

VD_OMNI MPU.2023.0023 vom 19. Februar 2024

VD Tribunal cantonal, 2024-02-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2023.0023

FR: VD_OMNI MPU.2023.0023 du 19 février 2024

IT: VD_OMNI MPU.2023.0023 del 19 febbraio 2024

Regeste

A. _____/Direction générale des immeubles et du patrimoine, B. _____, C. _____, D. _____ | Recours contre une décision d'adjudication d'un marché public de prestations services comme experts amiante dans le cadre des procédures d'autorisations de construire, d'utiliser ou d'habiter. Pas de violation du droit d'être entendu du recourant, malgré une transmission partiellement échelonnée par l'autorité intimée des pièces de son dossier. Pas d'arbitraire dans la notation des différents critères d'adjudication. Le juge des marchés publics n'a pas vocation à substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur qui dispose d'une grande liberté d'appréciation notamment dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres. Il ne s'agit pas de savoir si l'évaluation aurait pu être faite différemment, mais si, dans son résultat elle est choquante. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Rejet du recours.

Erwägungen

E. 1

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. 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 18 juillet 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 29 juin 2023, 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 le recourant 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 du recourant est arrivée en 6^{ème} position au terme de l'évaluation des offres. Pour emporter le marché, le recourant devait se classer, au moins, à la 3^{ème} position. On remarque que seule l'admission de l'ensemble des griefs du recourant lui permettrait d'être classé en 3^{ème} position. En effet, même l'attribution d'une note de 4.5 au critère d'adjudication 3.1 ne lui permettrait pas de dépasser la société D. _____. Une note de 5 en revanche lui permettrait d'emporter le marché, conjointement avec les deux premiers adjudicataires. On peut donc admettre qu'il dispose d'un intérêt digne de protection à contester la décision attaquée.

E. 3

Le recourant fait valoir des griefs formels à l'encontre de la décision attaquée. Les griefs formels peuvent conduire à l'admission du recours et à l'annulation de la décision attaquée, nonobstant le bien-fondé matériel du recours, raison pour laquelle ils doivent être traités en premier lieu (TF 9C_606/2022 du 6 juin 2023 consid. 3 avec références). Il convient donc d'aborder en premier lieu la violation du droit d'être entendu alléguée. a) Lors du dépôt de son recours, le recourant reprochait à l'autorité intimée de ne pas avoir eu accès aux offres des autres soumissionnaires et de ne pas avoir pu ainsi se déterminer convenablement. Il reprochait en outre à l'autorité intimée de ne pas avoir usé de la possibilité de l'entendre avant de rendre sa décision, reprochant à cette dernière de n'avoir procédé à son audition qu'en date du 4 juillet 2023, soit après la notification de la décision attaquée. b) C'est le lieu de rappeler que 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 dépendent 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 AIMP 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 " (arrêts CDAP MPU.2023.16 du 29 août 2023 consid. 3b; 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). c) En l'occurrence, s'agissant de l'accès aux dossiers d'offres de ses concurrents, on soulignera que les griefs soulevés lors du dépôt du recours tombent en partie à faux dès lors que rapidement au cours de la procédure le recourant a, sous réserve de réciprocité, pu accéder aux offres de la B. _____ et de C. _____. En outre, les différents documents et pièces du dossier ont été transmis à toutes les parties lors de leur envoi par l'autorité intimée, certes de manière échelonnée. Une pesée des intérêts a été faite par décision incidente du juge instructeur du 8 novembre 2023, permettant un accès partiel aux documents. Enfin, on soulignera que la décision d'adjudication comportait une grille d'évaluation relativement détaillée puisqu'elle indiquait pour chacun des trois critères d'adjudication quelle note avait été obtenue par le recourant et les trois adjudicataires, ce qui a permis au recourant de comprendre quelle notation lui avait été attribuée pour chaque critère d'évaluation. On remarque enfin que le recourant a été entendu par l'autorité intimée, le 4 juillet 2023, une fois la seconde décision d'adjudication rendue, mais avant l'échéance du délai pour le dépôt du recours. Il n'existait d'ailleurs aucune obligation pour l'autorité intimée d'entendre le recourant avant de rendre sa décision. Même si une date avait été indiquée à cet effet au ch. 2.7 du DAO, il ne s'agissait que d'une possibilité laissée à l'appréciation du pouvoir adjudicateur. Dans de telles circonstances, force est de constater que le recourant a pu prendre connaissance de tous les éléments nécessaires pour lui permettre de comprendre les motifs ayant présidés à l'attribution des notes et également d'attaquer la décision en toute connaissance de cause. Dans ce sens, le grief de violation du droit d'être entendu doit être rejeté. d) Dans ses déterminations du 13 décembre 2023, le recourant persiste dans son grief de violation du droit d'être entendu. Il souligne que l'autorité intimée n'a pas produit son dossier original et complet à la première réquisition du Tribunal et qu'elle a dû être encore interpellée à ce sujet au cours de l'audience du 29 novembre 2023. D'une manière générale, il est important de souligner qu'une autorité doit conduire la procédure de manière ordonnée. Selon la jurisprudence, une obligation générale de tenir le dossier par les autorités peut être déduite du droit d'être entendu, qui est le pendant du droit des parties de consulter le dossier et de produire des preuves (ATF 142 I 86 consid. 2.2). Le droit constitutionnel à une gestion ordonnée et claire des dossiers oblige les autorités et les tribunaux à garantir l'exhaustivité des pièces produites et établies dans la procédure (ATF 138 V 218 consid. 8.1.2). Toutes les enquêtes effectuées dans le cadre de la procédure et tous les faits pertinents pour la décision doivent être consignés de manière complète (TF 9C_750/2023 du 18 décembre 2023 consid. 2.2.3; 8C_322/2010 du 9 août 2010 consid. 3). Le bordereau des pièces doit être complet, au moins au moment du prononcé de la décision par l'autorité (ATAF 2018 IV/5 consid. 8.1). L'autorité inférieure doit en outre transmettre à l'autorité de recours son dossier intégral et complet et elle ne peut pas trier les pièces qu'elle considère comme seules déterminantes. En l'occurrence, l'autorité intimée a produit son dossier de manière

