

VD_OMNI MPU.2020.0009 vom 14. August 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-08-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2020.0009

FR: VD_OMNI MPU.2020.0009 du 14 août 2020

IT: VD_OMNI MPU.2020.0009 del 14 agosto 2020

Regeste

A. _____/Municipalité de Vully-les-Lacs | Recours contre l'exclusion d'un soumissionnaire pour le marché de l'assainissement d'un pont au motif que la part de sous-traitance comprise dans son offre dépasse la proportion maximale de 45% fixée dans l'appel d'offres et que la proportion d'un des sous-traitants dépasse 20% de l'ensemble du marché. Appel d'offres exigeant l'annonce des sous-traitants nécessaires sur le lieu d'exécution du marché (formulaire R15). Constat que les sous-traitants annoncés dans l'annexe R15 représentent une part inférieure à 45%. Violation du principe de transparence dans la mesure où le pouvoir adjudicateur se fonde sur la liste de prix pour "extrapoler" les parts des différents sous-traitants. Constat que les chiffres annexés dans l'annexe R15 sont crédibles compte tenu des explications de la recourante. Violation du principe de transparence également s'agissant de l'autre motif, la part de ce sous-traitant n'excédant pas 20%. Admission du recours et renvoi au pouvoir adjudicateur pour qu'il reprenne la procédure en intégrant l'offre de la recourante dans l'évaluation.

Erwägungen

E. 1

Déposé auprès du Tribunal cantonal dans le délai légal de dix jours dès la notification de la décision attaquée par la destinataire de celle-ci, qui a un intérêt manifeste à son annulation, et satisfaisant pour le surplus aux autres exigences formelles prévues par la loi, le recours est recevable si bien qu'il convient d'entrer en matière sur le fond (art. 10 al. 1 let. d de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics [LMP-VD; BLV 726.01] et art. 75, 79 et 99 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36]).

E. 2

Il convient de déterminer l'objet du litige, la recourante ayant requis que la décision d'adjudication qui aurait été rendue par l'autorité intimée lui soit notifiée. a) L'objet du litige est défini par trois éléments: la décision attaquée, les conclusions du recours et les motifs de celui-ci. Selon le principe de l'unité de la procédure, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative s'est prononcée préalablement, d'une manière qui la lie sous forme de décision. L'objet du litige peut être réduit devant l'autorité de recours, mais pas étendu, ni modifié (ATF 142 I 155 consid. 4.4.2 p. 156; 136 II 165 consid. 5 p. 174, 457 consid. 4.2 p. 463; 136 V 362 consid. 3.4.2 p. 365). b) En l'espèce, le recours est dirigé contre la décision excluant la recourante de la procédure d'adjudication (art. 10 al. 1 let. c LMP-VD) et non contre une éventuelle décision d'adjudication du marché à un autre soumissionnaire. Il n'y a donc pas lieu de donner suite aux réquisitions de la recourante, l'objet du litige ne pouvant être étendu en cours de procédure.

