

# VD\_OMNI MPU.2018.0014 vom 14. August 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-08-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2018.0014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2018.0014)

FR: VD\_OMNI MPU.2018.0014 du 14 août 2018

IT: VD\_OMNI MPU.2018.0014 del 14 agosto 2018

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/Municipalité de Lausanne, B. \_\_\_\_\_ | Marché public portant sur la mise en place d'une solution de paiement à distance pour le stationnement sur la voie publique. Procédure sur invitation. - Motivation insuffisante (consid. 4): vice réparé en cours de procédure; question laissée ouverte de savoir si le soumissionnaire, qui ne fait pas usage de la prérogative prévue à l'art. 42 al. 3 RLMP-VD, peut encore se plaindre d'une motivation insuffisante - Pas de défaut dans l'établissement du procès-verbal d'ouverture (consid. 5): toutes les informations relatives aux propositions financières des soumissionnaires ont été inscrites - Pas de violation du principe de transparence (consid. 6): les soumissionnaires disposaient de toutes les informations utiles et nécessaires pour pouvoir déposer leurs offres en toute connaissance de cause et chiffrer leurs commissions - Pas de choix erroné de la procédure (consid. 7): l'autorité intimée s'est basée pour estimer la valeur du marché sur les expériences et retours d'autres collectivités publiques, qui ont été introduit le paiement électronique pour le stationnement sur la voie publique - Pas de sous-enchère (consid. 9): aucun élément ne permet de remettre en cause les explications de l'adjudicataire sur son prix; cette dernière dispose d'une longue expérience dans le domaine du paiement du stationnement par voie électrique; on se trouve par ailleurs dans un secteur en développement où des écarts de prix importants peuvent être constatés suivant les technologies utilisées et les amortissements des investissements consentis pour les mettre en place

## 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 cinq offres évaluées. Elle a obtenu un total de points de 50 contre 100 pour l'adjudicataire. Cette différence importante s'explique exclusivement par la notation du critère du prix, les deux entreprises ayant obtenu la même note sur les autres critères d'adjudication. Pour la recourante, l'offre de l'adjudicataire aurait toutefois dû être exclue, au motif en particulier qu'elle constituerait une sous-enchère prohibée. Elle soutient par ailleurs que la procédure d'adjudication serait entachée de graves défauts. Elle se plaint notamment d'une violation du principe de transparence en lien avec la détermination du prix et d'un choix erroné de procédure. Si elle obtient gain de cause sur ces derniers arguments, la décision d'adjudication litigieuse devrait être annulée et la procédure répétée ab ovo . La recourante pourrait alors déposer une nouvelle offre et restaurer ses chances de se voir attribuer le marché. Peu importe ainsi que, selon la simulation effectuée par l'autorité intimée, la recourante ne prendrait pas la 1<sup>ère</sup> place en cas d'exclusion de l'adjudicataire. Il convient par conséquent d'admettre sa qualité pour recourir. b) Pour le surplus, le recours a été déposé dans les délai 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**

La recourante a requis la fixation d'une audience. L'adjudicataire a requis pour sa part la production par la recourante des "offres qu'elle, ses sociétés-soeur, mère, et/ou affiliée, [avaient] déposées au cours des 3 dernières années, qui comportent une commission égale ou inférieure à 1% par transaction". a) Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101), comprend notamment le droit pour l'intéressé de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre ( ATF 135 II 286 consid. 5.1 p. 293; 135 I 279 consid. 2.3 p. 282). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion ( ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299; 134 I 140 consid. 5.2 p. 147 s.; 130 II 425 consid. 2.1 p. 429). b) En l'espèce, la cour s'estime suffisamment renseignée sur la base des pièces du dossier pour statuer en toute connaissance de cause. Il n'est dès lors pas donné suite aux réquisitions de la recourante et de l'adjudicataire.

