

VD_OMNI MPU.2013.0002 vom 14. Mai 2013

VD Tribunal cantonal, 2013-05-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2013.0002

FR: VD_OMNI MPU.2013.0002 du 14 mai 2013

IT: VD_OMNI MPU.2013.0002 del 14 maggio 2013

Regeste

X. _____ SA/Municipalité d'Orbe, Y. _____ SA | Sous-critère des références. Lorsque l'adjudicateur prévoit de donner la note 3 (correspondant à ce qui est suffisant) à l'offre contenant trois références au moins, il ne peut attribuer la note 2 à l'offre qui répond à cette exigence (consid. 8).

Erwägungen

E. 1

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).

E. 2

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.2012.0013 du 27 septembre 2012, consid. 2; MPU.2012.0005 du 17 juillet 2012, consid. 1c; MPU.2012.0003 du 16 mai 2012, consid. 1b, 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 précités MPU.2012.0013, consid. 2; MPU.2012.0005, consid. 1c; MPU.2012.0003, consid. 1b, 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 du pouvoir d'appréciation réservé à l'adjudicateur, 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 précités MPU.2012.0013, consid. 2; MPU.2012.0005, consid. 1c; MPU.2012.0003, consid. 1b, et les arrêts cités). Il appartient en outre 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 précités MPU.2012.0005, consid. 1c; MPU.2012.0003, consid. 1b; MPU.2011.0001 du 27 juin 2011, consid. 3, et les arrêts cités).

E. 3

a) L'objet du litige est défini par trois éléments: la décision attaquée, les conclusions du recours et les motifs de celui-ci. Selon le principe de l'unité de la procédure, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative s'est prononcée préalablement, d'une manière qui la lie sous forme de

décision. L'objet du litige peut être réduit devant l'autorité de recours, mais pas étendu, ni modifié (ATF 136 V 362 consid. 3.4.2 p. 365). Le juge administratif n'entre pas en matière sur des conclusions qui vont au-delà de l'objet du litige qui lui est soumis (ATF 134 V 418 consid. 5.2.1 p. 426; 125 V 413 consid. 1a p. 414, et les références citées). b) Le recours, formé le 30 janvier 2013, est dirigé contre la décision du 18 janvier 2013. La Municipalité, à la suite de l'intervention de la recourante lui demandant, le 24 janvier 2013, de motiver la décision d'adjudication, s'est aperçue de l'erreur affectant la décision du 18 janvier 2013, s'agissant de la pondération des critères. Elle a procédé à une nouvelle évaluation qui l'a conduite à modifier la notation des offres, mais non la décision d'adjudication, l'offre de Y._____ restant la meilleure. Quoiqu'en dise la recourante, la communication du 30 janvier 2013 présente les traits d'une décision au sens de l'art. 3 al. 2 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD, RSV 173.36), mis en relation avec l'art. 42 de la même loi. Elle est désignée comme telle, émane de la Municipalité, et contient une brève motivation, notamment pour ce qui concerne la pondération des offres. Le tableau y annexé (tableau n°2) a éclairé la recourante sur les raisons pour lesquelles l'adjudication du marché en faveur de Y._____ a été maintenue. Même si elle ne le mentionne pas expressément, il ne fait aucun doute que la décision du 30 janvier 2013 annule et remplace celle du 18 janvier 2013, qui n'existe plus. La recourante ne s'y est pas trompée, qui a étendu ses conclusions à la décision du 30 janvier 2013 qui forme désormais le seul objet du litige. Partant, le recours n'a pas d'objet en tant qu'il est dirigé exclusivement contre la décision du 18 janvier 2013, s'agissant de l'erreur dans la pondération des critères d'adjudication.

