

VD_OMNI MPU.2023.0034 vom 28. März 2024

VD Tribunal cantonal, 2024-03-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2023.0034

FR: VD_OMNI MPU.2023.0034 du 28 mars 2024

IT: VD_OMNI MPU.2023.0034 del 28 marzo 2024

Regeste

A. _____/Service Achat & Logistique Ville (SALV), B. _____ | Recours contre une décision d'exclusion d'un marché public portant sur la livraison de bornes hydrantes suivi d'un recours contre la décision d'adjudication de ce marché public prononcée le même jour. Jonction des recours dirigés contre la décision d'exclusion et contre la décision d'adjudication. Pour recourir contre la décision d'exclusion, la recourante doit démontrer qu'elle a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours. Par ailleurs, sa qualité pour recourir contre la décision d'adjudication dépend de la validité de son exclusion. Si son offre a été valablement exclue, elle n'a pas d'intérêt digne de protection à recourir contre la décision d'adjudication car le marché ne peut pas lui être attribué (consid. 2). Rejet du grief de nullité de la décision d'exclusion qui a été uniquement signée par un collaborateur de l'administration communale. La décision entreprise ne répond pas aux exigences de forme de l'art. 67 al. 1 LC. Néanmoins, il n'existe aucun doute sur la volonté de la municipalité d'exclure l'offre de la recourante (consid. 4). Rappel des principes régissant la décision d'exclusion d'un marché public (consid. 7a). En l'espèce, l'autorité intimée a violé le principe de transparence, l'interdiction du formalisme excessif et le principe de la proportionnalité en excluant l'offre de la recourante ce qui conduit à l'annulation de la décision d'exclusion (consid. 7c). Dès lors que l'autorité intimée a procédé à tort à l'exclusion de la recourante, il y a lieu d'admettre que la décision d'adjudication a été prononcée en violation des art. 40 et 41 A-IMP (consid. 8). Admission du recours et renvoi de la cause à l'autorité intimée pour procéder à une nouvelle évaluation des offres avant de rendre une nouvelle décision d'adjudication.

Erwägungen

E. 1

Le 1^{er} janvier 2023, sont entrés en vigueur dans 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) et 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 A-IMP 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, les recours sont dirigés contre une décision d'exclusion et une décision d'adjudication rendues après le 1^{er} janvier 2023 prononcées dans le cadre d'une procédure d'adjudication lancée après cette date. Le nouveau droit est donc applicable à la présente cause.

E. 2

a) Selon l'art. 53 al. 1 let. h A-IMP, la décision d'exclusion de la procédure est sujette à recours. 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, 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) La recourante conteste tant la décision d'exclusion (MPU.2023.0034) que la décision d'adjudication (MPU.2023.0037). Lorsque, comme en l'espèce, l'autorité a statué simultanément sur l'exclusion et l'adjudication, se pose la question de savoir si le soumissionnaire exclu a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours, ce qui lui incombe de démontrer. La simple participation du soumissionnaire à la procédure d'appel d'offres et la non-prise en considération de son offre ne sauraient en effet 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 I 1 307 consid. 6, traduit in: JdT 2016 I 20; 141 II 14 consid. 4, traduit in: JdT 2015 I 81; 140 I 285; CDAP MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 2). On notera également que la qualité pour recourir de la recourante contre la décision d'adjudication dépend de la validité de son exclusion de la procédure. En effet, si son offre a été valablement exclue, elle n'a pas d'intérêt digne de protection à recourir contre la décision d'adjudication car le marché ne peut pas lui être attribué (cf. à ce sujet TAF B-4473/2022 du

