

VD_OMNI MPU.2019.0012 vom 7. Oktober 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-10-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2019.0012

FR: VD_OMNI MPU.2019.0012 du 7 octobre 2019

IT: VD_OMNI MPU.2019.0012 del 7 ottobre 2019

Regeste

A. _____/Municipalité de *****, B. _____ | Décote d'une offre d'un soumissionnaire non empreinte d'arbitraire. La comparaison des offres démontre que la recourante n'a pas satisfait aux exigences du sous-critère du planning, puisqu'elle n'a fourni aucune indication sur l'exécution dans le temps des travaux et ceci, contrairement aux autres soumissionnaires. Au sous-critère de l'expérience des personnes-clés, le technicien annoncé n'avait que cinq ans d'expérience dans le management de projet. Les travaux annoncés en référence pour les personnes-clés n'étaient pas similaires à ceux faisant l'objet du présent marché.

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.). b) En l'occurrence, la recourante a invoqué la protection primaire que lui offre le droit des marchés publics, à savoir l'adjudication du marché litigieux en sa faveur. Or, son offre a été classée, au terme de la procédure d'évaluation des offres, au deuxième rang. A cet égard, la jurisprudence a retenu l'intérêt juridique du soumissionnaire évincé lorsque celui-ci avait été classé au deuxième rang derrière l'adjudicataire et qu'il aurait, en cas d'admission de son recours, disposé d'une réelle chance d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1 p. 27; TF 2D_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1; 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.4.1). On admettra par conséquent que la recourante a un intérêt digne de protection à la réforme de la décision attaquée, dans la mesure où celle-ci pourrait lui permettre d'obtenir l'adjudication du marché. Il convient par conséquent d'admettre sa qualité pour recourir (voir, dans le même sens, arrêts MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 2b; MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016 consid. 1b). c) 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.

E. 2

a) 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). La notation est arbitraire lorsqu'elle repose sur des considérations dénuées de toute pertinence ou d'une autre manière manifestement insoutenables (ATF 141 III 564 consid. 4.1 p. 566; 125 II 86 consid. 6 p. 98s. avec renvoi à ATF 121 I 225 consid. 4b p. 230). 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. Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, 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. 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 du règlement d'application de la LMP-VD du 7 juillet 2004 [RLMP-VD; BLV 726.01.1]). 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).

E. 2.5

expérience 5 expérience 3 travaux similaires

E. 3

L'autorité intimée soutient que la recourante aurait dû être exclue pour avoir indûment modifié les quantités des positions 48a, 49 et 50 de la liste de prix concernant la variante PE. La recourante rappelle que cette modification n'a eu aucun impact sur le résultat final, cette variante n'ayant en définitive pas été adjugée. a) Les indications que fournit le soumissionnaire dans son offre doivent être correctes, complètes et conformes aux exigences de l'adjudicateur, telles qu'elles ressortent de l'appel d'offres et des documents annexés, de manière à ce que la décision d'adjudication puisse être prise en connaissance de cause et dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement (arrêts MPU.2012.0027 du 28 novembre 2012, consid. 3a; MPU.2012.0002 du 15 mai 2012, consid. 4a; MPU.2011.0009 du 25 juillet 2011 consid. 3a, et les arrêts cités). Aux termes de l'art. 32 RLMP-VD, une offre peut être exclue, notamment 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 (deuxième tiret, let. a). En règle générale, le non-respect par le soumissionnaire des spécifications techniques d'un marché est susceptible d'entraîner son exclusion de la procédure en application de la disposition précitée (voir à ce sujet un exemple comparable: DC 2003, 151, n° S32; v. également, Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, note ad art. 12 LMP, p. 199). 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 (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, jusque 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, not. GE.2005.0046 du 12 juillet 2005, consid. 2, dans lequel le Tribunal a laissé ce point indécis: la présentation d'une offre indiquant un prix variable n'était pas admissible et aurait dû entraîner son exclusion; le recours devait de toute façon être admis pour un autre motif). Toutefois, l'adjudicateur ne peut pas choisir de mal noter un soumissionnaire ayant rempli l'offre de façon incomplète; si tel est le cas, soit l'offre,

