

VD_OMNI MPU.2014.0004 vom 27. August 2014

VD Tribunal cantonal, 2014-08-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2014.0004

FR: VD_OMNI MPU.2014.0004 du 27 août 2014

IT: VD_OMNI MPU.2014.0004 del 27 agosto 2014

Regeste

HRS REAL ESTATE SA, INSO Sistemi per le infrastrutture sociali SpA, Società italiana per condotte d'acqua SpA, LGV Bauunternehmung AG Impresa Construzioni SA, Cossi/Hôpital Riviera-Chablais, Vaud-Valais, STEINER SA | Adjudication en entreprise générale du projet d'Hôpital Riviera-Chablais. Les garanties bancaires que les soumissionnaires devaient joindre à leurs offres concernent des critères d'aptitude, dont le non-respect conduit à l'exclusion. En l'espèce, le dossier d'appel d'offres n'indiquait pas de manière suffisamment claire le nombre et la nature des garanties bancaires qui devaient être produits. Constatant qu'aucun des soumissionnaires n'avait fourni les garanties bancaires nécessaires et que cette situation lui était en partie imputable, l'autorité intimée devait préciser ses exigences et fixer un délai aux soumissionnaires pour produire ces documents. Pour un marché d'une telle importance, l'autorité intimée ne pouvait en aucun cas renoncer à ces garanties bancaires et "neutraliser" ce critère, en se contentant de déclarations plus ou moins vagues émanant d'établissements bancaires. Cette absence de garantie bancaire est à elle seule de nature à entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des irrégularités ayant entaché le contrôle arithmétique. Compte tenu de la diversité et de la gravité des irrégularités constatées, une annulation de la procédure ab ovo s'impose. Opinion minoritaire d'un juge sur ce dernier point. Recours en matière de droit public et, à défaut, constitutionnel subsidiaire au TF interjeté par Inso Sistemi per le infrastrutture sociali SpA et consorts a été déclaré irrecevable le 4 septembre 2015 (arrêt TF 2C_886/2014). Recours en matière de droit public et, à défaut, constitutionnel subsidiaire au TF interjeté par Steiner SA. Par arrêt du 4 septembre 2015, le TF a admis le recours en matière de droit public, annulé l'arrêt attaqué et confirmé la décision d'adjudication du 27 janvier 2014; il a déclaré irrecevable le recours constitutionnel subsidiaire (arrêt TF 2C_876/2014).

Erwägungen

E. 1

a) Aux termes de l'art. 22 C-HIRC, la passation d'un marché public par HRC est soumise à la législation vaudoise sur les marchés publics. Il y a donc lieu d'appliquer en l'espèce l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (A-IMP; RSV 726.91), ainsi que la loi cantonale du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD; RSV 726.01) et le règlement y relatif du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; RSV 726.01.1). L'art. 1 al. 1 LMP-VD régit les marchés publics, non seulement du canton, des communes et des associations intercommunales (let. a), mais également des autres collectivités assumant des tâches cantonales ou communales dans la mesure où elles n'ont pas de caractère commercial ou industriel (let. b). En l'espèce, la qualité de pouvoir adjudicateur de HRC, établissement autonome de droit public intercantonal, reconnu d'intérêt public et exploitant un hôpital au

sens de la loi vaudoise du

E. 5

La présente procédure a également permis de mettre en évidence plusieurs erreurs commises par les mandataires de l'autorité intimée lors du contrôle arithmétique des offres effectué à la demande de la juge instructrice (ci-dessus let. M). Selon les tableaux d'analyse des corrections par CFC produits par l'autorité intimée le 11 avril 2014, le total de ces erreurs s'élève à 925'844.70 fr. pour l'adjudicataire et à 122'699.90 fr. pour Inso, ces montants devant dans les deux cas être soustraits des offres finales retenues. Pour ce qui est de l'offre de l'adjudicataire, ces écarts s'expliquent par des confusions de saisie avec l'offre de HRS (classeur D, CFC 223, 231.5 et 236), des erreurs lors du calcul du nouvel "arrêté", soit du rabais accordé pour un CFC, suite à une correction arithmétique (classeur G, CFC 282.6; classeur H, CFC 389; classeur I, CFC 421.0), ainsi que des erreurs de reports (classeur G, CFC 272.2). Dans le cas d'Inso, il s'agit d'erreurs arithmétiques (classeur D, CFC 231.21), de montants non comptabilisés (classeur E, CFC 244) ou comptabilisés par erreur, respectivement à double (classeur G, CFC 281.0, 281.1 et 281.2; classeur I, CFC 421.0). Lorsque le contrôle arithmétique leur a été soumis, ni l'adjudicataire, ni Inso n'ont relevé ces erreurs de l'autorité intimée. L'autorité intimée a produit une nouvelle grille d'évaluation le 5 mai 2014, dans laquelle le montant de l'offre de l'adjudicataire a à nouveau été corrigé, mais cette fois à la baisse, pour être ramené à 237'811'653.00 fr. (238'737'497.60 – 925'844.70). Compte tenu de cette rectification, la note attribuée à l'adjudicataire pour ce critère 1 passe de 4.20 à 4.25, le total de ses points augmentant de 429.84 à 432.30; cette correction ne modifie ainsi pas le classement des soumissionnaires. Cependant, cette nouvelle grille d'évaluation n'apparaît pas entièrement exacte, dans la mesure où elle ne corrige que l'erreur relative à l'offre de l'adjudicataire. L'erreur de 122'699.90 fr. commise sur l'offre d'Inso aurait dû être corrigée également. Cette dernière offre étant la moins chère, son montant entre dans le calcul de la note de chaque soumissionnaire, conformément à la méthode du prix au cube. C'est ainsi l'ensemble de la grille d'évaluation qui aurait dû être corrigée. Lors de l'audience, l'autorité intimée a déclaré modifier partiellement sa décision, "en ce sens que le marché adjudgé à Steiner l'est au prix de 237'811'653.00 francs". L'adjudicataire a déclaré accepter cette modification. Quoiqu'il en soit, ces nouvelles erreurs ont incontestablement porté atteinte à la traçabilité des corrections effectuées. Caractère lacunaire des offres

