

VD_OMNI MPU.2023.0008 vom 21. Juni 2023

VD Tribunal cantonal, 2023-06-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2023.0008

FR: VD_OMNI MPU.2023.0008 du 21 juin 2023

IT: VD_OMNI MPU.2023.0008 del 21 giugno 2023

Regeste

A. _____ /Direction générale des immeubles et du patrimoine, B. _____ | Rejet du recours formé contre la décision d'adjudication du lot fenêtres et portes en métal des travaux de sécurisation, rénovation et assainissement de la Prison de la Croisée prise par la DGIP. Adjudicataire ayant démontré disposer des certifications ISO en lien avec la notation du critère de la contribution du soumissionnaire au développement durable et attestation se référant à l'existence d'une succursale au Portugal. Pas de motif de pénaliser son offre de ce fait. Existence d'une succursale à l'étranger pas assimilable à de la sous-traitance prohibée par le cahier des charges. Ecart entre le prix offert par l'adjudicataire et celui offert en moyenne par les autres soumissionnaires inférieur au seuil de 30% à partir duquel le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à des vérifications s'il envisage l'exclusion d'une offre.

Erwägungen

E. 1

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 1er 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. 64 al. 1 AIMP et 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. L'ancien droit est donc applicable à la présente cause.

E. 2

Le recours a été interjeté auprès de l'autorité compétente dans le délai utile de dix jours, applicable en vertu de l'ancien droit (art. 10 aLMP-VD), et la recourante, classée en deuxième position dans l'évaluation des offres, a des chances raisonnables, compte tenu de l'écart de notation entre les deux offres, de se voir attribuer le marché si son grief est admis (art. 75 al. 1 let. a LPA-VD; ATF 141 II 307 consid. 6, traduit in: JdT 2016 I 120). Il convient donc d'entrer en matière.

E. 3

La recourante a requis la production de l'ensemble des offres. Les éléments contenus dans les écritures des parties permettaient à la recourante de comprendre la notation critiquée. Pour le surplus, la recourante n'a pas exposé en quoi la consultation des offres des autres soumissionnaires lui était nécessaire pour contester la décision attaquée. Pour le surplus, la recourante a eu la possibilité de consulter le dossier, sous réserve des offres des autres soumissionnaires. Il convient donc de rejeter cette requête.

E. 4

La recourante critique l'évaluation de l'offre de l'adjudicataire. Elle estime en substance que l'attribution de la note *4* au sous-critère 4.2. à l'offre de l'adjudicataire n'est pas justifiée en raison de ses liens avec une société portant le même nom au Portugal. Elle s'interroge sur le respect de l'interdiction de la sous-traitance par l'adjudicataire. La présence d'une succursale au Portugal aurait inexorablement un impact environnemental et des conséquences sur le sous-critère de la contribution au développement durable. La seule certification ISO 14000 ne justifierait pas l'attribution de la note *4*. La recourante soutient que l'offre de la recourante aurait dû se voir attribuer la note *2* pour ce sous-critère. En réplique, la recourante a en outre indiqué que la fabrication de 10% des fournitures dans la succursale au Portugal nécessiterait des éclaircissements dès lors que le marché litigieux n'intègre pas d'éléments standardisés. 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 aAIMP 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 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). b) En l'occurrence, les critiques de la recourante portent sur l'évaluation du sous-critère 4.2. " Contribution du candidat et soumissionnaire au développement durable ". Il résulte du cahier des charges que ce sous-critère devait être évalué au moyen des indications fournies par les soumissionnaires dans l'annexe Q5 du Guide romand. Il résulte des explications fournies par l'autorité intimée dans sa réponse que l'attribution de la note *4* s'explique par le fait que l'adjudicataire a indiqué dans l'annexe Q5 disposer d'une attestation de sa certification ISO 45001 (2018) et ISO 14001 (2015), ce qui est confirmé par une pièce selon laquelle cette certification vaut également pour sa succursale située au Portugal. L'autorité intimée s'est référée à l'annexe T5 du Guide romand sur les marchés publics " Notation du critère de la contribution du soumissionnaire au développement durable ". L'appréciation de l'autorité intimée échappe à la critique. Il résulte du contenu du Guide romand (annexes Q5 et T5 précitées), auquel se référait le cahier des charges, que la notation de ce critère repose sur une classification entre les différents certificats et labels selon une méthodologie d'ailleurs développée par l'Etat de Vaud. Autrement dit, l'attribution de la note *4* aux soumissionnaires qui, comme l'adjudicataire, disposent de la double certification ISO 45001 (2018) et ISO 14001 (2015) repose sur une analyse de ces certifications par rapport aux lignes directrices de la norme ISO 26'000. Ce n'est qu'en l'absence de certification que la notation repose sur une analyse de l'entreprise sur la base des réponses aux questions figurant dans l'annexe Q5. En l'occurrence, l'adjudicataire a indiqué et démontré disposer de la double certification ISO 45001 (2018) et ISO 14001 (2015). L'attestation se réfère en outre expressément à l'existence d'une succursale au Portugal si bien que cet élément a été

vraisemblablement pris en compte par l'organisme de certification; rien ne permet en tout cas d'affirmer que tel ne serait pas le cas comme le soutient la recourante. L'autorité intimée n'avait donc pas de motif de pénaliser l'offre de l'adjudicataire en raison de l'existence de cette succursale. Pour le surplus, on ne voit pas quels "éclaircissements" seraient nécessaires – la recourante ne le précise d'ailleurs pas – en lien avec le travail qui serait confié par l'adjudicataire à sa succursale. Aucune disposition légale ou de l'appel d'offres n'interdit en effet à l'adjudicataire de confier tout ou partie de la réalisation du marché litigieux à une succursale. A cet égard, les indications fournies par l'adjudicataire à l'autorité adjudicatrice lors de la séance de clarification ne revêtent tout au plus qu'une portée explicative. Pour le surplus, c'est également à tort que la recourante laisse entendre que le fait de disposer d'une succursale à l'étranger serait assimilable à de la sous-traitance prohibée par le cahier des charges. En effet, même si elle dispose d'une certaine autonomie financière et commerciale, une succursale fait juridiquement partie de l'entreprise principale et n'a pas d'existence juridique propre. La situation est donc différente de celle où le soumissionnaire fait appel à un tiers pour exécuter tout ou partie des prestations faisant l'objet du marché public. Ce grief doit donc être rejeté.

