

VD_OMNI MPU.2018.0035 vom 23. April 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-04-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2018.0035

FR: VD_OMNI MPU.2018.0035 du 23 avril 2019

IT: VD_OMNI MPU.2018.0035 del 23 aprile 2019

Regeste

A. _____, B. _____/Municipalité d'Oron, C. _____ | Marché public portant sur l'élaboration d'un nouveau plan directeur communal et d'un nouveau plan général d'affectation. Procédure sur invitation. Croyant à tort que la réglementation sur les marchés publics n'était pas applicable, la commune n'a pas établi de cahier des charges ni arrêté les critères d'adjudication et leur pondération; elle a communiqué aux entreprises invitées seulement un document présentant ses attentes par rapport à la nouvelle planification communale. Après le dépôt des offres, le pouvoir adjudicateur a défini les critères d'adjudication et leur pondération. Une séance a eu lieu, lors de laquelle les soumissionnaires ont présenté leur projet et répondu aux questions de la municipalité, qui a ensuite adjugé le marché. Recours de deux soumissionnaires évincés, qui concluent à l'annulation de toute la procédure. L'autorité intimée et l'adjudicataire font valoir qu'en participant à la procédure sans relever les vices de celle-ci, les recourantes ont accepté les "règles du jeu" et ne peuvent, en vertu du principe de la bonne foi, soulever les griefs correspondants une fois le marché adjugé à un autre soumissionnaire. Rejet de cette argumentation: compte tenu aussi des particularités de la procédure sur invitation, il n'y a pas lieu de se montrer trop exigeant s'agissant de l'incombance des soumissionnaires de relever les vices de procédure; de manière plus générale, il appartient en premier lieu au pouvoir adjudicateur de veiller au respect des règles sur les marchés publics; l'absence d'indication des critères précis d'adjudication et de leur pondération constitue une violation particulièrement grave du principe de transparence, de sorte que le grief doit pouvoir être soulevé dans le cadre d'un recours contre l'adjudication. Admission du recours, annulation de l'adjudication et renvoi de la cause à l'autorité intimée pour qu'elle reprenne la procédure depuis le début dans le respect des règles sur les marchés publics.

Erwägungen

E. 1

a) L'art. 75 let. a de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36) subordonne 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'art. 89 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110) – étant rappelé que la qualité pour recourir doit être admise en procédure cantonale de manière au moins aussi large que devant le Tribunal fédéral (art. 111 al. 1 LTF) –, 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 (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1; TF 2D_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1). Lorsque le soumissionnaire se plaint de vices de procédure, il dispose d'un intérêt digne de protection si l'admission du recours améliore sa situation juridique. Tel

est le cas s'il dénonce des vices à ce point graves qu'ils conduisent à recommencer toute la procédure. Dans ce cas, en effet, il peut déposer une nouvelle offre, ce qui augmente ses chances d'obtenir le marché (ATF 141 II 307 consid. 6.6 p. 315 et réf.). En l'espèce, les recourantes se plaignent d'une violation des règles de procédure, principalement du principe de transparence. S'il est fait droit à leurs conclusions tendant à l'annulation de la procédure de soumission, les recourantes pourront déposer une nouvelle offre et restaurer leurs chances de se voir attribuer le marché. Il convient par conséquent d'admettre leur qualité pour recourir (voir, dans le même sens, arrêt MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016 consid. 1b). b) Pour le surplus, le recours a été déposé dans les délai et forme prescrits par les art. 10 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics [LMP-VD; BLV 726.01] et 79 LPA-VD. Il convient donc d'entrer en matière, étant précisé que la question de la violation éventuelle des droits de la propriété immatérielle de la recourante Urbaplan ne fait pas l'objet de la présente procédure.