E. 6

L'épuration des offres a révélé certaines lacunes de celles-ci, qui n'ont toutefois pas conduit à une modification par l'autorité intimée. a) Suite aux questions qui lui ont été posées, l'adjudicataire a constaté une lacune de son offre, concernant le CFC 421.0 (classeur I). A la question "Confirmez-vous que l'article est inclus dans votre offre ?", elle a en effet répondu "Position manquante: CHF 23'132.- HT". Sur ce poste, l'offre de l'adjudicataire était donc également incomplète. Celle-ci s'est cependant limitée à relever cette lacune, sans proposer d'ajouter à son offre le montant correspondant. b) De même, les questions posées par l'autorité intimée à HRS ont amené celle-ci à ajouter à son offre cinq "plus-values", détaillées dans le document "récapitulatif de l'offre au 09.12.2013". Ces corrections concernent les CFC 231.41 et 235.45 (classeur D, "groupes de secours" et "hélicoptère"), 421.0, 462 et 463 (classeur I, "aménagement végétal + minéral", "petits ouvrages en béton" et "superstructures"). Le montant total de ces "plus-values" est de 354'050 francs. Sur cette base, HRS a procédé à un nouveau calcul du montant de son offre, tenant compte également

du doublon précité (ci-dessus consid. 4e). Ces montants supplémentaires retenus par HRS dans le document "récapitulatif de l'offre au 09.12.2013" mettent en évidence le fait que l'offre initialement déposée n'était pas complète sur plusieurs postes. Conformément au principe de l'intangibilité des offres, celles-ci ne peuvent plus être modifiées une fois déposées. La jurisprudence et la doctrine permettent de retenir que ce principe est également valable lorsque des éclaircissements sont demandés par l'adjudicateur sur les postes concernés. Ainsi, les questions posées par celui-ci peuvent donner lieu à des explications complémentaires ou à des rectifications de la part du soumissionnaire, mais non à une modification du contenu de l'offre (arrêt du Tribunal administratif zurichois du 2 novembre 2000 VB.2000.00136 consid. 6b; Galli/Moser/Lang/Steiner , op. cit., p. 313 s.; Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., p. 238). En l'espèce, les compléments effectués par HRS n'étaient pas admissibles et c'est à juste titre que l'autorité intimée a refusé de les prendre en considération. Prix particulièrement bas d'une offre

E. 7

HRS fait également grief à l'autorité intimée de n'avoir pas interpellé Inso sur certains prix particulièrement bas contenus dans son offre, en particulier dans le classeur F. Certains de ces prix seraient inférieurs de 30, 40, voire 50% à ceux pratiqués par les soumissionnaires suisses. Sur ce point, l'autorité intimée a exposé au cours de l'audience que des questions avaient été posées à Inso. Les prix proposés ayant été confirmés, l'autorité intimée n'aurait rien pu faire d'autre que de les reprendre comme tels; de plus, prise dans sa globalité, la différence de prix de l'offre d'Inso n'apparaissait pas anormale. a) Aux termes de l'art. 36 RLMP-VD, si pour un marché donné, des offres paraissent anormalement basses par rapport à la prestation, l'adjudicateur, avant de pouvoir exclure ces offres, demande par écrit les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de l'offre. Ces précisions peuvent concerner notamment le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail définis à l'art. 6 RLMP-VD. De plus, l'art. 32 al. 1 2^{ème} tiret let. b. RLMP-VD dispose qu'une offre peut en particulier être exclue si elle comporte des prix anormalement bas non justifiés au sens de l'article 36 RLMP-VD. Selon la jurisprudence, l'art. 36 RLMP-VD pose une exigence de nature procédurale. Face à une offre qui apparaît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur ne peut pas l'exclure d'emblée; il doit au contraire offrir au soumissionnaire l'occasion de justifier ses prix. Ce n'est que dans la mesure où cette justification n'apparaît pas convaincante que l'offre en question peut être écartée du marché (ATF 130 I 241 consid. 7.3; arrêts MPU.2013.0003 du 29 mai 2013 consid. 3a; MPU.2010.0023 du 19 mai 2011 consid. 6b). L'art. 36 RLMP-VD permet ainsi au pouvoir adjudicateur d'obtenir des compléments d'informations de la part du soumissionnaire dont l'offre est suspecte. Cette règle se rattache également au droit d'être entendu, en ce sens qu'elle donne l'occasion au candidat dont l'offre paraît anormalement basse d'expliquer les raisons pour lesquelles il a formulé un prix donné; celles-ci peuvent être dues aussi bien à des méthodes de fabrication particulièrement économiques, à des conditions inhabituellement favorables, dont le soumissionnaire peut profiter, ou à l'originalité de la prestation proposée (arrêts précités MPU.2013.0003 et MPU.2010.0023). Elle exclut ainsi un régime dans lequel l'élimination de certaines offres serait automatique. La jurisprudence a cependant considéré qu'il était admissible de fixer à 30% le seuil à partir duquel le pouvoir adjudicateur a l'obligation de demander des explications au soumissionnaire, afin qu'il justifie son prix (arrêt GE.2001.0072 du 12 octobre 2001 consid. 3b). Le prix anormalement bas se mesure par rapport au niveau moyen des prix, considéré comme prix normal; un écart important par rapport à cette norme constitue l'indice d'un

