

VD_OMNI MPU.2022.0008 vom 10. Oktober 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-10-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2022.0008

FR: VD_OMNI MPU.2022.0008 du 10 octobre 2022

IT: VD_OMNI MPU.2022.0008 del 10 ottobre 2022

Regeste

A. _____ c/o B. _____ /C. _____, Direction des Services Industriels | Marché public portant sur l'attribution des prestations liées à la campagne de recherches de fuites sur le réseau de distribution de gaz. Pas de violation du principe de transparence en lien avec l'échelle de notation et la non-communication des sous-critères et de leur pondération respective (consid. 3 et 4). Notation arbitraire du critère des références; cette violation n'a toutefois pas d'incidence sur le résultat final (consid. 5). 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.2021.0026 du 9 novembre 2021 consid. 1a; MPU.2021.0012 du 10 août 2021 consid. 1a; MPU.2020.0013 du 17 septembre 2020 consid. 1a et les références). b) En l'espèce, la recourante a été classée au 2^{ème} rang sur les deux offres évaluées. Elle a obtenu une note finale pondérée de 4.00 contre 4.11 pour l'adjudicataire. Elle critique notamment les notes qui lui ont été attribuées aux critères 2, 3 et 5. Malgré l'écart qui la sépare de l'adjudicataire, si elle était suivie sur une partie de ses moyens, elle arriverait en tête et obtiendrait le marché. Elle soulève également divers griefs sur la régularité de la procédure, qui, s'ils étaient admis, conduiraient à une annulation de la décision d'adjudication attaquée et à une répétition de la procédure. La recourante pourrait alors déposer une nouvelle offre et restaurer ses chances de se voir attribuer 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.2021.0026 du 9 novembre 2021 consid. 2; MPU.2020.0013 du 17 septembre 2020 consid. 2; MPU.2019.0005 du 31 juillet 2019 consid. 2 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.

E. 3

La recourante soutient en premier lieu qu'en attribuant des notes au dixième, l'autorité intimée n'aurait pas respecté le dossier d'appel d'offres, qui ne permettrait selon son interprétation que l'attribution de notes pleines, hormis pour le prix. Le dossier d'appel d'offres prévoyait une échelle de notes de 0 à 5, 0 constituant la plus mauvaise note et 5 la meilleure note (cf. ch. 10.3). A la différence de ce qu'on voit parfois en pratique (cf. par exemple arrêt MPU.2021.0020 du 21 septembre 2021 consid. 5), il ne précisait en revanche pas si la notation se faisait à la note entière, à la demi-note, au dixième ou au centième. En l'absence d'indication à ce sujet, rien n'interdisait par conséquent à l'autorité intimée d'attribuer des notes au dixième. La recourante admet du reste elle-même une exception pour le critère du prix. Le tableau détaillé d'évaluation des offres montre par ailleurs que l'autorité intimée a procédé de la même manière pour tous les critères d'adjudication, ce qui permet d'exclure tout soupçon de manipulation du classement. Mal fondé, ce premier grief doit être écarté.

E. 4

La recourante invoque en outre une violation du principe de la transparence, en lien avec la non-communication au préalable des sous-critères et de leur pondération respective. a) Le principe de transparence, consacré aux art. 1 al. 3 let. c de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (A-IMP; BLV 726.91), 3 let. c et 6 let. h LMP-VD, 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, 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 (cf. arrêts MPU.2021.0035 du 2 mars 2022 consid. 3a; MPU.2021.0019 du 6 octobre 2021 consid. 8a; MPU.2021.0006 du 27 juillet 2021 consid. 3b et les références; ég. ATF 143 II 553 consid. 7.7). Le principe de transparence n'exige en revanche pas la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auxquels il se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié (cf. arrêts MPU.2021.0019 précité

