

VD_OMNI MPU.2020.0028 vom 24. November 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-11-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2020.0028

FR: VD_OMNI MPU.2020.0028 du 24 novembre 2020

IT: VD_OMNI MPU.2020.0028 del 24 novembre 2020

Regeste

A. _____/Service pénitentiaire | A teneur du dossier d'appel d'offres, la sous-traitance n'est pas admise et ne sera pas prise en considération, l'offre étant, le cas échéant, exclue de la procédure. Le dossier d'appel d'offres comprenait notamment un formulaire R15 particulier, à l'entête du pouvoir d'adjudicateur, aux termes duquel la sous-traitance ne serait pas admise et partant, pas prise en considération. Les soumissionnaires étaient également invités à télécharger sur Internet la formule standard de l'annexe R15. Confirmation de la décision du pouvoir adjudicateur d'exclure une offre qui, s'écartant des conditions d'appel d'offres, joint à son offre un formulaire R15 standard et annonce le recours à trois sous-traitants pour 75% du marché. En pareil cas, il y a lieu d'admettre que les indications contenues dans le dossier d'appel d'offres l'emportent et que celles-ci n'induisaient pas en erreur, de manière excusable, les soumissionnaires s'agissant de la faculté de recourir à la sous-traitance. La prise en compte du "bon" formulaire R15, confirmant l'absence de sous-traitance, postérieurement au recours, contreviendrait au principe d'intangibilité des offres et à l'égalité de traitement.

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 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 l'espèce, la recourante a été exclue de la procédure d'adjudication. Du moment qu'elle nie que les conditions de son exclusion aient été réalisées et conclut à ce qu'elle soit réintégrée dans la procédure, elle a qualité pour recourir. b) Pour le surplus, le recours a été déposé dans les délai et forme prescrits par l'art. 10 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD; BLV 726.01) et les art. 19, 20 et 79 LPA-VD. Il convient donc d'entrer en matière.

E. 2

a) La matière est régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (A-IMP; BLV 726.91), ainsi que par la LMP-VD et le règlement y relatif, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; BLV 726.01.1). b) 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 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêt MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 3b et réf.). Toutefois, lorsque le droit matériel laisse une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, le juge doit veiller à ne pas s'immiscer de façon indue dans la liberté de décision de l'autorité chargée de l'adjudication. 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; v. ég. arrêt du Tribunal fédéral 2D_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 5.1). Le Tribunal vérifie librement si les conditions prévues par la loi pour le prononcé d'une exclusion sont remplies; il respecte en revanche le pouvoir d'appréciation laissé au pouvoir adjudicateur par les dispositions régissant l'exclusion (arrêt MPU.2020.0002 du 31 juillet 2020 consid. 2).

E. 3

RLMP-VD. Cela implique 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 la référence; arrêt 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1). 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. L'adjudicateur peut également corriger les erreurs évidentes de calcul et d'écriture, conformément à l'art. 33 al. 2 RLMP-VD, le cas échéant après avoir demandé des explications au soumissionnaire en application de l'art. 34 al. 1 RLMP-VD (CDAP MPU.2019.0023 du 20 mai 2020 consid. 4b et les références). d) L'art. 32, 1^{er} tiret, let. a RLMP-VD prescrit qu'une offre peut être exclue notamment lorsque le soumissionnaire ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigés. 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). En outre, aux termes de l'art. 32, 2^{ème} tiret, let. a RLMP-VD, une offre peut être exclue 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. 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 CDAP MPU.2020.0003 du 24 juillet 2020 consid. 3c; MPU.2019.0012 précité, consid. 3a et les références). 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.2019.0012, déjà cité, consid. 3a; 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). S'il est conforme au but et à la nature de la procédure de marchés publics que la violation de certaines exigences de forme par un soumissionnaire puisse entraîner son exclusion du marché, une telle conséquence ne se justifie pas en présence de n'importe quel vice. Il faut en particulier y renoncer lorsque celui-ci apparaît de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif recherché

par la prescription formelle violée (ATF 141 II 353 consid. 8.2.1 et les références). 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 (arrêt 2C_418/2014 du 20 août 2014, consid. 4.2; ég. 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).