incomplète et partant irrecevable, doit être exclue, soit elle répond minimalement aux exigences du cahier des charges, et doit être évaluée en conséquence (cf. arrêts MPU.2015.0026 du 30 juin 2015 consid. 4c; MPU.2013.0019 du 20 novembre 2013 consid. 3b/aa; MPU.2011.0009 du 25 juillet 2011 consid. 3d/cc; GE.2006.0226 du 20 février 2007 consid. 3b). 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). Il est admis à cet égard que l'on ne se trouve pas en présence d'une violation de règles essentielles de la procédure lorsqu'une évaluation sérieuse de l'offre paraît possible malgré le vice dont celle-ci est entachée (Poltier, op. cit., n°312, réf. citée). Dès lors, lorsque le vice dont l'offre est entachée a été guéri par l'adjudicateur, il appartient à celui-ci de procéder à son évaluation (arrêt MPU.2015.0016 du 26 mai 2015 consid. 4b).

b) En audience, les représentants de l'autorité intimée ont expliqué qu'avant le dépôt des offres, deux positions du cahier des charges avaient posé des problèmes aux évaluateurs: la position 48b et le comptage automatique. Ils ont indiqué à cet égard que le nombre de quantités nécessaires pouvait varier selon les circonstances locales. C'est la raison pour laquelle il a été décidé de demander aux soumissionnaires des compléments s'agissant des vannes, pour avoir une marge. On rappelle à cet égard que le pouvoir adjudicateur doit indiquer aux soumissionnaires tous les éléments leur permettant de déposer une offre en connaissance de cause (v. notamment Olivier Rodondi, La gestion de la procédure de soumission, in : *Marchés publics* 2008, n°15 p. 169). Le 12 mars 2019, par publication sur le site www.simap.ch, les soumissionnaires intéressés (dont la recourante) ont été invités à modifier manuellement certaines positions. Seule la position 48b devait être modifiée, en ce sens qu'une quantité de 3 pièces au lieu de 37 devait être offerte. On constate ainsi que l'appel d'offres a été modifié dans une mesure non substantielle. Or, si la modification d'un élément important du projet postérieurement à l'ouverture des offres est inadmissible et entraîne l'interruption et le renouvellement du marché (art. 13 al. 1 let. i A-IMP, 8 al. 2 let. h LMP-VD et 41 al. 1 let. e RLMP-VD; v. en outre, Poltier, op. cit., p. 218), une modification d'importance secondaire doit rester possible, moyennant le respect de certaines conditions (arrêts MPU.2015.0057 du 20 janvier 2016; MPU.2015.0001 du 18 juin 2015; MPU.2013.0019 du 20 novembre 2013; v. en outre Alexis Leuthold, *Angebotsänderungen im laufenden Vergabeverfahren, – Praxisnaher Kompromiss statt rigider Formstrenge*, in DC 3/2009 p. 111; Hubert Stöckli, *Bundesgericht und Vergaberecht – Zur vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998*, in DC 1/2002, p. 10 ss). En l'occurrence, cette modification a été portée à la connaissance de tous les soumissionnaires, puisqu'elle a été publiée sur www.simap.ch, ce qui n'est pas contesté. Le principe d'égalité de traitement a donc été respecté. Dans son offre, la recourante a unilatéralement modifié à la main la soumission au chiffre 2.2b «Variante 2 : Robinetterie en PE» ; elle a annoncé des quantités de 3, 3, 6 et 6, aux postes 48a, 48b, 49 et 50, en lieu et place des quantités demandées de 37, 37 (puis 3), 36 et 36. Les représentants de la recourante ont expliqué, pour leur part, qu'ils avaient reçu un mail des mandataires de l'autorité intimée, dans lequel il était demandé aux soumissionnaires de modifier la position 48; cette modification a dû être faite à la main. Comme les deux positions étaient liées, dès l'instant où la position 48 a

