

VD_OMNI MPU.2021.0015 vom 30. August 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-08-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2021.0015

FR: VD_OMNI MPU.2021.0015 du 30 août 2021

IT: VD_OMNI MPU.2021.0015 del 30 agosto 2021

Regeste

A. _____ /Entreprise de correction fluviale du Cacaïron, GASSER CONSTRUCTION SA | La composition correcte de l'autorité d'adjudication s'examine notamment à l'aune de l'art. 29 al. 1 Cst. Annulation de la décision d'adjudication en raison du vice affectant la composition du comité d'évaluation et renvoi de la cause à l'autorité intimée pour qu'elle procède à une nouvelle évaluation par un comité composé conformément aux exigences de l'appel d'offres.

Erwägungen

E. 1

Selon l'art. 10 al. 1 let. d de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD; BLV 726.01), la décision d'adjudication peut faire l'objet d'un recours au Tribunal cantonal dans un délai de 10 jours dès sa notification. En l'espèce, le recours a été déposé en temps utile auprès de l'autorité compétente. Il satisfait pour le surplus aux exigences formelles prévues par la loi (art. 79 applicable par renvoi de l'art. 99 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.35]). La recourante, qui est classée en deuxième position avec un écart relativement faible, a une chance raisonnable de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours si bien que la qualité pour recourir doit lui être reconnue (art. 75 let. a LPA-VD; cf. CDAP MPU.2020.0019 du 11 décembre 2020, consid. 1 et réf. citées). Il y a donc lieu d'entrer en matière.

E. 2

et les arrêts cités; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, n. 420, p. 269).

E. 3

En lien avec ses critiques des notes attribuées à certains (sous-)critères d'adjudication, la recourante fait valoir que l'évaluation des offres ne s'est pas déroulée de manière conforme aux documents de l'appel d'offres. Elle invoque ainsi, bien que de manière implicite, une violation du principe de transparence qu'il convient d'examiner en premier lieu. a) Lors de la passation de marchés, y compris lorsque, comme en l'espèce, il s'agit d'une procédure sur invitation, 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). Le principe de transparence impose au pouvoir adjudicateur 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, p. 161). En particulier, l'adjudicateur doit énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères pris en considération pour l'évaluation des soumissions; il est également tenu d'indiquer la pondération des critères retenus (ATF 125 II 86 consid. 7c; CDAP MPU.2018.0026 du 16 mai 2019, consid. 5a; MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016 consid. 3a; MPU.2014.0016 du 26 août 2014 consid. 4b; MPU.2012.0005 du 17 juillet 2012 consid. 2b et les arrêts cités). Selon la jurisprudence, les méthodes d'évaluation des différents critères et sous-critères, par exemple une échelle de notes ou une matrice de calcul, ne doivent pas nécessairement être portées à la connaissance préalable des soumissionnaires (ATF 130 I 241 consid. 4.1 et les références citées; ég. arrêt MPU.2016.0041 du 24 mai 2017 consid. 3). Toutefois, le principe de transparence impose au pouvoir adjudicateur d'arrêter avant le retour des offres les échelles de notation ou méthodes d'évaluation des critères d'adjudication (art. 37 al. 4 RLMP-VD; ég. CDAP MPU.2015.0040 du

E. 10

novembre 2015 consid. 6b). Cette obligation vise à prévenir d'éventuelles manipulations par le pouvoir adjudicateur une fois les offres reçues (CDAP MPU.2018.0026 du 16 mai 2019, consid. 5b; MPU.2016.0041 du 24 mai 2017 consid. 3; MPU.2016.0022 du 31 janvier 2013 consid. 3b/aa; MPU.2016.0018 du 23 décembre 2016 consid. 2c et les références citées). 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 précité, consid. 3a; MPU.2014.0016 précité consid. 4a; MPU.2012.0023 du 7 novembre 2012 consid. 4). b) Ni l'AIMP, ni la loi cantonale sur les marchés publics ne contiennent d'exigence spécifique sur la composition de l'autorité adjudicatrice et sur le droit à en être informé. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a considéré, tout en relevant qu'il ne s'agissait pas d'une question juridique de principe, que la composition correcte de l'autorité d'adjudication devait s'examiner notamment à l'aune de l'art. 29 al. 1 Cst. (arrêt TF 2C_951/2019 du 16 juillet 2020 consid. 1.3.4). A teneur de cette disposition, toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. La jurisprudence a tiré de cette disposition un droit à ce que l'autorité administrative qui statue, le fasse dans une composition correcte et impartiale (ATF 142 I 172 consid. 3.2 p. 173s. ; 127 I 128 consid. 3c p. 130; Bernhard Waldmann, in Basler Kommentar, Bundesverfassung, Waldmann/Belser/Epiney [éd.],

