

# VD\_OMNI MPU.2019.0023 vom 20. Mai 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-05-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2019.0023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2019.0023)

FR: VD\_OMNI MPU.2019.0023 du 20 mai 2020

IT: VD\_OMNI MPU.2019.0023 del 20 maggio 2020

## Regeste

A. \_\_\_\_\_ / Policlinique Médicale Universitaire, B. \_\_\_\_\_ | Marché public portant sur la mise en place d'une plateforme informatique pour l'interprétariat au sein du réseau RESAMI. - qualité pour recourir (consid. 1a): bien qu'arrivée au 3ème rang, il faut admettre la qualité pour agir de la recourante; - une erreur dans la dénomination de l'autorité intimée dans l'acte de recours n'a pas d'incidence sur la recevabilité du recours (consid. 1b); - pas de violation du droit d'être entendu sous l'angle de la motivation, les exigences minimales de l'art. 42 RLMP-VD ayant été respectées (consid. 3); - violation du principe d'intangibilité des offres (consid. 4): l'autorité intimée ne pouvait pas autoriser l'adjudicataire à compléter son offre en précisant ce qui relevait de l'offre de base et ce qui constituait une variante, étant précisé que les variantes n'étaient pas admises; il appartenait à l'adjudicataire de présenter d'emblée correctement son offre et de ne pas y inclure des éléments qui sortaient du cadre du cahier des charges; l'offre de l'adjudicataire aurait par conséquent dû être exclue. L'exclusion de l'offre de l'adjudicataire entraîne l'annulation de l'adjudication litigieuse, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur les autres griefs de la recourante, et le renvoi de la cause à l'autorité intimée pour qu'elle interpelle les soumissionnaires restants, en particulier celui classé au 2ème rang, quant au maintien de leurs offres, dont la durée de validité est largement dépassée; il appartiendra ensuite à l'autorité intimée de procéder à une nouvelle adjudication.

## Erwägungen

### E. 1

L'autorité intimée et l'adjudicataire concluent principalement à l'irrecevabilité du recours. Elles soutiennent toutes deux que la recourante, qui n'est arrivée qu'au 3ème rang, n'aurait pas la qualité pour recourir. L'adjudicataire fait valoir en outre que la dénomination inexacte de l'autorité intimée dans l'acte de recours devrait conduire également à l'irrecevabilité du recours. 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 alléguée de la décision d'adjudication 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.2019.0010 du 11 novembre 2019 consid. 1a; MPU.2019.0005 du 31 juillet 2019 consid. 1a, MPU.2018.0038 du 11 février 2018 consid. 1b et les arrêts cités; voir ég. 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], 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 3<sup>ème</sup> rang sur les cinq offres évaluées. Elle a obtenu la note finale de 3.49 contre 3.87 pour l'adjudicataire et 3.80 pour l'entreprise arrivée au 2<sup>ème</sup> rang. Dans ses écritures, elle s'en prend en particulier à la régularité de la procédure d'adjudication, se plaignant d'une violation des principes de l'intangibilité de l'offre et de non-discrimination. Si ces griefs étaient admis, l'offre de l'adjudicataire devrait être exclue. Cela ne permettrait certes pas encore à la recourante d'obtenir le marché, puisqu'elle resterait derrière l'entreprise arrivée au 2<sup>ème</sup> rang. Elle critique néanmoins également l'évaluation des critères d'adjudication, notamment ses propres notations qu'elle estime trop basses. Par ailleurs, ignorant le détail des notes obtenues par C. \_\_\_\_\_ et n'ayant pas reçu dans le cadre de la présente procédure des précisions à ce sujet de la part de l'autorité intimée, elle n'était pas en mesure de développer davantage ses arguments. En outre, il n'est pas certain que C. \_\_\_\_\_ soit toujours intéressée au marché litigieux et, le cas échéant, aux mêmes conditions. La durée de validité des offres déposées prévue par les clauses administratives du dossier d'appel d'offres (cf. ch. 8.6: douze mois depuis le dépôt de l'offre) est en effet aujourd'hui largement dépassée. En cas d'exclusion de l'offre de l'adjudicataire, la cour de céans n'aurait ainsi pas d'autre choix que d'annuler la décision attaquée et de renvoyer la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision après interpellation des soumissionnaires restants. Dans cette hypothèse, la recourante aurait une chance d'obtenir le marché ou à tout le moins aurait la possibilité de contester la nouvelle décision rendue, en faisant valoir en toute connaissance de cause ses arguments contre le nouvel adjudicataire. Il convient dès lors d'admettre la qualité pour recourir de la recourante. b) Aux termes de l'art. 79 al. 1 LPA-VD, applicable au recours de droit administratif par renvoi de l'art. 99 LPA-VD, l'acte de recours doit être signé et indiquer les conclusions et motifs du recours; la décision attaquée doit par ailleurs être jointe au recours. La désignation de l'autorité intimée n'est en revanche pas exigée. Cette information découle de la décision elle-même. Si la décision attaquée est clairement identifiée comme en l'occurrence, une erreur de dénomination dans l'acte de recours ne saurait dès lors avoir d'incidence sur la recevabilité du recours, sous peine de formalisme excessif. Il convient de rappeler que les recours de droit administratif, comme les recours administratifs, sont dirigés contre des "décisions" et non contre des autorités (art. 73 et 92 al. 1 LPA-VD). C'est pour cette raison que la désignation des parties a été corrigée d'office dès la constatation de l'erreur commise lors de l'enregistrement du recours et que la PMU a été appelée en cause comme autorité intimée en lieu et place d'Unisanté Sàrl. Avec la recourante, il faut admettre par ailleurs que la décision attaquée n'était pas d'une grande clarté et que l'utilisation de plusieurs appellations différentes (dans l'entête, le concerne et la précision en bas de page) n'excluait pas que le pouvoir adjudicateur ait pu changer de nom en cours de procédure. c) 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.2019.0010 du

