

VD_OMNI MPU.2021.0007 vom 28. Mai 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-05-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2021.0007

FR: VD_OMNI MPU.2021.0007 du 28 mai 2021

IT: VD_OMNI MPU.2021.0007 del 28 maggio 2021

Regeste

A. _____/B. _____ | Recours contre la décision d'exclure une offre au motif qu'elle n'était pas conforme aux conditions fixées dans la mise au concours. Dans la mesure où les machines proposées par la recourante ne sont pas adaptées à la version d'un logiciel requise dans l'appel d'offres, c'est sans abuser de son pouvoir d'appréciation que l'autorité intimée a estimé que l'offre de la recourante devait être exclue. Recours rejeté.

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

La recourante a offert de prouver certaines de ses allégations par l'audition d'un témoin (recours, ch. 1, p. 3), ainsi que par la mise en œuvre d'une inspection locale (réplique, ch. 8, p. 5). a) Le droit d'être entendu comprend en particulier le droit pour le justiciable de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance, de se déterminer à leur propos et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 143 III 65 consid. 3.2 p. 67; 142 II 218 consid. 2.3 p. 222). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299 et les arrêts cités). b) A l'appui de son recours du 8 mars 2021, la recourante a requis l'audition de l'un de ses employés, D. _____, en qualité de témoin, en exposant que ce dernier – qui était sur place auprès de l'autorité intimée le 23 novembre 2020 (soit durant la phase de tests des MFP, qui a eu lieu du 18 au 25 novembre 2020) -, pourrait prouver que ses imprimantes multifonctions sont compatibles avec le logiciel Kofax Front Office Server, version 4.3. La cour s'estime toutefois suffisamment renseignée sur la base des pièces du dossier – en particulier le rapport d'évaluation technique des produits C. _____ (cf. pièce 5 du bordereau de pièces

accompagnant la réponse de l'autorité intimée, spéc. p. 10), qui décrit avec précision le déroulement de la phase de tests, pour pouvoir statuer en connaissance de cause, sans qu'il n'y ait lieu de donner suite à cette réquisition. La recourante a également proposé la mise en œuvre d'une inspection locale, afin de procéder à une démonstration du processus de déploiement de manière centralisée du client Kofax. Certes, à teneur de l'art. 29 al. 1 LPA-VD, l'autorité peut recourir à divers moyens de preuve, parmi lesquels l'inspection locale (cf. let. b). Elle n'est toutefois pas liée par les offres de preuves formulées par les parties (art. 28 al. 2 LPA-VD). En l'occurrence, les pièces au dossier permettent là encore à la cour de statuer en connaissance de cause, étant en outre rappelé qu'en vertu du principe de l'intangibilité de l'offre (cf. consid. 4, let. b ci-dessous), 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 TF 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1).

E. 3

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 TF 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. 4

a) A plusieurs reprises, la jurisprudence a rappelé que l'adjudicateur avait la liberté de configurer le marché comme il l'entendait (ainsi, arrêts MPU.2020.0028 du 24 novembre 2020 consid. 3b; MPU.2019.0012 du 7 octobre 2019 consid. 6b; MPU.2016.0015 du 3 novembre 2016 consid. 2 [confirmé par arrêt TF 2D_42/2016 du 3 octobre 2017]; MPU.2014.0003 du 4 août 2014 consid. 2). Le principe de transparence lui impose en revanche de fournir toute information utile aux fournisseurs potentiels, afin que ceux-ci puissent présenter leurs offres en connaissance de cause (Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, n°259). b) A teneur de l'art. 29 RLMP-VD, 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 matière de marché public 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 (Poltier, op. cit., 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 (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 (arrêt MPU.2019.0023 du 20 mai 2020 consid. 4b et les références). c) 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 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). 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 TF 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. 5

a) En l'occurrence, la recourante plaide que les imprimantes multifonctions qu'elle propose sont compatibles avec le logiciel Kofax Front Office Server, version 4.3. Elle se prévaut à cet égard notamment d'un courrier du 3 mars 2021 que lui a adressé un conseiller général associé ("Associate General Counsel") de Kofax Inc., qui confirme que "tous les modèles de la série C._____ iR ADVANCE DX C37xx, iR ADVANCE DX C57xx et iR