E. 4

Il se pose la question de savoir si le recours est recevable en tant qu'il est formé par X._____. a) A qualité pour recourir toute personne physique ou morale ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou privée de la possibilité de le faire, qui est atteinte par la décision attaquée et dispose d'un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 75 let. a LPA-VD). b) La capacité d'ester en justice («Prozessfähigkeit») est la faculté de mener soi-même le procès ou de désigner un mandataire qualifié pour le faire. Elle appartient à toute personne qui a la capacité d'être partie («Parteifähigkeit»), c'est-à-dire à toute personne qui a la faculté de figurer en son propre nom comme partie dans un procès. Bien que de nature procédurale, la capacité d'être partie et celle d'ester en justice sont régies par le droit de fond et constituent des préalables à l'examen de la qualité pour recours (cf. arrêt AC.2012.0008 du 28 mars 2012, consid. 2a, et les références citées, concernant le défaut de capacité d'ester de la société anonyme en formation). c) X._____ est une personne morale au sens de l'art. 52 CC. Elle dispose de la personnalité juridique, dès son inscription au Registre du commerce (art. 52 al. 1 CC, 643 al. 1 et 2 CO). Contrairement à ce que le juge instructeur a retenu dans la décision incidente du 7 mars 2013 (lettre B, en fait), Z._____ n'est pas (ou n'est plus) une succursale de X._____, qui aurait été dépourvue de la personnalité juridique (ATF 120 III 11 consid. 1a p. 13; Arthur Meyer-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10^{ème} éd., Berne, 2007, p. 701 n.12; cf. arrêt MPU.2012.0012 du 19 septembre 2012, consid. 3b). Selon les explications fournies lors de l'audience du 4 avril 2013, Z._____, qui n'est plus une société anonyme depuis sa radiation en 2005, constitue un département de X._____, soit une subdivision interne de celle-ci. d) X._____ est partie du principe que Z._____ ne pouvait recourir indépendamment d'elle-même, à raison des liens qui l'unissent à son département. Elle redoutait que si Z._____ avait recouru pour

elle-même, en tant que destinataire de la décision d'adjudication, la qualité pour agir lui eût été déniée. Cette question souffre de rester indéfinie, car il doit être admis que la société principale, dont la capacité d'ester en justice est acquise, peut agir pour le compte des entités qui la composent (cf., par analogie, l'arrêt GE.2010.0078 du 29 avril 2011, consid. 2, concernant le groupe de sociétés). e) La situation particulière de Z._____ sous cet aspect n'a pas échappé à l'adjudicateur. Des documents joints à son offre, la dépendance de Z._____ par rapport à X._____ apparaît clairement. Cela ressort notamment de la désignation de Z._____ comme «un département de X._____ S.A.»; de l'extrait du Registre du commerce, ainsi que des diverses attestations délivrées par l'assurance accidents et responsabilité civile, par la Caisse de compensation AVS-AI, par l'institution de prévoyance professionnelle, par les autorités fiscales et de poursuite (Annexe P1 du dossier d'appel d'offres); de l'organigramme (Annexe Q2) et des références (Annexe Q8). Sur le vu de ces documents, l'adjudicateur ne pouvait éprouver aucun doute sur le fait que l'offre émanait de Z._____ agissant pour le compte de X._____. Preuve en est également le fait que le 21 et le 22 août 2012, tant X._____ que Z._____, ont, chacune séparément, demandé à recevoir les documents pour établir une offre. Le 18 septembre 2012, le chef du Service Patrimoine, Urbanisme et Environnement de la Commune d'Orbe s'est adressé conjointement à X._____ et Z._____, pour leur rappeler la teneur de l'avis d'appel d'offre interdisant aux sociétés d'un même groupe de soumissionner parallèlement (ch. 4.5). Ce courrier contient le passage suivant: «(...) Il est de notoriété publique que vos sociétés ont une affiliation décisionnelle commune et qu'elles appartiennent au même groupe. Dès lors, nous vous prions de nous donner la preuve incontestable que tel n'était plus le cas aux dates d'envoi de vos fax, et ceci par retour du courrier. En l'absence d'une réponse de votre part et du dépôt, le moment venu, d'une offre par chacune de vos sociétés nous serons obligés d'approfondir cette question. Si nos recherches devaient nous amener à conclure que vous appartenez au même groupe et que votre affiliation décisionnelle est commune, leurs conclusions nous obligeront à exclure de la procédure vos deux offres respectives. (...) Par contre, une unique offre présentée indifféremment par l'une de vos sociétés sera admise au jugement si elles respectent par ailleurs les dispositions de l'avis de publication et du document K2 en préparation». Cette détermination clarifie deux points: premièrement, l'adjudicateur a vu le lien unissant Z._____ à X._____; deuxièmement, il a admis qu'une offre puisse être présentée par l'une ou l'autre, mais pas les deux séparément, au regard du ch. 4.5 de l'avis d'appel d'offres. X._____ et Z._____ se sont conformées à cet avis, puisque seule Z._____ a soumissionné. L'adjudicateur a admis cette manière de faire. Il a renoncé à exclure l'offre de Z._____, et accepté les attestations produites par Z._____, malgré qu'elles se réfèrent à X._____. f) Le recours est ainsi recevable, au regard de l'art. 75 let. a LPA-VD, en tant qu'il est formé par X._____ pour Z._____.

