

VD_OMNI MPU.2009.0020 vom 15. Juni 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-06-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2009.0020

FR: VD_OMNI MPU.2009.0020 du 15 juin 2010

IT: VD_OMNI MPU.2009.0020 del 15 giugno 2010

Regeste

X. _____ SA c/Municipalité d'Echallens, Consortium Y. _____ SA et Z. _____ SA | Le critère de la formation des apprentis est usuel et admissible, pour autant que sa pondération reste modeste, ce qui est le cas en l'occurrence, puisque le poids accordé à ce sous-critère n'est que de 3%, alors que le prix en particulier vaut pour 70% dans l'appréciation globale. Au regard de l'art. 37 al. 2 RLMP, l'adjudicatrice ne saurait limiter le critère de la formation professionnelle à la prise en compte des apprentis, soit des jeunes en formation initiale, mais doit l'étendre à l'ensemble des personnes en formation professionnelle au sens de la LFPr. Le dossier ne permet pas en l'état au Tribunal de déterminer précisément, pour chaque entreprise, quelles personnes suivent quel type de formation professionnelle; il n'y a néanmoins pas lieu d'approfondir ce point, dès lors que le recours doit de toute manière être partiellement admis pour d'autres motifs.

Erwägungen

E. 1

La matière est régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (A-IMP; RSV 726.91) ainsi que par la loi cantonale sur les marchés publics du 24 juin 1996 (LMP ; RSV 726.01) et le règlement y relatif, du 7 juillet 2004 (RLMP; RSV 726.01.1).

E. 2

En matière de marchés publics, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure (arrêts MPU.2009.0016 du 25 novembre 2009 consid. 1b; GE.2007.0246 du 13 mars 2008 consid. 3a; GE.2006.0151 du 18 janvier 2007 consid. 2b/aa et les arrêts cités). Le Tribunal s'impose une certaine retenue et laisse à l'adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques (arrêts GE.2007.0246 du 13 mars 2008 consid. 3a; GE.2007.0218 du 6 mars 2008 consid. 2; GE.2006.0151 du 18 janvier 2007 consid. 2b/aa et les références citées). Ce pouvoir n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire; c'est seulement s'il est confronté à un abus ou à un excès de ce pouvoir d'appréciation, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le Tribunal intervient. Il va en revanche de soi que le pouvoir adjudicateur doit respecter, dans le processus d'attribution des notes (notamment), le principe de l'égalité de traitement. Cela implique que les critères applicables doivent être posés, puis appliqués en fonction des spécificités du marché à attribuer (arrêts GE.2007.0246 du 13 mars 2008 consid. 3a; GE.2007.0218 du

E. 6

Celle-ci relève que la notation des critères de qualité a été clairement définie en pages 8 et 9 du document d'appel d'offres, en ce sens qu'une note supérieure à la moyenne donne droit à 15, respectivement

E. 6.2

p. 321/322). b) L'appel d'offres a été publié le vendredi 28 août 2009. Le délai de recours de dix jours a commencé à courir le 29 août 2009 pour expirer le lundi 7 septembre suivant, étant précisé qu'il n'y a pas de fêtes judiciaires (art. 96 al. 1 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; RSV 173.36] ; art. 10 al. 2 LMP). Or, les critères d'adjudication, ainsi que leur pondération, figurent dans le document d'appel d'offres, lequel était disponible, pour autant qu'une déclaration d'acquisition du dossier d'appel d'offres ait été effectuée jusqu'au 2 septembre 2009, à partir du 4 septembre 2009. En l'occurrence, selon les pièces figurant au dossier, le Service technique intercommunal du Gros-de-Vaud a envoyé à la recourante le dossier d'appel d'offres le 4 septembre 2009, comme l'adjudicatrice l'a confirmé lors de l'audience du 7 mai 2010. Dès lors que cette date était un vendredi, c'est le lundi 7 septembre 2009, soit le dernier jour du délai utile pour recourir contre l'appel d'offres, que la recourante peut avoir eu connaissance des documents nécessaires. On ne saurait partant lui reprocher de n'avoir pas agi immédiatement et soulevé les moyens relatifs au document d'appel d'offres qu'en relation avec la décision d'adjudication. Le grief concernant le sous-critère de la formation des apprentis est partant recevable. 5. La recourante reproche à l'autorité intimée une erreur de calcul dans l'attribution des points s'agissant du critère du prix. Le montant retenu par l'adjudicatrice pour l'offre de la recourante est de 5'463'958 fr. 50 et celui retenu pour l'offre des adjudicataires de 5'638'065 fr. 95. Il s'ensuit que l'offre de ces dernières est de 3.19% plus élevée et non pas de 3.09%, comme l'a retenu l'adjudicatrice. L'offre la moins chère recevant 70 points et compte tenu d'une réduction d'un point par supplément de prix de 1% par rapport à l'offre la plus basse, les adjudicataires doivent se voir attribuer 66.8 points, et non pas 66.9 points s'agissant du critère du prix, ce que l'adjudicatrice a d'ailleurs admis expressément lors de l'audience du 7 mai 2010. Cela ne suffit cependant pas à inverser le résultat final en faveur de la recourante.