consid. 8a; MPU.2021.0006 précité consid. 2b; MPU.2020.0019 du 11 décembre 2020 consid. 4b et les références). b) En l'espèce, il ressort du tableau détaillé d'évaluation des offres que les critères 2, 3 et 4 étaient subdivisés en sous-critères: quatre, pondérés de 10 à 50%, pour l'organisation pour l'exécution du marché (nombre de personnes; matériel mis à disposition, méthode; tâches et responsabilités); deux, pondérés à 70 et 30%, pour les qualités techniques de l'offre (adéquation des solutions techniques; compréhension du cahier des charges); et cinq, pondérés de 10 à 30%, pour l'organisation du soumissionnaire (certification officielle ou interne; organisation interne; plan hygiène, santé, sécurité du soumissionnaire; capacité en personnel; contribution à la composante sociale du développement durable). Il n'est pas contesté que ces différents sous-critères n'ont pas été annoncés en tant que tels dans le dossier d'appel d'offres. Les soumissionnaires pouvaient néanmoins les déduire du chiffre 3 du dossier d'appel d'offres, qui récapitulait les documents qu'ils devaient fournir pour l'appréciation de chacun des critères d'adjudication. Il était précisé que devaient en effet être jointes les annexes R6, R7, R8 et R9 pour l'organisation pour l'exécution du marché, les annexes R13 et R14 pour les qualités techniques de l'offre et les annexes Q1, Q2, Q3, Q4 et Q5 pour l'organisation du soumissionnaire. Or ces annexes correspondent précisément aux sous-critères appliqués. La recourante n'ignorait ainsi pas sur quelles bases son offre serait appréciée. Cela étant, ce sont surtout les pondérations accordées aux sous-critères en question qu'elle critique. La recourante les qualifie d'imprévisibles et de nature à fausser le marché. Selon la jurisprudence rappelée ci-dessus, pour qu'une violation du principe de transparence soit constaté, il faut que le pouvoir adjudicateur ait accordé à un ou plusieurs sous-critères une importance prépondérante et qu'il leur ait ainsi conféré un rôle équivalent à celui d'un critère publié. Tel n'est manifestement pas le cas des sous-critères prévus pour l'organisation du soumissionnaire, dont les pondérations respectives sont relativement homogènes (entre 10 et 30%). La recourante ne prétend du reste pas le contraire. Il en va de même pour l'organisation pour l'exécution du marché. Si un poids plus élevé (50%) a été accordé au nombre des personnes, ce qui n'est pas critiquable au regard de la nature du marché, il n'était en effet pas important au point de conférer à ce sous-critère un rôle équivalent à un critère publié. La question est plus délicate pour les qualités techniques de l'offre, compte tenu du poids de 70% attribué à l'adéquation des solutions techniques. Quoi qu'en dise la recourante, une telle pondération n'était toutefois pas imprévisible. Les soumissionnaires, qui savaient que le critère serait apprécié sur la base des annexes R13 et R14, pouvaient en effet s'attendre à ce que l'adéquation des solutions techniques proposées pour l'exécution du marché ait une importance prépondérante dans l'évaluation. La recourante a du reste davantage développé ce point que celui de la compréhension du cahier des charges (plusieurs pages contre quelques lignes) dans son offre. On relèvera encore que, dans la mesure où elle a reçu une meilleure note pour ce sous-critère, elle n'a de toute manière pas été pénalisée par cette pondération. Mal fondé, ce grief sera également écarté.

E. 5

La recourante conteste également les notations des critères 2, 3 et 5. Elle les estime arbitraires. a) Le critère "Organisation pour l'exécution du marché", pondéré à 15%, était subdivisé en quatre sous-critères: nombre de personnes; matériel mis à disposition; méthode; tâches et responsabilités (qualifications des personnes clés). La recourante a obtenu les notes de 2, 4, 3 et 3 à ces sous-critères, soit une moyenne pondérée de 2.60; l'adjudicataire, pour sa part, a reçu la note de 4 pour les quatre sous-critères, soit une moyenne pondérée de 4.00. La recourante conteste la note de 2 qui lui a été attribuée au

