VD_OMNI MPU.2021.0035 vom 2. März 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-03-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2021.0035

FR: VD_OMNI MPU.2021.0035 du 2 mars 2022

IT: VD_OMNI MPU.2021.0035 del 2 marzo 2022

Regeste

A._____/Municipalité d'Ollon, B._____ | Recours contre l'adjudication d'un marché portant sur l'agencement de la cuisine d'un collège. La recourante se plaint de ne pas avoir été conviée à une séance de clarification de son offre, contrairement à l'adjudicataire. Or, la question de savoir si une offre doit être clarifiée relève, comme l'appréciation des offres en général, du large pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur. Les évaluateurs pouvaient ainsi se dispenser d'auditionner la recourante, sans violer pour autant les principes de transparence et d'interdiction de la discrimination. La recourante dénonce le manque de traçabilité des notes en général et plus particulièrement de l'évaluation des offres au sous-critère du rapport de disponibilité, correspondant au rapport entre l'effectif total de l'entreprise et le nombre d'employés mis à disposition pour l'exécution du marché. Or, les documents versés au dossier et transmis à la recourante permettent de comprendre à suffisance de droit comment les offres ont été évaluées; cela vaut en particulier aussi pour le sous-critère en cause. Rejet du recours. Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'adjudicataire; celui-ci a en effet agi par l'intermédiaire d'un avocat membre de son conseil d'administration, de sorte qu'il se trouve dans la situation d'une partie plaidant sa propre cause, qui ne peut se voir allouer des dépens qu'à des conditions exceptionnelles, non réalisées en l'espèce.

Erwägungen

E. 1

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 loi cantonale du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD; BLV 726.01) et son règlement d'application du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; BLV 726.01.1). C'est à tort que la recourante se réfère à la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1), dont le champ d'application subjectif s'étend aux autorités fédérales et aux unités de l'administration fédérale (cf. art. 4 LMP), dont ne fait pas partie l'autorité intimée. b) 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. Selon la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en lien avec l'art. 89 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110) – étant rappelé que la qualité pour recourir doit être admise en procédure cantonale de manière au moins aussi large que devant le Tribunal fédéral (art. 111 al. 1 LTF) –, 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 (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1; arrêt TF 2D_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1). En l'occurrence, l'offre de la recourante a été classée, au terme de l'évaluation des offres, au

deuxième rang, avec un écart de 13,36 points. A cet égard, la jurisprudence a retenu l'intérêt digne de protection du soumissionnaire évincé lorsque celui-ci avait été classé au deuxième rang derrière l'adjudicataire et qu'il aurait, en cas d'admission de son recours, disposé d'une réelle chance d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1 p. 27; arrêts TF 2D_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1; 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.4.1). L'octroi d'un 5 au lieu d'un 4 au sous-critère 3.2 – dont la notation est contestée – et qui a une pondération de 15%, suffirait à la recourante pour dépasser au final l'adjudicataire. Il convient par conséquent d'admettre que la recourante est légitimée à recourir. c) Pour le surplus, le recours a été déposé dans les délai et forme prescrits par les art. 10 LMP-VD et 79 LPA-VD. Il convient donc d'entrer en matière. [Note interne du juge instructeur: on peut se demander si les conclusions prises dans la réplique ne constituent pas une extension ou une modification (prohibée) de celles contenues dans le recours; le recours, qui a été interjeté par le soumissionnaire lui-même, contient une conclusion très peu précise, tendant à ce que l'adjudication soit "reconsidérée"; on peut considérer que les conclusions prises en réplique par le mandataire précisent celle du recours.]

E. 2

a) 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 141 II 353 consid. 3 p. 363; 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêt MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 3b). De même, il vérifie librement si les conditions prévues par la loi pour le prononcé d'une exclusion sont remplies; il respecte toutefois le pouvoir d'appréciation laissé au pouvoir adjudicateur par les dispositions régissant l'exclusion (arrêt MPU.2020.0002 du 31 juillet 2020 consid. 2). b) En revanche, lorsque le droit matériel laisse une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, ce qui est en particulier le cas dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres (cf. ATF 141 II 353 consid. 3 p. 362), le juge doit veiller à ne pas s'immiscer de façon indue dans la liberté de décision de l'autorité chargée de l'adjudication. Il ne lui appartient donc pas de substituer sa propre appréciation à celle de l'adjudicateur dans l'attribution d'un marché public (cf. ATF 143 II 120 consid. 7.2 p. 134 et les arrêts cités; v. ég. TF 2D_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 5.1), à défaut de quoi l'autorité judiciaire juge en opportunité, ce qui est interdit, tant par l'art. 16 al. 2 A-IMP que par l'art. 98 LPA-VD (cf. ATF 141 II 14 consid.