E. 5

a) 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). 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.2012.0002 du 15 mai 2012, consid. 5a; MPU.2011.0009 du 25 juillet 2011, consid. 2; MPU.2010.0029, du 10 mars 2011, consid. 3a; MPU.2009.0009, du 7 octobre 2009, 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 un autre, 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) A teneur de l'art. 7 RLMP-VD, les membres des autorités adjudicatrices, ainsi que les personnes et entreprises qui participent à la procédure de passation des marchés publics, ne peuvent présenter d'offre (al. 1); les personnes et entreprises qui participent à la préparation des documents d'appel d'offres peuvent présenter une offre, pour autant que l'appel d'offres mentionne leur participation et son ampleur et que les documents de soumission indiquent toutes les sources et l'endroit où elles peuvent être consultées (al. 2); les autres cas d'incompatibilité prévus par les autorités adjudicatrices sont réservés (al. 3). aa) Le grief ayant trait à la possible préimplication d'un soumissionnaire dans la procédure d'adjudication, doit être soulevé dès la connaissance du motif invoqué, à l'instar de ce qui prévaut en matière de récusation des autorités administratives (cf. ATF 132 II 485 consid. 4.3 p. 496/497; art. 10 al. 2 LPA-VD; cf., en dernier lieu, arrêt FO.2011.0020 du 29 novembre 2011, consid. 5c, et les arrêts cités). Sous l'angle de la bonne foi, les prétentions que tirent les parties du droit de récusation s'éteignent par péremption lorsque le plaideur procède devant un juge ou une autorité en connaissance des faits pouvant justifier une récusation; en effet, l'intéressé accepte ainsi, de manière tacite, que la personne récusable exerce ses fonctions (ATF 134 I 20 consid. 4.3.1 p. 21; 132 II 485 consid. 4.3 p. 496/497; arrêt FO.2011.0020, précité, consid. 5c). bb) En l'occurrence, le dossier d'appel d'offres mentionne expressément que Y._____ a aidé l'adjudicateur à préparer le marché, comme auteur des annexes B1 et C3. Il précise que Y._____, ainsi que ses bureaux affiliés, sont autorisés à soumissionner «dans la mesure où la totalité de leurs travaux constituent ces annexes B1 et C3» (K2, ch. 3.8). La recourante a manifesté son intérêt pour le marché litigieux le 21 août 2012. Elle a reçu le dossier d'appel d'offres ultérieurement, soit le 18 octobre 2012. A ce moment-là, le délai pour recourir contre l'appel d'offres, publié le 10 août 2012, avait expiré. Elle n'était dès lors plus en mesure de soulever le grief de la préimplication contre l'appel d'offres (cf. pour un tel cas, arrêt MPU.2010.0008 du 16 décembre 2010). Cela la laisserait libre de le faire au stade de l'adjudication, au regard de la jurisprudence développée au regard de l'art. 10 al. 1 LMP-VD. La situation se présente toutefois d'une manière différente lorsque, conformément à l'art. 7 al. 2 RLMP-VD, les documents d'appel d'offres mentionnent expressément que peuvent présenter une offre les personnes et entreprises ayant participé à la préparation de l'appel d'offres, pourvu que cela soit porté à la connaissance de tous les soumissionnaires. Tel a été le cas en l'espèce. Le dossier d'appel d'offres est limpide sur ce point (K2, ch. 3.8). Si la recourante avait estimé que malgré cet avis, la participation de Y._____ au marché n'était pas admissible et que l'offre qu'elle viendrait à présenter devait être exclue d'emblée, elle aurait dû soulever ce moyen immédiatement auprès de l'adjudicateur. Or, la recourante ne l'a pas fait. Elle est partant forclosée sur ce point (cf. également arrêt GE.2005.0048 du 27 décembre 2005, consid. 3).

E. 6

Dans ses déterminations finales du 17 avril 2013, l'adjudicataire conteste, pour la première fois, la notation du prix de l'offre de la recourante. Selon le rapport du 14 janvier 2013, le comité d'évaluation des offres a corrigé le prix offert par G. _____, fixé à 7'895'360 fr. au lieu de 7'580'000 fr., car cette offre ne comprenait pas la valeur des éléments photovoltaïques dans l'annexe R1. L'adjudicataire en conclut que la même reprise devrait être faite dans l'offre de la recourante. Or, celle-ci ne contient aucune moins-value au sujet des panneaux photovoltaïques, et l'adjudicateur n'a pas procédé à une reprise sur ce point, ni fait de remarque après avoir reçu les déterminations finales de l'adjudicataire. Le moyen est mal fondé.

