

# VD\_OMNI MPU.2022.0020 vom 1. Februar 2023

VD Tribunal cantonal, 2023-02-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2022.0020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2022.0020)

FR: VD\_OMNI MPU.2022.0020 du 1 février 2023

IT: VD\_OMNI MPU.2022.0020 del 1 febbraio 2023

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/Syndicat d'améliorations foncières Paudille et Sur Panessière, B. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_ | Marché public portant sur des travaux de sécurisation de parois rocheuses. La recourante, soumissionnaire évincée, n'a pas respecté le cahier des charges en prévoyant des layons pour accéder sur le chantier. L'autorité intimée aurait dès lors dû l'exclure purement et simplement de la procédure d'adjudication. Elle n'avait pas à l'inviter à compléter son offre pour la rendre compatible avec le cahier des charges. La procédure de clarification n'a pas pour but de repêcher les offres, qui ne respecteraient pas les exigences fixées. Recours rejeté.

## Erwägungen

### E. 1

Le Tribunal cantonal examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis. a) A titre préalable, il y a lieu de rappeler que la loi sur les marchés publics du 14 juin 2022 (LMP-VD; BLV 726.01), ainsi que son règlement d'application du 29 juin 2022 (RLMP-VD; BLV 726.01.1), sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023 et qu'ils ont abrogé la loi sur les marchés publics du 24 juin 1996 (aLMP-VD), ainsi que son règlement d'application du 7 juillet 2004 (aRLMP-VD). Selon l'art. 16 a contrario LMP-VD, l'ancien droit reste toutefois applicable aux procédures d'adjudication qui, comme en l'occurrence, ont été lancées avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. b) 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). c) En l'espèce, la recourante a été classée au 2<sup>ème</sup> rang sur les quatre offres évaluées. Elle a obtenu une note finale pondérée de 3.77 contre 3.96 pour le consortium adjudicataire. Elle se plaint essentiellement d'une violation du principe de l'intangibilité de l'offre, reprochant au pouvoir adjudicateur d'avoir modifié le prix de

l'offre qu'elle a déposée. Si elle était suivie sur cet argument et si l'évaluation du critère du prix se faisait sur celui figurant dans son offre, elle arriverait en tête et obtiendrait le marché. Il convient par conséquent d'admettre sa qualité pour recourir. d) Pour le surplus, le recours a été déposé dans les délai et formes prescrits par les art. 10 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (aLMP-VD) 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 aLMP-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 se plaint d'une violation du principe d'intangibilité de l'offre. Elle reproche à l'autorité intimée d'avoir modifié le prix de l'offre qu'elle a déposée, l'augmentant d'un montant de 140'000 francs. Elle lui fait grief à titre subsidiaire de s'être fondée pour recalculer le prix de son offre sur la variante la plus chère qu'elle a proposée, alors qu'elle avait insisté sur sa préférence pour l'option à 65'000 francs. a) L'art. 29 al. 3 aRLMP-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, 3<sup>ème</sup> 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 du cahier des charges par un soumissionnaire, afin de rendre les offres comparables entre elles, par exemple en supprimant une plus-value sans objet (arrêts MPU.2019.0023 du 20 mai 2020 consid. 4b; MPU.2019.0010 du 11 novembre 2019 consid. 4b; MPU.2016.0026 du 23 novembre 2016 consid. 3a et les arrêts cités). L'adjudicateur peut aussi corriger les erreurs évidentes de calcul et d'écriture, conformément à l'art. 33 al. 2 aRLMP-VD (arrêts précités MPU.2019.0023 consid. 4b; MPU.2019.0010 consid. 4b, MPU.2016.0026 consid. 3a et les arrêts cités), notamment après avoir demandé des explications au soumissionnaire, en application de l'art. 34 al. 1 aRLMP-VD (arrêt MPU.2009.0020 du 15 juin 2010, relaté in DC 2010 p. 224 ). Ces corrections ne sauraient toutefois aboutir à une modification de l'offre (cf. Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 238). La distinction entre ce qui relève de la correction des erreurs et de la clarification des offres (admissible) et ce qui ressortit à la modification des offres contraire au principe de l'intangibilité peut se révéler délicate (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2.). b) Selon l'art. 32 aRLMP-VD, une offre, qui n'est pas conforme aux prescriptions et conditions fixées dans le concours, qui est incomplètement remplie ou qui a subi des adjonctions ou modifications, peut être exclue (2<sup>ème</sup> tiret let. a). L'exclusion de la procédure doit se faire toutefois dans

