

VD_OMNI MPU.2019.0010 vom 11. November 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-11-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2019.0010

FR: VD_OMNI MPU.2019.0010 du 11 novembre 2019

IT: VD_OMNI MPU.2019.0010 del 11 novembre 2019

Regeste

A. _____/ECA, B. _____ | Marché public portant sur des travaux de réalisation et de pose de cloisons mobiles. L'autorité intimée ne pouvait pas autoriser l'adjudicataire à compléter son offre, qui n'intégrait pas le prix de panneaux phono-absorbants; c'est en vain qu'elle s'appuie sur les prétendues imprécisions de son cahier des charges pour expliquer et justifier l'omission de l'adjudicataire. L'autorité intimée ne pouvait pas non plus renoncer à une finition qu'elle avait requise, au motif que le fournisseur de l'adjudicataire ne la propose pas; si elle est possible à certaines conditions, une modification des paramètres de l'appel d'offres ne doit pas avoir pour seul but de pallier les manquements de l'offre d'un soumissionnaire en particulier. Pour ces deux motifs, l'offre de l'adjudicataire, qui était incomplète, aurait dû être exclue. Recours admis et adjudication du marché à la recourante.

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal cantonal examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis. a) L'art. 75 let. a de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36) subordonne notamment 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. En matière de marchés publics, on considère que le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt digne de protection 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 (arrêts MPU.2019.0005 du 31 juillet 2019 consid. 1a, MPU.2018.0038 du 11 février 2018 consid. 1b et MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 2 et les arrêts cités; voir ég. la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en lien avec l'application de l'art. 89 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF; RS 173.110], en particulier ATF 141 II 307 consid. 6; 141 II 14 consid. 4 et 140 I 285). En l'espèce, la recourante a été classée au 2^{ème} rang sur les deux offres évaluées. Elle a obtenu un total de points de 402 contre 426 pour l'adjudicataire. A titre principal, elle soutient que l'offre de adjudicataire aurait dû être exclue, au motif qu'elle était incomplète. Si elle obtient gain de cause sur ce grief, elle obtiendrait le marché, ce à quoi elle conclut. Il convient par conséquent d'admettre sa qualité pour recourir. b) 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 LPA-VD). 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.2019.0005 du 31 juillet 2019 consid. 2; MPU.2018.0005 du 19 septembre 2018 consid. 4; MPU.2017.0001 du 9 mai 2017 consid. 2 et les arrêts cités). 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. 98 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 LMP-VD. Le tribunal n'intervient 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). En revanche, il contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 141 II 353 consid. 3 et ATF 125 II 86 consid. 6; arrêts MPU.2019.0005 du 31 juillet 2019 consid. 2; MPU.2018.0005 du 19 septembre 2018 consid. 4; MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 3b et les arrêts cités).

E. 3

a) Sur le plan procédural, l'autorité intimée conclut à l'irrecevabilité des conclusions en réforme prises par la recourante, au motif qu'elles seraient intervenues le 10 mai 2019, soit après le délai légal de recours. Il est vrai que dans son recours du 25 avril 2019, la recourante n'a conclu qu'à l'annulation de la décision attaquée et n'a pas formellement demandé l'adjudication du marché en sa faveur. A la lecture de ses griefs, on comprend néanmoins que c'est ce qu'elle réclamait implicitement. En effet, elle soutenait en particulier que l'adjudicataire aurait dû obtenir sur le critère des références la note de "0, donc éliminatoire". En d'autres termes, elle considérait que sa concurrente devait être exclue et que le classement devait être modifié à son avantage. Il convient de rappeler par ailleurs que la recourante n'était à ce stade pas encore représentée, si bien qu'on ne saurait se montrer trop formaliste sur ce point. On relèvera encore que l'annulation pure et simple d'une décision d'adjudication sans renvoi à l'autorité intimée pour nouvelle décision n'aurait guère de sens. Au regard de ces éléments, les précisions apportées par Me Olivier Rodondi dans sa lettre du 10 mai 2019 doivent être comprises comme une reformulation des conclusions figurant dans le recours du 25 avril 2019 et non comme de nouvelles conclusions. Elles sont dès lors recevables. b) L'autorité intimée doute également de la recevabilité des nouveaux griefs soulevés par la recourante dans son mémoire complémentaire du 12 juillet 2019. Elle soutient que l'intéressée disposait en effet déjà de tous les éléments utiles pour les invoquer dans son recours vu les informations communiquées par le bureau Architram le 23 avril 2019. Ce n'est toutefois que dans le cadre de la présente procédure que la recourante a pu avoir accès au procès-verbal d'audition de l'adjudicataire. Elle n'avait jusqu'alors pas les moyens de savoir que l'autorité intimée avait permis à l'intéressée de compléter son offre pour intégrer un panneau acoustique aux positions 221.201 et suivantes de la série de prix. Quant à l'absence de portes entièrement vitrées dans l'offre de l'adjudicataire, la recourante en avait déjà fait état dans son recours du 25 avril 2019. Elle n'a fait que développer ce moyen dans le cadre de son mémoire complémentaire. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence admet largement la recevabilité de nouveaux motifs compte tenu du fait que la procédure administrative est gouvernée par la maxime d'office (arrêts MPU.2016.0011 du 27 juillet

