

# VD\_OMNI MPU.2022.0021 vom 26. April 2023

VD Tribunal cantonal, 2023-04-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2022.0021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2022.0021)

FR: VD\_OMNI MPU.2022.0021 du 26 avril 2023

IT: VD\_OMNI MPU.2022.0021 del 26 aprile 2023

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/Direction des Services industriels, B. \_\_\_\_\_ | Confirmation de la décision d'adjudication de la Ville de Lausanne, relative à la fourniture d'une nouvelle installation de traitement d'eau pour le chauffage à distance. La notation n'est pas sujette à critique, la recourante n'ayant pas totalement satisfait au cahier des charges. L'autorité intimée pouvait en outre, sans arbitraire, mieux noter des offres garantissant une sécurité accrue. Recours rejeté.

## Erwägungen

### E. 1

a) Le 1<sup>er</sup> janvier 2023 est entré en vigueur pour le Canton de Vaud le nouvel Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (A-IMP; BLV 726.91), 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). Ces deux derniers textes ont respectivement abrogé la loi sur les marchés publics du 24 juin 1996 (aLMP-VD), ainsi que l'ancien règlement d'application du 7 juillet 2004 (aRLMP-VD). Selon l'art. 64 al. 1 AIMP et l'art. 16 a contrario LMP-VD, l'ancien droit reste toutefois applicable aux procédures d'adjudication qui ont été lancées avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. b) En l'occurrence, le recours est dirigé contre une décision d'adjudication rendue avant le 1<sup>er</sup> janvier 2023, si bien que l'ancien droit est applicable à la présente cause.

### E. 2

Le Tribunal examine d'office si les conditions de recevabilité du recours sont remplies. a) L'autorité intimée soutient que le recours est irrecevable pour deux motifs. Premièrement, elle fait valoir que le recours a été déposé par la succursale de \*\*\*\*\* (ZH) de la recourante qui est dépourvue de personnalité juridique et de capacité d'ester en justice. Deuxièmement, elle soutient en substance que le recours est insuffisamment motivé dès lors qu'il ne contient pas de conclusions et que la recourante se plaint uniquement de ne pas avoir eu suffisamment d'explications concernant la notation du critère " qualité de l'offre ". b) aa) La capacité d'ester en justice suppose en principe l'exercice des droits civils (art. 67 al.1 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 [CPC; RS 272] applicable par analogie; cf. arrêt PS.2022.0010 du 10 mai 2022 consid. 1 et réf. citées). On entend par succursale un établissement commercial qui, dans la dépendance d'une entreprise principale dont il fait juridiquement partie, exerce une activité similaire, de façon durable et avec ses propres installations, et qui jouit d'une certaine autonomie financière et commerciale (ATF 117 II 85 consid. 3; 108 II 122 consid. 1; arrêts TF 4A\_476/2021 du 6 juillet 2022 consid. 3.1 ; 4A\_87/2019 du 2 septembre 2019 consid. 1; 4A\_473/2011 du 22 décembre 2011 consid. 2.2). En dépit de cette autonomie relative, la succursale n'a pas d'existence juridique. Elle ne peut pas ester en justice, ni être poursuivie (ATF 120 III 11 consid. 1a; 90

II 192 consid. 3a). bb) En l'occurrence, le recours a été rédigé sur un papier à en-tête de la succursale de \*\*\*\*\* (ZH) de A. \_\_\_\_\_ qui ne dispose pas de la personnalité juridique et donc de la capacité d'ester en justice. Il a en outre été signé au nom de A. \_\_\_\_\_ par le seul D. \_\_\_\_\_, lequel ne dispose que d'une signature collective à deux pour engager la société principale, dont le siège est situé à \*\*\*\*\*. La réplique avec le papier en-tête de la SA a toutefois été signée par E. \_\_\_\_\_, qui dispose de la signature individuelle. On peut ainsi admettre que le recours a été ratifié par la SA, de sorte qu'il a été régularisé, certes après le l'échéance du délai de recours. c) Selon l'art. 79 al. 1 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD, l'acte de recours doit notamment indiquer les conclusions et motifs du recours. En l'occurrence, comme le relève l'autorité intimée, l'acte de recours contient une motivation très succincte et la recourante n'a pas expressément contesté l'adjudication mais a uniquement demandé l'accès à des informations sur l'évaluation. Même si la jurisprudence se montre généralement peu exigeante (Bovay/Blanchard/Grisel Rapin, LPA-VD annotée, ch. 2.1 ad art. 79 LPA-VD et réf. citées), il est donc douteux que le recours satisfasse aux conditions de recevabilité sur ce point. d) Cela étant, la question de la recevabilité du recours peut toutefois demeurer indéterminée dès lors qu'il doit de toute façon être rejeté sur le fond. Pour le surplus, le recours a été interjeté dans le délai utile de dix jours, applicable en vertu de l'ancien droit, et la recourante, classée en deuxième position, a une chance raisonnable de se voir attribuer la marché en cas d'admission de son recours (art. 75 al. 1 let. a LPA-VD).

