

VD_OMNI MPU.2010.0029 vom 10. März 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-03-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2010.0029

FR: VD_OMNI MPU.2010.0029 du 10 mars 2011

IT: VD_OMNI MPU.2010.0029 del 10 marzo 2011

Regeste

X. _____ AG/CHUV, Y. _____ AG | En l'espèce, les sous-critères d'adjudication sont inhérents aux critères principaux; partant, l'adjudicateur n'avait pas à les annoncer à l'avance, ni leur pondération; pour le surplus, il n'y a rien à redire à l'évaluation des offres (consid. 8). En particulier, l'adjudicateur pouvait prendre en compte, dans l'évaluation, des certifications supplémentaires (consid. 9)

Erwägungen

E. 1

a) La matière est régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (AIMP; RSV 726.91), ainsi que par la loi cantonale sur les marchés publics, du 24 juin 1996 (LMP-VD; RSV 726.01) et le règlement y relatif, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; RSV 726.01.1). b) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du Tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. Le Tribunal contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts MPU.2009.0018 du 23 avril 2010, consid. 2; MPU.2009.0009 du 7 octobre 2009, consid. 6a; GE.20007.0218 du 6 mars 2008, consid. 2, et les arrêts cités). Pour le surplus, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, notamment pour ce qui a trait à l'évaluation des offres (arrêts MPU.2009.0020, du 15 juin 2010, consid. 2; MPU.2009.0013 du 7 mai 2010, consid. 1c; MPU.2009.0009, précité, et les arrêts cités). 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 (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts MPU.2009.0009, précité, consid. 6a; GE.2007.0246 du 13 mars 2008, consid. 3a; GE. 2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 1b, et les arrêts cités). Pour le surplus, il appartient à l'adjudicateur de configurer le marché comme il l'entend. Le Tribunal n'a pas à se substituer à lui, car il s'impose une certaine retenue dans l'évaluation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication; il 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, précité; GE.2006.0151 du 18 janvier 2007, consid. 2b/aa; GE.2006.0084 précité, consid. 5, et les arrêts cités), comme en l'espèce.

E. 2

La recourante critique le fait que l'adjudicateur ne lui ait pas donné accès à l'offre de l'adjudicateur; elle y voit une violation de son droit d'être entendue. a) Les parties ont le droit d'être entendues (art. 29 al. 2 Cst., 27 al. 2 Cst./VD et 33 al. 1 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD, RSV 173.36). Cela inclut pour elles le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à leur détriment, de fournir des

preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 136 I 265 consid. 3.2 p. 272; 136 V 351 consid. 4.4 p. 356; 135 I 279 consid. 2.3 p. 282, et les arrêts cités). En particulier, le Tribunal peut, d'office ou sur requête, ordonner une expertise, lorsque cela est nécessaire à l'établissement des faits décisifs pour le sort de la cause (art. 29 al. 1 LPA-VD; cf. ATF 133 II 184 consid. 4.2.3 p. 391; 132 II 257 consid. 4.4.1 p. 269; 130 II 337 consid. 5.4.1 p. 345, et les arrêts cités). L'autorité peut toutefois renoncer au moyen de preuve offert par une partie, pour autant qu'elle puisse admettre sans arbitraire que ce moyen n'aurait pas changé sa conviction (ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148; 131 I 153 consid. 3 p. 157; 130 II 425 consid. 2.1 p. 429, et les arrêts cités). b) Aux termes de l'art. 18 RLMP-VD, les documents fournis par les soumissionnaires, en particulier les secrets d'affaire et de fabrication, sont traités de façon confidentielle (al. 1); l'adjudicateur ne peut faire usage ou transmettre ces documents à des tiers qu'avec l'accord du soumissionnaire concerné (al. 2). Dans la procédure d'adjudication, cet accord n'a pas été demandé. Dans la procédure de recours, la recourante a accepté la consultation de son offre, refusée par l'adjudicataire. Faute d'accord exprès et eu égard au texte clair de l'art. 18 al. 2 RLMP-VD, l'offre de l'adjudicataire ne peut dès lors être remise à la recourante. Cette situation n'est toutefois pas de nature à violer le droit d'être entendues des parties. Celles-ci ont en effet pu trouver dans le dossier de l'adjudicateur, ainsi que dans leurs écritures, tous les éléments nécessaires pour faire valoir leurs droits en connaissance de cause. A cela s'ajoute que lors de l'audience du 18 janvier 2011, le Tribunal a informé les parties, dans le respect du secret d'affaires, du contenu synthétique de pièces gardées secrètes, de sorte que le droit d'être entendu a été respecté (cf. arrêts précités MPU.2009.0009, consid. 2; GE.2007.0246, consid. 2b; GE.2006.0084, consid. 6; cf. également, s'agissant de l'application du droit fédéral analogue, la décision incidente rendue le 17 mars 2005 dans la cause CRM 2005-003 par l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics). c) La recourante a demandé à ce que soit ordonnée une expertise. Le juge instructeur a rejeté cette requête, le 20 janvier 2011, dans le cadre d'une appréciation anticipée de la valeur de ce moyen de preuve. Le Tribunal fait sienne cette décision, à laquelle les parties sont renvoyées, en tant que de besoin.