11 novembre 2019 consid. 2; MPU.2019.0005 du 31 juillet 2019 consid. 2; MPU.2018.0005 du 19 septembre 2018 consid. 4 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.2019.0010 du 11 novembre 2019 consid. 2; MPU.2019.0005 du 31 juillet 2019 consid. 2; MPU.2018.0005 du 19 septembre 2018 consid. 4 et les arrêts cités).

### **E. 2.2**

et les références citées). b) En l'espèce, la décision attaquée ne contenait aucune motivation. Le tableau d'évaluation des offres n'était par ailleurs pas joint. A sa demande, la recourante a néanmoins reçu un tableau mentionnant pour chaque critère d'adjudication ses notes et celles de l'adjudicataire. En outre, elle a pu s'entretenir avec des responsables du projet et obtenir quelques informations supplémentaires. Sur ces bases, la recourante était en mesure de comprendre, à tout le moins sommairement, les motifs qui avaient guidé l'autorité intimée dans le fondement de sa décision. Les exigences minimales de l'art. 42 RLMP-VD doivent dès lors être considérées comme respectées.

### **E. 3**

Sur le plan formel, la recourante se plaint d'une motivation insuffisante. a) Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. confère à toute personne le droit d'exiger, en principe, qu'un jugement ou une décision défavorable à sa cause soit motivé. Cette garantie tend à éviter que l'autorité ne se laisse guider par des considérations subjectives ou dépourvues de pertinence; elle contribue ainsi à prévenir une décision arbitraire. L'objet et la précision des indications à fournir dépend de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas; néanmoins, en règle générale, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée ( ATF 133 III 439 consid. 3.3; 126 I 97 consid. 2b). L'autorité n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle ( ATF 134 I 83 consid. 4.1; 133 I 270 consid. 3.1 ; 126 I 15 consid. 2a/aa et les références citées). Le droit des marchés publics comprend une réglementation particulière en la matière. Ainsi, l'art. 42 du règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD, BLV 726.01.1) dispose que les décisions de l'adjudicateur sont sommairement motivées (al. 2) et que sur demande d'un soumissionnaire non retenu, l'adjudicateur indique les motifs essentiels pour lesquels son offre n'a pas été retenue et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue (al. 3) (cf. ég. art. 13 let. h de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics – A-IMP; BLV 726.91). L'ensemble de ces explications de l'autorité (fournies le cas échéant en deux étapes) doit être pris en considération pour s'assurer qu'elles sont conformes, ou non, aux exigences découlant du droit d'être entendu (Etienne Poltier/Evelyne Clerc, in Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2013, ad art. 9 LMI n. 64). Les exigences en la matière ne sont pas très élevées. La

motivation d'une décision d'adjudication sera considérée comme suffisante lorsqu'elle fournit une justification adéquate du choix opéré sur la base des critères d'adjudication fixés dans les documents d'appel d'offres, ce qui signifie qu'elle doit fournir une explication raisonnable des évaluations de chacune des offres, de manière que les concurrents puissent les comparer et soulever d'éventuelles contestations (arrêts MPU.2018.0026 du 16 mai 2019 consid. 4a; MPU.2017.0002 du 16 mars 2017 consid. 4c/aa; MPU.2015.0040 du 10 novembre 2015 consid. 4 et les arrêts cités). Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1; ATF 135 I 187 consid. 2.2; ATF 126 I 19 consid. 2d/bb). Selon la jurisprudence, sa violation peut cependant être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1; ATF 135 I 279 consid. 2.6.1; ATF 133 I 201 consid.