E. 7

La recourante critique l'évaluation de son offre, s'agissant du critère n°2. a) Pour celui-ci, la recourante a reçu la note 2, soit 40 points, l'adjudicataire la note 3,5, soit 70 points. Selon le barème de notes (K2, ch. 4.9), la note 2 correspond à ce qui est partiellement suffisant; le soumissionnaire a fourni le document ou le renseignement demandé, mais leur contenu ne répond que partiellement aux attentes de l'adjudicateur. La note 3 se rapporte à ce qui est suffisant, la note 4 à ce qui est bon et avantageux, la note 5 à ce qui est très intéressant. b) L'Annexe A1 prévoit notamment (sous ch. 214, intitulé «Charpente en bois») que les ossatures et les poutres sommiers des façades du deuxième étage du bâtiment seront en bois lamellé collé; les planchers seront en bois et en béton, avec des sommiers porteurs et des solivages en bois lamellé collé; la toiture sera plate et composée de pannes porteuses de chevrons droits en lamellé collé. Les façades, préfabriquées et de type rideau, comporteront une «structure à ossature mixte bois béton»; la face extérieure sera revêtue d'un panneau Duripanel (qui est un produit aggloméré, de type Eternit). L'Annexe A1 précise qu'il faut réaliser une façade «rideau en verre et panneaux photovoltaïques» (ch. 215.1). Ces éléments sont repris dans le descriptif technique (dit B2, du 11 octobre 2012 ; ch. 2.9) et le descriptif général des travaux, du 11 avril 2012 (Annexe C3, ch. 2.8 et 2.9). Les fenêtres et les menuiseries des façades seront en aluminium (ch. 221.4 de l'Annexe A1). L'articulation entre ces différents documents n'est pas optimale. Elle a suscité des interrogations de la part des soumissionnaires. Selon le rapport d'évaluation, qui répertorie les questions posées et les réponses apportées par le mandataire de l'adjudicataire, les soumissionnaires ont demandé si les façades devaient être faites en Eternit ou en verre, ou en verre avec des panneaux photovoltaïques, et de manière générale, si le descriptif technique B2 avait le pas sur l'Annexe C3 (questions n°24, 25, 30 et 36). La réponse à la question n°36, la plus complète, est libellée comme suit: «L'annexe B2 a toute priorité sur l'annexe C3 qui ne fera pas partie de l'annexe 9 du contrat et qui est uniquement intégrée au dossier d'appel d'offres en vue d'une application correcte du RLVMP. Une solution présentée par l'annexe C3 n'est donc pas du tout obligatoire et ne peut être proposée que si elle est conforme à l'annexe B2. Dès lors, tous principes constructifs répondant aux exigences de l'annexe B2 sont admis. Par contre il est expressément demandé que les soumissionnaires ne présentent qu'un seul principe constructif avec leur offre. L'utilisation de la technique Y. _____ n'est donc pas obligatoire (...).» c) L'offre de la recourante comprend l'Annexe A1 (classeur n°2), dont certaines parties sont biffées à l'encre rouge, d'autres complétées et modifiées, également à l'encre rouge. Elle se caractérise par le fait que la dalle du toit serait en béton, et non en bois. Les façades seraient en bois (éléments préfabriqués de type Techniwood), avec un revêtement en Eternit (plutôt qu'un rideau en verre avec des panneaux photovoltaïques; ch. 214.3, p.12). Quant aux fenêtres, elles seraient en bois aluminium (plutôt qu'en aluminium, ch. 221.4, p. 13). Selon le rapport d'évaluation,

