

VD_OMNI MPU.2023.0016 vom 29. August 2023

VD Tribunal cantonal, 2023-08-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2023.0016

FR: VD_OMNI MPU.2023.0016 du 29 août 2023

IT: VD_OMNI MPU.2023.0016 del 29 agosto 2023

Regeste

A. _____/Municipalité de Montilliez, B. _____ | Recours contre une adjudication de marché public dans le cadre de la rénovation du bâtiment d'une auberge communale. La recourante reprochait en premier lieu à l'autorité intimée d'avoir adjugé le marché public à une succursale, à savoir la société inscrite sous la raison sociale "A. sàrl, succursale de Lausanne" et non à une personne morale, la société "A Sàrl" à Fribourg. Grief rejeté: du moment que la succursale constitue un établissement indépendant dépourvu de la personnalité, qui fait partie de l'entreprise exploitée par la personne morale, adjuger le marché à la succursale revient à l'adjuger à la personne morale. Il s'agit du même sujet de droit et il ne peut y avoir aucune ambiguïté quant à la personne de l'adjudicataire. Compte tenu des pouvoirs de signature qui étaient identiques pour la société principale et la succursale, il faut considérer que c'est bien la société principale qui a agi et non la succursale de Lausanne, qui n'a pas d'existence juridique propre. Le fait que la décision d'adjudication mentionne ensuite cette succursale n'a pas de portée. C'est à la société principale, à Fribourg, que le marché a été adjugé, la succursale de Lausanne ne pouvant pas être liée par un rapport juridique, même de droit public.

Erwägungen

E. 1

a) Le 1^{er} 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 après le 1^{er} janvier 2023, et dans une procédure d'adjudication lancée après cette date, si bien que le nouveau droit est applicable à la présente cause.

E. 2

a) Déposé auprès de l'autorité compétente le 16 mai 2023 soit dans le délai de 20 jours (cf. art. 52 al. 1 et 56 al. 1 A-IMP et art. 4 al. 1 LMP) dès la notification de la décision d'adjudication rendue le 25 avril 2023 et notifiée le jour suivant, le recours satisfait au surplus aux exigences formelles prévues par la loi (art. 55 A-IMP et art. 79 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36], applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD). b) Il convient d'examiner si la recourante a qualité pour recourir. aa) 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 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, traduit in JdT 2016 I 20; 141 II 14 consid. 4, traduit in JdT 2015 I 81; 140 I 285; ég. arrêts CDAP MPU.2019.0010 du 11 novembre 2019 consid. 1a; MPU.2019.0005 du 31 juillet 2019 consid. 1a, MPU.2018.0038 du 11 février 2018 consid. 1b; MPU.2020.0017 du 9 juillet 2020 consid. 1a et les réf. citées). bb) En l'occurrence, il résulte du tableau comparatif que l'offre de la recourante est arrivée en 2^{ème} position au terme de l'évaluation des offres. L'admission des griefs formulés par cette dernière dans le cadre de son recours, notamment celui en lien avec l'évaluation du remplaçant du CMO/AMO, serait susceptible de la faire passer en 1^{ère} position, devant l'offre de l'adjudicataire. On peut adonc admettre qu'elle dispose d'un intérêt digne de protection à contester la décision attaquée.