le respect des principes de la proportionnalité et de l'interdiction du formalisme excessif; elle ne peut se fonder sur des éléments mineurs, ou du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication (ATF 141 II 353 consid. 8.2; ég. arrêts MPU.2021.0037 du 11 avril 2022 consid. 5a; MPU.2018.0014 du 14 août 2018 consid. 8, MPU.2015.0037 du 25 janvier 2016 consid. 6a et les arrêts cités). c) En l'espèce, l'autorité intimée ne conteste pas avoir ajouté un montant de 140'000 fr. au prix offert par la recourante. Elle explique dans ses écritures que ce montant correspond au coût additionnel généré pour rendre l'offre de la recourante conforme au cahier des charges. Pour elle, le procédé par layons prévu par la recourante comme mode opératoire d'exécution du marché ne respecterait en effet pas l'art. 6.2.1.1 des conditions particulières du dossier d'appel d'offres. Le consortium adjudicataire partage cet avis. Il va même plus loin et estime que ce constat aurait dû conduire à l'exclusion de l'offre de la recourante. aa) L'art. 6.2.1.1 des conditions particulières du dossier d'appel d'offres a la teneur suivante: "L'accès à la zone d'installation se fera par la route puis l'accès à l'aire de chantier se fera par la route et à "travers-champs" à pied selon les possibilités. L'entrepreneur devra décrire le passage et la manière utilisée pour accéder aux divers secteurs. Aucune piste d'accès n'a été mise à l'enquête et ne pourra être créé par l'entrepreneur." Il ressort de l'offre de la recourante qu'elle a prévu, pour l'acheminement et l'évacuation des matériaux, de réaliser au pied des parois des layons dont la largeur varie de 1,2 à 2 mètres sur le secteur Sur Panessière et de 2,5 mètres sur le secteur Paudille. Ces layons seraient empruntés par des véhicules de type forestier tels que pelle menzi et transporteur carron. Les aménagements consisteraient en des corrections locales de creux et de bosses. En fin des travaux, un "gommage" des layons ainsi qu'un ensemencement de leur surface sont planifiés. Certes, ces aménagements sont provisoires et restent relativement légers. Il n'en demeure pas moins que les layons projetés constituent bien des "pistes d'accès". Or l'art. 6.2.1.1 des conditions particulières du dossier d'appel d'offres est clair sur ce point. Il interdit la création de toute piste d'accès. Il ne prévoit par ailleurs aucune exception. Le fait que le procédé prévu ne nécessiterait selon la recourante ni autorisation, ni mise à l'enquête publique importe dès lors peu. Quoi qu'il en soit, interpellée par le pouvoir adjudicateur, la DGTL a contredit ces affirmations. Par courriers électroniques des 7 et 10 octobre 2022, confirmés par lettre du 1<sup>er</sup> décembre 2022, elle a indiqué en effet qu'indépendamment de la problématique liée au nouveau classement de plusieurs parcelles à l'inventaire cantonal des prairies et pâturages (PPS), une enquête publique complémentaire serait nécessaire pour la réalisation des layons envisagés, vu leur importance, notamment en termes de largeur. La directive sur laquelle la recourante s'appuie ne lui est d'aucun secours, puisqu'elle émane du service d'un autre canton et ne porte que sur les infrastructures à usage forestier. C'est en vain par ailleurs que la recourante semble remettre en cause le choix de l'autorité intimée, en faisant valoir qu'en raison de la présence de deux lignes moyenne tension (MT), il serait plus opportun d'accéder à la zone par le bas, comme elle l'a proposé. L'interdiction de créer des pistes d'accès était en effet une exigence du pouvoir adjudicateur à laquelle les soumissionnaires devaient satisfaire. La recourante pouvait tout au plus proposer son procédé à titre de variante, dans la mesure où celles-ci étaient admises (cf. ch. 2.11 de l'appel d'offres et ch. 4.5.2 des conditions particulières). C'est ainsi à juste titre que l'autorité intimée a retenu que la méthodologie d'intervention proposée par la recourante pour l'exécution des travaux n'était pas conforme au cahier des charges. bb) Cela étant, elle n'a pas exclu l'offre de l'intéressée. Elle l'a interpellée et l'a invitée à compléter son offre, en chiffrant le coût additionnel engendré par un procédé sans layons. La jurisprudence rappelée ci-dessus permet certes au pouvoir

adjudicateur de corriger les effets d'une mauvaise compréhension du cahier des charges par un soumissionnaire, afin de rendre les offres comparables entre elles. Cette procédure de clarification ne saurait toutefois avoir pour but de repêcher les offres de soumissionnaires, qui ne respecteraient pas les exigences fixées. Un tel procédé serait en effet contraire aux principes de transparence et de non-discrimination. Or, en l'occurrence, comme l'autorité intimée l'a répété dans ses écritures, l'art. 6.2.1.1 des conditions particulières du dossier d'appel d'offres était parfaitement clair sur la question de l'accès au chantier. On ne se trouve ainsi pas dans le cas de figure visé par la jurisprudence. Le manquement, qui a pour conséquence un coût additionnel de 140'000 fr., ne saurait pas ailleurs être considéré comme mineur. Il a du reste eu une incidence sur le classement final, puisque, sans la correction opérée par le pouvoir adjudicateur sur le montant de l'offre de la recourante, celle-ci serait arrivée en tête. Pour ces raisons, l'autorité intimée ne pouvait pas inviter la recourante à compléter son offre pour la rendre conforme au cahier des charges et aurait dû l'exclure purement et simplement de la procédure d'adjudication litigieuse. cc) On relèvera encore que, de toute manière, à supposer même une correction de l'offre de la recourante possible, l'autorité intimée n'avait pas d'autre choix que de se fonder sur la variante chiffrée à 140'000 francs. L'autre variante proposée, certes moins chère (65'000 fr.), impliquait en effet également la réalisation de layons (dont le tracé aurait simplement été adapté pour éviter les parcelles "PPS"), de sorte qu'elle n'était pas compatible non plus avec l'art. 6.2.1.1 des conditions particulières.

#### **E. 4**

Dans la mesure où l'offre de la recourante aurait dû être exclue, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres griefs qu'elle a soulevés.

#### **E. 5**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée, ce qui rend sans objet les requêtes de levée de l'effet suspensif déposées par l'autorité intimée et le consortium adjudicataire. 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 au consortium adjudicataire, qui ont procédé chacun 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.