

VD_OMNI MPU.2021.0009 vom 14. September 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-09-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2021.0009

FR: VD_OMNI MPU.2021.0009 du 14 septembre 2021

IT: VD_OMNI MPU.2021.0009 del 14 settembre 2021

Regeste

A. _____/Direction du logement, de l'environnement et l'architecture, B. _____ |
Marché public portant sur des travaux de menuiserie dans le cadre de la restauration d'un collège. Adjudicataire qui ne produit pas les attestations du paiement des charges sociales et des impôts exigées sous peine d'exclusion avec le dépôt des offres mais qui complète son dossier par la suite à la requête de l'autorité intimée. Autorité intimée supprimant, après le dépôt des offres, des articles relatifs aux casiers des élèves après en avoir informé les soumissionnaires et modifiant également les offres en supprimant une plus-value sur certains articles pour rendre les offres comparables entre elles, l'adjudicataire ayant par erreur intégré le prix de base dans le montant de la plus-value. Recours du soumissionnaire arrivé en 2ème position contre l'attribution du marché à l'adjudicataire. Question de savoir si l'offre de l'adjudicataire aurait dû être exclue en raison de l'absence de production des attestations du paiement des charges sociales et des impôts laissée indéfinie (consid. 3). Violation du principe de transparence dans la mesure où l'autorité intimée a retranché de toutes les offres le montant de la plus-value exigée par l'appel d'offres sans en informer les soumissionnaires alors qu'elle aurait pu rectifier le prix offert par l'adjudicataire (consid. 3d). Vu la méthode d'évaluation du prix, influence décisive sur le résultat de l'évaluation des offres de la suppression de la plus-value, l'adjudicataire ayant été avantagé (consid. 3e). Recours admis et décision annulée.

Erwägungen

E. 1

Déposé auprès de l'autorité compétente dans le délai de 10 jours dès la notification de la décision d'adjudication intervenue le 25 février 2021, le recours satisfait au surplus aux exigences formelles prévues par la loi (art. 10 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics [LMP-VD; BLV 726.01]; art. 19 al. 2 et 79 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36], applicables par renvoi des art. 10 al. 3 et 99 LPA-VD). La recourante, dont l'offre a été classée en deuxième position, a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission du recours, si bien que la qualité pour recourir doit lui être reconnue (art. 75 al. 1 let. a LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 LMP-VD; ATF 141 II 307 consid. 6, traduit in: JdT 2016 I 20; ATF 141 II 14 consid. 4, traduit in: JdT 2015 I 81; ATF 140 I 285; ég. CDAP MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 2).

E. 2

La recourante requiert l'organisation de débats. a) La procédure administrative est en principe écrite (art. 27 LPA-VD). L'autorité peut entendre les parties et des témoins (art. 29 al. 1 let. a et f LPA-VD) lorsque les besoins de l'instruction l'exigent (art. 27 al. 2 et 3 LPA-VD). Tel que garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération

suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101), le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'être entendu oralement (ATF 130 II 425 consid. 2.1). En outre, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.2.1). b) En l'occurrence, le tribunal estime être en mesure de se prononcer sur la base des pièces produites par les parties et du dossier de l'autorité intimée. On ne voit pas ce que pourrait apporter l'audition des parties et de leurs représentants lors d'une audience; la recourante n'indique d'ailleurs pas les éléments qu'elle entend prouver par son audition. La requête de la recourante doit donc être rejetée.

