

# VD\_OMNI MPU.2019.0003 vom 19. Juni 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-06-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2019.0003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2019.0003)

FR: VD\_OMNI MPU.2019.0003 du 19 juin 2019

IT: VD\_OMNI MPU.2019.0003 del 19 giugno 2019

## Regeste

A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ /Municipalité de Gland, C. \_\_\_\_\_ | Recours de deux soumissionnaires évincés ayant déposé une offre conjointe contre la décision attribuant le marché à une autre société pour assurer l'assainissement du réseau d'éclairage public. - Il n'y a pas lieu de s'écarter de la règle selon laquelle l'adjudicateur doit procéder à des vérifications lorsque l'écart entre le prix des offres est supérieur à 30%. Les recourantes, qui souhaiteraient que l'on déduise du prix des offres la part liée aux coûts des fournitures, qui seraient identiques pour tous les soumissionnaires, ne peuvent être suivies. Les soumissionnaires ont en réalité présenté des prix différents pour ces postes. L'écart de prix de l'offre retenue et la moyenne des autres offres étant inférieur à 30%, l'adjudicateur n'était pas tenu de procéder à de plus amples vérifications, ni, a fortiori, d'exclure l'adjudicataire. - Pour le reste, c'est sans arbitraire que l'adjudicateur a octroyé la note maximale tant aux recourantes qu'à l'adjudicataire s'agissant du critère de la qualité technique de l'offre. Recours rejeté.

## Erwägungen

### E. 1

Envoyée le 14 décembre 2018, la décision attaquée a été notifiée à la recourante A. \_\_\_\_\_ qui l'a reçue le 17 décembre 2018. Déposé le 27 décembre 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 soumissionnaires évincés déposant une offre conjointe, les recourantes revêtent la qualité pour recourir. Elles disposent d'un intérêt juridique puisqu'elles ont des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de leur recours (à ce sujet, cf. CDAP MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 2 et les nombreuses références citées). En effet, l'écart de notation entre leur offre (443.86 points) et celle de l'adjudicataire (465 points) est de moins de 21.14 points sur un total de 500 points. Les griefs développés par les recourantes, dans la mesure où ils étaient admis, permettraient aux recourantes, classées deuxième, de se voir attribuer le marché, ce à quoi elles concluent, dans la mesure où elles plaident principalement que l'adjudicataire devrait être exclu. Le recours est ainsi recevable.

### E. 2

e tiret, let. b RLMP-VD est dispositive. C'est lorsque le pouvoir adjudicateur envisage d'exclure une offre anormalement basse qu'il est tenu de demander des précisions, afin de respecter le droit d'être entendu du soumissionnaire. C'est également dans l'intérêt du pouvoir adjudicateur de demander, en cas de doute sur le montant d'une offre, des explications complémentaires au soumissionnaire. Ce n'est que dans un second temps, si le

