

VD_OMNI MPU.2021.0026 vom 9. November 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-11-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2021.0026

FR: VD_OMNI MPU.2021.0026 du 9 novembre 2021

IT: VD_OMNI MPU.2021.0026 del 9 novembre 2021

Regeste

A. _____/Municipalité de Le Lieu, B. _____ | Marché public, dans le cadre d'une procédure sur invitation, portant sur des travaux de génie civil. Une des notations contestées est critiquable sous l'angle du principe de la transparence, la recourante ayant été pénalisée à tort pour n'avoir en substance pas fourni des renseignements qui n'étaient pas demandés; ce vice n'a toutefois aucune incidence sur le résultat final, la note maximale de 5 sur le critère en question ne permettant pas à l'intéressée de passer devant l'adjudicataire. 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 notamment 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 matière de marchés publics, la jurisprudence du Tribunal fédéral, reprise par la CDAP, considère que 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. A défaut, il ne peut exister de rapport de causalité entre l'illicéité de la décision d'adjudication alléguée et le prétendu dommage. A moins que l'intérêt du soumissionnaire évincé à contester l'adjudication paraisse évident, il incombe à ce dernier de le démontrer. En outre, la simple participation du soumissionnaire à la procédure d'appel d'offres et la non-prise en considération de son offre ne sauraient à elles seules lui conférer la qualité pour agir, à défaut d'un intérêt pratique effectif à la contestation de l'adjudication (cf. ATF 141 II 307 consid. 6; 141 II 14 consid. 4; 140 I 285; ég. arrêts MPU.2021.0012 du 10 août 2021 consid. 1a; MPU.2020.0013 du 17 septembre 2020 consid. 1a; MPU.2019.0010 du 11 novembre 2019 consid. 1a et les références). b) En l'espèce, la recourante a été classée au 2^{ème} rang sur les quatre offres évaluées. Elle a obtenu un nombre total de 474.83 points contre 487.73 pour l'adjudicataire. Elle critique pour l'essentiel les notes qui lui ont été attribuées à la quasi-totalité des critères d'adjudication. Malgré l'écart relativement important qui la sépare de l'adjudicataire, si elle était suivie sur une grande partie de ses moyens, elle arriverait en tête et obtiendrait le marché. Il convient par conséquent d'admettre sa qualité pour recourir. c) Pour le surplus, le recours a été déposé dans les délais et formes 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

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 (arrêts MPU.2020.0013 du 17 septembre 2020 consid. 2; MPU.2019.0005 du 31 juillet 2019 consid. 2; MPU.2018.0005 du 19 septembre 2018 consid. 4 et les références). Il est ainsi interdit à l'autorité judiciaire de substituer son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, sous peine de statuer en opportunité et de violer ainsi l'art. 98 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 LMP-VD. Le tribunal n'intervient qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur, ce qui, en pratique, revient à exercer un contrôle restreint à l'arbitraire (ATF 141 II 353 consid. 3 et les références citées). En revanche, il contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 141 II 353 consid.