E. 3

La recourante fait valoir une violation de son droit d'être entendu dans la mesure où l'autorité intimée a rendu la décision attaquée sans lui donner l'occasion de s'expliquer sur les parts de sous-traitance figurant dans l'annexe R15 de son offre. Bien que la recourante invoque ce grief à titre subsidiaire, il y a lieu de l'examiner préalablement. a) Les parties ont le droit d'être entendues (art. 29 al. 2 Cst., 27 al. 2 Cst./VD et 33 al. 1 LPA-VD). Cela inclut pour elles le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à leur détriment, d'avoir accès au dossier, de proposer et fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'en prendre connaissance, de participer à leur administration et de se déterminer à leur propos (ATF 140 I 99 consid. 3.4 p. 102/103, 285 consid. 6.3.1 p. 299; 138 V 125 consid. 2.1 p. 127, 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. 2.2 et les références citées). b) En l'espèce, l'autorité intimée n'a pas demandé à la recourante des précisions relatives aux parts de sous-traitance annoncées dans son offre avant de l'exclure. Dès lors qu'elle envisageait de retenir des parts de sous-traitance différentes de celles communiquées par la recourante dans l'annexe R15 de son offre, l'autorité intimée aurait dû interpeller celle-ci et lui permettre de fournir des explications sur d'éventuelles "incohérences" (cf. art. 34 RLMP-VD). Le droit d'être entendu de la recourante a donc été violé. Dans la mesure où l'autorité judiciaire ne dispose que d'un pouvoir d'examen restreint s'agissant de l'évaluation des offres (cf. consid. 3 ci-dessous), un tel vice ne peut en principe être guéri dans le cadre de la procédure de recours. Cela étant, la recourante a fourni les explications nécessaires dans le cadre de la présente procédure et l'autorité intimée s'est déterminée sur celles-ci si bien que le tribunal, par économie de procédure, s'estime en mesure de statuer sur le fond.

E. 4

La décision attaquée prononce l'exclusion de l'offre de la recourante du marché public litigieux au motif que celle-ci n'aurait pas respecté les conditions prévues par l'appel d'offres s'agissant de la part de sous-traitance. a) La décision attaquée porte sur l'exclusion de la procédure d'adjudication. Elle est attaquable comme telle (cf. art. 15 al. 1bis let. d A-IMP et 10 al. 1 let. c LMP-VD). Une offre peut être exclue notamment lorsque le soumissionnaire ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigés (art. 32, premier tiret, let. a, RLMP-VD). On rappelle à cet égard que l'adjudicateur définit des critères d'aptitude objectifs et les preuves à apporter pour l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires (art. 24 al. 1 RLMP-VD). Les critères d'aptitude concernent en particulier les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques, organisationnelles et de gestion environnementale (al. 2). 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. Peut notamment être exclue l'offre qui n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours ou incomplètement remplie (art. 32, deuxième tiret, let. a, RLMP-VD). Lors de la passation de

marchés, doit notamment être respecté le principe de transparence de la procédure (art. 6 al. 1 let. h LMP-VD). Le principe de transparence impose au pouvoir adjudicateur de fournir toute information utile aux fournisseurs potentiels, afin que ceux-ci puissent présenter leurs offres en connaissance de cause (Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, p. 161). En particulier, l'adjudicateur doit énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères pris en considération pour l'évaluation des soumissions (ATF 125 II 86 consid. 7c; arrêts MPU.2018.0026 du 16 mai 2019, consid. 5a; MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016 consid. 3a; MPU.2014.0016 du 26 août 2014 consid. 4b; MPU.2012.0005 du 17 juillet 2012 consid. 2b et les arrêts cités). b) 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. Ce pouvoir n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire; c'est seulement s'il est confronté à un abus ou à un excès de ce pouvoir d'appréciation, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le tribunal intervient. En revanche, il contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 141 II 353 consid. 3; ATF 125 II 86 consid. 6; arrêts MPU.2017.0003 du 3 avril 2017 consid. 2; MPU.2016.0008 du 15 mars 2017 consid. 3b et MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 3). Tel est notamment le cas lorsque la décision litigieuse porte, comme en l'occurrence, sur l'exclusion de l'offre d'un soumissionnaire (arrêts MPU.2016.0002 du 18 avril 2016 consid. 1c; MPU.2015.0057 du 20 janvier 2016 consid. 2b; MPU.2015.0007 du 21 mai 2015 consid. 2b et les arrêts cités). c) En l'espèce, il n'est - à juste titre - pas contesté par les parties que le ch. 3.11 de l'appel d'offres, qui limite à 45% de l'ensemble du marché la part admissible de sous-traitance, énonce un critère d'aptitude dont le non-respect entraîne l'exclusion de l'offre concernée de la procédure d'adjudication. Le point litigieux est donc de savoir si l'offre de la recourante respecte ce critère. L'appel d'offres faisait obligation aux soumissionnaires d'annoncer les sous-traitants dans l'annexe R15 du "Guide Romand", ce que la recourante a fait en listant les différents sous-traitants, la nature des travaux qui leur sont confiés ainsi que la part du marché global. Il n'est également pas contesté que la part de sous-traitance résultant de l'annexe R15 de la recourante est inférieure à 45% du marché global puisqu'elle atteint 42,5%. Sur la base des différentes positions de la liste de prix de l'offre de la recourante, l'autorité intimée considère que la part de sous-traitance est plus élevée que celle annoncée dans l'annexe R15. Cette argumentation se heurte déjà à la difficulté que, comme le relève à raison la recourante, l'appel d'offres n'exigeait pas des soumissionnaires qu'ils détaillent les travaux confiés à leurs différents sous-traitants. A cela s'ajoute que la case cochée dans l'annexe R15 incitait les soumissionnaires à n'annoncer que les sous-traitants nécessaires sur le lieu d'exécution du marché. Pour estimer la part de sous-traitance de l'offre de la recourante, l'autorité intimée ne s'est pas fondée directement sur le contenu de celle-ci. Dans la décision attaquée, elle est partie de l'hypothèse que l'entier des travaux de construction métallique (soumission n°5) serait réalisé par des sous-traitants. Puis, dans sa réponse, elle a étendu son raisonnement aux autres soumissions pour arriver à une part de sous-traitance totale de 74,2% du marché global. La liste de prix fournie par la recourante ne permettait toutefois pas d'affecter chacune des positions à la recourante ou à l'un de ses sous-traitants. L'autorité intimée ne pouvait fonder son raisonnement sur des simples hypothèses fondées sur les positions de la liste de prix et sur les domaines d'activité des différentes entreprises telles qu'elles résultent du registre du commerce. Au surplus, l'appel d'offres n'exigeait pas que les travaux faisant l'objet de chacune des soumissions soient réalisés par des entreprises

