

# VD\_OMNI MPU.2020.0041 vom 4. Juni 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-06-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2020.0041](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2020.0041)

FR: VD\_OMNI MPU.2020.0041 du 4 juin 2021

IT: VD\_OMNI MPU.2020.0041 del 4 giugno 2021

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/Municipalité de Commugny, B. \_\_\_\_\_ | Adjudication par une municipalité du marché de transport et de gestion des déchets collectés à une déchetterie intercommunale. En lien avec le sous-critère "Planification des moyens et mode d'exécution du marché face aux exigences du cahier des charges", les soumissionnaires devaient indiquer notamment le nombre de trajets par année entre leurs dépôts et la déchetterie, ainsi que les kilomètres parcourus. Les soumissionnaires n'ont pas compris de la même manière le dossier d'appel d'offres et ont donné des indications, s'agissant notamment des kilomètres parcourus, qui ne sont pas comparables entre elles. Plutôt que d'interpeller les soumissionnaires dans le cadre de l'épuration des offres, l'adjudicateur a choisi de "neutraliser" l'élément d'appréciation des kilomètres parcourus, c'est-à-dire de ne pas en tenir compte dans l'évaluation de l'offre au regard du sous-critère en question. Il a en effet considéré que, les soumissionnaires ayant tous leurs dépôts dans la même région (à proximité de la déchetterie intercommunale), le kilométrage serait du même ordre de grandeur. Compte tenu du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur, ainsi que du fait que le kilométrage ne constitue qu'un des quatre éléments d'appréciation du sous-critère, il n'y a pas lieu de remettre en cause la notation.

## 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 digne de protection 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). b) En l'occurrence, l'offre de la recourante a été classée, au terme de l'évaluation des offres, au deuxième rang, avec un très faible écart de points (3,74). A cet égard, la jurisprudence a retenu l'intérêt digne de protection 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). Il convient par conséquent d'admettre que la recourante est légitimée à recourir. c) Pour le surplus, le recours a été déposé dans les délais 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). De même, il vérifie librement si les conditions prévues par la loi pour le prononcé d'une exclusion sont remplies; il respecte toutefois le pouvoir d'appréciation laissé au pouvoir adjudicateur par les dispositions régissant l'exclusion (arrêt MPU.2020.0002 du 31 juillet 2020 consid. 2). b) 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 (AIMP; 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).

## **E. 3**

Dans sa réplique, la recourante n'a pas repris les griefs qu'elle avait initialement soulevés, alors qu'elle n'était pas encore assistée, à l'encontre de la procédure, à savoir le fait que ses concurrents ne disposaient pas du même niveau d'informations qu'elle s'agissant de la correction de l'annexe R1, d'une part, et la circonstance que l'adjudicataire aurait dû être exclue pour avoir offert un prix anormalement bas, d'autre part. En audience, son mandataire a confirmé que ces griefs étaient abandonnés et qu'il en allait de même du déficit d'information en lien avec l'annexe R1, l'autorité intimée ayant fourni les informations. Il n'y a donc pas lieu d'y revenir.

## **E. 4**

La recourante fait valoir que l'adjudicataire aurait dû être exclue de la procédure, pour ne pas avoir respecté les conditions de l'appel d'offres. a) A teneur de l'art. 29 du règlement d'application de la LMP-VD, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; BLV 726.01.1), l'offre doit être écrite et parvenir complète sous pli fermé avec mention de l'objet et du nom du soumissionnaire dans le délai imparti au lieu indiqué dans l'appel d'offres. L'enveloppe doit préciser l'objet de l'offre et le nom du soumissionnaire (al. 1). L'offre porte la signature juridiquement valable de son auteur (al. 2). L'offre ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai (al. 3). En droit des marchés publics prévaut le principe de l'intangibilité de l'offre à l'échéance du délai ("Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote"), 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, n°354; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3 ème éd., Zurich 2013, n°710). Le principe de l'intangibilité de l'offre est du reste rappelé à l'art. 29 al. 3 RLMP-VD. Cela implique qu'une offre ne doit en principe s'apprécier que sur la seule base du dossier remis. En revanche, les erreurs évidentes de calcul et d'écritures peuvent être corrigées (art. 33 al. 2 RLMP/VD). Le droit vaudois impose qu'à la suite de ces corrections, un tableau comparatif objectif des offres soit établi (art. 33 al. 3 RLMP-VD). En outre, l'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur offre de même qu'à leur aptitude et à celle de leurs sous-traitants (art. 34 al. 1 RLMP-VD). Cette possibilité exprime la tendance actuelle dans la plupart des cantons qui permet de tempérer une application trop formaliste du principe de l'intangibilité des offres selon laquelle il y aurait lieu d'exclure un soumissionnaire dès qu'une offre est incomplète, quelle que soit l'importance du manquement (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 p. 374). S'agissant de l'aptitude d'un soumissionnaire, les faits postérieurs au délai fixé pour le dépôt des offres ne peuvent en principe pas être pris en considération (ATF 143 I 177 consid. 2.5.1 p. 184). Lorsque l'offre est affectée d'un vice mineur – qui ne justifie pas l'exclusion –, l'adjudicateur peut toutefois permettre au soumissionnaire de produire après coup des moyens de preuve portant sur des points de détail (ATF 143 I 177 consid. 2.3.2 p. 182 avec les références et consid. 2.5.2 p. 185). De manière générale, en droit des marchés publics, c'est l'état de fait tel qu'il se présente au moment de la décision d'adjudication qui est déterminant et non celui qui prévaut lors du jugement sur un éventuel recours (ATF 143 I 177 consid. 2.5 p. 184 s.).

aa) L'art. 32, 1<sup>er</sup> 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). bb) En outre, aux termes de l'art. 32, 2<sup>ème</sup> 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). cc) 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). 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 du 26 mai 2015 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). c) 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 (TF 2C\_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.2; voir ég. arrêts MPU.2015.0037 du 25 janvier 2016 consid. 6a; MPU.2015.0038 du 5 septembre 2015 consid. 2a). 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 précité consid. 4b).

#### **E. 4.1**

Cartons Scania 420 Euro 6 au gaz naturel/biogaz 40 1408 A. \_\_\_\_\_ (18 km)

#### **E. 4.2**

Papier Scania 420 Euro 6 au gaz naturel/biogaz 50 1760 A. \_\_\_\_\_, \*\*\*\*\* (18 km)

#### **E. 4.3**

Plastique Volvo FLH-280 Diesel Euro 6 40 1548 \*\*\*\*\*

#### **E. 4.4**

Ferraille et métaux à trier Scania 420 Euro6 au gaz naturel/biogaz 22 965.8 \*\*\*\*\* (20 km)

#### **E. 4.5**

Encombrants Scania 420 Euro 6 au gaz naturel/biogaz 30 2169 \*\*\*\*\* Volvo FLH-280 Diesel Euro 6 44 1702.8

#### **E. 4.6**

Verre Véhicule Multilift EURO 6 17 100 \*\*\*\*\* - 25 km

#### **E. 4.7**

Bois Scania 420 Euro 6 au gaz naturel/biogaz 43 1664.1 \*\*\*\*\*

#### **E. 4.8**

Déchets verts Scania R450 8x2 Diesel Euro 6 110 1925 COMPOSTIERE DE \*\*\*\*\*

#### **E. 4.9**

Inertes Volvo FM-420 8X4 R Euro 6 15 484.5 \*\*\*\*\* (12km)