### **E. 3**

La recourante se plaint implicitement d'une violation de son droit d'être entendue, dans la mesure où la motivation de la décision attaquée ne lui aurait pas permis de saisir les motifs pour lesquels elle a obtenu la note 2.5 en lien avec le critère " Qualités techniques de l'offre ". Dans sa réplique du 1<sup>er</sup> février 2023, la recourante se plaint en outre de ne pas avoir pu consulter l'entier du dossier. a) Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. confère à toute personne le droit d'exiger, en principe, qu'un jugement ou une décision défavorable à sa cause soit motivé. Cette garantie tend à éviter que l'autorité ne se laisse guider par des considérations subjectives ou dépourvues de pertinence; elle contribue ainsi à prévenir une décision arbitraire. L'objet et la précision des indications à fournir dépend de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas; néanmoins, en règle générale, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée (ATF 133 III 439 consid. 3.3; 126 I 97 consid. 2b). Selon l'art. 42 al. 2 aRLMP-VD, les décisions de l'adjudicateur sont sommairement motivées et indiquent la voie de recours (al. 2). Sur demande d'un soumissionnaire non retenu par l'adjudication, l'adjudicateur indique les motifs essentiels pour lesquels son offre n'a pas été retenue; les caractéristiques et avantages de l'offre retenue (al. 3). b) En l'occurrence, il est vrai que la décision attaquée, à laquelle était jointe le tableau d'évaluation des offres, était très succinctement motivée. Malgré ce que prétend l'autorité intimée, il est douteux qu'elle satisfasse aux conditions relevant du droit d'être entendu. Cela étant, l'art. 42 al. 2 aRLMP-VD permet à l'autorité de motiver sommairement sa décision et il ne ressort pas du dossier ni d'une autre preuve que la recourante aurait, comme elle le soutient, demandé avant l'échéance du délai de recours à l'autorité intimée d'exposer les motifs pour lesquels son offre n'a pas été retenue (art. 42 al. 3 aRLMP-VD). En outre, dans le cadre de la présente procédure, l'autorité intimée a produit son dossier complet, qui contient les détails de l'évaluation de chaque critère, et elle s'est déterminée dans sa réponse sur les motifs qui l'ont conduite à attribuer la note 2.5 à la recourante pour le critère "Qualités techniques de l'offre". Enfin, contrairement à ce qu'elle

allègue, la recourante avait la possibilité de consulter le dossier de la cause produit par l'autorité intimée; seule la consultation des offres des autres soumissionnaires – et en particulier de celle de l'adjudicataire – lui était interdite, ce qui importe peu puisqu'elle n'émet aucun grief en lien avec la manière dont l'offre de l'adjudicataire a été appréciée. Il résulte de ce qui précède que la recourante a pu avoir connaissance des motifs qui ont conduit l'autorité intimée à écarter son offre et a eu l'occasion de se déterminer à ce propos. A supposer que la décision attaquée ait été insuffisamment motivée, la violation du droit d'être entendue doit être considérée comme étant réparée. Ce grief doit donc être rejeté.