E. 10

et 5 points, la moyenne étant notée à 10, 5 ou 3 points, alors que la notation inférieure est de 5, 2 ou 1 points. Elle constate à ce propos que la notion de moyenne n'est nullement définie dans les documents d'appel d'offres. Elle estime que l'autorité intimée ne se serait pas conformée au mode de notation qu'elle avait annoncée. Sa prestation supérieure à la moyenne lui donnerait dès lors droit à 15, 10 et 5 points et non pas à 13, 8 et 5 points. a) Le choix d'une méthode de notation parmi les nombreuses solutions qui s'offrent à l'adjudicateur relève du large pouvoir d'appréciation qui lui est reconnu, le juge ne devant sanctionner que l'abus ou l'excès de ce pouvoir (ATF 130 I 241 consid. 6.1 p. 250; arrêts GE.2005.0212 du 2 juin 2006 consid. 3b; GE.2005.0161 du 9 février 2006 consid. 6b, et les références citées). b) En l'espèce, la méthode de notation se présente de la manière suivante (cf. n° 2.4 du document d'appel d'offres) s'agissant des critères « Organisation de l'entreprise pour ce chantier », « Contribution au développement durable » et « Références » : Critères Points max. Evaluation Organisation de l'entreprise pour ce chantier : - organigramme avec responsables - machines et moyens engagés - nombre de personnes - formation d'apprenti(e)s - autres dispositions

E. 15

> la moyenne = 15 pts moyenne = 10 pts < la moyenne = 5 pts Contribution au développement durable : - Limitation des transports - Proximité d'acheminement des matériaux - Valorisation des matériaux sur place - Autres mesures 10 > la moyenne = 10 pts moyenne = 5 pts < la moyenne = 2 pts Références aménagements routiers et travaux d'épuration similaires, avec date de réalisation (< 10 ans) Minimum Fr. 1'000'000.- 5 3 références (max) = 5 pts 2 références = 3 pts 1 référence = 1 pt Si la présentation d'une moyenne à laquelle il est fait référence est quelque peu maladroite, il n'en demeure pas moins que les soumissionnaires pouvaient sans difficultés particulières comprendre la méthode de notation de l'adjudicatrice. Dès lors que, pour le critère 2, le nombre maximum de points était de 15 et qu'il y avait cinq sous-critères, l'on pouvait facilement en déduire que chaque sous-critère pouvait se voir créditer de 3 points au maximum; sur la base du même raisonnement, l'on pouvait, pour le critère 3, également déduire que chaque sous-critère valait un maximum de 2,5 points. C'est cette méthode de notation – au sujet de laquelle aucune question n'a été posée avant le dépôt des offres – que l'adjudicatrice a appliquée, comme elle l'a confirmé lors de l'audience du 7 mai 2010. Quant à la notation du critère 4, elle était particulièrement claire. Si la présentation de la méthode de notation peut paraître quelque peu discutable, une telle méthode ne saurait néanmoins être qualifiée d'arbitraire, eu égard au large pouvoir d'appréciation reconnu à l'adjudicatrice sur ce point.

7. La recourante prétend que la Municipalité d'Echallens a violé l'égalité de traitement des soumissionnaires s'agissant de la prise en compte ou non des différentes variantes présentées par les adjudicataires et elle-même. a) Le droit des marchés publics a en particulier pour but de renforcer la concurrence entre les soumissionnaires et, partant, de garantir l'égalité de traitement entre eux. Cette règle d'ordre constitutionnel (articles 8 et 27 Cst. féd.) se traduit dans la procédure d'adjudication par l'interdiction de toute discrimination à l'encontre d'une offre (ATF 125 I 406); elle est consacrée en droit vaudois par l'art. 3 LMP. Elle n'empêche cependant pas le pouvoir adjudicateur de prendre en considération des avantages dont un seul ou certains soumissionnaires peuvent se prévaloir (cf. note Denis Esseiva, in DC 2000/3 p. 58 S12; arrêt GE.1999.0142 du 20 mars 2000). b) Peut notamment être exclue l'offre qui n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, incomplètement remplie ou ayant subi des adjonctions ou modifications; le soumissionnaire qui a déposé une variante doit, à côté de celle-ci, remettre une offre correspondant à la formule de soumission (art. 32 al. 1 2^{ème} tiret let. a RLMP). Selon la jurisprudence (arrêt GE.2000.0165 du 17 avril 2001 consid. 1, et les références citées), l'art. 32 al. 1 let. k de l'ancien règlement du 8 octobre 1997 d'application de la LMP (aRLMP), dont le contenu est semblable à celui de l'art. 32 al. 1 2^{ème} tiret let. a RLMP, devait être lu à la lumière de la disposition, équivalente, de l'art. 22, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2009, de l'ordonnance fédérale du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP; RS 172.056.11); tel doit ainsi toujours être le cas pour le nouvel art. 32 al. 1 2^{ème} tiret let. a RLMP, même si l'OMP n'est pas applicable en l'espèce. A teneur de l'art. 22 OMP, dans l'appel d'offres, l'adjudicateur exige en principe une offre globale portant sur l'ensemble des prestations à acheter (al. 1); les soumissionnaires sont libres de présenter, en plus de l'offre globale, des offres supplémentaires concernant des variantes; l'adjudicateur peut cependant restreindre ou exclure cette possibilité dans l'appel d'offres (al. 1). Aux termes de l'art. 15 al. 1 let. b RLMP, les documents d'appel d'offres contiennent les conditions particulières relatives aux variantes. c) Les variantes mettent en jeu deux intérêts publics que la législation en matière de marchés publics vise à prendre en