soumissionnaire ne fournit pas d'explication convaincante, que le pouvoir adjudicateur est habilité à l'exclure de la procédure (cf. Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, ch. 131 p. 195). Dans le cas d'espèce toutefois, le pouvoir adjudicateur a expliqué que l'offre de l'adjudicataire ne constitue pas un cas de sous-enchère prohibée par la loi, et a relevé qu'aucun élément du dossier ne permet de considérer que C.\_\_\_\_\_ serait dans l'impossibilité d'exécuter ses prestations légales selon les règles de l'art (cf. réponse de l'autorité intimée, p. 7, let. c). Les recourantes ne contestent du reste plus en réplique l'aptitude de l'adjudicataire. Le Tribunal administratif fédéral (TAF) a au demeurant rappelé que l'obligation pour l'adjudicateur de demander des précisions, fondée seulement sur une offre au prix anormalement inférieur aux autres offres, devrait être limitée à des cas évidents et graves (ATAF 2011/40 du 22 août 2011 consid. 4.1-4.7). Le DAO comporte d'ailleurs la possibilité expresse, pour le pouvoir adjudicateur, de demander au soumissionnaire d'apporter tout justificatif utile à la compréhension de ses prix, avec la possibilité d'exclure le soumissionnaire qui ne pourrait pas justifier être en mesure d'exécuter le marché dans de bonnes conditions ou sans mettre en péril la pérennité de son entreprise (DAO, ch. 4.16, p. 13 et 14). Il n'y a en particulier pas lieu d'examiner les offres de soumissionnaires en retranchant certains montants de celles-ci, au motif que des éléments seraient "précontraints". Une telle manière de procéder reviendrait, pour le pouvoir adjudicateur, à devoir évaluer les offres en excluant certains postes, sans que les soumissionnaires n'en aient été informés au préalable. On ne saurait dès lors reprocher au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir interpellé l'adjudicataire pour lui demander des précisions quant à la justification du prix offert. Quoi qu'il en soit, aucun élément du dossier ne permet de considérer que l'adjudicataire, qui a démontré avoir de l'expérience dans le domaine de la rénovation des installations d'éclairage, serait dans l'impossibilité d'exécuter ses prestations selon les règles de l'art. En particulier, les allégations des recourantes selon lesquelles l'adjudicataire aurait sous-évalué les prix relatifs aux positions 4.2.6, 4.2.7, et 4.2.9, ne sont pas établies. S'agissant de la position 5, l'adjudicataire a bien complété tous les éléments relatifs à l'installation provisoire de chantier. Aux positions 6.1.2, 6.1.3 et 6.1.4, l'adjudicataire a repris les chiffres qui lui ont été fournis par les recourantes. Quant à la position 7.1.2, le cahier des charges demande d'indiquer un prix et un nombre d'heures, pour un "technicien électricité pour l'éclairage" (p. 12). Dans ce cadre, l'adjudicataire a indiqué le tarif horaire dudit technicien; il en a fait de même pour la position 7.1.1. Ce sont les tarifs horaires des recourantes et de l'adjudicataire qui ne sont pas les mêmes, avec une conséquence sur le montant de leurs offres respectives. Au regard de ces éléments, l'offre de l'adjudicataire ne constitue pas un cas de sous-enchère prohibée par la loi. Les griefs tirés de l'offre prétendument anormalement basse de l'adjudicataire doivent dès lors être écartés.

### **E. 3**

Les recourantes font en dernier lieu valoir que l'adjudicataire a reçu une note trop favorable au troisième critère d'adjudication, à savoir celui de la qualité technique, pondéré à 15%. Elles sont d'avis qu'elles ne pouvaient pas, pour ce critère, obtenir la même note que l'adjudicataire (à savoir la note de 5), qui aurait, au plus, dû se voir attribuer la note de 2. 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 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 et 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 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) Dans leur recours, A. \_\_\_\_\_ et B. \_\_\_\_\_ ont contesté l'aptitude de l'adjudicataire d'exécuter le marché. Elles ont en particulier fait valoir que C. \_\_\_\_\_ n'avait été créée qu'en décembre 2017, que son but social ne faisait pas mention de l'éclairage public, qu'elle n'était pas en mesure de justifier d'une expérience propre pertinente et qu'elle ne satisfaisait pas aux critères d'aptitude. Les recourantes ont toutefois annoncé en réplique ne plus contester l'aptitude de l'adjudicataire, ce dont il y a lieu de prendre acte. Or c'est en faisant notamment état de l'inexpérience de l'adjudicataire que les recourantes ont contesté la note de 5 qui lui a été attribuée pour le troisième critère, qui, selon elles, s'apprécie au regard des annexes Q8 ("références du soumissionnaire") et R9 ("qualification des personnes clés"). Dans la mesure où les recourantes ont finalement explicitement renoncé à soulever le grief de l'inaptitude de l'adjudicataire, on peut se demander si elles maintiennent celui élevé contre la notation du troisième critère, lequel ne fait du reste plus l'objet de critiques dans leur réplique. Même si ce moyen devait être maintenu, il devrait quoi qu'il en soit être écarté. En effet, il ressort du DAO (p. 11) que le critère de la qualité technique, pondéré à 15%, s'apprécie au regard des annexes Q8 et R9 (produites par l'adjudicataire en cours de procédure). Il ressort également du DAO que le pouvoir adjudicateur a décidé d'additionner les points acquis avec les critères d'aptitude (annexe Q), et les points acquis avec les critères d'adjudication (annexe R) (cf. DAO, p. 11). Dès lors que les recourantes étaient informées dès l'appel d'offres de la manière dont celles-ci seraient évaluées, il leur était loisible de procéder le cas échéant conformément à l'art. 10 al. 1 let. a LMP-VD pour le cas où elles entendaient en contester la teneur (cf. ég. DAO, p. 14), ce qu'elles n'ont pas fait. La jurisprudence a au demeurant précisé qu'il n'est par principe pas prohibé de prendre en considération les mêmes critères tant au stade de l'examen de l'aptitude qu'à celui de l'adjudication, pour autant que ces critères puissent faire l'objet d'une certaine gradation (cf. ATF 140 I 285 consid. 5.1; 139 II 489 consid. 2.2.4 p. 494). S'agissant plus spécifiquement des éléments pris en considération dans l'appréciation du critère 3, il y a lieu de relever que pour l'annexe Q8, l'adjudicataire et les recourantes ont obtenu le maximum de points (cf. procès-verbal d'évaluation des offres, p. 4-5, et 16-17).