E. 2

En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du Tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. Le Tribunal contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 141 II 353 consid. 3 p. 363; 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêt MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 3b). En revanche, lorsque le droit matériel laisse une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, ce qui est en particulier le cas dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres (cf. ATF 141 II 353 consid. 3 p. 362), le juge doit veiller à ne pas s'immiscer de façon indue dans la liberté de décision de l'autorité chargée de l'adjudication. Il ne lui appartient donc pas de substituer sa propre appréciation à celle de l'adjudicateur dans l'attribution d'un marché public (cf. ATF 143 II 120 consid. 7.2 p. 134 et les arrêts cités; v. ég. TF 2D_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 5.1), à défaut de quoi l'autorité judiciaire juge en opportunité, ce qui est interdit, tant par l'art. 16 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (A-IMP; BLV 726.91) que par l'art. 98 LPA-VD (cf. ATF 141 II 14 consid. 2.3 in fine ; 140 I 285 consid. 4.1). L'autorité judiciaire ne peut ainsi intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur, ce qui en pratique peut s'assimiler à un contrôle restreint à l'arbitraire (ATF 141 II 353 consid. 3 p. 363 et les références citées).

E. 3

a) L'art. 12 al. 1 A-IMP 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. 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; art. 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; art. 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). La procédure sur invitation n'est possible qu'en dessous de certains seuils, à savoir 250'000 fr. pour les fournitures, les services et le second œuvre dans la construction et 500'000 fr. pour le gros œuvre (annexe 2 A-IMP). b) La loi ne dit pas comment se calcule le montant déterminant pour décider si le marché dépasse ou non le seuil fixé. Dans ce cadre, il faut cependant relever que le pouvoir adjudicateur est soumis à une obligation de bonne foi ou de sincérité lors de la configuration des marchés; il ne peut ainsi choisir la

méthode d'évaluation, ni scinder les quantités à acquérir dans l'intention d'éviter l'application des règles sur les marchés publics (Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, n° 218, p. 138). En conséquence, compte tenu du but de la législation sur les marchés publics, qui tend notamment à favoriser la concurrence (cf. ATF 125 II 86 consid. 7c p. 100/101), l'adjudicateur 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 (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). L'adjudicateur doit dès lors procéder à une estimation sérieuse et prudente de la valeur du marché estimée, avant sa mise en soumission; il ne peut se fonder sur la valeur du marché telle qu'elle ressort de la décision d'adjudication (ATAF 2009/18 du 20 mai 2009 consid. 2.4, s'agissant de l'application de l'art. 6 al. 1 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics [LMP; RS 172.056.1]; décision incidente du Tribunal administratif fédéral du 16 juillet 2009, rés. in : DC 2009 p. 174/175, S 62).