été modifiée, la position 50 s'est également modifiée, de manière automatique. S'agissant de la modification de la position 49 en revanche, ils ont admis une erreur d'appréciation de leur part. Ces modifications ont eu pour effet que la recourante a présenté au final une variante au contenu incohérent, qui ne tient plus aucun compte des indications techniques du maître de l'ouvrage, donc de la configuration du marché. Or, le maître de l'ouvrage a la liberté de configurer le marché comme il l'entend et il n'appartient pas aux soumissionnaires de modifier les quantités qui leur sont demandées; à défaut, ils courent le risque que leur offre soit déclarée irrecevable (v. arrêts MPU.2016.0008 du 15 mars 2017 consid. 4; MPU.2012.0023 du 7 novembre 2012 consid. 3b; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006 consid. 3c). Sans doute, cette variante n'a au final pas été adjugée. Le syndic de ***** a cependant expliqué sur ce point que deux variantes avaient été demandées aux soumissionnaires, dans la mesure où la commune ne savait pas encore si elle optait pour le produit Blutop ou du PE. Ignorant en effet si le fournisseur du produit Blutop – l'entreprise *****, à ***** –, proposerait des prix aussi avantageux que les prix promotionnels offerts lors du précédent marché, il a été demandé deux variantes à chaque soumissionnaire, l'une avec des éléments en Blutop, l'autre avec des éléments en PE, afin de pouvoir comparer les prix. La décision d'opter pour l'une ou l'autre des deux variantes n'a cependant pas été prise avant la réception des offres. L'adjudicataire est arrivé en première position, tant pour la variante Blutop que pour la variante PE, l'écart avec le soumissionnaire arrivé au deuxième rang étant cependant plus important dans ce dernier cas. Or, cette comparaison s'est révélée quelque peu biaisée du fait des modifications de quantités opérées par la recourante. c) L'autorité a renoncé à exclure la recourante pour ce motif; dans ses écritures, elle fait cependant valoir que son exclusion aurait dû être prononcée. Compte tenu du fait que l'exclusion ne doit être prononcée qu'avec retenue, dans le respect du principe de proportionnalité et que, dans le cas particulier, la modification concerne la variante PE, qui n'a pas été choisie, il est douteux que la recourante puisse être exclue. La question peut demeurer indécise au vu du sort qui sera réservé au recours, comme on le verra ci-dessous.

E. 3.5

travaux similaires 2 (...)» b) aa) Pour le sous-critère du planning, l'adjudicataire a reçu la note de 4.5 et la recourante, 2. Cette dernière fait valoir qu'il n'était pas possible, au stade de l'appel d'offres, de produire un planning intentionnel détaillé. En audience, ses représentants ont expliqué que dans une situation de ce genre, le soumissionnaire peut sans doute faire part de ses intentions au maître de l'ouvrage, que mais l'exécution de ses travaux dépend du planning des autres corps de métier, notamment du génie civil qui peut faire interrompre les travaux en raison des intempéries, par exemple. La recourante soutient que le planning qu'elle a établi (pièce jointe au recours n°12) permet d'évaluer l'expérience de l'entreprise, comme cela était requis selon le procès-verbal de la visite locale. Son planning mentionne en effet toutes les étapes des travaux à réaliser. Il indique que les travaux seront effectués avec une équipe de deux monteurs pour la tuyauterie soudure ou tuyauterie emboîtable et précise la possibilité d'augmenter les ressources d'une ou deux équipes supplémentaires. Dans ces conditions, la note 2 serait arbitraire, selon elle. bb) La comparaison des offres montre pourtant que la recourante n'a pas satisfait aux exigences du sous-critère, puisqu'elle n'a fourni aucune indication sur l'exécution dans le temps des travaux et ceci, contrairement aux autres soumissionnaires. Les représentants de l'autorité intimée ont rappelé en audience que ce planning était important pour la commune, afin que celle-ci puisse se rendre compte de la façon dont les soumissionnaires pouvaient anticiper les événements survenant en cours