#### **E. 4.10**

Inertes amiantés Volvo FM-420 8X4 R Euro 6 2 64.6 \*\*\*\*\* (12km)

#### **E. 4.11**

Huiles Scania 280 Euro 6 au gaz naturel/blogaz 2 79.6 \*\*\*\*\* (20km) 1 Départ dépôt - retour dépôt 2 Certains exutoires sont obligatoires (cellule en jaune). Pour les autres, indiquer le nom de l'exutoire proposé, et le nombre de km entre la commune et l'exutoire proposé Au final, les évaluateurs ont renoncé à tenir compte de ces indications dans leur appréciation. Il ressort du tableau d'évaluation du critère (cf. «Remarques» concernant l'évaluation de l'offre de la recourante) que le nombre de trajets par année annoncés dans l'annexe R6 a été compris de manière proche par les trois candidats, mais que les estimations en kilomètres annuels en résultant étaient très variables. Il ressort en effet du tableau que l'adjudicataire a indiqué à cet égard un total de kilomètres de 1'034, la recourante de 13'771,40; pour sa part, le troisième soumissionnaire a annoncé un total de 1'200 km. Compte tenu de la différence de compréhension de la colonne concernée par les soumissionnaires, cette indication du kilométrage total n'a finalement pas été prise en considération dans l'évaluation. L'autorité intimée explique à cet égard qu'au vu du caractère très disparate des informations fournies par les soumissionnaires, y compris par la recourante, il a été décidé de ne pas tenir compte de ces informations pour noter les concurrents, ce qui répondrait, selon elle, au principe de l'égalité de traitement. En audience, son mandataire a expliqué que les évaluateurs étaient partis du constat que les soumissionnaires venaient tous trois de la même région. Dès lors, le sous-critère a en quelque sorte été neutralisé, l'indication du kilométrage ayant simplement été retenue comme point fort du sous-critère n°2.1 dans les trois offres en concurrence. La recourante rappelle que le nombre total des kilomètres parcourus envisagés par les soumissionnaires est un des éléments du sous-critère n°2.1. Elle s'étonne de ce que les soumissionnaires n'aient pas été interpellés au sujet de ces différences, afin de clarifier leurs offres. Elle fait valoir que cette neutralisation a eu pour conséquence de pénaliser son offre, dès l'instant où elle pouvait prétendre, en comparaison de ses deux concurrents, à un nombre de kilomètres parcourus bien inférieur, notamment eu égard aux exutoires proposés par les uns et les autres et la proximité géographique des sites de ses sous-traitants (9 et 15 km) et de son propre site (19 km), notamment par rapport à celui de l'adjudicataire (26 km). En audience, son représentant a expliqué qu'elle recourait sur ce point à des sous-traitants locaux, R. \_\_\_\_\_ et S. \_\_\_\_\_, situés respectivement à \*\*\*\*\* et à \*\*\*\*\* et ce, pour limiter autant que possible le nombre de kilomètres parcourus. b) On constate en premier lieu que les soumissionnaires, à tout le moins la recourante et l'adjudicataire, ont tous leurs dépôts dans la même région. L'autorité intimée a ajouté sur ce point que les dépôts étaient tous situés à moins de 40 km de la déchetterie intercommunale et que leurs exutoires se situaient aussi dans un rayon acceptable, dans la moyenne de ce qui se fait habituellement pour ce genre de marché. Les nombres de trajets annuels entre les dépôts et la déchetterie annoncés par les soumissionnaires sont du reste comparables. En effet, la recourante a indiqué un total de 398 trajets, contre 448 pour l'adjudicataire. En revanche, les soumissionnaires ne semblent pas avoir eu la même compréhension de la colonne à remplir «Total km parcourus» du départ du dépôt au retour à celui-ci. En effet, la recourante a indiqué le nombre total de kilomètres effectués sur une année par transport de déchets selon la matière et par camion, soit au total 13'771,40 km. En revanche, l'adjudicataire (de même que le tiers soumissionnaire) a indiqué le nombre de kilomètres effectués sur un seul trajet par transport de déchets selon la matière et par camion, soit 1'034 km. Afin de pouvoir comparer les deux offres, l'autorité intimée aurait dû multiplier le nombre de kilomètres annoncés par l'adjudicataire par le nombre de trajets indiqué. Elle aurait alors constaté que l'adjudicataire a annoncé 38'422 km, soit trois fois plus que sa concurrente. Une différence

aussi importante entre les deux offres paraît a priori surprenante, ce d'autant que 5 km seulement séparent le dépôt de la recourante, à \*\*\*\*\*, de celui de l'adjudicataire, à \*\*\*\*\*, d'une part et que la première a annoncé cinquante trajets annuels de moins que la seconde, d'autre part. A cela s'ajoute qu'à la différence de l'adjudicataire, la recourante n'a rien indiqué sous chiffre 4.6, pour le transport du verre. Les offres n'apparaissant guère comparables entre elles, on peut se demander si l'autorité intimée n'aurait pas dû faire usage de l'art. 34 al. 1 RLMP-VD, qui lui permettait, dans une situation de ce genre, de demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur offre. En lieu et place, l'autorité intimée a opté pour une neutralisation de l'élément d'appréciation en question. Elle est partie du principe que les trajets par camion et le nombre de kilomètres effectués par les soumissionnaires seraient du même ordre de grandeur, dès l'instant où tous disposent de dépôts dans la région. La faible différence entre les trajets annoncés par l'adjudicataire et ceux annoncés par la recourante lui donne plutôt raison sur ce point. Quoique la solution choisie puisse prêter à discussion, l'autorité intimée n'a pas abusé de la liberté d'appréciation qui lui est reconnue en la matière. En outre, on doit garder à l'esprit que la notation de ce sous-critère dépendait de trois autres éléments, à savoir les personnes-clés, la personne de contact et le nombre moyen de personnes. Or, la recourante a annoncé une disponibilité des personnes-clés plus grande que l'adjudicataire, dont l'offre a été pénalisée en raison de la faible disponibilité des intéressés. La recourante a reçu pour ce sous-critère la note de 4,5 contre 3,5 à l'adjudicataire; ces notations ne sont pas insoutenables, ni, partant, arbitraires. Il est douteux que la seule prise en compte d'un avantage kilométrique pour le transport des déchets puisse modifier ce résultat. Quant au document complémentaire explicatif fourni par la recourante à l'appui de l'annexe R6, l'autorité intimée a expliqué avoir renoncé à l'évaluer, du fait qu'il n'avait pas été demandé et que s'il avait été pris en considération, les autres soumissionnaires auraient pu se plaindre d'une inégalité de traitement. Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de remettre en cause la notation de la recourante et de l'adjudicataire au sous-critère