2016 consid. 8b, MPU.2015.0001 du 18 juin 2015 consid. 3 et les références citées; cf. toutefois l'arrêt MPU.2018.0018 du 26 novembre 2018 consid. 6a qui laisse la question ouverte). La partie qui soulève des griefs qu'elle aurait pu faire valoir dans son recours peut tout au plus être sanctionnée dans le cadre de la fixation des frais et dépens (arrêt MPU.2017.0024 du 27 mars 2018 consid. 3a, qui se réfère aux art. 49 al. 2 et 56 al. 1 LPA-VD).

E. 4

A titre principal, la recourante soutient que l'offre de l'adjudicataire était incomplète et qu'elle aurait dès lors dû être exclue pour ce motif. a) Aux termes de l'art. 32 du règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD, BLV 726.01.1), 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) . L'exclusion de la procédure doit se faire toutefois dans le respect des principes de la proportionnalité et de l'interdiction du formalisme excessif; elle ne peut se fonder sur des éléments mineurs, ou du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication (ATF 141 II 353 consid. 8.2; ég. arrêts MPU.2018.0014 du 14 août 2018 consid. 8, MPU.2015.0037 du 25 janvier 2016 consid. 6a, MPU.2015.0038 du 5 septembre 2015 consid. 2a et les arrêts cités). Selon la jurisprudence, le fait de ne pas remplir une rubrique de la série de prix ne constitue en règle générale pas un défaut mineur, qui peut être corrigé (arrêts MPU.2018.0014 du 14 août 2018 consid. 8, MPU.2015.0037 du 25 janvier 2016 consid. 6 et MPU.2015.0007 du 21 mai 2015 consid. 7c). b) En matière de marchés publics prévaut le principe de l'intangibilité de l'offre à l'échéance du délai, lequel découle du principe de l'interdiction des négociations entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires, consacré à l'art. 35 al. 1 RLMP-VD (Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, p. 222). Le principe de l'intangibilité des offres est rappelé à l'art. 29 al. 3 RLMP-VD. Il signifie qu'une offre ne doit en principe s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 et les références citées). Il est toutefois admis que l'adjudicateur puisse corriger les effets d'une mauvaise compréhension de l'offre par un soumissionnaire, afin de rendre les offres comparables entre elles, par exemple en supprimant une plus-value sans objet (arrêts MPU.2016.0026 du 23 novembre 2016 consid. 3a; MPU.2013.0013 du 2 juillet 2014 consid. 3b; MPU.2013.0027 du 4 février 2014 consid. 3b et les arrêts cités). L'adjudicateur peut aussi corriger les erreurs évidentes de calcul et d'écriture, conformément à l'art. 33 al. 2 RLMP-VD (arrêts précités MPU.2013.0013 et MPU.2013.0027; MPU.2012.0002 du 15 mai 2012 consid. 6a et les réf. citées), notamment après avoir demandé des explications au soumissionnaire, en application de l'art. 34 al. 1 RLMP-VD (arrêt MPU.2009.0020 du 15 juin 2010, relaté in DC 2010 p. 224). Ces corrections ne sauraient aboutir à une modification de l'offre (Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 238). A cet égard, il n'y a pas lieu de procéder à une distinction entre les erreurs de calcul, c'est-à-dire résultant d'une opération arithmétique erronée, et les erreurs de transcription, qui se rapportent à l'expression de l'élaboration de l'offre (arrêt MPU.2012.0002 du 15 mai 2012 consid. 6b). c) En l'espèce, la recourante invoque deux lacunes dans l'offre de l'adjudicataire: (i) l'absence de revêtements phono-absorbants sur les cloisons mobiles des positions 221.230 et suivantes de la série de prix; (ii) l'absence de la finition " bord à bord affleuré à double verre " pour les portes de la position 223.801. (i) L'autorité intimée admet que l'offre initiale de l'adjudicataire n'intégrait pas le prix des revêtements phono-absorbants à poser sur les

