

VD_OMNI MPU.2024.0002 vom 3. Juli 2024

VD Tribunal cantonal, 2024-07-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2024.0002

FR: VD_OMNI MPU.2024.0002 du 3 juillet 2024

IT: VD_OMNI MPU.2024.0002 del 3 luglio 2024

Regeste

A. _____/B. _____, Direction générale des immeubles et du patrimoine - DGIP |
Marché public portant sur des travaux de couverture, de ferblanterie et d'étanchéité dans le cadre du chantier d'extension du Tribunal cantonal. Si des irrégularités ont été commises dans l'établissement du procès-verbal d'ouverture des offres et dans la communication de la décision d'adjudication, elles n'ont pas eu d'incidence sur le processus d'évaluation proprement dit et n'affectent dès lors pas l'adjudication litigieuse. Il en va de même de la violation de l'art. 9 al. 1 aLMP-VD. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

A titre préalable, il y a lieu de rappeler que le nouvel Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (A-IMP; BLV 726.91) est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2023 pour le canton de Vaud. Il en va de même de 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 A-IMP et l'art. 16 a contrario LMP-VD, l'ancien droit reste toutefois applicable aux procédures d'adjudication qui, comme en l'occurrence, ont été lancées avant l'entrée en vigueur du nouveau droit.

E. 1.2

et les références). Un tel constat ne peut être effectué que par une autorité de recours saisie dans le cadre de la procédure de recours initiée contre la décision d'adjudication (art. 18 al. 2 A-IMP 1994; art. 13 al. 2 aLMP-VD). Selon la jurisprudence, l'action en dommages-intérêts suppose que, sans la conclusion du contrat, la partie recourante ait eu une réelle chance d'obtenir l'adjudication, à défaut de quoi l'illégalité de la décision ne peut être la cause du dommage (cf. TF 2D_24/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.2.1). bb) En l'espèce, la recourante a été classée au 3^{ème} rang sur les quatre offres évaluées (une cinquième offre ayant été exclue). Elle a obtenu un nombre total de 443.15 points contre 487.55 pour l'adjudicataire et 471.50 pour l'entreprise arrivée en 2^{ème} position. La recourante ne conteste pas les notations. Elle se plaint uniquement de divers vices de procédure qui conduiraient selon elle à la nullité de la décision d'adjudication rendue, respectivement à son annulation, et sous-entendu à la répétition de la procédure ab ovo. C'est l'objet de ses conclusions principales. Lors du dépôt du recours, le contrat avait toutefois déjà été conclu. Or, en pareil cas, l'autorité de recours ne peut plus annuler la décision d'adjudication, mais seulement constater son illicéité (cf. art. 18 al. 2 A-IMP 1994; 13 al. 2 aLMP-VD) dans la perspective d'une éventuelle action en dommages-intérêts du soumissionnaire évincé. Il est vrai que certains auteurs et certaines juridictions estiment que