ADVANCE DX C58ss sont compatibles avec KOFAX Front Office Server core 4.3". Toujours selon cette correspondance, on peut lire que cette compatibilité avec Kofax Front Server core 4.3 est assurée par l'ajout d'un "FIX PACK (décrit comme v. 4.3.0.3)". L'auteur de cette lettre précise encore que ce processus est standard pour l'intégration d'équipements plus récents et nécessite généralement une intervention minimale, et que Kofax effectue en outre des tests pour éviter toute régression prévisible de la fonctionnalité du produit résultant de l'installation des fix packs. Le conseiller général associé de Kofax Inc. ajoute qu'il ne s'agit pas d'un changement majeur, mais plutôt d'une mise à jour de maintenance mineure régulièrement recommandée par Kofax (cf. pièce 5 du bordereau de la recourante joint au recours [version originale en langue anglaise], et pièce 1 du bordereau de la recourante accompagnant sa réplique [traduction certifiée conforme]). La recourante en déduit que la compatibilité est assurée dans chaque cas par l'ajout de "fix packs", qui est une procédure commune. Elle se prévaut en outre dans ce cadre du fait que selon la matrice de Kofax (cf. pièce 6 du bordereau produit avec le recours), les appareils multifonctions qu'elle propose sont compatibles avec le logiciel Kofax Front Office Server, version 4.3, un fix pack 4.3.0.1 étant nécessaire pour les versions 4.3. Or, pour elle, cela ne signifie pas que les versions 4.3.0.1 ou postérieures ne sont pas compatibles. Elle ajoute que la phase de tests a confirmé la compatibilité de ses appareils avec le logiciel Kofax Front Office Server version 4.3, et que les réponses données par l'autorité adjudicatrice aux questions qu'elle a posées établissent que les imprimantes multifonctions qu'elle propose sont compatibles avec le logiciel Kofax Front Office Server version 4.3 et +. La recourante ne peut toutefois être suivie dans ses explications. Selon l'extrait de la matrice Kofax (cf. pièce 6 du bordereau produit à l'appui du recours et pièce 4 du bordereau accompagnant la réponse), les machines proposées par la recourante dans son offre (à savoir imageRUNNER ADVANCE DX C3720i – 648 MFPs, DX C3730i – 666 MFPs et DX C5750i – 486 MFPs, cf. p. 20 de l'offre de la recourante) ne fonctionnent qu'avec les versions Kofax 4.3.0.1 ou suivantes. En d'autres termes, les machines proposées par la recourante ne fonctionnent pas avec des versions antérieures à la version Kofax 4.3.0.1. Or, comme l'a indiqué l'autorité adjudicatrice en réponse à la question de la recourante posée sur simap sur les applications et versions de Kofax utilisées auprès de l'Etat de Vaud, la version est : 4.3.0.0.2.3211. Il en résulte que les machines proposées par la recourante ne sont pas adaptées à la version de Kofax requise dans l'appel d'offres, et ne peuvent dès lors être utilisées à ce jour par l'Etat de Vaud. Il suit de là que c'est sans abuser de son pouvoir d'appréciation que l'autorité intimée a estimé, conformément à l'art. 32 al. 1 let. a RLMP-VD, que l'offre de la recourante devait être exclue. Pour remédier à cette situation d'incompatibilité, la recourante propose d'installer un fix pack, qui à ses yeux ne constitue pas une modification de la version de base. Toutefois, le fait que la recourante propose d'installer ce fix pack démontre que ses machines ne sont en l'état pas compatibles avec la version Kofax de l'Etat de Vaud. Or, comme le relève à juste titre l'autorité intimée, il incombe aux machines présentées par les soumissionnaires d'être compatibles avec les logiciels utilisés par l'Etat de Vaud, et non pas à l'administration cantonale de modifier ses outils informatiques pour être conforme aux machines proposées, en l'occurrence, par la recourante. On ne voit à cet égard pas que le plan directeur cantonal des systèmes d'information 2018-2023, produit en réplique par la recourante (cf. pièce 4), doit conduire à une autre appréciation. Quant au fait que l'offre de la recourante soit plus avantageuse que celle des autres soumissionnaires, il n'est pas déterminant à ce stade, puisque la seule question litigieuse est celle de la conformité de l'offre de la recourante aux conditions de l'appel d'offres. La recourante se prévaut du bon

