pour l'évaluation des soumissions; il est également tenu d'indiquer la pondération des critères retenus (ATF 125 II 86 consid. 7c; arrêts MPU.2014.0016 du 26 août 2014 consid. 4b; MPU.2012.0005 du 17 juillet 2012 consid. 2b; MPU.2012.0003 du 16 mai 2012 consid. 3c et les arrêts cités). Le principe de transparence exige encore que le pouvoir adjudicateur se conforme dans la suite de la procédure aux conditions du marché qu'il a préalablement annoncées (Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, p. 161). Notamment, l'adjudicateur ne peut pas, après le dépôt des offres, modifier d'une manière ou d'une autre les critères d'adjudication, leur ordre d'importance ou leur pondération respective (ATAF 2011/58 consid. 15.2). Sur cet aspect, le principe de transparence se rapproche du principe de la bonne foi, qui prohibe les comportements contradictoire (art. 9 Cst.), mais aussi du principe de non-discrimination: en effet, lorsque le pouvoir adjudicateur s'écarte des " règles du jeu " qu'il s'est fixées, il adopte un comportement qui se rapproche d'une manipulation, typiquement discriminatoire, du résultat du marché (Etienne Poltier, *op. cit.*, p. 161). Le principe de transparence impose également au pouvoir adjudicateur d'arrêter avant le retour des offres les échelles de notation ou méthodes d'évaluation des critères d'adjudication (art. 37 al. 4 RLMP-VD; ég. arrêt MPU.2015.0040 du 10 novembre 2015 consid. 6b). Cette obligation vise à prévenir d'éventuelles manipulations par le pouvoir adjudicateur (Etienne Poltier, *op. cit.*, p. 209). Le principe de non-discrimination, pour sa part, impose au pouvoir adjudicateur d'assurer l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires, cela durant tout le déroulement de la procédure. En particulier, l'adjudicateur doit adopter les mêmes critères – d'aptitude et d'adjudication – pour l'ensemble des concurrents et ces critères ne doivent pas défavoriser, de manière indirecte, les offreurs externes. La pondération des critères doit également être arrêtée de manière non discriminatoire. L'échelle d'évaluation des offres, pour l'application de ces critères, doit en outre être la même pour l'ensemble des candidats. Enfin, l'entité adjudicatrice doit leur appliquer cette échelle à tous de la même manière (Etienne Poltier,

op. cit. , p. 163 ss; arrêt MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016, consid. 3). c) Il ressort des déclarations des parties lors de l'audience du 10 août 2017, que toutes s'accordent sur le fait qu'il convenait d'indiquer à la lettre B1 de l'annexe R1 du DAO uniquement le montant de la plus-value pour un bus de 80 places. Les opinions divergent ensuite sur le prix à prendre en considération pour calculer la note à attribuer à ce critère. L'autorité intimée soutient que la plus-value ne pouvait être notée en tant que telle, mais devait être appréciée additionnée à l'offre de base. La recourante, quant à elle, estime que la formulation du DAO obligeait l'autorité intimée à tenir compte du seul coût de la plus-value pour le calcul de la note. En indiquant le montant de 0,01 fr. pour ce critère, la recourante s'assurait ainsi d'obtenir la note maximale, soit 5 points. Le résultat aurait été le même si B. _____ avait indiqué, par exemple, une plus-value d'un montant de 0,05 francs. Cette interprétation littérale ne saurait être suivie. Elle aurait pour conséquence d'avantager indûment la recourante par rapport à l'adjudicataire, qui a compris le DAO de la même manière que l'adjudicateur. Selon le DAO, il était clair que l'adjudicateur souhaitait connaître précisément le prix de cette plus-value. Or celle-ci ne pouvait être chiffrée à 0,01 fr., puisque la mise à disposition d'un bus de plus grande taille engendre nécessairement des frais supplémentaires, notamment les coûts d'acquisition du véhicule, du carburant et de la place de parc. Ce constat implique que la recourante a inclus le montant de la plus-value dans celui de l'offre de base, au lieu de l'indiquer séparément comme cela lui était demandé. Cette offre forfaitaire a eu pour conséquence de la désavantager très légèrement dans la notation de l'offre de base, mais de l'avantager extrêmement dans la notation de la plus-value. La recourante n'a en outre posé aucune question sur l'admissibilité de la présentation d'une offre forfaitaire et l'indication d'une plus-value d'une valeur de 0,01 francs. Elle affirme " ne pas avoir eu de doute sur la manière dont elle devait procéder " (cf. procès-verbal d'audition du 10 août 2017, p. 2). Elle doit ainsi se laisser opposer les conséquences d'une telle prise de risques. La plus-value pour l'utilisation de bus d'au minimum 80 places ne se conçoit pas indépendamment de l'offre de base. Elle est en effet calculée sur des données similaires, soit notamment la nécessité d'assurer 55'000 km de service de ligne, et représente une alternative à l'offre de base envisagée par l'autorité d'adjudication. La valeur globale de la prestation que devaient indiquer les soumissionnaires n'était ainsi pas comparable à celles qui devaient être chiffrées en lien avec les sous-critères 2C et 2D, pour des valeurs unitaires (heure ou kilomètre supplémentaire). Dans de telles circonstances, le choix de l'adjudicateur de noter le sous-critère 2B en cumulant le montant de l'offre de base et le montant de la plus-value n'est pas arbitraire. Il s'explique par une approche économique, visant à rendre comparable la notation des prix offerts par les soumissionnaires. De tels motifs sont, compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur, pertinents pour justifier une interprétation de l'appel d'offre qui s'écarte de la stricte lecture littérale qu'en fait la recourante.