E. 3

La recourante soutient que l'offre de l'adjudicataire aurait dû être d'emblée exclue parce qu'elle ne respectait pas les prescriptions de l'appel d'offres s'agissant des attestations relatives au paiement des cotisations sociales. Il est en effet constant que, contrairement à ce que prescrivait le cahier des charges, le dossier d'appel d'offres de l'adjudicataire n'était pas accompagné des attestations de paiement des impôts à la source et des cotisations aux assurances sociales du 1^{er} et du 2^{ème} pilier. La question de savoir si, ainsi que le soutient la recourante, l'offre de l'adjudicataire, qui ne satisfaisait pas aux conditions de participation, devait être d'emblée exclue ou si, comme le soutiennent l'autorité intimée et l'adjudicataire, il était conforme au principe de proportionnalité de permettre à cette dernière de compléter son offre en produisant ultérieurement ces attestations peut toutefois rester indécise. En effet, un autre motif conduit de toute manière à l'admission du recours et à l'annulation de l'adjudication du marché litigieux en faveur de la tierce intéressée.

3. La recourante fait grief à la décision attaquée d'avoir violé le principe de la transparence et celui de l'intangibilité des offres en supprimant après le dépôt des offres la plus-value Cemspan pour certains articles ainsi que les articles relatifs aux casiers des élèves. Elle considère en substance qu'il s'agit d'une modification importante compte tenu notamment des différences de prix entre les montants offerts et le prix auquel le marché a été adjugé. a) Lors de la passation de marchés doit notamment être respecté le principe de transparence de la procédure (art.

E. 6

al. 1 let. h LMP-VD). Le principe de transparence, consacré notamment aux art. 1 al. 3 let. c de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP; BLV 726.91), 6 let. h LMP-VD, 13 et 15 du règlement d'application du 7 juillet 2004 de la LMP-VD (RLMP-VD; BLV 726.01.1), exige tout d'abord que le pouvoir adjudicateur indique aux soumissionnaires potentiels tous les éléments leur permettant de déposer une offre en connaissance de cause; il vise ensuite à obliger cette autorité à respecter les règles du jeu qu'elle a arrêtées, partant à prévenir les risques de manipulation de ces règles d'appréciation. Le marché doit être adjugé sur la base de critères annoncés à l'avance aux différents participants; en effet, la communication des critères lie l'adjudicateur, de sorte que l'offre la plus avantageuse économiquement se détermine en fonction de cette publication. Il en découle que ces critères doivent ensuite, lors de l'analyse des soumissions, être appliqués de manière non discriminatoire à l'ensemble des entreprises concurrentes (CDAP GE.2007.0077 du 8 octobre 2007 consid. 3a; GE.2006.0151 du 18 janvier 2007 consid. 2a et les réf. cit.). La transparence des procédures de passation des marchés n'est toutefois pas un objectif, mais un moyen contribuant à atteindre le but central du droit des