#### **E. 4**

Sur le fond, la recourante se plaint d'une violation du principe de l'intangibilité des offres. Elle fait grief à l'autorité intimée d'avoir modifié l'offre de l'adjudicataire – ou accepté une modification – après l'ouverture des offres, réduisant le prix initial de plus de 33%. a) Aux termes de l'art. 32 RLMP-VD, une offre peut être exclue notamment lorsqu'elle n'est pas conforme aux prescriptions et conditions fixées dans le concours, qu'elle est incomplètement remplie ou qu'elle a subi des adjonctions ou modifications (2<sup>ème</sup> 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; é.g. 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). b) L'art. 29 al. 3 RLMP-VD prévoit que l'offre ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai. Cette disposition consacre le principe dit de l'intangibilité des offres, qui découle de l'interdiction des rounds de négociation (Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 312 ss). Cela vaut notamment pour les prix, les remises de prix ou les modifications de prestations (Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, p. 222). 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.2019.0010 du 11 novembre 2019 consid. 4b; MPU.2016.0026 du 23 novembre 2016 consid. 3a; MPU.2013.0013 du 2 juillet 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.2019.0010 consid. 4b, MPU.2016.0026 consid. 3a; et MPU.2013.0013 consid. 3b et les arrêts cités), 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). En l'occurrence, les clauses administratives du dossier d'appel d'offres rappelait cette possibilité à son ch. 6.2.1: " Les erreurs évidentes, telles que les erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées. Lorsqu'un soumissionnaire omet un poste, c'est le plus haut prix fixé par les concurrents qui est appliqué. La comparaison se fera donc sur un périmètre commun. " Ces corrections ne sauraient toutefois 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). La distinction entre ce qui relève de la correction des erreurs et de la clarification des offres (admissible) et ce qui ressortit à la modification des offres contraire au principe de l'intangibilité peut se révéler délicate (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2.). c) En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que l'adjudicataire a déposé une offre pour un montant de 585'200 fr. (TTC). Quelques jours après l'ouverture des offres, elle a toutefois écrit à l'autorité intimée pour l'informer que ce montant incluait des éléments "optionnels (variante)" et lui demander de faire figurer dans le procès-verbal le montant de 387'600 fr. (TTC) sous la rubrique "offre de base". Elle a joint à son courrier électronique un tableau détaillant les éléments de base et ceux qui n'étaient qu'optionnels (mis en évidence par du surlignage rouge) et précisant les deux prix (base et variante). L'autorité intimée n'a pas modifié le procès-verbal d'ouverture des offres, mais a intégré le complément apporté dans le dossier de l'adjudicataire et s'est basée sur le montant de 387'600 fr. (TTC) pour évaluer l'offre de cette dernière. Dans ses écritures, elle a expliqué que l'offre de l'adjudicataire comprenait des développements qui auraient dû être présentés sous la forme d'une variante. Conformément à la jurisprudence et pour pouvoir rendre les offres comparables, elle avait dès lors été contrainte de dissocier le prix de l'offre de base du prix de la variante. L'adjudicataire, pour sa part, a précisé que seuls les éléments jugés supplémentaires à ceux requis par le cahier des charges avaient été épurés. Les éléments "optionnels" ou "fonctionnalités supplémentaires" pour reprendre la terminologie utilisée par l'adjudicataire dans ses écritures portent sur un montant de 197'600 fr., ce qui représente plus de 33% de l'offre déposée. On n'est ainsi pas en présence d'une plus-value sans objet isolée comme envisagée par la jurisprudence. Vu l'importance des compléments apportés par l'adjudicataire et le fait qu'aucun autre soumissionnaire n'ait proposé de développements comparables, l'hypothèse d'une mauvaise compréhension du cahier des charges peut également être écartée. C'est du reste l'adjudicataire elle-même, quelques jours seulement après l'ouverture des offres, qui s'est spontanément adressée à l'autorité intimée pour l'informer que son offre incluait des options, qui devaient être traitées comme une variante. Or, l'appel d'offres excluait expressément les variantes (ch. 2.11). Certes, l'autorité intimée tente d'expliquer que ce n'était pas sa volonté et qu'il s'agissait d'une erreur de plume. Dans un arrêt récent du 1<sup>er</sup> avril 2019 rendu dans la cause MPU.2018.0028, la cour de céans a néanmoins jugé que, même en présence d'une contradiction entre l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres (ce qui n'est pas le cas en l'espèce, le dossier d'appel d'offres étant muet au sujet de l'admissibilité des variantes), il fallait accorder la priorité à l'appel d'offres, qui revêt une importance cardinale en matière de marchés publics (consid. 4d). Les soumissionnaires doivent en effet pouvoir se fier aux informations sommaires figurant dans l'appel d'offres publié de manière notamment à pouvoir décider en toute connaissance de cause s'ils requièrent les documents d'appel d'offres usuellement en mains de l'autorité et s'ils soumettent ou non une offre (ibidem). Dans le marché litigieux, les soumissionnaires ne pouvaient donc pas déposer de variantes. En cas de violation de cette règle, la sanction est l'exclusion de la variante. Dans le cas particulier, l'adjudicataire n'a toutefois, contrairement à ce que prévoit l'art. 32, 2<sup>ème</sup> tiret, let. a, 2<sup>ème</sup> phrase, RLMP-VD, pas remis à côté de la variante déposée une offre de base correspondant à la formule de soumission. Ce n'est qu'après l'ouverture des offres – et après avoir pris connaissance des prix des autres soumissionnaires – qu'elle a indiqué ce qui relevait de l'offre de base et ce qui devait être considéré comme des options, en produisant un tableau détaillé précisant les prix avec et sans variantes. Sous peine de violer le principe de l'intangibilité des offres, l'autorité intimée ne pouvait pas accepter ce complément. Elle ne pouvait pas non plus faire

