

VD_OMNI MPU.2023.0022 vom 22. November 2023

VD Tribunal cantonal, 2023-11-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2023.0022

FR: VD_OMNI MPU.2023.0022 du 22 novembre 2023

IT: VD_OMNI MPU.2023.0022 del 22 novembre 2023

Regeste

A. _____/Municipalité de Payerne, B. _____ | Jurisprudence relative à la publication des critères, sous-critères et éléments d'appréciation, ainsi que de leur pondération (consid. 5b). En l'occurrence, selon l'annexe au document d'appel d'offres, le critère "organisation et qualité du service" comprenait trois objectifs à remplir. Or, il ressort du rapport d'évaluation que le premier objectif était le seul à être noté sur une échelle allant de 1 à 5, les deux autres donnant seulement droit à un bonus de 0,5 point sur la note attribuée pour le premier objectif, lequel représentait ainsi l'essentiel (soit entre 80 et 100% selon les cas) de la notation du critère. Un tel écart de pondération entre les objectifs ne ressortait ni de l'ordre dans lequel ils étaient énumérés, ni de leur formulation, de sorte que le principe de transparence a été violé. Les deux autres objectifs n'ayant pas été notés sur une échelle allant de 1 à 5, il n'est pas possible de savoir si cette violation a eu une influence sur le classement des soumissionnaires. Il n'y a dès lors pas d'autre solution que d'annuler la décision d'adjudication et de renvoyer la cause à la municipalité pour qu'elle procède à une nouvelle évaluation des offres et adjuge à nouveau le marché. S'agissant par ailleurs du critère des références, l'autorité intimée pouvait, sans tomber dans le formalisme excessif, moins bien noter l'offre de la recourante au motif que celle-ci n'avait pas joint la lettre de satisfaction demandée; peu important à cet égard que la recourante ait indiqué les coordonnées de personnes à contacter et, en ce qui concerne l'une des références, qu'il s'agissait d'un marché exécuté pour le pouvoir adjudicateur lui-même.

Erwägungen

E. 1

er janvier 2023, de sorte que le nouveau droit est applicable à la présente cause.

E. 2

a) Déposé auprès de l'autorité compétente dans le délai de vingt jours (cf. art. 52 al. 1 et 56 al. 1 A-IMP et art. 4 al. 1 LMP-VD) dès la notification de la décision d'adjudication, le recours satisfait au surplus aux exigences formelles prévues par la loi (art. 55 A-IMP et art. 79 de la loi cantonale 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 – au sens notamment de l'art. 75 al. 1 let. a LPA-VD – 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 ne 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; voir ég. arrêts CDAP MPU.2020.0017 du 9 juillet 2020 consid. 1a; MPU.2019.0010 du 11 novembre 2019 consid. 1a; MPU.2019.0005 du 31 juillet 2019 consid. 1a). 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. Les deux offres en concurrence sont séparées par 0,17 point seulement. La recourante s'en prend, comme on le verra plus loin, à la procédure d'évaluation qu'elle estime entachée d'une violation du principe de transparence. S'il était admis, ce grief pourrait conduire la Cour à annuler la décision attaquée. En outre, l'admission de tout ou partie des griefs formulés par cette dernière contre la notation de deux des cinq critères, serait susceptible de la faire passer en première position, devant l'offre de l'adjudicataire. On peut donc admettre qu'elle dispose d'un intérêt digne de protection à contester la décision attaquée.

E. 3

a) La recourante a conclu à titre préalable à ce que la production du dossier complet (comprenant en particulier les procès-verbaux des séances de débriefing, le rapport d'évaluation complet, les tableaux de toutes les notes et sous-notes attribuées, la description précise de la méthodologie de notation, le tableau de tous les critères et sous critères avec leur pondération, tous les échanges écrits avec les représentants du tiers intéressé, la composition du comité d'évaluation, ainsi que les procès-verbaux de toutes les séances concernées par cet objet) soit ordonnée et à ce qu'il lui soit donné accès au dossier. Le rapport d'évaluation, qui contient la plupart des informations mentionnées ci-dessus, ayant été transmis aux parties, cette réquisition est pour l'essentiel sans objet. b) Pour sa part, l'adjudicataire a requis dans sa réponse l'accès à l'entier du dossier de la cause, "y compris l'offre de la recourante dans son intégralité". Elle a contesté à cet égard l'existence de secrets d'affaires, comme la recourante l'avait allégué dans son recours en s'opposant à la consultation de son offre. Dans sa duplique, l'adjudicataire n'a pas réitéré sa demande tendant à la consultation de l'offre de la recourante, peut-être parce que le rapport d'évaluation transmis aux parties dans l'intervalle renseigne de manière synthétique sur le contenu des offres respectives. Quoi qu'il en soit, du moment que la recourante s'est opposée à la consultation de son offre, il ne pouvait être donné suite à la requête de l'adjudicataire.

