

# VD\_OMNI MPU.2017.0021 vom 29. September 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-09-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2017.0021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2017.0021)

FR: VD\_OMNI MPU.2017.0021 du 29 septembre 2017

IT: VD\_OMNI MPU.2017.0021 del 29 settembre 2017

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/B. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_ | Marché public portant sur des travaux d'installation de chauffage, ventilation et sanitaire dans le cadre de la reconstruction d'un foyer. Notation arbitraire d'un des sous-critères (consid. 4): l'autorité intimée a cru à tort que certains documents produits spontanément par l'adjudicataire étaient requis par le dossier d'appel d'offres; cette violation du principe de transparence n'a toutefois pas eu d'incidence sur le résultat final; même en se basant sur les seules informations demandées, un écart d'au moins deux points entre les offres - écart qui ne permet pas à la recourante d'obtenir le marché - apparaît en effet justifié ou à tout le moins pas arbitraire. Recours rejeté.

## Erwägungen

### E. 1

Le Tribunal cantonal examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis. a) L'art. 75 let. a de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36) subordonne notamment la qualité pour recourir à la condition que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit annulée ou modifiée. 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; MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 2). En l'espèce, la recourante a été classée au 2<sup>ème</sup> rang sur les deux offres évaluées. Elle a obtenu un total de points de 442.11 contre 454.40 pour l'adjudicataire, soit une différence de 12.29. Elle critique les notes qu'elle s'est vue attribuer pour les sous-critères 3.2.3 "Formation des apprentis" et 4.2 "Personnel". Une réévaluation de ces notes à la hausse, même minime, lui permettrait d'obtenir le marché, ce à quoi elle conclut. Il convient par conséquent d'admettre sa qualité pour recourir. b) Pour le surplus, le recours a été déposé dans les délais et formes prescrits par l'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 LPA-VD). Il convient donc d'entrer en matière.

## **E. 2**

En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen de la cour dépend de la nature des griefs invoqués. L'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, s'agissant notamment de l'évaluation des offres (arrêts MPU.2017.0001 du 9 mai 2017 consid. 2; MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 3; MPU.2015.0056 du 29 février 2016 consid. 2 et les arrêts cités). Ce pouvoir n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire; c'est seulement s'il est confronté à un abus ou à un excès de ce pouvoir d'appréciation, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le tribunal intervient. En revanche, il contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (cf. ATF 141 II 353 consid. 3; 125 II 86 consid. 6; arrêts précités MPU.2017.0001 consid. 2; MPU.2016.0006 consid. 3; MPU.2015.0056 consid. 2 et les arrêts cités; Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, n. 420, p. 269).

## **E. 3**

La recourante conteste en premier lieu la note qui lui a été attribuée au sous-critère 3.2.3 "Formation des apprentis". Elle critique plus exactement l'échelle de notation appliquée, qu'elle juge "totalement absurde". Pour l'intimée, un tel grief est tardif. a) Les documents d'appel d'offres font partie intégrante de l'appel d'offres, si bien qu'en vertu du principe de la bonne foi, les éventuels vices les affectant doivent être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure (ATF 130 I 241 consid. 4.2; 125 I 203 consid. 3a; ég. arrêt MPU.2013.0002 du 14 mai 2013 consid. 5a). Il convient toutefois de déroger à cette règle lorsque les documents de l'appel d'offres ne peuvent être retirés auprès de l'adjudicateur qu'après l'expiration du délai disponible pour attaquer l'appel d'offres; en pareille hypothèse, ce qui se rapporte aux documents de l'appel d'offres peut encore être contesté au stade de l'adjudication (ATF 129 I 313 consid. 6.2). Il importe par ailleurs de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes, car l'on ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres (ATF 130 I 241 consid. 4.3). b) En l'espèce, l'échelle de notation litigieuse était annoncée dans le dossier d'appel d'offres (conditions générales et informations, chapitre IV, ch. 3.2.3 du questionnaire: "notation linéaire de 0 à 5 points sur la formule: nombre d'apprentis divisé par le total de l'entreprise"), qui était disponible sur la plateforme simap.ch le jour de la publication de l'appel d'offres. Ainsi, comme le relève l'autorité intimée, toute contestation relative à cette méthode, dont le côté "totalement absurde" pour reprendre les termes de la recourante devait lui sauter aux yeux, aurait dû être soulevée directement dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offres. De toute manière, dans la mesure où leurs ratios "nombre d'apprentis/effectif total" sont identiques, la recourante et l'adjudicataire auraient obtenu une note équivalente, quelle que soit la méthode utilisée. L'intimée en a fait la démonstration dans ses écritures, en refaisant l'évaluation sur la base de la méthode préconisée par le Guide romand pour les marchés publics, soit la méthode décrite dans l'annexe T7 (réponse p.