E. 3

A titre liminaire, il convient d'examiner les mesures d'instruction requises par la recourante, à savoir (i) la tenue d'une audience publique et (ii) le visionnage de la vidéo produite à l'appui de son recours par la cour de céans en présence des parties. a) Le droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou, à tout le moins, de s'exprimer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 142 II 218 consid. 2.3; 142 III 48 consid. 4.1.1). A lui seul, l'art. 29 al. 2 Cst. ne confère pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins. Le droit d'être entendu n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient pas l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1; 131 I 153 consid. 3 p. 157; 130 II 425 consid. 2.1 p. 429). b) A teneur de l'art. 27 LPA-VD, la procédure est en principe écrite (al. 1). Lorsque les besoins de l'instruction l'exigent, l'autorité peut tenir audience (al. 2). Lorsque les circonstances l'exigent, le Tribunal cantonal peut ordonner des débats (al. 3). Vu l'art. 28 LPA-VD, l'autorité établit les faits d'office (al. 1). Elle n'est pas liée par les offres de preuves formulées par les parties (al. 2). Enfin, l'art. 29 al. 1 LPA-VD confère à l'autorité la faculté de recourir aux moyens de preuve suivants: audition des parties (let. a); inspection locale (let. b); expertises (let. c); documents, titres et rapports officiels (let. d); renseignements fournis par les parties, des autorités ou des tiers (let. e); témoignages (let. f). Vu l'art. 23 LPA-VD, ces règles s'appliquent également à la procédure devant la CDAP. Les art. 33 et ss LPA-VD concrétisent dans la loi les garanties consacrées aux art. 29 al. 2 Cst. et 27 al. 2 Cst-VD. Les parties participent à l'administration des preuves (art. 34 al. 1 LPA-VD). A ce titre, elles peuvent notamment présenter des offres de preuve au plus tard jusqu'à la clôture de l'instruction (art. 34 al. 2 let. e LPA-VD). L'autorité n'est toutefois pas liée par les offres de

preuves formulées par les parties (art. 28 al. 2 LPA-VD). Elle doit examiner les allégués de fait et de droit et administrer les preuves requises, si ces moyens n'apparaissent pas d'emblée dénués de pertinence (art. 34 al. 3 LPA-VD). c) L'art. 6 par. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH; RS 0.101) n'exige pas nécessairement la tenue d'une audience dans toutes les procédures. Lorsqu'il n'y a que des questions de droit ou portant sur des faits, pour lesquelles le différend à traiter se prête mieux à des écritures qu'à des plaidoiries, un examen sur la base du dossier peut suffire. Il en va de même pour les affaires ne suscitant pas de controverse sur les faits qui auraient requis une audience et pour lesquelles les tribunaux peuvent se prononcer de manière équitable et raisonnable sur la base des conclusions présentées par les parties et d'autres pièces. De manière générale, il peut être fait abstraction d'une audience de débats publics lorsque le tribunal doit uniquement décider sur des questions de droit qui ne sont pas particulièrement complexes et qui ne soulèvent pas des questions de portée générale (TF 1C_493/2018 du 8 avril 2019 consid. 6.2; CDAP AC.2020.0333 du 20 janvier 2022 consid. 2c). d) En l'espèce, la recourante s'est déterminée à plusieurs reprises par écrit dans le cadre de la présente procédure. Elle a non seulement déposé son recours, mais a pu le compléter ensuite par écriture du 4 octobre 2023. Après la réponse de l'autorité intimée, elle a encore pu répliquer le 8 janvier 2024. On ne voit pas quels éléments pertinents supplémentaires, elle pourrait encore apporter lors d'une audience. En particulier, l'état de fait apparaît comme suffisamment établi sur les éléments essentiels et déterminants pour la présente cause. La vidéo que la recourante souhaite montrer en présence des parties lors de l'audience, qui a été valablement produite au dossier, montre la compatibilité des produits proposés dans son offre avec les bornes (parties supérieures et inférieures) du parc de l'autorité intimée. Or, il n'est plus contesté à ce stade que, moyennant l'ajout du kit d'assemblage, tel est bien le cas. En revanche, la question strictement juridique qui devra être examinée ci-après, consiste uniquement à savoir si, dans les circonstances de l'appel d'offre ici en cause, l'offre déposée par la recourante pouvait être exclue. C'est donc essentiellement une question d'appréciation des éléments de fait établis et de leur portée juridique qui divise les parties. Le tribunal s'estime donc suffisamment renseigné par le dossier, de sorte qu'une audience n'apparaît pas nécessaire, ni propre à influencer le sort de la cause, comme cela résulte des motifs qui suivent. Il en va de même de la requête tendant à ce que la vidéo produite par la recourante soit visionnée par la cour en présence des parties. Les requêtes d'instruction sont dès lors rejetées.