E. 4

a) Le droit des marchés publics a en particulier pour but de renforcer la concurrence entre les soumissionnaires et, partant, de garantir l'égalité de traitement entre eux. Cette règle d'ordre constitutionnel (art. 8 et 27 Cst. féd.) se traduit dans la procédure d'adjudication par l'interdiction de toute discrimination à l'encontre d'une offre (cf. ATF 125 I 406). Aux termes de son art. 2, l'A-IMP vise les buts suivants: une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables (let. a), la transparence des procédures d'adjudication (let. b), l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires (let. c), ainsi qu'une concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires, en particulier par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption (let. d). Les principes régissant la procédure sont définis à l'art. 11 A-IMP, à teneur duquel lors de la passation des marchés publics, l'adjudicateur observe les principes suivants: il agit de manière transparente, objective et impartiale (let. a); il prend des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption (let. b); il veille à l'égalité de traitement des

soumissionnaires dans toutes les phases de la procédure (let. c); il n'engage pas de négociations portant sur le prix (let. d); il s'engage à observer le caractère confidentiel des indications fournies par les soumissionnaires (let. e). L'art. 41 A-IMP ajoute que le marché est adjudgé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse. b) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du Tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. Le Tribunal contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 141 II 353 consid. 3 p. 363; 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêt MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 3b). En revanche, 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; 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. 56 al. 4 A-IMP que par l'art. 98 LPA-VD (cf., s'agissant de l'ancien droit, ATF 141 II 14 consid. 2.3 in fine; 140 I 285 consid. 4.1). 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). c) Les conditions de l'appel d'offre doivent être interprétées, conformément aux règles générales d'interprétation, de la façon dont les soumissionnaires pouvaient et devaient les comprendre selon les règles de la bonne foi. En vertu du principe de la confiance, il y a lieu de retenir l'interprétation qui correspond à ce que pouvait et devait comprendre une personne raisonnable et honnête placée dans les mêmes circonstances. Les mêmes règles président à l'interprétation des offres, lorsque la volonté réelle du soumissionnaire ne peut être objectivement établie (cf. TF 2D_64/2019 du 17 juin 2020 consid. 1.4.3; voir aussi arrêt MPU.2022.0009 du 29 novembre 2022 consid. 4 et les renvois, not. à l'ATF 141 II 14 consid. 7).

E. 5

a) Le principe de transparence (cf. art. 11 let. a A-IMP) impose au pouvoir adjudicateur de donner connaissance de la manière la plus large possible aux fournisseurs intéressés des conditions applicables au marché envisagé, afin que ceux-ci puissent présenter leurs offres en connaissance de cause (cf. Etienne Poltier, Droit des marchés publics, 2 e éd., Berne 2023, nos 482 et 485, avec renvoi à l'accord international sur les marchés publics, du 15 avril 1994 [AMP; RS 0.632.231.422]). Le pouvoir adjudicateur doit notamment indiquer les conditions de participation au marché, ainsi que les critères d'aptitude et d'adjudication (Poltier, op. cit., no 487). Sous le titre "Critères d'adjudication", l'art. 29 A-IMP dispose ce qui suit : "[...] 3 L'adjudicateur indique les critères d'adjudication et leur pondération dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Il peut renoncer à indiquer la pondération lorsque le marché porte sur des solutions, des propositions de solutions ou des procédés. [...]" L'art. 35 A-IMP prévoit que l'appel d'offres contient notamment " les critères d'adjudication et leur pondération, lorsque ces indications ne figurent pas dans les documents d'appel d'offres" (let. p). L'art. 36 A-IMP énumère les indications que les documents d'appel d'offres doivent contenir, à moins que celles-ci ne figurent déjà dans

