

VD_OMNI MPU.2018.0028 vom 1. April 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-04-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2018.0028

FR: VD_OMNI MPU.2018.0028 du 1 avril 2019

IT: VD_OMNI MPU.2018.0028 del 1 aprile 2019

Regeste

A. _____/Municipalité de Prangins, B. _____ | Recours d'un soumissionnaire évincé contre la décision d'adjudication d'un marché portant sur l'équipement d'un collègue en écrans interactifs. A moins que cette faculté n'ait été exclue ou restreinte dans l'appel d'offres, le soumissionnaire est libre de présenter une offre supplémentaire ou variante en plus de l'offre de base. En cas de divergence entre l'appel d'offres publié sur la plate-forme simap et les documents d'appel d'offres, la priorité doit être accordée à l'appel d'offres. En l'espèce, l'"offre 1" de l'adjudicataire constitue une offre de base et son "offre 2" doit être qualifiée de variante. Adjudication irrégulière dès lors que le marché a été adjugé à une variante alors que les conditions de l'appel d'offres l'excluaient et que l'offre de base de l'adjudicataire n'a pas été prise en considération. En l'absence de procès-verbal d'ouverture de offres on ignore en outre selon quels critères le comité d'évaluation a choisi de ne conserver que la variante de l'adjudicataire. Annulation de la décision attaquée et renvoi de la cause au pouvoir adjudicateur pour qu'il reprenne la procédure d'évaluation des offres après avoir exclu la variante de l'adjudicataire.

Erwägungen

E. 1

let. d de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD; BLV 726.01), la décision d'adjudication peut faire l'objet d'un recours au Tribunal cantonal dans un délai de 10 jours dès sa notification. La décision n'ayant pas été notifiée sous pli recommandé, alors que ce mode de notification est prescrit par la loi (art. 44 al. 1 LPA-VD), mais sous pli simple, l'autorité intimée doit supporter l'absence de preuve de la notification. En effet, si la notification ou la date sont contestées et qu'il existe un doute à ce sujet, il y a lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de l'envoi (ATF 142 IV 125 consid. 4.3 et réf. citées). Il en résulte en l'espèce que le lendemain du 26 septembre 2018, date à laquelle la recourante soutient avoir reçu le courrier daté du 21 septembre 2018 adressé sous pli simple, doit être considéré comme étant le dies a quo du délai de recours. Celui-ci est donc venu à échéance le dimanche 7 octobre 2018, échéance reportée de plein droit au jour ouvrable suivant (art. 19 al. 2 LPA-VD). Déposé le lundi 8 octobre 2018, le recours a donc été formé auprès de l'autorité compétente dans le délai légal de dix jours. Il répond pour le surplus aux exigences de forme prescrites par l'art. 79 LPA-VD. En tant que soumissionnaire évincé, la recourante revêt la qualité pour recourir (art. 75 LPA-VD). Les griefs développés par la recourante, dans la mesure où ils seraient admis, permettraient à celle-ci, classée deuxième, d'obtenir une meilleure note que l'adjudicataire et ainsi se voir attribuer le marché, ce à quoi elle conclut. Elle dispose dès lors 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). Le recours est ainsi recevable si bien qu'il y a lieu d'entrer en matière.

E. 2

Sur le plan formel, la recourante se plaint d'une motivation insuffisante de la décision attaquée et de ne pas avoir pu accéder au tableau d'évaluation des offres avant la procédure devant la cour de céans. 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). En ce qui concerne les marchés publics, l'art. 42 al. 2 du règlement d'application du 7 juillet 2004 de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD; BLV 726.01.1) précise que les décisions de l'adjudicateur sont sommairement motivées et indiquent les voies de recours. Sur demande d'un soumissionnaire non retenu pour l'adjudication, l'adjudicateur doit en outre indiquer les motifs essentiels pour lesquels son offre n'a pas été retenue et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue (art. 42 al. 3 RLMP-VD). La motivation d'une décision d'adjudication peut être 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.2015.0037 du 25 janvier 2016 consid. 3; MPU.2014.0016 du 26 août 2014 consid. 2; MPU.2012.0039 du 15 juillet 2013 consid. 3; MPU.2012.0016 du 6 décembre 2012 consid. 3 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. 2.2 et les références citées). b) En l'espèce, la décision attaquée, datée du 21 septembre 2018, ne contenait que le nom de l'adjudicataire et le prix de son offre ainsi que la mention que cette offre remplissait les exigences légales et avait été jugée selon les critères établis par le mandataire de l'autorité intimée; elle ne mentionnait pas les voies de recours. En outre, par le courriel du 3 octobre 2018 de ce dernier, la recourante n'a obtenu que des explications relativement sommaires sur les raisons pour lesquelles son offre avait été classée en deuxième position. Elle ignorait par exemple l'écart de points qui la séparait de l'offre de l'adjudicataire ainsi que les différences techniques entre son offre et celle de l'adjudicataire qui auraient préterité son classement. On peut dès lors douter que les exigences de l'art. 42 RLMP-VD aient été satisfaites. Quoi qu'il en soit, la question de savoir si le droit d'être