E. 4

Les actes pris en vertu d'une délégation de pouvoirs doivent être donnés sous la signature du ou des membres de la municipalité ou de la personne au bénéfice de la délégation.

E. 5

Dans un second grief d'ordre formel, la recourante invoque la violation de son droit d'être entendu en se plaignant du caractère lacunaire de la décision entreprise. a) Le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. confère à toute personne le droit d'exiger, en principe, qu'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). L'art. 42 al. 2

aRLMP-VD imposaient que les décisions de l'adjudicateur soient sommairement motivées et indiquent la voie de recours (al. 2). Sur demande d'un soumissionnaire non retenu par l'adjudication, l'adjudicateur devait indiquer 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 droit 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. La cour de céans a récemment rappelé que " 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 " (CDAP MPU.2023.0016 du 29 août 2023 consid. 3b; cf. aussi 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 (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). b) En l'espèce, la décision d'exclusion rappelle le ch. 6.5.4 du DAO selon lequel les parties supérieures des bornes hydrantes devaient être compatibles avec des parties inférieures de chez B._____ et A._____ (modèles dès année 1935), constituant le parc actuel des bornes de l'autorité intimée. Il est ensuite exposé que le modèle proposé par la recourante n'est pas compatible avec les parties inférieures des bornes hydrantes déjà existantes. Il faut bien voir également qu'il s'agit d'une décision d'exclusion du marché public et pas d'une décision d'adjudication. Dans ce sens, les éléments nécessaires pour respecter l'art. 51 A-IMP et le droit d'être entendu doivent être rapportés au type d'affaire en cause. Or, la recourante a parfaitement compris pour quel motif exact son offre avait été exclue par l'indication selon laquelle le modèle qu'elle avait proposé n'était pas compatible avec les parties inférieures déjà en place à Lausanne, ce qui est entièrement conforme à une motivation sommaire de la décision. Même si elles sont très succinctes, la cour de céans considère que ces explications ont été suffisantes pour permettre à la recourante de comprendre les motifs ayant conduit à la décision d'exclusion et satisfaire à l'exigence d'une motivation sommaire. C'est d'autant plus le cas que la recourante aurait pu rencontrer un employé de la commune pour obtenir des explications complémentaires, comme cela ressortait expressément de la décision entreprise. Cela étant, vu le sort du recours, il n'est pas nécessaire de trancher définitivement si les explications fournies respectaient le devoir de motivation de l'autorité intimée.

E. 6

Avant d'examiner les autres griefs sur le fond de la recourante, il convient de rappeler que lors de la passation de marchés, le pouvoir adjudicateur doit notamment respecter le principe de transparence (cf. art. 2 al. 1 let. b A-IMP). Le principe de transparence impose au pouvoir adjudicateur de fournir toutes les indications nécessaires aux soumissionnaires

pour qu'ils puissent présenter une offre valable et répondant à ses exigences et souhaits, respectivement de tout mettre en œuvre pour que la procédure de mise en concurrence et la documentation soient compréhensibles pour tous les soumissionnaires de façon à ce qu'ils puissent offrir leurs prestations en toute connaissance de cause (cf. CDAP MPU.2021.0012 du 10 août 2021 consid. 3; MPU.2020.0004 du 24 juillet 2020 consid. 3b; MPU.2016.0013 du 9 août 2017 consid. 2b et les références). Le principe de transparence exige que le pouvoir adjudicateur se conforme dans la suite de la procédure aux conditions du marché qu'il a préalablement annoncées et qu'il ne s'écarte pas des règles du jeu qu'il s'est lui-même fixées. Notamment, l'adjudicateur ne peut pas, après le dépôt des offres, modifier d'une manière ou d'une autre les critères d'adjudication, leur ordre d'importance ou leur pondération respective (cf. CDAP MPU.2018.0026 du 16 mai 2019 consid. 5a). Conformément au principe de traçabilité, le juge doit pouvoir s'assurer que les règles applicables au marché ont été effectivement respectées depuis le lancement du marché jusqu'à l'adjudication (Etienne Poltier, Droit des marchés publics, 2 ème éd., 2023, n. 586).