E. 4

a) Dans un deuxième moyen, la recourante reproche à l'autorité intimée d'avoir procédé à une modification de sa décision à son détriment en affirmant, dans sa réponse au recours, que la recourante méritait en réalité la note de 0 – au lieu de 5 – au critère 2D. b) En procédure de recours, l'art. 83 de la loi sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 (LPA-VD; RSV 173.36) autorise l'autorité intimée à rendre, en lieu et place de ses déterminations, une nouvelle décision partiellement ou totalement à l'avantage du recourant (al. 1). Dans un tel cas, l'autorité de recours poursuit l'instruction de celui-ci dans la mesure où il n'est pas devenu sans objet (al. 2). Cette règle tempère le principe de l'effet dévolutif

du recours, selon lequel l'autorité de recours hérite de toutes les compétences de l'instance précédente relative à la cause, ce qui devrait notamment avoir pour conséquence de faire perdre la maîtrise du litige à l'autorité précédente, qui ne devrait plus être habilitée à modifier ou révoquer la décision entreprise (ATF 136 V 2 consid. 2.5 p. 5; arrêts PS.2015.0097 du 18 février 2016 consid. 7a; PS.2014.0048 du 11 février 2015 consid. 1b et FI.2012.0004 du 6 juin 2012, consid. 2b). Une telle exception répond à l'intérêt lié à l'économie de la procédure: si, sur le vu du recours, l'autorité administrative découvre des faits nouveaux ou s'aperçoit qu'elle s'est trompée dans l'application du droit, il se justifie qu'elle se ravise et change son fusil d'épaule, plutôt que de persister dans une position qu'elle-même considère comme erronée ou, du moins, contraire à la loi (ATF 127 V 228 consid. 2b/bb p. 232 /233, et les arrêts cités et Exposé des motifs et projet de loi sur la procédure administrative, Bulletin du Grand Conseil 2008 p. 43 s.). (AC.2014.0219, consid. 2a) La faculté de procéder à une «reformatio in peius» n'appartient cependant qu'à l'autorité de recours, comme cela ressort du fait que l'art. 83 LPA-VD fait partie du Chapitre VI de la LPA-VD, régissant la procédure du recours administratif, disposition applicable également dans la procédure devant le Tribunal cantonal, par renvoi de l'art. 99 LPA-VD. Il découle en revanche de l'art. 83 al. 1 LPA-VD que l'autorité de première instance ne saurait aggraver la situation du recourant dans la procédure de recours, en rendant une nouvelle décision, défavorable au recourant (arrêt FI.2012.0004 du 6 juin 2012, consid. 5). c) L'autorité intimée soutient dans sa réponse au recours que l'offre de la recourante au critère 2D de l'annexe R1 aurait mérité la note de 0, celle-ci ayant offert un prix de 0,01 fr. par kilomètre supplémentaire que jusqu'à concurrence de 5% de kilomètres supplémentaires par rapport au kilométrage inscrit (54'647 km), alors que l'appel d'offres imposait d'exposer un coût par kilomètre supplémentaire sans limite. La question du bien-fondé de ce nouvel argument de l'adjudicateur peut être laissée indécise, dans la mesure où, comme on l'a vu supra, l'offre de l'adjudicataire est dans tous les cas meilleure que celle de la recourante. Néanmoins, il ne constitue pas un cas de reformatio in peius, ni de violation de l'effet dévolutif du recours. L'autorité intimée n'a pas rendu de nouvelle décision péjorant la situation de la recourante. Elle conservait le droit, dans le cadre de la présente procédure, de répondre aux arguments du recours et de justifier sa décision comme elle l'entendait. Cette motivation n'a aucune incidence sur le dispositif de la décision attaquée.