## **E. 8**

et 9). Cela étant, il convient d'admettre que l'échelle de notation utilisée, même si elle n'a pas eu d'incidence sur le résultat final, a effectivement un côté "totalement absurde". Comme l'a relevé la recourante, la note maximale de 5 sur ce sous-critère supposerait en effet que l'entreprise soit composée exclusivement d'apprentis, ce qui n'a aucun sens et va à l'encontre de l'objectif du critère de la formation des apprentis, qui est de récompenser les entreprises qui s'engagent dans la formation professionnelle en général (ATF 130 I 241 consid. 5.1; ATF 129 I 313; arrêts MPU.2017.0001 du 9 mai 2017 consid. 4c et MPU.2009.0020 du 15 juin 2010 consid. 10; voir aussi Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, p. 208). 4. La recourante conteste également la note qui lui a été attribué au sous-critère 4.2 "Personnel". Elle reproche à l'autorité intimée de l'avoir pénalisée pour n'avoir pas produit des pièces qui n'étaient pas demandées. Elle se plaint d'une violation du principe de transparence. a) Lors de la passation de marchés, doit notamment être respecté le principe de transparence (art. 11 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 – A-IMP; RSV 726.91). Ce principe impose au pouvoir adjudicateur de fournir toute information utile aux fournisseurs potentiels, afin que ceux-ci puissent présenter leurs offres en connaissance de cause (Etienne Poltier, *op. cit.*, p. 161). En particulier, l'adjudicateur doit énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères pris en considération pour l'évaluation des soumissions; il est également tenu d'indiquer la pondération des critères retenus (ATF 125 II 86 consid. 7c; arrêts MPU.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.

## **E. 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 (arrêt MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016 consid. 3a). Selon la jurisprudence, une violation du principe de transparence n'entraîne l'annulation de l'adjudication que pour autant que les vices constatés aient effectivement influé sur le résultat (arrêts MPU.2016.0022 du 31 janvier 2017 consid. 3c; MPU.2015.0001 du 18 juin 2015 consid. 6a; MPU.2013.0019 du 20 novembre 2013 consid. 2b et les arrêts cités) b) En l'espèce, la recourante a obtenu la note de 0 pour ce sous-critère, pondéré à 4%. L'autorité intimée a justifié cette note ainsi: "Information demandée non-annexée" (pièce 115 du bordereau de l'intimée). L'adjudicataire a obtenu pour sa part la note de 5. Selon le dossier d'appel d'offres (conditions générales et informations, chapitre IV, ch. 4.2 du questionnaire), les soumissionnaires devaient indiquer le nombre de personnes mises à disposition pour le chantier, leurs noms et prénoms, ainsi que leurs qualifications. Aucune annexe particulière