E. 3

La recourante a présenté une offre portant à la fois sur la solution de base et la variante, tout en indiquant que l'offre de base proposée ne permettait pas de respecter les objectifs fixés par le cahier des charges (cf. formulaire R14). Son argumentation revient à dire que les exigences de l'adjudicateur, telles que formulées dans l'appel d'offres et le CdC, ne seraient techniquement pas réalisables, s'agissant notamment de la pureté de l'eau. a) Il se pose la question de savoir si la recourante n'aurait pas dû soulever ce moyen dans le cadre d'un recours formé contre l'appel d'offres, et non au stade de celui dirigé, comme en l'espèce, contre la décision d'adjudication. Tant l'appel d'offres que l'adjudication sont attaquables, dans un délai de dix jours (art. 10 al. 1 let. a et d LMP-VD). En principe, les critères énoncés dans l'appel d'offres font partie intégrante de celui-ci, si bien que les éventuels vices les affectant doivent être contestés à ce stade déjà, à peine de forclusion (ATF 125 I 203; 2C_107/2007 du 22 janvier 2008). Il convient toutefois de déroger à cette règle lorsque les documents de l'appel d'offres ne peuvent être retirés auprès de l'adjudicateur qu'après l'expiration du délai disponible pour attaquer l'appel d'offres; en pareille hypothèse, ce qui se rapporte aux documents de l'appel d'offres peut encore être contesté au stade de l'adjudication (ATF 129 I 313 consid. 6.2 p. 321/322; cf. les décisions de l'ancienne

Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 15 juin 2006, JAAC 70.80, consid. 2c, et du 30 mai 2005, reproduite in: DC 2005 p. 171 S33, avec une note critique de Denis Esseiva). Le Tribunal applique ces principes; il lui est arrivé de déclarer irrecevables pour tardiveté des griefs qui auraient dû être dirigés contre l'appel d'offres (arrêts MPU.2009.0009, précité, consid. 5; MPU.2008.0004 du 17 juin 2008; GE.2006.0226 du 20 février 2007). Dans un cas, il est entré en matière (arrêt GE.2005.0212 du 2 juin 2006). Dans une autre affaire, il a laissé indécise la question de la recevabilité du recours à cet égard, la décision d'adjudication n'étant de toute manière pas arbitraire (arrêt GE.2007.0031 du 4 juin 2007). b) Selon les explications fournies lors de l'audience du 18 janvier 2011, le CdC était disponible par le truchement d'Internet (www.simap.ch), dès le 20 avril 2010. La recourante a déclaré avoir téléchargé le CdC entre le 20 et le 22 avril 2010. Le représentant de la recourante a expliqué qu'en préparant l'offre, il s'était rendu compte que la solution dite sans ozone soulevait des questions liées au risque et à la garantie de la pérennité du système, les valeurs limites fixées dans le CdC ne pouvant à son avis être garanties de manière constante et durable, à raison des particularités de l'installation demandée. Ces difficultés étaient apparues clairement avant la remise de l'offre, et de manière encore plus nette après une réunion tenue avec les représentants de l'adjudicateur le 5 novembre 2010 au CHUV. Il apparaît ainsi que la recourante aurait dû immédiatement attaquer l'appel d'offres, dans le délai qui a commencé à courir le 20 avril 2010, si elle entendait remettre en cause les spécifications techniques du marché. Or, elle ne l'a pas fait. Ses griefs à ce propos, soulevés contre la décision d'adjudication, sont tardifs, partant irrecevables.

