

VD_OMNI MPU.2020.0044 vom 11. März 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-03-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2020.0044

FR: VD_OMNI MPU.2020.0044 du 11 mars 2021

IT: VD_OMNI MPU.2020.0044 del 11 marzo 2021

Regeste

A. _____, B. _____, C. _____/D. _____ Association intercommunale pour l'épuration des eaux | Recours contre un appel d'offres pour la planification générale en lien avec la construction d'une STEP excluant les consortiums et limitant la part de sous-traitance à 15%. En l'absence de dispositions légales obligeant l'admission des consortiums ou de la sous-traitance, importante marge de manoeuvre de l'autorité adjudicatrice pour configurer le marché dans le cadre des buts poursuivis par la législation sur les marchés publics. Compte tenu de la complexité des prestations pour construire une STEP, des enjeux pour l'intérêt public et de la volonté de l'autorité de n'avoir qu'un interlocuteur, admissibilité des restrictions posées en l'espèce. S'agissant d'un marché international, pas démontré que seul un très petit nombre de soumissionnaires remplirait les exigences posées. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

Selon l'art. 10 al. 1 let. a de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD ; BLV 726.01), l'appel d'offres peut faire l'objet d'un recours au Tribunal cantonal dans un délai de 10 jours dès sa notification. Les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas. En l'espèce, le recours a été déposé dans le délai légal auprès de l'autorité compétente et il satisfait pour le surplus aux exigences formelles prévues par la loi (art. 79 par renvoi de l'art. 99 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD ; BLV 173.36]). Au stade du recours contre l'appel d'offres, qui a plutôt le caractère d'une décision incidente, il n'y a pas lieu d'exiger, comme dans le cadre d'un recours contre la décision finale d'adjudication, que le soumissionnaire potentiel démontre qu'il aurait été en mesure de fournir une offre pour se voir reconnaître la qualité pour recourir (théorie des faits de double pertinence; ATF 137 II 313, consid. 3.3.). Il est à la fois nécessaire et suffisant qu'il démontre qu'il pourrait le faire si les restrictions contestées dans l'appel d'offres étaient levées. En l'espèce, les recourantes, qui sont des sociétés actives dans le domaine du marché litigieux, ont déjà participé à des appels d'offre pour des projets comparables en formant des consortiums si bien que la qualité pour recourir contre les conditions prévues par l'appel d'offres doit leur être reconnue. Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

Les recourantes contestent l'interdiction posée par l'appel d'offres de former des consortiums de soumissionnaires. Elles critiquent également les limites posées à la sous-traitance. Selon les recourantes, ces conditions restrictives auraient pour conséquence que seules les sociétés disposant de compétences à la fois dans le process en lien avec l'épuration des eaux et en génie civil – soit, selon les recourantes, environ cinq sociétés en Suisse romande – disposeraient des compétences exigées par l'appel d'offres pour réaliser