## **E. 5**

En l'occurrence, la recourante fait valoir que l'adjudicataire n'a pas donné les indications requises en lien avec le sous-critère 3.1 «Caractéristiques du soumissionnaire». Elle revient plus particulièrement sur les ch. 3.10 et 3.11 du DAO. Les constatations protocolées par les évaluateurs démontreraient, selon elle, que l'offre de l'adjudicataire était lacunaire sur un point dûment exigé par l'autorité intimée, à savoir l'annonce expresse de la participation d'une entreprise associée ou d'une sous-traitance. En annonçant être la «seule pour exécuter le marché complet», l'adjudicataire aurait soit donné une fausse information, soit une information incomplète puisque l'entreprise associée ou l'entreprise sous-traitante N.\_\_\_\_\_ n'a pas été annoncée dans l'annexe P4, contrairement à ce qui était exigé dans le DAO. L'offre de l'adjudicataire aurait ainsi dû être exclue en vertu de l'art. 32, 1<sup>er</sup> tiret, let. a, et 2<sup>ème</sup> tiret, let. a RLMP-VD. a) Le DAO exigeait de chaque soumissionnaire, au ch. 3.10, qu'il annonce dans l'annexe P4, en cas d'association avec une autre entreprise, un pilote de consortium, responsable de la communication avec le maître de l'ouvrage. Le ch. 3.11 exigeait de chaque soumissionnaire qu'il annonce dans l'annexe P4 les sous-traitants, limités à 30% de la valeur du marché et à deux au maximum (cf. partie "Faits" let. B ci-dessus). L'offre de l'adjudicataire mentionne uniquement M.\_\_\_\_\_, en tant que responsable de la communication avec l'autorité intimée. Elle ne fait état d'aucune association, ni de sous-traitance, de sorte que les évaluateurs pouvaient partir du principe que l'adjudicataire exécuterait seule le marché, ce qu'ils ont du reste retenu en lien avec le

sous-critère 3.1. Dans l'annexe R13, qui concerne le critère n°2 (qualités techniques), plus particulièrement le sous-critère des propositions d'optimisation (2.2), l'adjudicataire a cependant fait mention de ce qui suit: "(...) 1. Fréquence de levées des déchets proposée (indiquer le jour de la semaine et l'heure) par catégories et explications. Fort de notre expérience sur la logistique de la déchetterie intercommunale, nous vous proposons dans un premier temps de conserver les fréquences actuelles de levées, ci-dessous : Flux de déchets  
Fréquence annuelle de collecte Cartons 47 Papier 54 Plastique 48 Ferraille et métaux à trier 23 Encombrants 80 Verre 17 Bois 48 Déchets verts 108 Inertes 19 Inertes amiantés 1 Huiles 3 Cependant, dans un second temps, nous sommes en mesure d'optimiser les fréquences, suite aux tests de tassage des bennes de collecte du Papier, de la Ferraille, des Déchets Encombrants et Déchets Verts, réalisés en partenariat avec M. N.\_\_\_\_\_. En effet, cette proposition d'optimisation sera formalisée dans les premières semaines du marché, dès validation du fonctionnement d'intervention avec les services techniques de la Commune de \*\*\*\*\*. 2. Mise en place d'une solution de remplacement pour assurer une prestation en continu en cas de situation dégradée (panne, intempérie, incident d'exploitation tel que route barrée ou fort affluence le samedi par exemple). Indiquez les temps et modalités d'intervention. (...) 2. Continuité de service sur la gestion des flux de la déchetterie Afin d'optimiser le taux de remplissage des bennes, donc du nombre de rotations ; nous faisons appel à un partenaire basé sur la Commune de \*\*\*\*\* : Monsieur N.\_\_\_\_\_ — prestataire de services, pour vérifier le remplissage de la benne et valider la possibilité de densifier ce remplissage, par du tassage approprié, en libérant du volume, donc de la capacité de stockage dans les bennes. Monsieur N.\_\_\_\_\_ interviendra en respectant les consignes de sécurité de la déchetterie. Concernant la possibilité de forte affluence du samedi ; nous avons également la capacité de faire intervenir Monsieur N.\_\_\_\_\_, pour tasser la ou les bennes concernées. Enfin, notre partenaire est également équipé pour déneiger les accès de la déchetterie. Ainsi, ce tassage permet de: - Libérer de la capacité de stockage, et amener de la souplesse de fonctionnement - De réduire le nombre de rotations de véhicules circulant sur la commune, avec un double impact : · Renforcement de la sécurité des commugnans · Réduction de l'empreinte carbone de nos prestations. (...) " Dans leur rapport, les évaluateurs ont relevé en lien avec le sous-critère en question ce qui suit s'agissant de la «Fréquence de levées des déchets»: "(...) · points forts: optimisation des fréquences suite aux tests de tassage de bennes pour le papier, la ferraille, les encombrants et les déchets verts (en partenariat avec M. N.\_\_\_\_\_ à \*\*\*\*\* , également capable de déneiger les accès) à réaliser les premières semaines et à faire valider par les services communaux techniques concernés. (...) · points faibles: le partenariat mentionné n'est pas décrit en annexe P4 au titre d'association ou de sous-traitance. La relation de travail avec M. N.\_\_\_\_\_ n'est pas claire. (...) " b) Le fait de qualifier N.\_\_\_\_\_ de "prestataire de services" indique plutôt un statut indépendant que dépendant. En outre, le terme de "partenariat", qui n'est pas un terme technique du droit des contrats, ne désigne pas précisément la nature des relations entre l'adjudicataire et N.\_\_\_\_\_. Il évoque plutôt une relation d'association entre deux sujets de droit placés sur un pied d'égalité qu'une relation de travail, où l'une des parties (le travailleur) est subordonnée à l'autre (l'employeur). Dans ces conditions, l'autorité intimée aurait pu – et dû –, dans le cadre de l'épuration des offres (art. 34 al. 1 RLMP-VD), interpellé l'adjudicataire sur la nature de ses liens avec N.\_\_\_\_\_. A l'audience, le mandataire technique de l'autorité intimée et organisateur de la soumission a toutefois expliqué que les évaluateurs avaient eu un doute sur les relations entre l'adjudicataire et N.\_\_\_\_\_. Ils avaient considéré que ce dernier était indépendant et

offrait une prestation de compactage qui n'était pas exigée dans l'appel d'offres. C'est pourquoi l'offre de l'adjudicataire n'avait pas été exclue (compte-rendu d'audience, p. 2). Dans la présente procédure de recours, l'adjudicataire a fait valoir qu'il avait engagé N. \_\_\_\_\_ à son service, à compter du 1er juillet 2021, en produisant un contrat de travail. Ce contrat n'étant pas daté (pour des raisons inconnues, l'adjudicataire n'ayant donné aucune explication à l'audience), on ignore si l'adjudicataire et le prénommé ont décidé d'aménager leurs relations d'une autre manière que ce qui était prévu initialement ou si, depuis le début, le "partenariat" devait s'entendre dans le sens d'un engagement par contrat de travail. Quoi qu'il en soit, l'existence d'un contrat de travail entre l'adjudicataire et le prénommé ne ressortant pas de l'offre de l'adjudicataire, il s'agit d'un fait postérieur au délai fixé pour le dépôt des offres, qui ne peut en principe pas être pris en considération (cf. consid. 4a ci-dessus). Cela étant, il ressort effectivement du DAO (ch. 3.16) et en particulier de l'annexe R13 (cf. ci-dessus partie "Faits" let. B) que les propositions d'optimisation doivent être distinguées de l'offre de base. L'annexe R13 ajoute que celles-ci "seront discutées, le cas échéant, lors des discussions précontractuelles avec l'adjudicataire du présent marché" et "sont susceptibles de faire l'objet de questions complémentaires dans le cadre d'une audition ultérieure". L'adjudicateur s'est donc réservé de décider ultérieurement, soit après l'adjudication, de l'exécution des prestations proposées à ce titre, après avoir éventuellement demandé des informations supplémentaires à l'adjudicataire. Dans ces conditions, on peut admettre que le manque d'informations sur les relations entre l'adjudicataire et N. \_\_\_\_\_ était moins grave que si ce dernier avait concouru à fournir les prestations mises en soumission. L'autorité intimée, qui partait de l'idée que N. \_\_\_\_\_ était un indépendant avec qui l'adjudicataire se trouvait dans une relation d'association ou de sous-traitance et aurait dû être annoncé comme tel, pouvait renoncer à exclure l'adjudicataire pour ne pas avoir fait figurer son "partenaire" sur l'annexe P4. En procédant de la sorte, l'autorité intimée est restée dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien en matière d'exclusion. Le recours est mal fondé sur ce point.