### **E. 2.2**

et les références citées). b) En l'espèce, la décision attaquée ne contenait aucune motivation, si ce n'est l'indication que l'adjudicataire avait déposé l'offre correspondant le mieux aux critères d'adjudication. Le tableau d'évaluation des offres n'était par ailleurs pas joint. Sur la seule base de la décision attaquée, la recourante n'était ainsi pas en mesure de savoir sur quels points son offre avait été jugée moins bonne que celle de l'adjudicataire. Les exigences minimales en matière de motivation de l'art. 42 al. 2 RLMP-VD n'ont dès lors pas été respectées, ce que l'autorité intimée semble admettre. Cela étant, comme l'autorité intimée le relève, la recourante n'a pas fait usage de la prérogative prévue à l'art. 42 al. 3

RLMP-VD. Avant de saisir la CDAP, elle n'a en effet pas cherché à contacter le pouvoir adjudicateur pour demander le tableau d'évaluation des offres et obtenir quelques explications sur les raisons de son éviction. On peut se demander dans ces circonstances, si elle peut encore se plaindre d'une violation du droit d'être entendu. Cette question peut toutefois demeurer indécise, dès lors que le vice a de toute manière été réparé en cours de procédure. Dans ses écritures, l'autorité intimée s'est en effet expliquée en détail sur la notation du critère du prix, qui constitue une des principales critiques de la recourante (qui se plaint d'un manque de traçabilité). La question d'une éventuelle violation du principe de transparence sur ce point sera examinée ci-après. Il est vrai en revanche qu'aucune explication n'a été fournie sur la notation des autres critères d'adjudication. Le tableau d'évaluation des offres produit avec le dossier de l'autorité intimé et transmis à la recourante montre toutefois que cette dernière a obtenu la note maximale à chacun de ces critères. On ne voit dans ces conditions pas quelle information supplémentaire aurait pu lui être donnée.

### **E. 3**

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. 4**

Sur le plan formel, la recourante se plaint d'une motivation insuffisante. a) Tel qu'il est garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu confère à toute personne le droit d'exiger, en principe, qu'un jugement ou une décision défavorable à sa cause soit motivé. Cette garantie tend à éviter que l'autorité ne se laisse guider par des considérations subjectives ou dépourvues de pertinence; elle contribue ainsi à prévenir une décision arbitraire. L'objet et la précision des indications à fournir dépend de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas; néanmoins, en règle générale, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée (ATF 133 III 439 consid. 3.3; 126 I 97 consid. 2b). L'autorité n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (ATF 134 I 83 consid. 4.1; 133 I 270 consid. 3.1; 126 I 15 consid. 2a/aa et les références citées). Le droit des marchés publics comprend une réglementation particulière en la matière. Ainsi, l'art. 42 du règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD, RSV 726.01.1) dispose que les décisions de l'adjudicateur sont sommairement motivées (al. 1) et que sur demande d'un soumissionnaire non retenu, l'adjudicateur indique les motifs essentiels pour lesquels son offre n'a pas été retenue et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue (al. 2) (cf. é.g. art. 13 let. h de l'Accord intercantonal sur les marchés publics

du 25 novembre 1994 – A-IMP; RSV 726.91). L'ensemble de ces explications de l'autorité (fournies le cas échéant en deux étapes) doit être pris en considération pour s'assurer qu'elles sont conformes, ou non, aux exigences découlant du droit d'être entendu (Etienne Poltier/Evelyne Clerc, in Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2013, ad art. 9 LMI n. 64). Les exigences en la matière ne se sont pas très élevées. La motivation d'une décision d'adjudication sera considérée comme suffisante lorsqu'elle fournit une justification adéquate du choix opéré sur la base des critères d'adjudication fixés dans les documents d'appel d'offres, ce qui signifie qu'elle doit fournir une explication raisonnable des évaluations de chacune des offres, de manière que les concurrents puissent les comparer et soulever d'éventuelles contestations (arrêts MPU.2017.0002 du 16 mars 2017 consid. 4c/aa; MPU.2015.0040 du 10 novembre 2015 consid. 4; MPU.2015.0011 du 1<sup>er</sup> septembre 2015 consid. 2a et les arrêts cités). Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1; ATF 135 I 187 consid. 2.2; ATF 126 I 19 consid. 2d/bb). Selon la jurisprudence, sa violation peut cependant être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1; ATF 135 I 279 consid. 2.6.1; ATF 133 I 201 consid.