E. 4

a) La procédure sur invitation permet une mise en concurrence limitée (Poltier, op. cit., p. 166). Elle s'effectue sans publication, par communication directe (art. 11 al. 2 du règlement d'application de la LMP-VD du 7 juillet 2004 [RLMP-VD; BLV 726.01.1]). L'adjudicateur invite trois soumissionnaires au moins à lui présenter une offre, dont un au moins doit être extérieur à la commune du lieu d'exécution (art. 12 al. 1bis A-IMP et 7 al. 1 bbis LMP-VD). Aux termes de l'art. 9 RLMP-VD, les règles régissant les procédures ouvertes et sélectives sont applicables par analogie à la procédure sur invitation, à l'exception des art. 13, 20 et 39 dudit règlement, qui se rapportent aux délais et publications. Le pouvoir adjudicateur est en particulier tenu, comme dans les procédures comportant une mise en concurrence pleine et entière, d'évaluer les offres déposées en appliquant les principes généraux du droit des marchés publics, afin de sélectionner l'offre économiquement la plus favorable (Poltier, op. cit., p. 166; Dominik Kuonen, *Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht*, 2005, p. 253). Doivent notamment être respectés les principes de transparence et de non-discrimination. b) Le principe de la transparence, consacré aux art. 1 al. 3 let. c A-IMP et 6 let. h LMP-VD, exige que le pouvoir adjudicateur décrive précisément ce qu'il attend des soumissionnaires, au besoin en les informant; ensuite, il doit se conformer aux conditions qu'il a préalablement annoncées et ne peut s'écarter des règles du jeu qu'il s'est lui-même fixées (cf. Poltier, op. cit., n°259 p. 161). Le principe de la transparence commande que l'appel d'offres mentionne les critères d'aptitude et d'adjudication. Ces critères ne peuvent en principe être modifiés par la suite. Les critères d'adjudication doivent être indiqués selon leur pondération en pourcents ou au moins dans leur ordre d'importance. L'indication des sous-critères n'est en revanche pas requise d'un point de vue constitutionnel, pour autant qu'ils ne fassent que concrétiser les critères principaux (ATF 143 II 553 consid. 7.7 p. 565 s.), en étant inhérents à ceux-ci. L'indication des critères d'aptitude et d'adjudication, ainsi que de leur pondération, constitue une exigence élémentaire qui s'impose autant dans la procédure sur invitation que dans les procédures ouvertes ou sélectives (Kuonen, op. cit., p. 192, 258). La méthode d'évaluation du critère prix doit en particulier figurer dans les documents d'appel d'offres (art. 15 al. 1 en relation avec l'art. 13 al. 1 let. l RLMP-VD). Le prix constitue en effet un critère évalué de manière quantitative – et non qualitative – et le choix de la méthode de notation peut jouer un rôle considérable (arrêt MPU 2016.0041 du 24 mai 2017 consid. 3c; Poltier, op. cit., p. 209 ss).

Une éventuelle violation du principe de la transparence ne conduit à l'annulation de l'adjudication que si elle a influé sur le résultat final de l'évaluation de l'offre; il appartient à l'adjudicateur d'apporter la preuve du contraire (arrêt MPU.2017.0044 précité consid. 5a/aa et réf.). A l'exception de celle du prix, les méthodes d'évaluation n'ont pas à être communiquées aux soumissionnaires potentiels préalablement au dépôt des offres. Il importe en revanche que les instruments servant à l'évaluation des offres soient arrêtés avant le dépôt des offres, afin que le résultat final ne soit pas le reflet d'une manipulation (arrêt MPU.2017.0044 précité consid. 5a/aa et bb; cf. aussi MPU.2016.0020 précité consid. 3a dans une procédure sur invitation; Poltier, op. cit., p. 209). L'art. 37 al. 4 RLMP-VD prescrit à cet égard que les méthodes d'évaluation de chaque critère retenu doivent être obligatoirement arrêtées avant le retour des offres. c) Le principe de non-discrimination, pour sa part, impose au pouvoir adjudicateur d'assurer l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires, cela durant tout le déroulement de la procédure. En particulier, l'adjudicateur doit adopter les mêmes critères – d'aptitude et d'adjudication – pour l'ensemble des concurrents et ces critères ne doivent pas défavoriser, de manière indirecte, les offreurs externes. La pondération des critères doit également être arrêtée de manière non discriminatoire. L'échelle d'évaluation des offres, pour l'application de ces critères, doit en outre être la même pour l'ensemble des candidats. Enfin, l'entité adjudicatrice doit leur appliquer cette échelle à tous de la même manière (Poltier, op. cit., p. 163 ss; cf. aussi MPU.2016.0020 précité consid. 3a dans une procédure sur invitation).