compte. D'un côté, il est judicieux de ménager aux soumissionnaires la possibilité de fournir des solutions alternatives à l'adjudicateur, qui ne les avait pas considérées de prime abord, plus abouties ou innovatrices du point de vue technique, ou moins chères. D'un autre côté, il appartient à l'adjudicateur de configurer le marché à sa guise, en fonction de ses besoins. Afin de garantir un juste équilibre entre ces deux intérêts publics, la faculté de présenter des variantes ne dispense pas le soumissionnaire de l'obligation de présenter parallèlement une offre répondant aux exigences de l'adjudicateur (ATF 2P.164/2002 du 27 novembre 2002, consid. 3.3.1 et 2P.322/2001 du 11 septembre 2002, consid. 3.2; dans le même sens, cf. la décision rendue le 22 janvier 2001 par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, JAAC 65.78). Une autre solution reviendrait à reconnaître au soumissionnaire le droit de modifier l'objet du marché, ce qui ne saurait être admis (cf. par exemple, arrêts GE.2006.0084 du 6 septembre 2006; GE.2006.0011 du 22 mai 2006). Les variantes d'exécution sont des propositions pour exécuter la prestation à adjuger de façon différente de ce que l'adjudicateur a prévu (Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 115). Les variantes de conception ou de projet sont beaucoup plus problématiques. Leur prise en compte se heurte en particulier à la question de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Il est clair que l'adjudicateur ne peut pas modifier son marché ou les critères d'adjudication après le dépôt des offres simplement afin de favoriser une variante; il devra évaluer cette dernière sur la base des mêmes critères d'adjudication publiés que les autres offres, afin de respecter les principes de l'égalité de traitement et de la transparence (Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., p. 115/116). d) L'art. 16 RLMP prévoit que l'adjudicateur précise les spécifications techniques exigées dans les documents d'appel d'offres (al. 1); celles-ci sont fondées sur les propriétés d'emploi du produit plutôt que sur sa conception ou ses caractéristiques descriptives et définies sur la base de normes internationales et, en leur absence, des normes techniques appliquées en Suisse (al. 2); il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origine ou de producteurs de produits ou de services déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que «ou l'équivalent» figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres (al. 3). Si un soumissionnaire s'écarter de ces normes, il doit démontrer l'équivalence de ces spécifications techniques (al. 4). Le recours à des spécifications techniques discriminatoires est en effet prohibé (art. 13 al. 1 let. b A-IMP et 8 al. 1 let. b LMP; ATF 2P.282/1999 du 2 mars 2000, consid. 3a; arrêt GE.2006.0084 du 6 septembre 2006 consid. 4b). Il est ainsi interdit de tailler le marché sur mesure pour un soumissionnaire déterminé; le marché peut être réalisé de diverses manières et chaque soumissionnaire doit pouvoir concourir avec ses qualités propres (arrêts GE.2006.0084 du 6 septembre 2006; GE.2000.0039 du 5 juillet 2000, consid. 4dd). e) En l'espèce, la recourante a présenté deux variantes. Elle a ainsi proposé de remplacer d'une part la grave I par de la grave A de recyclage et d'autre part des couvercles en fonte de marque Nottaris par des couvercles en fonte de marque BGS. Les adjudicataires de leur côté ont proposé de remplacer d'une part la grave I par de la grave recyclée, d'autre part les tubes en polyéthylène T-PE par des tubes autoportants en polypropylène PP et PE, de type MASTER, TWIN et PE ANNELES, SN8. Si, conformément à sa décision du 1^{er} décembre 2009, l'adjudicatrice a accepté les variantes relatives à la grave proposées par les deux soumissionnaires ainsi que la variante concernant les tubes déposée par les adjudicataires, elle a en revanche refusé la variante de couvercles émanant de la recourante. Seuls sont