E. 4

Tant la recourante que l'adjudicataire ont conclu à l'exclusion de l'offre de leur concurrente. Les indications que fournit le soumissionnaire dans son offre doivent être correctes, complètes et conformes aux exigences de l'adjudicateur, telles qu'elles ressortent de l'appel d'offres et des documents annexés, de manière à ce que la décision d'adjudication puisse être prise en connaissance de cause, dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement (ATF 2P.130/2005 du 21 novembre 2005, consid. 7; 2P.164/2002 du 27 novembre 2002; 2P.322/2001 du 11 septembre 2002; ATAF 2007/13 consid. 3.1 ; arrêt MPU.2009.0012 du 23 septembre 2009, consid. 2, et les arrêts cités). Une offre peut être exclue notamment lorsqu'elle n'est pas conforme aux prescriptions et conditions fixées dans le concours (art. 32, deuxième tiret, let. a , RLMP-VD). L'exclusion peut 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 (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, du 15 juin 2006, reproduite in: JAAC 70.80, consid. 4; cf. également ATF 2P.225/2005 du 27 avril 2006, relaté in: DC 2006 p. 187 S112). L'exclusion peut même être prononcée par substitution de motifs, jusque et y compris dans le cours de la procédure de recours dirigé contre la décision d'adjudication (arrêts GE.2006.0226, précité, consid. 2b; GE.2003.0111 du 20 février 2004, consid. 1a, et les références citées; dans l'affaire qui a donné lieu au prononcé de l'arrêt GE.2005.0046 du 12 juillet 2005, consid. 2, le Tribunal a laissé ce point indécis: la présentation d'une offre indiquant un prix variable n'était pas admissible et aurait dû entraîner son exclusion; le recours devait de toute façon être admis pour un autre motif). Cela étant, 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 (ATF 2C_197/2010 du 30 avril 2010, consid. 6.1 et 6.3; 2P.219/2003 du 17 juin 2005, consid. 3.3; 2P.259/2004 du 11 mai 2005, reproduit in: DC 2005 p. 175, consid. 2; ATAF 2007/13 consid. 3.2 et 3.3). 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 (ATAF 2007/13 consid. 3.3; cf. la décision de la Commission fédérale de recours, du 23 décembre 2005, reproduite in: JAAC 70.33; arrêts GE.2006.0011 du 22 mai 2006, consid. 3; GE.2006.0084 précité, consid. 7b; GE.2006.0226, précité; cf. également ATF 2P.141/2002, reproduit in: DC 2005 p. 173). A notamment été exclue l'offre ne contenant pas l'attestation requise de l'office des faillites (arrêt MPU.2009.0010 du 6 octobre 2009, consid. 4).