fonctionnement de ses machines lors de la semaine de tests, du 18 au 25 novembre 2020. Or, il ressort du rapport d'évaluation technique du 11 mars 2021 produit par l'autorité intimée (cf. pièce 5 du bordereau produit avec la réponse, p. 10) qu'afin de pouvoir offrir l'opportunité de tester le produit de la recourante, un environnement de test avec une version plus récente [réd.: que celle actuellement en production, à savoir Kofax Front Office Server – Version: 4.3.0.0.2.3211] a été mis en place, "ceci au bon vouloir de l'équipe de test et de l'équipe gérant l'infrastructure Kofax". Ainsi, les tests effectués l'ont été avec une version qui n'est pas celle demandée par l'autorité adjudicatrice. Toujours selon ce rapport, on peut lire ce qui suit (sic): "L'installation du client sur le MFP est relativement laborieuse. Le MFP nécessite une licence d'installation lié au numéro de série du MFP, un fichier de licence par machine est donc nécessaire. Cela empêche un déploiement en masse du client Kofax. Ensuite, une fois le client installé, il faut renseigner un compte Active Directory ayant accès au serveur de traitement de document pour permettre la connexion entre le client et le serveur. Cela génère une gestion plus complexe et qui n'est pas possible de faire via l'outil de gestion centralisé. Nous n'avons pas pu tester quels droits minimum ce compte à besoin. Les tests se sont déroulés avec un compte ayant les droits d'administrateur complet. Par la suite, il faut se connecter en administrateur sur le MFP et lancer le client Kofax afin de configurer le lien vers le serveur de traitement ou encore les options de numérisation, etc. Cela ne peut pas être fait via un outil de gestion centralisée par exemple. Cette interaction doit être faite sur chaque machine." Les auteurs du rapport précité ont encore noté qu'afin de faire fonctionner Kofax sur les machines proposées par la recourante, une mise à jour de l'infrastructure Kofax en interne à l'Etat de Vaud devait être faite. Or, une telle mise à jour n'est pas prévue actuellement. L'argument du bon fonctionnement des machines de la recourante durant la phase de test ne lui est dès lors d'aucun secours, faute pour les machines en question de pouvoir fonctionner avec la version de Kofax prévalant actuellement auprès de l'autorité adjudicatrice. b) En réplique, la recourante a proposé qu'une inspection locale soit mise en œuvre pour démontrer le processus de déploiement de manière centralisée du Client Kofax. Elle a expliqué à cet égard qu'un fichier de licence unique pour tout le parc du DAL peut être généré, faisant état de l'option d'un déploiement lors de la pré-installation, décrite comme suit: " Dans notre centre de configuration (avant la livraison client), le client KOFAX est installé par nos techniciens en avance " (réplique, p. 4). Or, la proposition de la recourante formulée en réplique contrevient au principe de l'intangibilité de l'offre, puisqu'il y est désormais question de la pré-installation du "client Kofax". L'autorité intimée a exposé à cet égard que c'est à la DGNSI qu'il appartient de gérer l'outil Kofax et son déploiement sur l'ensemble des machines ainsi que les licences des différents outils, que l'installation de Kofax avant la livraison implique l'installation d'une nouvelle licence d'utilisation, et qu'elle ne peut accepter la proposition de la recourante pour des raisons de sécurité informatique. L'autorité intimée a au demeurant relevé que si une version plus récente de Kofax permettait de rendre les imprimantes de la recourante compatibles, tel ne serait pas le cas pour le reste du parc de machines utilisées au sein de l'administration cantonale. Ainsi, pour faire fonctionner les imprimantes de la recourante, l'Etat de Vaud devrait déployer au sein de l'administration cantonale une nouvelle version de Kofax, ce qui créerait d'autres incompatibilités et difficultés sur les machines d'autres marques, que l'intimée devrait alors régler. De surcroît, si l'offre de la recourante avait malgré tout été retenue, il en aurait résulté une inégalité de traitement avec les autres soumissionnaires, qui auraient alors pu proposer d'autres imprimantes multifonctions en raison de la modification d'un critère de l'appel d'offres, ou avec d'autres entreprises, qui

auraient pu soumissionner. Il suit de là que la décision d'exclure l'offre de la recourante n'est pas critiquable, et que c'est en vain que la recourante soutient qu'elle aurait dû être réintégrée dans la procédure. c) Il faut encore se demander si l'exclusion est conforme au principe de proportionnalité et à l'interdiction du formalisme excessif (arrêt MPU.2020.0008 du 24 novembre 2020 consid. 3d). En l'occurrence, le vice dont est entachée l'offre de la recourante a trait à la compatibilité de ses machines avec la version du logiciel Kofax utilisée actuellement auprès de l'Etat de Vaud. Il ne s'agit pas de la simple violation d'une règle de forme, ou d'un vice de peu de gravité, qui n'empêche pas d'évaluer sérieusement l'offre, mais bien de la non-réalisation d'un critère d'aptitude posé par l'autorité intimée. Dans ces conditions, l'exclusion n'apparaît pas excessivement formaliste, ni disproportionnée. C'est donc à juste titre que l'autorité intimée a exclu l'offre de la recourante de la procédure.

E. 6

Mal fondé, le recours doit être rejeté. Les frais de la cause sont mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 49 LPA-VD). Il n'est pas alloué de dépens (art. 55 LPA-VD).

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