litigieux le refus de la variante présentée par la recourante au sujet des couvercles et l'admission de la variante présentée par les adjudicataires concernant les tubes. Les variantes portant sur des produits alternatifs, mais conformes aux spécifications techniques définies par l'adjudicateur, sont admises, à l'exclusion des variantes qui s'écartent, de par leur conception ou leur projet, du marché tel que configuré par l'adjudicateur (arrêts GE.2006.0011 du 22 mai 2006 consid. 2; GE.2006.0084 du 6 septembre 2006 consid. 3). Or, l'appel d'offres ne permet que les variantes dites d'exécution ou d'entreprise, sans que l'on sache exactement ce qu'il faut entendre par là. Lors de l'audience du 7 mai 2010, l'adjudicatrice a expliqué que la notion de variante d'exécution devait être comprise au sens large : elle recouvrait toutes les propositions du soumissionnaire entraînant une moins-value financière ou une plus-value de qualité. Toutes les variantes proposées avaient été analysées en fonction de leur faisabilité technique, par comparaison avec ce qui était demandé, au regard de l'offre financière et de la conformité à la législation, sans faire de distinction entre les variantes de projet et d'exécution. Il est douteux que ce mode de procéder soit conforme à la jurisprudence précitée. Quoiqu'il en soit, le pouvoir adjudicateur ne peut imposer la marque d'un produit; si un autre produit que celui demandé est proposé, il doit examiner s'il est équivalent à celui indiqué dans l'appel d'offres. Dans l'affirmative, il doit accepter la variante. f) Le choix de tel ou tel couvercle, pour des travaux du type de ceux faisant l'objet du marché, est une spécification du produit (cf. arrêts GE.2006.0084 du 6 septembre 2006 et GE.2006.0011 du 22 mai 2006). En principe, la référence à une marque de fabrique est prohibée (art. 16 al. 3 RLMP). De plus, conformément à l'art. 16 al. 4 RLMP, la recourante doit pouvoir démontrer l'équivalence du produit qu'elle propose. L'adjudicatrice a demandé la pose d'un couvercle Nottaris (rubrique n° 237.672.102, p. 59 de la liste de prix). Les adjudicataires se sont conformées à cette exigence (pour le prix total de 109'200 fr.), de même que la recourante (pour un prix total de 129'480 fr.). A titre de variante toutefois, celle-ci a proposé le couvercle BGS (pour le prix total de 97'500 fr.). L'adjudicatrice a écarté cette variante au motif que les couvercles Nottaris « sont ceux actuellement utilisés par le service de voirie lors du remplacement des couvercles existants cassés ou défectueux. Le système NOTTARIS est apprécié des utilisateurs et son comportement sous le trafic véhicules entraîne une réduction de la gêne sonore. D'autre part, le système de blocage du couvercle en position verticale est efficace et concluant. Le poids du couvercle est plus léger que les autres couvercles (spécialement ceux de la maison VON ROLL) ». Dans sa réplique, la recourante soutient que la fermeture BGS correspondrait à la fermeture NOTTARIS. Lors de l'audience du 7 mai 2010, elle a fait valoir que les couvercles NOTTARIS et BGS, qui ont les mêmes caractéristiques techniques, seraient interchangeables. L'adjudicatrice a pour sa part expliqué que son souhait est de disposer exclusivement des couvercles de marque NOTTARIS, dès lors qu'elle en a une réserve en stock; elle a par ailleurs précisé ne pas avoir vérifié auprès des deux entreprises la compatibilité des deux couvercles. Selon l'adjudicatrice, sans être totalement similaires, les deux produits seraient équivalents. Quant aux adjudicataires, elles estiment que si les deux types de couvercles sont similaires, ils ne sont pas identiques. Il découle de ce qui précède que c'est en violation de l'art. 16 al. 3 et 4 RLMP que l'adjudicatrice a défini de manière spécifique le produit voulu, avec marque et fabricant, d'une part, et, d'autre part, n'a pas examiné la compatibilité des deux types de couvercles. C'est ainsi à tort qu'elle a rejeté la variante proposée par la recourante, sans en examiner au préalable l'équivalence avec le produit demandé dans les documents d'appel d'offres. Le fait qu'elle dispose déjà d'une réserve de couvercles NOTTARIS ne saurait constituer un

élément relevant lui permettant de se dispenser d'examiner l'équivalence des couvercles BGS proposés par la variante de la recourante. Sur ce point déjà, la décision attaquée ne peut être maintenue. g) L'adjudicatrice a demandé la pose de tubes en polyéthylène (T-PE) (rubrique n° 237.451). Les adjudicataires ont fait une offre conforme, de même que la recourante. Les adjudicataires ont cependant proposé une variante (avec une économie de 23'374 fr. 50) portant sur la fourniture de tubes autoportants en polypropylène PP et PE, de type MASTER, TWIN et PE ANNELES, SN8, variante que l'autorité intimée a admise. aa) Il convient de relever à ce propos que, ainsi que le Tribunal en a été informé lors de l'audience du 7 mai 2010, l'offre des adjudicataires comporte une erreur à la rubrique n° 237.822.115 de l'offre de base (p. 62 de la soumission): il a été indiqué 20 fr. au lieu de 200 fr. le m³ de béton pour 599 m³ de béton. La variante des adjudicataires relative aux tubes comprenait le prix correct de 200 fr. le m³ de béton, mais les adjudicataires ont confirmé à l'adjudicatrice, le 9 novembre 2009, le prix de