E. 5

Dans son mémoire final du 4 février 2011, l'adjudicataire a allégué que l'offre de la recourante aurait dû être exclue, parce qu'elle ne comportait pas la solution dite de base. L'adjudicateur a demandé aux soumissionnaires de lui présenter deux solutions de désinfection du système de production et de distribution de l'eau, soit une solution de base sans désinfection chimique à l'ozone et une variante avec désinfection chimique à l'ozone, étant précisé que les soumissionnaires n'étaient pas tenus de présenter les deux solutions (ch. 2.2, dernier paragraphe, CdC). Plus loin, l'adjudicateur a demandé aux soumissionnaires de présenter une offre de base sans ozone et «éventuellement» la variante avec ozone (ch. 9.2, premier paragraphe, CdC). Se fondant sur ce dernier passage du cahier des charges, l'adjudicataire en déduit que les soumissionnaires étaient tenus de présenter une offre de base, sans ozone, et à la rigueur, comme variante, un appareillage avec ozone; la seule marge de manoeuvre concédée aux soumissionnaire était de ne pas proposer de variante avec ozone. Les deux formulations retenues dans le cahier des charges ne sont pas cohérentes entre elles. D'un côté, l'adjudicateur se réfère à une solution de base, assortie d'une variante, en laissant aux soumissionnaires le libre choix entre les deux options (ch. 2.2 CdC); d'un autre côté, l'adjudicateur exige une offre de base sans ozone, tout en laissant aux soumissionnaires la faculté de lui présenter une variante avec ozone (ch. 9.2 CdC). Cette différence n'est pas mince. La recourante a présenté une offre portant à la fois sur la solution de base et la variante, tout en indiquant que l'offre de base proposée ne permettait pas de respecter les objectifs fixés par le cahier des charges. Elle n'a ainsi, en réalité, proposé que la variante. Quant à l'adjudicataire, elle s'en est tenue à l'offre de base, sans proposer de variante. Ces offres sont conformes à une partie du cahier des charges (ch. 2.2 CdC), mais pas à l'autre (ch. 9.2 CdC). On peut dès lors se demander si cela n'aurait pas dû conduire l'adjudicateur à exclure du marché aussi bien la recourante que l'adjudicataire, car à raison de l'équivoque qu'il a lui-même créée (sans la lever par la suite), l'adjudicateur s'est trouvé dans la situation délicate de devoir comparer des offres différentes, sur un aspect essentiel du marché. Lors de l'audience du 18 janvier 2011, aussi bien la recourante que l'adjudicataire ont estimé que le choix que leur offrait le cahier des charges était entièrement alternatif. Quant à l'adjudicateur, il a rappelé, dans sa détermination du 4 février 2011, avoir voulu exprimer dans le cahier des charges une préférence pour une solution sans ozone, tout en se ménageant la possibilité d'opter en faveur d'une solution avec ozone, si une offre reposant sur cette technologie était meilleure. Pour lui, en tout cas, il ne faisait aucun doute que les deux offres étaient recevables. A aucun stade de la procédure, y compris celui des déterminations finales, l'adjudicateur n'a voulu exclure la recourante. Compte tenu de l'incertitude qui a régné à ce propos, le Tribunal estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle de l'adjudicateur sur ce point. Il n'y

a dès lors pas lieu d'exclure l'une ou l'autre offre, de la recourante ou de l'adjudicataire, à raison du type d'installation choisie, avec ou sans système de désinfection à l'ozone.