prix anormalement bas. Il s'agit là toutefois d'une simple présomption, réfragable; l'auteur de l'offre peut la renverser, en démontrant qu'elle repose sur des procédés innovateurs et avantageux, ou sur une organisation particulièrement efficace de la réalisation du projet (arrêts précités MPU.2013.0003 et MPU.2010.0023; arrêt GE.2007.0189 du 28 janvier 2008 consid. 4a et les réf. citées). b) Dans le cas présent, selon le tableau "comparatif financier par CFC", l'autorité intimée a calculé la moyenne des offres des cinq soumissionnaires, qui s'élève, après contrôle arithmétique, à environ 243'750'000 francs. Par rapport à cette moyenne, l'offre d'Inso est de 7.61% inférieure. Si l'on exclut de ce calcul l'offre d'Inso, la moyenne des quatre autres offres déposées est d'environ 248'000'000 francs. Avec un montant de 225'000'000 fr. environ, l'offre d'Inso est ainsi de quelque 10% inférieure à la moyenne des quatre autres. Prise dans sa globalité, l'offre déposée par Inso n'apparaît ainsi pas anormalement basse. La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de préciser si seul le montant global de l'offre est déterminant, lorsqu'il s'agit d'examiner si celle-ci est anormalement basse. En l'espèce, l'appel d'offres se décompose en neuf "classeurs", qui comportent chacun entre 2 et 33 CFC, pour un total de 128 CFC. En s'en tenant à la moyenne des cinq offres calculée par l'autorité intimée, il s'avère que, pour chaque soumissionnaire, plusieurs CFC présentent un écart vers le bas de plus de 30%. Il s'agit de 30 CFC pour Inso, 9 CFC pour l'adjudicataire, 14 CFC pour HRS, 12 CFC pour Y. _____ et 8 CFC pour X. _____. S'il n'y avait pas lieu d'attendre de l'autorité intimée qu'elle demande des éclaircissements aux soumissionnaires pour chacun de ces CFC, elle aurait néanmoins dû le faire lorsqu'un groupe de CFC, correspondant à une catégorie de prestations, présentait un écart de plus de 30% vers le bas par rapport à la moyenne des offres. Dans l'hypothèse d'un marché segmenté en différents lots, les prix offerts pour chacun d'eux auraient été analysés par l'autorité intimée; il ne se justifie pas de poser des exigences moins élevées en raison du fait que la construction fait l'objet d'un seul marché adjugé en entreprise générale. c) Au vu de ce qui précède, des éclaircissements devaient en tout cas être demandés lorsque les prix des offres des CFC compris dans un "classeur" entier étaient inférieurs à la moyenne de plus de 30%. Tel est le cas, pour l'offre d'Inso, du classeur I relatif aux installations sanitaires (- 51.6% par rapport à la moyenne des cinq offres) ainsi que du classeur J (CFC 52 "échantillons, maquettes, reproductions, documents" et CFC 50 "honoraires de l'entreprise générale": - 58.7%). Le fait de demander au soumissionnaire s'il confirmait les prix proposés était insuffisant; l'autorité intimée devait encore lui demander de justifier ces prix paraissant anormalement bas. Il n'est pas admissible que l'autorité intimée, comme son représentant l'a dit en audience, considère qu'Inso ne pourra jamais " tenir les prix offerts " , sans vérifier attentivement son offre sur ce point. Garanties bancaires

E. 8

Dans son mémoire complémentaire du 22 avril 2014, HRS invoque le fait que les garanties bancaires remises par l'adjudicataire et Inso ne satisferaient pas aux exigences fixées dans l'appel d'offres. Le 14 mai 2014, l'autorité intimée a exposé qu'aucune des entreprises soumissionnaires n'avait produit toutes les attestations bancaires demandées, précisant que la production de trois attestations avait été requise. Compte tenu de cette situation, elle avait décidé de ne pas sanctionner ces lacunes et de "neutraliser" ce critère. A l'audience, elle a affirmé qu'en théorie, quatre garanties étaient demandées, soit les garanties de bonne exécution, de remboursement d'acomptes, pour les défauts et d'octroi des crédits. Elle a précisé qu'en réalité elle s'attendait seulement à ce que le document A.3, ch. 3.2, soit retourné signé par les soumissionnaires, tout en se réservant la possibilité de demander à