cloisons mobiles des positions 221.230 et suivantes. Elle relève que la série de prix n'était toutefois pas très claire sur ce point. Elle ne spécifiait en effet ni le système, ni la capacité ou le degré d'absorption acoustique attendus, alors qu'elle le faisait pour le degré d'isolation phonique des parois elles-mêmes. Face à cette imprécision, l'absence de revêtements phono-absorbants dans l'offre de l'adjudicataire ne devrait pas être qualifiée de lacune ou à tout le moins le manquement devrait être considéré comme réparable. C'est dans ce contexte que l'adjudicataire a été autorisée à compléter son offre et chiffrer les prix additionnels pour des revêtements acoustiques. Pour la recourante, ce procédé constitue une violation "crasse" des principes d'intangibilité de l'offre, de la prohibition des négociations et de l'égalité de traitement. La seule sanction qui se justifie est l'exclusion de l'offre de l'adjudicataire. Les spécifications techniques des cloisons mobiles des positions 221.230 et suivantes étaient décrites en page 4 de la série de prix. Étaient notamment exigés: " Alèses et revêtement complémentaire 2 faces pour absorption acoustique selon le système du fabricant ". Une entreprise spécialisée devait comprendre sur la base de cette indication que les cloisons mobiles requises devaient avoir une fonction acoustique. Cela est confirmé par les informations figurant sur les plans de coupe RS-1, auxquels la série de prix renvoyait, qui mentionnaient expressément " cloison mobile phonique et acoustique ". Si l'absence du degré d'absorption attendu l'empêchait de chiffrer précisément sa prestation (la recourante semble pour sa part avoir proposé des panneaux acoustiques standard), il appartenait à l'adjudicataire de poser des questions au pouvoir adjudicateur à cet égard (cf. dans ce sens, arrêt MPU.2016.0019 du 14 décembre 2016 consid. 5c in fine). Elle ne pouvait se contenter – comme ses représentants l'ont expliqué à l'audience – de partir de l'idée que l'autorité intimée, et plus précisément son mandataire technique, ait confondu " panneaux phoniques et acoustiques ", ce qui aurait été surprenant de la part d'un professionnel de la branche. C'est dès lors en vain que l'autorité intimée s'appuie sur les prétendues imprécisions de son cahier des charges pour expliquer et justifier l'omission ou l'oubli de l'adjudicataire. Le manquement ne portait par ailleurs pas sur un élément de détail ou anodin. En termes de prix, les panneaux manquants représentaient en effet un montant global de 110'976 fr. 10, soit plus de 19% de l'offre de l'adjudicataire, ce qui est considérable. L'autorité intimée ne pouvait dans ces conditions pas autoriser l'adjudicataire à compléter son offre pour la rendre conforme aux exigences requises. Le procédé était d'autant plus critiquable que l'adjudicataire connaissait à ce moment-là le prix offert par la recourante. Pour ce motif déjà, l'offre de l'adjudicataire aurait dû être exclue. (ii) L'autorité intimée ne conteste pas que l'adjudicataire n'a pas rempli la position 223.801. Elle souligne toutefois que ce n'est pas en raison d'une omission ou d'un oubli, mais parce que l'intéressée n'a pas la possibilité technique de fournir la finition " bord à bord affleuré à double verre " requise, que son fournisseur ne propose pas. Face à cette situation, elle avait décidé de renoncé à ce qui n'était qu'un " détail d'exécution d'importance secondaire que rien n'imposait objectivement, sinon des motifs purement esthétiques, et dont l'abandon ne remet [tait] pas fondamentalement en cause la nature ni l'ampleur du marché puisque cela ne touch [ait] que l'apparence (vitrée ou non) de trois portes intégrées à des cloisons vitrées dont le coût représent [ait] 1.6% du prix total de la soumission ". Pour la recourante, l'autorité intimée ne pouvait unilatéralement, effacer ou abandonner, postérieurement à l'ouverture des offres, le poste en question, sous peine de modifier le contenu matériel des offres et donc de violer le principe d'intangibilité des offres. Si la jurisprudence de la cour de céans admet les modifications de l'objet du marché postérieures au dépôt des offres, elle les soumet toutefois à des conditions très restrictives: la modification du projet ne peut porter que sur des