E. 20

fr. le m³ de béton devait également être pris en compte pour la variante ; il en résultait que celle-ci ne permettait plus une économie que de 23'374 fr. 50. Une telle manière de procéder ne saurait être admise. L'article 33 al. 1 RLMP prévoit que les offres sont examinées sur le plan technique et arithmétique d'après des critères uniformes ; des tiers peuvent être nommés comme experts. Selon l'al. 2, les erreurs évidentes de calcul et d'écriture sont corrigées. En l'espèce, l'erreur commise par les adjudicataires était flagrante ; en effet, alors que, selon la rubrique n° 237.822.115, le prix du m³ de béton était de 20 fr., la rubrique suivante, soit la 237.822.116, qui figurait en outre sur la même page, comportait le prix correct de 200 fr. le m³ de béton. Lors de l'audience, l'adjudicatrice a d'ailleurs indiqué avoir remarqué le problème au vu de la soumission des adjudicataires et, dans ses déterminations finales, parle même d'erreur « assez grossière ». Ainsi, conformément à l'art. 33 RLMP, dans le cadre de sa vérification arithmétique et après s'être renseignée auprès des adjudicataires, l'adjudicatrice se devait de corriger l'erreur d'écriture flagrante de ces dernières. La solution retenue par l'adjudicatrice, consistant à accepter que le soumissionnaire prenne à sa charge la différence de coût résultant de l'erreur de plume affectant son offre, aboutit au résultat que le montant de l'offre est artificiellement réduit, en proportion de l'erreur. Le pouvoir adjudicateur qui accepte de s'engager dans cette voie prend le risque de se voir confronté à des offres dont le prix ne correspond pas aux prestations fournies. En l'espèce, les adjudicataires ont paradoxalement bénéficié de leur erreur, par une meilleure notation de leur offre, dont le prix est plus bas que la réalité. En l'occurrence, l'adjudicatrice n'avait pas d'autre solution à disposition que relever le prix de l'offre des adjudicataires d'un montant correspondant à 180 fr/ m³ de béton. Il s'ensuit que, sur ce point également, le recours doit être admis. bb) A l'appui de leur variante, les adjudicataires ont par ailleurs expliqué, dans leur réponse au recours, que l'utilisation de tubes annelés réduirait la quantité de gravier et de béton nécessaires pour l'enrobage, les tubes qu'elles proposent étant seulement renforcés par une structure en PE. La recourante conteste ce point de vue. Elle expose dans sa réplique que le diamètre intérieur des tubes annelés serait inférieur à celui des tubes préconisés par l'adjudicatrice; à volume égal de fluides, il faudrait prévoir des tubes annelés plus grands; dans ce cas, la taille de la fouille serait plus importante. En outre, à teneur de la Norme SN 640 360 édictée par l'Union des professionnels suisses de la route et la Norme SIA 190, la hauteur de recouvrement du béton sur tuyaux serait constante. Elle en déduit que la variante des adjudicataires aurait dû être écartée. Lors de l'audience du 7 mai 2010, l'adjudicatrice a expliqué avoir analysé les

tubes proposés par la variante des adjudicataires sous plusieurs aspects: s'agissant des caractéristiques hydrauliques, le produit conviendrait au dimensionnement hydraulique; compte tenu de la résistance supérieure des tuyaux, on pouvait se passer de béton; la moins-value retenue serait de 23'374 fr. 50. Elle a précisé que la catégorie de tubes retenue dans la soumission avait de toute manière une capacité supérieure au débit prévu; elle avait conclu que, même avec un diamètre légèrement inférieur, la pose des tubes proposés par les adjudicataires ne compromettait pas la sécurité de la conduite. Dans ses observations finales, la recourante estime qu'une telle manière de faire contrevient gravement à l'égalité de traitement, dès lors qu'il ne faisait selon elle nul doute que la recourante et les autres concurrents auraient pu proposer un système différent et meilleur marché s'ils avaient su d'emblée que l'autorité se contenterait de diamètres inférieurs à ceux qui étaient imposés dans la série de prix. Dans la mesure où les tubes proposés par les adjudicataires dans leur variante et pris en compte par l'adjudicatrice comportent un diamètre inférieur à celui des tubes demandés dans la soumission et destinés à un débit déterminé, le produit proposé par les adjudicataires dans leur variante n'est pas équivalent. En effet, dans l'hypothèse où il devrait être procédé à des raccordements supplémentaires, il se pourrait que le diamètre de la canalisation, qui est destinée à être utilisée de longues années, se révèle insuffisant pour permettre l'apport ou l'évacuation des eaux supplémentaires. Ainsi, du fait qu'il ne s'agit pas d'une variante qui porte sur un produit alternatif, conforme aux spécifications techniques définies par l'adjudicatrice, mais d'une variante qui s'écarte, de par sa conception, du marché tel que configuré par l'adjudicatrice, elle doit être écartée. Il s'ensuit que, sur ce point aussi, le recours doit être admis.