tout moment la production des garanties correspondantes. Tous les soumissionnaires ayant retourné le document précité signé, cet engagement lui avait paru suffisant. a) Tout comme l'ensemble des attestations et justificatifs dont la production était exigée au ch. 3.2 du document A.3, les garanties bancaires qui devaient figurer dans l'offre concernent le respect de critères d'aptitude. Selon la jurisprudence, les critères d'aptitude doivent être distingués des critères d'adjudication. Alors que ces derniers se rapportent directement à la prestation qui doit être fournie, les premiers concernent l'entreprise soumissionnaire et ses caractéristiques. La distinction entre ces deux types de critères peut néanmoins se révéler difficile, en particulier parce que les critères d'aptitude peuvent également être liés à la prestation à fournir (ATF 139 II 489 consid. 2.2; 129 I 313 consid. 8.1). Les critères d'aptitude et d'adjudication remplissent des fonctions différentes. Le non-respect des critères d'aptitude conduit à l'exclusion du soumissionnaire (§ 27 let. a des directives d'exécution de l'A-IMP; ATF 139 II 489 consid. 2.2.4); le non-respect d'un critère d'aptitude par un soumissionnaire ne peut dès lors pas être compensé par le fait que celui-ci dépasse les exigences fixées pour un autre critère d'aptitude. Les critères d'adjudication servent en revanche à apprécier les offres considérées comme admissibles; dans ce contexte, la mauvaise notation d'un critère peut être compensée par une meilleure note sur un autre critère. Il s'ensuit que l'adjudicateur doit dans un premier temps examiner l'aptitude, puis apprécier les offres qu'il juge recevables; il ne serait pas admissible d'omettre la première étape et de considérer comme recevable une offre qui ne satisfait pas à un critère d'aptitude (ATF 139 II 489 consid. 2.2.4 et les réf. à la doctrine citées). La question de la capacité financière du soumissionnaire fait partie des critères d'aptitude (art. 24 al. 2 RLMP-VD; Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., p. 239). Pour l'évaluer, l'adjudicateur peut en particulier demander la production de garanties bancaires (cf., en droit fédéral, l'art. 9 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics ainsi que le tableau figurant en annexe 3 de celle-ci). b) Dans le cas présent, compte tenu des différents documents qui le composent, le dossier d'appel d'offres n'indiquait pas clairement ni le nombre ni la nature exacts des garanties bancaires qui devaient être produites. Ainsi, sur la base du tableau figurant au ch. 3.2 du document A.3, il semble que trois garanties étaient exigées, à savoir des attestations "garantissant l'octroi des crédits nécessaires" et "garantissant l'établissement de la garantie bancaire de bonne exécution des travaux", ainsi que, "cas échéant", une "garantie d'acompte". Cet énoncé ne correspond pas pleinement à ce qu'indiquait le ch. 3.3 du document A.3, où l'adjudicateur mentionnait une "garantie de bonne exécution", une "garantie de restitution d'acomptes" ainsi qu'une "garantie contre les défauts (cautionnement solidaire)". Ces trois dernières garanties correspondaient en revanche aux "sûretés" décrites au ch. 7.1 du document A.9 ainsi qu'aux trois spécimens annexés à ce dernier document. De plus, le ch. 3.2 du document A.3 semble n'exiger que des attestations en vue de l'établissement de ces garanties, alors que le ch. 3.3 vise des garanties en tant que telles. Les trois spécimens annexés au document A.9 ont quant à eux pour objet des garanties fermes. Les réponses données par l'autorité intimée aux questions posées à cet égard par les soumissionnaires n'ont pas permis de lever les doutes qui pouvaient légitimement être émis sur la base du dossier d'appel d'offres. Ainsi, à la question n° 100 qui visait notamment la garantie d'octroi des crédits, l'autorité intimée a répondu en se limitant à renvoyer aux "exemples" du document A.9, alors que celui-ci ne contenait pas de spécimen relatif à la garantie d'octroi des crédits. Des incertitudes étaient également liées au montant de la garantie de remboursement d'acompte; le document A.3 prévoyait que celle-ci devait s'élever à "100% de la valeur de l'acompte"; le document A.9 était sur ce point formulé