E. 5

a) Dans les procédures ouvertes ou sélectives, l'appel d'offres constitue une décision sujette à recours dans le délai de 10 jours à compter de sa publication (art. 10 al. 1 let. a LMP-VD; cf. aussi art. 15 al. 1bis let. a A-IMP). En outre, les règles et les critères énoncés dans l'appel d'offres font généralement partie intégrante de celui-ci, de sorte qu'ils doivent (dans le sens d'une incombance: TF 2C_409/2015 du 28 septembre 2015 consid. 4.2) en principe, en vertu du principe de la bonne foi, être contestés à ce stade de la procédure déjà, sous peine de forclusion (cf. ATF 125 I 203 consid. 3a; TF 2C_107/2007 du 22 janvier 2008 consid. 2.1; arrêt MPU.2017.0006 du 5 décembre 2017 consid. 3b et réf.). Il convient cependant de ne pas se montrer trop strict dans l'application de ce principe et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes. Ainsi, cette conséquence ne peut être opposée à une partie que pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées ou, à tout le moins, qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. On ne saurait de ce fait exiger que les soumissionnaires procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, ce d'autant que leurs connaissances en ce domaine sont généralement limitées et le délai pour déposer les offres relativement court; l'expérience montre en outre que les soumissionnaires renoncent fréquemment à une telle contestation avant l'adjudication, par crainte de compromettre leurs chances d'obtenir le marché (ATF 130 I 241 consid. 4.3; MPU.2017.0006 précité consid. 3b). b) Dans les procédures sur invitation, la situation est différente, dans la mesure où il n'y a pas d'appel d'offres par voie de publication (cf. art. 9 RLMP-VD qui exclut l'application de l'art. 13 RLMP-VD). La question est dès lors de savoir si l'ouverture d'une procédure sur invitation constitue une décision attaquable. Elle est controversée. Il est parfois admis que, dans une telle procédure, la première décision séparément susceptible de recours est l'adjudication (Kuonen, op. cit., p. 198 et les références; Richard Calame, Le développement des procédures sur invitation, DC 2006 [cahier spécial] p. 52 ss, 55 s.; voir également, s'agissant tout au moins du droit

fédéral, arrêt MPU.2016.0016 précité consid. 5c et les références). Pour d'autres auteurs, l'ouverture d'une procédure sur invitation semble constituer une décision attaquable, au même titre que le choix d'une procédure d'appel d'offres public (Etienne Poltier, note ad ATF 141 II 307, RDAF 2016 I 331 ss, 335 s.; du même avis Olivier Rodondi/Thibault Blanchard, Jurisprudence vaudoise en droit des marchés publics – 2015 et 2016, RDAF 2017 I 501 ss, 530 note de bas de page 41). A supposer que cet avis de doctrine puisse être suivi, cela ne signifie toutefois pas encore que les documents joints à l'invitation puissent faire l'objet d'un recours (cf. Kuonen [op. cit., p. 197 s.], selon lequel ces documents ["die Einladungsunterlagen"] ne figurent pas dans la liste exhaustive des décisions sujettes à recours de l'art. 15 al. 1bis A-IMP et ne peuvent donc être contestés en tant que tels). Si l'on admet que les documents joints à l'invitation ne peuvent faire l'objet d'un recours, une autre question est de savoir si le soumissionnaire qui constate que ceux-ci sont viciés est tenu, en vertu du principe de la bonne foi, d'en faire part au pouvoir adjudicateur – d'une autre manière qu'en interjetant recours – dès qu'il en a connaissance, sans attendre l'adjudication comme premier acte attaquable. Kuonen considère qu'il est dans l'intérêt des soumissionnaires de signaler dès que possible les vices en question, afin qu'il puisse y être remédié; cela permet ensuite aux soumissionnaires de déposer des offres plus ciblées. Cet auteur se demande toutefois si l'on peut exiger du soumissionnaire qu'il se comporte de la sorte, en risquant de se mettre à dos le pouvoir adjudicateur (op. cit., p. 222). c) La doctrine considère que l'absence d'indication des critères d'adjudication constitue un vice si grave que le grief peut être soulevé dans le cadre d'un recours contre l'adjudication, même à supposer que l'invitation et les documents y relatifs aient pu être contestés séparément (Kuonen, op. cit., p. 194, qui se réfère à Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2003, n. 461 p. 213 et à une note d'Hubert Stöckli concernant des arrêts lucernois [réf. S10], Droit de la construction 2001 p. 66; voir aussi la note du même auteur au sujet d'un autre arrêt lucernois [réf. S15], Droit de la construction 2001 p. 67). De même, selon le Tribunal administratif du canton de Fribourg, l'absence d'indication des critères d'adjudication dans les documents d'appel d'offres constitue une violation du principe de transparence qui affecte, au-delà de la décision d'adjudication, toute la procédure de soumission. Le grief peut par conséquent être soulevé dans le cadre d'un recours contre l'adjudication, même s'il pouvait l'être déjà en contestant l'appel d'offres (arrêt 2A 1999 15/16/17 du 18 juin 1999 rés. in André Moser, *ü blick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen*, PJA 2000 p. 689 s. et in Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3 e éd., 2013, n. 1261 p. 619 s.). D'après le Tribunal administratif du canton de Vaud – auquel a succédé la Cour de céans –, le pouvoir adjudicateur qui, dans une procédure sélective, omet d'indiquer la pondération des critères d'adjudication ne peut se prévaloir du fait que, lors de la visite sur site organisée avant l'ouverture des offres, les soumissionnaires n'ont pas posé de question au sujet de cette pondération. Admettre une telle objection conduirait en effet à affaiblir "l'exigence cardinale de transparence" qui s'impose au pouvoir adjudicateur (arrêt GE.2002.0028 du 9 juillet 2002 consid. 2b/aa). Dans une affaire où le pouvoir adjudicateur avait lancé une procédure sur invitation de manière informelle, sans remettre de documents d'appel d'offres, le Tribunal administratif du canton de Bâle-Ville a rejeté l'argument selon lequel la société recourante, comme soumissionnaire expérimenté, aurait dû réaliser que, le seuil de 150'000 fr. étant dépassé, il y avait lieu de mener une procédure sur invitation et aurait ainsi dû s'enquérir des critères applicables. Il a considéré que le pouvoir adjudicateur qui méconnaît l'ensemble des règles