E. 7

La recourante reproche à l'autorité intimée d'avoir violé l'art. 44 al. 1 let. b A-IMP en prononçant son exclusion à raison de l'incompatibilité de son modèle de partie supérieure de borne avec les parties inférieures déjà existantes. Dans d'autres moyens, qui sont en réalité connexes, elle se plaint d'une violation de l'interdiction de l'arbitraire, d'une violation du principe de la proportionnalité et d'un formalisme excessif. a) aa) Selon l'art. 44 al. 1 let. b A-IMP, l'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication, le radier d'une liste ou révoquer une adjudication s'il est constaté que le soumissionnaire, un de ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier 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. Sous l'empire de l'ancien droit, le tribunal de céans avait jugé que l'exclusion pouvait intervenir d'emblée, après la constatation du défaut rédhibitoire entachant l'offre, ou après l'évaluation, pour autant que l'application des critères d'adjudication reste "traçable", conformément au principe de la transparence (CDAP MPU.2019.0012 du 7 octobre 2019 consid. 3a; MPU.2015.0057 du 20 janvier 2016 consid. 3c; MPU.2015.0026 du 30 juin 2015 consid. 4b). La jurisprudence a également rappelé à plusieurs reprises que s'il est conforme au but et à la nature de la procédure de marchés publics que la violation de certaines exigences de forme par un soumissionnaire puisse entraîner son exclusion du marché, une telle conséquence ne se justifie pas en présence de n'importe quel vice. Il faut en particulier renoncer à l'exclusion lorsque celui-ci apparaît de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif recherché par la prescription formelle violée (ATF 145 II 249 consid. 3.3 p. 250/251; 141 II 353 consid. 8.2.1 et les références). L'exclusion de la procédure doit se faire dans le respect du principe de la proportionnalité; elle ne peut se fonder sur des éléments mineurs, ou du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication (TF 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.2; CDAP MPU.2015.0037 du 25 janvier 2016 consid. 6a; MPU.2015.0038 du 5 septembre 2015 consid. 2a). Il est excessivement formaliste d'exclure une offre de la procédure, en raison de la violation d'une règle formelle, sans inviter le soumissionnaire à corriger un défaut véniel (CDAP MPU.2015.0037 du 25 janvier 2016 consid. 6a et MPU.2015.0038 du 5 septembre 2015 consid. 2a). Ont été exclues l'offre omettant certaines prestations dans le calcul d'un poste du marché (CDAP MPU.2012.0027 du 28 novembre 2012); l'offre qui ne répond pas aux spécifications techniques définies par l'adjudicateur (CDAP MPU.2012.0023 du 7 novembre 2012; MPU.2010.0020 du 26