ainsi: "d'un montant de (100% de l'acompte) valable jusqu'à (la date à laquelle des prestations équivalentes au montant relatif à l'acompte auront été intégrées à l'ouvrage)". Les soumissionnaires n'étaient dès lors manifestement pas en mesure de déterminer clairement si cette garantie devait être chiffrée et, dans l'affirmative, quel devait en être le montant. Les documents produits par les soumissionnaires à l'appui de leurs offres confirment que des incertitudes persistaient sur ce point: la garantie de remboursement d'acompte produite par Inso était limitée à "10% de la valeur du marché, jusqu'à hauteur de CHF 25'500'000"; X. _____ a pour sa part produit une garantie d'un montant maximum de 13'500'000 fr.; le courrier de H. _____ produit en décembre 2013 par l'adjudicataire évoque par ailleurs une garantie pour un montant maximal de 12'000'000 francs. Ces divergences d'interprétation sur le montant de cette garantie et la définition du terme "acompte" sont d'ailleurs également apparues au cours de l'audience, puisque l'autorité intimée y a exposé que tous les soumissionnaires avaient demandé des acomptes, alors que HRS puis Inso ont affirmé ne pas en avoir demandés. Si le nombre et la nature exacte des garanties n'ont pas été définis de façon satisfaisante par l'autorité intimée, il ne fait en revanche aucun doute que, contrairement aux indications données par cette dernière en cours de procédure, la production d'attestations bancaires était bel et bien exigée. Ainsi, on ne saurait suivre l'explication fournie en audience par l'autorité intimée, selon laquelle les attestations mentionnées au ch. 3.2 du document A.3 correspondaient uniquement à des documents dont la production pouvait être requise ultérieurement. A l'évidence, le ch. 3.2 du document A.3 contenait deux tableaux distincts et les attestations bancaires figuraient parmi les "attestations" devant impérativement accompagner le dossier d'offre, par opposition au second tableau, qui visait des documents pouvant être requis. On voit par ailleurs mal comment l'autorité intimée aurait pu se passer de l'ensemble des documents énumérés dans le premier de ces deux tableaux, puisque celui-ci concernait plusieurs attestations relatives aux critères d'aptitude (par ex. copie de l'extrait du registre du commerce, attestations du paiement des cotisations sociales, preuve de la signature d'une convention collective de travail, etc.). Concernant les attestations bancaires, les réponses données aux questions n° 99, 100 et 114 indiquent par ailleurs que l'intention de l'autorité intimée était bien d'obtenir la production de ces attestations et non pas de se satisfaire de simples lettres d'intention d'un établissement bancaire. c) Les offres telles que déposées le 30 septembre 2013 étaient ainsi incomplètes s'agissant des garanties bancaires exigées. Comme exposé ci-dessus (ci-dessus let. F), les soumissionnaires n'ont produit qu'une, voire deux attestations ou, dans certains cas, se sont contentés non pas de garanties, mais de simples déclarations d'intention, plus ou moins vagues, établies par des banques. Dans le cas de l'adjudicataire, aucune attestation n'a été produite; il en sera question dans la suite de cet arrêt (ci-dessous consid. 8d). En décembre 2013, l'adjudicataire a certes complété son dossier sur ce point, mais en ne transmettant que deux lettres d'intention de H. _____, lesquelles émettaient au surplus différentes réserves et précisaient ne pas constituer des garanties en tant que telles. Les lacunes des offres sur ce point étaient en elles-mêmes de nature à conduire à l'exclusion des soumissionnaires. Cette conséquence était expressément prévue au ch. 2.2.13 du document A.2 (ci-dessus let. B i.f.). De plus, comme évoqué, l'exclusion constitue la sanction attachée au non-respect de critères d'aptitude (ci-dessus consid. 8a). La situation était cependant particulière en l'espèce, dès lors que ces lacunes trouvaient en partie leur cause dans le dossier d'appel d'offres, qui ne définissait pas de manière suffisamment précise ce qui était demandé aux soumissionnaires. Cela étant, l'autorité intimée se devait de clarifier ses exigences et accorder un délai

supplémentaire à tous les soumissionnaires pour fournir les attestations nécessaires. Dans un marché de cette importance, elle ne pouvait se satisfaire de déclarations d'intention émanant d'établissements bancaires, ni de la remise par les soumissionnaires du document A.3, ch. 3.2, simplement signé par les soumissionnaires. La production par les soumissionnaires des garanties bancaires vise à protéger l'adjudicateur (et au travers lui, la collectivité publique) contre le risque que l'adjudicataire n'ait pas les reins assez solides pour mener à terme les travaux de construction. Or l'autorité intimée s'est comportée de manière contradictoire sur ce point essentiel de la procédure. Après avoir exigé la production de garanties bancaires, elle a réduit ses exigences lors de l'examen des offres, en acceptant que les soumissionnaires ne lui remettent que des déclarations d'intention sans engagement ferme, et en renvoyant au stade de la signature du contrat le règlement de ce point vital du marché. Ce mode de faire n'est pas admissible, pour trois raisons au moins. Il revient, premièrement, à ce que ce sont les soumissionnaires, et non l'adjudicateur, qui décident quels sont les critères d'aptitude pour accéder au marché. Il y a ainsi une inversion des rôles, les soumissionnaires dictant leurs conditions à l'adjudicateur, et non l'inverse. Deuxièmement, l'égalité entre les soumissionnaires est rompue, certains produisant les documents exigés, avec l'effort et le coût que cela implique, alors que d'autres s'affranchissent unilatéralement de cette obligation, sans encourir la moindre sanction. Les règles du jeu que pose l'adjudicateur ne lient pas seulement le soumissionnaire, mais aussi l'adjudicateur lui-même. Soit il les maintient, soit il les change; il ne les abandonne pas en cours de partie. Troisièmement, le renvoi de la production des garanties bancaires après l'adjudication présente le risque que l'adjudicataire ne se trouve pas en mesure de fournir les garanties demandées, au moment de la signature du contrat. Cela obligerait l'adjudicateur à annuler la décision d'adjudication, et à refaire toute la procédure. S'agissant d'un critère d'aptitude fondamental, relatif en particulier à la capacité financière des soumissionnaires et à la bonne exécution d'un ouvrage d'une telle ampleur, l'autorité intimée devait impérativement disposer de garanties claires et expresses. Il n'était dès lors pas admissible de "neutraliser" ce critère en modifiant les exigences posées, après l'ouverture des offres. d) Concernant l'offre de l'adjudicataire, l'instruction a démontré que celle-ci n'avait produit aucune des attestations demandées au ch. 3.2 du document A.3 dans le délai au 30 septembre 2013 fixé pour le dépôt des offres, mais s'était limitée à retourner les pages 4 et 5 de ce document, après avoir signé la page 5. Dans sa liste de questions à l'adjudicataire, l'autorité intimée a relevé cette lacune en demandant, de façon préliminaire, la production de toutes ces attestations. L'adjudicataire y a donné suite en joignant ces documents à son envoi du 9 décembre 2013. Ainsi, ce n'est qu'à cette date que l'adjudicataire a produit un extrait du registre du commerce, différentes attestations relatives au paiement des cotisations sociales, des attestations établies par les autorités fiscales, les deux courriers de H. _____ précités relatifs aux garanties bancaires ainsi que plusieurs autres documents. Tous ces documents étaient certes datés du 30 septembre 2013, ou d'une date antérieure. Il n'en demeure pas moins qu'au jour fixé pour le dépôt des offres, le dossier produit par l'adjudicataire était manifestement incomplet. Or les conditions d'appel d'offres prévoyaient expressément à cet égard que la non-production des attestations et justificatifs exigés dans le document A.3, ch. 3.2 et 3.3 serait sanctionnée par l'exclusion du soumissionnaire (document A.2, ch. 2.2.13). Il n'était dès lors pas justifié que l'autorité intimée donne à l'adjudicataire l'opportunité de produire ces documents dans le délai imparti pour répondre aux questions, sous réserve de la question des garanties bancaires examinée ci-dessus (consid. 8c). Une telle demande ne constituait à l'évidence pas une demande