E. 2.2

et les arrêts cités; voir déjà Peter Gauch, *Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht*, 1974, nos 769 ss; Rino Siffert, *Berner Kommentar*, 2020, n° 44 ad art. 931 CO). Cette exigence n'empêche pas les dirigeants de l'entreprise principale de représenter eux aussi la succursale – à moins qu'ils n'aient été expressément privés de ce pouvoir (Siffert, op. cit., n° 44 ad art. 931 CO). 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). Dès lors qu'elle n'a pas d'existence juridique, elle ne peut pas non plus être représentée; les "représentants de la succursale" sont en fait les représentants de l'entreprise principale (arrêt TF 4A_27/2013 du 6 mai 2013 consid. 1.2; Gauch, op. cit., n° 1116). La "représentation de la succursale" est généralement confiée à un directeur ou à un fondé de procuration (Jean-Daniel Martz, *Die inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Unternehmung nach schweizerischem IPRG*, 1995, p. 21; cf. aussi Gauch, op. cit., n° 1116). En d'autres termes, une succursale est une partie d'une entreprise principale qui dispose durablement de ses propres installations où elle exerce une activité analogue à celle de l'entreprise principale et qui jouit d'une certaine indépendance financière et commerciale (ATF 117 II 85 consid. 3), mais sans personnalité juridique (ATF 120 III 11 consid. 1a; TF 4P.146/2005 du 10 octobre 2005 consid. 5.2.2 publié in RtiD 2006 II p. 669; 4C.270/2003 du 28 novembre 2003 consid. 1.1). Dans ce sens, un contrat conclu par une succursale lie en réalité la société principale. Par conséquent, du moment que la succursale constitue un établissement indépendant dépourvu de la personnalité, qui fait partie de l'entreprise exploitée par la personne morale, adjuger le marché à la succursale revient à l'adjuger à la personne morale. Il s'agit du même sujet de droit et il ne peut y avoir aucune ambiguïté quant à la personne de l'adjudicataire. Dans ce sens, on ne saurait suivre la recourante et annuler l'adjudication du marché à l'adjudicataire intimée, pour ce motif déjà. Il sied par surabondance de constater qu'en l'espèce il n'y a pas chez l'adjudicataire, de " personnes qui sont habilitées à la représenter lorsque leur pouvoir de représentation ne ressort pas de l'inscription de l'établissement principal ", au sens de l'art. 110 al. 1 let. e de l'ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 (ORC; RS 221.411). En effet, ***** et ***** , associés gérants de la société, signent collectivement à deux, tant pour la société principale que pour la succursale de Lausanne.

Ils sont par ailleurs les seuls à pouvoir le faire. Ils pouvaient ainsi valablement soumissionner en signant collectivement à deux l'offre qu'ils ont formulée le 20 février 2023. C'est bien la société principale qui a agi et non la succursale de Lausanne, qui n'a pas d'existence juridique propre. Le fait que la décision d'adjudication mentionne ensuite cette succursale n'a pas de portée. C'est à la société principale, à Fribourg, que le marché a été adjugé, la succursale de Lausanne ne pouvant pas être liée par un rapport juridique, même de droit public. Cette solution s'impose d'autant plus que l'offre déposée par l'adjudicataire mentionne clairement en page de titre "B. _____" au regard du nom du candidat et qu'il en va de même pour l'annexe P1 en page 3, sur laquelle figure la raison sociale de "B. _____" sans indication de succursale. A cet égard, on soulignera ici qu'il faut veiller à ne pas confondre les étapes de la procédure de marchés publics. En effet, dans ce domaine, si la première phase, qui s'achève par l'adjudication, relève du droit public, celle qui suit et qui conduit à la conclusion du contrat entre la collectivité publique et l'adjudicataire appartient, en principe, au domaine du droit privé (cf. ATF 134 II 297 consid. 2.1; Poltier, op. cit., n° 926 ss; Florence Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 3^{ème} éd., 2022, n° 79a ad art. 83 LTF). La liberté contractuelle du pouvoir adjudicateur est limitée. Les éléments du futur contrat, en particulier pour ce qui concerne les points essentiels, se trouvent largement prédéterminés par les exigences requises dans l'appel d'offre. Au stade de la préparation du contrat, seules certaines modalités de détail de celui-ci peuvent encore être réglées (cf. Poltier, op. cit., n° 454 s. et 472 ss p. 289 s. et 298 ss). Dans l'ATF 134 II 297, le Tribunal fédéral a retenu que tous les éléments essentiels du futur contrat sont (doivent être) déjà fixés au moment de l'adjudication, mais que les négociations contractuelles entre l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire ne commencent qu'après la clôture de la procédure d'adjudication et que les parties au contrat peuvent encore s'entendre librement sur de simples points secondaires (ATF 134 II 297 consid. 4.2). Or, comme on l'a vu, l'adjudicataire pouvait valablement soumissionner pour le marché public ici litigieux, ce qui ne préjuge pas entièrement de la conclusion ultérieure du contrat qui nécessitera une phase supplémentaire. Ainsi, les griefs de la recourante tombent également à faux sous cet angle. La procédure, à ce stade, n'a pas dépassé la première phase évoquée ci-avant, soit celle de l'adjudication, entièrement soumise au droit public. En évoquant l'incapacité de conclure un contrat par le tiers intéressé, la recourante s'en prend à un acte qui n'a pas encore été conclu. Au final, l'adjudication du marché public a eu lieu en l'espèce à la société "B. _____", tiers concerné dans la présente procédure, et la désignation de la succursale de cette entreprise, tant dans l'invitation à faire une offre que dans l'offre et dans la décision d'adjudication, ne constitue pas un vice susceptible de remettre en question cette dernière, ce d'autant plus qu'en l'espèce la société concernée a été valablement représentée par ses organes. Il n'y a ainsi rien à objecter à une telle adjudication. Dans l'ensemble, ses griefs formels liés à la capacité d'être partie à un contrat d'une succursale doivent donc être rejetés.