formelles des marchés publics contrevient lui-même gravement au principe de la bonne foi et ne peut se prévaloir de ce principe vis-à-vis d'un soumissionnaire. Du moment qu'aucune procédure n'avait formellement été engagée et en l'absence de tous documents d'appel d'offres, le soumissionnaire n'avait pas à interpeller le pouvoir adjudicateur pour avoir des informations supplémentaires. Dans ces conditions, les offres n'étaient pas comparables entre elles. Le principe de transparence étant gravement violé, il convenait d'annuler la décision d'adjudication et de renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur, afin qu'il recommence la procédure de soumission (arrêt VD.2013.219 du 11 avril 2014 consid. 2.2, 2.3.3, 2.3.5 et 3).

E. 6

Selon la jurisprudence, le principe de l'application du droit d'office n'oblige pas l'autorité de recours à examiner d'office toutes les questions juridiques qui peuvent se poser, comme le ferait une autorité de première instance. L'autorité de recours peut en principe se limiter à traiter les arguments des parties, sauf en présence d'autres vices juridiques qui apparaissent comme patents. Les autorités judiciaires doivent en effet relever les vices patents qui ressortent des moyens soulevés ou du dossier, afin d'éviter que la jurisprudence ne repose sur des prémisses erronées. Il est vrai que, sous l'angle du principe de la bonne foi, les vices patents doivent être dénoncés à temps, déjà lors de l'appel d'offres; toutefois, il n'y a pas lieu de se montrer trop exigeant à cet égard, compte tenu de la pression du temps, du manque de connaissances juridiques et de la crainte de réduire ses chances d'obtenir l'adjudication (ATF 141 II 307 consid. 6.7 p. 316). Dans cette affaire, le vice patent consistait dans le choix erroné de la procédure sur invitation au lieu de la procédure ouverte (de même dans l'arrêt MPU.2016.0016 précité qui se réfère à l'ATF 141 précité).