E. 2.3

p. 25 in fine; 140 I 285 consid. 4.1 p. 293). 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). La notation est arbitraire lorsqu'elle repose sur des considérations dénuées de toute pertinence ou d'une autre manière manifestement insoutenables (ATF 141 III 564 consid. 4.1 p. 566; 125 II 86 consid. 6 p. 98s. avec renvoi à ATF 121 I 225 consid. 4b p. 230).

E. 3

Lors de la passation de marchés publics, doivent notamment être respectés les principes de transparence (cf. art. 1 al. 3 let. c A-IMP; 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; 3 let. b et 6 let. a LMP-VD). a) 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 p. 101; 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). Le principe de transparence exige également que le pouvoir adjudicateur se conforme dans la suite de la procédure aux conditions du marché qu'il a préalablement annoncées. Sous cet angle, le principe de transparence se rapproche du principe de la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.), qui prohibe les comportements contradictoires, mais aussi du principe de non-discrimination; en effet, lorsque le pouvoir adjudicateur s'écarte des "règles du jeu" qu'il s'est fixées, il adopte un comportement qui se rapproche d'une manipulation, typiquement discriminatoire, du résultat du marché (cf. Poltier, op. cit., n°259 p. 161). Une éventuelle violation du principe de la transparence sous cet aspect ne conduit à l'annulation de l'adjudication que si elle a influé sur le résultat final de l'évaluation de l'offre; il appartient à l'adjudicateur d'apporter la preuve du contraire (arrêts MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 5a/bb; 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; MPU.2012.0005 consid. 2b; GE.2007.0218 du 6 mars 2008, consid. 3a). b) Le droit des marchés publics a en particulier pour but de renforcer la concurrence entre les soumissionnaires et, partant, de garantir l'égalité de traitement entre eux. Cette règle d'ordre constitutionnel (articles 8 et 27 Cst. féd.) se traduit dans la procédure d'adjudication par l'interdiction de toute discrimination à l'encontre d'une offre (ATF 128 II 13 consid. 5a p. 21). Selon l'art. 1 al. 3 let. a A-IMP, l'accord intercantonal poursuit notamment l'objectif d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires. Ainsi, à teneur de l'art. 11 A-IMP, lors de la passation de marchés, l'adjudicateur doit notamment veiller à respecter le principe de non-discrimination et d'égalité de traitement entre chaque soumissionnaire (let. a), la concurrence efficace (let. b) et doit respecter les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (let. e). Cette règle est consacrée en droit vaudois par l'art. 3 LMP-VD. Aux termes de cette disposition, la loi tend, notamment, à assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (let. a). L'art. 6 LMP-VD impose à l'adjudicateur, lors de la passation de marchés, de respecter notamment les principes suivants: non-discrimination et égalité de traitement de chaque soumissionnaire (let. a); respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (let. b); adjudication au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (f ter). c) 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 (cf. 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 TF 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1). Cela vaut notamment pour les prix, les remises de prix ou les modifications de prestations (Poltier, ibid.). En revanche,