d'explication au sens de l'art. 34 al. 1 RLMP-VD.

E. 9

En résumé, la procédure menée par l'autorité intimée se révèle entachée de lourds manquements, de nature différente. a) Ceux-ci concernent tout d'abord l'épuration des offres et le contrôle arithmétique. Ainsi, s'agissant des CFC qui apparaissaient comme comportant de très nombreuses erreurs de calcul, aucune explication n'a été demandée à l'adjudicataire, l'autorité intimée s'étant limitée à corriger les opérations erronées (consid. 4a). Des explications suffisantes n'ont pas davantage été obtenues concernant les postes que l'adjudicataire avait indiqués entre parenthèses au sein du CFC 272.2 (classeur G); l'autorité intimée s'est sur ce point satisfaite de l'explication générale selon laquelle ces éléments étaient déjà compris dans d'autres postes (consid. 4c). L'adjudicataire a déposé une offre incomplète s'agissant du CFC 231.21 (classeur D) relatif aux tableaux électriques; l'autorité intimée a procédé au complètement du poste manquant, en violation du principe de l'intangibilité des offres (consid. 4d). L'autorité intimée a elle-même commis plusieurs erreurs. Elle a ainsi repris tel quel le rabais calculé par HRS dans son récapitulatif après contrôle arithmétique, alors qu'elle avait refusé de tenir compte des "plus-values" proposées (consid. 4e). En procédant au contrôle arithmétique, elle a également ajouté différentes erreurs, portant sur des montants importants, aux offres de l'adjudicataire et d'Inso, nuisant ainsi à la traçabilité des corrections (consid. 5). Certaines des corrections effectuées lors du contrôle arithmétique demeurent par ailleurs incompréhensibles (consid. 4c). L'autorité intimée n'a en outre tiré aucune conclusion du fait que les offres de HRS et de l'adjudicataire étaient également incomplètes sur certains postes. En particulier dans le cas de HRS, dont l'offre omettait plusieurs postes portant sur un montant total de 354'050 fr., l'autorité intimée s'est contentée de refuser la tentative de ce soumissionnaire de compléter son offre (consid. 6b). Elle n'a demandé aucune explication à Inso concernant certains prix paraissant anormalement bas contenus dans son offre, l'écart par rapport à la moyenne des soumissionnaires atteignant pour certaines parties de l'offre plus de 50% (consid. 7c). b) Il s'agit ainsi d'une série de manquements, qui se cumulent. On peut se demander si pris individuellement, ces manquements devaient conduire à l'exclusion de candidats, respectivement s'ils doivent entraîner l'annulation de la décision attaquée, compte tenu du principe de la proportionnalité. L'autorité intimée et l'adjudicataire soutiennent en substance que ce dernier principe impose de confirmer l'adjudication. Concernant en particulier le CFC 231.21 (ci-dessus consid. 4d), l'adjudicataire soutient qu'il y aurait lieu de prendre en compte l'impact sur le résultat final des "informalités" constatées. En d'autres termes, serait déterminant selon elle le montant de la correction opérée à tort par rapport au montant total de l'adjudication. L'adjudicataire cite différents arrêts à l'appui de sa position et relève qu'en l'espèce, les erreurs constatées ne portent que sur de très faibles montants en comparaison du prix global offert. La jurisprudence citée par l'adjudicataire ne permet cependant pas de suivre cette opinion. Dans le premier arrêt auquel elle se réfère, des corrections avaient été effectuées par le pouvoir adjudicateur afin de rendre les offres comparables; plus précisément, les corrections de l'adjudicateur avaient porté sur des variantes ajoutées à tort par les soumissionnaires à leur offre de base (arrêt MPU.2012.0014 du 30 août 2012 consid. 3a). La seconde décision citée par l'adjudicataire concernait la correction d'une variante par l'adjudicateur, effectuée afin de rendre les offres comparables; dans son analyse, l'ancien Tribunal administratif était parvenu à la conclusion que cette correction ne rendait pas les offres totalement comparables, mais que seul un élément marginal du prix était lié à cet aspect de l'offre (arrêt GE.2006.0014 du 30 mars 2007 consid. 6b/bb). Ces affaires