#### **E. 4**

La recourante a émis divers griefs quant à l'évaluation des offres. a) 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 aA-IMP que par l'art. 98 LPA-VD (cf. ATF 141 II 14 consid. 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 insoutenable (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). b) La recourante estime d'abord que la note de 2.5 attribuée à son offre pour le critère " Qualités techniques de l'offre " n'était pas justifiée. Selon la pondération annoncée dans les documents d'appel d'offres, le critère " Qualités techniques de l'offre " devait être évalué au moyen de deux sous-critères, pondérés à 50% chacun, qui sont les " Qualités et adéquation des solutions techniques proposées pour l'exécution du marché " (sous-critère 3.1) et le " Degré de compréhension du cahier des charges et des prestations à exécuter " (sous-critère 3.2). Selon le rapport d'évaluation de l'autorité intimée, la recourante a obtenu la note 1 au sous-critère 3.1, au motif que l'offre "ne répond pas aux exigences techniques essentielles de l'installation (dimensionnement). Avec une seule ligne d'osmose inverse, et une seule pompe haute pression par ligne, le n-1 est de 0m<sup>3</sup>/h. Ce qui crée une insécurité de fonctionnement sensible. De plus, avec une seule ligne fonctionnant en 0-100% le débit n'est pas variable, mais de 0 ou 10m<sup>3</sup>/h. La proposition faite par le soumissionnaire sur ce point ne répond pas aux attentes" . S'agissant du sous-critère 3.2, se rapportant à l'annexe R14, l'offre de la recourante a obtenu la note 4, avec la justification suivante: "Le soumissionnaire montre avoir compris les enjeux en revanche un certain flou de l'importance de l'installation de traitement d'eau pour notre réseau CAD s'est fait ressentir. L'importance de la sécurité n-1 semble floue" . c) La recourante conteste que la proposition d'une seule ligne de production crée une insécurité sensible, précisant que ces équipements fonctionnent largement 10 à 20 ans sans problème. Elle critique également l'intérêt d'un dispositif avec débit variable, exigence qui ne figurait pas dans le dossier d'appel d'offres. Ce faisant, la recourante ne démontre pas que l'appréciation de l'autorité intimée serait arbitraire. On ne peut en effet reprocher à l'autorité intimée d'avoir mieux évalué des offres qui garantissaient une sécurité accrue par la proposition d'une double ligne de production.

La recourante, qui se limite à soutenir que les équipements qu'elle propose fonctionnent 10 à 20 ans sans problème, ne permet pas de remettre en cause le bien-fondé de cette appréciation. En outre, l'autorité intimée a pu établir que le chiffre 1.2 du dossier d'appel d'offres prévoyait expressément, s'agissant du dimensionnement de l'installation, les paramètres suivants: "- Débit d'eau traitée variable entre 0 et 10m<sup>3</sup>/h - Débit d'eau traitée n-1 : ≥ 7m<sup>3</sup>/h - Construction modulaire pour permettre une extension quantitative et qualitative future" Il en ressort que, contrairement à ce que soutient la recourante, l'exigence d'un dispositif avec débit variable figurait expressément dans le dossier d'appel d'offres, qui n'a pas été contesté en temps utile par la recourante. Dans ces circonstances, il est à nouveau exclu de reprocher à l'autorité intimée d'avoir considéré qu'en ne proposant pas un tel dispositif, l'offre de la recourante ne satisfaisait pas totalement au cahier des charges. Dans de telles circonstances, l'attribution de la note 1 au sous-critère 3.1 à la recourante n'apparaît pas sujette à critique et doit être confirmée. Pour le même motif, on ne voit pas de raison de s'écarter de la notation du sous-critère 3.2, qui se rapporte au degré de compréhension du cahier des charges et des prestations à exécuter. Le fait de ne pas totalement satisfaire aux exigences du marché ne permettait manifestement pas à l'autorité intimée d'attribuer la note maximale à la recourante. Ce grief doit donc être écarté d) Dans sa réplique du 1<sup>er</sup> février 2023, la recourante paraît remettre en cause la manière dont l'autorité intimée a évalué le prix (sous-critère 1), notamment s'agissant de l'exigence de proposer un prix d'achat pour une durée de 10 ans et de la maintenance pour une durée de 10 ans. Elle considère qu'il s'agit d'un changement important par rapport au cahier des charges initial et que le contrat de maintenance, difficile à proposer, serait une notion difficile à apprécier. Dans la mesure où la recourante remet en cause le contenu du cahier des charges pour compléments à l'offre déposée (pièce 13 du bordereau de l'autorité intimée), ses griefs sont tardifs puisqu'elle n'a pas contesté en temps utile les nouvelles exigences imposées par l'autorité intimée, particulièrement s'agissant de la liste de prix. Quoi qu'il en soit, la recourante n'expose de toute manière pas en quoi les griefs qu'elle invoque auraient eu une quelconque incidence sur l'évaluation du prix de son offre. Son argumentation ne peut donc qu'être rejetée. e) Il résulte de ce qui précède que les griefs formulés par la recourante à l'encontre de l'évaluation des offres par l'autorité intimée s'avèrent infondés.

## **E. 5**

Mal fondé, le recours doit être rejeté et la décision d'adjudication attaquée confirmée. La recourante, qui succombe, supportera les frais de la procédure (art. 49 LPA-VD). L'autorité intimée, qui a agi par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel, a droit à une indemnité à titre de dépens, qui sera mise à la charge de la recourante. L'adjudicataire, qui n'est pas intervenu dans le cadre de la procédure, n'a pas droit à des dépens (art. 55 LPA-VD).