

# VD\_OMNI MPU.2018.0019 vom 18. Dezember 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-12-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2018.0019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2018.0019)

FR: VD\_OMNI MPU.2018.0019 du 18 décembre 2018

IT: VD\_OMNI MPU.2018.0019 del 18 dicembre 2018

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/B. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_ | Recours d'un soumissionnaire évincé contre une décision d'adjudication. Bien que la recourante n'ait pas eu accès à l'offre de l'adjudicataire, son droit d'être entendu a été respecté, dès lors que le contenu essentiel des pièces sur lesquelles s'appuie l'arrêt a été porté à sa connaissance (consid. 2). La recourante conteste exclusivement la notation de son offre, de sorte que le pouvoir d'examen du Tribunal est limité (consid. 3). La notation des offres n'apparaît pas arbitraire, dès lors que les différences de notation trouvent une justification objective et peuvent être retracées. L'autorité intimée, dont l'appel d'offres faisait expressément référence à des certifications, pouvait accorder une meilleure note au soumissionnaire ayant démontré être en leur possession (consid. 4 à 9). Recours rejeté.

## Erwägungen

### E. 1

Envoyée le 29 mai 2018, la décision attaquée a été notifiée à la recourante le 5 juin 2018, date à laquelle celle-ci a retiré le courrier recommandé selon le suivi "track and trace". Déposé le 15 juin 2018, soit dans le délai légal de dix jours de l'art. 10 al. 1 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD; BLV 726.01) auprès de l'autorité compétente, le recours a été interjeté dans la forme prescrite par l'art. 79 de la loi cantonale du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36). En tant que soumissionnaire évincé, la recourante revêt la qualité pour recourir. Elle dispose d'un intérêt juridique puisqu'elle a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours (à ce sujet, cf. arrêt MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 2 et les nombreuses références citées). En effet, l'écart de notation entre son offre (412.28 point) et celle de l'adjudicataire (421.68 points) est de moins de 10 points sur un total de 500 points. Les griefs développés par la recourante, dans la mesure où ils étaient admis, permettraient à la recourante, classée deuxième, d'obtenir une meilleure note que l'adjudicataire et ainsi se voir attribuer le marché, ce à quoi elle conclue. Le recours est ainsi recevable.

### E. 2

La recourante se plaint, dans un premier grief d'ordre formel, d'une violation de son droit d'être entendu, au motif qu'elle n'a pas eu accès à l'offre de l'adjudicataire. a) 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 du règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD; BLV 726.01.1), 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. b) Selon la pratique constante qui prévaut dans le traitement des recours dans le domaine des marchés publics, le Tribunal cantonal s'estime lié par le refus d'une partie de laisser consulter son offre, ainsi que les pièces jointes à ses écritures, eu égard au texte clair de l'art. 18 al. 2 RLMP-VD. Cela étant, le Tribunal cantonal ne fonde pas son arrêt sur une pièce (ou plusieurs pièces), sans que le contenu synthétique de celle(s)-ci ait été porté à la connaissance des parties, à un moment ou à un autre de la procédure, notamment lors de l'audience d'instruction et de débats qui est généralement appointée dans ce type d'affaires. Ce mode de faire est le seul qui permette de garantir à la partie qui n'a pas d'accès direct aux pièces de la partie adverse, le respect de son droit d'être entendue (cf. arrêts MPU.2012.0039 du 15 juillet 2013, consid. 4a; MPU.2010.0029 du 10 mars 2011, consid. 2b; MPU.2009.0009 du 7 octobre 2009, consid. 2; GE.2007.0246 du 13 mars 2008, consid. 2b; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 6; cf., s'agissant de l'application du droit fédéral analogue, la décision incidente rendue le 17 mars 2005 dans la cause CRM 2005-003 par l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics; cf. également l'arrêt rendu le 26 octobre 2010 par le Tribunal administratif du canton de Neuchâtel, commenté par Jean-Baptiste Zufferey, DC 1/2011 p. 100/101). c) En l'occurrence, l'adjudicataire a communiqué à la recourante les pièces qui ne sont pas couvertes par le secret d'affaires. Le juge instructeur a par ailleurs donné à la recourante, lors de l'audience qui a eu lieu le 30 octobre 2018, le contenu essentiel des pièces sur lesquelles s'appuie le présent arrêt. Il convient, partant, d'admettre que le droit d'être entendu de la recourante a été respecté.