étonnamment échelonnée, ce qui n'est pas acceptable. Ainsi, par avis du 20 juillet 2023, l'autorité intimée avait déjà été invitée à produire son dossier "original et complet" d'ici au 9 août 2023. Il a été constaté ensuite, selon l'avis du 13 octobre 2023, que l'offre de la B. _____ n'avait pas été remise au Tribunal avec ses annexes. L'autorité a donc été invitée à produire ces documents, ce qu'elle a fait. Comme le mentionne encore le recourant dans ses dernières déterminations du 13 décembre 2023, lors de l'audience du 29 novembre 2023, il a encore été question d'autres documents justifiant l'évaluation de ses notations et qui n'auraient pas été produits avec le dossier. En date du 5 décembre 2023, l'autorité a produit un bordereau avec de nouvelles pièces (pièces 17 à 29), dont une partie (cf. ch. 3 de l'avis du Juge instructeur du 7 décembre 2023) a été remise au recourant, parfois sous forme partiellement caviardée. Il faut néanmoins admettre que l'échelonnement précité n'a pas eu d'influence sur le droit d'être entendu du recourant, compte tenu de la particularité de la procédure en matière de marchés publics. En effet, le recourant ne pouvait par nature accéder au dossier de la procédure avant le prononcé de la décision d'adjudication. Sous le nouveau droit (art. 11 let. e A-IMP), comme sous l'ancien d'ailleurs, l'adjudicateur s'engage à observer le caractère confidentiel des indications fournies par les soumissionnaires lors de la passation des marchés publics. Dans le même sens, l'art. 51 al. 1 A-IMP dénie le droit d'être entendu aux soumissionnaires durant la procédure de décision. Une telle restriction est d'ailleurs motivée en raison du caractère spécial de la procédure de marché public et de la protection du secret des affaires (approuvant, Gueric Riedi, La confidentialité des offres dans le procès en droit des marchés publics, in: Justice – Justiz – Guistitia, 2023/4, p. 7). Ce n'est ainsi que devant la cour de céans que le recourant a pu effectivement prendre connaissance du dossier de l'autorité intimée. Compte tenu des derniers éléments produits, en particulier depuis le 5 décembre 2023, il faut admettre que le dossier de l'autorité intimée est désormais complet. Le recourant a ainsi eu largement l'occasion de se déterminer sur ces éléments, non seulement dans ses déterminations du 13 décembre 2023, mais encore le 8 janvier 2024, et puis finalement le 18 janvier 2024. Il résulte de ce qui précède que c'est à tort que le recourant se plaint d'une violation du droit d'être entendu en lien avec la production de son dossier par le pouvoir adjudicateur. Le grief de violation du droit d'être entendu doit donc être rejeté dans son ensemble.