entendu de la recourante a été violé – notamment parce que le tableau d'évaluation des offres ne lui a pas été remis suite à sa demande – peut rester indéfinie, le recours devant de toute manière être admis pour les motifs qui suivent.

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

Il convient d'abord d'examiner si les critères préalables d'adjudication ont été respectés. a) Dans ses déterminations du 11 février 2019, la recourante a fait valoir que l'adjudicataire aurait dû être exclue suite au dépôt de deux offres ou d'une offre de base et d'une variante. Selon la recourante, l'autorité intimée avait décidé d'exclure la possibilité de présenter des variantes selon l'appel d'offres publié sur la plate-forme simap. Elle aurait dès lors dû exclure l'adjudicataire de la procédure puisque celle-ci a proposé deux offres, ce qui n'était pas conforme aux conditions fixées dans la mise au concours. En outre, l'offre 1 n'a pas fait l'objet d'une évaluation si bien que l'on ignore si elle était conforme aux exigences du cahier des charges. Le fait qu'un soumissionnaire ait pu bénéficier d'une "double chance" de voir son offre retenue constituerait en outre une violation des principes d'égalité de traitement et d'impartialité. Dans ses déterminations du 25 février 2019, l'autorité intimée soutient que l'indication figurant sur la plate-forme simap résulterait d'une erreur de plume du mandataire de la municipalité; seul le cahier des charges, qui n'exclut pas les variantes, serait déterminant. L'autorité intimée n'aurait de surcroît pris en compte que l'offre 2 – soit l'offre à laquelle le marché litigieux a été adjugé – et non l'offre 1 qui aurait été "immédiatement écartée" et n'aurait pas fait l'objet d'un examen par la commission d'évaluation. Il en résulterait que tous les soumissionnaires auraient été traités de manière égale puisque l'offre 1 de l'adjudicataire n'aurait pas été évaluée. b) Le pouvoir adjudicateur est libre de définir les prestations à acquérir et de configurer le marché comme il l'entend en fonction de ses besoins (arrêt 2C_1110/2014 du 17 mars 2015 consid. 5.3; arrêts MPU.2017.0007 du 9 août 2017 consid. 2b et MPU.2016.0018 du 23 décembre 2016 consid. 2b). L'objet du marché et les différentes prestations attendues doivent être détaillées de manière claire et précise dans l'appel d'offres et les documents d'appels d'offres, afin de respecter le principe de transparence (Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, pp. 176 s.). L'appel d'offres et le contenu des documents d'appel d'offres sont des éléments déterminants de la procédure en ce qu'ils concrétisent et détaillent le marché en cause au moyen notamment de spécifications techniques (Etienne Poltier, *op. cit.*, pp. 176 s.; Alexis Leuthold, *Angebotsänderungen im laufenden Vergabeverfahren – Praxisnaher Kompromiss statt rigider Formstrenge*, in BR/DC 3/2009 p. 110). Une fois l'appel d'offres