janvier 2011); l'offre n'indiquant pas le chiffre d'affaires moyen des cinq dernières années, alors que cela était exigé au titre des critères d'aptitude (CDAP MPU.2011.0009 du 25 juillet 2011); l'offre qui ne propose pas un prix fixe pour une prestation donnée, alors que cela est exigé (CDAP MPU.2010.0009 du 10 juin 2010); l'offre ne contenant pas l'attestation requise de l'office des faillites (CDAP MPU.2009.0010 du 6 octobre 2009 consid. 4); l'offre faisant appel à un sous-traitant alors que cela est exclu par l'adjudicateur (CDAP MPU.2008.0010 du 21 janvier 2009). Pour sa part, la doctrine distingue trois catégories de vices: les vices graves, qui conduisent nécessairement à l'exclusion, les vices de peu d'importance, où l'exclusion ne peut pas être admise au regard de la proportionnalité et de l'interdiction du formalisme excessif, et la catégorie intermédiaire des vices de gravité moyenne, où l'adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation ("Ermessensausschluss"; Christoph Jäger, *Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz* [cité: Jäger, *Ausschluss*], *Marchés publics* 2014 p. 325s., 347s.; concernant le pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur en lien avec l'exclusion, voir aussi Poltier, *op. cit.*, n. 586 et n. 600). Ce pouvoir d'appréciation ressortait du reste déjà de la formulation potestative de certaines dispositions légales telles que l'art. 32 aRLMP-VD. Certains auteurs critiquent ce pouvoir d'appréciation, qui serait contestable sous l'angle de l'égalité de traitement des soumissionnaires. En effet, si l'adjudicateur renonce à exclure une offre, sa décision peut difficilement être contestée, dans la mesure où il peut se retrancher derrière son pouvoir d'appréciation. Si au contraire l'exclusion d'un soumissionnaire est prononcée, celui-ci, du fait de son droit d'accès au dossier généralement limité, ne peut guère vérifier que l'adjudicateur ait appliqué le motif d'exclusion de manière égale à ses concurrents; il appartient alors à l'autorité de recours de procéder à cet examen. Dans ces conditions, les auteurs en question appellent de leurs vœux une définition restrictive de la catégorie intermédiaire (Galli/Moser/Lang/Steiner, *op. cit.*, n. 453s.; Jäger, *Ausschluss*, *op. cit.*, p. 348s.). Le Tribunal fédéral a considéré que l'exclusion était disproportionnée ou formaliste à l'excès, si la non-conformité aux exigences de l'appel d'offres est de peu d'importance ("geringfügig", soit "anodine" [ATF 145 II 249 consid. 3.3 p. 250]) et insignifiante du point de vue du rapport entre le prix et la prestation. En présence de tels vices, l'offre peut d'ailleurs subir certaines modifications après le dépôt des offres; l'adjudicateur peut ainsi, sans arbitraire, admettre que des éléments de preuve portant sur des aspects de détails soient apportés ultérieurement, jusqu'au moment de l'adjudication (ATF 143 I 177 consid. 2.3.1 p. 182 et consid. 2.5.2 p. 185 avec renvoi not. à l'arrêt TF 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 3.3; arrêt TF 2C_698/2019 du 24 avril 2020 consid. 4.2). S'agissant en particulier du motif d'exclusion de la non-conformité de l'offre aux prescriptions techniques fixées dans l'appel d'offres, Beyeler considère qu'une offre non conforme doit en principe être exclue. Outre qu'elle ne correspond pas à la volonté manifestée par l'adjudicateur, une telle offre empêche la comparaison des offres entre elles et ce d'autant plus que sa non-conformité à l'appel d'offres est importante. Cela vaut notamment dans le cas où un soumissionnaire offre autre chose que ce qui était attendu (Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich/Bâle/Genève 2012 [cité: Beyeler, *Geltungsanspruch*], p. 1025 s.). bb) S'agissant du nouveau droit, la doctrine relève que l'art. 44 A-IMP est conçu comme une *Kannvorschrift*, qui confère un certain pouvoir d'appréciation au pouvoir adjudicateur, tout en rappelant que le manquement aux exigences posées doit présenter une certaine gravité (Poltier, *op. cit.*, n. 586; cf. aussi Laura Locher, in: Hans Rudolf Trüb [édit.], *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, 2020, n. 6 ad art. 44 LMP qui précise que la décision d'exclusion doit respecter le principe