2015, nos 34 s. ad art. 29 Cst.). Cette disposition n'exclut pas une certaine liberté dans la composition de l'autorité, par exemple en permettant la participation de suppléants dans le processus décisionnel. Il faut toutefois, lorsque cela est possible, que la composition soit fondée sur des critères objectifs (ATF 142 I 172 consid. 3.2 p. 173s.; 137 I 340 consid. 2.2.1 p. 342 s.). La composition de l'autorité est définie selon les règles du droit de procédure ou d'organisation. Celui-ci prévoit généralement des quorum afin d'assurer le fonctionnement des autorités collégiales (ATF 142 I 172 consid. 3.2 p. 173s.; 137 I 340 consid. 2.2 p. 342 ss; cf. Gerold Steinmann, in Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Ehrenzeller et al. [éd.], 3e éd. 2014, n° 34 ad art. 29 Cst.). L'autorité est ainsi valablement constituée lorsqu'elle siège dans une composition qui correspond à ce que le droit d'organisation ou de procédure prévoit. Par conséquent, lorsqu'un membre de l'autorité est appelé à se récuser ou ne peut, pour une autre raison, prendre part à la décision, il doit, dans la mesure du possible, être remplacé (ATF 142 I 172 consid. 3.2 p. 173s. ; 137 I 340 consid. 2.2.1 p. 342 s.; Waldmann, op. cit., n° 34 ad art. 29 Cst.). Si l'autorité statue alors qu'elle n'est pas valablement constituée, elle commet un déni de justice formel (ATF 142 I 172 consid. 3.2 p. 173s. ; 137 I 340 consid. 2.2.1 p. 342 s.; 127 I 128 consid. 4b p. 131). Le droit constitutionnel à une composition correcte de l'autorité décisionnelle est de nature formelle. Sa violation, quelles que soient les chances de succès du recours sur le fond, conduit à l'annulation de l'arrêt entrepris (ATF 127 I 128 consid. 4d p. 132 s.). Il est en outre exclu d'admettre la réparation d'un tel vice (ATF 127 I 128 consid. 4d p. 132 s.). Cela conduirait en effet à permettre à une autorité décisionnelle de se passer systématiquement de statuer dans une composition conforme au droit (ATF 142 I 172 consid. 3.2 p. 173s. ; 127). c) En l'occurrence, la recourante a d'abord soutenu dans son recours que, selon les explications orales qui lui avaient été fournies, l'évaluation aurait été réalisée uniquement par la cheffe de projet du mandataire de l'autorité intimée. Dans sa réponse, l'autorité intimée a indiqué qu' " à l'issue de l'analyse des offres, le bureau mandataire a transmis au maître de l'ouvrage [c'est-à-dire l'autorité intimée] une proposition d'adjudication avec les détails des notes et des justificatifs y relatifs. Sur cette base, l'ECF a analysé également les notes et les raisons qui ont amenées [sic] le bureau mandataire à sa proposition. Suite à cette analyse, le maître de l'ouvrage décide de la notification finale et procède à l'adjudication des travaux ". En réplique, la recourante a relevé qu'un comité d'évaluation ne s'était apparemment pas réuni et que, selon ses informations, le conseiller communal (recte: municipal) d'Ormont-Dessus en charge des constructions n'avait pas participé à l'évaluation des offres; elle a également requis la production de plusieurs pièces en lien avec la procédure d'évaluation (procès-verbal du comité, rapport d'évaluation). Dans sa duplique, l'autorité intimée a en substance rappelé ses explications et ajouté que " l'intégration ou non de la commune pour le cas qui nous occupe n'aurait rien changé aux notes étant donné que celles-ci sont déterminées sur la base des documents reçus au regard des exigences et critères indiqués dans le dossier d'appel d'offres ". d) Il résulte de ce qui précède que l'évaluation des offres ne s'est pas déroulée conformément à ce qui était prévu dans les documents d'appel d'offres. En effet, le texte clair de ceux-ci prévoit que les offres doivent être évaluées par un comité composé de trois personnes, soit un représentant du mandataire, un représentant de l'autorité intimée et un représentant de la Commune d'Ormont-Dessus. Or, selon les explications fournies par l'autorité intimée, non seulement un tel comité d'évaluation ne s'est jamais réuni mais aucun représentant de la Commune d'Ormont-Dessus n'a participé à l'évaluation des offres. Cette conclusion s'imposant à la lecture des explications de l'autorité intimée, il n'est pas nécessaire de donner suite aux réquisitions de