lancé, le pouvoir adjudicateur se trouve lié par le contenu des documents qu'il a lui-même élaborés et il n'est ainsi pas libre de les modifier comme il l'entend après leur publication. C'est ce qu'instaure le "principe de stabilité de l'appel d'offres", en vertu duquel une modification de l'appel d'offres ou du dossier d'appel d'offres ne devrait plus être admissible postérieurement au dépôt, respectivement à l'ouverture des offres, au risque de porter atteinte aux principes de transparence, d'égalité de traitement des soumissionnaires et d'interdiction des négociations (arrêts TF 2P.97/2005 du 28 juin 2006 consid. 4.4 et TF 2P.151/1999 du 30 mai 2000 consid. 4c; arrêts MPU.2016.0019 du 14 décembre 2016 consid. 3 et MPU. 2015.0001 du 18 juin 2015 consid. 4a; Hansjorg Seiler, *Zwei Jahrzehnte Vergaberechtsprechung – Wurden die Ziele erreicht?*, in: *Marchés Publics* 2018, n. 66 ss; Alexis Leuthold, op. cit. p. 110). Une modification des paramètres de l'appel d'offres doit en tout état de cause être objectivement fondée afin d'éviter que la procédure ne puisse être manipulée à l'avantage ou au détriment d'un soumissionnaire. Une telle modification ne sera par exemple pas admissible si elle a pour but de pallier la non-conformité d'une offre avec les exigences fixées dans l'appel d'offres (Alexis Leuthold, op. cit. pp. 111 s.; voir ég. Hansjorg Seiler, op. cit., n. 73). A moins que cette faculté n'ait été exclue ou restreinte dans l'appel d'offres, le soumissionnaire est libre de présenter une offre supplémentaire ou variante en plus de l'offre de base (arrêt MPU.2012.0016 du 6 décembre 2012 consid. 5a et les références citées; Jean-Baptiste Zufferey, *Eléments choisis du droit suisse in Droit des marchés publics, Présentation générale, élément choisis et code annoté*, Fribourg 2002, p. 114). Le pouvoir adjudicateur peut soit imposer des variantes prédéfinies, soit interdire les variantes, soit les restreindre – en particulier en leur imposant des contraintes sous la forme d'exigences minimales à respecter impérativement – soit n'émettre aucune réserve en laissant les soumissionnaires totalement libres. Le soumissionnaire est en principe libre de s'écarter dans une variante des conditions techniques, systèmes de construction ou procédés de fabrication figurant dans le cahier des charges, mais sous deux réserves importantes. D'une part, l'adéquation de la variante par rapport à l'objet du marché impose que la variante respecte les éventuelles conditions minimales impératives fixées dans le cahier des charges. D'autre part, les caractéristiques techniques de la variante doivent être fonctionnellement équivalentes aux spécifications techniques exigées de l'offre de base, eu égard au but assigné à l'objet du marché (JAAC 2001 p. 825 consid. 3a). La conformité des offres, respectivement des variantes, aux conditions de l'appel d'offres constitue un critère préalable d'adjudication. Lorsqu'une offre est incomplète ou qu'elle n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, elle doit en principe être exclue (cf. art. 32, 2ème tiret, let. a RLMP-VD). L'adéquation des variantes par rapport à l'objet du marché est dès lors vérifiée dans le cadre de l'épuration des offres. Une variante libre qui, du fait de ses caractéristiques techniques, ne remplit pas l'une des deux conditions susmentionnées doit être écartée comme irrégulière (JAAC 2001 p. 825 cons. 3a; cf. ég. arrêts MPU.2012.0016 du 6 décembre 2012 consid. 5a et MPU.2012.0013 du 27 septembre 2012 consid. 5a; aussi Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 1044 s.). Le pouvoir adjudicateur dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer si une variante correspond ou non aux exigences minimales de la soumission (DC 2003, p. 145-150, S27 note). L'appréciation du respect de la condition d'équivalence dépend essentiellement des circonstances du cas d'espèce. Le fardeau de la preuve de l'équivalence de la variante avec les spécifications techniques de l'offre de base repose sur le soumissionnaire auteur de la variante (JAAC 2001 p. 825 consid. 3a; ég. arrêt MPU.2012.0016 du 6 décembre 2012