E. 6

La recourante reproche à l'adjudicateur d'avoir pris en compte l'offre de Y. _____, alors que celle-ci ne serait pas conforme au cahier des charges. La recourante n'a pas eu accès à l'offre de l'adjudicataire. Ses critiques se fondent sur ce qu'elle a appris lors de la réunion tenue avec les représentants du CHUV (mais non de l'adjudicataire) le 5 novembre 2010, et lors de l'audience du 18 janvier 2011, ainsi que de la connaissance qu'elle a du matériel fourni par sa concurrente. Il convient d'examiner séparément ses arguments. a) Le cahier des charges se présente sous la forme d'une liste de prix, soit une énumération descriptive des différentes parties de l'appareillage à fournir, avec tantôt des rubriques à compléter et un montant total à indiquer, tantôt seulement le prix. L'adjudicateur a ainsi inventorié le matériel qu'il a jugé nécessaire pour l'installation demandée, de manière complète et détaillée. Il a réduit en proportion la marge de manœuvre du soumissionnaire. S'agissant de spécifications relevant d'un domaine hautement technique, le pouvoir du Tribunal est limité (cf. consid. 1b ci-dessus). b) Pour la solution de base sans désinfection chimique à l'ozone, le cahier des charges pose des exigences s'agissant du système de préfiltration et de contrôle de l'eau brute (ch. 10.1.1 CdC, p. 52), de la désinfection du système de décalcification (ch. 10.1.2 CdC, p. 53), de la décalcification (ch. 10.1.3 CdC, p. 53), de la préfiltration au charbon actif (ch. 10.1.4 CdC, p. 54), de la filtration et du contrôle (ch.10.1.5, p. 54), des groupes UV de désinfection et de contrôle (ch. 10.1.6 CdC, p. 55), de l'installation d'osmose inverse à deux étages (ch. 10.1.7, p. 55). L'adjudicataire a complété toutes les rubriques exhaustivement. L'adjudicataire a prévu un système de préfiltration de 20 microns (ch.10.1.1), comme exigé, avec un débit de 60m³/h, résultat par extrapolation avec un filtre déterminé, d'un débit d'un m³ par heure pouvant être porté à 20 mbar. Pour la désinfection du système de décalcification (ch. 10.1.2), l'adjudicataire a proposé (comme chaque soumissionnaire pouvait le faire) un procédé chimique alternatif au peroxyde d'oxygène préconisé par l'adjudicateur. Pour le système de décalcification (ch.10.1.3), l'adjudicataire a indiqué une consommation de 2,4kg/m³ de sel, pour une colonne. Les autres rubriques litigieuses consistent uniquement en une liste de prix. Sur ces points, le Tribunal ne voit pas de raisons d'intervenir. c) Le cahier des charges prévoit une installation d'ultra-filtration (ch. 10.1.8, p. 56). La recourante a subodoré que l'adjudicataire avait utilisé un système de micro-filtration, incompatible avec le cahier des charges et qui ne permettrait pas d'assurer la redondance à 100 % des deux installations. Vérification faite, l'offre de l'adjudicataire comprend bien une installation d'ultra-filtration. d) Lors de l'audience du 18 janvier 2011, une controverse a surgi entre les parties au sujet de la taille de l'installation et son dimensionnement. A ce propos, le cahier des charges (ch. 9.3.2) est libellé comme suit : « La conduite en acier inox transitant dans le module fourni par le Maître de l'ouvrage a un diamètre intérieur de passage de 16mm, extérieur de 21mm. Le soumissionnaire devra présenter ses propres calculs, compte tenu de sa responsabilité de marquage CE de l'installation. Nombre de connecteurs à alimenter: 38, les débits demandés sont calculés à 100% pour la thérapie HDF. Détails de calculation: Pour le fonctionnement de la dialyse en HDF, il faut 1,5 litre/min par connecteur pour la formation du dialysat x 60 minutes, soit 90 litres/heure. Prévoir un taux de simultanéité de 100%. Prévoir une possibilité d'augmenter le nombre de connecteurs de 4 unités (42 connecteurs). Tenir compte de la baisse de la température de l'eau en hiver (5°C), les taux d'échange osmose inverse étant très défavorables par rapport à l'été. La vitesse de circulation dans la boucle