l'Annexe A1 produite par la recourante, caviardée, serait peu lisible, partant «source de malentendus». Les structures en béton et la façade ne correspondraient pas à ce qui avait été demandé. Cela justifierait la note 2 attribuée pour ce critère à l'offre de la recourante. Lors de l'audience du 4 avril 2013, la Municipalité a précisé sa position à ce sujet. Elle avait décidé d'attribuer la note de 3,5 aux soumissionnaires ayant remis une offre correspondant au cahier des charges, comme l'adjudicataire, et la note 2 à la recourante, qui s'en était écartée. La forme de l'Annexe A1 n'avait pas été déterminante à cet égard. Cette appréciation soulève une difficulté dans la mesure où le permis de construire accordé par la Municipalité à la Commune pour la réalisation du projet ayant fait l'objet du marché public diffère de ce qui a été demandé dans le cadre de l'appel d'offres. En effet, selon le permis délivré le 18 décembre 2012, les façades du bâtiment seront recouvertes d'Eternit, en non de panneaux de verre. Il s'agit là d'une modification importante, dans la mesure où le projet de la recourante est adapté à ces exigences nouvelles, alors que celui de l'adjudicataire doit être complété sur ce point, comme cela a été confirmé lors de l'audience du 4 avril 2013. Les soumissionnaires, qui ont reçu une copie du permis de construire avant le dépôt de leurs offres, ont ainsi été confrontés au choix difficile de se conformer scrupuleusement aux spécifications techniques de l'appel d'offres, et de proposer une solution qui ne pourrait de toute manière être retenue en fin de compte, ou d'anticiper l'exécution du permis de construire, en s'écartant dans la même mesure de l'appel d'offres. L'adjudicataire a opté pour le premier terme de l'alternative, la recourante pour le deuxième, ce qui lui a valu d'être mal notée pour cela. Cette solution n'est pas satisfaisante, car elle revient à favoriser une offre qui ne pourra être réalisée comme telle, mais seulement après une adaptation inconnue à ce stade, au détriment d'un projet immédiatement réalisable. Même si une différence de notation peut paraître encore justifiée, l'ampleur de l'écart séparant les deux offres (soit 30 points, compte tenu de la pondération du critère n°2) est excessif. Or, comme on l'a vu, il suffit d'une réévaluation de l'offre de la recourante, ne serait-ce que d'un point, pour inverser le résultat.

E. 8

La recourante critique l'évaluation du sous-critère n°4.5, ayant trait aux références. a) Ce sous-critère s'apprécie au regard des renseignements produits à l'appui de l'Annexe Q8 (cf. K2, ch. 4.7). Selon celle-ci, le soumissionnaire doit fournir au minimum trois références se rapportant au type de marché à exécuter, en termes de complexité et d'importance, démontrant l'aptitude, les compétences et l'expérience nécessaires; qui sont achevées depuis moins de cinq ans (ou en cours d'exécution, mais proches d'être achevées) et qui reflètent le même type d'organisation exigée (soit l'entreprise totale). b) La recourante a fourni quatre références. La première concerne la construction de l'école allemande de Genève, pour un montant de 13'750'000 fr., la deuxième l'extension de l'école d'Hermance, pour un montant de 5'770'000 fr., la troisième la création de la crèche de Satigny, pour un montant de 4'200'000 fr., la quatrième l'extension du bâtiment de l'Union internationale pour la conservation de la nature, à Gland, pour un montant de 20'000'000 fr. Pour toutes ces références, H. X. _____ S.A. à 4***** a été désignée comme entreprise totale, sauf pour la troisième, où cette fonction a été assumée par Z. _____. L'adjudicataire a fourni dix-huit références. La première concerne la rénovation et l'agrandissement du bâtiment du Service intercommunal de l'électricité, à Crissier, pour un montant de 10'200'000 fr.; la deuxième, l'extension du collège de Vallorbe, pour un montant de 6'500'000 fr.; la troisième, l'extension d'un bâtiment scolaire au Chenit, pour un montant de 3'800'000 fr.; la quatrième, la surélévation d'une maison d'habitation, à Meyrin, pour un