### **E. 2.3**

Elle a par ailleurs fourni, contrairement à la recourante, divers documents attestant des mesures prises pour assurer la qualité de la formation de ses apprentis. Un écart de trois points entre leurs notes respectives ne paraît ainsi pas critiquable. La recourante, qui a certes exposé diverses actions entreprises, n'a produit aucun document et n'a pas démontré vouloir entreprendre des démarches en vue d'une certification. L'autorité intimée, sur le vu de ce qui précède, n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que l'attribution d'une note \*3\* pouvait dans ces circonstances être exclue.

### **E. 3**

La recourante conteste ensuite la notation des offres. a) Le pouvoir d'examen du tribunal 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 et de la comparaison des offres. Ce pouvoir n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire (ATF 141 II 353 consid. 3 et ATF 125 II 86 consid. 6; arrêts MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 3b; MPU.2017.0024 du 27 mars 2018 consid. 2 et MPU.2017.0021 du 29

septembre 2017 consid. 2). Le tribunal laisse à l'adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques (arrêts MPU.2016.0008 du 15 mars 2017 consid. 3b, MPU.2016.0018 du 23 décembre 2016 consid. 2b; MPU.2016.0016 du 12 décembre 2016 consid. 3). Il est ainsi interdit à l'autorité judiciaire de substituer son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, sous peine de statuer en opportunité et de violer ainsi l'art. 16 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (A-IMP; BLV 726.91) et l'art. 98 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 LMP-VD. Partant, l'autorité judiciaire ne peut intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur, ce qui, en pratique, revient à exercer un contrôle restreint à l'arbitraire (ATF 141 II 353 consid. 3 et les nombreuses références citées; arrêts TF 2C\_58/2018 du 29 juin 2018 consid. 5.1 et TF 2C\_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1). Si le pouvoir d'examen du tribunal en lien avec l'appréciation des offres est limité, il revient cependant au pouvoir adjudicateur de faire en sorte que les notes retenues soient fondées sur des critères objectifs, susceptibles d'être explicités; en d'autres termes, la notation doit pouvoir être retracée (arrêts MPU.2016.0018 précité consid. 2c; MPU.2016.0015 du 3 novembre 2016 consid. 3 et MPU.2015.0016 du 26 mai 2015 consid. 4a). En revanche, le tribunal contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 141 II 353 consid. 3 et ATF 125 II 86 consid. 6; arrêts MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 3b; MPU.2017.0024 du 27 mars 2018 consid. 2 et MPU.2017.0021 du 29 septembre 2017 consid. 2). b) En l'espèce, la recourante ne conteste pas la régularité de la procédure mais considère que son offre aurait été arbitrairement sous-évaluée, tandis que celle de l'adjudicataire aurait été surévaluée de manière insoutenable. Sont ainsi critiquées les évaluations des sous-critères 2.1, 2.3, 2.4, 3.1, 3.2, 3.3 et 5.1. La recourante soutient qu'elle aurait dû obtenir la note \*4\* au lieu de la note \*2\* pour les rubriques 2.1, 2.3 et 2.4. Elle fait aussi valoir que, pour les sous-critères 3.1., 3.2. et 3.3., la note \*5\* aurait dû être allouée au lieu des notes \*4\*, respectivement \*3\*. Enfin, elle s'étonne que l'adjudicataire ait obtenu la note \*5\* pour la rubrique 5.1. compte tenu de la taille de sa succursale de \*\*\*\*\*. La recourante se plaint ainsi exclusivement d'une appréciation arbitraire des critères d'évaluation, de sorte que le pouvoir d'examen du Tribunal est en l'occurrence limité.