éléments d'importance secondaire, une interruption de la procédure étant, dans le cas contraire, nécessaire; les soumissionnaires dont les offres ont été prises en considération dans le processus d'évaluation doivent être tous informés de ce changement de manière non discriminatoire; ils doivent en outre disposer du temps nécessaire pour recalculer l'intégralité de leur offre, dans la mesure où la modification du projet est en effet de nature à modifier l'équilibre économique de celle-ci (arrêt MPU.2016.0019 du 14 décembre 2016 consid. 3 et les références citées). Le dossier d'appel d'offres, à son chiffre 1.12 "Modifications du cahier des charges par l'adjudicateur", reprend en substance ces mêmes conditions: " L'adjudicateur peut modifier le contenu du cahier des charges pour autant que cela ne remette pas fondamentalement en question la nature du marché et que cela ne porte que sur des questions de détail ou d'aspects secondaires. [...] Si cette modification intervient après le délai de remise de l'offre, il veillera à ce que tous les soumissionnaires soient mis à pied d'égalité et possèdent un délai suffisant pour répondre à la demande. Le cas échéant, il veillera à donner ces modifications dans une même mesure et dans le même délai à tous les soumissionnaires. " On peut admettre avec l'autorité intimée que la finition " bord à bord affleuré à double verre " requise est dictée exclusivement par des motifs esthétiques. On peut admettre également que son abandon ne remet pas fondamentalement en cause la nature ni l'ampleur du marché. Ce qui est problématique en revanche c'est que la modification litigieuse avait pour seul but de pallier les carences de l'offre de l'adjudicataire. A l'audience, les représentants de l'autorité intimée ont reconnu en effet que le fait que l'adjudicataire n'était pas en mesure de proposer la finition voulue les "embêtait". Or, selon la jurisprudence, une modification des paramètres de l'appel d'offres ne doit pas se faire à l'avantage ou au détriment d'un soumissionnaire en particulier (arrêt MPU.2018.0005 du 19 septembre 2018 consid. 4b/aa, qui mentionne précisément comme cas d'abus de la part du pouvoir adjudicateur la modification dont le seul but est de pallier la non-conformité d'une offre avec les exigences fixées dans l'appel d'offres; cf. ég. Alexis Leuthold, *Angebotsänderungen im laufenden Vergabeverfahren – Praxisnaher Kompromiss statt rigider Formstrenge*, in BR/DC 3/2009 p. 111 s.; Hansjörg Seiler, *Zwei Jahrzehnte Vergaberechtsprechung – Wurden die Ziele erreicht?*, in: *Marchés Publics* 2018, n. 73). La renonciation à la finition prévue au ch. 223.801 de la série de prix n'est dès lors pas admissible. C'est en vain par ailleurs que l'autorité intimée invoque le principe de la proportionnalité. Selon la jurisprudence rappelée ci-dessus (cf. supra consid. 4a), le fait de ne pas remplir une rubrique de la série de prix ne constitue en effet en règle générale pas un défaut mineur, qui peut être corrigé. A cela s'ajoute qu'en l'occurrence il ne s'agissait de toute manière pas d'un manquement dû à une inadvertance de la part de l'adjudicataire, mais à l'impossibilité pour elle de fournir le matériau demandé. Pour ce motif également, l'offre de l'adjudicataire aurait dû être exclue. d) En n'écartant pas l'offre de l'adjudicataire, qui était incomplète, l'autorité intimée a ainsi violé les principes d'intangibilité de l'offre, de transparence et d'égalité entre les soumissionnaires. Le marché doit dès lors être attribué à la recourante, qui est arrivée en deuxième position (elle est du reste la seule autre entreprise qui a soumissionné). Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres griefs de la recourante qui portaient sur les notations de l'adjudicataire.

E. 5

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours et à la réforme de la décision attaquée, en ce sens que le marché litigieux est adjugé à la recourante. En procédure de recours, les frais sont supportés par la partie qui succombe (art. 49 al. 1 LPA-VD). En l'occurrence, seul l'ECA succombe, l'adjudicataire n'ayant pas pris des

conclusions formelles et s'étant limitée à s'expliquer sur les reproches formulés par la recourante. Aucun frais ne peut toutefois être exigé de cet établissement de droit public, qui a agi dans l'exercice de ses attributions officielles (art. 52 LPA-VD). L'indemnité de dépens, à laquelle la recourante – qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel – a droit (art. 55 LPA-VD), sera mise en revanche à sa charge. Compte tenu de la nature de la cause et du travail effectué, elle sera fixée à un montant de 3'000 fr. (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).

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