l'autorité de recours n'a pas à tenir compte, dans le cadre des prononcés qu'elle a à rendre, de l'existence d'un contrat passé en violation du droit des marchés publics, notamment celui conclu avant même la notification de la décision d'adjudication aux soumissionnaires évincés, comme en l'occurrence – l'autorité intimée reconnaît le vice, même si elle nie toute intention –, et qu'elle est habilitée à donner au pouvoir adjudicateur des instructions à propos d'un tel contrat, notamment à lui ordonner d'y mettre fin (cf. sur l'ensemble de cette problématique, Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, 2^{ème} éd., Berne 2023, p. 456 ss et les références). Une telle solution n'est cependant pas envisageable si le contrat a été entièrement exécuté ou pratiquement entièrement, comme c'est le cas des travaux litigieux. Après avoir été informée de la conclusion du contrat, la recourante n'a pas modifié ses conclusions. Il faut néanmoins admettre qu'elle peut encore conclure à la nullité de la décision attaquée, la conclusion du contrat et même son exécution ne pouvant faire obstacle à un tel constat – la nullité peut être invoquée en tout temps selon la théorie générale sur l'irrégularité des actes administratifs (cf. Moor/Poltier, *Droit administratif*, volume II, 3^{ème} éd., Berne 2011, p. 364 s. et les références) – qui équivaut quoi qu'il en soit dans le cas particulier à un constat d'illicéité. La question de savoir si les griefs de procédure invoqués par la recourante sont suffisamment graves pour constituer des cas de nullité ou à tout le moins pour affecter la validité de la décision d'adjudication litigieuse relève du fond. A ce stade, on se limitera à relever que, si la recourante était suivie et si le contrat n'avait pas encore été conclu et exécuté, une reprise de la procédure ab ovo devrait être ordonnée, ce qui ouvrirait à l'intéressée la possibilité de présenter une nouvelle offre. Ainsi et quoi qu'en dise l'autorité intimée, on ne peut pas considérer que la recourante n'aurait pas eu de réelle chance d'obtenir le marché sans la conclusion du contrat. Sa qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue. b) Si les conclusions principales de la recourante en tant qu'elles tendent au constat de la nullité de la décision attaquée sont comme on l'a vu possibles et partant recevables, il n'en va pas de même de ses conclusions subsidiaires en dommages-intérêts. Sous l'ancien droit, qui est – on le rappelle (cf. supra consid. 1) – applicable au cas d'espèce, l'autorité de recours n'a en effet pas la compétence de statuer sur une éventuelle demande en dommages-intérêts (l'art. 58 al. 3 A-IMP prévoit désormais une telle compétence). En cas de conclusion du contrat, elle doit se limiter à constater le caractère illicite de l'adjudication. Le soumissionnaire victorieux a alors la possibilité de se lancer dans un second procès en responsabilité cette fois auprès des autorités civiles compétentes. Les conclusions subsidiaires de la recourante en dommages-intérêts ne relèvent dès lors pas de la compétence de la cour de céans et sont partant irrecevables. Elles n'étaient de toute manière pas chiffrées. c) Pour le surplus, le recours a été déposé dans les délai et formes prescrits par les art. 10 aLMP-VD et 79 LPA-VD.

E. 2

Le Tribunal cantonal examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis. a) Il convient en premier lieu d'examiner si la recourante dispose de la qualité pour recourir, ce que l'autorité intimée conteste. aa) L'art. 75 let. a de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36), applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 aLMP-VD, subordonne la qualité pour recourir notamment à la condition que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit annulée ou modifiée. En matière de marchés publics, la jurisprudence du Tribunal fédéral, reprise par la cour de céans, considère que le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt digne de protection uniquement s'il a des chances réelles de se voir attribuer le marché. Il en découle en principe que seul le soumissionnaire classé au deuxième rang,

voire au troisième rang peut se voir reconnaître la qualité pour agir (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1; ég. TF 2D_24/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.2.1; ég. arrêts MPU.2023.0002 du 22 novembre 2023 consid. 2b; MPU.2022.0020 du 1^{er} février 2023 consid. 1b; MPU.2021.0026 du 9 novembre 2021 consid. 1a et les références). Il faut réserver également les cas où le soumissionnaire se plaint de vices de procédure ou de compétence graves, susceptibles de justifier la reprise ab ovo de la procédure. Dans cette nouvelle procédure, ce même soumissionnaire pourrait présenter une nouvelle offre et restaurer ses chances de se voir attribuer le marché. Il faut donc également lui reconnaître la qualité pour agir (cf. ATF 141 II 307 consid. 6.6; ég. notamment arrêt MPU.2022.0008 du 10 octobre 2022 consid. 1b). Lorsque le contrat objet du marché public a été conclu, la jurisprudence considère que le soumissionnaire évincé possède encore un intérêt juridique actuel à faire constater l'illicéité de l'adjudication, en vue d'une éventuelle action en dommages-intérêts (cf. TF 2D_25/2018 du 2 juillet 2018 consid. 1.2 non publié in ATF 145 II 249; TF 2D_42/2016 du 3 octobre 2017 consid.

E. 3

En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen de la cour dépend de la nature des griefs invoqués. L'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, s'agissant notamment de l'évaluation des offres (arrêts MPU.2023.0022 du 22 novembre 2023 consid. 4b; MPU.2022.0020 du 1^{er} février 2023 consid. 2; MPU.2021.0026 du 9 novembre 2021 consid. 2 et les références). Il est ainsi interdit à l'autorité judiciaire de substituer son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, sous peine de statuer en opportunité et de violer ainsi l'art. 98 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 aLMP-VD. Le tribunal n'intervient qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur, ce qui, en pratique, revient à exercer un contrôle restreint à l'arbitraire (ATF 141 II 353 consid. 3 et les références citées). En revanche, il contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 141 II 353 consid. 3 et ATF 125 II 86 consid. 6; ég. arrêts MPU.2022.0020 précité consid. 2; MPU.2021.0026 précité consid. 2; MPU.2021.0012 du 10 août 2021 consid. 2 et les références).