E. 4

Pour ce qui est des griefs matériels, le recourant se plaint d'une part, de son évaluation quant au critère d'adjudication 2, plus particulièrement au sous-critère 2.2, traitant de l'organisation pour l'exécution du marché, (ci-après: consid. 5), et d'autre part d'une violation de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, ainsi que du principe de transparence, en lien avec l'évaluation du critère 3 à savoir Méthodologie et références (ci-après consid. 6). 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. 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). 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.2023.0016 du 29 août 2023 consid. 4a; MPU.2015.0016 du 26 mai 2015 consid. 4a; MPU.2014.0008 du 21 juillet 2014 consid. 4a et les arrêts cités). 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 citées). 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).

E. 5

a) Pour ce qui est d'abord du grief élevé par le recourant en lien avec la notation du critère 2 "Organisation pour l'exécution du marché" pour lequel le recourant a obtenu la note de 4.14 il y a lieu de voir ce qui suit. Au ch. 3.6 du DAO, l'appel d'offre mentionnait comme sous-critère d'adjudication, pondéré à 15%, "2.2 Organisation, disponibilité et flexibilité pour l'exécution du marché". Le recourant a obtenu une note de 3 pour ce sous-critère. La décision est motivée (cf. encore la pièce 18 du dossier de l'autorité intimée) sur ce point par le fait que le recourant, tout en indiquant être déjà mandataire du Département, n'a pas précisé comment il allait adapter ses temps de présence dans les locaux de l'intimée en fonction des missions en cours. D'autre part, sous l'angle de la flexibilité, l'offre du recourant ne mentionnait pas spécifiquement s'il avait compris la problématique, l'évaluation relevant que le recourant n'avait pas évoqué cette problématique non plus. Enfin, l'offre du recourant n'évoquait pas spécifiquement si ce dernier avait compris les missions. b) Concernant le sous-critère "Organisation, disponibilité et flexibilité pour l'exécution du marché", le recourant, se référant à la réponse de l'autorité intimée (Réponse du 3 août p. 4 en bas et 5 en haut) qui mentionnait qu'il avait obtenu l'ensemble des points pour les aspects de disponibilité et de flexibilité, estime sa notation arbitraire. Il développe son argument en soulignant que si ce sous-critère a été évalué sur les trois aspects d'organisation, de disponibilité et de flexibilité et qu'il a obtenu tous les points sur deux de ces trois éléments, il aurait dû, mathématiquement, obtenir au moins 3,5 (c'est-à-dire 3,3 périodique arrondi au demi-point le plus proche). A cet égard, il sied de constater que l'autorité intimée n'a jamais indiqué avoir calculé mathématiquement un tiers des points pour chacun des sous-sous-critères. Elle a au contraire expliqué que la note globale du recourant était justifiée par le fait que la note méthodologique fournie par le recourant respectait le format prescrit mais n'avait pas développé suffisamment l'aspect d'organisation pour l'exécution du marché. En particulier, la note du recourant ne développait pas l'organisation envisagée par ce dernier au sein de l'Unité amiante et ne permettait pas de conclure que les enjeux et spécificités de cette unité avaient été compris. S'il ne fait pas de doute que le recourant connaît, pour y avoir été intégré, puis mandaté, l'Unité amiante, cela ne permettait pas encore nécessairement d'admettre qu'il saurait s'organiser avec elle. Or, les explications contenues dans la note méthodologique du recourant, succinctes de l'avis même de ce dernier, n'ont pas détaillé comment il envisageait son organisation avec l'unité. Par comparaison, les développements de l'offre de la B. _____ (cf. les déterminations de cette dernière du 8 janvier 2024, p. 4) sont beaucoup plus complètes. Compte tenu de ce que, globalement, le critère 2.2 concernait plusieurs aspects d'organisation, il n'apparaît pas comme arbitraire de considérer que sur ce point, le recourant avait fourni "l'information ou le document demandé par rapport au critère fixé et dont le contenu répond aux attentes

minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats ou soumissionnaires" (cf. principe de notation ch. 3.7 du DAO, ad note 3). La note contenait sur certains aspects l'entier des éléments attendus, sur d'autres paraissait plutôt lacunaires de telle sorte qu'au final, et compte tenu de la liberté d'appréciation laissé au pouvoir adjudicateur, on ne saurait admettre que la notation de 3 réservée au recourant pour le critère 2.2 serait arbitraire. Il en va de même en tant que le recourant estime avoir offert un taux de disponibilité de 60 à 80 % avec une grande flexibilité lorsque la situation le demande (augmentation/diminution du taux). Certes, de manière étonnante, la grille d'évaluation concernant ce point indique "pas de flexibilité évoquée dans le rapport". Interrogée à cet égard lors de l'audience, l'autorité intimée a expliqué qu'il ne s'agissait pas uniquement de mentionner être flexible, mais bien plus d'indiquer comment le soumissionnaire pouvait garantir la flexibilité compte tenu de son organisation. Si l'on compare effectivement l'offre du recourant avec celle des adjudicataires, on remarque en effet que ce point n'a pas été développé. En outre, étant seul dans son entreprise individuelle, le recourant ne pouvait pas (cf. a contrario l'offre C._____) expliquer comment il gérerait sa flexibilité en cas d'augmentation ou de baisse des prestations requises de l'autorité intimée. On comprend ainsi la remarque de l'autorité intimée, et la notation du sous-critère, que la flexibilité du recourant, si elle a été considérée comme suffisante, ne valait pas une note supérieure en raison du manque de développement de son offre, lui-même lié au fait qu'il travaille de manière individuelle. A cet égard non plus, on ne peut considérer la notation de l'autorité intimée comme étant arbitraire. c) Le recourant critique encore cette note en la comparant avec la note de 4 obtenue, d'une part, par la B._____, alors qu'elle ne disposerait que d'une seule personne qui présentait l'expérience professionnelle et les références requises, et qui serait en congé maternité, et d'autre part, par C._____ qui ne disposerait, toujours selon le recourant, pas des certifications nécessaires. Celui-ci en conclut qu'il aurait à tout le moins dû obtenir la note de 4 pour le sous-critère 2.2. En l'occurrence, le Tribunal ne peut pas suivre le recourant dans son argumentation. Le congé maternité de la personne clef d'un des adjudicataires, qui se termine selon les indications données en audience probablement entre mars-avril 2024, n'a ainsi pas d'incidence sur la note de 4 attribuée globalement à celui-ci pour le sous-critère. Ensuite, il est établi que l'autre adjudicataire disposait de toutes les certifications lui permettant d'obtenir également la note de 4. Sous cet angle, et compte tenu des explications fournies en cours de procédure, il n'y avait aucun arbitraire à attribuer la note de 3 au recourant tout en notant à 4 les deux adjudicataires précités. d) Compte tenu de ces éléments, et à ce stade, il n'apparaît pas comme arbitraire d'avoir octroyé la note de 3 au recourant sur ce sous-critère. Le grief doit donc être rejeté.

E. 6

a) Le recourant fait également grief à la décision attaquée de violer le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires, ainsi que le principe de transparence, en lien avec l'évaluation du critère 3 à savoir "Méthodologie et références". Le recourant invoque plus précisément qu'il aurait été sanctionné arbitrairement dans sa notation du critère 3 pour avoir présenté comme référence des projets qu'il avait élaborés en 2018, au motif que le cahier des charges de l'Association suisse des consultants amiante (ci-après: ASCA), alors en vigueur, était moins exigeant que sa version contemporaine. Il soutient ainsi que le DAO, en permettant de produire comme référence des projets soumis entre 2018 et 2022, sans autre précision, ne permettrait pas de le sanctionner pour avoir soumis deux rapports plus anciens et donc possiblement moins complets, ni d'ailleurs d'octroyer des "points bonus"