b) La recourante se plaint en outre d'une violation de son droit d'être entendue, en ce sens que la " décision attaquée ne contient [...] pas une motivation suffisante quant [aux notes attribuées, en particulier pour les critères qu'elle critique dans son recours], ce qui ne [lui] permet au demeurant pas [...] d'articuler de façon détaillée ses griefs " (recours p. 13). Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) confère à toute personne le droit d'exiger, en principe, qu'une décision défavorable à sa cause soit motivée. 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 et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue (al. 3). Le nouveau prévoit également que les décisions du pouvoir adjudicateur " sujettes à recours doivent être sommairement motivées et indiquer les voies de droit " (art. 51 al. 2 A-IMP). L'art. 51 al. 3 A-IMP rappelle les exigences auxquelles doit répondre " la motivation sommaire d'une adjudication ", laquelle comprend: le type de procédure d'adjudication utilisé et le nom du soumissionnaire retenu (let. a); le prix total de l'offre retenue (let. b); les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue (let. c); et, le cas échéant, les motifs du recours à la procédure de gré à gré (let. d). Ainsi, les exigences du droit nouvellement entré en vigueur demeurent similaires à celles de l'ancien droit, de sorte que l'on peut toujours de référer à la jurisprudence y relative. Ainsi, " l'ensemble de ces explications de l'autorité (fournies le cas échéant en deux étapes) doit être pris en considération pour s'assurer qu'elles sont conformes aux exigences découlant du droit d'être entendu " (arrêt CDAP MPU.2021.0036 du 1^{er} novembre 2022 consid. 4a et les réf. cit.). La jurisprudence a admis que la motivation peut être considérée comme suffisante lorsque l'autorité fournit une justification adéquate du choix opéré sur la base des critères d'adjudication fixés dans les documents d'appel d'offres, et une explication raisonnable des évaluations de chacune des offres, de manière que les concurrents puissent les comparer et soulever d'éventuelles contestations (arrêts CDAP MPU.2018.0026 du 16 mai 2019 consid. 4a, MPU.2017.0002 du 16 mars 2017 consid. 4c/aa; MPU.2015.0040 du 10 novembre 2015 consid. 4 et les arrêts cités). En l'occurrence, il est vrai que la décision attaquée, à laquelle était joint le tableau d'évaluation des offres, était très succinctement motivée. Cela étant, l'art. 51 al. 2 A-IMP permet à l'autorité de motiver sommairement sa décision. En outre, la grille d'évaluation était jointe à la décision d'adjudication, permettant ainsi à la recourante de comprendre les motifs pour lesquels elle n'avait pas obtenu le marché. Finalement, force est de constater que, 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 qu'elle s'est déterminée dans sa réponse sur les motifs qui l'ont conduite à retenir les notes attribuées à la recourante pour les différents critères contestés. Enfin, la recourante avait la possibilité de consulter le dossier de la cause produit devant la cour de céans par l'autorité intimée; seule la consultation des offres des autres soumissionnaires – et en particulier de celle de l'adjudicataire – lui était interdite, sous réserve de l'accord des soumissionnaires concernés, 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. Le grief de violation du droit d'être entendu consistant à se plaindre que la décision entreprise ne serait pas motivée et que la recourante n'aurait pas pu se déterminer en connaissance de cause doit ainsi être rejeté. c) Toujours sous l'angle du droit d'être entendu, la recourante se plaint de ce que le dossier de l'autorité adjudicatrice ne lui ait pas été transmis et en requiert d'ailleurs la production devant la cour de céans. Il faut voir à cet égard que le droit de consulter les pièces du dossier n'est pas absolu, mais peut, dans certaines circonstances, être restreint, L'art. 57 al. 2 A-IMP prévoit en effet que " dans la procédure de recours, le recourant peut, sur demande,