la recourante tendant à la production des documents en lien avec l'évaluation des offres. Contrairement à ce qu'expose l'autorité intimée, on ne saurait partir de l'idée que l'évaluation aurait forcément été identique si la procédure prévue par l'appel d'offres avait été suivie parce qu'elle serait le résultat d'un processus purement objectif d'analyse des documents des soumissionnaires. Une telle manière de raisonner fait fi de l'important pouvoir d'appréciation que reconnaît la jurisprudence au pouvoir adjudicateur dans l'évaluation des critères d'adjudication. Le fait de respecter les règles du jeu prévues dans l'appel d'offres, qui résulte du principe de transparence, constitue une contrepartie de cet important pouvoir. Certes, la recourante ne démontre pas non plus qu'une évaluation des offres conforme à l'appel d'offres aurait forcément abouti à un résultat différent. Cela étant, l'appel d'offres prévoyait la participation d'un représentant de la commune pour tenir compte au mieux des spécificités locales concernant la réalisation des travaux. Or, une partie de griefs de la recourante – notamment en lien avec l'évaluation du sous-critère 2.2 " plan des installations générales, dépôts et accès " – porte précisément sur l'absence de prise en compte dans l'évaluation des circonstances locales. Il n'est donc pas d'emblée exclu qu'une évaluation conforme aux exigences de l'appel d'offres aurait abouti à un résultat différent et potentiellement tout aussi soutenable compte tenu de la retenue dont fait preuve le tribunal dans l'examen des critères d'adjudication. En outre, il n'était pas non plus conforme à l'appel d'offres de confier principalement au mandataire le travail d'analyse et d'évaluation des offres dont le résultat a ensuite été soumis pour validation au pouvoir adjudicataire. Cette manière de procéder n'est pas identique avec celle d'un comité d'évaluation qui doit discuter de l'ensemble des notes attribuées aux critères et sous-critères. A cela s'ajoute que, comme l'a relevé l'autorité intimée, la méthode suivie par l'adjudicateur empêche toute traçabilité permettant de vérifier la régularité du processus d'évaluation des offres. e) Compte tenu du vice affectant la composition du comité d'évaluation, la décision attaquée ne peut en l'occurrence qu'être annulée et la cause renvoyée à l'autorité intimée afin qu'elle procède à une nouvelle évaluation par un comité composé conformément aux exigences de l'appel d'offres. Une autre solution ne permettrait pas d'assurer le respect des règles formelles dont l'autorité intimée s'est elle-même dotée pour l'adjudication du marché. Un renvoi permet en outre de respecter le large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur dans l'évaluation des offres. Il n'est dès lors pas utile d'examiner plus avant les autres griefs de la recourante, en particulier ceux en lien avec les notes attribuées à son offre pour les différents (sous-)critères d'adjudication. On rappellera néanmoins à cet égard que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation et que l'examen auquel procède cas échéant l'autorité judiciaire peut s'assimiler à un contrôle restreint à l'arbitraire (ATF 143 II 120 consid. 7.2; 141 II 353 consid. 3 et les réf. citées). 4. Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être admis, la décision entreprise annulée et la cause renvoyée à l'autorité intimée pour nouvelle évaluation des offres dans le sens des considérants. Selon l'art. 19 de la loi du 3 décembre 1957 sur la police des eaux dépendant du domaine public (LPDP; BLV 721.01), l'entreprise de correction fluviale, qui est constituée par un arrêté du Conseil d'Etat, est dotée de la personnalité morale. Il s'agit donc d'une entité indépendante de l'Etat. Des frais peuvent donc être mis à la charge de l'autorité intimée (art. 52 al. 1 LPA-VD a contrario). Dès lors que le recours doit être admis pour une erreur commise par l'autorité intimée, les frais seront en l'espèce entièrement mis à sa charge (art. 49 LPA-VD). Il en va de même de l'indemnité allouée à titre de dépens à la recourante, qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel (art. 55 LPA-VD).

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