#### **E. 4**

Le sous-critère 2.1 concerne l'"organisation qualité du soumissionnaire pour satisfaire les exigences du client", évalué au moyen des réponses fournies par les soumissionnaires dans le cadre de l'annexe Q1. La recourante critique le fait que la note \*5\* ait été attribuée à l'adjudicataire en raison de la seule existence de la certification ISO 9001, ce qui ne serait pas reflété par l'appel d'offres. L'autorité intimée indique s'être référée à la grille d'évaluation du guide romand pour justifier les notes attribuées à l'adjudicataire et à la recourante. L'annexe Q tirée du guide romand contient des indications et appréciations destinées à fournir une aide à la notation des critères d'aptitude ayant trait à l'organisation de base et aux références des soumissionnaires. D'après ce document, le critère "organisation qualité du soumissionnaire" est apprécié en relation avec l'existence d'une certification ISO, la note \*3\* étant octroyée au candidat qui a fourni la preuve qu'il est en cours de certification d'un système de qualité efficient type ISO ou officiellement équivalent, la note \*2\* au candidat ayant l'intention de mettre en place, dans un délai d'une année, un système qualité efficient type ISO ou officiellement équivalent, notamment par le fait qu'il peut déjà démontrer aujourd'hui qu'il possède un système d'organisation efficace. La note maximale est accordée au candidat qui fournit la preuve de l'existence depuis au moins trois ans d'un

système de qualité efficient type ISO ou officiellement équivalent. Le formulaire relatif au sous-critère 2.1 (formulaire Q1) comportait une question, libellée de la manière suivante: «Avez-vous obtenu une certification qualité officielle qui prouve qu'une organisation interne a été mise en place afin de garantir que le marché pourra être exécuté conformément aux exigences du client (type ISO 9000 ou équivalent) ?». Le soumissionnaire avait le choix de cocher trois cases («Oui», «En cours» et «Non»), ainsi que, dans l'affirmative, de cocher une case désignée comme «Type», avec une indication plus précise. Le soumissionnaire était invité à remettre une copie du certificat. Le formulaire Q1 de la recourante décrit seulement de manière succincte son organisation et ne se réfère pas à une certification. L'adjudicataire a pour sa part joint à son offre les certifications ISO 9001:2015 (système de management de qualité), ISO 14001:2015 (système de management environnemental), ainsi que OHSAS 18001:2007 (système de management de la santé et de la sécurité au travail). En l'absence de toute preuve de la recourante relative à des démarches visant à l'obtention d'une certification ISO ou équivalente, le choix de l'adjudicateur de lui attribuer la note de \*2\* est cohérent avec les indications figurant dans l'annexe Q du guide romand, dont était également extrait le formulaire Q1. L'adjudicataire a quant à elle fourni la preuve qu'elle était au bénéfice de la certification ISO 9001:2015, qui fait partie de la série des normes ISO 9000 à laquelle l'adjudicateur s'est expressément référé. Elle est au demeurant au bénéfice d'une certification ISO 9001 depuis 2003, soit depuis plus de trois ans, ce qui justifiait, selon la grille d'analyse des critères d'aptitude, de lui attribuer la note maximale. La notation du sous-critère 2.1 est ainsi exempte d'arbitraire.