consulter les pièces relatives à l'évaluation de son offre et les autres pièces de la procédure déterminantes pour la décision, à moins qu'un intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose ". En particulier, le droit de consulter le dossier peut être limité pour garantir les intérêts importants de l'Etat ou de tiers; savoir si une telle limitation est justifiée dépend des intérêts en présence qu'il convient de peser (cf. ATF 129 I 249 consid. 3; arrêt TF 2C_890/2008 du 22 avril 2009 consid. 5.3.3, résumé in JdT 2010 I 677). Dans son principe, le droit d'être entendu, y compris celui de consulter le dossier, doit être garanti dans la procédure de passation des marchés publics (ATF 139 II 489 consid. 3.3). Dans ce domaine toutefois, le droit de consulter les pièces relatives à l'offre des soumissionnaires concurrents et de l'adjudicataire peut être restreint, afin de garantir le secret des affaires et le secret de fabrication, également protégés par la loi (cf. ATF 139 II 489 consid. 3.3 et les nombreuses références citées). L'ancien art. 18 aRLMP-VD prévoyait que les documents fournis par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaire et de fabrication, étaient traités de façon confidentielle (al. 1); l'adjudicateur ne pouvant faire usage ou transmettre ces documents à des tiers qu'avec l'accord du soumissionnaire concerné (al. 2). Cette disposition concrétisait la règle générale de procédure de passation de marchés qui exigeait le traitement confidentiel des informations, reprise dans le nouveau droit à l'art. 11 al. let. e A-IMP, qui prévoit que l'adjudicateur " s'engage à observer le caractère confidentiel des indications fournies par les soumissionnaires ". L'adjudicateur a le droit et le devoir de limiter l'accès au dossier pour garantir l'intérêt de l'adjudicataire de ne pas dévoiler à son concurrent évincé des secrets d'affaires ou de fabrication (cf. arrêt TF 2C_890/2008 du 22 avril 2009 consid. 5.3.3), ce qui vaut en particulier lorsque non seulement les prix proposés, mais aussi la technologie développée, pourraient être à la source d'un avantage compétitif et de l'attribution du marché public à l'adjudicataire (arrêt TF 2D_15/2011 du 31 octobre 2011 consid. 4.2.1). Cela étant, le Tribunal cantonal ne fonde pas son arrêt sur une pièce (ou plusieurs pièces), sans que le contenu synthétique de celle(s)-ci ait été porté à la connaissance des parties, à un moment ou à un autre de la procédure, ce qui permet de garantir à la partie qui n'a pas d'accès direct aux pièces de la partie adverse, le respect de son droit d'être entendue (cf. la décision incidente rendue le 13 mars 2015 dans la cause CDAP MPU.2015.0003; arrêts CDAP MPU.2015.0007 du 21 mai 2015, consid. 5; MPU.2012.0039 du 15 juillet 2013, consid. 4a; MPU.2010.0029 du 10 mars 2011, consid. 2b; MPU.2009.0009 du 7 octobre 2009, consid. 2; GE.2007.0246 du 13 mars 2008, consid. 2b; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 6; cf., s'agissant de l'application du droit fédéral analogue, la décision incidente rendue le 17 mars 2005 dans la cause CRM 2005-003 par l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics; cf. également l'arrêt rendu le 26 octobre 2010 par le Tribunal administratif du canton de Neuchâtel, commenté par Jean-Baptiste Zufferey, DC 1/2011 p. 100-101). En l'espèce, la recourante a eu accès à tout le dossier de l'autorité intimée, sous réserve des pièces du dossier du tiers intéressé qui s'y est opposé. En outre, et comme on le verra, dans la mesure où la recourante soulève des griefs matériels en lien avec ses propres notes et que les justifications quant aux notations des critères du tiers intéressé lui ont été transmises dans le cadre de l'échange d'écritures, elle n'a pas démontré de violation de son droit d'être entendue. Au surplus, il appartient au soumissionnaire évincé d'établir que son intérêt à la communication des pièces litigieuses l'emporte sur celui de son concurrent à bénéficier de la protection du secret des affaires et de fabrication (arrêts TF 2D_15/2011 précité consid. 4.2.1; 2C_890/2008 précité consid. 5.3.3), ce qui n'a pas été fait en l'espèce. Dans la mesure où la recourante a pu largement prendre connaissance du dossier et que les

justifications demandées quant aux éléments de notation du tiers intéressé ont également été transmises, il n'y a pas de violation du droit d'être entendu qui puisse être retenue.