d'exécution. L'adjudicateur souhaitait connaître les intentions des soumissionnaires à cet égard, ce qui leur a été rappelé lors de la visite sur place. Or, la recourante n'a pas répondu à cette demande. Si elle n'était pas au clair sur ce qui était attendu, elle pouvait poser la question à l'adjudicateur. Or, les autres soumissionnaires, parmi lesquels l'adjudicataire, ont bien fourni un planning temporel. Comme l'ont relevé les représentants de l'autorité intimée, la recourante a joint à son offre un organigramme générique; c'est seulement au cours de la présente procédure qu'elle a fourni un organigramme spécifique à l'exécution du marché. Dès lors, elle ne pouvait prétendre à une meilleure note que celle qui lui a été attribuée pour ce sous-critère. c) En ce qui concerne les personnes-clés, l'offre de la recourante contient trois annexes R9 remplies, pour respectivement, C. _____, en qualité de "directeur général", *****, "responsable technique" et E. _____, "responsable technique". L'autorité intimée a retenu que le contremaître serait E. _____ et le technicien, C. _____. Dans la réplique, la recourante soutient qu'il était "évident" que ce dernier exercerait les fonctions de contremaître, tandis que E. _____ serait le technicien. On retire des explications des représentants de l'autorité intimée en audience que cette confusion n'a eu aucune incidence sur la notation du critère. La recourante fait, quoi qu'il en soit, valoir qu'il était arbitraire de donner la note 2,5 à E. _____; de même, elle ne voit pas pourquoi C. _____ n'a pas obtenu, pour sa part, la note 5. aa) En ce qui concerne l'expérience de E. _____, la recourante se réfère au CV de ce dernier, dont il ressort que, de 1981 à 1985 puis de 2007 à 2010, soit pendant sept ans, il a été installateur sanitaire pour le compte de A. _____, spécialiste "conduite en fouille"; de 2010 à 2012, soit pendant deux ans, il occupait le poste de responsable technique du département sanitaire, servant de support au responsable de la conduite en fouille; de 2013 à ce jour, soit pendant six ans, il a occupé le poste de responsable des techniciens et contremaîtres, coordinateur technique et responsable des chantiers spéciaux et de grande envergure. La recourante en déduit que le prénommé a été actif dans la gestion de projets dans le domaine de la conduite en fouille depuis au moins neuf ans, son expérience de ce genre de projets remontant à 1981 (cf. réplique, p. 8). Dans ces conditions, la note de 3 qui lui a été attribuée serait arbitraire. Pourtant, l'annexe R9 fait état d'une expérience de "seulement" cinq ans sous les rubriques "Expérience en management de projets", "Expérience en management de la qualité", "Expérience MSST et/ou PHS" et "Expérience d'encadrement du personnel". Les évaluateurs ont dès lors retenu, pour leur notation, que E. _____ n'avait que cinq ans d'expérience dans le management de projet, ce que les représentants de la recourante ont du reste reconnu en audience, tout en ajoutant que l'intéressé bénéficiait d'une expérience professionnelle de vingt ans et qu'il était le bras droit de D. _____. Dans ces conditions, la notation n'apparaît pas comme étant empreinte d'arbitraire. On relève que, pour sa part, l'adjudicataire a désigné respectivement comme contremaître et technicien deux personnes qui ont une formation de fontainier, d'une part, de formateur et expert pour la SSIGE, d'autre part. On pourrait s'interroger sur la note de 4,25 attribuée à son offre pour le contremaître; à tout le moins, on ne voit pas que l'adjudicataire puisse prétendre, compte tenu de l'expérience de son contremaître, à davantage que la recourante, qui a obtenu 4 à la notation de C. _____. Ainsi, une note de 3.75 ($(4 + 3.5) : 2$) aurait dû être attribuée à l'adjudicataire pour son contremaître. Cette question peut de toute façon demeurer indécise, puisqu'avec une note totale de 4.25 pour le critère n°3 ($(\{3.75 + 4.25\} : 2) + 4.5 : 2$), au lieu de 4,38, l'écart entre les deux offres se réduirait de 2,5 points (l'adjudicataire obtenant au final 417.40 points au lieu de 419.90), ce qui demeurerait insuffisant pour inverser le résultat, comme on va le voir. bb) S'agissant des deux références des personnes-clés, la