E. 3

Avant d'examiner les griefs de la recourante, il convient de rappeler quelques considérations générales. Lors de la passation de marchés, le pouvoir adjudicateur doit notamment respecter les principes de transparence (cf. art. 1 al. 3 let. c de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics [A-IMP; BLV 726.91]; art. 3 let. c et 6 let. h LMP-VD) et de non-discrimination ou d'égalité de traitement entre les soumissionnaires (cf. art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a A-IMP; art. 3 let. b et 6 let. a LMP-VD). Le principe de transparence impose au pouvoir adjudicateur de fournir toutes les indications nécessaires aux soumissionnaires pour qu'ils puissent présenter une offre valable et répondant à ses exigences et souhaits, respectivement de tout mettre en œuvre pour que la procédure de mise en concurrence et la documentation soient compréhensibles pour tous les soumissionnaires de façon à ce qu'ils puissent offrir leurs prestations en toute connaissance de cause (cf. arrêts MPU.2021.0012 du 10 août 2021 consid. 3; MPU.2020.0004 du 24 juillet 2020 consid. 3b; MPU.2016.0013 du 9 août 2017 consid. 2b et les références). En particulier, les critères d'adjudication doivent être mentionnés dans l'appel d'offres. Ils doivent être indiqués selon leur pondération en pourcents ou au moins dans leur ordre d'importance. L'indication des sous-critères n'est en revanche pas requise d'un point de vue constitutionnel, pour autant qu'ils ne fassent que concrétiser les critères principaux, en étant inhérents à ceux-ci (ATF 143 II 553 consid. 7.7). Le principe de transparence exige encore que le pouvoir adjudicateur se conforme dans la suite de la procédure aux conditions du marché qu'il a préalablement annoncées et qu'il ne s'écarte pas des règles du jeu qu'il s'est lui-même fixées. Notamment, l'adjudicateur ne peut pas, après le dépôt des offres, modifier d'une manière ou d'une autre les critères d'adjudication, leur ordre d'importance ou leur pondération respective (cf. arrêt MPU.2018.0026 du 16 mai 2019 consid. 5a). Le principe de transparence impose également 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 du règlement d'application du 7 juillet 2004 de la loi sur les marchés publics [RLMP-VD; BLV 726.01.1]; ég. arrêt MPU.2015.0040 du 10 novembre 2015 consid. 6b). Cette obligation vise à prévenir d'éventuelles manipulations par le pouvoir adjudicateur (arrêts MPU.2021.0012 du 10 août 2021 consid. 3; MPU.2020.0013 du 17 septembre 2020 consid. 4a; MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016 consid. 3a). Quant au principe de non-discrimination, il impose au pouvoir adjudicateur d'assurer l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires, cela durant tout le déroulement de la procédure. L'adjudicateur doit ainsi adopter les mêmes critères - d'aptitude et d'adjudication - pour l'ensemble des concurrents; ces critères ne doivent pas défavoriser, de manière indirecte, les

offreurs externes. La pondération des critères doit également être arrêtée de manière non discriminatoire. L'échelle d'évaluation des offres, pour l'application de ces critères, doit en outre être la même pour l'ensemble des candidats et être appliquée à tous de la même manière (arrêts MPU.2021.0012 du 10 août 2021 consid. 3; MPU.2020.0004 du 24 juillet 2020 consid. 3b et les références).

E. 4

La recourante reproche en premier lieu à l'autorité intimée de s'être écartée du ch. 4/6 du dossier d'appel d'offres, en notant les critères d'adjudication au centième et non à la demi-note. Le ch. 4/6 du dossier d'appel d'offres consacrée à l'échelle de notes a la teneur suivante: "L'échelle de notes est de 0 à 5 (0 constituant la plus mauvaise note et 5 la meilleure note). A part pour l'évaluation du prix qui sera notée jusqu'au centième (par exemple 3,46), un critère ou un sous-critère qualitatif sera noté jusqu'à la demi-note (par exemple 3,5). [...] ". Le tableau d'évaluation des offres confirme que cette règle n'a pas été respectée. L'autorité intimée le reconnaît. Elle conteste toutefois toute tentative de manipulation. Elle fait valoir avoir simplement utilisé les tableaux mis à disposition sur le site internet de l'Etat de Vaud sous la rubrique "Guide romand pour les marchés publics". Il n'en demeure pas moins que l'autorité intimée s'est bien écartée des règles qu'elle avait préétablies. Selon la jurisprudence, une violation du principe de transparence n'entraîne toutefois l'annulation de l'adjudication que pour autant que les vices constatés aient effectivement influé sur le résultat (arrêts MPU.2018.0014 du 14 août 2018 consid. 6a; MPU.2017.0021 du 29 septembre 2017 consid. 4a; MPU.2016.0022 du 31 janvier 2017 consid. 3c et les références). Or, en l'occurrence, même en arrondissant les notes à la demie, le classement resterait inchangé. La recourante obtiendrait en effet un total pondéré de 480 points et l'adjudicataire de 492.5.