E. 4

Avant d'examiner les griefs de la recourante, il convient de rappeler quelques considérations générales. Lors de la passation de marchés, le pouvoir adjudicateur doit notamment respecter les principes de transparence (cf. art. 1 al. 3 let. c A-IMP 1994; art. 3 let. c et 6 let. h aLMP-VD) et de non-discrimination ou d'égalité de traitement entre les soumissionnaires (cf. art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a A-IMP 1994; art. 3 let. b et 6 let. a aLMP-VD). 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. arrêts MPU.2022.0008 du 10 octobre 2022 consid. 4b; MPU.2021.0012 du 10 août 2021 consid. 3; MPU.2020.0004 du 24 juillet 2020 consid. 3b et les références). Le principe de transparence exige encore 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. arrêt MPU.2018.0026 du 16 mai 2019 consid. 5a). Le principe de transparence impose également au pouvoir adjudicateur d'arrêter avant le retour des offres les échelles de notation ou méthodes d'évaluation des critères d'adjudication (art. 37 al. 4 aRLMP-VD; ég. arrêt MPU.2015.0040 du 10 novembre 2015 consid. 6b). Cette obligation vise à prévenir d'éventuelles manipulations par le pouvoir adjudicateur (cf. arrêts MPU.2021.0012 du 10 août 2021 consid. 3; MPU.2020.0013 du 17 septembre 2020 consid. 4a; MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016 consid. 3a). Selon la jurisprudence, une violation du principe de transparence n'entraîne l'annulation de l'adjudication que pour autant que les vices constatés aient effectivement influé sur le résultat (cf. arrêts MPU.2021.0026 du 9 novembre 2021 consid. 4; MPU.2018.0014 du 14 août 2018 consid. 6a; MPU.2017.0021 du 29 septembre 2017 consid. 4a et les références). Quant au principe de non-discrimination, il impose au pouvoir adjudicateur d'assurer l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires, cela durant tout le déroulement de la procédure. L'adjudicateur doit ainsi adopter les mêmes critères – d'aptitude et d'adjudication – pour l'ensemble des concurrents; ces critères ne doivent pas défavoriser, de manière indirecte, les offreurs externes. La pondération des critères doit également être arrêtée de manière non discriminatoire. L'échelle d'évaluation des offres, pour l'application de ces critères, doit en outre être la même pour l'ensemble des candidats et être appliquée à tous de la même manière (cf. arrêts MPU.2021.0012 du 10 août 2021 consid. 3; MPU.2020.0004 du 24 juillet 2020 consid. 3b et les références).

E. 5

La recourante se plaint de différents vices de procédure, qui devraient conduire selon elle à la nullité de la décision d'adjudication litigieuse. Elle invoque une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement (respectivement de non-discrimination). a) Initialement, la recourante reprochait à l'autorité intimée d'avoir adjugé le marché à une entreprise qui n'avait pas soumissionné ou qui ne l'aurait fait que tardivement. Elle en avait pour preuve le procès-verbal d'ouverture des offres, qui lui avait été communiqué et qui ne mentionnait que trois offres et pas celle de l'adjudicataire. Selon le dossier d'appel d'offres, le délai pour le dépôt des offres était fixé au 7 décembre 2022, à 12h00. Les offres devaient par ailleurs être envoyées par voie postale, le cachet postal faisant foi pour le respect du délai. L'instruction a permis d'établir que l'adjudicataire avait bien respecté l'échéance fixée. Il ressort en effet des pièces du dossier que l'offre de cette dernière a été déposée à un office postal le 7 décembre 2022, à 11h24, soit dans le délai imparti, de sorte que l'autorité intimée pouvait – elle devait même – la prendre en compte et l'évaluer. Il est vrai que le procès-verbal d'ouverture des offres du 7 décembre 2022 ne faisait pas mention de cette offre. Ceci s'explique par le fait que l'ouverture des offres a eu lieu le 7 décembre 2022, à 13h30, alors que potentiellement des offres pouvaient encore arriver, le critère pour le respect du délai étant comme on l'a vu le cachet postal. A réception de l'offre de l'adjudicataire, l'autorité intimée s'en est toutefois rendue compte et a établi un nouveau procès-verbal d'ouverture des offres. Il est regrettable en revanche qu'elle n'ait pas transmis à la recourante ce procès-verbal rectifié, mais celui du 7 décembre 2022. Cela aurait permis d'éviter l'incompréhension de l'intéressée à l'annonce de l'adjudication litigieuse. b) La recourante dénonce par ailleurs des irrégularités dans l'établissement du procès-verbal d'ouverture des offres. Il est vrai que le procès-verbal d'ouverture des offres du 7 décembre 2022 ne faisait pas état de l'offre de l'adjudicataire – pour les raisons indiquées ci-dessus – ni de celle d'un cinquième soumissionnaire, pourtant déposée le 30 novembre 2022. Ces manquements ont toutefois été spontanément corrigés par l'autorité intimée, qui a établi le