## **E. 6**

La recourante se plaint de ce que la décision attaquée aurait été prise en dépit d'un conflit d'intérêts. Elle relève qu'en tant qu'agriculteur et détenteur de parts de O. \_\_\_\_\_, dont il est associé gérant président, N. \_\_\_\_\_ sera employé de l'adjudicataire. Or, cette situation devrait être assimilée au cas de figure du collaborateur d'une entreprise soumissionnaire, qui est en relations d'affaires et possède des liens étroits avec les membres du comité d'évaluation, en l'occurrence en particulier la syndique de \*\*\*\*\*. La recourante fait valoir que l'adjudicataire ayant omis de signaler ce qui précède, son offre aurait dû être exclue, vu le ch. 3.7 du DAO. Dans un autre grief, la recourante rappelle que l'adjudicataire est préimpliquée et fait valoir que c'est grâce à ce statut que cette dernière a pu entrer en contact avec N. \_\_\_\_\_, qui oeuvrait à la déchetterie pour le compte de la commune. Selon elle, l'adjudicataire aurait donc acquis un avantage découlant de sa position de société préimpliquée, ce qui entraînerait, au vu du ch. 3.8 du DAO, que son offre devait être exclue.

a) aa) L'art. 3.7 DAO (cf. ci-dessus partie "Faits" let. B) enjoint le soumissionnaire d'annoncer à l'adjudicateur, au plus tard lors du dépôt de son offre, s'il se trouve en conflit d'intérêt avec les membres du comité d'évaluation (1 ère phrase). Un conflit d'intérêt est déterminé par le fait qu'un bureau, une entreprise ou un collaborateur, ainsi qu'un associé ou un membre du conseil d'administration est en relation d'affaire ou possède un lien de parenté avec un des membres du comité d'évaluation ou le signataire de la décision d'adjudication (2 ème phrase). Si le soumissionnaire omet cette annonce, il est exclu d'office

de la procédure si le processus d'évaluation a déjà été entamé. Cette obligation d'annonce doit garantir l'indépendance et l'impartialité des membres du comité d'évaluation, afin d'assurer une concurrence efficace (art. 3 let. a LMP-VD; art. 1 al. 3 let. a et art. 11 al. 1 let. a AIMP) et de respecter le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination (art. 3 al. 1 let. b LMP-VD et art. 1 al. 3 let. b AIMP). bb) Lors de l'instruction, il est apparu que N.\_\_\_\_\_ était en relations à plusieurs titres avec la commune de Commugny. Cette dernière est cliente (mais non détentrice de parts) de O.\_\_\_\_\_, société qui est dirigée par N.\_\_\_\_\_ et lui appartient pour moitié. O.\_\_\_\_\_ traite en effet un volume important de déchets compostés et recyclés; elle revend en outre ses produits aux agriculteurs de la région. En outre, le municipal G.\_\_\_\_\_ a indiqué en audience que la commune de Commugny avait fait appel à N.\_\_\_\_\_ pour le tassage des déchets lorsque les bennes étaient pleines, en particulier durant l'été, de même qu'en hiver pour le déneigement de l'accès à la déchetterie. N.\_\_\_\_\_ est ainsi en relations d'affaires (s'agissant du compostage, d'ailleurs seulement de manière indirecte, par l'intermédiaire de sa société O.\_\_\_\_\_) avec la commune de Commugny et non avec l'un ou plusieurs des membres du comité d'évaluation personnellement. Même si, parmi ces derniers, la syndique et le municipal prénommé font partie (ès qualité) du comité d'évaluation, on ne saurait dire que leurs intérêts privés se confondent avec ceux de la commune, de sorte qu'ils n'auraient pas l'indépendance requise. Du reste, si l'on devait admettre l'existence d'un conflit d'intérêts, au sens du ch. 3.7 du DAO, dès le moment où le soumissionnaire se trouve en relations d'affaires avec la commune de Commugny, comme pouvoir adjudicateur, les prestataires actuels – dont l'adjudicataire – n'auraient pas pu participer à la procédure. Or, le ch. 3.8 du DAO les autorise au contraire à soumissionner. Dans ces conditions, il n'y a pas de conflit d'intérêts du seul fait que N.\_\_\_\_\_ se trouve en relations d'affaires avec la commune de Commugny. Par conséquent, à supposer que le prénommé soit un "associé" – au sens de l'art. 3.7 du DAO – ou un collaborateur de l'adjudicataire, cette dernière n'avait pas à signaler de conflit d'intérêts et il n'y a partant pas lieu de l'exclure pour avoir omis une telle annonce. b) aa) Aux termes de l'art. 7 al. 2 RLMP-VD, les personnes et entreprises qui participent à la préparation des documents d'appel d'offres peuvent présenter une offre pour autant que l'appel d'offres mentionne leur participation et son ampleur et que les documents de soumission indiquent toutes les sources et l'endroit où elles peuvent être consultées (al. 2). Les autres cas d'incompatibilité prévus par les autorités adjudicatrices sont réservés (al. 3). Cette disposition traite du problème de la préimplication (en droit fédéral des marchés publics, cf. art. 14 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics [LMP; RS 172.056.1; en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021]). Il y a préimplication lorsqu'un soumissionnaire a participé à la procédure d'appel d'offres, par exemple en établissant les bases du projet, en élaborant les documents d'appel d'offres ou encore en fournissant au pouvoir adjudicateur des informations sur des données spécifiques techniques concernant les biens à acquérir (cf. TF 2P.164/2004 du 25 janvier 2005 consid. 3.1; arrêts du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-4602/2019 du 4 mars 2020 consid. 3.1.2; B-6708/2017 du 9 mai 2019 consid. 3.1.2; B-5439/2015 du 25 septembre 2017 consid. 3.1.5; v. en outre Christoph Jäger, Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren, DC 1/2011 p. 4 ss, not. p. 5 ). Une telle préimplication est susceptible de porter atteinte au principe de l'égalité de traitement entre concurrents; le soumissionnaire se trouvant dans une telle situation peut en effet être tenté d'influencer le pouvoir adjudicateur en ce sens que le nouveau marché soit configuré en fonction de son produit ou de sa prestation; il peut aussi mettre à profit les connaissances acquises durant la préparation de la procédure de passation