## **E. 5**

Sur le plan formel toujours, la recourante se plaint d'une violation des règles relatives au contenu du procès-verbal d'ouverture des offres. Elle critique la manière dont l'autorité intimée a retranscrit le prix des différentes offres. a) L'art. 31 al. 2 RLMP-VD prévoit qu'un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres et qu'il contient au moins le nom des personnes présentes et des soumissionnaires, les dates de réception et le prix des offres, ainsi que les variantes éventuelles et les offres partielles. Cette disposition a pour but d'assurer la transparence de l'ouverture des offres et de pallier ainsi tout risque de manipulation (arrêt MPU.2012.0013 du 27 septembre 2012 consid. 3). Selon la jurisprudence, des défauts entachant le procès-verbal d'ouverture des offres n'entraînent pas nécessairement l'annulation de la décision d'adjudication litigieuse, une telle sanction pouvant être considérée comme un formalisme excessif suivant les circonstances (arrêts MPU.2016.0011 du 27 juillet 2016 consid. 4 et MPU.2012.0013 du 27 septembre 2012 consid. 3c). b) En l'espèce, les soumissionnaires étaient libres d'élaborer leurs propositions financières comme ils l'entendaient. Ils n'avaient pas à remplir une série de prix comme cela se fait traditionnellement. S'ils ont tous proposé le prélèvement d'une commission variable par transaction, certains ont toutefois prévu en outre une commission fixe dans leurs offres; d'autres ont par ailleurs facturé en plus les frais d'installation et de formation, ainsi que les frais annuels. Confrontée à cette situation, l'autorité intimée a reporté sur le procès-verbal d'ouverture les commissions proposées (variables et/ou fixes) par les soumissionnaires sous la rubrique "Observation" et les coûts des prestations qui n'étaient pas comprises sous la rubrique "Montant déposé". Compte tenu des particularités du marché en cause, cette manière de faire n'est pas contraire aux exigences de l'art. 31 al. 2 RLMP-VD. Toutes les informations relatives aux propositions financières des soumissionnaires figurent en effet dans le procès-verbal d'ouverture des offres. Certes, pour les offres de la recourante et de l'adjudicataire, le montant des prestations non comprises dans la commission prévue qui a été reporté ne correspond pas à celui qui a été retenu pour la notation du critère du prix. Apparemment, ces corrections ont été apportées à la suite des demandes et séances de clarification faites avec les soumissionnaires. Il ne s'agit ainsi pas à proprement parler

d'erreurs de transcription. Quoi qu'il en soit, même si c'était le cas, de telles erreurs ne seraient pas significatives, étant rappelé que l'élément principal des propositions financières des soumissionnaires est la commission prévue, et ne sauraient conduire à l'annulation de la décision d'adjudication pour ce seul motif.