disposant de compétences particulières. La manière dont l'autorité intimée a évalué la part de sous-traitance de l'offre de la recourante se heurte donc au principe de transparence. L'autorité intimée ne saurait non plus faire grief à la recourante de contourner les exigences posées par l'appel d'offres en matière de sous-traitance en acquérant le matériel nécessaire auprès de fournisseurs. En effet, l'autorité intimée ne saurait s'écarter de la notion de sous-traitance définie dans l'annexe R15 où la case " les sous-traitants fabricants/fournisseurs de matériaux/équipements pour l'exécution du marché " n'était pas cochée. L'annonce des fournisseurs fait d'ailleurs l'objet d'une annexe distincte du Guide romand des marchés publics (annexe R16) dont la production n'était pas exigée dans l'appel d'offres. Pour le surplus, on relèvera que la recourante a fourni dans le cadre de la procédure de recours les explications tendant à démontrer qu'elle avait correctement évalué dans l'annexe R15 les parts de chacun de ses sous-traitants à l'exécution du marché. Certes, elle arrive en fin de compte à des différences, significatives pour certains sous-traitants, entre les parts de sous-traitance figurant dans l'annexe R15 et celles calculées sur la base de la liste de prix. Cela s'explique sans doute par le fait que la recourante a eu recours à des estimations pour remplir l'annexe R15. Il n'en demeure pas moins que tant les chiffres annoncés dans l'annexe R15 que ceux résultant des explications fournies en cours de procédure sont de nature à démontrer que la part de sous-traitance dans l'offre de la recourante est inférieure à 45% du marché global. Le tribunal ne voit pas de motif de s'écarter de ces explications. Le licenciement collectif auquel aurait procédé la recourante en cours de procédure ne saurait modifier cette appréciation. Il appartiendra en effet cas échéant à la recourante d'engager à nouveau le personnel qui serait nécessaire pour l'exécution du marché si celui-ci lui est adjugé. Il convient quoiqu'il en soit de se placer au moment où l'autorité intimée a statué si bien que l'on ne saurait tenir compte de faits intervenus postérieurement à la décision d'exclusion pour justifier celle-ci a posteriori. Il s'ensuit que l'exclusion de la recourante au motif que la part de sous-traitance de son offre excéderait 45% du total du marché n'est pas justifiée. d) La décision attaquée fait également grief à la recourante de sous-traiter à D. _____ une part supérieure à 20% de l'ensemble des travaux. Ainsi, selon la décision attaquée, les travaux pour la structure porteuse de la charpente métallique sous-traités à D. _____ représenteraient 505'266 fr. sur le prix offert de 1'446'399 fr. soit 34,9% alors que la part de sous-traitance annoncée est de 14% du marché global en ce qui concerne ce sous-traitant. En ce qui concerne les travaux pour le renforcement de la structure métallique et de la nouvelle passerelle, devisés à 505'266 fr. dans l'offre de la recourante, celle-ci expose que D. _____ en réalisera une partie " pour un montant inférieur ou égal " à 202'496 fr. et qu'elle en réalisera le solde. Comme le relève à raison la recourante, l'appel d'offres n'interdisait pas à un soumissionnaire de confier plus de 20% de l'ensemble du marché à un sous-traitant. Dans cette hypothèse, le soumissionnaire devait toutefois joindre également les attestations exigées dans le dossier d'appel d'offres pour le sous-traitant concerné. Il est donc douteux que ce motif justifie à lui seul l'exclusion de la recourante. Quoiqu'il en soit, la recourante conteste que D. _____ se soit vu confier une part supérieure à 20% de l'ensemble du marché. Dans l'annexe R15, la recourante a indiqué que la part de sous-traitance de D. _____ correspondait à 14% du marché global. L'autorité intimée considérait que cette part excédait 20% en se fondant sur le fait que le montant des positions de la liste de prix en lien avec la structure porteuse dans la soumission n°5 représentait une part plus élevée par rapport au prix global. Ce faisant, l'autorité intimée s'est écartée du contenu de l'appel d'offres qui n'exigeait pas de détailler le montant exact des prestations effectuées par chaque sous-traitant, ce qui constitue une