ou encore tenter d'influencer le pouvoir adjudicateur en se servant des contacts établis avec les personnes (cf. TF 2P.164/2004 précité consid. 3.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n°1043s.). Le soumissionnaire préimpliqué est en outre privilégié par rapport aux autres candidats, dans la mesure où il bénéficie de meilleures connaissances du projet et par le fait qu'il dispose de plus de temps pour établir son offre (Denis Esseiva, DC 2/2007 S9). Selon la jurisprudence, la préimplication d'un soumissionnaire conduit en principe à son exclusion. Toutefois, le seul fait qu'un soumissionnaire, en exécutant un mandat dans le cadre d'un projet déjà défini, s'est procuré des avantages qu'il peut mettre à profit lors de la mise au concours d'autres étapes du même projet, ne conduit pas nécessairement à son exclusion. Le principe de l'utilisation économique des deniers publics, qui doit être pris en compte à l'instar du principe de non-discrimination, peut même imposer d'exploiter de telles synergies, pour autant que les règles du droit des marchés soient respectées (TF 2P.164/2004 précité consid. 5.7.1). Un soumissionnaire préimpliqué peut ainsi prendre part à la procédure notamment lorsque l'avantage en termes de connaissances par rapport aux concurrents est peu important ou que sa contribution à la préparation de l'appel d'offres apparaît comme mineure; il en va de même lorsque seul un petit nombre de soumissionnaires peuvent offrir la prestation mise en soumission ou encore quand les concurrents sont informés en toute transparence de la contribution du soumissionnaire concerné et de son avantage en termes de connaissances (TF 2P.164/2004 précité consid. 3.3; cf. ég. arrêt du TAF 3013/2012 du 31 août 2012 consid. 3.6). Il n'y a pas lieu d'exclure un soumissionnaire si l'avantage concurrentiel peut être compensé par le pouvoir adjudicateur. Celui-ci, qui dispose d'un pouvoir d'appréciation, examinera dans le respect du principe de la proportionnalité les moyens à ordonner (cf. décision incidente du TAF B-6653/2016 du 29 novembre 2016 consid. 7.2 in fine; Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n°1045 ; Poltier, op. cit., n°280). La jurisprudence sur le devoir de récusation des juges, qui naît de l'apparence de partialité objective, n'est pas applicable au soumissionnaire préimpliqué; il n'y a pas lieu d'exclure celui-ci tant et aussi longtemps que la preuve de l'existence d'un avantage concurrentiel résultant de sa participation à la configuration du marché n'est pas apportée; le fardeau de cette preuve incombe aux autres soumissionnaires (arrêt 2P.164/2004 précité consid. 5.7.3). Que la préimplication entraîne un avantage concurrentiel est une présomption légale; en revanche, la preuve qu'aucun avantage de ce type n'a été obtenu dans le cas d'espèce ou que l'avantage a été suffisamment compensé incombe soit au pouvoir adjudicateur soit au soumissionnaire préimpliqué (cf. arrêts du TAF B-4602/2019 déjà cité consid. 3.1.3; B-7062/2017 du 22 août 2019 consid. 4.5 et les réf. cit.). Le cas du renouvellement d'un mandat antérieur soulève des difficultés analogues à celui de la participation à la préparation de la procédure d'appel d'offres. Il est toutefois généralement admis que l'entreprise précédemment au bénéfice du mandat est habilitée à concourir à nouveau (Poltier, op. cit., n°281, réf. citée; Cédric Häner, in: Hans Rudolf Trüeb [édit.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, n. 9 ad art. 14 LMP et les réf.). Le seul fait qu'un soumissionnaire a déjà été fournisseur des biens mis en soumission ne constitue pas une préimplication illicite; il en résulte que l'offre faite par le fournisseur précédent ne peut être considérée comme un avantage concurrentiel que le pouvoir adjudicateur aurait dû divulguer et compenser (arrêt du TAF B-5439/2015 déjà cité consid. 3.1.11, références citées). Le grief ayant trait à la préimplication d'un soumissionnaire doit, par analogie avec les règles sur les demandes de récusation, être soulevé immédiatement, c'est-à-dire en principe lorsque l'intéressé prend connaissance de faits à partir desquels une préimplication peut être déduite (arrêt du TAF B-1958/2013 du

23 juillet 2013 consid. 2.3). Celui qui laisse se dérouler la procédure d'attribution du marché et attend pour agir de voir si l'adjudication lui est favorable contrevient aux règles de la bonne foi; il est alors forclos pour se plaindre de la préimplication (TC FR 602 2011-32 du 28 juillet 2011, rés. in DC 1/2013 n°16) . Le simple fait d'avoir pris connaissance de l'avis de concours et du dossier d'appel d'offres ne peut cependant être considéré comme suffisant à cet égard, lors même qu'ils indiquent qu'un concurrent a participé à la préparation de l'appel d'offres (cf. Christoph Jäger, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2009, p. 282; contra TA SG B 2018/53 du 1<sup>er</sup> mars 2018, rés. in DC 1/2019 n°19). La péremption du droit d'invoquer ce grief n'entre en considération que si l'adjudicateur a respecté son devoir d'information et de transparence, en exposant clairement les faits qui permettraient aux soumissionnaires de se rendre compte aisément du genre et de l'importance de la participation d'un de leurs concurrents à la procédure ( TC FR 602 2011-32, déjà cité ). bb) En l'occurrence, l'adjudicataire n'a pas été impliqué à proprement parler dans la préparation du dossier d'appel d'offres; elle est en revanche l'actuelle prestataire de l'autorité intimée. Cela a du reste été annoncé dans l'appel d'offres (ch. 3.8 DAO), où l'adjudicataire a expressément été autorisée à participer à la procédure. Or, l'appel d'offres n'a pas été contesté. Il est vrai que, jusqu'à la production du rapport d'évaluation dans la présente procédure de recours, la recourante ignorait que l'adjudicataire allait s'assurer les services ou s'associer avec N.\_\_\_\_\_. Selon les déclarations faites à l'audience, l'adjudicataire a remarqué que N.\_\_\_\_\_ intervenait de façon occasionnelle à la déchetterie le samedi, notamment, sur des bennes qui allaient déborder. C'est dans ces circonstances que les représentants de l'adjudicataire ont approché N.\_\_\_\_\_, afin de pouvoir recourir à ses services dans le cadre du présent marché. C'est donc en sa qualité de prestataire actuelle que l'adjudicataire est entrée en contact avec N.\_\_\_\_\_. Contrairement à la préimplication au sens propre, le fait qu'un soumissionnaire est l'actuel prestataire des services mis en soumission n'entraîne en principe pas son exclusion (cf. consid. 6b/aa ci-dessus). En l'occurrence, il y a d'autant moins de raisons de déroger à cette règle que le "partenariat" avec N.\_\_\_\_\_ ne concerne pas l'offre de base, mais les propositions d'optimisation; l'avantage dont l'adjudicataire bénéficiait en connaissant l'intervention du prénommé apparaît ainsi comme peu important, ce d'autant que les propositions d'optimisation n'ont guère pesé dans la notation de l'offre de l'adjudicataire (cf. consid. 9a/aa ci-après). L'avantage en question n'était en tout cas pas tel qu'il justifie, sous l'angle de la proportionnalité, l'exclusion de l'adjudicataire.