différait donc du cas présent. Contrairement à ce que l'adjudicataire tente de démontrer, la jurisprudence n'a en particulier jamais admis le complètement d'une offre par l'adjudicateur en considérant que seul un faible montant par rapport à la totalité de l'offre était en cause. Le caractère véniel du défaut se mesure par rapport au défaut lui-même, et à sa gravité. Seules échappent à l'exclusion les brouilles, comme une signature manquante (arrêt MPU.2013.0021 du 19 décembre 2013), une attestation produite en allemand plutôt qu'en français (arrêt GE.2006.0084 du 6 septembre 2006) ou des renseignements contenus dans un autre document que celui demandé (arrêt GE.2006.0226 du 20 février 2007). L'importance du défaut ne dépend pas de son impact sur le prix ou la valeur du marché. Est ainsi insoutenable la thèse de l'autorité intimée et de l'adjudicataire, selon laquelle une offre pourrait être complétée après le dépôt des offres, voire après le prononcé de la décision d'adjudication, voire encore dans la procédure de recours, quand le manquement constaté, entraînant automatiquement l'exclusion selon l'appel d'offres, se rapporterait à un élément de moindre importance par rapport à la valeur du marché. Une telle conception reviendrait à introduire un système de contrôle à géométrie variable, selon la configuration et l'importance du marché, ce qui est incompatible avec les principes de transparence, d'intangibilité des offres, de prohibition de l'arbitraire et d'égalité de traitement entre soumissionnaires. L'adjudicateur n'a pas le choix soit d'exclure l'offre, soit de la maintenir en lice, quitte à mal la noter (cf. arrêts MPU.2013.0019 du 20 novembre 2013, consid. 3b/aa; MPU.2011.0009 du 25 juillet 2011, consid. 3d/cc; GE.2006.0226 du 20 février 2007). Si le défaut constaté n'est pas insignifiant, l'offre doit être exclue. c) Dans le cas présent, on ne saurait retenir que les manquements constatés sont véniels, au sens de la jurisprudence précitée. De plus, leur cumul impose dans tous les cas une annulation de la décision attaquée. Par ailleurs, le problème des garanties bancaires examiné ci-dessus (consid. 8) est également à lui seul de nature à entraîner cette conséquence. Pour un marché d'une telle ampleur, l'autorité intimée ne pouvait pas se satisfaire des documents lacunaires contenus dans les offres qui lui avaient été remises. Constatant que les lacunes des offres à cet égard étaient en partie dues au manque de clarté de l'appel d'offres, l'autorité intimée se devait de préciser ses exigences et de demander la production de documents complémentaires, afin de pouvoir évaluer avec certitude l'aptitude des différents soumissionnaires.

E. 10

Compte tenu de ce qui précède, il ne se justifie plus d'examiner l'appréciation des critères 2 à 5, que les recourants contestent également en partie. A toutes fins utiles, le Tribunal relèvera néanmoins certains aspects relatifs à la question des sous-traitants, qui faisait l'objet du sous-critère 2.2 intitulé "qualification des sous-traitants et des fournisseurs prévus pour l'exécution du marché". a) Pour ce sous-critère, les soumissionnaires devaient compléter l'annexe R15, qui consistait dans une liste des sous-traitants par CFC; pour chaque sous-traitant, le soumissionnaire devait également indiquer la part de sous-traitance par rapport à l'ensemble du marché, la capacité en personnel ainsi que le nombre de personnes en formation dans l'entreprise. Dans l'appréciation de ce sous-critère, l'autorité intimée a notamment retenu, dans le tableau de notation, que tous les soumissionnaires à l'exception d'Inso avaient fourni une liste complète des sous-traitants par CFC. S'agissant d'Inso, cette liste a été qualifiée d'incomplète par l'autorité intimée, dans la mesure où aucun sous-traitant n'y était indiqué pour les CFC techniques 23, 24 et 25, qualifiés de primordiaux pour ce type d'ouvrage. Inso conteste dans son recours la note 1 qu'il s'est vu attribuer pour ce sous-critère. Il expose que s'il n'a pas rempli toutes les rubriques de