consid. 5c). c) En l'espèce, il est constant que l'adjudicataire a soumis en réponse à l'appel d'offre deux documents présentant des différences au niveau du type d'écran et du commutateur réseau ("switch"). Elle a elle-même qualifié ces documents de "variantes" par une mention manuscrite. Cela ne revêt toutefois pas un caractère décisif pour qualifier ces documents dans la procédure de marchés publics. La première différence entre les deux offres de B. _____ porte sur la technologie des écrans ainsi que celle du stylet. L'offre 2 comprend un stylet numérique EMR qui peut être employé indépendamment ou parallèlement à la fonction "touch" et accentue la précision du toucher tactile. Comme le relève l'autorité intimée, la technologie EMR correspond à l'appel d'offres (partie écran) dans la mesure où elle permet l'utilisation simultanée du stylet et de la main. A cet égard, il convient de relever que les deux offres de l'adjudicataire comme l'offre de la recourante proposent une technologie correspondant au cahier des charges pour la technologie "touch" permettant une utilisation simultanée des doigts et du stylet. La technologie EMR constitue donc une amélioration s'inscrivant dans le cadre de l'appel d'offres. Une deuxième différence entre les deux offres de l'adjudicataire porte sur les récepteurs multimédia, plus particulièrement les commutateurs réseau. Comme cela résulte de la teneur du document figurant dans les deux variantes, l'offre 2 comprend un certain nombre d'avantages par rapport à l'offre 1 grâce à l'ajout d'un "switch" central permettant de gérer l'ensemble des commutateurs réseau reliés aux écrans interactifs dans les salles de classe. Autrement dit, l'offre 2 comprenant un switch central constitue également une amélioration par rapport à l'offre 1 de l'adjudicataire. Enfin, le prix de l'offre 2 (251'281 fr. 35) est sensiblement plus élevé que celui de l'offre 1 (215'546 fr. 50), ce qui constitue un indice de plus que l'offre 1 constituait une offre de base et l'offre 2 une offre supplémentaire comprenant des améliorations par rapport à l'offre de base et en augmentant logiquement le prix. En définitive, on retiendra après analyse que l'offre 1 de l'adjudicataire – dont le prix est d'ailleurs proche de celui offert par la recourante – constitue une offre de base et que l'offre 2 doit être qualifiée de variante. d) Il convient dans un deuxième temps d'examiner si les variantes étaient admissibles et si le pouvoir adjudicateur pouvait renoncer à évaluer l'offre de base. Les informations fournies quant à l'admissibilité des variantes pouvaient apparaître contradictoires puisque l'appel d'offres publié sur la plate-forme simap excluait l'admissibilité des variantes tandis que les documents d'appel d'offres ne mentionnaient rien à ce sujet, ce qui conduit en principe à leur admissibilité (cf. supra let. b). Même si l'exclusion des variantes dans l'appel d'offres publié résulte d'une erreur de plume – comme le soutient l'autorité intimée –, il n'en demeure pas moins que la publication des conditions d'adjudication sur la plate-forme simap revêt une importance cardinale. En effet, les soumissionnaires doivent pouvoir se fier aux informations sommaires figurant dans l'appel d'offres publié de manière notamment à pouvoir décider en toute connaissance de cause s'ils requièrent les documents d'appel d'offres usuellement en main de l'autorité et s'ils soumettent ou non une offre (cf. Poltier, op. cit., p. 175). Il en résulte qu'en cas de divergence entre l'appel d'offres publié sur la plate-forme simap et les documents d'appel d'offres, il convient en principe d'accorder la priorité à l'appel d'offres. De surcroît, contrairement à ce que prescrit l'art. 31 al. 2 RLMP-VD, aucun procès-verbal d'ouverture des offres, lequel doit mentionner l'existence de variantes, ne paraît avoir été établi et les tableaux d'évaluation des offres ne mentionnent pas que l'adjudicataire a présenté une offre de base et une variante. La recourante semble d'ailleurs l'avoir appris lors de l'audience d'instruction du 31 janvier 2019. Or, même si l'on considère que la présentation de variantes était admissible, l'autorité ne pouvait de toute manière pas choisir d'écarter purement et