8. La recourante conteste le sous-critère de la limitation des transports en relation avec le critère de la contribution au développement durable. a) Le critère du respect de l'environnement est en principe un critère étranger au marché; la jurisprudence ne l'a admis que sous réserve (arrêt GE.2004.0147 du 27 janvier 2005 consid. 2b/bb; cf. Marc Steiner, *Nachhaltige Beschaffung* vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, in DC-Colloque Marchés publics 04, p. 54 ss, spéc. 57 s, ainsi que les références citées ; voir aussi Galli/Moser/Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht*, Zurich, Bâle, Genève 2003, n° 430 ss p. 202 ss, spéc. n° 435-442 et Zufferey/Maillard/Michel, *Droit des marchés publics*, Fribourg 2002, p. 247 ss) ; tel est le cas plus spécialement lorsque l'autorité adjudicatrice entend se fonder sur les trajets à effectuer entre le siège du soumissionnaire et le lieu de la prestation (arrêt GE.2004.0147 du 27 janvier 2005 consid. 2b/bb). En substance, le Tribunal fédéral a retenu ce critère comme approprié lorsque le trajet en question doit se répéter sur une longue période (ainsi dans le cadre d'un marché portant sur la collecte de déchets) ; de même, ce critère paraît indiqué lorsqu'il est combiné avec d'autres aspects, soit, par exemple, la prise en considération de la charge polluante des véhicules utilisés (sur tous ces points ZBI 2001, 317 ; cf. également DC 2007 p. 203 S53 et note de Denis Esseiva). Enfin, le poids d'un tel critère ne doit pas être trop élevé, faute de quoi il pourrait apparaître comme discriminatoire à l'endroit des offreurs externes. En d'autres termes, il faut que les aspects examinés au titre de ce critère du respect de l'environnement permettent de mettre en évidence un avantage écologique significatif ou encore clairement identifiable dans le cadre de l'exécution du marché (arrêt GE.2004.0147 du 27 janvier 2005 consid. 2b/bb). Un tel critère apparaît en effet comme de nature à pénaliser les offreurs externes. La question des distances à parcourir a parfois également été utilisée dans le cadre de critères relatifs à la connaissance des circonstances locales ou à la fourniture d'un service après-vente (cf. arrêts MPU.2008.0013 du 25 février 2009; GE.2007.0077 du 8 octobre 2007), avec les mêmes

réserves (cf. Zufferey/Maillard/Michel, op. cit. p. 248 ss). b) En l'espèce, selon le document d'appel d'offres, le critère de la contribution au développement durable comprend notamment comme sous-critère la limitation des transports (p. 9). Les soumissionnaires étaient à ce propos tenus d'indiquer « le lieu du siège de l'entreprise et du dépôt le plus proche qui sera utilisé pour les travaux (les bureaux ne sont pas pris en compte dans le calcul des distances) » (pt 2.5). S'agissant de ce sous-critère, l'adjudicatrice avait prévu un maximum de 2,5 points. Selon le courrier que cette dernière a adressé le 7 décembre 2009 à la recourante, les adjudicataires ont obtenu 2,5 points et l'intéressée 1,5 point. L'autorité intimée a précisé à ce propos que « la distance de transport entre le dépôt de l'entreprise X. _____ SA à 1***** et le chantier à 2***** est de 17 kilomètres. Il faut relever également le transport quotidien du personnel sur le chantier (ouvriers et techniciens), depuis 1*****. Ces différentes considérations ne permettent pas d'attribuer une note maximale pour ce critère ». Elle n'a en revanche pas expliqué pourquoi elle avait attribué le maximum de points aux adjudicataires. Ainsi que l'indique la recourante dans son rapport relatif aux critères d'aptitude et d'adjudication, son siège social se trouve au 4***** et ses dépôts et atelier mécanique à 1*****. Elle a également des succursales à 1***** et à Lausanne. Le siège social de Z. _____ SA se situe à 2***** et celui de Y. _____ SA Lausanne à Lausanne. Cette dernière a par ailleurs des succursales en particulier à 5*****, 2*****, 3***** et 4*****. Dans leur rapport technique, les adjudicataires précisent que le siège et le dépôt du consortium qui sera utilisé pour le chantier se trouve à 2*****. Ils précisent en outre que le choix du transporteur (I. _____ SA à 6*****) leur assure de limiter les transports longues distances et que le choix de la décharge des matériaux terreux (7*****) ne peut pas être plus proche du chantier, la distance étant d'environ 3 km (p. 19 de leur rapport technique). Le document d'appel d'offres prévoit par ailleurs que le chantier durera près de 22 mois. Lors de l'audience du 7 mai 2010, l'adjudicatrice a expliqué que le sous-critère de la limitation des transports concerne non seulement les transports du personnel depuis le dépôt de l'entreprise, mais également les transports liés à l'évacuation des déchets. c) La question se pose de savoir en l'occurrence comment évaluer concrètement, pour chaque entreprise, le sous-critère de la limitation des transports. La seule méthode de comparaison fiable consisterait en fait à effectuer une évaluation détaillée du chantier, sous l'angle de la production de CO2 («bilan carbone»). Cela impliquerait de déterminer tous les déplacements de tous les employés et de tous les matériaux et déchets en fonction des différentes catégories de transports (camions, trains) et de types de véhicules automobiles. Or, non seulement un tel instrument fait défaut en l'occurrence, mais sa mise en œuvre semblerait disproportionnée par rapport à l'ampleur du chantier. Tel qu'il est défini, le sous-critère de la limitation des transports est inadéquat pour atteindre l'objectif escompté. Il est en outre inapproprié en l'espèce, car les transports en cause vont se répéter sur une période relativement courte: la durée prévue du chantier est de moins de deux ans. L'adjudicatrice n'a de plus à aucun moment fait valoir que ce sous-critère devait être combiné avec d'autres aspects, comme par exemple la prise en considération de la charge polluante des véhicules utilisés. L'appréciation de ce sous-critère à laquelle a procédé l'autorité intimée ne permet en définitive pas de mettre en évidence un avantage écologique significatif ou clairement identifiable dans le cadre de l'exécution du marché. Tel qu'appliqué en l'espèce, ce sous-critère conduit à pénaliser les offreurs externes. Le recours doit être admis sur ce point également. 9. La recourante conteste la pénalisation d'un point qui lui a été infligée au motif que d'autres entreprises auraient prévu une meilleure