les erreurs évidentes de calcul et d'écritures peuvent être corrigées (art. 33 al. 2 RLMP-VD; v. sur ce dernier point, arrêts MPU.2015.0016 du 26 mai 2015, consid. 3c; MPU.2013.0013 du 2 juillet 2014, consid. 3b; MPU.2013.0027 du 4 février 2014, consid. 3b). Le pouvoir adjudicateur a cependant un devoir de clarification de l'offre en cas d'ambiguïtés mineures (arrêt TF 2C_969/2018 du 30 octobre 2019 consid. 1.2.3, réf. citées). Il est ainsi 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 (CDAP MPU.2019.0023 du 20 mai 2020 consid. 4b et les références). Cette possibilité exprime la tendance actuelle dans la plupart des cantons qui permet de tempérer une application trop formaliste du principe de l'intangibilité des offres selon laquelle il y aurait lieu d'exclure un soumissionnaire dès qu'une offre est incomplète, quelle que soit l'importance du manquement. Dans des cas particuliers cependant, la distinction entre la correction (admissible) d'erreurs dans l'offre ou leur clarification et la modification ou le complément (inadmissible) d'une offre peut s'avérer délicate (cf. ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 p. 374; arrêt TF 2C_257/2016 du 16 septembre 2016 consid. 3.3.1, réf. citées). Cette démarche de clarification (ou épuration; Poltier, op. cit., p. 196) ne saurait cependant servir à compléter une offre lacunaire (cf. arrêt TF 2D_33/2019 du 25 mars 2020 consid. 3.1). Elle ne doit pas entraîner de modifications matérielles des offres à l'instar d'une modification des prix, de l'octroi de remises ou rabais nouveaux, ou de modifications du contenu de la prestation offerte ou des modalités de son exécution. En particulier, le pouvoir adjudicateur ne peut pas demander au soumissionnaire de modifier son offre si celle-ci ne respecte pas une exigence du cahier des charges (Jean-Michel Brahier, Offre et contrat: vérification, épuration, rectification et négociation, in : Marchés Publics 2018, p. 292). Il s'agit en dernier ressort d'empêcher des comportements interdits, qui, pour le moins, éveillent le soupçon que certains soumissionnaires bénéficient d'avantages indus (Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zurich 2004, p. 224). L'interdiction des négociations (cf. art. 35 al. 1 RLMP-VD) n'empêche cependant pas l'adjudicateur d'organiser des discussions plus approfondies avec certains soumissionnaires qu'il considère comme les meilleurs à l'issue d'un premier round d'évaluation; il est en effet admissible que l'adjudicateur concentre la procédure sur les candidats qui ont le plus de chances de succès, aussi longtemps que leur sélection se fait sur la base des critères annoncés et dans le respect de la procédure (Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 123). d) Les conditions de l'appel d'offres doivent être interprétées selon les règles de la bonne foi. La grande liberté d'appréciation de l'adjudicateur évoquée ci-dessus concerne également notamment la formulation et l'application des critères d'aptitude et d'adjudication. S'agissant de notions techniques, il convient de prendre en considération le sens qui leur est donné par les spécialistes ou celui que les intéressés leur ont donné en relation avec le projet litigieux; la façon dont les parties se sont comportées joue également un rôle dans l'interprétation (ATF 141 II 14 consid. 7.1 et 7.4; MPU.2020.0003 du 24 juillet 2020 consid. 3d; MPU.2019.0026 du 4 mai 2020 consid. 7b; voir aussi Barbara Œ chslin/Thomas Locher, in: Hans Rudolf Trüeb [édit.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, n. 12 ad art. 30 LMP, réf. citées). La volonté subjective du pouvoir adjudicateur n'est pas déterminante. Lorsque

plusieurs interprétations sont possibles, l'autorité judiciaire de recours n'a pas à choisir celle qui lui paraît la plus adéquate; elle doit se borner à définir les limites de ce qui est juridiquement admissible (TF 2C_698/2019 du 24 avril 2020 consid. 4.3).

E. 4

La recourante se plaint de violation du principe de la transparence et de son droit d'être entendue en relation avec la notation. Elle demande que, outre la grille d'évaluation, le procès-verbal d'évaluation des offres ou rapport explicatif, avec la date de son établissement, soit versé au dossier et lui soit communiqué. a) Au stade de l'évaluation des offres, le pouvoir adjudicateur leur attribue des notes au regard de chacun des critères d'adjudication. Ces différentes notes doivent faire l'objet d'une brève motivation, susceptible d'être fournie au soumissionnaire souhaitant des explications plus détaillées au sujet de son éviction ou à l'autorité de recours. L'adjudicateur opère ensuite la synthèse de ces évaluations en les intégrant dans un tableau comparatif (cf. § 28 al. 3 des directives d'exécution [DEMP] de l'AIMP du 25 novembre 1994/15 mars 2001) qui regroupe l'ensemble des offres, auxquelles sont appliqués les facteurs de pondération pour les différents critères, ainsi que les notes retenues. Ce document permet aux soumissionnaires de vérifier que l'autorité a respecté les règles du jeu qu'elle avait posées initialement. C'est sur la base du tableau comparatif que l'adjudicateur rend la décision d'adjudication. Celle-ci ne comporte généralement qu'une motivation sommaire comportant un extrait du tableau comparatif où figurent les notes obtenues par le soumissionnaire évincé et celles de l'adjudicataire (Poltier, op. cit., p. 213). b) En l'occurrence, la décision attaquée était accompagnée notamment d'un "récapitulatif notation" qui indiquait, pour chaque critère d'adjudication, les notes obtenues respectivement par la recourante et l'adjudicataire. Par la suite, dans la présente procédure de recours, l'autorité intimée a produit des documents intitulés respectivement "rapport de procédure et propositions d'adjudication", version du 14 octobre 2021, "commentaires détaillés notation CFC 358 équipement de cuisine", version du 30 septembre 2021 et "résultat après analyse et notations des offres" (pièces 4 à