simplement l'offre de base de l'adjudicataire (soit l'offre 1) et n'évaluer que la variante (soit l'offre 2). En l'absence de procès-verbal d'ouverture des offres ou d'une autre pièce en tenant lieu dans le dossier, on ignore de plus sur la base de quels critères le comité d'évaluation a choisi de ne conserver que la variante de l'adjudicataire. L'explication fournie par l'autorité intimée selon laquelle la variante était mieux à même de correspondre aux attentes des utilisateurs ne saurait être suffisante. Les différences entre l'offre de base de l'adjudicataire et sa variante revêtent un aspect décisif. En effet, il résulte du tableau d'évaluation que l'adjudicataire a obtenu des notes maximales (3) à l'ensemble des sous-critères concernant l'écran interactif (ch. 3.1) et à l'ensemble des sous-critères concernant le récepteur multimédia (ch. 3.3) au moins en partie grâce aux solutions alternatives – soit la technologie EMR et le switch central – proposées dans sa variante. Dans sa réponse, l'autorité intimée expose ainsi que la recourante n'a pas obtenu la note maximale pour les spécifications techniques liées à l'écran interactif notamment parce qu'elle ne proposait pas de technologie EMR. Il s'ensuit que l'adjudication du marché litigieux à l'adjudicataire est irrégulière à deux égards. D'une part, elle a été adjugée à une variante alors que les conditions de l'appel d'offres excluaient la présentation de variantes, ce qui constitue une violation du principe de transparence. D'autre part, elle n'a pas pris en considération l'offre de base présentée par l'adjudicataire.

E. 5

Il reste à déterminer les sanctions que doivent entraîner ces irrégularités. a) La recourante soutient que l'adjudicataire aurait dû être entièrement exclue de la procédure d'adjudication pour avoir présenté deux offres, respectivement une offre et une variante, et que le marché litigieux aurait dû dès lors lui être attribué. Selon l'art. 32 al. 1 2^{ème} tiret let. a RLMP-VD, une offre peut notamment être exclue lorsqu'elle n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, incomplètement remplie ou ayant subi des adjonctions ou modifications; le soumissionnaire, qui a déposé une variante, doit, à côté de celle-ci, remettre une offre correspondant à la formule de soumission. Comme le montre la formulation potestative de cette disposition, un certain pouvoir d'appréciation doit être reconnu à l'autorité. En effet, 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 (ATF 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.2; arrêts précités MPU.2014.0003 consid. 6b et MPU.2013.0013 consid. 3a; arrêt MPU.2013.0027 du 4 février 2014 consid. 3b et les arrêts cités). En l'espèce, l'adjudicataire a certes soumis une offre de base et une variante alors que l'appel d'offres tel que publié sur simap excluait en principe la soumission de variantes. Toutefois, les documents d'appel d'offres ne précisaient rien à cet égard si bien qu'il pouvait exister à tout le moins un doute sur l'admissibilité des variantes. Dans ce contexte, la solution qui consiste à exclure entièrement l'adjudicataire apparaît comme exagérément rigoureuse – et contraire au principe de la proportionnalité – dans la mesure où cela reviendrait à faire supporter à cette dernière les erreurs commises par le pouvoir adjudicateur dans la rédaction de l'appel d'offres. Il n'y a donc pas lieu de considérer que l'adjudicataire, qui a présenté une offre de base a priori conforme à l'appel d'offres, aurait dû être exclue de la procédure. Seule l'exclusion de la variante présentée par l'adjudicataire constitue une solution conforme au principe de la proportionnalité. b) Selon l'art. 13 LMP-VD, dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} avril 2018, si le contrat n'est pas conclu, l'autorité de recours peut, soit statuer au fond, soit renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur dont elle annule la décision, au besoin avec des instructions impératives. Lorsque le recours est dirigé contre

l'adjudication, celle-ci n'est annulée que si les irrégularités constatées ont une incidence sur le résultat de la procédure. En l'espèce, il n'est pas possible pour la cour de céans de combler les manquements de la procédure suivie par l'autorité intimée dans la mesure où celle-ci doit de toute manière procéder à une nouvelle évaluation des offres, ce qui lui incombe au regard du large pouvoir d'appréciation qui doit lui être reconnu en la matière. Il convient dès lors d'annuler la décision attaquée et d'inviter le pouvoir adjudicateur à reprendre la procédure d'évaluation au moment de l'ouverture de celles-ci après avoir exclu la variante de l'adjudicataire.