## **E. 6**

Sur le fond, la recourante se plaint essentiellement d'une violation du principe de transparence. Elle critique la manière dont le prix des offres a été déterminé par l'autorité intimée. 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 contradictoires (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 (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.2017.0021 du 29 septembre 2017 consid. 4a; MPU.2016.0022 du 31 janvier 2017 consid. 3c; MPU.2015.0001 du 18 juin 2015 consid. 6a et les arrêts cités; cf. ég. TF 2C\_376/2014 du 4 septembre 2015 consid. 8.2.4) b) En l'espèce, l'autorité intimée a expliqué dans ses écritures que le marché litigieux qui porte sur "la mise en place d'une solution de paiement électronique pour le stationnement horaire" était tout nouveau pour elle. Elle n'a ainsi pas été en mesure de définir précisément la "solution" demandée que ce soit sur le plan technique ou financier. Elle a dès lors volontairement établi un cahier des charges large pour avoir accès aux différentes options existantes et a donné aux soumissionnaires invités l'occasion de poser toutes les questions qui leur paraissaient nécessaires pour déposer une offre en toute connaissance de cause. Ces derniers se sont en particulier interrogés sur le volume de transactions annuelles et sur la prise en charge des frais liés au rapport de gestion annuel. Le tableau comparatif des offres produit par l'autorité intimée ainsi que les pièces du dossier montrent que les soumissionnaires ont tous prévu le prélèvement d'une commission en % sur les transactions opérées. Deux d'entre eux l'ont toutefois combinée

avec une commission fixe. Certains ont par ailleurs facturé en plus les frais d'installation et de formation, ainsi que les frais annuels. Pour pouvoir comparer ces offres financières aux structures différentes (même si l'élément essentiel – la commission en % - est commun à toutes) et appliquer la méthode de notation du prix annoncée, l'autorité intimée s'est fondée sur les éléments suivants: la recette annuelle moyenne de 8'000'000 fr., qui figure dans le cahier des charges (ch. 2.1 CdC); le volume de transactions moyen de 3'300'000, qui ressort des réponses aux questions des soumissionnaires; le coût moyen par transaction de 2 fr. 42, qui s'obtient en divisant la recette annuelle par le volume de transaction (8'000'000/3'300'000); la durée du contrat de trois ans, qui est mentionné dans le cahier des charges (ch. 3.7 CdC); et enfin le "taux de pénétration" du nouveau système de paiement, qui a été chiffré à 10% la première année (soit 330'000 transactions), 15% la deuxième année (soit 495'000 transactions) et 20% la troisième année (soit 660'000 transactions). Elle a pu sur ces bases déterminer le "prix" de chacune des offres présentées et les noter conformément à la formule "Note\_Offre = [(PMax – Poffre)/PMin] x nb". La recourante critique ce procédé à plusieurs titres. Elle reproche tout d'abord à l'autorité intimée d'avoir déterminé le prix des offres "à l'insu des soumissionnaires". Elle souligne que les prix retenus dans le tableau d'évaluation des offres ne correspondent en effet pas à ceux mentionnés dans le procès-verbal d'ouverture des offres. Contrairement à ce que la recourante laisse entendre, ces chiffres ne sortent toutefois pas de nulle part et n'ont pas été inventés par l'autorité intimée. Ils ont été calculés sur la base des informations figurant dans les propositions financières des soumissionnaires et des éléments mentionnés ci-dessus. L'objectif était de permettre une comparaison des offres, qui – on le rappelle – présentaient des structures différentes (commission en %, combinée éventuellement avec une commission fixe et des frais fixes), et de les traduire en chiffres. Il n'y a ainsi eu aucune correction des offres ou manipulation de la part de l'autorité intimée. En outre, la recourante fait grief à l'autorité intimée de n'avoir pas informé les soumissionnaires qu'elle tiendrait compte d'un "taux de pénétration". Compte tenu de son expérience dans le domaine, elle ne peut toutefois pas ignorer que le passage au paiement par voie électronique se fait de manière progressive et que le taux d'utilisation n'atteint jamais 100%. A l'instar des autres soumissionnaires invités, elle a forcément dû tenir compte de ce paramètre pour élaborer son offre et pour chiffrer la ou les commissions proposées. L'adjudicataire s'est à cet égard expliquée en détail dans ses déterminations complémentaires sur la manière dont elle avait estimé le taux de pénétration. Si les estimations qu'elle a faites ne correspondent pas exactement à celles de l'autorité intimée, elles sont néanmoins proches. Quoi qu'il en soit, le taux de pénétration progressif retenu par l'autorité intimée n'a servi qu'à permettre une comparaison des offres et la notation du critère "montant des prestations". Contrairement à ce que la recourante semble croire, la rémunération qui sera fixée dans le contrat ne correspondra pas au "prix" ainsi déterminé, mais sera fonction du volume des transactions qui seront effectivement réalisées par voie électronique, donnée qui est en l'état inconnue et que les soumissionnaires devaient estimer pour pouvoir élaborer leurs offres financières. La communication du taux de pénétration progressif retenu par l'autorité intimée pour la notation n'aurait dès lors eu aucune incidence sur les tarifs proposés, étant précisé – comme l'autorité intimée l'a souligné – que les commissions prévues étaient fixes sur les trois ans de la durée contractuelle et qu'elles ne variaient en particulier pas en fonction du volume annuel des transactions. Du reste, aucun soumissionnaire n'a posé de question à ce sujet. La recourante affirme encore que certains frais de l'adjudicataire auraient fait l'objet de "négociations" pour être au final supportés par l'autorité intimée. Il s'agit là de pures