15 décembre 2022 un procès-verbal rectifié. Quoi qu'il en soit, ils ne sont pas d'une gravité telle qu'ils invalideraient l'ensemble de la procédure d'adjudication, étant rappelé que, selon la jurisprudence, les défauts entachant le procès-verbal d'ouverture des offres n'entraînent en principe pas l'annulation de la décision d'adjudication, sous peine de formalisme excessif (cf. arrêts MPU.2018.0014 du 14 août 2018 consid. 5a; MPU.2016.0011 du 27 juillet 2016 consid. 4 et MPU.2012.0013 du 27 septembre 2012 consid. 3c). En particulier, tout soupçon de manipulation peut être écarté, dès lors que, lors de l'ouverture des offres qui a eu lieu le 7 décembre 2022 à 13h30, l'offre de l'adjudicataire avait déjà été déposée auprès d'un office postal. Contrairement à ce que la recourante laisse entendre, il est ainsi impossible que l'adjudicataire ait pu avoir connaissance du contenu des offres des autres soumissionnaires avant le dépôt de sa propre offre. c) La recourante fait état en outre d'erreurs dans les publications de l'adjudication litigieuse intervenues sur la plateforme SIMAP en juillet 2023. Il est vrai que la publication du 7 juillet 2023 ne précisait pas le prix pour lequel le marché avait été adjugé. Elle indiquait par ailleurs qu'une seule offre avait été déposée. Quant à la publication rectificative du 18 juillet 2023, si elle mentionnait le prix de l'adjudication, elle faisait en revanche toujours état d'une seule offre déposée. Ces manquements n'ont toutefois eu aucune incidence sur le processus d'évaluation proprement dit qui s'est effectué en amont et ne sauraient dès lors remettre en cause la validité de la décision d'adjudication litigieuse. Il s'agit tout au plus d'un problème de notification, qui n'a quoi qu'il en soit pas porté préjudice à la recourante. On rappelle en effet que les décisions d'adjudication (hormis les cas de gré à gré exceptionnel de l'art. 8 aRLMP-VD) doivent faire l'objet d'une notification individuelle (cf. art. 42 al. 1, 1^{ère} phrase, aRLMP-VD) et que les publications parallèles qui pourraient intervenir – avant ou après – ne font pas courir le délai de recours (cf. notamment arrêts MPU.2011.0010 du 21 avril 2011 consid. 2b; GE.2003.0072 du 28 octobre 2003 consid. 2). S'agissant toujours de la publication de l'adjudication litigieuse, la recourante semble aussi faire grief à l'autorité intimée d'avoir attendu plus d'un mois et demi après la signature du contrat pour procéder à celle-ci. Selon l'art. 39 al. 1 aRLMP-VD, la publication doit intervenir au plus tard dans les 72 jours après l'adjudication du marché. En l'occurrence, vu la date de la proposition d'adjudication soumise à la Cheffe du DEIEP, la décision d'adjudication a été prise vraisemblablement fin mars-début avril 2022. Pour le dies a quo du délai de 72 jours, il faudrait toutefois sans doute plutôt se référer à la date à laquelle est intervenue la notification individuelle de la décision d'adjudication litigieuse aux soumissionnaires. Celle-ci n'ayant eu lieu qu'après les publications du mois de juillet 2023, aucune violation de l'art. 39 al. 1 aRLMP-VD ne pourrait être retenue. Cette question peut toutefois demeurer indéterminée, dans la mesure où, même si une telle violation était reconnue, elle ne saurait ici encore remettre en cause la validité de la décision d'adjudication litigieuse. d) La recourante s'étonne également d'avoir reçu deux grilles d'évaluation différentes, la première annexée à la décision attaquée faisant état de deux soumissions, alors que la seconde communiquée postérieurement en mentionnait quatre. En réalité, comme cela se fait souvent en pratique, les grilles d'évaluation qui ont été communiquées aux soumissionnaires avec la décision d'adjudication n'étaient pas complètes. Elles ne renseignaient ainsi le soumissionnaire concerné que sur ses propres notations et celles de l'adjudicataire. La recourante ne pouvait en tirer comme conclusion que seules deux entreprises avaient soumissionné, puisque son classement à la 3^{ème} place était mentionné. Quant à la seconde grille d'évaluation qui lui a été communiquée, elle faisait état en plus des notations des deux autres offres évaluées (une cinquième ayant été exclue), sans le nom des entreprises en question toutefois.