valorisation des matériaux sur place. a) Les déchets de chantier doivent être triés sur place (art. 9 de l'ordonnance fédérale du 10 décembre 1990 sur le traitement des déchets – OTD [RS 814.600] ; art. 15 du règlement d'application du 20 février 2008 de la loi du 5 septembre 2006 sur la gestion des déchets – RLGD [RSV 814.11.1]). Conformément à l'art. 116 al. 1 de la Norme SIA 118, le maître met gratuitement à disposition de l'entrepreneur les biens-fonds – y compris ceux du domaine public et ceux qui sont soumis à une taxe d'utilisation – nécessaires à l'aménagement du chantier, aux routes dans la zone du chantier et aux places de dépôt et aux décharges ; il met également à disposition les droits de passage nécessaires pour les accès, canalisations, souterrains, etc. Se basant sur cette disposition, la recourante estime que l'adjudicatrice doit lui mettre une place à disposition pour une installation pour la valorisation de ses déchets. La Municipalité est au contraire d'avis qu'elle n'est en rien obligée de fournir une quelconque surface à la recourante pour la valorisation de ses déchets. b) Il découle des éléments du dossier que les adjudicataires disposent d'installations sur place leur permettant de valoriser leurs déchets directement au même lieu, ce qui n'est pas le cas de la recourante. L'art. 116 al. 1 de la Norme SIA 118 ne saurait pour sa part être interprété comme donnant à la recourante le droit d'exiger une place pour la valorisation de ses propres déchets. En effet, conformément à l'appel d'offres, le principe veut que l'adjudicateur fournisse la place nécessaire aux travaux ; si une entreprise désire une surface d'une dimension supérieure à celle offerte par l'adjudicateur, celui-ci n'a pas à la lui fournir, dans la mesure où un tel procédé conduirait à un dysfonctionnement des règles de la concurrence et donc à violer le principe de l'égalité de traitement. Il s'ensuit que la différence de notation entre la recourante et les adjudicataires trouve sa justification dans le fait que ces dernières proposent une meilleure valorisation sur place.

10. Selon la recourante, le sous-critère de la formation des apprentis serait étranger à la soumission, parce qu'il ne concernerait pas l'aptitude du soumissionnaire à exécuter la prestation demandée; l'adjudicatrice aurait en outre accordé un poids excessif à ce sous-critère. a) Sans doute, n'y a-t-il guère de rapport entre le nombre d'apprentis et la capacité à réaliser un marché; ce critère est cependant usuel et admissible, pour autant que sa pondération reste modeste (ATF 2P.242/2006 du 16 mars 2007 consid. 4.2.2, partiellement reproduit in DC 2007 p. 202/203 S52 et note de Denis Esseiva; ATF 129 I 313 consid. 8.3 et 8.4, résumé in: DC 2004 p. 68 S29, qui fait état des réserves que suscite ce critère dans la jurisprudence cantonale et la doctrine; DC 2004 p. 68/69 S30 et note de Denis Esseiva; arrêts GE.2007.0189 du 28 janvier 2008 consid. 5a; GE.2004.0147 du 27 janvier 2005 consid. 2b/aa). b) Lorsque l'adjudicateur détermine des sous-critères auxquels il attache une importance particulière, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective (ATF 130 I 241 consid. 5.1 p. 248; 125 II 86 consid. 7c p. 101/102; arrêts MPU.2009.0011 du 6 octobre 2009 consid. 7c/aa ; GE.2007.0218 du 6 mars 2008 consid. 3a; GE.2007.0077 du 8 octobre 2007 consid. 3a). Il n'est fait exception à l'obligation de communiquer préalablement les sous-critères et leur pondération que lorsque ceux-ci servent uniquement à concrétiser le critère principal; est réservé toutefois le cas où l'adjudicateur accorde une telle importance au sous-critère qu'il équivaut à un critère publié. Savoir si l'on se trouve en présence d'un sous-critère dont la publication est nécessaire ou non dépend d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas, soit notamment les documents d'appel d'offres, le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 consid. 5.1 p. 248/249; 2P.111/2003 du 21 janvier 2004 consid. 2.1, reproduit in: DC 2005 p. 172 (S37), avec une note de Denis Esseiva; arrêts GE.2007.0218, précité, consid. 3a; GE.2003.0117 du 20 avril