E. 3

La recourante fait valoir plusieurs griefs formels qu'il y a lieu de traiter d'entrée de cause. a) La recourante reproche en premier lieu à l'autorité intimée d'avoir adjudgé le marché public à une succursale, à savoir la société inscrite sous la raison sociale "B. _____, succursale de Lausanne" et non à une personne morale, la société "B. _____" à Fribourg. Elle estime que, faute de capacité contractuelle, l'adjudicataire, simple succursale, ne pouvait pas soumissionner, et encore moins se voir attribuer un marché. Elle poursuit encore en soulignant que l'adjudicataire ne peut pas être considérée comme ayant déposé une offre au nom de l'entreprise principale "B. _____", puisque le marché public a été expressément adjudgé à la succursale "de Lausanne". L'autorité intimée réfute la portée juridique de l'attribution du marché à une succursale. Non seulement, elle avait invité l'adjudicataire dans le cadre de la procédure d'appel d'offre en utilisant l'adresse de contact de son site internet, sans avoir spécifiquement précisé vouloir travailler avec la succursale plutôt que l'entreprise principale, mais elle souligne surtout que les mêmes personnes travailleraient indistinctement dans toute l'entreprise. Par conséquent, toujours à lire l'autorité intimée, l'indication de la succursale, a fortiori la mention de celle "de Lausanne" dans la décision attaquée, ne devrait être comprise comme n'ayant qu'une portée d'adressage. Avant de répondre à ce grief, il faut rappeler quelques principes théoriques, quant à la capacité d'être partie d'une succursale et à sa portée en matière d'octroi de marchés publics. La loi ne définit pas la succursale. A défaut de définition légale, la jurisprudence et la doctrine se sont chargées de circonscrire la notion de succursale. Selon la formule consacrée, il s'agit d'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. Il jouit d'une certaine autonomie financière et commerciale (ATF 117 II 85 consid. 3; 108 II 122 consid. 1; arrêts TF 4A_87/2019 du 2 septembre 2019 consid. 1; 4A_473/2011 du 22 décembre 2011 consid. 2.2). La succursale doit disposer d'une direction propre, qui puisse conclure, sans intervention de l'entreprise principale, les transactions commerciales qu'implique son exploitation. Au moins l'un de ses collaborateurs doit pouvoir passer de tels actes juridiques (ATF 117 II 85 consid. 4b; 89 I 407 consid. 6; 68 I 107 consid. 3; arrêt TF 4C.373/2004 du 27 janvier 2005 consid.

E. 4

La recourante fait valoir ensuite un grief matériel contre la notation qu'elle a reçue dans la procédure d'adjudication. a) Il sied avant toute chose de rappeler à ce stade que 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), 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 et les arrêts cités; v. ég. arrêt 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'ancien que le nouveau droit (cf. art. 16 al. 2 aAIMP et art. 56 al. 4 A-IMP; ATF 141 II 14 consid. 2.3; 140 I 285 consid. 4.1). L'autorité judiciaire ne peut ainsi intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur, ce qui en pratique peut s'assimiler à un contrôle restreint à l'arbitraire (ATF 141 II 353 consid. 3 et les références