violation du principe de transparence. La recourante a en outre exposé les motifs pour lesquels la part de la sous-traitance de D. _____ représentait 14% du montant du marché global. Cela s'explique notamment par le fait que la recourante apportera le matériel dont elle fera l'acquisition auprès de fournisseurs. Ainsi, selon les explications de la recourante, la part du chiffre d'affaires réalisé par la recourante pour la soumission n°5 est de 332'567 fr. et celle de D. _____ s'élève à 200'156 fr. soit 13,83% du marché global (cf. pièce 9). Le tribunal ne voit pas non plus de motif de s'écarter des explications de la recourante sur ce point. L'exclusion de l'offre de la recourante n'est donc pas justifiée non plus pour ce motif.

cc) Il résulte de ce qui précède que l'autorité intimée a violé son pouvoir d'appréciation en excluant l'offre de la recourante au motif qu'elle ne respectait pas les conditions prévues par l'appel d'offres s'agissant de la part de sous-traitance, ce qui conduit à l'annulation de son exclusion. Il n'y a en revanche pas lieu d'annuler toute la procédure d'adjudication et de répéter l'appel d'offres. Il appartiendra à l'autorité intimée d'évaluer l'offre de la recourante dans le cadre de la procédure d'adjudication qui doit être reprise au stade de l'évaluation des offres.

E. 5

Bien fondé, le recours doit être admis et la décision attaquée annulée, la cause étant renvoyée à l'autorité intimée pour qu'elle procède dans le sens des considérants. Les frais de la cause seront mis à la charge de l'autorité intimée qui succombe (art. 49 LPA-VD). La recourante obtenant gain de cause avec l'aide d'un mandataire professionnel, elle a droit à une indemnité à titre de dépens (art. 55 LPA-VD).

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