doit être de 1,5 à 1,8 m/seconde. Des vitesses entre 2,0 et 2,5 m/s seraient encore une amélioration par rapport au nettoyage par frottement sur les parois des circuits en boucles. La pression au retour des deux boucles HDF ne sera pas inférieure à 2,5 bars. Les pertes de charge devront être dimensionnées pour ne pas diminuer les débits nécessaires jusqu'au point le plus éloigné de chacune des deux boucles. L'installation sera prévue pour un fonctionnement sans interruption 24h/24, 7 jours par semaine.» A ce propos, l'adjudicataire a produit, lors de l'audience du 18 janvier 2011, un document (intitulé «Annexe 1»), relatif au «débit de l'osmose type CWP ROROHH 132». Ce document explique comment l'adjudicataire estime que son installation respecte les exigences de débit, telles qu'elles résultent du cahier des charges. A l'appui de sa détermination finale du 4 février 2011, la recourante a critiqué en détail ce document. A son avis, le dispositif d'échangeur thermique prévu par l'adjudicataire pour assurer le débit exigé présenterait un risque pour la qualité physico-chimique et microbiologique de l'eau. En outre, une eau de 30° serait inexploitable pour les appareils d'hémodiafiltration. L'adjudicataire en conclut que l'installation proposée par l'adjudicataire ne pourrait assurer un débit de 63 l/min pour 42 connecteurs avec 1,5 l par machine, contrairement à la conclusion de l'Annexe 1. Selon le propre calcul effectué par la recourante à l'appui de son mémoire final du 4 février 2011, il faudrait 4'980 l/h, soit 83,3 l/min à une pression de 4,5 bars pour assurer le besoin en eau du système, et non point 63 l/min, soit 3'780 l/h, comme indiqué par l'adjudicataire. L'explication de la recourante est en résumé la suivante. Pour assurer une pression minimale constante d'au moins 2,5 bars au retour des boucles, selon le cahier des charges, un débit minimal en retour de boucle de 600 l/h par sous-boucle, soit 1'200 l/h, serait nécessaire. Compte tenu des pertes de charge induites par la longueur des boucles, la recourante estime que pour assurer la pression minimale constante de 2,5 bars selon le cahier des charges, la pression de départ devrait être de 4,5 bars; un flux de 1'200 l/h ajouté au 3'780 l/h serait nécessaire pour faire fonctionner les 42 connecteurs (42 connecteurs x 90 l/h = 3'780 l/h = 63 l/min). Dès lors, selon la recourante, il faudrait au total 4'980 l/h (= 83,3 l/min) à une pression de 4,5 bars pour l'installation de l'adjudicataire, ce qui ne serait pas assuré en l'occurrence. Pour y arriver, il faudrait que l'adjudicataire fournisse cinq appareils de type CWP ROROHH 132. Son offre permettrait d'assurer tout au plus 72 % du débit demandé. Elle aurait dû être exclue du marché. Ces considérations, par lesquelles la recourante substitue sa propre évaluation des installations fournies par sa concurrente à celle des techniciens spécialisés et indépendants du CHUV, ne sont pas de nature à démontrer qu'en jugeant l'installation de l'adjudicataire conforme au cahier des charges, l'adjudicateur ait apprécié les faits de manière arbitraire. L'installation de l'adjudicataire a pour particularité d'être composée de deux appareils reliés entre eux, complétés par un échangeur thermique assurant le débit minimal exigé. Avec l'Annexe 1, l'adjudicataire a produit des tableaux de la production d'eau osmosée en fonction de la température, sur la base de relevés effectués sur des appareil identiques en fonction, utilisés par l'hôpital du Jura à Delémont, qui démontrent que l'installation offerte par l'adjudicataire respecte le débit minimal requis par le cahier des charges. e) Partant de la prémisse qu'un système de désinfection sans ozone ne peut pas atteindre les objectifs fixés par le cahier des charges quant à la pureté de l'eau (cf. ch. 9.1.4 CdC), la recourante soutient que l'installation proposée par l'adjudicataire ne respecterait pas le cahier des charges sur ce point. Lors de leur séance du 5 novembre 2010 avec M. X. _____, les représentants de l'adjudicateur lui ont indiqué avoir inspecté les installations de l'adjudicataire dans les locaux des hôpitaux de Payerne et de La Chaux-de-Fonds. Or, selon la recourante, ces appareils ne seraient pas comparables à ceux

faisant l'objet du marché, à raison de leur taille et caractéristiques différentes, s'agissant d'installations d'hémodialyse et non d'hémodiafiltration. Cette remarque et d'autres faites par M. X. _____ ont ébranlé les représentants du CHUV, au point qu'ils ont invité l'adjudicataire à prouver que des installations semblables à celle proposée, en fonction, respectaient les niveaux de pureté de l'eau requise pour l'exécution du marché, s'agissant du niveau des endotoxines. L'adjudicataire a remis les résultats d'une évaluation établie par le laboratoire d'hygiène des Hôpitaux universitaires de Strasbourg et le centre d'hémodialyse de la Clinique Mousseau, à Evry (France), dont il ressort que les valeurs requises seraient respectées en l'occurrence. Il a été confirmé par la suite que les appareils contrôlés sont les mêmes que ceux proposés par l'adjudicataire. Lors de l'audience du 18 janvier 2011, celui-ci a fourni des renseignements complémentaires, émanant du professeur Alain Ragon, du pôle Uro-Néphrologie de l'Hôpital de la Conception à Marseille, un rapport établi le 12 janvier 2011 par le Dr Rolf Nystrand, microbiologiste à Malmö, des résultats d'analyse établis par les centres de dialyse de Payerne et de La Chaux-de-Fonds, ainsi qu'un avis de l'hôpital de Berne. Ces documents confirment que les appareils en question respectent la limite prescrite par le cahier des charges, pour ce qui est des endotoxines. Dans son mémoire final du 4 février 2011, la recourante remet en discussion ces résultats, que l'adjudicateur, dans son propre mémoire final du 4 février 2011, tient pour parfaitement probants. L'argumentation développée sur ce point par la recourante, se basant souvent sur des présupposés, n'est pas de nature à démontrer que l'appréciation de l'adjudicateur serait grossièrement fautive, partant arbitraire. f) En conclusion sur ce point, l'adjudicateur pouvait admettre, sans abuser ou mésuser de son pouvoir d'appréciation, que l'offre de l'adjudicataire était conforme au cahier des charges.