recourante a cité dans son offre, pour E. _____, le chantier de la HEIG-VD, à Yverdon, "installations sanitaires", de février 2013 à octobre 2016, et celui des EHNV (Etablissements Hospitaliers du Nord vaudois), également à Yverdon, "construction d'une annexe de l'hôpital", de mars 2008 à mai 2009. Elle critique la note 2 qui lui a été attribuée. L'autorité intimée a cependant relevé que la référence 2, concernant l'activité de chef de projet dans la "construction d'une annexe de l'hôpital" était trop ancienne, d'une part, et ne se rapportait pas à des travaux similaires à ceux du présent marché, d'autre part. En audience, ses représentants ont par ailleurs indiqué qu'il était difficile d'interpréter le type de travaux qui avait été réalisé aux EHNV, même si le montant était important; en outre, les évaluateurs ont considéré que ces travaux n'étaient pas similaires à ceux faisant l'objet du présent marché. Dès lors, cette référence a été estimée comme n'étant pas pertinente pour la personne-clé. Là également, cette évaluation n'apparaît pas insoutenable.

E. 4

De manière générale, la recourante rappelle que les documents d'appel d'offres indiquaient que les critères seraient notés globalement, pour chacun d'entre eux. Pour elle, il apparaît cependant que des sous-critères ont été notés, ce qui violerait le principe de transparence. A teneur du DAO, "il n'est pas donné de note à l'intérieur de chaque critère, mais une appréciation globale par critère" (informations générales, p. 6 in fine). Si la recourante entend se plaindre de ce que les sous-critères n'ont pas été communiqués, il faut rappeler que l'indication des sous-critères n'est pas requise d'un point de vue constitutionnel, pour autant qu'ils ne fassent que concrétiser les critères principaux, en étant inhérents à ceux-ci (cf. consid. 2b ci-dessus). Or, s'agissant des références, force est d'admettre que les sous-critères utilisés (moins de cinq ans, importance comparable, complexité comparable) sont inhérents au critère des références. Il en va de même des (sous-)sous-critères de l'expérience et des travaux similaires en lien avec le sous-critère des personnes-clés. On peut d'ailleurs se demander si, plutôt que de (sous-)sous-critères, il ne s'agit pas d'éléments d'appréciation, dont il est très douteux que le principe de la transparence impose la communication préalable (cf. MPU.2017.0044 précité consid. 6a/aa s'agissant de la communication de la pondération). Si la recourante voit une violation du principe de transparence dans le fait que l'autorité intimée a procédé à l'évaluation des critères en recourant à des sous-critères, en s'écartant de la teneur du DAO, il faut rappeler qu'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 (cf. consid. 2b ci-dessus). Or, en l'occurrence, on ne voit pas en quoi le recours à des sous-critères – inhérents aux critères qu'ils concrétisent – serait de nature à modifier le résultat de l'évaluation. Le recours est mal fondé sur ce point.

E. 4.25

4 expérience 5 expérience 4 travaux similaires

E. 5

La recourante a contesté la note attribuée à l'adjudicataire s'agissant du prix. L'autorité intimée a admis l'existence d'une erreur à cet égard. L'adjudicataire aurait dû recevoir la note de 4.54 au lieu de 4.69, ce qui ramène son nombre total de points de 428.88 à 419.90, contre 415.83 pour la recourante et réduit l'écart entre les deux soumissionnaires, sans inverser pour autant le résultat.