conjectures. Aucun élément du dossier ne permet en effet d'établir qu'il y aurait eu des discussions sur le sujet. Par ailleurs, il ressort clairement du tableau d'évaluation des offres que les frais de formation, ainsi que le rapport annuel d'expertise ont été pris en compte pour déterminer le "prix" de l'offre de l'adjudicataire et procéder à la notation. Aucune inégalité de traitement n'a ainsi été commise. Il est vrai en revanche que la note du 21 mars 2018 n'est pas très claire (voire même contradictoire) sur la prise en charge des frais en question. On ne saurait enfin reprocher à l'autorité intimée de n'avoir pas établi de série de prix à remplir par les soumissionnaires, comme la recourante l'aurait apparemment souhaité. Il ne s'agit pas d'une obligation. La pratique et la jurisprudence admettent du reste même dans certaines circonstances les appels d'offres dit "fonctionnels", qui se bornent à définir un programme et des buts précis, tout en laissant aux concurrents le soin de trouver les solutions les plus adéquates pour atteindre l'objectif fixé (arrêt MPU.2012.0021 du 5 décembre 2012 consid. 4 et les références citées). Vu la nature particulière du marché litigieux et les différents modèles économiques envisageables (commission uniquement variable, uniquement fixe ou une combinaison des deux), le choix de l'autorité intimée, qui est en principe libre de configurer le marché comme elle l'entend, se comprend. Au regard de ces éléments, force est d'admettre que les soumissionnaires invités ont reçu toutes les informations utiles et nécessaires pour pouvoir déposer leurs offres en toute connaissance de cause et chiffrer leurs commissions. Le principe de transparence n'a dès lors pas été violé.