de proportionnalité ainsi que l'interdiction du formalisme excessif). 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. Gueric 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). Le Tribunal administratif fédéral a eu l'occasion de rappeler que le sens de l'art. 44 al. 1 LMP était de permettre à l'autorité adjudicatrice de pouvoir attribuer le marché directement sur la base des offres soumises avec les informations et les pièces à sa disposition (TAF B-4199/2021 du 29 mars 2022 consid. 2.1 et les nombreuses références citées). b) L'autorité intimée a exposé que si la recourante avait bel et bien fourni un échantillon de la borne hydrante objet de son offre, ce dernier ne comprenait pas le kit d'assemblage, dont il est admis qu'il était nécessaire pour l'adaptation de la partie supérieure de la borne hydrante aux parties inférieures courantes pouvant se trouver sur le territoire de la commune de Lausanne. En conséquence, lorsque l'autorité intimée a souhaité tester l'échantillon de la recourante, elle n'a pas pu le connecter à la partie inférieure du réseau en place, ce qui a conduit à l'exclusion de la recourante. Pour appuyer sa position, l'autorité intimée a produit un procès-verbal du 29 juin 2023 dressé à l'occasion des tests hydrauliques. Dans ses écritures, la recourante ne semble pas prétendre qu'elle a remis le kit d'assemblage avec l'échantillon. Elle expose néanmoins que ce kit faisait clairement partie de son offre et qu'il devait être fourni avec son modèle de borne hydrante tel que cela ressort de son catalogue. Elle explique également que son modèle de borne hydrante est compatible avec toutes les parties inférieures usuelles de chez B. _____ et A. _____. La recourante invoque en outre d'une certaine manière une forme de preuve par l'évidence: la borne ***** qu'elle proposait devait par essence être compatible avec son propre matériel déjà présent dans le parc des bornes hydrantes de la ville. c) En l'occurrence, il convient de noter d'emblée que la compatibilité avec le parc actuel des bornes de l'autorité intimée était un critère essentiel pour cette dernière (cf. DAO 6.5.4). On comprend aisément que pour le remplacement d'une partie de son parc de bornes hydrantes, l'intimée ait plus que souhaité que les modèles proposés par les soumissionnaires soient compatibles. Cela étant, s'il était mentionné par l'autorité intimée dans le DAO qu'une borne devait être fournie avec l'offre " afin de permettre des tests ", rien n'indiquait toutefois que l'autorité intimée utiliserait cette borne pour tenter de la connecter à une partie inférieure de son parc de bornes hydrantes, et ce sans convoquer des représentants des soumissionnaires. Le DAO expliquait également que la borne échantillon devrait éventuellement être démontée et que dans cette hypothèse, elle serait rendue en l'état. Il n'était donc pas d'emblée évident que l'échantillon à fournir serait directement testé sur le matériel de l'autorité intimée déjà existant et ce sans interpellation préalable des soumissionnaires. Cette manière de procéder peut d'autant plus être questionnée que selon le DAO, une journée de formation à la pose du matériel devait être comprise dans le prix. Ainsi, le procédé utilisé par l'autorité intimée consistant à prendre l'échantillon pour effectuer un test sans avertir le soumissionnaire et sans prendre connaissance des directives techniques que la recourante avait jointes à son offre paraît déjà étonnant. Par ailleurs, même s'il y a lieu d'admettre que l'échantillon fourni par la recourante n'a pas permis à l'autorité intimée de mener les tests nécessaires à l'évaluation de l'offre, il n'en demeure pas moins qu'il ressort clairement du catalogue technique du modèle de borne

hydrante de la recourante que son modèle comprenait un kit d'assemblage " adapté à toutes les parties inférieures courantes à partir de 1935 ". En prenant simplement connaissance du descriptif technique de la partie supérieure de la borne hydrante de la recourante, l'autorité intimée aurait dû arriver à la conclusion que l'échantillon fourni était manifestement incomplet, bien que l'offre elle-même soit complète. Une simple interpellation de la recourante aurait permis à cette dernière de remettre à l'autorité intimée le kit d'assemblage qu'elle semble avoir omis de joindre à son échantillon. Cette interpellation aurait probablement permis de réaliser les tests hydrauliques souhaités par l'autorité intimée. Au demeurant, rien n'indique que l'échantillon de la recourante n'aurait pas pu être connecté si le kit d'assemblage avait bien été remis avec la borne échantillon. Cette question devra faire l'objet d'un examen ensuite de l'annulation de la décision d'exclusion du renvoi du dossier à l'autorité intimée. En effet, l'autorité intimée ne prétend pas que l'offre de la recourante serait incomplète, ce qu'elle n'était pas, ni que le produit proposé aurait été incompatible avec son parc de bornes existantes, ce qui aurait été erroné. Comme on l'a vu, lorsque la non-conformité alléguée pour justifier une exclusion du marché est de peu d'importance, le prononcé d'une telle exclusion constitue un formalisme excessif (supra consid. 7 a) aa). En l'espèce, la non-conformité aux exigences de l'appel d'offres avancée par l'autorité n'est pas de peu d'importance en elle-même, puisque cette dernière allègue une incompatibilité avec les éléments inférieurs déjà présents dans son parc. Cette incompatibilité découle cependant uniquement de l'absence d'interpellation de la recourante, respectivement de l'absence de prise de connaissance des instructions techniques déposées avec l'offre de la recourante. Or, sur un point aussi important, alors que le dossier d'appel d'offre n'indiquait pas que la borne échantillon servirait à tester la compatibilité avec le matériel existant, l'autorité avait la possibilité et le devoir d'alternativement prendre connaissance des instructions techniques et demander le kit d'assemblage, d'interpeller la recourante sur ce point ou, plus simplement, la convoquer pour l'organisation du test, ce qui aurait permis de lever le doute quant à la compatibilité du matériel fourni. En conséquence, le tribunal de céans estime que l'autorité intimée a violé le principe de transparence, l'interdiction du formalisme excessif et le principe de la proportionnalité en excluant l'offre de la recourante sur la seule base d'un échantillon manifestement incomplet et sans interpeller la recourante quant à l'absence du kit d'assemblage . Cela conduit à l'annulation de la décision d'exclusion de la recourante.