E. 6

La recourante conteste la notation du critère des références, pondéré à hauteur de 20%. Il ressort du rapport d'évaluation, que ce critère a été noté de la façon suivante: «(...) Evaluation des références B. _____ Note A. _____ Note Nom de la référence Ville de ***** 3 HEIG VD 4.3333 ref 1 moins de 5 ans 5 moins de 5 ans 5 importance montant travaux 2 importance 4 complexité 2 complexité 4 Nom de la référence CFF-parc BH 3 Réseau + réservoir - Onnens / Ste- Croix 2 ref 2 moins de 5 ans 5 moins de 5 ans 1 importance 2 importance 3 complexité 2 complexité 2 Note Totale 3 3.16667 (...)» a) Selon le DAO, chaque soumissionnaire devait donner "2 références si possible récentes (moins de 5 ans), achevées ou en cours d'achèvement, effectuées par le soumissionnaire, en rapport ou équivalente en importance et complexité avec le marché à adjuger, avec désignation de l'objet, du lieu d'exécution, des dates de début et de fin d'exécution, du nom du client ou de sa raison sociale, de la personne de contact, du montant contractuel et des prestations effectuées par le soumissionnaire" (informations générales, ch. 8 p. 6). L'adjudicataire a reçu la note 3 et la recourante, la note 3.17. Selon le rapport d'analyse des offres, cette note correspond à la moyenne de 4.333 pour la référence HEIG-VD (note qui correspond elle-même à la moyenne des notes 5 [pour référence datant de moins de 5 ans], 4 [importance] et 4 [complexité]) et de 2 pour la référence réseau + réservoir Onnens/Ste-Croix (note qui correspond elle-même à la moyenne des notes 1 [pour référence datant de moins de 5 ans], 3 [importance] et 2 [complexité]). On rappelle que l'adjudicataire dispose d'un pouvoir d'appréciation important, notamment s'agissant des références (ATF 141 II 14 consid. 8.3 p. 38/39). b) La recourante relève tout d'abord qu'il n'a pas été demandé aux soumissionnaires de remplir l'annexe Q8 du Guide romand, ce que l'adjudicataire a pourtant fait. On rappelle sur ce point que l'adjudicataire a la liberté de configurer le marché comme il l'entend. Dès lors, l'autorité intimée, qui s'est limitée à mentionner dans le DAO l'annexe Q8 à titre d'exemple, n'était pas tenue pour autant d'en exiger la production pour la notation de ce critère. c) La recourante s'étonne en outre que l'autorité intimée ait retenu les deux seules références mentionnées au paragraphe a) ci-dessus, alors qu'au bas du document concernant les qualifications de C. _____ et E. _____, elle avait indiqué quatre références datant de 2018 ou 2019. L'autorité intimée a expliqué sur ce point que les quatre références en question avaient été données en lien avec les qualifications des personnes-clés (annexe R9); elles se rapportaient donc à ces personnes et non à l'entreprise. Quant au document intitulé "références/Conduites en fouilles réseau ESP" (pièce jointe au recours no 10), il consiste seulement en une liste de communes et autres entités concédantes, sans autres indications. Dès lors, les évaluateurs ont été contraints de rechercher les références fournies par la recourante dans d'autres documents figurant dans son offre. Ils ont ainsi sélectionné une référence locale et une référence se rapprochant des travaux faisant l'objet du présent marché. C'est dans ces circonstances qu'ils ont retenu au final la référence faite à la HEIG-VD (indiquée sur l'annexe R9 "Qualifications des personnes clés", concernant E. _____) et ce, malgré l'absence de description dans l'offre, parce qu'ils avaient connaissance par ailleurs du rôle de la recourante dans ce projet. La recourante, qui a obtenu une très bonne note de 4.333 pour cette référence, ne saurait se plaindre de ce procédé. Quant à l'autre référence, ACRG réseau + réservoir Onnens/Ste-Croix, elle a également été retenue en raison de sa similitude avec les travaux mis en soumission. En effet, la recourante s'est occupée, selon les explications de ses représentants, de toute l'alimentation complète de ce dernier réseau. Toutefois, compte tenu de l'absence d'indications sur la date de réalisation des travaux, ainsi que sur le montant et la complexité de ceux-ci, la note 2 a été attribuée à la recourante. En outre,