E. 6

Il n'est donc pas nécessaire d'examiner plus avant si, comme le soutient la recourante, l'autorité intimée a violé son pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'évaluation des critères et sous-critères d'adjudication. On relèvera toutefois que la méthode utilisée par l'autorité intimée pour évaluer les critères et les sous-critères n'échappe pas à toute critique, notamment du point de vue du principe de transparence. En application du principe de transparence, le pouvoir adjudicateur doit faire en sorte que les notes retenues soient fondées sur des critères objectifs, partant susceptibles d'être explicités; en d'autres termes, la notation doit être traçable (v. sur ce point les exigences de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, in: JAAC 64.63 et 30, que le Tribunal administratif a reprises à son compte, notamment dans l'arrêt GE.2002.0009 du 4 juillet 2002, et que le Tribunal cantonal a confirmées depuis lors [arrêts MPU.2015.0025 du 30 juin 2015 consid. 4; MPU.2010.0029 consid. 1b; MPU.2009.0020 consid. 2; MPU.2009.0013 du

E. 7

Il s'ensuit que le recours doit être partiellement admis en ce sens que la décision attaquée est annulée et la cause renvoyée à l'autorité intimée pour qu'elle procède dans le sens des considérants. L'adjudicataire n'ayant pas pris de conclusions dans la présente procédure, l'émolument sera entièrement mis à la charge de la commune (art. 49, 52, 91 et 99 LPA-VD). S'agissant des dépens, la recourante fait valoir que des motifs particuliers justifient de s'écarter du montant maximal de 10'000 fr. prévu par l'art. 11 al. 2 du Tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative (TFJDA; BLV 173.36.5.1). Elle fait valoir en substance avoir dû procéder en justice et faire valoir ses arguments de manière détaillée parce que l'autorité intimée lui a dans un premier temps refusé l'accès au tableau d'évaluation des offres puis n'aurait fourni dans sa réponse que des arguments "imprécis et laconiques". Elle a produit une facture d'honoraires de son mandataire de 64'039 fr. 90 correspondant à un total de 187 heures de travail pour trois avocats de l'étude. Adopté par le Tribunal cantonal en application de l'art. 55 al. 4 LPA-VD, l'art. 11 TFJDA a la teneur suivante: "1 Les frais d'avocat ou d'autres représentants professionnels comprennent une participation aux honoraires et les débours indispensables. 2 Les honoraires sont fixés d'après l'importance de la cause, ses difficultés et l'ampleur du travail effectué. Ils sont compris entre 500 et 10'000 francs. Ils peuvent dépasser ce montant maximal, si des motifs particuliers le justifient, notamment une procédure d'une ampleur ou d'une complexité spéciales. 3 Les honoraires sont fixés en chiffres ronds, incluant la taxe sur la valeur ajoutée". Il résulte de cette disposition que l'indemnité allouée par le tribunal à titre de dépens constitue une participation aux honoraires de la partie qui obtient gain de cause et non pas une pleine prise en charge de la facture de son avocat (arrêts TF 2C_501/2015 du 17 mars 2017 consid. 6, non publié in ATF 143 I 227; 1C_29/2018 du 26 juin 2018 consid. 2). En l'espèce, contrairement à ce que soutient la recourante, la cause ne

revêtait ni une ampleur particulière ni une complexité spéciale. Certes, le comportement de l'autorité intimée n'est pas irréprochable tant en ce qui concerne le respect des dispositions de procédure que l'évaluation des offres. Cela étant, il s'agit d'un marché public relativement délimité, ne comprenant que trois critères d'évaluation et portant sur une valeur – environ 250'000 fr. – qui n'est pas particulièrement élevée pour ce type d'affaire (cf. art. 3 TFJDA selon lequel la fourchette la plus basse de l'émolument perçu vaut jusqu'à une valeur du marché de 250'000 fr.). En outre, les griefs invoqués par la recourante – notamment quant à la pondération des différents critères et à leur évaluation – ne présentaient pas en l'espèce de complexités particulières. Au vu de ce qui précède, il n'y a pas de motif de s'écarter du principe posé par l'art. 11 al. 2 TFJDA. Le montant de l'indemnité allouée à titre de dépens se situera donc dans la fourchette de celles qui sont habituellement allouées pour des procédures comparables en matière de marché public avec plusieurs échanges d'écriture ainsi qu'une audience d'instruction (cf. arrêts MPU.2018.0019 du 18 décembre 2018; MPU.2017.0024 du 27 mars 2018; MPU.2017.0006 du 5 décembre 2017). Elle doit être légèrement réduite dès lors que la recourante n'obtient que partiellement gain de cause. Elle sera mise à la charge de l'autorité intimée (art. 55 al. 1 et 2, 91 et 99 LPA-VD).

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