Aussi bien l'adjudicataire que les recourantes ont été en mesure de présenter des références qui leur ont valu d'obtenir la note maximale. Cette appréciation n'est pas critiquable, dans la mesure où les éléments indiqués à ce titre en référence portent sur des marchés de même nature ou analogues réalisés pour des collectivités vaudoises. Quant à l'annexe R9, il ressort du procès-verbal d'évaluation des offres que les recourantes et l'adjudicataire ont là aussi obtenu le maximum de points. Dans ce cadre, C.\_\_\_\_\_ a fait état des qualifications de trois personnes clés, avec de l'expérience de respectivement 30, 31 et 24 années, qui ont en particulier œuvré au remplacement, à la pose et à l'implantation de luminaires. Les recourantes ont également fait part à cette annexe de trois personnes clés, avec 40, 31 et 15 années d'expérience respectivement, au bénéfice de formations équivalentes, et qui ont également fait état de références dans le démontage d'éclairages existants et le remplacement de celui-ci. Une appréciation analogue avec attribution de la note de 5 aussi bien à l'adjudicataire qu'aux recourantes ne prête donc pas le flanc à la critique. Il ne ressort dès lors pas du dossier que le pouvoir adjudicateur aurait, dans son appréciation mise en cause par les recourantes du critère 3, abusé ou excédé son pouvoir de décision. Au contraire, les notes retenues sont fondées sur des critères objectifs et susceptibles d'être explicités. La notation du critère 3 est ainsi exempte d'arbitraire et doit dès lors être confirmée.

#### **E. 4**

Les recourantes ont requis la désignation d'un expert et la soumission à ce dernier de l'annexe A de l'offre de l'adjudicataire aux fins d'analyse, ainsi que l'audition en qualité de témoin d'un responsable de E.\_\_\_\_\_. a) Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101), comprend notamment le droit pour l'intéressé de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 135 II 286 consid. 5.1 p. 293; 135 I 279 consid. 2.3 p. 282). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299; 134 I 140 consid. 5.2 p. 147 s.; 130 II 425 consid. 2.1 p. 429). b) En l'espèce, la cour s'estime suffisamment renseignée sur la base des pièces du dossier pour statuer en toute connaissance de cause. Il n'est dès lors pas donné suite aux réquisitions des recourantes.

#### **E. 5**

Le recours doit ainsi être rejeté et la décision attaquée confirmée. Les frais judiciaires sont mis à la charge des recourantes, qui succombent (art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD et art. 3 du Tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative du 28 avril 2015 [TFJDA; BLV 173.36.5.1]). 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 des recourantes. L'adjudicataire, qui a également conclu au rejet du recours et était assisté d'un avocat, a également droit à des dépens à la charge des recourantes (art. 55, 56, 91 et 99 LPA-VD).