## **E. 7**

La recourante soutient que l'offre de l'adjudicataire était lacunaire dans la mesure où celle-ci n'avait pas donné toutes les indications requises en lien avec les "Qualifications des personnes-clés désignées pour l'exécution du marché" (sous-critère 3.3). a) Les soumissionnaires étaient invités à remplir l'annexe R9, modifiée pour tenir compte des spécificités du marché. Ce document demandait aux soumissionnaires d'indiquer les informations sur la personne-clé pour six fonctions particulières: «Personne de contact avec le MO»; « Remplaçant de la personne de contact»; «Responsable du transport des déchets sur le terrain»; «Responsable du traitement et des filières de valorisation des déchets»; «Responsable de la logistique d'acheminement des déchets»; «Responsable de l'entretien du matériel et de la sécurité». Il était expressément précisé que: «Toutes les personnes-clés susmentionnées sont à renseigner. Une personne peut remplir plusieurs fonctions». Dans son offre, l'adjudicataire a désigné trois personnes-clés: M.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_ et Q.\_\_\_\_\_. Elle a rempli l'annexe R9 de la façon suivante: M.\_\_\_\_\_ a été désigné «

Remplaçant de la personne de contact» et «Responsable du traitement et des filières de valorisation des déchets» ; P. \_\_\_\_\_, «Personne de contact avec le MO» , «Responsable du transport des déchets sur le terrain», «Responsable de la logistique d'acheminement des déchets» et «Responsable de l'entretien du matériel et de la sécurité» ; Q. \_\_\_\_\_, «Personne de contact avec le MO» . Les six cases correspondant aux six fonctions ont été remplies. Après avoir ouvert les offres, les évaluateurs ont apparemment eu un doute et ont voulu s'assurer que les trois personnes mentionnées dans l'annexe R9 par l'adjudicataire allaient occuper les six fonctions-clés. Selon ses explications en audience, au risque de faire une demande superflue, le mandataire technique de l'adjudicateur a envoyé, le 26 octobre 2020 à 17h07, un courriel à l'adjudicataire, afin que celle-ci lui indique, au plus tard le 28 octobre 2020, à 18h00, quelles étaient dans son offre les personnes-clés qui remplissaient les fonctions suivantes: «Responsable du transport des déchets sur le terrain» ; «Responsable de la logistique d'acheminement des déchets» et «Responsable de l'entretien du matériel et de la sécurité» . On rappelle sur ce point que dans l'hypothèse où une offre apparaît peu claire sur certains aspects, le pouvoir adjudicataire est autorisé à demander des explications aux soumissionnaires (cf. art. 34 al. 1 RLMP-VD). Selon ses explications, l'adjudicataire s'est limitée à produire une nouvelle fois, par courriel du 27 octobre 2020, les éléments de l'annexe R9, tels qu'ils figuraient déjà dans son offre, à l'identique (cf. courriel du 27 octobre 2020 10h47: "[...] je vous transmets [...] l'ensemble des éléments de l'Annexe R9, conformes à la version numérique transmise " [mis en évidence par le réd.]). Pour la recourante, le principe de l'intangibilité des offres aurait été violé, et l'offre de l'adjudicataire, incomplète, aurait dû être exclue, vu l'art. 32, 2<sup>ème</sup> tiret, let. a RLMP-VD.

b) Comme déjà dit en audience, le tribunal ne peut que constater que l'offre de l'adjudicataire, telle qu'elle lui a été remise, contient bien les indications prescrites rappelées ci-dessus. Il ne s'explique par conséquent pas la raison du courriel du mandataire de l'adjudicateur du 26 octobre 2020, qui semble procéder d'une erreur. c) En lien avec ce qui précède , le mandataire technique de l'autorité intimée a tenté de justifier la démarche en question. A l'audience, il a exposé qu'à partir du moment où il était apparu que B. \_\_\_\_\_ était «pressentie comme adjudicataire» , les évaluateurs s'étaient montrés plus rigoureux dans l'examen de son offre. En se référant en particulier à ces propos, la recourante considère que non seulement le processus d'évaluation est gravement vicié, mais qu'en outre et surtout, le principe de l'égalité de traitement des concurrents a été violé, ce qui doit conduire, selon elle, à l'annulation de la décision attaquée. Cela étant, ses explications ne peuvent être retenues. D'abord, on ne saurait inférer des explications du mandataire de l'autorité intimée que l'adjudication ne s'est pas faite de façon impartiale. La recourante constate que le procès-verbal d'ouverture des offres du 26 octobre 2020 n'a été signé que par les représentants de D. \_\_\_\_\_, mandataire technique de l'autorité intimée, à l'exclusion de tout représentant de cette dernière. Elle relève en outre que, sous «Remarque générale», ce procès-verbal contient la mention suivante: «L'ouverture des offres ne représente qu'un acte formel de réception qui nécessite une analyse plus approfondie en regard des critères d'adjudication et des conditions de participation. Les montants annoncés ci-dessus doivent encore faire l'objet d'une vérification arithmétique de détail» . La recourante en déduit que les représentants de D. \_\_\_\_\_ étaient, le 26 octobre 2020, déjà parvenus à la conclusion qu'au vu des montants offerts, nonobstant la pondération basse du critère prix (35%) et l'analyse des aspects qualitatifs de l'offre, soit les appréciations faites des critères 2 à 5 (pondérés à 65%), B. \_\_\_\_\_ allait remporter le marché dans la mesure où elle était, pour reprendre les termes du mandataire en audience, «pressentie comme

adjudicataire» . La recourante se plaint de ce que le mandataire a eu toute liberté dans le processus suivant la réception des offres et a pu soit choisir, soit faire en sorte de parvenir au choix de l'adjudicataire qu'elle voulait. Quoi qu'en dise la recourante, à partir du moment où le pouvoir adjudicateur est libre de s'organiser comme il l'entend pour l'évaluation des offres, ce procédé n'a rien de choquant. L'adjudicateur est habilité à déléguer à son mandataire technique les opérations préparatoires à l'évaluation des offres. L'art. 31 al. 1 RLMP-VD pose comme exigence sur ce point que les offres soient ouvertes à la date, à l'heure et au lieu indiqué dans les documents d'appel d'offres par au minimum deux représentants de l'adjudicateur. Ces exigences ont été respectées dans le cas d'espèce. Seul importe qu'au final, la notation des offres soit effectuée et la décision d'adjudication soit prise par les personnes responsables de l'évaluation, soit in casu le comité annoncé au ch. 4.11 DAO (cf. Poltier, op. cit., n°338). Or, aucun élément du dossier ne permet de douter de ce qui précède, à savoir que la décision finale est bien le reflet d'une délibération du comité d'évaluation dans son ensemble. Ce procédé ne traduit pas non plus un manque d'impartialité ou une prévention en faveur de l'un des soumissionnaires dans la prise de décision. On retire simplement des explications du mandataire de l'autorité intimée qu'au terme de ces opérations préparatoires, il lui est apparu que l'offre de B. \_\_\_\_\_, moins onéreuse que celle de ses concurrentes, était en bonne position pour décrocher la première place. Cela devait cependant être confirmé par la suite de la procédure et aucun élément du dossier ne permet de retenir que l'analyse des aspects qualitatifs des trois offres en concurrence ait pour autant été négligée ou bâclée, comme le laisse entendre la recourante. Elle est d'autant moins fondée à invoquer ce qui précède que son offre a reçu de meilleures notes que sa concurrente aux critères 2 à 5. En outre, on peut comprendre que, dès l'instant où l'offre de B. \_\_\_\_\_ a été «pressentie» comme adjudicataire par le mandataire de l'autorité intimée à l'issue d'un premier examen prima facie, celui-ci ait fait preuve d'une certaine prudence, afin que les évaluateurs puissent procéder à une évaluation et à une comparaison objectives. Cette constatation ne permet certainement pas de retenir que les offres des autres soumissionnaires n'ont pas également été examinées de manière rigoureuse par le comité d'évaluation. d) Il s'ensuit que les motifs invoqués par la recourante ne sont pas de nature à entraîner l'exclusion de l'adjudicataire, ni l'annulation de la décision attaquée.