E. 7

L'adjudicateur a défini deux critères d'aptitude (ch. 8.4) et trois d'adjudication (ch. 8.5), qu'il a tous pris en compte dans l'évaluation de l'offre, avec l'indication de leur pondération respective. Il est en principe interdit à l'adjudicateur de prendre en compte deux fois les critères d'aptitude pour l'attribution du marché (Olivier Rodondi, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF 2001 I p. 387ss, 410-413). Cela ne signifie pas pour autant que le procédé consistant à évaluer les critères d'aptitude avec les critères d'adjudication soit absolument prohibé (ATF 2P.225/2005 du 27 avril 2006, reproduit in: DC 4/2006 p. 187, S111, avec une note de Denis Esseiva c/décisions rendues le 15 juin 2006 par l'ancienne Commission fédérale de recours, JAAC 70.80, consid. 3a/aa; et le 30 mai 2005, reproduite in: DC 4/2005 p. 171, S35, avec une note de Denis Esseiva; arrêt GE.2001.0122 du 7 juin 2002, consid. 5). En l'espèce, la prise en compte des critères d'aptitude dans la grille d'évaluation annoncée dans le cahier des charges n'a pas porté atteinte à la régularité de la procédure. Celle-ci a été transparente à cet égard; aucun soumissionnaire n'a objecté à cette manière de faire, et une quelconque atteinte à l'égalité des parties n'est pas discernable.

E. 8

Selon la recourante, l'adjudicateur n'aurait pas appliqué correctement les critères d'évaluation des offres. a) Le principe de la transparence impose au pouvoir adjudicateur d'énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères pris en considération pour l'évaluation des soumissions, afin de prévenir le risque d'abus et de manipulation; l'adjudicateur reste libre d'attacher plus d'importance à certains critères plutôt qu'à d'autres, pour autant qu'il le fasse savoir préalablement (ATF 125 II 86 consid. 7c