l'ensemble des prestations. L'exclusion des communautés de soumissionnaires et la restriction du recours à la sous-traitance ne seraient pas justifiées par des motifs suffisants. Ces conditions auraient uniquement pour effet de restreindre la concurrence dans le cadre du marché litigieux. a) Les critères d'aptitude ou de qualification ("Eignungskriterien") sont des exigences qui subordonnent l'accès à la procédure. Ils servent à s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché (cf. art. 13 let. d AIMP; ATF 143 I 177 consid. 2.3.1; 141 II 353 consid. 7.1; 140 I 285 consid. 5.1). Sous réserve du respect des principes généraux du droit des marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose, d'une importante marge de manœuvre pour choisir les critères d'aptitude. Tel est en particulier le cas lorsque ceux-ci sont liés à des connaissances techniques (arrêts MPU.2016.0008 du 15 mars 2017 consid. 3b, MPU.2016.0018 du 23 décembre 2016 consid. 2b; MPU.2016.0016 du 12 décembre 2016 consid. 3). Ni l'actuel accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (A-IMP; BLV 726.91) ni la LMP-VD ne prévoient de dispositions sur l'admissibilité des consortiums (ou sociétés de soumissionnaires) ou de la sous-traitance. L'art. 5 du règlement du 7 juillet 2004 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD ; BLV 726.01.1) prévoit que, si la constitution de consortium n'est pas expressément exclue dans les conditions d'adjudication, plusieurs soumissionnaires associés peuvent adresser une offre commune. Quant aux directives d'exécution (DEMP) de l'A-IMP émanant de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp), elles prévoient à leur § 6 que " si la constitution de consortiums n'est pas expressément exclue ou limitée dans l'appel d'offres, plusieurs soumissionnaires peuvent adresser une offre commune ". Il résulte en outre implicitement du § 7 des DEMP que la sous-traitance est en principe admise auquel cas le soumissionnaire est soumis à certaines obligations. En droit fédéral, l'art. 31 de la nouvelle loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2021, autorise expressément la participation de communautés de soumissionnaires et le recours aux sous-traitants. L'adjudicateur peut toutefois limiter ou exclure ces possibilités dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. S'agissant des communautés de soumissionnaires, ce principe figurait déjà dans l'art. 21 de l'ancienne ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics abrogée avec effet au 1^{er} janvier 2021 (RO 1996 518 ; cf. Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, p. 181, note 290). Le Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur les marchés publics (FF 2017 1695 ss, 1792) expose à ce sujet ce qui suit: « L'adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider s'il admet ou non les communautés de soumissionnaires, qui doit cependant toujours être exercé dans le respect du but et des principes du droit des marchés publics (art. 2 P-LMP). De manière générale, l'accès des soumissionnaires au marché ne doit être restreint sans nécessité. La manière dont ceux-ci sont organisés relève de leur liberté économique. Ainsi, de nombreux secteurs comprennent des entreprises dont l'intégration est plus ou moins importante. Dès lors, il ne serait pas admissible d'accepter uniquement les offres des soumissionnaires présentant une intégration verticale complète. Le droit des marchés publics doit permettre de procéder à des acquisitions économiques dans un contexte de neutralité concurrentielle. Les communautés de soumissionnaires peuvent contribuer à dynamiser un marché et à renforcer la concurrence, dans la mesure où elles facilitent l'accès des PME aux gros marchés publics. C'est pourquoi la participation de communautés de soumissionnaires ne doit être limitée ou même exclue que pour de justes motifs. Une exclusion est justifiée notamment lorsqu'un travail de coordination excessif compromet l'atteinte du but du marché ou génère

