

VD_OMNI MPU.2018.0033 vom 14. März 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-03-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2018.0033

FR: VD_OMNI MPU.2018.0033 du 14 mars 2019

IT: VD_OMNI MPU.2018.0033 del 14 marzo 2019

Regeste

A. _____/Municipalité de Vevey, B. _____ | Recours du soumissionnaire évincé contre l'adjudication du marché portant sur la refonte complète d'un site Internet communal. - Rappel du large pouvoir d'appréciation dont dispose l'adjudicateur dans l'évaluation des offres (consid. 2). - Rappel des exigences de motivation de la décision d'adjudication (cf. art. 42 RLMP-VD) (consid. 3). - Bien que la position de l'adjudicateur ait été ambiguë, c'est à raison qu'il a exclu, même au stade de la réponse, l'offre de la recourante, cette dernière ne répondant pas à une condition essentielle du cahier des charges (consid. 4). - L'argumentation de la recourante, qui tend pour l'essentiel à démontrer que son offre aurait dû être privilégiée à celle de l'adjudicataire (notamment au regard des critères du prix, des références et de l'organisation), ne suffit pas à démontrer le caractère arbitraire de la décision attaquée (consid. 5). Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

a) Aux termes de l'art. 79 al. 1 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36), l'acte de recours doit indiquer les conclusions et les motifs du recours. La Cour de céans fait preuve d'une relative souplesse en ce qui concerne la motivation du recours, notamment avec les administrés qui ne sont pas assistés par un mandataire professionnel. Il suffit qu'on puisse déduire de l'acte de recours sur quel point et pour quelle raison la décision attaquée est contestée. La simple allégation que la décision serait erronée et le seul renvoi global à des actes de procédure antérieurs sont en revanche insuffisants (en particulier, arrêts AC.2010.0213 du 15 septembre 2011 et FI.2010.0021 du 12 octobre 2010). b) S'agissant de la qualité pour recourir, l'art. 75 let. a LPA-VD la subordonne notamment à la condition que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit annulée ou modifiée. En matière de marchés publics, on considère que 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 défaut, il ne peut exister de rapport de causalité entre l'illicéité de la décision d'adjudication alléguée et le prétendu dommage. A moins que l'intérêt du soumissionnaire évincé à contester l'adjudication paraisse évident, il incombe à ce dernier de le démontrer. 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 307 consid. 6; 141 II 14 consid. 4; 140 I 285; ég. arrêt MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 2). c) En l'espèce, la recourante est arrivée au 2^{ème} rang sur les quatre offres évaluées. Elle a obtenu une note finale de 76.03 contre 77.89 pour l'adjudicataire, soit une différence de 1.86 points. Si la motivation de la recourante est sommaire, on comprend néanmoins qu'elle

considère qu'elle devait être bien mieux notée que l'adjudicataire sur les critères du prix, des références et de l'organisation. Or, vu le faible écart entre les deux offres, une réévaluation de certains des critères pris en compte lui suffirait pour arriver en tête et obtenir le marché, ce à quoi elle conclut, à tout le moins implicitement. Il convient dès lors d'admettre sa qualité pour recourir. 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; BLV 726.01) et art. 19, 20 et 79 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36). 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

Sur le plan formel, la recourante, bien qu'elle ne fasse pas valoir ce moyen avec beaucoup de clarté, semble se plaindre 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; BLV 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. ég. 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*, 2ème 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 1er 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. 2.2 et les références citées). b) En l'espèce, la décision attaquée ne contenait aucune motivation. Le tableau d'évaluation des offres n'était par ailleurs pas joint, et les voies de recours n'étaient pas indiquées. 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. Toutefois, la recourante a fait usage de la prérogative prévue à l'art. 42 al. 3 RLMP-VD. Avant de saisir la CDAP, elle a en effet contacté le pouvoir adjudicateur pour demander le tableau d'évaluation des offres. Si elle n'a pas reçu d'explications sur les motifs essentiels pour lesquels son offre n'a pas été retenue, elle a cependant été en mesure de faire valoir son point de vue dans le cadre de la présente procédure. Ainsi, même à admettre une hypothétique violation de son droit d'être entendue, 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, ainsi que sur les autres griefs de la recourante, en lien avec les critères 4 et 5, ce dans le cadre d'un double échange d'écritures. L'intimée a même examiné dans sa réponse les deux premiers critères, lesquels ne faisaient pourtant pas l'objet de critiques de la part de la recourante. La recourante a de surcroît eu l'occasion de s'exprimer et poser toutes ses questions dans le cadre de l'audience d'instruction et de jugement qui s'est tenue le 6 mars 2019. Dans ces circonstances, le grief tiré d'un défaut de motivation doit être écarté.