## **E. 8**

Sur le plan matériel, la recourante critique la note que son offre a reçue au sous-critère n°2.1 (Planification des moyens et mode d'exécution du marché face aux exigences du cahier des charges), à savoir 4,5. Les soumissionnaires devaient remettre à cet égard l'annexe R6 dûment remplie et indiquer sur un document annexé portant la mention R6 (transport), les moyens qu'ils proposent de mettre en place pour exécuter le marché en conformité avec les exigences, les objectifs et les échéances principales, avec la mention du type de véhicules, du nombre de trajets par année, du total des kilomètres parcourus et des exutoires. Les soumissionnaires devaient en outre indiquer le nom des personnes-clés, celui de la personne de contact pour la communication interne avec l'adjudicateur et le nombre moyen de personnes prévues sur la durée d'exécution du marché. La note attribuée pour ce sous-critère dépendait des réponses fournies à ces quatre éléments d'appréciation. On rappelle que la pondération totale du critère n°2 était de 25%, le sous-critère 2.1 revêtant un poids de 15%.

a) Les deux soumissionnaires concurrents ont répondu de la manière suivante; B. \_\_\_\_\_ tout d'abord: 1. Transport Tableau des véhicules pour la collecte en porte à porte - à compléter N° Matière collectée Type de véhicule Nombre de trajets par année Total km

## E. 9

La recourante se plaint de la notation du sous-critère 2.2 (Propositions d'optimisation). En lien avec ce sous-critère, les soumissionnaires devaient remplir l'annexe R13. Ce sous-critère contient quatre éléments d'appréciation: «Fréquence de levée des déchets»; «Solution de remplacement»; «Valorisation des déchets»; «Proposition d'optimisation». Sa pondération était de 10%. L'adjudicataire a reçu la note de 3.5 et la recourante, 4. a) La recourante s'en prend d'abord à la notation de l'adjudicataire. aa) La recourante relève que, selon le rapport d'évaluation (en lien avec l'élément d'appréciation «Fréquence de levées des déchets»), l'un des points forts de l'offre de l'adjudicataire pour ce sous-critère consistait en la prestation suivante: «Optimisation des fréquences suite aux tests de tassage de bennes pour le papier, la ferraille, les encombrants et les déchets verts (en partenariat avec M. N. \_\_\_\_\_ à Commugny, également capable de déneiger les accès) à réaliser les premières semaines et à faire valider par les services communaux techniques concernés». Elle relève que le fait que le partenariat avec N. \_\_\_\_\_ n'a pas été mentionné dans l'annexe P4, au titre d'association ou de sous-traitance (cf. consid. 5 supra), de sorte que la relation contractuelle liant ce dernier à l'adjudicataire «n'est pas claire» a, pour les évaluateurs, constitué un point faible de l'offre. Selon les explications de la recourante, en compensant ce point fort avec ce point faible, on ne voit pas que la solution proposée par l'adjudicataire serait une proposition d'optimisation digne d'être prise en considération, dès lors que cette dernière recourt à une sous-traitance qui n'a pas été annoncée préalablement. Comme le mandataire technique de l'autorité intimée l'a expliqué en audience (compte-rendu, p. 2), c'est la solution proposée qui a été jugée intéressante (indépendamment de la personne de N. \_\_\_\_\_). En outre, la proposition d'optimisation n'aurait influé sur la notation de l'adjudicataire que de manière "infime". Quoi qu'il en soit, on gardera à l'esprit que d'autres éléments entraient également en considération dans la notation de ce sous-critère. bb) Ainsi, les soumissionnaires devaient fournir les indications relatives à la prestation suivante: «Mise en place d'une solution de remplacement pour assurer une prestation en continu en cas de situation dégradée (panne, intempérie, incident d'exploitation tel que route barrée ou forte affluence le samedi par exemple). Indiquez les temps et modalités d'intervention» (annexe R13 ch. 2). L'adjudicataire a indiqué disposer à cet égard de treize chauffeurs et de dix-huit véhicules lui permettant d'assurer la continuité du service. Dans sa réplique, la recourante a cependant mis en doute le fait que l'adjudicataire puisse disposer, pour exécuter le marché, du nombre de véhicules et de chauffeurs annoncé, sans toutefois en dire davantage. En audience, le mandataire technique de l'autorité intimée a expliqué qu'au vu des moyens proposés, l'adjudicataire disposait d'une capacité de remplacement des chauffeurs "assez intéressante" et qu'il s'agissait d'un point fort de son offre. La recourante fait valoir qu'en guise de solution de remplacement, l'adjudicataire s'est contentée de répéter la solution proposée dans son offre. Quoi qu'il en soit, il n'en demeure pas moins qu'avec dix-huit véhicules à leur disposition, les treize chauffeurs annoncés par l'adjudicataire sont en mesure d'assurer des remplacements. On ne voit pas en quoi l'autorité intimée aurait abusé de son pouvoir d'appréciation en retenant qu'il s'agissait là d'un point fort de l'offre de l'adjudicataire. Sans doute, l'offre de l'adjudicataire a dans le même temps été pénalisée puisqu'il a été retenu comme point faible que, en dépit du nombre de chauffeurs et de véhicules mis à disposition, l'adjudicataire a annoncé qu'une intervention se ferait en moins de quatre heures en période ouvrable (contre moins de deux heures pour la recourante, ainsi qu'une heure la semaine et deux le week-end