montant de 12'250'000 fr.; la cinquième, la construction d'un bâtiment pour le logement d'étudiants, à Bluche, pour un montant de 12'870'000 fr.; la sixième, la construction d'une halle à l'aéroport de Genève, pour un montant de 5'830'000 fr.; la septième, la création d'un collège à Blonay, pour un montant de 2'775'000 fr.; la huitième, la création d'une crèche à Rolle, pour un montant de 3'720'000 fr.; la neuvième la construction de salles de classe et d'un réfectoire pour l'école anglaise de Genève, pour un montant de 4'377'000 fr.; la dixième, un centre de vie infantine à Mont-sur-Rolle, pour un montant de 2'325'000 fr.; la onzième, la construction d'une salle de gymnastique à Echallens, pour un montant de 3'700'000 fr.; la douzième, l'agrandissement d'un collège à Bercher, pour un montant de 2'950'000 fr.; la treizième, la construction d'une école à Onex, pour un montant de 5'290'000 fr.; la quatorzième, l'agrandissement d'une école à Founex, pour un montant de 3'540'000 fr.; la quinzième, l'agrandissement d'une école hôtelière à Bluche, pour un montant de 2'720'000 fr.; la seizième, l'extension d'un collège à Coppet, pour un montant de 2'400'000 fr.; la dix-septième l'extension d'un réfectoire scolaire à Coppet, pour un montant de 1'646'000 fr. ; la dix-huitième l'extension d'une manufacture horlogère au Sentier, pour un montant de 4'800'000 fr. Il ressort de la documentation fournie que l'adjudicataire a assumé la fonction d'entreprise générale ou totale pour sept références (n°1, 7, 10, 11, 13, 14 et 18) et qu'elle a utilisé le concept Batiflex à cinq reprises au moins (références n°4, 7, 10, 12 et 13). c) Selon le rapport d'évaluation, l'adjudicateur a attribué la note 2 à la recourante pour le sous-critère n°4.5. A ce propos, le rapport contient la mention suivante: «Trois références d'écoles de X._____, une propre à Z._____ qui est la transformation d'une crèche Rappel: X._____ et Z._____ s'étaient inscrites. Voir échanges correspondances». La note 2 correspond à ce qui est jugé partiellement satisfaisant (barème des notes, K2, ch. 4.9). Dans sa réponse au recours, l'adjudicateur explique qu'elle a été étonnée que la recourante se prévale de références qui concernent X._____, et ne fasse pas valoir ses propres réalisations. Cette motivation est discutable. Le mandataire de l'adjudicateur a averti la recourante et Z._____ qu'il leur était interdit de soumissionner séparément, à raison des liens qui les unissent. Sur cette base, X._____ a renoncé à présenter une offre pour elle-même. Il paraît dès lors paradoxal de reprocher à Z._____ de se référer à des travaux réalisés par X._____, dont elle constitue l'un des départements. Il ne fait en effet guère de doute que la compétence et l'expérience de X._____ pourront lui servir, que ce soit en termes de personnel et/ou de matériel. En outre, il est incohérent que l'adjudicateur accepte les certificats et attestation de X._____ pour Z._____, et pas ses références. Dès lors que Z._____ a répondu aux exigences du cahier des charges, en fournissant le nombre minimum des références requises, et que celles-ci se rapportent à des ouvrages analogues, elle méritait de recevoir, pour ce sous-critère, une note oscillant entre 2,5 et 3, qui correspond à ce qui est suffisant. d) Le rapport d'évaluation ne contient aucun commentaire relatif à l'offre de l'adjudicataire, s'agissant du sous-critère n°4.5. La note 4 se rapporte à ce qui est bon et avantageux (barème des notes, K2, ch. 4.9); le contenu de l'information répond aux attentes et présente des avantages particuliers. On comprend que l'adjudicateur a été favorablement impressionné par les multiples références produites, dont de nombreuses concernent des bâtiments scolaires. Cette notation est correcte. Dans ses déterminations finales du 17 avril 2013, l'adjudicataire revendique, pour ce sous-critère, la note 5, correspondant, selon l'échelle des notes, à ce qui est très intéressant. Or, l'adjudicateur n'a pas soutenu ce point de vue, à aucun moment de la procédure. En outre, les références de l'adjudicataire se réfèrent à des travaux impliquant la pose de panneaux vitrés sur les façades ou l'utilisation

du concept Batiflex. Or, si ces références répondent à l'appel d'offres, dans une mesure que l'adjudicateur a jugée intéressante, sans plus, elles ne correspondent pas à ce qui sera construit, sur le vu du permis de construire du 18 décembre 2012. Il n'y a pas lieu, dès lors, de réévaluer la notation de l'offre de l'adjudicateur pour ce sous-critère. e) La réévaluation d'un demi-point ou d'un point de l'offre de la recourante fait qu'elle doit recevoir au minimum la note de 3,275 pour le sous-critère n°4.5, soit 65,5 points pour le critère n°4. Indépendamment de la notation du critère n°2, cette rectification conduit à inverser le résultat de l'adjudication.

E. 9

Le recours doit dès lors être admis pour ces motifs, la décision attaquée annulée, et le résultat de l'adjudication inversé, sans qu'il soit nécessaire d'examiner, de surcroît, les autres griefs ayant trait à la pondération des sous-critères et à la définition des spécifications techniques du marché. Les frais sont mis à la charge de la Commune d'Orbe et à l'adjudicataire, pour moitié chacun. La Commune d'Orbe et l'adjudicataire verseront à la recourante une indemnité à titre de dépens.

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