E. 7

a) En l'occurrence, le municipal en charge de l'aménagement du territoire a expliqué en audience (procès-verbal, p. 2; voir aussi le procès-verbal de la séance du 13 décembre 2018, PJ no 9 du bordereau de l'autorité intimée) que la Municipalité pensait initialement que le marché n'était pas soumis à la LMP-VD, raison pour laquelle les règles sur les marchés publics n'avaient pas été suivies. A l'origine, la Municipalité entendait en effet demander des offres séparées pour le plan directeur communal, d'une part, et pour le plan général d'affectation, d'autre part. Elle était partie de l'idée que la valeur de chacun de ces deux "marchés" était inférieure au seuil de 150'000 fr. pour les services. C'est en élaborant le préavis no 14/2018 daté du 29 août 2018 que la Municipalité aurait réalisé que la procédure était soumise aux règles sur les marchés publics. Par ailleurs, les deux plans devant être élaborés en parallèle, il avait semblé logique à l'autorité intimée d'adjuger les deux objets au même soumissionnaire, dans une seule décision. Quant aux critères d'adjudication et à leur pondération, ils avaient été arrêtés "après l'ouverture des offres, avant d'étudier leur contenu" (procès-verbal d'audience, p. 2). b) Dans les circonstances de l'espèce, l'autorité intimée ne pouvait pas distinguer entre les deux objets (plan directeur communal et plan général d'affectation) pour déterminer si la valeur-seuil était atteinte. Elle devait plutôt additionner les valeurs, ce qui aurait dû l'amener à considérer qu'à tout le moins la procédure sur invitation devait être suivie. En raison du procédé erroné de l'autorité intimée, l'invitation à soumissionner du 22 juillet 2018 ne comportait pas les indications prescrites par l'art. 15 RLMP-VD. En particulier, elle ne mentionnait pas le type de procédure (cf. art. 15 al. 1 en relation avec l'art. 13 let. b RLMP-VD). Quant aux critères d'évaluation, au nombre de 6, ils pouvaient être déduits dans une certaine mesure du fichier PowerPoint joint

au courrier de l'autorité intimée du 22 juillet 2018 (cf. le passage cité plus haut sous lettre A). Toutefois, à la lecture de ce document, les entreprises invitées ne pouvaient connaître ni leur nombre exact, ni leur énoncé précis, alors qu'il importe, sous l'angle du principe de la transparence, que le pouvoir adjudicateur décrive précisément ce qu'il attend des soumissionnaires (cf. consid. 3b ci-dessus). A titre d'exemple, dans le cas particulier, l'indication figurant dans la présentation PowerPoint "[...] chaque urbaniste sollicité [...] viendra se présenter avec le chef de projet dédié" ne correspond pas exactement au critère d'adjudication "Equipe de projet", puisqu'il est ici question d'une équipe et pas seulement du chef de projet. S'agissant en particulier du critère du prix, il est constant que la méthode d'évaluation ne figurait pas dans le courrier du 22 juillet 2018 avec ses annexes. Il n'est d'ailleurs toujours pas établi comment le prix a été évalué: à l'audience, le représentant de l'autorité intimée a expliqué que le technicien communal avait retenu une formule d'évaluation du prix, selon une "méthode linéaire, par tranche de 50'000 francs", dont lui-même ignorait les détails (procès-verbal d'audience, p. 3). Il est d'ailleurs douteux qu'en fixant des tranches aussi larges, la méthode apparemment retenue traduise suffisamment dans les notes les écarts de prix entre les offres (concernant cette exigence, voir Poltier, op. cit., p. 211). Au surplus, il n'est pas contesté que la pondération des critères n'a pas été communiquée avec l'invitation à soumissionner. Selon les déclarations faites en audience, la pondération n'a été arrêtée qu'après l'ouverture des offres. L'autorité intimée a précisé qu'au moment où elle a fixé la pondération, elle avait certes ouvert les offres, mais pas encore étudié leur contenu. Même si l'on retient cette version des faits – la bonne foi de l'autorité intimée n'étant pas en cause –, force est d'admettre que ce procédé n'offre pas les meilleures garanties, sur le plan des apparences en tout cas, aux fins d'exclure tout risque de manipulations. L'absence d'indication précise des critères d'adjudication – notamment s'agissant de la notation du prix – et de toute pondération dans les documents d'appel d'offres constitue une grave violation du principe de transparence. L'autorité intimée fait valoir que cette violation n'a pas influé sur le résultat, de sorte qu'elle ne saurait conduire à l'annulation de l'adjudication. Elle n'apporte toutefois pas la preuve lui incombant que tel serait le cas. Or, en réalité, l'imprécision dans l'indication des critères d'adjudication rend les offres difficilement comparables entre elles. Du moment que les critères d'adjudication n'ont pas été définis précisément, ni leur pondération indiquée dans les documents d'appel d'offres, la Cour de céans n'est pas en mesure de déterminer si la violation du principe de transparence a eu ou non une incidence sur le classement (voir, dans le même sens, arrêt MPU.2016.0020 précité consid. 3). Au demeurant, il ressort du dossier que, lorsqu'ils élaboraient leurs offres, les soumissionnaires ont demandé des renseignements complémentaires au pouvoir adjudicateur (voir not. réponse de l'autorité intimée, p. 2 s.: "durant la phase d'élaboration des dossiers, [les recourantes] ont entretenu de nombreux contacts avec la Municipalité afin d'obtenir des renseignements complémentaires"). Ces questions et réponses n'ayant apparemment pas été communiquées aux autres soumissionnaires comme cela aurait dû être le cas (cf. Poltier, op. cit., p. 175), un tel procédé est de nature à porter atteinte aux principes de transparence et de non-discrimination. c) L'autorité intimée et l'adjudicataire font valoir que les recourantes étaient tenues, en vertu du principe de la bonne foi, de relever les irrégularités de la procédure d'appel d'offres, sans attendre la décision d'adjudication. Cela vaudrait d'autant plus que les recourantes sont des entreprises expérimentées dans les procédures de marchés publics. Selon l'autorité intimée, les recourantes auraient dû recourir contre l'appel d'offres. Elles auraient dû en outre l'interpeller au sujet des vices de la procédure lors des auditions