aux soumissionnaires qui auraient rendus des projets plus récents. b) 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 (articles 8 et 27 Cst.) se traduit dans la procédure d'adjudication par l'interdiction de toute discrimination à l'encontre d'une offre (ATF 125 I 406; CDAP MPU.2023.0006 du 12 juin 2023 consid. 4a). Sous l'ancien droit, l'art. 6 aLMP-VD imposait à l'adjudicateur, lors de la passation de marchés, de respecter notamment les principes suivants: non-discrimination et égalité de traitement de chaque soumissionnaire (let. a); respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (let. b); adjudication au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (let. f ter). L'art. 37 al. 1 aRLMP-VD ajoutait sur ce point que le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans le droit actuel, l'art. 2 let. c A-IMP protège également les soumissionnaires et impose au pouvoir adjudicateur de respecter l'égalité de traitement et la non-discrimination. En particulier lors de la passation des marchés publics, l'adjudicateur doit veiller à l'égalité de traitement des soumissionnaires dans toutes les phases de la procédure (art. 11 al. 1 let. c A-IMP). Une fois l'appel d'offres lancé, le pouvoir adjudicateur se trouve lié par le contenu des documents qu'il a lui-même élaborés et il n'est ainsi pas libre de les modifier comme il l'entend après leur publication. C'est ce qu'instaure le "principe de stabilité de l'appel d'offres", en vertu duquel une modification de l'appel d'offres ou du dossier d'appel d'offres ne devrait plus être admissible postérieurement au dépôt, respectivement à l'ouverture des offres, au risque de porter atteinte aux principes de transparence, d'égalité de traitement des soumissionnaires et d'interdiction des négociations (arrêts TF 2P.97/2005 du 28 juin 2006 consid. 4.4 et 2P.151/1999 du 30 mai 2000 consid. 4c; CDAP MPU.2016.0019 du 14 décembre 2016 consid. 3). c) Il faut admettre d'emblée à cet égard que le sentiment d'arbitraire du recourant a été légitimé dans un premier temps en raison de l'erreur commise initialement par l'autorité intimée. Il a en effet fallu au recourant de s'enquérir des motifs de sa note (initiale de 4,13 au critère d'adjudication 3) pour qu'une nouvelle décision lui soit notifiée. L'autorité a corrigé l'évaluation du sous-critère 3.1 pour la faire passer de 3,5 à 4, ce qui a vu la note obtenue au critère d'adjudication 3 augmenter de 4,13 à 4,43. Cette augmentation n'a néanmoins pas permis au recourant d'emporter le marché. Or, il n'est pas contesté que l'erreur initiale est due à l'appréciation – fautive – de l'autorité qui avait considéré les rapports remis par le recourant qui dataient de 2018, comme étant hors du champ temporel autorisé par le DAO. L'autorité a par la suite, dans le délai de révocation, admis que le DAO permettait de soumettre des rapports depuis le 1^{er} janvier 2018 ce qui l'a conduit à rendre une seconde décision quant à la notation du critère 3.1. C'est néanmoins bien cette seconde décision d'adjudication qui fait l'objet de la présente procédure de telle sorte que l'erreur initiale doit être considérée comme corrigée, ce que le recourant ne conteste du reste pas. d) aa) Le recourant estime cependant avoir été, même dans cette seconde notation, arbitrairement sanctionné pour avoir produit des rapports plus anciens. A l'appui de son offre, le Recourant a en effet fourni les deux rapports amiante exigés par le DAO, lesquels ont été rédigés en 2018, respectivement le 27 mars 2018 et le 6 septembre 2018. On rappellera (cf. supra Faits, let. A) ici que l'appel d'offre exigeait, en lien avec les deux rapports amiante à fournir, notamment qu'ils soient "conformes au cahier des charges de l'ASCA". Comme l'invoque le recourant, il n'était donc pas nécessaire, du moment que le DAO autorisait de produire des rapports depuis 2018, que le cahier des charges le plus récent de l'ASCA soit respecté. Il n'aurait donc pas été légitime de sanctionner un