elle-même ce travail important de tri. Il appartenait en effet à l'adjudicataire de présenter d'emblée correctement son offre et de ne pas y inclure des éléments qui sortaient du cadre du cahier des charges. La seule sanction qui s'imposait était dès lors l'exclusion de l'offre de l'adjudicataire dans son intégralité. Par ailleurs, c'est en vain que l'autorité intimée et l'adjudicataire invoquent le principe de la proportionnalité. On rappelle que les "fonctionnalités supplémentaires" proposées par l'adjudicataire représentent en effet plus de 33% de l'offre déposée. A titre de comparaison, la cour de céans a confirmé l'exclusion d'un soumissionnaire qui avait proposé une épaisseur de panneaux différente dans le cadre d'un marché portant sur des travaux de charpente, alors même que l'incidence sur le prix était minimale (arrêt MPU.2014.0024 du 12 mars 2015 consid. 2). Au regard de ces éléments, l'offre de l'adjudicataire aurait dû et doit être exclue de la procédure.

#### **E. 5**

Comme déjà relevé dans le considérant consacré à la recevabilité du recours (cf. supra consid. 1a), l'exclusion de l'offre de l'adjudicataire ne peut qu'entraîner l'annulation de la décision d'adjudication litigieuse, sans qu'il ne soit nécessaire de se prononcer sur les autres griefs soulevés par la recourante. Il appartiendra à l'autorité intimée d'interpeller les soumissionnaires restants, en particulier l'entreprise C. \_\_\_\_\_ classée au 2<sup>ème</sup> rang, quant à la validité et au maintien de leurs offres et de procéder ensuite à une nouvelle adjudication.

#### **E. 6**

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours, à l'annulation de la décision attaquée et renvoi de la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Vu l'issue du litige, les frais de justice, arrêtés à 2'500 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; BLV 173.36.5.1), devraient en principe être supportés par l'autorité intimée et par l'adjudicataire, chacune par moitié (art. 49 al. 1 LPA-VD). Conformément à l'art. 52 LPA-VD, aucun frais ne peut toutefois être exigé de la part de l'autorité intimée, qui a agi dans l'exercice de ses attributions officielles. La part des frais qui devrait lui être imputée sera dès lors laissée à la charge de l'Etat. En revanche, s'agissant des dépens, il n'y a pas de disposition similaire à l'art. 52 LPA-VD. L'indemnité de dépens, à laquelle la recourante a droit, sera dès lors mise à la charge de l'autorité intimée et de l'adjudicataire, chacune par moitié (art. 55 LPA-VD). 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 TFJDA).

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