E. 5

La recourante conteste également toutes les notes qui lui ont été attribuées, à l'exception de celle pour le critère du prix. Elle les estime arbitraires. a) Le critère "Planification des moyens", pondéré à 20%, était subdivisé en trois sous-critères ou éléments d'appréciation: personnes, moyens et planning. La recourante a obtenu les notes de 5, 5 et 4.72 pour ces sous-critères. Elle conteste cette dernière notation, qui serait "arbitrairement basse et incompréhensible", soulignant qu'elle est la meilleure des entreprises en matière de rapport jours/hommes. Le sous-critère "planning" a été évalué selon la méthode de notation préconisée par le Guide romand sur les marchés publics pour l'appréciation du temps consacré. La note obtenue par la recourante correspond à l'écart entre le nombre d'heures estimé par l'autorité intimée et le nombre d'heures qu'elle a offert. Elle est le résultat d'une formule mathématique et dès lors parfaitement traçable et compréhensible. S'il n'est pas contesté que la recourante est l'entreprise qui présente le meilleur ratio hommes-jours, cela ne signifie pas encore que la note maximale doive lui être attribuée. Selon la méthode de notation utilisée, celle-ci est en effet réservée aux offres se situant dans une fourchette comprise entre 10% au-dessus et 5% en-dessous de l'estimation du pouvoir adjudicateur, estimation que la recourante ne conteste du reste pas. Ainsi, hormis la notation au centième en lieu et place de la demie, qui n'a toutefois aucune incidence sur le fond comme on l'a vu (la recourante, comme l'adjudicataire, obtiendraient après arrondi toutes deux la note maximale de 5 sur ce critère), l'appréciation que l'autorité intimée a faite n'apparaît pas critiquable. b) Le critère "Concept santé, hygiène et sécurité au travail de l'entreprise", pondéré à 5%, était subdivisé en trois sous-critères ou éléments d'appréciation: santé,

hygiène et sécurité. La recourante a obtenu les notes de 0, 3 et 4 pour ces sous-critères, soit une moyenne de 2.3; l'adjudicataire, pour sa part, a reçu les notes de 0, 5 et 5, soit une moyenne de 3.3. Les sous-critères ont été évalués sur la base du plan d'hygiène et sécurité (PHS) des soumissionnaires s'ils en possédaient un et dans la négative des réponses fournies à l'annexe Q3. Pour l'élément d'appréciation "santé", les évaluateurs ont reproché à la recourante, ainsi qu'à tous les autres soumissionnaires, de n'avoir pas présenté de concept santé détaillé et de n'avoir pas renseigné le pouvoir adjudicateur sur les mesures prises et mises en place pour lutter contre le coronavirus. Ils ont sanctionné ces manquements par la note 0. Dans ses écritures, l'autorité intimée s'étonne qu'aucun soumissionnaire n'a serait-ce qu'évoqué le coronavirus. Le dossier d'appel d'offres n'exigeait toutefois aucune information sur le plan santé. Selon l'annexe Q3, les soumissionnaires devaient en effet uniquement produire leur plan d'hygiène et sécurité (PHS) s'ils en possédaient un et dans la négative présenter succinctement les mesures mises en place en la matière. Sous peine de violation du principe de transparence, l'autorité intimée ne pouvait dès lors pas leur reprocher de ne pas avoir présenté et développé leur concept santé. Dans la mesure toutefois où tous les soumissionnaires ont obtenu la note de 0, le sous-critère a été en quelque sorte neutralisé, si bien que la recourante n'a pas été pénalisée. S'agissant des éléments d'appréciation "hygiène" et "sécurité", les évaluateurs ont fait grief à la recourante de s'être contentée de présenter son concept général d'entreprise sans l'adapter au marché visé, à la différence de l'adjudicataire qui a décrit son concept en rapport direct avec le chantier, en fournissant notamment les numéros de téléphones de l'Hôpital de la Vallée, ainsi que des services électriques et des eaux locaux. On rappelle ici encore que le dossier d'appel d'offres exigeait uniquement que les soumissionnaires produisent leur PHS s'ils en possédaient un et dans la négative qu'ils présentent succinctement les mesures mises en place en la matière. Il n'était pas demandé que le PHS soit adapté au marché visé. L'autorité intimée ne pouvait dès lors pas pénaliser la recourante pour ce seul motif (ou inversement avantager l'adjudicataire pour ce seul motif). Elle ne soutient pour le reste pas que les mesures mises en place par l'adjudicataire sur les plans "hygiène" et "sécurité" seraient meilleures ou plus conformes à ses attentes ou qu'elles apporteraient une plus-value particulière. On ne voit donc pas ce qui justifierait sur les sous-critères litigieux une différence de points entre les offres de la recourante et de l'adjudicataire. Quoi qu'il en soit, même en obtenant – comme l'adjudicataire – la note maximale de 5 aux éléments d'appréciation "hygiène" et "sécurité", la recourante resterait derrière avec un total de points de 485 contre 492.50 pour l'adjudicataire (après avoir arrondi les notations à la demie conformément au ch. 4/6 du dossier d'appel d'offres).