marchés publics qui est le fonctionnement d'une concurrence efficace, garanti par l'ouverture des marchés en vue d'une utilisation rationnelle des deniers publics (ATF 141 II 353 consid. 8.2.3). Une éventuelle violation du principe de transparence n'entraîne cependant l'annulation de l'adjudication que pour autant que les vices constatés ont influé sur le résultat, ce dont il appartient à l'adjudicateur d'apporter la preuve du contraire (CDAP MPU.2015.0016 du 26 mai 2015 consid. 3a; MPU.2014.0016 du 26 août 2014 consid. 4a; MPU.2012.0023 du 7 novembre 2012 consid. 4). En vertu du principe de l'intangibilité des offres et de l'interdiction des négociations, il est interdit à l'adjudicateur de modifier une offre déposée par un soumissionnaire (cf. art. 29 al. 3 et 32 al. 1, 2 e tiret let. a RLMP-VD). L'art. 29 al. 3 RLMP-VD prévoit que l'offre ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai. Cette disposition consacre le principe dit de l'intangibilité des offres, qui découle de l'interdiction des rounds de négociation (Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 312 ss). Cela vaut notamment pour les prix, les remises de prix ou les modifications de prestations (Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, p. 222). 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 (CDAP MPU.2016.0026 du 23 novembre 2016 consid. 3a; MPU.2013.0013 du 2 juillet 2014 consid. 3b; MPU.2013.0027 du 4 février 2014 consid. 3b; MPU.2013.0019 du 20 novembre 2013 consid. 2c/bb). L'adjudicateur peut aussi corriger les erreurs évidentes de calcul et d'écriture, conformément à l'art. 33 al. 2 RLMP-VD, notamment après avoir demandé des explications au soumissionnaire, en application de l'art. 34 al. 1 RLMP-VD (CDAP MPU.2009.0020 du 15 juin 2010, relaté in DC 2010 p. 224). Selon la jurisprudence, il n'y a pas lieu de procéder à une distinction entre les erreurs de calcul, c'est-à-dire résultant d'une opération arithmétique erronée, et les erreurs de transcription, qui se rapportent à l'expression de l'élaboration de l'offre (CDAP MPU.2018.0005 du 19 septembre 2018, consid. 7b; MPU.2017.0024 du 27 mars 2018 consid. 6b; MPU.2017.0020 du 3 octobre 2017 consid. 5b et MPU.2015.0005 du 12 mai 2015 consid. 4a). Ces corrections ne sauraient aboutir à une modification de l'offre (Zufferey/Maillard/Michel, *Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté*, Fribourg 2002, p. 238). b) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen de la cour dépend de la nature des griefs invoqués. L'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, s'agissant notamment de l'évaluation des offres (CDAP MPU.2017.0001 du 9 mai 2017 consid. 2; MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 3; MPU.2015.0056 du 29 février 2016 consid. 2 et les arrêts cités). Ce pouvoir n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire; c'est seulement s'il est confronté à un abus ou à un excès de ce pouvoir d'appréciation, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le tribunal intervient. En revanche, il contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (cf. ATF 141 II 353 consid. 3; 125 II 86 consid. 6; CDAP MPU.2017.0001 précité consid. 2; MPU.2016.0006 précité consid. 3; MPU.2015.0056 précité consid. 2 et les arrêts cités; Poltier, *op. cit.*, p. 269). c) La recourante considère en substance que les modifications apportées aux offres après le dépôt de celles-ci ne sauraient être considérées comme de simples corrections. Au vu de la différence de près de 50% entre le montant du prix offert et celui auquel le marché litigieux a été adjugé, l'autorité intimée ne pouvait décider unilatéralement de modifier les offres déposées mais aurait dû interrompre le marché et procéder à un nouvel appel d'offres. Dans sa réplique, elle précise qu'elle n'a pas accepté la