E. 4

L'autorité intimée fait valoir que le système doit être "100% Open Source". Or l'offre déposée par la recourante ne répond pas à cette spécification technique, ce qui aurait dû conduire à son exclusion. Par substitution de motifs, l'autorité intimée a dès lors exclu l'offre de la recourante dans le cadre de sa réponse. 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^{ème} 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; é.g. 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). L'exclusion peut intervenir d'emblée, après la constatation du défaut rédhibitoire entachant l'offre, ou après l'évaluation, pour autant que l'application des critères d'adjudication reste «traçable», conformément au principe de la transparence (ATF 141 II 353 consid. 8.2.1; arrêts MPU.2015.0057 du 20 janvier 2016 consid. 3c; MPU.2015.0026 du 30 juin 2015 consid. 4b; arrêt MPU.2015.0016 du 26 mai 2015, consid. 4b, et les arrêts cités). L'exclusion peut même être prononcée par substitution de motifs, jusques et y compris dans le cours de la procédure de recours dirigé contre la décision d'adjudication (arrêts précités MPU.2015.0057, consid. 3b; MPU.2015.0026, consid. 4b; MPU.2015.0016, consid. 4b, et les arrêts cités). b) En l'occurrence, il est constant que la solution proposée par la recourante n'est pas 100% Open Source, comme l'a du reste confirmé son administrateur président lors de l'audience du 6 mars 2019, alors que cette exigence figure dans la liste des fonctionnalités obligatoires du cahier des charges. La recourante ne l'ignorait pas, et a interpellé sur ce point E. _____, qui lui a fait savoir le 8 juin 2018 que l'intention de l'intimée était de disposer d'une solution 100% Open Source, sans licence commerciale qui empêche une utilisation libre de l'outil. E. _____ a toutefois indiqué laisser A. _____ répondre à l'appel d'offre avec sa solution, sous réserve qu'un accord satisfaisant soit trouvé. La position de l'intimée est ambiguë, dans la mesure où elle a classé l'offre, sans réserve, et n'a finalement procédé à son exclusion qu'au stade de la réponse. Elle a ainsi pu faire naître chez la recourante l'expectative de voir son offre prise en considération, ce qui a du reste été le cas, jusqu'au dépôt de la réponse. Il n'en demeure pas moins que le fait que la solution proposée par la recourante ne soit pas 100% Open Source conduit à retenir que celle-ci ne respecte pas une condition essentielle du cahier des charges, qualifiée de fonctionnalité obligatoire, ce qui aurait dû conduire à l'exclusion de l'offre. Pour ce premier motif, le recours doit dès lors être rejeté.

E. 5

Sur le fond, la recourante fait pour l'essentiel valoir qu'elle aurait dû obtenir de sensiblement meilleures notes que l'adjudicataire pour les critères du prix, des références et de l'organisation (critères 3 à 5). a) Dans un premier moyen, la recourante se plaint d'erreurs dans le prix qui a été retenu, et dès lors dans la note qui y est associée. A son sens, c'est une note de 3.33 au moins qui aurait dû être retenue pour elle, respectivement de 3.08 pour B. _____, en lieu et place des notes de 3.32 pour elle, respectivement de 3.11 pour B. _____. Elle fonde à cet égard son argumentation sur les chiffres ressortant du récapitulatif des offres des quatre soumissionnaires retenus, et la formule de notation figurant dans le cahier des charges (p. 37). Elle fait par surabondance valoir que le prix retenu pour elle est incorrect, dans la mesure où il inclut un certain nombre d'options que le prix d'autres concurrents (sic) ne contient pas. Pour la recourante, son prix n'est ainsi pas de 251'074 fr. 55 TTC, mais de 237'440 fr. 59 TTC, ce qui devrait conduire à lui attribuer la note de 3.72 en lieu et place de 3.32, et, de facto, conduire à lui adjuger le marché. A cet égard, l'autorité intimée a admis dans ses écritures que les notes qui auraient dû être retenues sont celles de 15.42 pour l'adjudicataire, et de 16.65 pour la recourante (en lieu et place de 15.55 pour l'adjudicataire et 16.61 pour la recourante, selon le récapitulatif des points produits sous pièce 9). Pour l'autorité intimée, la différence entre les notes figurant dans le tableau produit sous pièce 9 et celles rectifiées n'étant que de 0.17, elle n'a aucun effet sur le résultat du marché. La Cour de céans a procédé à la vérification des calculs relatifs au prix, et parvient à un montant équivalent à celui recalculé par l'autorité intimée dans ses écritures, à savoir une note de 15.42 pour l'adjudicataire, et de 16.65 pour la