soumissionnaire au motif qu'il n'aurait pas respecté la version actuelle du cahier des charges de l'ASCA. Il faut toutefois constater que, comme on le verra, tel n'a pas été le cas dans la décision attaquée. Le recourant allègue également que lors de sa rencontre du 4 juillet 2023, les représentants de l'autorité intimée et du Comité d'évaluation lui auraient indiqué que des points "bonus" auraient été attribués aux rapports qui mentionnaient les filières d'élimination et la stratégie d'échantillonnage, soit des éléments du cahier des charges ASCA dans sa version la plus récente (versions 1.3 et suivantes), ce qui serait de nature à favoriser les soumissionnaires qui ont fourni des rapports rédigés entre mai 2019 et décembre 2022, et contreviendrait de ce fait au principe d'égalité entre les soumissionnaires (art. 11 al. c A-IMP). L'autorité indique de son côté qu'il n'y avait pas de point bonus, mais uniquement une attribution possible de la note 5 au soumissionnaire "qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes et qui présente beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres soumissionnaires, ceci sans tomber dans la sur-qualité et la surqualification".

bb) Il faut d'abord souligner que la discussion des rapports remis par le recourant porte avant tout sur l'existence d'éléments liés aux filières d'élimination et le conditionnement des déchets pollués. Or, cette exigence est apparue déjà dans la version 1.3 du cahier des charges datée du 11 juin 2018 et "entrée en vigueur" le 1^{er} juillet de la même année, respectivement en mai 2019 pour le canton de Vaud, selon le recourant (ch. 4.4 let. h dudit cahier des charges mentionnant que "Le rapport doit impérativement contenir les éléments ci-dessous correspondant à la situation du bâtiment à la date du diagnostic: [...] h. les filières d'élimination et le conditionnement de l'ensemble des déchets pollués"). Cela relativise déjà les griefs du recourant et permet d'admettre que même en 2018 la mention des filières d'élimination des déchets dans un rapport, s'il n'était pas spécifiquement exigé, était un élément connu des spécialistes du domaine.

cc) On relèvera ensuite que le recourant a obtenu en lien avec le critère 3 globalement, la note de 4,43. Plus en détail, il a eu, en lien avec le sous-critère 3.1 qui concerne les rapports amiante la note de 4 et la note de 5 en lien avec le sous-critère 3.2 (Compréhension des enjeux. Démarche durabilité). Il critique de manière très détaillée chaque notation qu'il a reçue en estimant à chaque fois qu'il aurait droit au moins à un demi-point supplémentaire. Or, ce faisant, il omet de voir que le juge des marchés publics n'a pas vocation à substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur et que ce dernier dispose d'une grande liberté d'appréciation notamment dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres. Il ne s'agit pas de savoir si l'évaluation aurait pu être faite différemment, mais si, dans son résultat elle est choquante. Or, la grille d'évaluation de l'offre du recourant permet de comprendre, après la correction liée à la date des rapports, que cette dernière était moins complète que celles de ses concurrents. En particulier, on comprend que les rapports remis par le recourant n'explicitaient pas les types d'assainissement et d'élimination notamment les indications si les travaux devaient être accomplis par une entreprise spécialisée et selon quelle filière d'élimination des déchets, ce que l'intéressé admet lui-même (cf. déterminations du 13 décembre 2023 p. 7). Certes, comme on l'a vu, le recourant ne pouvait pas – et il ne montre pas qu'il l'aurait été – sanctionné pour avoir produit des rapports de 2018. Il a d'ailleurs obtenu tous les points à cet égard. En revanche, on ne saurait reprocher à l'autorité intimée d'avoir apprécié plus favorablement un rapport plus complet, quand bien même le standard minimum (cahier des charges ASCA) avait été respecté. A suivre le recourant, l'autorité aurait été empêchée d'apprécier et de distinguer entre les différents rapports déposés et aurait dû octroyer une note identique à tous les concurrents dès lors qu'ils respectaient ce