sous-critère "nombre de personnes". Ce sous-critère a été évalué sur la base des réponses fournies par les soumissionnaires à l'annexe R6. Devaient être mentionnées sous cette rubrique les personnes-clés, leur fonction pour l'exécution du marché, ainsi que leur disponibilité en pourcentage. Devait également être précisé le nombre moyen de personnes prévues sur la durée d'exécution du marché. Dans son offre, la recourante a annoncé un nombre moyen de personnes affectées à l'exécution du marché de 2.5, soit C. _____ comme chef de chantier avec une disponibilité de 20%, Ismael Neto comme technicien avec une disponibilité de 80%, Mathieu Abbet comme technicien avec une disponibilité de 10% et Julien Motolla comme technicien avec une disponibilité de 50%. De son côté, l'adjudicataire a prévu un effectif de 5.5 personnes (équivalent temps plein – ETP). Dans ses écritures, l'autorité intimée a expliqué qu'un effectif moyen de 2.5 personnes était insuffisant, soulignant que trois personnes en permanence, soit une personne habilitée à la conduite du VCR, une personne à pied et une personne pour la campagne de recherche de fuites de nuit, étaient nécessaires pour l'exécution du marché. L'audience a révélé que l'adjudicataire et la recourante n'ont pas compris les exigences de l'annexe R6 de la même manière. L'adjudicataire s'est ainsi fondée pour déterminer l'effectif moyen et les disponibilités demandés sur la durée prévue pour l'exécution du marché telle qu'elle ressort du ch. 1.2 du dossier d'appel d'offres, soit 45 jours par an pour le contrôle en véhicule, 50 jours par an pour le contrôle à pied, 20 nuits par an pour le contrôle de nuit, 25 jours par an pour les travaux de localisation et 20 jours par an pour les travaux de logistiques. La recourante, en revanche, a adopté une autre approche. Les pourcentages qu'elle a indiqués correspondent en effet non pas aux pourcentages affectés pour les durées indiquées au ch. 1.2 du dossier d'appel d'offres mais aux pourcentages moyens affectés annuellement pour l'exécution du marché. L'interprétation de la recourante n'est pas défendable. Le texte de l'annexe R6 est clair sur ce point. Il prévoit que les soumissionnaires doivent indiquer les moyens humains qu'ils proposent de mettre en place pour exécuter le marché " en conformité avec les exigences, les objectifs et les échéances principales ". Il précise par ailleurs concernant l'effectif moyen demandé qu'il s'agit de celui prévu " sur la durée d'exécution du marché ". La recourante ne pouvait raisonnablement pas comprendre sur cette base qu'elle devait indiquer les pourcentages de disponibilités annuels. De tels renseignements n'ont aucun intérêt pour le pouvoir adjudicateur. Ce qui lui importe est de connaître l'effectif proposé pour la ou les périodes d'exécution du marché. La recourante, qui s'est trompée en remplissant l'annexe R6, doit en subir les conséquences. Il n'y a dès lors pas lieu de convertir les pourcentages annuels qu'elle a indiqués. Au regard des effectifs moyens qui doivent être retenus pour chacun des soumissionnaires, l'offre de l'adjudicataire est incontestablement meilleure, ce qui justifie une différence de notation. La recourante admet du reste implicitement qu'un effectif moyen de 2.5 ETP pour la seule durée d'exécution du marché est insuffisant, puisqu'elle a proposé un tel effectif pour l'année. Elle ne peut par ailleurs tirer aucun argument de la note de 4 qui lui a été attribuée sur ce sous-critère avec les mêmes indications lors du précédent marché adjugé en 2018. Cette note ne saurait constituer un acquis. Lors de la mise en concurrence du renouvellement d'un mandat, les attentes d'un pouvoir adjudicateur, compte tenu des évolutions techniques, de nouvelles réflexions ou de constatations faites sur le terrain, ne sont en effet plus forcément les mêmes (cf. arrêt MPU.2021.0020 du 21 septembre 2021 consid. 7a). Une offre identique ne conduira ainsi pas nécessairement à la même notation, ce d'autant moins avec le barème utilisé dans le cas particulier, qui implique une comparaison entre les soumissionnaires, les notes de 4 et 5 étant réservées aux offres présentant des avantages particuliers par rapport à