#### **E. 5**

La recourante conteste la note \*2\* qu'elle a obtenue pour le sous-critère

#### **E. 6**

La recourante conteste la note \*2\* qu'elle a obtenue dans le cadre de l'évaluation du sous-critère 2.4 "Contribution de l'entreprise à la composante environnementale du développement durable". Elle revendique l'octroi de la note \*4\*. Selon l'autorité intimée, l'appel d'offres faisait référence au guide romand, le formulaire Q6 étant tiré de celui-ci. Or, le guide romand fait référence aux certifications Eco Entreprise et ISO 14001. Selon la ligne 6 du tableau de l'annexe Q du guide romand, pour être jugée suffisante (note \*3\*), l'offre du candidat doit notamment décrire les mesures prises par l'entreprise pour satisfaire la réduction des besoins en énergies non renouvelables. Le candidat doit démontrer un certain intérêt à l'utilisation des énergies dites "passives" et renouvelables, non contraignantes pour l'environnement. Il présente des directives qui doivent être appliquées par les collaborateurs dans le domaine de la gestion et du tri des déchets, mais ne possède pas de certification. La recourante s'est en l'occurrence limitée à exposer succinctement trois mesures qu'elle prenait pour garantir le développement durable, dans sa composante environnementale, sans produire un quelconque document. L'autorité intimée pouvait ainsi, sans arbitraire, estimer que les directives dans le domaine de la gestion et du tri des déchets étaient inexistantes ou peu convaincantes. Dans de telles circonstances, et en l'absence de toute certification obtenue par la recourante, l'octroi de la note \*3\* était exclu. Une différence de trois points entre la notation de la recourante et celle de l'adjudicataire est parfaitement justifiée, dès lors que l'adjudicataire, outre qu'elle peut se prévaloir de la certification ISO 14001, a joint à son offre des directives détaillées en matière de gestion des déchets, ainsi que des directives relatives à la prise en compte des critères environnementaux pour l'achat de nouvelles installations. La notation du sous-critère 2.4 est ainsi également exempte

d'arbitraire.

#### **E. 7**

La recourante conteste la note \*4\* obtenue en relation avec l'évaluation du critère 3.1. "Nombre, planification et disponibilité des moyens et des ressources pour l'exécution du marché". Elle revendique l'octroi de la note \*5\*, à l'instar de l'adjudicataire. La recourante, qui emploie 30 personnes, critique que l'on ait tenu peut-être compte du nombre total de collaborateurs de C.\_\_\_\_\_ (500) plutôt que ceux de la succursale de \*\*\*\*\* à laquelle serait confiée l'exécution du marché et qui a une taille très proche de celle de la recourante. Selon l'annexe R6, destinée à permettre l'évaluation du sous-critère 3.1, les soumissionnaires devaient communiquer les noms des personnes-clés, avec indication de leur date de naissance, leur fonction pour l'exécution du marché, ainsi que leur disponibilité. Un CV était exigé pour les personnes mentionnées dans l'annexe R9 (qualification des personnes clés). Ils devaient également indiquer le nombre moyen des personnes prévues sur la durée d'exécution du marché et joindre un planning d'intention signé. La recourante n'a pas indiqué le taux de disponibilité de deux des personnes clés mentionnées. Elle n'a pas remis à l'adjudicateur le CV des personnes mentionnées aux annexes R9. La recourante n'a par ailleurs pas précisé le nombre moyen de personnes prévues sur la durée d'exécution du marché, se contentant d'indiquer une fourchette de 4 à 10 personnes. Le planning d'intention qu'elle a joint à son offre, non signé, distingue seulement deux phases d'exécution, et précise que 2 à 4 personnes seraient engagées les 200 premiers jours, puis 10 personnes pendant les 200 jours suivants. Ce document est considérablement moins détaillé que celui de l'adjudicataire, qui mentionne le détail du nombre de personnes prévues, ainsi que leur présence sur le chantier, par semaine tout au long du déroulement de celui-ci. L'adjudicataire a pour sa part indiqué la disponibilité de chacune des personnes-clés proposées, joint leur CV et indiqué le nombre moyen de personnes prévues sur la durée d'exécution du marché. Ces différences entre les deux offres justifiaient l'octroi d'une meilleure note à l'adjudicataire, sans que la taille de chacune des entreprises revête une portée déterminante. La notation du sous-critère 3.1 doit dès lors être confirmée.