n'était requise. Dans ses écritures, l'intimée reconnaît que la note attribuée à la recourante est trop sévère. Elle a cru à tort que les annexes produites spontanément par l'adjudicataire (copie du diplôme, mention des années d'expériences, curriculum vitae de certains des employés) étaient requises par le dossier d'appel d'offres. Elle fait valoir que cette erreur n'a toutefois pas d'incidence sur le résultat final, dans la mesure où une différence d'au moins deux points sur ce sous-critère entre les deux soumissionnaires – écart qui ne permettrait pas à la recourante de passer devant l'adjudicataire – se justifie. Elle se réfère notamment aux informations complètes et plus détaillées fournies par l'adjudicataire. Le principe de transparence impose non seulement de ne pas pénaliser un soumissionnaire qui n'a pas fourni des documents qui n'étaient pas demandés, mais également à l'inverse de ne pas avantager un soumissionnaire qui a produit spontanément de tels documents (dans ce sens, arrêt MPU.2017.0001 du 9 mai 2017 consid. 4a, même si la question n'a finalement pas définitivement été tranchée). En d'autres termes, l'évaluation doit se faire sur la seule base des informations et des pièces requises. L'échelle de notation du sous-critère 4.2

"Personnel" n'était pas annoncée dans le dossier d'appel d'offres. Selon les explications fournies en audience, le pouvoir adjudicateur a appliqué le barème du Guide romand pour les marchés publics, qui prévoit ce qui suit: Notation Description 0 Candidat qui n'a pas fourni l'information ou le document non éliminatoire demandé par rapport à un critère fixé 1 Insuffisant Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond pas aux attentes 2 Partiellement insuffisant Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond que partiellement aux attentes 3 Suffisant Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats 4 Bon et avantageux Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes et qui présente quelques avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité et surqualification 5 Très intéressant Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes avec beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité et surqualification Même si l'on se fonde uniquement sur les informations figurant au ch. 4.2 du questionnaire des soumissionnaires, sans tenir compte des annexes produites spontanément, l'offre de l'adjudicataire reste meilleure. Toutes les informations requises ont en effet été fournies, contrairement à l'offre de la recourante qui ne mentionne pas les qualifications du personnel mis à disposition pour le chantier (seules leurs fonctions au sein de l'entreprise étaient indiquées). Les équipes proposées sont par ailleurs mieux définies et plus complètes, l'adjudicataire ayant prévu quatre personnes au niveau sanitaire, quatre personnes au niveau chauffage et deux personnes au niveau ventilation, alors que la recourante n'a, pour sa part, annoncé qu'une seule personne par corps de métier. Ces différences justifient une meilleure note pour l'adjudicataire. En revanche, son offre ne saurait être considérée comme présentant "beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats" au sens du barème du Guide romand. Sans les annexes, la note maximale de 5 qui lui a été attribuée n'est plus fondée. L'adjudicataire ne pourrait ainsi prétendre qu'à une note de 4. Il reste à examiner si un écart d'au moins deux points entre les deux offres, différence qui n'aurait aucune incidence sur le résultat final, se justifie. La recourante, qui n'a pas indiqué les qualifications du personnel prévu pour le chantier, n'a que partiellement répondu aux attentes. Conformément au barème du Guide

romand, elle ne peut ainsi prétendre qu'à une note inférieure à 3. Pour cinq des huit personnes annoncées, les qualifications qui faisaient défaut pouvaient toutefois être déduites de l'annexe 3.2.2.1 de son dossier de soumission. Le manquement doit ainsi être relativisé. Pour ce motif, une note de 2 apparaîtrait sévère. Elle resterait néanmoins dans les limites du large pouvoir d'appréciation, dont le pouvoir adjudicateur dispose dans l'évaluation des offres, et ne saurait être considérée comme arbitraire. La violation constatée au principe de transparence n'a ainsi eu aucune incidence sur le résultat final, si bien qu'une annulation de l'adjudication litigieuse pour ce motif ne se justifie pas (cf. jurisprudence rappelée ci-dessus). 5. Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Vu l'issue du litige, les frais de justice et les dépens devraient être mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 49 al. 1 LPA-VD). Toutefois, compte tenu du fait que la note de 0 attribuée à la recourante au sous-critère 4.2 "Personnel" était manifestement arbitraire, ce qui a contraint l'intéressée à recourir, il se justifie de répartir les frais de justice, arrêtés à 10'000 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), par moitié entre la recourante et l'intimée et de compenser les dépens. L'adjudicataire, qui n'a pas procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel, n'a, quant à elle, pas droit à l'allocation de dépens.

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