Contrairement à ce que la recourante soutient, on ne saurait voir de contradiction entre ces deux grilles. e) La recourante se plaint enfin d'une violation de l'art. 9 al. 1 aLMP-VD, qui prévoit que le contrat ne peut être conclu avec l'adjudicataire qu'après l'écoulement du délai de recours et, en cas de recours, que si l'autorité juridictionnelle cantonale n'a pas accordé au recours un effet suspensif. Contrairement à ce que la recourante semble croire, la violation de cette prescription que l'autorité intimée reconnaît – même si elle nie tout caractère intentionnel – ne remet pas en cause la validité de l'adjudication litigieuse. Comme on l'a déjà relevé ci-dessus s'agissant de la recevabilité du recours (cf. supra consid. 2a/bb), une telle violation permettrait uniquement selon certains auteurs et juridictions à l'autorité de recours de ne pas être restreinte dans son pouvoir de décision. Contrairement à ce que les art. 13 al. 2 aLMP-VD et 18 al. 2 A-IMP 1994 prévoient, elle serait ainsi en droit d'annuler l'adjudication illicite en dépit du contrat passé. Elle aurait même la possibilité d'enjoindre au pouvoir adjudicateur de mettre fin au contrat. Pour les travaux qui seraient déjà exécutés, comme en l'occurrence, une réparation de l'intérêt positif – et pas uniquement négatif – dans le cadre de l'action en dommages-intérêts subséquente pourrait également être envisagée. Ces questions ne se posent toutefois pas dans le cas particulier, dans la mesure où l'adjudication litigieuse n'est de toute manière pas illicite, les vices invoqués par la recourante ne remettant comme on l'a vu pas en cause sa validité. f) En résumé, si des irrégularités dans l'établissement du procès-verbal d'ouverture des offres et dans la communication de la décision d'adjudication ont été commises, ce qui est regrettable – surtout de la part d'un pouvoir adjudicateur tel que l'Etat de Vaud –, elles n'ont pas eu d'incidence sur le processus d'évaluation proprement dit et n'affectent dès lors pas l'adjudication litigieuse. Les griefs de violation des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement doivent être ainsi écartés.

E. 6

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours, dans la mesure où il est recevable. La recourante, qui succombe, devrait en principe supporter l'entier des frais de justice (cf. art. 49 al. 1 LPA-VD). On ne peut toutefois pas faire abstraction des nombreuses irrégularités commises par l'autorité intimée et relevées ci-dessus. La recourante n'aurait en particulier peut-être pas recouru, si elle avait reçu le procès-verbal d'ouverture des offres rectifié et pas celui du 7 décembre 2022, qui ne faisait pas état de l'offre de l'adjudicataire. Dans ces conditions, il se justifie de réduire les frais de justice à un montant de 2'500 fr., le solde étant laissé à la charge de l'Etat (cf. 50 LPA-VD). L'autorité intimée n'a pas droit à des dépens, puisqu'elle a agi seule (cf. art. 55 al. 1 a contrario LPA-VD; ég. art.

E. 10

et 11 a contrario du Tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative du 28 avril 2015 [TFJDA; BLV 173.36.5.1]). Les irrégularités qu'elle a commises auraient quoi qu'il en soit justifié une réduction, voire une suppression des dépens auxquels elle aurait pu prétendre, si elle avait été assistée (cf. art. 56 al. 1 LPA-VD). L'adjudicataire n'a pas droit non plus à des dépens, puisqu'elle n'a pas procédé (cf. art. 55 al. 1 a contrario LPA-VD). Il en va de même de la recourante vu l'issue du litige (cf. art. 55 al. 1 a contrario LPA-VD).

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