des coûts de transaction inutiles, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas économique d'acquérir les prestations requises auprès d'une communauté de soumissionnaires. Cela vaut principalement pour les petits projets qui peuvent être réalisés aisément par un seul soumissionnaire. En cas de projets d'envergure et complexes, les communautés de soumissionnaires ne devraient pas être exclues sans motif valable. La décision d'admettre ou d'exclure le recours à des sous-traitants s'appuie sur des considérations similaires. Au cas où il y aurait un grand nombre de sous-traitants, l'adjudicateur pourrait rencontrer des difficultés déjà lors de l'examen de la satisfaction des critères d'aptitude (à noter toutefois que les sous-traitants ne doivent pas toujours remplir la totalité des critères d'aptitude). L'exclusion tant des communautés de soumissionnaires que des sous-traitants doit reposer sur une motivation qualifiée. En revanche, l'admission des sous-traitants compense l'exclusion des communautés de soumissionnaires et constitue donc un argument en faveur de cette dernière. » L'art. 31 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics révisé le 15 novembre 2019 (AIMP 2019), auquel le Canton de Vaud n'a pas encore adhéré, contient une réglementation similaire à celle de l'art. 35 LMP (cf. aussi Message type du 24 septembre 2020 pour la révision de l'AIMP, disponible sur le site <https://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp> p. 73). Selon la jurisprudence, des clauses excluant les communautés de soumissionnaires ou la sous-traitance peuvent être admissibles pour des raisons de configuration du marché, par exemple lorsque l'adjudicateur doit examiner la qualité des prestations du soumissionnaire et la pérennité de celui-ci ou se prémunir contre des responsabilités en cascade (cf. CDAP arrêt MPU.2008.0010 du 21 janvier 2009 consid. 3; TAF arrêt B-1470/2010 du 29 septembre 2010 traduit in JdT 2012 I 277). c) En l'occurrence, les documents d'appel d'offres excluent les communautés de soumissionnaires et limitent le recours à la sous-traitance à une part de 15% du marché litigieux en excluant expressément que certaines des prestations (Direction générale de projet et des travaux; Ingénieur process STEP; Ingénieur civil; Direction technique et administrative des travaux) puissent être sous-traitées. L'autorité intimée expose qu'elle souhaite obtenir l'offre d'une seule et même société – sous réserve d'une sous-traitance à hauteur de 15% – pour l'ensemble des prestations de planification générale. Cette exigence s'explique par la volonté de n'avoir qu'un seul interlocuteur afin d'optimiser les échanges et la transmission d'informations. L'exclusion des consortiums se justifierait également par la haute qualité des prestations demandées qui exclurait que la coordination générale et la partie process liée aux spécificités d'une STEP soient assurées par des sociétés distinctes. En se référant à la norme SIA 108, l'autorité intimée expose également que, compte tenu de son degré de difficulté spécifique, le projet de construction de la STEP régionale nécessite un coordinateur technique complet au sens de l'art. 8.2 de cette norme pour la coordination technique, spéciale et interdisciplinaire. Compte tenu de la marge d'appréciation qui doit être reconnue à l'autorité intimée pour configurer le marché, ce choix n'apparaît pas critiquable. Un projet de construction d'une STEP nécessite en effet des compétences de planification très élevées non seulement dans le domaine de l'ingénierie civile mais également dans celui lié au traitement des eaux. Compte tenu des enjeux pour l'intérêt public – soit de garantir une épuration des eaux usées conforme aux réglementations en vigueur dans la région de La Broye – l'autorité intimée peut raisonnablement exiger d'avoir un seul interlocuteur et de confier à une seule et même société, sous réserve d'une part modeste de sous-traitance, l'ensemble des prestations de planificateur faisant l'objet de l'appel d'offres litigieux. Contrairement à ce qu'exposent les recourantes en réplique, on peut considérer que la coordination au niveau de la direction des

travaux n'est pas aussi bien assurée lorsque plusieurs sociétés travaillent en consortium et désignent un coordinateur technique que lorsqu'une seule société est désignée pour assumer les prestations caractéristiques du marché. L'exclusion des consortiums et la limitation de la sous-traitance permettent également de mieux garantir le suivi du projet pendant toute la durée de celui-ci, l'appel d'offres couvrant les différentes phases de réalisation au sens de la norme SIA 108. Il n'est en outre pas démontré que les restrictions posées par l'autorité intimée auraient pour effet de limiter le marché litigieux à une seule entreprise. On ne saurait en particulier s'en tenir au nombre de sociétés en Suisse romande qui rempliraient les critères d'aptitude. En effet, compte tenu des valeurs seuils et comme le confirme la publication sur la plateforme simap, il s'agit d'un marché ouvert sur le plan international si bien que le nombre d'entreprises qui remplissent les critères d'aptitude en Suisse romande – voire même dans l'ensemble de la Suisse – ne saurait être déterminant. Le cercle des potentiels soumissionnaires remplissant les critères d'aptitude est donc sans doute beaucoup plus élevé. On ne saurait donc considérer en l'espèce que la concurrence aurait été restreinte de manière inadmissible ou que le marché a été cloisonné de manière à favoriser un soumissionnaire en particulier. Au vu de la marge de manœuvre dont dispose l'autorité adjudicatrice, il n'est pas décisif non plus que, comme l'allèguent les recourantes, d'autres collectivités publiques ont fait un choix différent et ont admis le recours à des consortiums. En définitive, les griefs émis par les recourantes à l'encontre de l'appel d'offres doivent être rejetés.

E. 3

Mal fondé, le recours doit être rejeté. Il appartiendra à l'autorité intimée de fixer, par l'intermédiaire de la plateforme simap, un nouveau délai pour le dépôt des questions et la remise des offres. Les frais de la cause sont mis à la charge des recourantes qui succombent (art. 49 LPA-VD). L'autorité intimée, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel, a droit à une indemnité à titre de dépens qui sera mise à la charge des recourantes, solidairement entre elles (art. 55 LPA-VD).

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