E. 5

Dans sa réplique, la recourante fait encore valoir que le prix offert par l'adjudicataire serait "anormalement bas" par rapport à celui des trois autres soumissionnaires, si bien qu'il serait douteux que l'adjudicataire serait la seule exécutrice des éléments standardisés. Elle ne cite toutefois aucune disposition légale dont la violation serait invoquée. a) D'après l'art. 32 al. 1, 2e tiret, let. b du règlement du 7 juillet 2004 d'application de la loi sur les marchés publics (aRLMP-VD; BLV 726.01.1), une offre peut être exclue notamment lorsqu'elle comporte des prix anormalement bas non justifiés selon l'art. 36 RLMP-VD. Cette dernière disposition prévoit que " si pour un marché donné, des offres paraissent anormalement basses par rapport à la prestation, l'adjudicateur, avant de pouvoir exclure ces offres, demande par écrit les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de l'offre. Ces précisions peuvent concerner notamment le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail (...) ". Le pouvoir adjudicateur n'a ainsi pas l'obligation d'exclure une offre si celle-ci s'avère anormalement basse. Il est uniquement tenu de demander des précisions ("demande"), conformément au droit d'être entendu; dans un tel cas, il faut permettre au soumissionnaire visé de s'expliquer et de justifier le prix avantageux qu'il offre (ATF 141 II 353 consid. 8.3.2 et 130 I 241 consid. 7.3). En effet, une offre anormalement basse ne constitue pas en soi un procédé inadmissible, pour autant que le soumissionnaire remplisse les critères d'aptitude et les conditions légales réglementant l'accès à la procédure (cf., pour ces notions, ATF 140 I 285 consid. 5.1), ce que l'autorité adjudicatrice doit vérifier en requérant des précisions en cas de doute à ce sujet (ATF 141 II 353 consid. 8.3.2 et 141 II 14 consid. 10.3). Ce n'est que si les explications données n'apparaissent pas convaincantes que l'offre en question peut être écartée du marché (ATF 130 I 241 consid. 7.3; ég. arrêts MPU.2018.0014 du 14 août 2018 consid. 9, MPU.2017.0014 du 7 juin 2017 consid. 4a, MPU.2015.0037 du 25 janvier 2016 consid. 5a et les références citées). Un prix avantageux peut être dû en particulier à des méthodes de fabrication particulièrement économiques, à des conditions inhabituellement favorables, dont le soumissionnaire peut profiter, ou à l'originalité de la prestation proposée (cf. notamment arrêts précités MPU.2017.0014 consid. 4a et MPU.2015.0037 consid. 5a). Selon la jurisprudence de la cour de céans, le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à des vérifications lorsque l'écart est supérieur à 30% de la moyenne des offres (arrêts précités

MPU.2018.0014 consid. 9; MPU.2017.0014 consid. 4a et MPU.2015.0037 consid. 5a et les références citées). Le prix anormalement bas se mesure par rapport au niveau moyen des prix, considéré comme prix normal; un écart important par rapport à cette norme constitue l'indice d'un prix anormalement bas (arrêts précités MPU.2014.0004; MPU.2013.0003 et MPU.2010.0023). b) En l'occurrence, on observera d'abord que l'écart entre le prix offert par l'adjudicataire (1'046'247 fr.) et celui offert en moyenne par les autres soumissionnaires (1'371'779 fr. 50) selon la grille d'évaluation des offres est inférieur au seuil de 30% à partir duquel le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à des vérifications. En outre, comme l'a déjà relevé la jurisprudence (MPU 2019.0003 du 19 juin 2019 consid. 2), ce n'est que lorsque le pouvoir adjudicateur envisage de procéder à l'exclusion d'une offre pour ce motif qu'il est tenu de demander des explications complémentaires. Certes, il ne résulte pas du protocole de la séance de clarification que des explications complémentaires auraient été demandées à l'adjudicataire s'agissant du prix offert. L'existence d'une succursale au Portugal à qui la fabrication d'environ 10% du mandat serait confiée représente toutefois une explication puisque la recourante a expressément indiqué que cette manière de procéder lui permettait d'obtenir des prix plus concurrentiels pour le marché suisse. On ne voit toutefois pas en quoi une telle manière de procéder empêcherait l'adjudicataire de remplir les conditions posées par le cahier des charges. La recourante se contente d'ailleurs de critiquer de manière générale le prix trop bas de l'adjudicataire sans en tirer de conséquence concrètes s'agissant d'une éventuelle exclusion de l'offre ou d'une fausse évaluation de son prix. Pour autant qu'il soit recevable, ce grief doit donc être rejeté.

E. 6

La recourante n'émet aucune autre critique sérieuse à l'encontre des autres éléments de l'évaluation des offres si bien que la décision attaquée doit être confirmée.

E. 7

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée, ce qui rend la requête d'effet suspensif sans objet. La recourante, qui succombe, supportera les frais de la cause (art. 49 LPA-VD). L'adjudicataire étant représentée par un avocat, elle a droit à une indemnité à titre de dépens, laquelle sera mise à la charge de la recourante (art. 55 LPA-VD).

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