## **E. 7**

La recourante reproche en outre à l'autorité intimée de s'être trompée dans le choix de la procédure. a) L'art. 12 al. 1 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (A-IMP; RSV 726.91) distingue quatre types de procédures d'adjudication: la procédure ouverte (let. a), sélective (let. b), sur invitation (let. b bis) et de gré à gré (let. c). L'art. 7 al. 1 LMP-VD contient les mêmes définitions. La procédure ouverte est celle où l'adjudicateur lance un appel d'offres public, chaque soumissionnaire pouvant présenter une offre. Dans la procédure sur invitation, l'adjudicateur invite des soumissionnaires à présenter une offre, dans un délai donné. L'adjudicateur doit demander au moins trois offres. L'invitation se fait sans publication, par communication directe (art. 11 al. 2 RLMP-VD). Les marchés publics soumis aux traités internationaux peuvent, au choix, être passés selon la procédure ouverte ou sélective, voire selon la procédure de gré à gré (art. 12bis al. 1 A-IMP; 7a al. 1 LMP-VD). Les marchés publics non soumis aux traités internationaux peuvent en outre être passés selon la procédure sur invitation ou la procédure de gré à gré, selon les seuils fixés dans l'annexe 2 à l'A-IMP (art. 12bis al. 1 A-IMP; 7a al. 2 LMP-VD). Les seuils des marchés publics mentionnés aux annexes 1a, 1b et 2 de l'A-IMP, s'appliquent à la LMP-VD (art. 5 al. 1 LMP-VD). Selon ces annexes, pour organiser une procédure sur invitation, le seuil est de 250'000 francs. Pour déterminer la procédure applicable, le pouvoir adjudicateur doit procéder à une estimation de la valeur du marché. Il ne peut écarter la voie d'une procédure par appel d'offres public que sur la base d'un calcul suffisamment sûr, la procédure sur invitation (ou de gré à gré) devant rester l'exception dans un régime visant à l'ouverture des marchés. On attend dès lors de lui qu'il procède à cette évaluation avec sérieux et prudence. Il convient dans le doute de retenir une valeur plutôt élevée (arrêts MPU.2016.0016 du 12 décembre 2016 consid. 5b, MPU.2010.0007 du 28 juin 2010 consid. 3b et GE.1999.0135 du 26 janvier 2000 consid. 2b/bb; ég. Etienne Poltier, op. cit., p. 137 ss). La cour de céans a ainsi jugé qu'en présence d'un coût estimatif proche de la limite de 250'000 fr., le pouvoir adjudicateur aurait dû au moins effectuer un calcul

plus détaillé, voire opter par prudence pour la procédure correspondant au seuil supérieur (arrêt MPU.2016.0016 précité). b) En l'espèce, il ressort du tableau comparatif des offres que les soumissionnaires invités ont déposé des offres comprises entre 39'300 et 540'000 francs. Trois d'entre elles sont bien inférieures au seuil de déclenchement de la procédure ouverte de 250'000 fr. (39'300 fr., 110'300 fr. et 167'000 fr.); celle de la recourante est juste au-dessus avec 250'300 fr.; celle de C. \_\_\_\_\_ enfin est largement au-dessus (540'000 fr.). Même en tenant compte de cette dernière offre qui est manifestement hors sujet, la moyenne, qui s'élève à 221'380 fr., reste inférieure au seuil de 250'000 francs. La recourante critique les chiffres ressortant du tableau comparatif des offres. Il est vrai que ces montants – comme on l'a déjà relevé ci-dessus (cf. supra consid. 6b) – ne correspondent pas à la rémunération qui sera fixée dans le contrat et effectivement versée à l'entreprise adjudicataire. Il s'agit d'estimations calculées sur la base du nombre probable de transactions qui seront réalisées par voie électronique durant les trois ans du contrat. La manière dont ce nombre a été évalué ne prête toutefois pas le flanc à la critique. En particulier, le taux de pénétration tant décrié par la recourante ne sort pas de nulle part, mais a été arrêté sur la base des expériences et retours d'autres collectivités publiques (notamment Genève), qui ont introduit le paiement électronique pour le stationnement sur la voie publique. On ne saurait dès lors reprocher à l'autorité intimée un manque de sérieux ou de prudence dans l'estimation de la valeur du marché. La recourante ne peut par ailleurs tirer aucun argument de la décision incidente du 27 avril 2018. La valeur du marché – déterminante pour la fixation de l'avance de frais – a été en effet calculée sur la base des informations dont la juge instructrice disposait à ce moment-là. Le grief tiré du prétendu choix erroné de la procédure doit par conséquent être écarté. La question de savoir s'il est également tardif – comme l'autorité intimée le soutient – peut dès lors rester indécise.