E. 8

Selon l'art. 40 A-IMP, intitulé "Evaluation des offres", " 1 Si les critères d'aptitude sont remplis et les spécifications techniques respectées, les offres sont examinées et évaluées sur la base des critères d'adjudication de manière objective, uniforme et traçable. L'adjudicateur établit un rapport sur l'évaluation. 2 Lorsque l'examen et l'évaluation approfondis des offres exigent des moyens considérables et à condition de l'avoir annoncé dans l'appel d'offres, l'adjudicateur peut soumettre toutes les offres à un premier examen sur la base des documents remis et les classer. Il choisit ensuite si possible les trois offres les mieux classées et les soumet à un examen et à une évaluation détaillés." L'art. 41 A-IMP ajoute que le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse. En l'espèce, il n'est pas contesté qu'à la suite à l'exclusion de l'offre de la recourante, cette dernière n'a pas été évaluée par l'autorité intimée. Or, puisque l'autorité intimée a procédé à tort à l'exclusion de la recourante, il y a lieu d'admettre que la décision d'adjudication a été prononcée en violation des art. 40 et 41 A-IMP . Dans ces conditions, il y a également lieu d'annuler la décision d'adjudication du marché en faveur de B._____. En revanche, il n'appartient pas à la cour de céans de procéder à une évaluation des offres en lieu et place de

l'autorité intimée. C'est d'autant plus le cas que le critère d'adjudication du prix, même s'il est important, n'est pas à lui seul déterminant pour emporter le marché. Il appartiendra dès lors à l'autorité intimée d'interpeller les soumissionnaires quant à la validité et au maintien de leurs offres avant de procéder à des nouveaux tests, étant précisé que la recourante doit être autorisée à remettre le kit d'assemblage manquant. L'autorité intimée procédera ensuite à une évaluation des offres avant de rendre une nouvelle décision d'adjudication .

E. 9

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours et à l'annulation des décisions attaquées. La cause est renvoyée à l'autorité intimée, afin qu'elle procède conformément aux considérants du présent arrêt. En procédure de recours, les frais sont supportés par la partie qui succombe. Le sort du recours commande que l'émolument judiciaire soit supporté par l'autorité intimée, dont la décision est annulée (cf. art. 49 al. 1, 51 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). La Cour de céans a parfois admis qu'il n'y avait pas lieu de mettre des dépens à la charge de l'adjudicataire (tiers intéressé) qui n'a pas pris de conclusions formelles (MPU.2015.0037 du 25 janvier 2016 consid. 8). Il peut être fait application de cette jurisprudence dans le cas d'espèce compte tenu de ses particularités. Le tiers intéressé a été appelé en cause dans la procédure d'exclusion à laquelle il n'est le plus souvent pas partie (dans tous les cas dans lesquels l'exclusion est prononcée avant l'adjudication et non comme en l'espèce en même temps). 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 (cf. art. 55 al. 1 et 2, 91 et 99 LPA-VD). Le tiers intéressé, par analogie avec la solution adoptée pour les frais, ne sera pas chargé de dépens.

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