E. 5

a) Enfin, la recourante relève que le montant de l'offre de B. _____ ressortant du procès-verbal d'ouverture des offres n'est pas identique à celui qui ressort de la décision d'adjudication. Cet écart laisse supposer que l'autorité d'adjudication a procédé à une correction de l'offre de l'adjudicataire. Elle se plaint d'une violation du principe de l'intangibilité des offres. b) L'art. 29 al. 3 RLMP-VD prévoit que l'offre ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai. Cette disposition consacre le principe dit de l'intangibilité des offres, qui découle de l'interdiction des rounds de négociation (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3 ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 312 ss). Cela vaut notamment pour les prix, les remises de prix ou les modifications de prestations (Poltier, op. cit. , p. 222). Il est toutefois admis que l'adjudicateur puisse corriger les effets d'une mauvaise compréhension de l'offre par un soumissionnaire, afin de rendre les offres comparables entre elles, par exemple en supprimant une plus-value sans objet (arrêts MPU.2013.0013 du 2 juillet 2014 consid. 3b; MPU.2013.0027 du 4 février 2014 consid. 3b; MPU.2013.0019 du 20 novembre 2013

consid. 2c/bb). L'adjudicateur peut aussi corriger les erreurs évidentes de calcul et d'écriture, conformément à l'art. 33 al. 2 RLMP-VD (arrêts précités MPU.2013.0013 et MPU.2013.0027; MPU.2012.0002 du 15 mai 2012 consid. 6a et les réf. citées), notamment après avoir demandé des explications au soumissionnaire, en application de l'art. 34 al. 1 RLMP-VD (arrêt MPU.2009.0020 du 15 juin 2010, relaté in DC 2010 p. 224). Ces corrections ne sauraient aboutir à une modification de l'offre (Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 238). A cet égard, il n'y a pas lieu de procéder à une distinction entre les erreurs de calcul, c'est-à-dire résultant d'une opération arithmétique erronée, et les erreurs de transcription, qui se rapportent à l'expression de l'élaboration de l'offre (arrêt MPU.2012.0002 du 15 mai 2012 consid. 6b). c) En l'espèce, l'autorité intimée a constaté, en vérifiant le montant des offres, que B. _____ avait indiqué sur sa page de garde un prix incluant celui de la subvention cantonale. Elle a alors pris l'initiative de corriger ce prix en soustrayant la subvention, comme l'avait déjà fait la recourante dans son offre. La comparaison des annexes R1 – A1 remplies par les soumissionnaires permet de constater qu'effectivement, l'adjudicataire, à l'inverse de la recourante, a reporté dans l'annexe R1 son prix de 448'000 fr. sans déduction de la subvention cantonale d'un montant de 75'593 francs. L'annexe R1 ne précisait pas expressément si de telles subventions devaient ou non être déduites du montant de l'offre. La correction effectuée par l'autorité intimée, permettant une comparaison objective des offres des soumissionnaires, ne constitue pas une modification de nature à éveiller des doutes quant au respect des principes fondamentaux du droit des marchés publics. Au regard de ces éléments, on ne saurait reprocher à l'autorité intimée une violation du principe de l'intangibilité des offres. La notation du critère du prix n'est ainsi pas critiquable.

E. 6

Il suit de ce qui précède que le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée. Les frais judiciaires, par 4'000 fr., sont mis à la charge de la recourante, qui succombe (49 al. 1 LPA-VD et art. 3 al. 1 du Tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative – TFJDA, RSV 173.36.5.1). La recourante versera en outre une indemnité de dépens de 3'000 fr. à l'autorité intimée et à l'adjudicataire, qui obtiennent gain de cause avec l'assistance d'un avocat (art. 55 LPA-VD et 11 al. 2 TFJDA).

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