#### **E. 8**

La recourante critique la notation des sous-critères 3.2. "Qualification des personnes-clés désignées pour l'exécution du marché" et 3.3. "Référence pour illustrer les qualifications des personnes-clés désignées pour l'exécution du marché", évalués sur la base des réponses apportées par les soumissionnaires dans le formulaire R9. La recourante estime avoir démontré qu'elle dispose de personnes avec les qualifications nécessaires pour exécuter le mandat en indiquant notamment deux références de personnes-clés (chefs de chantier). S'agissant en premier lieu de la qualification des personnes-clés, il convient de relever que les collaborateurs de la recourante peuvent seulement justifier d'une expérience d'encadrement du personnel, alors que les personnes-clés proposées par l'adjudicataire peuvent tous justifier d'une expérience importante en management de projets, le chef de projet pouvant de surcroît se prévaloir d'une expérience en management de qualité et d'une expérience MSST [système de sécurité au travail] et/ou PHS [plan d'hygiène et de sécurité], ce à quoi l'autorité intimée accordait incontestablement une certaine importance (cf. critère n°2). L'autorité intimée n'a dès lors pas abusé de son pouvoir d'appréciation en attribuant une meilleure note à l'adjudicataire pour le sous-critère 3.2. S'agissant par ailleurs des références, on ne peut que constater que la recourante n'a fourni qu'une référence pour deux de ses personnes-clés, à l'inverse de l'adjudicataire, qui a pu attester de deux références

récentes pour chacune des trois personnes-clés, précisant par ailleurs la fonction de la personne-clé, la nature des travaux et leur montant indicatif pour chacune des références. L'adjudicataire, contrairement à la recourante, a en outre joint à son offre les CV desdites personnes-clés. Dans ces circonstances, il n'apparaît pas que l'adjudicateur ait abusé de son pouvoir d'appréciation en observant un écart de deux points entre l'offre de l'adjudicataire et celle de la recourante pour le sous-critère 3.3. La notation des sous-critères 3.2 et 3.3 est, partant, exempte d'arbitraire.

#### **E. 9**

Sans contester sa propre notation pour le critère 5, ayant trait aux références des soumissionnaires, la recourante s'en prend à la note \*5\* obtenue par l'adjudicataire pour ce critère. La recourante fait valoir que pour la construction de l'EMS Les Marroniers, l'adjudicataire avait obtenu la note \*4\* et non \*5\*. Compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur, toute référence à un autre marché, organisé par une autorité différente, apparaît d'emblée exclue. Il convient de surcroît de relever que les références fournies par l'adjudicataire en lien avec la construction de l'EMS Les Marroniers ne se recoupent pas avec celles mentionnées dans le cadre du présent marché. Toute analogie avec cette autre procédure de marché public est dès lors inutile. Pour le surplus, il suffit de relever que les trois références de l'adjudicataire, toutes achevées il y a moins de cinq ans et portant sur des montants supérieurs à ceux visés par le présent marché, ont trait à la réalisation d'installations électriques dans des EMS ou des établissements dans le domaine médical. On ne saurait par ailleurs reprocher à l'autorité intimée d'avoir admis que l'adjudicataire puisse se prévaloir de l'ensemble de ses références, et non exclusivement de celles de sa succursale de \*\*\*\*\*, dès lors que c'est l'entité dans son ensemble qui a soumissionné. L'autorité intimée pouvait ainsi, sans arbitraire, considérer que de telles références démontraient pleinement l'aptitude de l'adjudicataire à réaliser le marché litigieux.

#### **E. 10**

Le recours doit ainsi être rejeté et la décision attaquée confirmée. Les frais sont mis à la charge de la recourante, qui succombe. L'autorité intimée, qui a procédé avec l'assistance d'un avocat et qui obtient gain de cause, a droit à des dépens à la charge de la recourante. L'adjudicataire, qui a également conclu au rejet du recours mais n'était pas assisté d'un mandataire professionnel, n'a pas droit à des dépens.