cités). La notation est arbitraire lorsqu'elle repose sur des considérations dénuées de toute pertinence ou lorsqu'elle apparaît manifestement insoutenable d'une autre manière (ATF 141 III 564 consid. 4.1; 125 II 86 consid. 6 avec renvoi à ATF 121 I 225 consid. 4b). Pour le surplus, si, certes, il appartient à l'adjudicateur de configurer le marché comme il l'entend, ce qui a pour conséquence, comme on l'a vu ci-avant, que le tribunal n'a pas à se substituer à lui et qu'il s'impose une certaine retenue dans l'évaluation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication, cette retenue ne doit pas être comprise comme un blanc-seing pour l'autorité adjudicatrice. En effet, la liberté d'appréciation dont elle dispose ne la dispense nullement de faire en sorte que les notes attribuées soient fondées sur des critères objectifs, partant susceptibles d'être explicités; en d'autres termes, la notation doit pouvoir être retracée (arrêt CDAP MPU.2015.0016 du 26 mai 2015 consid. 4a; MPU.2014.0008 du 21 juillet 2014 consid. 4a et les arrêts cités). b) Dans son grief, la recourante s'en prend à la notation du sous-critère 3.2 (remplaçant CMO/AMO). Pour ce critère, elle a reçu la note 3 tandis que l'adjudicataire s'est vu attribuer la note 4. Elle explique que son dossier présentait tous les documents demandés et que les personnes proposées constituaient des références de qualité. Elle estime en particulier arbitraire l'attribution de la note 3, alors qu'elle avait indiqué *****, comme remplaçant CMO/AMO. Or, ce dernier dispose de solides compétences en organisation de marchés publics, avec une pratique de plus de 15 ans dans ce domaine auprès de la recourante, qu'il a rejointe en *****, avant de passer membre de sa direction en *****. Toujours selon la recourante, la note qui lui a été décernée pour le critère 3.2 concernant le remplaçant du CMO/AMO ne pouvait pas, sans arbitraire, être inférieure d'un point à celle de l'adjudicataire. c) Selon le dossier d'appel d'offres, les critères d'adjudication (y compris les critères d'aptitude entrant dans la notation) étaient au nombre de quatre (cf. ch. 3.9 des Directives administratives [ci-après: DA]), à savoir: – Le prix, pondéré à 30%; – Le nombre des heures pour la phase 21, pondéré à 20%; – Les qualifications et références de la personne-clé, pondérées à 30%; – Les qualifications et les références du remplaçant de la personne-clé, pondérées à 20%. Le ch. 3.9.3 DA décrit également la méthode d'évaluation de ces deux derniers critères. S'agissant du remplaçant de la personne-clé, pondéré à 20%, on lit ce qui suit: " Pour le remplaçant CMO/AMO, le candidat indiquera: la formation de base et la formation continue dans le domaine spécialisé des marchés publics ; 1 à 2 références d'organisation de concours réalisées en procédure ouverte ou sélective. Les mandats d'études parallèles avec procédure sélective sont aussi acceptés; 1 référence dans le domaine de la rénovation ou transformation de bâtiment historique au moins de classe 3 ; 1 référence dans le domaine de l'élaboration de projets de type restaurant (auberge, restaurant scolaire, restaurant d'entreprises, etc)". Les directives, au même chiffre mentionnent encore que "les références indiqueront précisément les tâches effectuées par la personne-clé, la période de réalisation, le coût des travaux ou de la prestation, et l'interlocuteur (mandant) autorisé à fournir des renseignements ". Dans le dossier d'appel d'offres figure également le cahier des charges (ci-après: CCH). Sous ch. 2.2.1 CCH (Description du marché), on peut lire ce qui suit: " Afin d'obtenir des propositions diverses, le [Maître de l'ouvrage (ci-après: MO)] souhaite lancer un concours en procédure sélective de manière à qualifier 4 à 5 bureaux d'architectures qui auront la possibilité de proposer un avant-projet. La phase de sélection des concurrents devra permettre de choisir des architectes qui ont de l'expérience dans les projets de rénovations de bâtiments historiques et dans les constructions de restaurants. Le MO souhaite que le lauréat du concours ait l'expérience nécessaire en projet et direction des travaux de ce type de transformation-rénovation. L'AMO/CMO devra organiser la procédure et servira de