aucune personne de contact n'étant mentionnée, l'autorité intimée n'a pas pu se procurer des informations supplémentaires. S'agissant de la seconde référence choisie, les représentants de la recourante ont sans doute expliqué en audience que les autorités communales n'ignoraient rien de l'ampleur de l'activité de celle-ci, dans la mesure où la commune fait partie de l'association intercommunale. C'est le lieu de rappeler que la procédure d'adjudication des marchés publics se caractérise par une certaine rigueur, de sorte qu'il n'appartenait pas aux évaluateurs de pallier l'insuffisance d'une offre qui ne décrit pas les travaux réalisés de manière plus précise, en prenant en considération la connaissance qu'ils peuvent avoir de ceux-ci pour avoir travaillé avec le soumissionnaire en question par le passé. Au contraire, on aurait pu attendre de la recourante qu'elle fournisse davantage de précisions et d'informations à cet égard. Cette constatation ne permet en tout cas pas de conclure que les références de la recourante seraient finalement plus pertinentes que celles de l'adjudicataire (cf. sur ce point, arrêts MPU.2018.0011 du 20 août 2018; MPU.2012.0014 du 30 août 2012). Par conséquent, la note attribuée à la recourante pour ce critère n'apparaît pas comme étant empreinte d'arbitraire.

E. 7

La recourante conteste la notation du critère de l'organisation pour l'exécution du marché. a) Concernant ce critère, pondéré à hauteur de 20%, le DAO prévoit ce qui suit (informations générales, ch. 8 p. 6), "1 planning comprenant l'annonce des moyens et ressources prévus pour l'exécution du marché ainsi que leur planification et crédibilité par rapport aux exigences et contraintes du cahier des charges. 2 personnes-clés : 1 contremaître et 1 technicien en charge du chantier. Qualité et références des personnes-clés pour exécuter le marché selon les exigences et contraintes du cahier des charges, avec copie des certificats et diplômes. Vérification des curriculums vitae sous les angles du respect des délais, de la maîtrise des coûts, de la gestion de projet, de la gestion de la qualité, des qualifications, de la formation, des expériences, de la disponibilité et de la mobilité." Le procès-verbal de la visite locale du 11 mars 2019 retient en outre ceci: "[...] Questions/remarques: les appareilleurs (A. _____, B. _____) font la remarque que leur planning est dépendant du planning de génie civil (un planning leur est aussi demandé dans l'appel d'offres). Jaquier Pointet indique que le planning demandé ne remplace pas le planning d'exécution du chantier (sera réalisé par la DT après les adjudications), mais qu'un planning intentionnel permettant d'évaluer l'expérience des entreprises fait partie des documents comptants dans l'évaluation des offres. [...]" L'adjudicataire a reçu la note 4.38 et la recourante, la note 2.63. Selon le rapport d'analyse des offres, la note 2.63 correspond à la moyenne de la note 2 pour le sous-critère du planning et des notes attribuées pour les deux personnes-clés, selon le tableau suivant: «(...) Personnes-clés B. _____ Note A. _____ Note Technicien

E. 8

a) Il suit de ce qui précède que le recours doit être rejeté et la décision attaquée, confirmée.
b) La recourante succombant, un émolument judiciaire devra être mis à sa charge (art. 49 al. 1 LPA-VD). Compte tenu cependant des difficultés de compréhension du DAO, ce dont les représentants de l'autorité intimée sont eux-mêmes convenus en audience, et des erreurs constatées durant la procédure, qui ont conduit l'autorité intimée à revoir la notation du prix de l'offre de l'adjudicataire, la Commune de ***** devra supporter une partie des frais de justice (cf. art. 51 al. 2 LPA-VD). Dès lors, ceux-ci, arrêtés à 5'000 fr. compte tenu de la valeur du marché (art. 3 al. 1 du Tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative – TFJDA; RSV 173.36.5.1) seront mis à la charge de la recourante et

de la Commune de *****, chacune pour la moitié (cf. art. 91 et 99 LPA-VD). c) Pour les mêmes raisons, les dépens seront compensés (art. 51 al. 2, 57, 91 et 99 LPA-VD).

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