cahier des charges. Or, tel n'était pas le but de la mention du cahier des charges ASCA dans le DAO. Bien plus, on voit que s'agissant du second rapport, il n'indique pas le changement de situation (reprise de l'utilisation ou période prolongée jusqu'à l'assainissement qui nécessite une évaluation du degré d'urgence). Le recourant retrace certes les passages de son rapport – notamment "il est recommandé de procéder à des mesures VDI de contrôle de l'air ambiant" – cela ne suffit cependant pas à considérer la décision comme arbitraire. En effet, c'est la note de 4 qui lui a été octroyée. Or, une telle note est attribuée à une offre "bonne et avantageuse" (ch. 3.7 du DAO). Cela signifie que l'offre du recourant, sur ce sous-critère d'évaluation des rapports amiante a été qualifiée comme une offre dont "le contenu répond aux attentes et qui présente un minimum d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats ou soumissionnaires, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification". On ne saurait considérer, avec une telle notation, que l'appréciation de l'autorité intimée soit empreinte d'arbitraire. Comme l'indique l'autorité intimée, le recourant a obtenu plus qu'une note moyenne, grâce à la prise en considération de plusieurs points positif. Toutefois, certains passages de ses rapports ont été jugés trop généraux, raison pour laquelle l'analyse et l'attribution de la note globale de ce sous-critère, que le comité a considéré comme bonne et pour laquelle une note de 4 a été attribuée, ne permet pas de conclure que le pouvoir adjudicataire aurait fait preuve d'arbitraire. Le recourant ne saurait prétendre dans la cadre de la procédure de recours à bénéficier de points supplémentaires. Le grief du recourant ne peut donc pas être admis. e) Le recourant invoque en outre le fait qu'étant lié à la DGIP par une clause d'interdiction de faire des rapports amiante depuis le 1^{er} octobre 2018, il ne lui était pas possible de présenter des rapports selon modèle ASCA 1.3 et qu'il aurait été pénalisé pour cela. Ce grief tombe à faux. En effet, comme déjà examiné, la décision attaquée n'a pas sanctionné de manière arbitraire le recourant sur le critère 3.1. Il n'a donc aucunement été défavorisé au motif qu'il ne pouvait pas, à raison d'une clause qu'il avait lui-même fait mettre dans le contrat. En outre, comme l'indique l'autorité intimée sans être contredite sur ce point par le recourant, ce dernier était indépendant du 1^{er} novembre 2021 au 31 décembre 2022 et rien ne l'empêchait de réaliser des diagnostics amiante durant cette dernière période. On lit d'ailleurs dans son offre, sous références, qu'il a réalisé de tels diagnostics, aussi en 2022, mais dans le canton de Fribourg. Sous cet angle également les griefs du recourant doivent être écartés.

E. 7

a) Dans un grief supplémentaire, développé dans ses déterminations du 13 décembre 2023, le recourant soutient que l'un des rapports de la B._____ porte sur un bâtiment qui n'a pas fait l'objet d'une demande de permis de construire et ne respectait donc pas le sous-critère 3.1. Il en tire que l'offre de cette dernière aurait dû être exclue. Dans ses déterminations du 8 janvier 2024, la B._____ estime que les conditions de l'appel d'offre sont remplies dès lors que le rapport soumis a été effectué dans le cadre d'une demande de permis de construire, sans égard au fait que la demande ait été effectivement déposée ou pas. Elle relève en outre que l'inobservation de cette condition ne devait de toute façon pas conduire à une exclusion, mais à une réduction de la note. b) L'adjudicateur définit de manière exhaustive, dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres, les critères d'aptitude auxquels doivent répondre les soumissionnaires (art. 27 al. 1 A-IMP). Il dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix, la formulation et l'évaluation des critères d'aptitude; il est libre de spécifier ses besoins en tenant compte de la solution qu'il désire (cf. ATF 137 II 313 consid. 3.4; 141 II 14 consid. 7.1 et réf. cit.; arrêts du TAF B-2426/2021 du 18 octobre 2021 consid. 3.1, B-396/2018 du 19 février 2019 consid. 3.3 et B-4637/2016 du