pour le troisième soumissionnaire), ce qui constituait la durée d'intervention la plus longue de tous les candidats. En outre, aucune précision n'a été donnée sur les week-ends. cc) Dans ses écritures finales, la recourante revient sur les points faibles de l'offre de l'adjudicataire. Elle relève que la relation de l'adjudicataire avec N. \_\_\_\_\_ n'est toujours pas claire; que s'agissant de la fréquence de levée des déchets, l'adjudicataire n'a pas rempli l'annexe R13 de manière correcte; que les informations transmises pour la solution de remplacement sont superfétatoires et de plus lacunaires; que les propositions d'optimisation sont vagues, dépourvues d'analyse critique du matériel; que les consignes de présentation du dossier n'ont pas du tout été respectées pour remplir l'annexe R13. Le rapport d'évaluation montre cependant que les évaluateurs ont pris en considération ces différents éléments qui pénalisent l'offre de l'adjudicataire. Ils ont en parallèle tenu compte d'autres éléments ayant trait à la fréquence de levées des déchets, à la solution de remplacement, à la valorisation des déchets et aux propositions d'optimisation qui constituaient, selon eux, des points forts de l'offre et dont certains ne sont du reste pas critiqués par la recourante, à savoir: «Présentation de la fréquence des collectes par type de déchets sous forme de tableau»; «Attachés d'exploitation joignables de 6h à 17h. Atelier de maintenance et de mécanique intégré. Plan d'action en situation d'intempérie majeure à mettre en place avec la commune. Explications détaillées des mesures COVID»; «Proposition de mise à disposition du centre de tir \*\*\*\*\* à \*\*\*\*\* pour valoriser les déchets carton, papier, ferrailles, verre, et bois. Fiche descriptive en annexe. [Valorisation des déchets] [é]galement possible si souhaité pour les plastiques et encombrants (extraction des fractions recyclables)»; «Constat: matériel et contenants de réserve actuels sont adaptés à la configuration et au fonctionnement de la déchetterie intercommunale. Relève que les conteneurs proposés correspondent aux conteneurs \*\*\*\*\* et donc sont homologués ACTS (option 2). Attire l'attention de l'adjudicateur sur le fait que 3 bennes ACTS sont nécessaires pour remplir un wagon complet». Dans sa réplique, la recourante a soutenu que le fait d'être joignable de 6h à 17h, comme indiqué par l'adjudicataire, ne constitue pas un point fort, puisqu'en réalité l'attaché d'exploitation n'est joignable que durant les horaires d'ouverture de l'entreprise. Cette critique méconnaît le fait que l'adjudicataire a expressément indiqué dans son offre que «les attachés d'exploitation» étaient également joignables le week-end en cas d'urgence (ce que la recourante, qui n'a pas eu accès au contenu de l'offre, ne pouvait pas savoir). La recourante a aussi critiqué le fait que les évaluateurs ont relevé comme point fort qu'un plan d'action en situation d'intempérie majeure doit être mis en place avec la commune. Pour elle, le rapport d'évaluation laisse entrevoir qu'en réalité il n'y a jamais eu de tel plan d'action, puisque cela doit être fait de concert avec la commune. L'adjudicataire a cependant exposé qu'elle avait formulé dans son offre une proposition de remplacement pour assurer une prestation en continu en cas de situation dégradée, y compris en cas de nouvelle poussée épidémique. Il ressort de son offre qu'elle a proposé la mise sur pied d'un service de maintenance interne, composé d'un responsable et de quatre mécaniciens poids-lourd, qui peuvent intervenir à tout moment sur appel du chauffeur ou du bureau. Elle dispose, de fait, d'un atelier de maintenance et mécanique intégré, capable de réparer, sur place ou sur le circuit de collecte, le véhicule concerné. dd) La recourante se plaint de ce que l'adjudicataire aurait bénéficié d'un traitement de faveur injustifié. Dans l'annexe R13, il était indiqué, sous "Modalités de réponse", "Maximum 1 page A4 recto-verso pour l'ensemble des réponses". Or, dans l'offre de l'adjudicataire, les réponses occupent trois pages recto. La recourante aurait pour sa part été moins bien traitée: la page supplémentaire qu'elle avait incluse dans l'annexe R6 n'a pas

été évaluée. En audience, le mandataire technique de l'autorité intimée a indiqué que les évaluateurs avaient tenu compte de ce que l'adjudicataire n'avait pas donné les informations comme le pouvoir adjudicateur l'attendait, mais les avait retranscrites d'une autre manière. Cela ressort du reste du tableau d'évaluation de l'offre de l'adjudicataire (cf. rubrique «Remarques» au bas du tableau consacré au sous-critère 2.2). Quant à la page supplémentaire jointe par la recourante à l'annexe R6, le mandataire technique de l'autorité intimée a indiqué à l'audience qu'il était attendu des soumissionnaires qu'ils indiquent un planning. On comprend ainsi que, la page en question contenant autre chose, les évaluateurs n'en ont pas tenu compte. De son côté, la recourante n'indique pas en quoi la page en cause était pertinente, de sorte que les indications y figurant auraient dû être prises en considération. ee) Dans ces conditions, à supposer même que l'on ne prenne pas en considération les deux éléments sur lesquels se concentrent les critiques de la recourante, à savoir les prestations de tassage et de compactage des bennes par N.\_\_\_\_\_, d'une part, et la solution de remplacement, d'autre part, il apparaît que l'offre de l'adjudicataire présente plusieurs points forts, même si ceux-ci sont partiellement contre-balancés par des points faibles qui ont également été mis en exergue. En adoptant une vue d'ensemble, il n'apparaît dès lors pas que l'autorité intimée aurait abusé de son pouvoir d'appréciation en attribuant la note de 3,5 à l'adjudicataire pour ce sous-critère. La notation n'est donc pas (manifestement) insoutenable, ni, partant, arbitraire. b) La recourante se plaint ensuite de n'avoir reçu qu'une note de 4; pour elle, la note de 4,5 aurait dû être attribuée à son offre, cette différence de 0,5 point étant suffisante, au vu de la pondération de ce sous-critère, pour inverser le résultat et lui faire adjuger le marché. Parmi les points faibles de l'offre de la recourante, les évaluateurs ont retenu ce qui suit en regard de l'élément d'appréciation "Fréquence de levées des déchets": «Aucun tableau mentionnant la levée en jours et en heures n'est fourni comme demandé en annexe R13/1. Remarquons toutefois que cette estimation a bien été faite pour répondre à l'annexe R6». En audience, le mandataire technique de l'autorité intimée a rappelé que la recourante devait remplir un tableau de collecte des déchets et n'avait fait aucune proposition concrète à cet égard. Le représentant de la recourante a rétorqué que, sur la base des indications contenues dans le dossier d'appel d'offres, il était exclu de fournir une réponse exhaustive à cette question, dès lors que celle-ci dépendait du responsable de la déchetterie, mais qu'il y aurait certainement plus de passages lundi et vendredi. Dans ses dernières écritures, la recourante fait valoir que l'annexe R13 ne mentionne à aucun endroit que les soumissionnaires devaient remplir un tableau de collecte des déchets, mais bien davantage qu'il incombait aux soumissionnaires de développer ou de résoudre certains aspects du cahier des charges, soit notamment la fréquence de levée des déchets. Elle relève en outre que, sous chiffre 5.1.1 du cahier des charges, il est mentionné ce qui suit: «Les levées des bennes s'effectueront en fonction du remplissage des bennes. Une planification exhaustive ne peut donc pas être envisagée, la souplesse restant de mise». Dans l'annexe R13, l'adjudicateur demandait aux soumissionnaires, sous ch. 1, de développer ou de résoudre les aspects suivants du cahier des charges: «Fréquence des levées de déchets proposée (indiquer le jour de la semaine et l'heure) par catégories et explications». Lors de l'audience, le mandataire technique de l'autorité intimée a expliqué qu'il était attendu du soumissionnaire qu'il se projette dans le marché et fasse des propositions à cet égard, en estimant le nombre de jours pour «quittancer» le cahier des charges. Or, on voit que, dans son offre, la recourante n'a pas répondu aux attentes de l'autorité intimée, puisqu'elle n'a fourni aucune indication sur ce point (elle a mentionné, en se référant au ch. 5.1.1 du cahier des charges, qu'une réponse

précise était de fait exclue; dans le doute, elle aurait toutefois pu poser une question, ce qu'elle n'a pas fait). A cela s'ajoute qu'aucune proposition concrète de valorisation de déchets n'a été faite dans l'offre de la recourante, alors que cela était demandé au ch. 3 de l'annexe R13. Dans ces conditions, l'autorité intimée n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en attribuant la note de 4 à l'offre de la recourante.

#### **E. 10**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Au vu du sort du recours, les frais de justice seront mis à la charge de la recourante (cf. art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Pour les mêmes raisons, des dépens seront alloués à l'autorité intimée et à l'adjudicataire, qui obtiennent gain de cause avec l'assistance d'un avocat; ces dépens seront mis à la charge de la recourante (cf. 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.