E. 6

du bordereau no 1 de l'autorité intimée). Ces documents, qui ont été transmis à la recourante, permettent de comprendre à suffisance de droit comment les offres ont été notées au regard de chaque critère d'adjudication. Dans ces conditions, la réquisition de la recourante est sans objet et les griefs de violation du principe de la transparence et de son droit d'être entendue sont mal fondés, sous réserve du considérant 5 ci-après. 5. La recourante se plaint de ce que la décision attaquée a été rendue à l’issue d’une séance de clarification à laquelle le mandataire de l'autorité intimée avait convié les représentants de l’adjudicataire le 12 octobre 2021; elle y voit une violation du principe de transparence et de l’interdiction de discrimination, dans la mesure où elle-même n’a pas été conviée à participer à une telle séance. a) Au chiffre 5.5 du DAO (cf. partie "Faits" let. A ci-dessus), sous le titre "Audition des candidats", l'adjudicateur s’est réservé le droit de réaliser autant d'auditions qu'il le souhaite, d’une part, et de n'auditionner que les soumissionnaires qui ont des chances objectives d'obtenir le marché et dont le dossier nécessite des clarifications, d’autre part. Cette faculté s’inscrit dans le cadre de ce que permet l’art. 34 RLMP-VD. A l’issue de l’analyse multicritères, il est apparu aux évaluateurs que l’une des entreprises en concurrence arrivait en tête avec 498.36 points. Dès lors, ceux-ci ont estimé devoir faire application du ch. 5.5 du DAO et ont convoqué l’adjudicataire pressenti, afin, pour l’essentiel, que cette entreprise confirme les prix articulés dans son offre, ce qu’elle a fait en

l’espèce. Le contenu du procès-verbal permet du reste de vérifier que cette séance avait un but bien précis. Les représentants de l’adjudicataire ont simplement été appelés à confirmer les prix unitaires offerts, à confirmer qu’ils avaient pris connaissance des conditions générales et particulières de l’ouvrage, ainsi que des plans; en outre, ils n’ont proposé aucune économie particulière possible. En outre, les mandataires de l’autorité intimée ont répondu aux questions des intéressés. Cette séance n’a donc porté que sur des éléments figurant dans l’offre de l’adjudicataire et en aucun cas cette offre ne s’est trouvée modifiée à l’issue de cette séance. b) Il reste néanmoins à vérifier si la recourante, qui n’a pas été conviée à participer à une séance de clarification, peut se plaindre de discrimination à cet égard. La recourante a, il est vrai, présenté l'offre la meilleure marché. Selon ses explications, elle devait également pouvoir être auditionnée en vue de démontrer la qualité de son offre et de défendre son projet. Selon le texte clair du chiffre 5.5 du DAO, l'adjudicateur pouvait se limiter à auditionner les soumissionnaires qui avaient des chances objectives d'obtenir le marché et dont le dossier nécessitait des clarifications. Or, à supposer que la recourante ait eu des chances d'obtenir le marché, rien n'indique que son dossier ait nécessité des clarifications. Cela ne ressort en particulier pas du rapport du 14 octobre 2021, ni d'une autre pièce du dossier. La recourante fait valoir que son offre nécessitait des clarifications, "principalement s'agissant du critère B.2 du rapport de disponibilité" (déterminations du

E. 7

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Au vu du sort du recours, les frais de justice seront mis à la charge de la recourante, qui succombe (cf. art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Pour les mêmes raisons, des dépens seront alloués à l’autorité intimée, qui obtient gain de cause avec l’assistance d’un avocat; ces dépens seront mis à la charge de la recourante (cf. art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). En ce qui concerne l'adjudicataire, du moment que son mandataire est membre de son conseil d’administration, il y a lieu de considérer qu'il a plaidé lui-même dans sa propre cause (cf. arrêts TF 2C_107/2015 du 18 juin 2015 consid. 3.5; 1C_408/2018 du 18 mars 2019 consid. 6.2). Or, ce n'est qu'à certaines conditions (affaire compliquée, valeur litigieuse élevée, défense des intérêts ayant nécessité un travail important qui dépasse ce qui peut être raisonnablement exigé d'un justiciable, etc.) qu'une partie qui défend sa propre cause peut se voir exceptionnellement allouer des dépens (arrêt TF 1C_408/2018 du 18 mars 2019 consid. 6.2; arrêts CDAP GE.2014.0197 du 4 mai 2015 consid. 5; GE.2013.0144 du 28 novembre 2013 consid. 5). Ces conditions ne sont pas réunies en l’espèce, de sorte que l'adjudicataire ne peut prétendre à des dépens. Avec le présent arrêt, la requête de l’autorité intimée tendant à la levée de l’effet suspensif ou à la fourniture de sûretés est sans objet.

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