E. 4

a) En l'espèce, le ch. 3.10 du dossier d'appel d'offres prévoyait que la sous-traitance n'était pas admise et ne serait pas prise en considération; le cas échéant, l'offre serait exclue de la procédure. Le dossier d'appel d'offres comprenait notamment un formulaire R15 particulier, à l'entête du pouvoir d'adjudicateur, aux termes duquel la sous-traitance ne serait pas admise et partant, pas prise en considération. Il est vrai que le dossier d'appel d'offres invitait, en page 2, les soumissionnaires à télécharger, sur le site www.simap.ch, page cantonale, sous la rubrique «Guide romand», chapitre «Annexes», notamment l'annexe R15 (annonce des sous-traitants prévus pour l'exécution du marché), et à retourner celle-ci complétée à l'adjudicateur dans le même délai que l'offre. Or, le document auquel on accède de cette manière est la formule standard du Guide romand intitulée "Annonce des sous-traitants", qui comporte deux options alternatives (avec deux cases correspondantes), soit "Le soumissionnaire ne recourt pas à de la sous-traitance" et "Le soumissionnaire recourt à de la sous-traitance". Au-dessous de cette seconde case figurent trois champs où le soumissionnaire peut indiquer la raison sociale des sous-traitants. C'est ce document que la recourante a rempli – en y indiquant les raisons sociales de trois sous-traitants – et joint à son offre. S'agissant de l'annexe R15, l'invitation à télécharger sur Internet la formule standard ne se justifiait pas, puisqu'un formulaire particulier était joint au dossier d'appel d'offres. Cela étant, si l'on devait admettre l'existence d'une contradiction entre, d'une part, la formule R15 standard – qui envisage aussi bien le recours à la sous-traitance que le contraire – et, d'autre part, le ch. 3.10 du dossier d'appel d'offres, ainsi que le formulaire R15 particulier – qui excluent tous deux la sous-traitance –, il ne fait pas de doute que les indications contenues dans le dossier d'appel d'offres l'emportent. Cela vaut d'autant plus que la formule R15 particulière jointe au dossier d'appel d'offres allait dans le même sens. On ne saurait dire dans ces conditions que le dossier d'appel d'offres pouvait induire en erreur, de manière excusable, les soumissionnaires s'agissant de la faculté de recourir à la sous-traitance. Du reste, s'ils éprouvaient un doute à cet égard, les soumissionnaires pouvaient interpellier l'autorité intimée dans le délai au 17 juillet 2020 imparti pour poser des questions. Quoi qu'il en soit, la recourante ne prétend pas qu'elle aurait été induite en erreur sur le point de la sous-traitance lorsqu'elle a rempli son offre. Elle admet au contraire qu'elle n'a "pas fait attention" de remplacer l'annexe R15 qu'elle a téléchargée sur Internet par celle qui figurait dans le dossier d'appel d'offres. Elle joint à son recours la "bonne" formule R15 – celle qui porte l'entête de l'autorité intimée –, en demandant s'il n'est pas possible de substituer ce formulaire à celui qu'elle a produit à l'appui de son offre et de la

réintégrer dans la procédure. Implicitement, la recourante fait valoir que son offre était entachée d'un vice de peu de gravité, qui peut être corrigé et n'entraîne donc pas son exclusion. Le vice dont est entachée l'offre de la recourante a trait à l'aptitude de cette dernière, en ce qu'il met en doute sa capacité organisationnelle à exécuter le marché. Par ailleurs, ce vice compromet l'objectif recherché par la prescription violée, qui est de ne pas accepter la sous-traitance dans le cadre du présent marché. Il n'aurait guère été possible à l'autorité intimée d'évaluer l'offre de la recourante, dans de telles circonstances. La recourante a sans doute produit avec son recours le "bon" formulaire R15, après l'avoir signé. Elle confirme dans ce document avoir pris note que la sous-traitance n'est pas admise dans le cadre du présent marché. Sous peine de violer le principe de l'intangibilité des offres, rappelé au considérant précédent, une telle modification ne peut cependant pas être prise en considération. En outre, la prise en compte de cette modification contreviendrait au principe de l'égalité de traitement, en particulier à l'égard des soumissionnaires qui ont joint à leur offre la "bonne" annexe R15 signée conformément aux conditions de participation. Dans ces conditions, la décision d'exclure l'offre de la recourante n'est pas critiquable. Partant, c'est en vain que la recourante soutient qu'elle aurait dû être réintégrée dans la procédure.

E. 5

Il suit de ce qui précède que le recours, mal fondé, ne peut qu'être rejeté. La décision attaquée sera confirmée. Le sort du recours commande que les frais de justice soient mis à la charge de son auteur (art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD).

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