qui ont eu lieu le 26 septembre 2018. En participant à la procédure sur invitation telle qu'elle a été lancée par courrier de l'autorité intimée du 22 juillet 2018 (avec ses annexes), les recourantes auraient en quelque sorte "accepté les règles du jeu" et ne pourraient se plaindre des irrégularités de ladite procédure dans le cadre d'un recours contre l'adjudication en faveur d'un autre soumissionnaire. Comme indiqué plus haut (consid. 5b), il est très douteux que les modalités de la procédure sur invitation aient pu faire l'objet d'un recours. L'autorité intimée est d'autant moins légitimée à prétendre le contraire qu'elle n'a elle-même pas respecté les exigences formelles de la procédure, en n'indiquant notamment ni le type de celle-ci, ni la voie de droit qui était selon elle ouverte. Si l'on part de l'idée que les recourantes ne pouvaient pas interjeter recours contre les documents joints à l'invitation, il faut se demander si l'on pouvait néanmoins exiger d'elles qu'elles interpellent le pouvoir adjudicateur au sujet des vices de la procédure. A ce propos, il faut d'abord relever que les auditions du 26 septembre 2018 ont eu lieu après le dépôt des offres par les soumissionnaires. On se trouvait donc au stade de l'épuration des offres. Dans ces conditions, une intervention lors des auditions ne pouvait rien changer au contenu des offres, contrairement à l'affaire GE.2002.0028 précitée, où la visite sur site avait eu lieu avant le dépôt des offres. Or, dans cette affaire, le Tribunal administratif a rejeté l'argument tiré du fait que, lors de cette visite, les soumissionnaires n'avaient pas posé de questions au sujet de la pondération des critères, en considérant qu'admettre une telle objection aurait conduit à affaiblir l'exigence de transparence qui s'impose au pouvoir adjudicateur. Il doit en aller a fortiori de même en l'espèce, où l'audition a eu lieu après le dépôt des offres. En effet, celles-ci ne pouvant plus être modifiées, une intervention des soumissionnaires en vue de préciser les attentes du pouvoir adjudicateur, ainsi que les critères d'adjudication, avait moins de sens et pouvait d'autant moins être exigée de la part des recourantes. Quant à savoir si les recourantes auraient pu et dû interpellier le pouvoir adjudicateur durant la période d'un peu moins d'un mois qui s'est écoulée entre la réception du courrier du 22 juillet 2018 et l'échéance du délai pour le dépôt des offres, il faut rappeler que, selon la jurisprudence (ATF 141 II 307 consid. 6.7 p. 316) et la doctrine (Kuonen, op. cit., p. 222; cf. aussi consid. 5b ci-dessus), il n'y a pas lieu de se montrer trop exigeant s'agissant de l'incombance des soumissionnaires de relever les vices de la procédure, compte tenu notamment de la pression du temps et de la crainte de réduire leurs chances d'obtenir l'adjudication. Comme cela ressort de la jurisprudence citée plus haut (consid. 5c), il appartient en premier lieu au pouvoir adjudicateur de veiller au respect des règles sur les marchés publics, le cas échéant en s'adressant à des mandataires spécialisés. Le pouvoir adjudicateur ne saurait se décharger de cette obligation sur les soumissionnaires, fussent-ils expérimentés. D'ailleurs, quand bien même l'on retiendrait que les recourantes pouvaient et devaient interpellier le pouvoir adjudicateur au sujet des vices de procédure en cause, force est d'admettre, avec la jurisprudence et la doctrine citées plus haut (consid. 5c), que l'absence d'indication des critères précis d'adjudication et de leur pondération constitue une violation particulièrement grave du principe de transparence, de sorte que le grief doit pouvoir être soulevé dans le cadre d'un recours contre l'adjudication, les soumissionnaires évincés n'étant pas forclos pour ce faire. d) La procédure étant entachée depuis son commencement de vices qui rendent impossible l'attribution du marché sur des bases correspondant aux exigences légales ("Wurzelmängel", cf. ATF 141 II 353 consid. 6.3 p. 367), il convient d'annuler la décision entreprise et de renvoyer la cause à l'autorité intimée pour qu'elle reprenne la procédure depuis le début (voir, dans le même sens, MPU.2016.0020 précité), le recours étant admis. Le montant des offres de deux