l'appel d'offres. Au nombre de ces indications figurent les critères d'adjudication et leur pondération (let. d). Le nouveau droit exige ainsi désormais que non seulement les critères, mais aussi leur pondération, soient publiés (Poltier, op. cit., no 574). b) S'agissant d'éventuels sous-critères et de leur pondération, selon la jurisprudence rendue sous l'ancien droit, le principe de transparence n'exige pas qu'ils soient communiqués préalablement, pour autant qu'ils tendent uniquement à concrétiser un critère publié; il en va différemment s'ils sortent de la compréhension communément admise du critère concerné ou si l'adjudicateur leur accorde une importance prépondérante et leur confère ainsi un rôle équivalent à celui d'un critère publié (ATF 143 II 553 consid. 7.7 p. 566; 130 I 241 consid. 5.1 p. 248; voir aussi Poltier, op. cit., no 574). Savoir si l'on se trouve en présence d'un sous-critère dont la publication est nécessaire (ou non) dépend d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas, soit notamment des documents d'appel d'offres, du cahier des charges et des conditions du marché (ATF 130 I 241 consid. 5.1 p. 248/249). La grille d'évaluation des offres ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et sous-critères utilisés (comportant l'échelle des notes ou une matrice de calcul) ne doivent pas nécessairement être publiées (ATF 130 I 241 consid. 5.1 p. 248; voir aussi Poltier, op. cit., no 574). Selon Thomas Locher/Barbara Oechslin (in: Trüb [édit.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, no 7 ad art. 29), cela ne vaut toutefois que pour autant que les éléments ressortant de la grille ou des aides aient été prévisibles pour les soumissionnaires au vu des critères d'adjudication et de leur pondération. Il importe en revanche que les instruments servant à l'évaluation des offres soient arrêtés avant le dépôt des offres, afin que le résultat final ne soit pas le reflet d'une manipulation. Il s'agit à cet égard de prévenir d'éventuelles manipulations par le pouvoir adjudicateur (Poltier, op. cit., p. 283 note de bas de page 1023). Lorsqu'un critère (ou un sous-critère) est évalué au regard d'éléments d'appréciation, la Cour de céans a considéré que, sous l'angle du principe de la transparence, ceux-ci peuvent ressortir d'annexes faisant partie du dossier d'appel d'offres, annexes auxquelles il est renvoyé pour chacun des critères d'adjudication concernés. Il importe par ailleurs que les éléments d'appréciation contenus dans ces annexes ne sortent pas du cadre de ce qui est communément retenu pour définir le critère d'adjudication auquel ils se rapportent (arrêt MPU.2017.0024 du 27 mars 2018 consid. 3f). Dans une autre affaire, la Cour de céans n'a pas vu de violation du principe de la transparence dans le fait que les éléments d'appréciation n'avaient pas été publiés. En l'occurrence, l'adjudicateur avait précisé, en lien avec le sous-critère "expérience et références pour des travaux similaires", qu'il s'agissait de références pour des travaux de chaussée, pour des travaux de trottoirs, pour des travaux de collecteurs, ainsi que de références de travaux pour les services industriels (arrêt MPU.2022.0012 du 20 décembre 2022 consid. 6b/bb). Ces éléments d'appréciation étaient ainsi inhérents au sous-critère concerné. Quant à la pondération des éléments d'appréciation, la Cour de céans a qualifié à plusieurs reprises de très douteux qu'elle doive être communiquée préalablement aux soumissionnaires, sans trancher définitivement la question (arrêts MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 6a/aa; MPU.2021.0025 du

E. 8

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours et à l'annulation de la décision attaquée. La cause est renvoyée à l'autorité intimée, afin qu'elle procède conformément aux considérants du présent arrêt (cf. en particulier consid. 6b/dd in fine). En procédure de recours, les frais sont supportés par la partie qui succombe. Le sort du recours commande que l'émolument judiciaire soit supporté pour moitié par l'autorité intimée, dont

la décision est annulée, et pour l'autre moitié par l'adjudicataire, qui a pris des conclusions tendant à la confirmation de la décision entreprise (cf. art. 49 al. 1, 51 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). La recourante, qui obtient gain de cause par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens, arrêtés conformément à l'art. 11 du tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative (TFJDA; BLV 173.36.5.1; cf. art. 55 al. 4 LPA-VD), à la charge de l'autorité intimée et de l'adjudicataire (cf. art. 55 al. 1 et 2, 91 et 99 LPA-VD).

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