2004 consid. 1a/bb, reproduit in: RDAF 2004 p. 292ss). En l'espèce, dans la mesure où le sous-critère de la formation d'apprenti(e)s figure dans les documents d'appel d'offres, la question de savoir s'il sert ou non à préciser le critère principal de l'«organisation de l'entreprise pour ce chantier» souffre de rester indéterminée. c) Une pondération de 10% pour le critère de la formation d'apprentis est excessive (ATF 129 I 313 consid. 8.4); une pondération de 5% ne l'est pas, attribuée à un tel critère (arrêt GE.2007.0189 du 28 janvier 2008 consid. 5c). En l'espèce, le poids accordé au sous-critère en question n'est que de 3%, alors que le prix en particulier vaut pour 70% dans l'appréciation globale. L'on ne peut dès lors que constater que sa pondération reste modeste et que, conformément à la jurisprudence (ATF 129 I 313 consid. 8.3 et 8.4), il ne sert ainsi qu'à départager des offres équivalentes ou semblables. d) La recourante fait valoir que si elle ne forme pas d'apprentis au sens strict du terme, elle contribue à la formation, au sens de l'art. 32 de la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle (LFPr; RS 412.10), de deux employés, J. _____ et K. _____, au titre de maçon et constructeur de routes. Elle se prévaut par ailleurs du fait que deux machinistes, L. _____ et M. _____, titulaires du permis provisoire de conducteur d'engins de génie civil, sont en cours de formation professionnelle et que son magasinier, N. _____, a suivi les cours et réussi avec succès les examens de conducteur de chariots élévateurs. Elle estime ainsi que, pour autant que le sous-critère de la formation d'apprentis soit admissible, elle devait, comme sa concurrente, obtenir le maximum de points. Les adjudicataires indiquent pour leur part, que non seulement, elles ont actuellement dix apprentis, mais qu'elles forment également quelques personnes au sens de l'art. 32 LFPr. Lors de l'audience, l'adjudicatrice a expliqué que, dès qu'une entreprise avait des apprentis, elle en a tenu compte; elle est très sensible à la formation des jeunes et prend systématiquement en compte ce critère dans ses soumissions. Il découle de ses déclarations que la Commune, lorsqu'elle se réfère au critère de la formation des apprentis, a uniquement en vue la formation professionnelle initiale des jeunes gens, au sens des art. 12ss LFPr. Conformément cependant à l'art. 37 al. 2 RLMP, l'engagement du soumissionnaire en faveur de la formation professionnelle et du perfectionnement professionnel est un critère complémentaire. Cette disposition ne concerne ainsi pas uniquement les apprentis, mais renvoie implicitement à la LFPr, qui régit, pour tous les secteurs professionnels autres que ceux des hautes écoles, en particulier la formation professionnelle initiale, y compris la maturité professionnelle fédérale (art. 2 al. 1 let. a LFPr), la formation professionnelle supérieure (let. b), la formation continue à des fins professionnelles (let. c) ainsi que la formation des responsables de la formation professionnelle (let. e). La disposition en question du RLMP ne fait dès lors pas de distinction entre les différents types de formation professionnelle, soit notamment entre les apprentis et les personnes en formation continue à des fins professionnelles au sens de l'art. 32 LFPr. Au regard de l'art. 37 al. 2 RLMP en conséquence, l'adjudicatrice ne saurait limiter le critère de la formation professionnelle à la prise en compte des apprentis, soit des jeunes en formation professionnelle initiale, mais doit l'étendre à l'ensemble des personnes en formation professionnelle au sens de la LFPr. En l'état, le dossier ne contient pas les éléments permettant au Tribunal de déterminer précisément, pour chaque entreprise, quelles personnes suivent quel type de formation professionnelle. Le recours devant de toute manière être admis partiellement pour d'autres motifs, il n'y a pas lieu d'approfondir ce point. Si la Municipalité entend maintenir le sous-critère de la formation professionnelle dans l'appel d'offres, ce qu'elle est libre de faire, elle veillera à se conformer aux exigences de l'art. 37 al. 2 RLMP. 11. Le recours doit ainsi être admis partiellement. Au vu de

l'ensemble des griefs amenant le Tribunal à admettre partiellement le recours, dont un certain nombre, pris indépendamment, aurait chacun pu aboutir à casser la décision d'adjudication, celle-ci ne peut être réformée en faveur de la recourante, comme cette dernière le demande à titre principal. La décision d'adjudication doit ainsi être annulée et l'affaire renvoyée à la Municipalité pour qu'elle corrige les défauts affectant l'appel d'offres, procède à une nouvelle publication, refasse la procédure et rende une nouvelle décision d'adjudication. Le recours est rejeté pour le surplus. 12. Compte tenu de l'issue de la cause et du fait que la responsabilité principale des erreurs qui ont conduit à l'annulation de la décision d'adjudication incombe à la Municipalité d'Echallens, les frais seront mis à la charge de la Commune d'Echallens pour les deux tiers et à la charge des adjudicataires, prises solidairement entre elles, pour le tiers restant (cf. art. 49 al. 1 LPA-VD). En outre, des dépens seront alloués à la recourante qui a obtenu gain de cause pour l'essentiel avec l'assistance d'un mandataire; ces dépens sont dus par la Commune d'Echallens et les adjudicataires, dans la même proportion que les frais (cf. art. 55 LPA-VD).

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