suppression des articles relatifs aux casiers des élèves mais qu'elle a été mis devant le fait accompli. Elle considère que, si la renonciation à la plus-value Cemspan peut " à l'extrême limite " constituer une modification vénielle du cahier des charges, la suppression des articles relatifs aux casiers modifie de manière fondamentale le marché. L'autorité intimée a exposé avoir supprimé la plus-value Cemspan de l'ensemble des offres afin de rendre celles-ci comparables entre elles dès lors que l'adjudicataire avait également inclus le prix des articles de base dans cette plus-value. L'autorité intimée justifie sa position par le fait que cette plus-value n'était pas indispensable au marché et qu'il s'agit d'un montant " anecdotique " dans un marché dont la moyenne des offres se situait à 1'254'928 fr. au moment de l'ouverture des offres, cette prestation étant accessoire dans la globalité du projet. S'agissant de la suppression des articles relatifs aux casiers des élèves, l'autorité intimée expose s'être rendu compte après le dépôt des offres qu'il serait trop coûteux de les faire réaliser sur mesure par les soumissionnaires et qu'elle avait opté pour une autre solution, soit l'achat de casiers standards qui ferait l'objet d'un nouvel appel d'offres. Cette modification ne poserait pas problème dès lors que les soumissionnaires auraient accepté ce changement et confirmé leurs positions restantes. Quant à l'adjudicataire, elle s'est en substance rallié à l'argumentation de l'autorité intimée tout en relevant que la plus-value Cemspan faisait " double emploi " avec la surface Duripanel si bien qu'il était logique de supprimer l'une des deux spécifications. d) Il convient d'abord d'examiner la suppression en lien avec la plus-value Cemspan. A cet égard, il est constant que l'offre de l'adjudicataire incluait pour les articles comprenant une plus-value Cemspan non seulement la valeur de cette plus-value mais également le prix de l'article de base qui était ainsi comptabilisé deux fois. A suivre l'autorité intimée, qui se réfère notamment à un arrêt précité de la CDAP (MPU.2016.0026, consid. 3), la suppression d'une plus-value sans objet serait admissible pour rendre les offres comparables dans une telle hypothèse. Cette argumentation ne peut être suivie. D'abord, il est douteux que l'erreur commise par l'adjudicataire pour les articles comprenant une plus-value Cemspan puisse être qualifiée d'erreur " évidente " de calcul ou d'écriture pouvant être corrigée après le dépôt des offres (art. 33 al. 2 RLMP-VD). Il ne s'agit en effet pas d'un problème d'addition ou de report de chiffres mais bien d'une question de compréhension des exigences de l'appel d'offres. Cette question peut toutefois rester indécise. En effet, même à supposer que l'offre de la recourante puisse être corrigée, cela ne rend pas pour autant admissible la suppression de la plus-value Cemspan de toutes les offres. Contrairement à ce qu'expose l'autorité intimée, cette suppression n'était aucunement indispensable pour rendre les offres comparables entre elles. Le prix offert par l'adjudicataire pouvait être corrigé en déduisant pour tous les articles comprenant une plus-value Cemspan la valeur de l'article de base. L'adjudicataire a d'ailleurs produit en cours de procédure une liste de prix " corrigée des erreurs évidentes " qui correspond à ce qui précède. Sur ce point, la présente espèce doit être distinguée de celle ayant fait l'objet de l'arrêt MPU.2016.0026 précité où un seul soumissionnaire avait interprété l'appel d'offres, qui n'était pas clair, en intégrant la plus-value – il s'agissait d'une taxe de raccordement – à son prix. Or, en l'occurrence, le cahier des charges exigeait clairement des soumissionnaires qu'ils incluent une plus-value Cemspan pour certains articles de la liste de prix. Il n'y avait donc pas de raison de s'écarter pour ce motif des exigences contenues dans l'appel d'offres en supprimant la plus-value Cemspan pour l'ensemble des offres. En outre, le pouvoir adjudicateur ne pouvait quoi qu'il en soit pas procéder à une telle modification des exigences contenues dans l'appel d'offres sans à tout le moins en informer les soumissionnaires. La suppression de certains articles dans l'évaluation du critère du prix,