soumissionnaires (dont celle de la quatrième entreprise, qui n'est pas partie à la présente procédure) étant très proche du seuil de 250'000 fr., la question se pose de savoir si le marché ne doit pas faire l'objet d'un appel d'offres en procédure ouverte (concernant le calcul du montant déterminant pour décider si le marché dépasse ou non le seuil fixé, cf. consid. 3b ci-dessus). Si l'autorité intimée recourt derechef à la procédure sur invitation, il lui appartiendra d'inviter les mêmes quatre entreprises (cf., de même, MPU.2016.0020 précité consid. 4).

E. 8

Au vu de ce qui précède, le recours est admis. La décision attaquée est annulée et la cause renvoyée à l'autorité intimée pour qu'elle procède dans le sens des considérants du présent arrêt. Les frais de justice sont mis à la charge de la Commune d'Oron et du tiers intéressé, qui succombent (cf. art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Ils doivent être supportés pour la majeure partie par l'autorité intimée, qui a lancé une procédure ne respectant pas les règles sur les marchés publics. Les recourantes, qui ont obtenu gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel (depuis le stade de la réplique), ont droit à des dépens (cf. art. 55, 91 et 99 LPA-VD). Ceux-ci peuvent être fixés, compte tenu de la nature de la cause et du travail effectué, à un montant de 1'500 fr. (cf. art. 11 al. 2 du Tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative du 28 avril 2015 – TFJDA; BLV 173.36.5.1). Ils sont mis pour 1'000 fr. à la charge de l'autorité intimée et pour 500 fr. à celle du tiers intéressé.

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