leurs concurrents (cf. arrêts MPU.2021.0034 du 11 février 2022 consid. 5b/aa; MPU.2021.0020 précité consid. 7a). La note insuffisante de 2 attribuée à la recourante et l'écart la séparant de l'adjudicataire apparaissent dès lors justifiés ou à tout le moins pas arbitraires. b) Le critère "Qualités techniques de l'offres", pondéré à 40%, était subdivisé en deux sous-critères: adéquation des solutions techniques et compréhension du cahier des charges. La recourante a obtenu les notes de 4 et de 3 à ces sous-critères, soit une note pondérée de 3.70; l'adjudicataire, pour sa part, a reçu la note de 4 pour les deux sous-critères, soit une note pondérée de 4.00. La recourante juge incompréhensible la différence de notation entre elle et sa concurrente sur le sous-critère de la compréhension du cahier des charges. Ce sous-critère a été évalué sur la base des réponses fournies par les soumissionnaires à l'annexe R14. Dans ses écritures, l'autorité intimée a expliqué qu'à la différence de la recourante, l'adjudicataire s'était efforcée de déterminer les facteurs potentiels de perturbation du marché et qu'elle avait notamment pris en compte le risque de météo défavorable. Pour la recourante, une telle mention n'apporterait aucune plus-value. Il s'agirait d'une règle connue des SIL, issue des normes internationales. Il n'en demeure pas moins que la météo est primordiale dans le contrôle de gaz et qu'elle constitue la principale difficulté que les prestataires peuvent rencontrer lors de l'exécution du marché. Quoiqu'il en soit, indépendamment de cet élément, la comparaison des offres montre que les réponses données par l'adjudicataire sont de manière générale plus pertinentes que celles de la recourante, qui n'a par exemple pas véritablement répondu à la question 2 sur les points faibles du cahier des charges, se limitant à regretter que le fait d'avoir déjà effectué le contrôle sur les mandants précédents ne soit pas récompensé, ce qui n'a rien à voir avec la compréhension du cahier des charges. Au regard de ces éléments, l'écart de notation entre la recourante et l'adjudicataire apparaît justifié ou à tout le moins pas arbitraire. c) Le critère "Références" était pondéré à 5%. La recourante et l'adjudicataire ont obtenu chacune la note de 4 à ce sous-critère. La recourante soutient que cette égalité serait injustifiable. Les soumissionnaires devaient fournir trois références, si possible qui sont en rapport avec le type de marché, en termes de complexité et d'importance, qui démontrent l'aptitude, les compétences et l'expérience nécessaires pour le marché à exécuter, qui sont achevées depuis moins de dix ans ou en cours d'exécution mais proches d'être achevées et qui reflètent le même type d'organisation exigée pour le marché à exécuter. Contrairement à ce que l'autorité intimée soutient dans ses écritures, les références fournies par les deux soumissionnaires ne portent pas sur des marchés qu'on peut qualifier d'identiques. En termes d'importance, elles ne sont clairement pas équivalentes (906'000 fr. 148'238 fr. et 700'000 fr. pour la recourante contre 34'000 fr., 86'000 fr. et 74'000 fr. pour l'adjudicataire). Cela aurait dû justifier une différence de notation. Cela étant, un écart d'un point, voire même de deux points, entre les deux soumissionnaires sur ce critère ne suffirait pas pour inverser le classement. La recourante resterait derrière l'adjudicataire avec une différence de respectivement 0.06 ou 0.01 point sur la note finale pondérée.

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 des indemnités à titre de dépens à l'autorité intimée et à l'adjudicataire, qui ont procédé chacune par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel (cf. art. 55 al. 1 LPA-VD). Comme Me Brahier n'est intervenu qu'en cours de procédure, l'indemnité de l'adjudicataire sera moindre que celle de l'autorité intimée (cf. art. 11 al. 2 du tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative [TJFDA; BLV

173.36.5.1], qui prévoit qu'il faut tenir dans la fixation des dépens de l'ampleur du travail effectué).

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