outre qu'elle modifie les conditions de l'appel d'offres, est en effet de nature à favoriser les soumissionnaires qui ont offert un prix plus élevé que les autres pour les articles supprimés de l'évaluation (en l'espèce, les articles avec une plus-value Cemspan), ce qui contrevient au principe d'égalité entre les soumissionnaires. S'agissant des articles relatifs aux casiers des élèves (ch. 7.3.3 de l'appel d'offres) qui ont aussi été supprimés de l'évaluation après le dépôt des offres, le pouvoir adjudicateur a d'ailleurs interpellé les différents soumissionnaires. La suppression de la plus-value Cemspan est quant à elle intervenue, semble-t-il, après un échange avec le seul adjudicataire dont on ne trouve de surcroît pas de trace au dossier. A cela s'ajoute qu'aucun document ne permet d'établir quels sont les montants qui ont été retranchés des prix offerts par les soumissionnaires et de vérifier les calculs opérés par l'autorité intimée. Pour le surplus, le fait que cette plus-value n'était pas indispensable au marché, comme le soutient l'autorité intimée, ne rend pas pour autant légitime sa suppression de l'évaluation. En effet, en vertu du principe de transparence, le pouvoir adjudicateur ne saurait en principe modifier le contenu de l'appel d'offres après le dépôt de celles-ci. Si, comme le soutient l'adjudicataire, la plus-value Cemspan faisait double emploi avec un autre élément exigé par l'appel d'offres (surface Duripanel), il appartenait aux soumissionnaires de clarifier ce point avant le dépôt des offres en posant une question au pouvoir adjudicateur. Faute d'autres éléments au dossier, il faut considérer en l'espèce que l'évaluation devait comprendre les articles avec plus-value Cemspan. Il résulte de ce qui précède que la suppression des articles avec plus-value Cemspan de l'évaluation des offres est intervenue en violation du principe de transparence. e) Il convient d'examiner si cette violation a eu une conséquence sur les résultats de l'évaluation. L'autorité intimée paraît le contester dès lors qu'en se référant aux montants en jeu, elle considère cette modification comme " anecdotique " au vu de l'importance du marché. Ce raisonnement ne tient toutefois pas compte de la méthode d'évaluation du prix dont s'est elle-même dotée l'autorité intimée pour évaluer les offres (ch. 2.12). Cette méthode attribue en effet une note plus ou moins élevée (avec, si l'on se réfère au tableau d'évaluation, une précision au centième de point) au critère du prix en fonction de l'écart avec l'offre la moins-disante dans une fourchette correspondant au double de celle-ci. Or, au vu du faible écart au classement entre l'offre de l'adjudicataire et celle de la recourante (0,20), une note pondérée plus élevée attribuée à la recourante pour le critère du prix, qui compte pour 50% dans l'évaluation, est susceptible de modifier le classement de l'évaluation. Si l'on se réfère aux pièces produites par l'adjudicataire, le prix offert par cette dernière en intégrant les articles relatifs aux casiers mais en rectifiant le prix s'agissant des articles comprenant une plus-value Cemspan aurait été de 1'122'564 fr. 47 contre 1'225'140 fr. 40 pour la recourante. L'écart entre les deux prix offerts (9,1%) serait donc moindre que celui sur lequel s'est fondé l'évaluation des offres (18,9%). Il en va de même si l'on soustrait à ce montant les articles relatifs aux casiers. L'offre de l'adjudicataire se monterait alors à 866'724 fr. 47 (1'122'564,47 – 255'840) et celle de la recourante à 944'515 fr. 40 (1'225'140,40 – 280'625); l'écart de prix serait de 9,0% soit toujours moindre que celui sur lequel s'est fondée l'évaluation des offres. Si l'on prend en considération les derniers montants cités ci-dessus – soit un prix qui inclut les articles avec plus-value Cemspan, corrigés en ce qui concerne l'offre de l'adjudicataire, mais pas les articles relatifs aux casiers des élèves – la recourante obtiendrait une note de 4,55 soit $[(866'724.47 \times 2) - 944'515.40] / 866'724.47 \times 5$ au lieu de 4,05 pour le critère du prix. Compte tenu de la pondération de ce critère dans la note finale (50%), la recourante obtiendrait la note pondérée finale de 4,53 et serait classée devant l'adjudicataire qui a obtenu une note pondérée de 4,48. Pour ce motif déjà, le recours

doit être admis et la décision attaquée annulée, la cause étant renvoyée à l'autorité intimée pour qu'elle procède à une nouvelle évaluation des offres conformément à ce qui précède. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner au surplus, si, comme le soutient la recourante, la suppression des articles relatifs aux casiers des élèves constitue également une modification inadmissible du dossier d'appel d'offres. 4. Le recours doit donc être admis et la décision attaquée annulée, la cause étant renvoyée à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Les frais judiciaires, arrêtés à 5'000 francs, seront mis pour moitié à la charge de l'autorité intimée et pour moitié à la charge de l'adjudicataire (art. 49 LPA-VD). La recourante, qui a agi, au stade de la réplique, par l'intermédiaire du juriste d'une association professionnelle offrant un appui juridique à ses membres qui doit être assimilé à un mandataire professionnel, a droit à une indemnité réduite à titre de dépens, laquelle sera mise pour moitié à la charge de l'autorité intimée et pour moitié à la charge de l'adjudicataire (art. 55 LPA-VD).

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