c) Le critère "Qualité et adéquation des solutions techniques proposées", pondéré à 15%, était subdivisé en trois sous-critères ou éléments d'appréciation: "Grilles et regards", "Bordures et pavés" et "Tapis". La recourante a obtenu les notes de 5, 4 et 4 pour ces sous-critères, soit une moyenne de 4.3. Elle conteste ces deux dernières notations. L'adjudicataire, pour sa part, a reçu la note maximale de 5 pour les trois sous-critères. Les sous-critères ont été évalués sur la base des réponses fournies par les soumissionnaires à l'annexe R13. Il leur était demandé de développer les aspects suivants du cahier des charges et de proposer des solutions: 1) mise en place des grilles et regards de manière durable; 2) préservation des bordures et pavés des variations climatiques; 3) optimisation de la qualité de la surface de roulement. Ils disposaient d'une page A4 recto maximum par réponse et pouvaient joindre d'éventuelles copies de schémas et de descriptifs techniques. Pour l'élément d'appréciation "Bordures et pavés", les évaluateurs ont mentionné comme point positif "ajout de barre en acier" et comme points négatifs "Détail

pas spécifié et pas précisé si cela est compris dans l'offre rendue". Comme l'autorité intimée l'a indiqué dans ses écritures, la recourante, à la différence de l'adjudicataire, a peu détaillé sa solution, se contentant de trois lignes sans croquis explicatif. Elle n'a par ailleurs pas précisé si la pose de barres en acier était comprise dans le prix de l'offre, point qui était pourtant important dès lors que le prix de son offre était le plus élevé des quatre soumissionnaires. C'est en vain que la recourante soutient qu'elle n'avait pas à donner davantage d'explications, sous-entendant que l'adjudicataire aurait fait du zèle qui n'avait pas être récompensé. Le dossier d'appel d'offres exigeait en effet des soumissionnaires de "développer" et "proposer des solutions" en joignant le cas échéant "copies de schémas et de descriptifs techniques". Ces éléments justifient une différence de notation entre la recourante et l'adjudicataire. L'écart d'un point appliqué par l'autorité intimée apparaît approprié ou à tout le moins pas arbitraire. S'agissant de l'élément d'appréciation "Tapis", il est reproché à la recourante de n'avoir rien proposé de nouveau et de n'avoir à nouveau pas suffisamment détaillé sa solution, ne joignant aucun croquis ou schéma technique. La note de 4 qu'elle a obtenue est néanmoins bonne. Selon le barème appliqué, elle signifie qu'elle a répondu aux attentes et qu'elle présente un minimum d'avantages particuliers par rapport à d'autres candidats. En comparaison, l'adjudicataire offre toutefois des avantages supplémentaires. Elle est en effet la seule candidate à avoir proposé une solution innovante en matière d'optimisation du tapis, avec un encollage spécial posé en une seule étape. Elle l'a par ailleurs bien détaillée, joignant des croquis du plan de pose. Sur ce sous-critère également, ces éléments présentent une plus-value, qui doit être récompensée par une meilleure note. L'écart d'un point entre la recourante et l'adjudicataire appliqué par l'autorité intimée apparaît ici encore justifié ou à tout le moins pas arbitraire. d) En résumé, seule l'évaluation du critère "Concept santé, hygiène et sécurité au travail de l'entreprise" est critiquable. Une note de 5 à ce critère ne permettrait toutefois pas à la recourante, comme on l'a vu, de passer devant l'adjudicataire et d'obtenir le marché.

E. 6

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. La recourante, qui succombe, supportera les frais de justice (cf. art. 49 al. 1 LPA-VD). Elle devra par ailleurs verser une indemnité à titre de dépens à l'autorité intimée et à l'adjudicataire, qui ont procédé l'une et l'autre par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel (cf. art. 55 al. 1 LPA-VD).

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