## **E. 8**

La recourante soutient encore que l'offre de l'adjudicataire serait incomplète. Elle se réfère à cet égard au procès-verbal d'ouverture des offres, qui mentionne sous la rubrique "Montant déposé" "CHF 0.-". Elle en conclut que l'offre de l'adjudicataire ne comprend pas tous les frais à charge du soumissionnaire et qu'il en résulte une réduction artificielle du prix proposé. a) Selon l'art. 32 RLMP-VD, une offre peut être exclue notamment lorsqu'elle n'est pas conforme aux prescriptions et conditions fixées dans le concours, qu'elle est incomplètement remplie ou qu'elle a subi des adjonctions ou modifications (2<sup>ème</sup> tiret let. a) . Cela étant, l'exclusion de la procédure doit se faire dans le respect du principe de la proportionnalité; elle ne peut se fonder sur des éléments mineurs, ou du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication (TF 2C\_418/2014 du 20 août 2014, consid. 4.2; ég. arrêts MPU.2015.0037 du 25 janvier 2016 consid. 6a, MPU.2015.0038 du 5 septembre 2015 consid. 2a et les arrêts cités). Il est excessivement formaliste d'exclure une offre de la procédure, en raison de la violation d'une règle formelle, sans inviter le soumissionnaire à corriger un défaut véniel (arrêts précités MPU.2015.0037 consid. 6a et MPU.2015.0038 consid. 2a). Selon la jurisprudence, le fait de ne pas remplir une rubrique de la série de prix ne constitue pas un défaut véniel (arrêts MPU.2015.0037 du 25 janvier 2016 consid. 6 et MPU.2015.0007 du 21 mai 2015 consid. 7c). b) En l'espèce, les soumissionnaires n'avaient pas à remplir une série de prix, comme on l'a déjà relevé. Ils étaient libres d'élaborer leurs propositions financières comme ils l'entendaient. Ils pouvaient ainsi choisir d'intégrer ou non dans la commission proposée les éventuels frais fixes supplémentaires. On ne saurait dès lors conclure du seul fait que l'adjudicataire n'aurait prévu qu'une commission que son offre serait incomplète. On ne se trouve pas dans

l'hypothèse visée par la jurisprudence précitée où une ou des positions de la série de prix n'auraient pas été remplies. Quoi qu'il en soit et contrairement à ce que le procès-verbal d'ouverture des offres laisse entendre, le prix offert par l'adjudicataire n'est pas composé uniquement de la commission de 0.9% par transaction prévue, mais également d'un montant de 1'500 fr. par année pour l'établissement du rapport de gestion annuel et d'un montant de 2'400 fr. pour les frais de formation du personnel exploitant et contrôleur. C'est à la suite d'une demande de clarification que cette précision a été comprise par l'autorité intimée (étant précisé que les chiffres en question figuraient déjà dans la proposition financière de l'adjudicataire). L'offre de l'adjudicataire doit dès lors être considérée comme complète. Une exclusion ne se justifiait pas pour ce motif.