secrétaire lors de toute la phase de concours. Il assistera à toutes les séances nécessaires pour cette procédure. Il sera en charge d'élaborer le cahier des charges du concours qui sera approuvé par le jury. Une fois les candidats retenus, le concours sera anonyme. L'organisateur aura la responsabilité de garantir cet anonymat. Toutes les contraintes liées au respect du règlement des concours d'architecture et d'ingénierie devront être comprises dans les honoraires du candidat ". Cette description est complétée par le ch. 2.3 CCH (Profil recherché pour l'AMO/CMO), qui mentionne textuellement que " l'AMO/CMO devra avoir déjà réalisé au moins une procédure de concours selon SIA 142 en procédure ouverte ou sélective. Cette expérience est obligatoire. Il aura également de l'expérience en marchés publics concernant des appels d'offres pour les mandataires et les entreprises. Des compétences en rénovation et/ou transformation de bâtiment historique et de construction de restaurant seront appréciées dans la procédure ". d) L'autorité intimée a justifié les notes attribuées au critère du remplaçant AMO/CMO proposé dans l'offre de la recourante et, respectivement, dans celle de l'adjudicataire par les profils différents des personnes proposées par les deux parties. Elle a considéré que la personne-clé de la recourante présentait les caractéristiques suivantes: – Organisation de concours: pas de référence en organisation de concours; – Bâtiment historique : prestation d'AMO en phase de MEP et de réalisation pour une transformation d'un bâtiment classé en note 2 (*****); – Cuisine professionnelle: AMO pour une auberge communale et salle de spectacle (Epalinges) et AMO pour un réfectoire scolaire (*****); – Formation et connaissance des marchés publics: CV sans formations spécifiques, prestations d'AMO depuis 2014 mais une seule référencée dans le CV (*****. Pour ces informations, la recourante a donc reçu la note 3, ce qui correspond, selon les indications figurant au ch. 3.9.4 DA, à: " Critère rempli de manière normale, qualité moyenne correspondant aux exigences de l'appel d'offres ". En revanche, l'autorité intimée a attribué la note de 4, qui correspond à " Critère rempli de manière satisfaisante, bonne qualité ", à l'adjudicataire pour le même critère de " qualifications et les références du remplaçant de la personne-clé ". Elle indique avoir fondé cette note sur les éléments suivants: – Organisation de concours: organisation d'un concours en procédure ouverte (***** et présidente d'un jury de concours (*****); – Bâtiment historique: transformation et rénovation d'une maison vigneronne recensée en note 3; – Cuisine professionnelle: transformation et rénovation du bâtiment du ***** à ***** (restaurant et cuisine); – Formations et connaissances des marchés publics: CV sans formation spécifique avec une seule référence d'AMO (***** à *****). Bonne polyvalence dans tous les éléments d'appréciation. En cours de procédure, l'autorité intimée a encore justifié la différence entre les deux notes en expliquant que la personne-clé proposée dans l'offre de la recourante comme remplaçant CMO/AMO disposait de moins d'expérience professionnelle en lien avec l'élément "Organisation de concours" que la personne proposée par l'adjudicataire. Le profil proposé par l'adjudicataire était en outre plus complet que celui proposé par la recourante et présentait également une expérience allant de la conception d'un projet de restaurant respectivement d'un bâtiment historique, y compris l'établissement d'un cahier des charges pour le concours, jusqu'à l'accompagnement de l'adjudicataire et maître d'ouvrage pendant la phase de réalisation. On peut ainsi comprendre la différence entre la notation de la recourante et celle de l'adjudicataire; les critères d'attribution des notes en question apparaissent comme étant objectifs et l'autorité intimée a su les expliciter. A tout le moins, on ne saurait admettre que la notation de la recourante soit arbitraire, compte tenu de la liberté d'appréciation dont elle dispose selon la jurisprudence susmentionnée. Au vu de ce qui précède, l'autorité intimée n'a manifestement

pas versé dans l'arbitraire en notant comme elle l'a fait les offres sur la base des critères d'adjudication annoncés. L'autorité intimée n'a pas non plus excédé son important pouvoir d'appréciation s'agissant de l'évaluation de l'offre de la recourante et en particulier de l'octroi de la note 3 pour le critère de la personne-clef du remplaçant CMO/AMO.

E. 5

Mal fondé, le recours doit être rejeté et la décision d'adjudication attaquée confirmée. La demande d'effet suspensif est partant devenue sans objet. La recourante, qui succombe, supportera les frais de la procédure (art. 49 LPA-VD). L'autorité intimée ayant obtenu gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel, elle a droit à une indemnité à titre de dépens, qui sera mise à la charge de la recourante (art. 55 LPA-VD). Le tiers intéressé qui a procédé sans mandataire professionnel n'y a pas droit.

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