17 mars 2017 consid. 3.8). Les critères d'adjudication et d'aptitude doivent ainsi être interprétés au regard du principe de la confiance; la volonté subjective du pouvoir adjudicateur importe peu (cf. ATF 141 II 14 consid. 7.1; TF 2C_1101/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.4.1). L'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication s'il est constaté que le soumissionnaire, un de ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier notamment lorsqu'il remet une offre ou une demande de participation qui est entachée d'importants vices de forme ou qui s'écarte de manière importante des exigences fixées dans l'appel d'offres (cf. art. 44 al. 1 let. b A-IMP). L'exclusion n'est donc pas automatique; elle relève de la marge d'appréciation du pouvoir adjudicateur (cf. ATAF 2019 IV/1 consid. 4.1). Toutefois, lorsqu'un cas d'exclusion est destiné à réaliser un but essentiel du droit des marchés publics, le pouvoir adjudicateur ne jouit que d'un pouvoir limité de renoncer à l'exclusion (cf. ATF 143 II 425 consid. 4.4.3 et 4.6 traduit au JdT 2018 I 55; ATAF 2019 IV/1 consid. 4.1; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, 2^{ème} éd., 2023, p. 286). En tout état de cause, la faculté laissée à l'adjudicateur d'exclure un candidat ou d'écarter son offre doit respecter les principes de proportionnalité et de prohibition du formalisme excessif, quel que soit le motif d'exclusion (cf. TF 2C_782/2012 du 10 janvier 2013 consid. 3 et réf. cit.). Un motif d'exclusion doit donc revêtir une certaine gravité. Une exclusion ne peut se fonder sur des éléments mineurs ou, du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication, notamment parce que leur ampleur est insignifiante et qu'ils n'exerceraient pas d'influence dans le classement des soumissionnaires (cf. Guerric Riedi, Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg, Aktuelles Vergaberecht 2016 / Marchés publics 2016, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs / IV. Le travail au noir, p. 339). c) En l'espèce, le DAO exigeait des candidats qu'ils fournissent "deux exemples distincts de rapports amiante réalisés" (p. 7/15). En outre, le critère 3.1 mentionnait que "l'un des rapports devait être un diagnostic effectué dans le cadre d'une demande de permis de construire, l'autre dans le cadre d'une demande de permis d'utiliser ou d'habiter". On peut admettre avec l'adjudicataire que l'objectif visé par l'autorité intimée consistait à examiner des rapports amiantés effectués par les candidats dans le cadre d'une demande de permis et pas nécessairement que la demande ait été déposée. Il suffisait en effet pour donner à l'autorité un aperçu des compétences des soumissionnaires que les rapports soient conformes à ce qui se fait dans le cadre d'une demande de permis. Il ne paraît ainsi pas déterminant que le propriétaire ait décidé d'effectuer les travaux envisagés, respectivement de déposer effectivement la demande de permis. Il fallait, mais il suffisait, que les rapports produits soient du type de ceux qui sont réalisés dans le cadre d'une demande de permis. Peu importe dès lors que ce cadre est respecté que la demande ait au final effectivement été déposée. Dans le même sens, il n'est pas déterminant que la procédure de demande de permis ait effectivement abouti à l'octroi de ce permis, pour que le rapport lui-même puisse servir de témoin des compétences du soumissionnaire. Par surabondance, il sied de constater que, même à considérer que l'un des rapports déposés par la B. _____ n'ait pas respecté le DAO entièrement à cet égard, cela n'aurait de toute façon pas pu conduire, pour ce seul motif, à son exclusion. On soulignera d'ailleurs que le recourant lui-même n'a pas été exclu lorsque l'autorité a cru – à tort – qu'il avait déposé des rapports sortant du champ d'application temporel du DAO. Compte tenu de rejet des griefs du recourant et de l'écart entre ses notes et celles obtenues par la B. _____, le recourant n'aurait de toute façon aucun intérêt juridiquement protégé à requérir une note plus basse pour cette dernière au

critère 3.1. Même en effet avec une réduction de la note en lien avec le sous-critère 3.1 de 4,5 à 3,5, la B. _____ obtiendrait un total de points 3.76, soit un chiffre supérieur à celui du recourant de 3.63. Ainsi, en résumé, rien ne permet de penser que le DAO exigeait que le rapport produit soit en lien avec une demande de permis effectivement déposée mais il suffisait au contraire que le rapport ait été élaboré dans le cadre d'une telle demande. Au surplus, même en diminuant fortement la notation de la B. _____ à cet égard, elle resterait encore devant le recourant. Le grief correspondant ne peut ainsi qu'être rejeté.

E. 8

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Le recourant, qui succombe, supportera les frais de justice (cf. art. 49 al.1 LPA-VD). Il devra par ailleurs verser des indemnités à titre de dépens à la B. _____, adjudicataire, qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel (cf. art. 55 al. 1 LPA-VD). Il sera cependant tenu compte du fait que cette adjudicataire a été dispensée de comparution à l'audience et n'est intervenue par écrit qu'à la fin de la procédure.

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