## E. 9

La recourante fait valoir enfin que l'offre de l'adjudicataire constituerait une sous-enchère prohibée par la loi. a) Selon l'art. 32, 2e tiret, let. b RLMP-VD, une offre peut être exclue également lorsqu'elle comporte des prix anormalement bas non justifiés selon l'art. 36 RLMP-VD. Cette dernière disposition prévoit que " si pour un marché donné, des offres paraissent anormalement basses par rapport à la prestation, l'adjudicateur, avant de pouvoir exclure ces offres, demande par écrit les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de l'offre. Ces précisions peuvent porter notamment sur le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail ." Le pouvoir adjudicateur n'a ainsi pas l'obligation d'exclure une offre si celle-ci s'avère anormalement basse. Il est uniquement tenu de demander des précisions ("demande"), conformément au droit d'être entendu, lorsqu'il envisage d'exclure une offre; dans un tel cas, il faut permettre au soumissionnaire visé de s'expliquer et de justifier le prix avantageux qu'il offre (ATF 141 II 353 consid. 8.3.2 et 130 I 241 consid. 7.3). En effet, une offre anormalement basse ne constitue pas en soi un procédé inadmissible, pour autant que le soumissionnaire remplisse les critères d'aptitude et les conditions légales réglementant l'accès à la procédure (cf., pour ces notions, ATF 140 I 285 consid. 5.1), ce que l'autorité adjudicatrice doit vérifier en requérant des précisions en cas de doute à ce sujet (ATF 141 II 353 consid. 8.3.2 et 141 II 1 4 consid. 10.3). Ce n'est que si les explications données n'apparaissent pas convaincantes que l'offre en question peut être écartée du marché (ATF 130 I 241 consid. 7. 3; ég. arrêts MPU.2017.0014 du 7 juin 2017 consid. 4a, MPU.2015.0037 du 25 janvier 2016 consid. 5a et les références citées). Un prix avantageux peut être dû en particulier à des méthodes de fabrication particulièrement économiques, à des conditions inhabituellement favorables, dont le soumissionnaire peut profiter, ou à l'originalité de la prestation proposée (cf. notamment arrêts précités MPU.2017.0014 consid. 4a et MPU.2015.0037 consid. 5a) Selon la jurisprudence de la cour de céans, le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à des vérifications lorsque l'écart est supérieur à 30% de la moyenne des offres ( arrêts précités MPU.2017.0014 consid. 4a et MPU.2015.0037 consid. 5a et les références citées). b) En l'espèce, l'autorité intimée a constaté à l'ouverture des offres des écarts importants entre les prix offerts, en particulier un rapport de 1 à 13 entre l'offre la moins chère et l'offre la plus chère, ainsi qu'un rapport de 1 à 2.8 entre les deux offres les plus avantageuses. Conformément à l'art 36 RLMP-VD, elle a demandé à l'adjudicataire des explications à cet égard. Cette dernière a confirmé qu'elle était à même de réaliser le marché au prix offert. Dans ses écritures, l'adjudicataire s'est expliquée plus en détail sur les raisons qui lui ont permis de formuler un prix avantageux. Elle a mentionné son organisation, des coûts de traitement "quasiment nuls" en raison de son volume d'affaires (entre 8 et 10 millions de transactions traitées par mois) et son adossement à un groupe industriel important, sa technologie qui lui permettait "une forme

d'automatisation des processus de traitement", ainsi qu'un accord "extrêmement avantageux au niveau monétique" qui réduisait pratiquement à néant ses coûts bancaires par transaction. Elle a affirmé que le prix proposé lui permettra, compte tenu de ces différents éléments, de dégager une marge, "modeste mais suffisante", qui sera complétée par la rémunération dégagée par les options payantes auxquelles les automobilistes et entreprises peuvent souscrire via son application. Aucun élément ne permet de remettre en cause ces explications convaincantes. L'adjudicataire dispose en effet d'une longue expérience dans le domaine du paiement du stationnement public par voie électronique. Elle est présente dans 150 villes en France, mais également en Suisse, à Genève, Cossonay et Nyon, ainsi que dans quatre autres pays pour un total de 14 millions d'utilisateurs. On se trouve par ailleurs dans un secteur en développement où des écarts de prix importants peuvent être constatés suivant les technologies utilisées et les amortissements des investissements consentis pour les mettre en place. La recourante ne peut par ailleurs tirer aucun argument de la décision d'adjudication rendue par la Ville de Zurich le 27 juillet 2018, dans la mesure où chaque marché est différent. L'offre de l'adjudicataire ne constitue dès lors pas une sous-enchère prohibée par la loi. Une exclusion pour ce motif non plus ne se justifiait pas.

#### **E. 10**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. La recourante, qui succombe, supportera les frais de justice (art. 49 al. 1 LPA-VD), fixés à 2'500 fr. compte tenu de la valeur du marché (art. 3 al. 1 du Tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative du 28 avril 2015 – TFJDA; RSV 173.36.5.1). Elle devra par ailleurs des dépens à l'autorité intimée et à l'adjudicataire, qui ont procédé l'une et l'autre par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel (art. 55 al. 1 LPA-VD).

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