recourante. Or cette différence, minime, est sans influence sur le résultat du marché. Quant aux options qui n'auraient été prises en compte que pour la recourante et non pour les autres soumissionnaires classés, l'intimée a relevé, sans être contredite, qu'il n'y avait pas de différence en défaveur de la recourante entre les options retenues et chiffrées pour l'adjudicataire, et celles de la recourante. Cette dernière reproche cependant à l'autorité adjudicatrice de "manipuler le fichier Excel "(réplique, point 2, conclusions), estimant que "ce qui avait pour but de permettre une meilleure visibilité des offres conduit au contraire à un brouillage de la comparaison et va à l'encontre du principe d'intangibilité". Pour la recourante, il y a dès lors lieu de recalculer les notes sur la base des montants TTC sur 4 ans, sans option, figurant dans le procès-verbal d'ouverture du 19 juin 2018. Il est constant qu'en vertu du principe de l'intangibilité des offres et de l'interdiction des négociations, il est interdit à l'adjudicateur de modifier une offre déposée par un soumissionnaire (cf. art. 29 al. 3 et 32 al. 1, 2e tiret let. a RLMP-VD). Toutefois dans la présente espèce, il n'a pas été question d'une telle modification. L'autorité intimée a bien exposé que le fichier Excel à compléter adressé le 9 juillet 2018 avait pour vocation de permettre au Comité d'évaluation de se donner les moyens de comparer ce qui était comparable, de lister les services et prestations proposés, et ceux offerts en "options", dans le cadre d'un marché de services, dont la prestation recherchée est intellectuelle. Dans la mesure où il s'agit de conceptualiser le site Internet d'une commune, il est légitime que les offres des divers soumissionnaires puissent ne pas avoir exactement le même contenu, et partant les mêmes prestations offertes. Au demeurant, la recourante a accepté cette manière de procéder, laquelle a été appliquée à tous les soumissionnaires classés de façon identique, sans que l'on ne puisse discerner ici de la part de l'autorité adjudicatrice un excès de son pouvoir d'appréciation. Le moyen n'est dès lors pas fondé et doit être écarté. b) S'agissant du critère 4, à savoir celui des références pour le même type de projet, le cahier des charges n'exigeait pas du soumissionnaire qu'il doive avoir réalisé le site Internet d'autres communes, mais que le soumissionnaire produise une liste de références de sites dont la "typologie de mandat est similaire à celle de la Ville de Vevey" (CdC, p. 35). S'il est certes fait mention dans la grille des critères de références pour "le même type de projet (administration communale suisse, expérience utilisateur)", l'annexe au cahier des charges, devant également être complétée, invitait les soumissionnaires à renseigner l'autorité adjudicatrice en indiquant leurs références dans le monde, en Suisse (secteur public et hors secteur public) et dans les cantons (secteurs publics et hors secteur public). Il ne peut dès lors être fait grief à l'autorité intimée d'avoir attribué 17 points à l'adjudicataire, respectivement 21 points à la recourante, au titre de leurs références respectives, et d'avoir versé dans l'arbitraire ce faisant. L'adjudicataire a au demeurant produit en cours de procédure la liste de ses références, dont il résulte en particulier qu'elle a œuvré à la réalisation du site Internet de la Ville de Genève: l'argumentation de la recourante selon laquelle l'adjudicataire n'aurait aucune expérience dans la réalisation de sites web communaux est dès lors contredite. c) Quant au critère 5, soit celui de l'organisation et de la structure de l'entreprise, on ne voit pas non plus en quoi l'autorité intimée aurait abusé de son large pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des offres. Elle a exposé à cet égard de manière claire que les éléments d'appréciation pertinents à ses yeux étaient liés à la date de création de la société (1), au fait d'être ou non rattaché à un groupe (2), au chiffre d'affaires annuel (3), ainsi qu'à l'effectif ou le personnel dédié à la solution proposée (4). La recourante et l'adjudicataire ont obtenu la note maximale pour les trois premiers éléments d'appréciation; la différence de deux points entre les deux entreprises ne porte que sur l'effectif en personnel dédié à la solution proposée,

l'adjudicataire proposant 7 personnes, et la recourante 6. Lors de l'audition, l'adjudicataire est venue avec tout le personnel annoncé, et a démontré qu'elle allait travailler avec une équipe pluridisciplinaire et compétente, alors que pour la recourante, venue avec seulement trois personnes, seul l'administrateur président s'est exprimé, ce qui a laissé l'autorité dans le doute au sujet du nombre de personnes compétentes impliquées dans le projet. Ces explications ne consacrent pas une attitude arbitraire de l'autorité intimée. On relèvera que même si le pouvoir adjudicateur avait attribué à la recourante une note de 0,5 points supplémentaires pour son organisation, celle-ci serait toujours classée au 2^{ème} rang, et ce même en tenant compte des correctifs de prix auxquels a procédé l'autorité intimée dans ses écritures. d) Finalement, l'argumentation de la recourante tend pour l'essentiel à exposer que son offre aurait dû être privilégiée à celle de l'adjudicataire. Toutefois, et comme rappelé ci-dessus (consid. 2), l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, s'agissant notamment de l'évaluation des offres, ce pouvoir n'étant limité que par l'interdiction de l'arbitraire. Or dans le cas d'espèce, aucun élément du dossier ne permet de retenir que l'adjudicateur aurait abusé de son large pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des offres.

E. 6

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, 91 et 99 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; BLV 173.36.5.1). Elle devra par ailleurs des dépens à l'autorité intimée qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel (art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). L'adjudicataire, non représenté, ne peut prétendre à des dépens.

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