p. 101/102; 2P.4/2000 du 26 juin 2000, consid. 4d; arrêts GE.2007.0077 du 8 octobre 2007, consid. 3a; GE.2006.0084, précité, consid. 5; GE.2005.0161 du 9 février 2006, consid. 7a). Il n'y a lieu d'annuler l'adjudication que si la violation du principe de la transparence a influé sur le résultat final de l'évaluation (arrêt GE.2007.0077, précité, consid. 3c). 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.2009.0020, précité, consid. 10b; MPU.2009.0010 du 16 octobre 2009, consid. 5c; MPU.2009.0009, précité, consid. 7b/aa; MPU.2009.0011 du 6 octobre 2009, consid. 7c/aa, et les arrêts cités). Il est fait exception à cette règle lorsque les sous-critères 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 précités MPU.2009.0020, consid. 10b; MPU.2009.0010, consid. 5c; MPU.2009.0009, consid. 7b/aa, et les arrêts cités). b) Le cahier des charges définit des critères d'aptitude et d'adjudication, qu'il pondère, mais point de sous-critères. Ce n'est que dans le tableau d'évaluation du 15 septembre 2010 qu'apparaissent, pour les critères n° 2, 3 et 5, des subdivisions d'appréciation. Le critère n° 2 (organisation et qualification de base) est divisé en trois branches: l'organisation qualité, se référant à la certification (ch. 2.1), le développement durable (ch. 2.2) et la capacité de l'entreprise en personnel (ch. 2.3). Le critère n° 3 est réparti en deux volets: le temps nécessaire pour l'exécution du marché (ch. 3.1) et les qualifications des personnes-clés pour l'exécution du marché (ch. 3.2). Le critère n° 5 comprend trois rubriques: les qualités et l'adéquation des solutions techniques (ch. 5.1), le degré de compréhension du cahier des charges (ch. 5.2) et l'annonce des sous-traitants (ch. 5.3). Il s'agit là toutefois de sous-critères inhérents au critère principal. Tels qu'ils sont formulés en effet, ces éléments se bornent à guider l'évaluateur, en explicitant la notation du critère, en fonction de la qualité des réponses apportées par les soumissionnaires; ils donnent des repères pour appliquer la grille retenue, selon une échelle de notation, de manière cohérente et égale entre tous les soumissionnaires. L'adjudicateur n'était par conséquent pas tenu de communiquer ces éléments aux soumissionnaires avant de procéder à l'évaluation des offres. Au demeurant, il n'y a pas de différence entre ces éléments, dont le poids est le même pour l'attribution des points. c) Au regard du ch. 5.1, le tableau d'évaluation du 15 septembre 2010 porte la mention suivante «critère non retenu». La notation décisive pour l'attribution des points relatifs au critère n°5 s'est faite exclusivement par rapport aux ch. 5.2 et 5.3 du tableau. La recourante y voit une violation du principe de la transparence. On peut certes s'étonner que l'adjudicateur n'ait pas évalué les offres selon la grille de notation qu'il avait lui-même définie. Cela n'est toutefois pas déterminant, pour quatre raisons au moins. Premièrement, les ch. 5.1, 5.2 et 5.3 ne constituent pas des sous-critères, dont l'évaluation doit être faite séparément du critère principal, comme on vient de le voir. Deuxièmement, le ch. 5.1 se réfère à l'annexe R13. Or, ni la recourante, ni l'adjudicataire n'ont rempli le formulaire ad hoc, parce que l'adjudicateur, après avoir reçu des questions à ce sujet de la part des soumissionnaires avant le dépôt des offres, a considéré que les renseignements y relatifs ne lui étaient pas nécessaires, comme cela ressort d'un courrier

électronique envoyé aux soumissionnaires par E. _____, architecte auprès du CHUV. La recourante n'est dès lors pas en mesure de contester l'appréciation d'éléments qu'elle n'était pas tenue de fournir, et qu'elle n'a pas fourni. Troisièmement, le critère n° 5 a fait l'objet d'une notation complète. Quatrièmement, même à supposer que la note attribuée pour le critère n° 5 doive être revue à la baisse pour ce qui concerne l'adjudicataire, elle pourrait ne pas l'être dans une mesure telle qu'il faudrait inverser le résultat final de l'évaluation et attribuer le marché à la recourante.

E. 9

La recourante se plaint de l'évaluation du critère n° 2, s'agissant de la rubrique 2.1. a) Pour la rubrique 2.1 du critère n° 2, l'adjudicateur a attribué, tant à la recourante qu'à l'adjudicataire, la note maximale de 5, correspondant à une «bonne organisation». La recourante se prévaut d'une certification ISO 9001 (2008) et ISO 13485 (2003), ainsi que d'une certification CE 1250 (annexe Q1). L'adjudicataire a produit, au nom de F. _____ AB, à Lund en Suède, une certification («Certificate of Registration, Quality Management System»), établie en 2009 par un organisme britannique désigné comme BSI Product Services. En outre, la société G. _____ S.A., sous-traitante pour l'installation du système en boucle, détient une certification ISO 9001:2008 (système de management de la qualité), ISO 13485:2003 (dispositifs médicaux, système de management de la qualité) et ISO 3834-2:2005 (exigences de qualité pour le soudage par fusion de matériaux métalliques), délivrée par SQS. L'adjudicateur a tenu les deux certifications présentées pour équivalentes, ce à quoi il n'y a rien à redire.

E. 10

S'agissant du prix de l'offre de la recourante, il est entendu que le prix de 778'286,60 fr., selon le tableau d'évaluation des offres, se rapporte à celui de la variante avec ozone présentée par la recourante, soit 816'131 fr. sous déduction des taxes.

E. 11

Le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. La décision rendue le 29 octobre 2010 par l'adjudicateur est confirmée. Un émolument est mis à la charge de la recourante, ainsi que des dépens en faveur de l'adjudicataire (art. 49 et 55 LPA-VD).

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