l'annexe R15, c'est en raison du fait que les sociétés formant le consortium n'ont pas de sous-traitants principaux à annoncer sur les CFC en cause, tous les travaux étant assumés à l'interne, sous réserve de sous-traitants et fournisseurs secondaires dûment annoncés. Inso reproche à l'autorité intimée de ne pas lui avoir posé de question sur ce point avant l'adjudication. Selon lui, on ne saurait retenir que la sous-traitance de certains travaux était imposée. L'annexe R15 paraissant avoir été établie sans tenir compte de l'hypothèse du soumissionnaire qui n'a pas de sous-traitants principaux, cette lacune ne saurait lui porter préjudice. Au cours de l'audience, l'autorité intimée a exposé qu'aucun soumissionnaire n'avait été interpellé sur les critères 2 à 5, les offres reçues lui étant apparues suffisamment claires pour procéder à leur appréciation. Elle a également ajouté que parmi les quatre entreprises qui forment le consortium Inso, elle ne savait toujours pas laquelle serait amenée à exécuter les travaux du lot technique; elle avait cherché à le déterminer dans l'ensemble du dossier ainsi qu'en consultant les sites Internet de ces entreprises; or il était notamment apparu que trois des quatre entreprises du consortium étaient actives dans le génie civil, et non dans les domaines auxquels se rapportaient les CFC techniques. Dans ses écritures, l'autorité intimée a encore relevé que rien dans l'offre d'Inso ne permettait d'établir que les CFC techniques 23, 24 et 25 ne seraient pas sous-traités et qu'un flou total régnait sur cette question. De plus, Inso n'était pas titulaire de toutes les autorisations nécessaires pour réaliser les CFC techniques, en particulier celles prévues par l'ordonnance du 7 novembre 2001 sur les installations à basse tension (OIBT; RS 734.27); il n'avait par ailleurs pas démontré comment il respecterait la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés (LDét; RS 823.20) dans l'hypothèse où il réaliserait lui-même tous les CFC techniques. b) Les doutes émis par l'autorité intimée concernant la capacité d'Inso à assumer lui-même l'ensemble des CFC techniques paraissent justifiés. Dans la mesure où il ne mentionne aucun sous-traitant pour cette partie du marché, l'offre d'Inso manque à tout le moins de clarté. L'affirmation selon laquelle la totalité du marché serait assumée directement par les sociétés du consortium soulève également la question du respect de la LDét, en particulier de ses dispositions relatives aux conditions minimales de travail et de salaire (art. 2) ainsi qu'à l'hébergement (art. 3). Les représentants d'Inso ont en effet affirmé au cours de l'audience que la réalisation de ce chantier impliquerait la présence de 100 à 400 ouvriers. Cela étant, en se limitant à mal noter ce critère, l'autorité intimée n'a nullement levé ces doutes. Elle devait demander au soumissionnaire des éclaircissements sur ces questions, dans le contexte de l'examen de son aptitude à réaliser le marché (art. 34 al. 1 RLMP-VD). En l'absence de réponse satisfaisante à ces questions, elle aurait dû prononcer la sanction qui s'impose en cas de non-respect d'un critère d'aptitude, à savoir l'exclusion de l'offre (ci-dessus consid. 8a).

E. 11

a) Les considérants qui précèdent ont mis en exergue les nombreux manquements dont cette procédure d'adjudication est entachée. Pour réaliser son projet, l'autorité intimée a opté pour un marché en entreprise générale, ce qui l'a conduite à élaborer un appel d'offres extrêmement complexe. Afin de mener à bien le travail très conséquent d'épuration et d'évaluation des offres, il a été fait appel à des sous-mandataires. Cette structure a rendu le travail du mandataire de l'autorité intimée particulièrement ardu et celui-ci n'a manifestement pas été en mesure de détecter et de corriger les erreurs commises au fur et à mesure de l'évaluation. De même, en raison de la taille du marché, la tâche des soumissionnaires s'est révélée particulièrement laborieuse, aussi bien pour la préparation des offres que lorsqu'il s'est agi de vérifier le contrôle arithmétique et de répondre aux

questions posées par l'autorité intimée. Cette complexité a abouti à de nombreuses lacunes au sein des offres déposées, dont l'autorité intimée n'a pas tiré les conséquences qui s'imposaient. Au lieu de cela, elle a minimisé les manquements des offres et renoncé à certaines des exigences de son appel d'offres, menant une procédure qui se révèle ainsi contraire aux principes du droit des marchés publics. b) En conclusion, les recours doivent être admis partiellement et la décision attaquée annulée. Compte tenu de la diversité et de la gravité des irrégularités constatées, qui concernent non seulement l'adjudicataire, mais également les autres soumissionnaires, c'est une annulation ab ovo de la procédure qui s'impose. Il s'avère en effet que les manquements relevés ne pourraient être corrigés par une reprise de la procédure au stade de l'épuration des offres. Une autre solution, consistant à renvoyer l'affaire au stade de l'adjudication pour que l'autorité intimée complète le dossier (sur les questions des garanties bancaires, des sous-traitants d'Inso et des prix particulièrement bas offerts par ce dernier), ne permettrait pas de remédier aux défauts ayant entaché la procédure d'adjudication et qui impliquent une violation des principes cardinaux des marchés publics, que sont l'intangibilité des offres, la transparence et l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Le dossier de la cause sera donc retourné à l'autorité intimée, qui sera amenée à publier un nouvel appel d'offres et à répéter l'intégralité de la procédure. L'adjudicataire a relevé qu'une telle hypothèse lui paraissait inconcevable. De son point de vue, le respect de la concurrence entre soumissionnaires serait compromis en cas de nouvelle procédure, au vu notamment du fait que les participants à la présente procédure ont désormais connaissance des prix de leurs concurrents. Cette opinion ne saurait être suivie. L'annulation de la procédure ab ovo laisse l'opportunité au pouvoir adjudicateur, soit de procéder au même appel d'offres, sous réserve de précisions quant aux garanties bancaires exigées, soit de configurer le marché de façon différente, cas échéant en redéfinissant les critères d'aptitude et d'adjudication, ainsi que leur pondération et en adoptant une autre méthode de notation du prix. Seule une telle annulation permet en définitive de garantir l'égalité entre les soumissionnaires. c) Vu l'issue du pourvoi et compte tenu de la jonction des causes, un émolument réduit sera mis à la charge des recourants qui obtiennent partiellement gain de cause (art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Un émolument, également réduit mais uniquement en raison de la jonction des causes, sera mis à la charge de Steiner, qui succombe. S'agissant de l'autorité intimée, aucun émolument ne sera mis à sa charge (ATF 1P.755/2001 du 11 mars 2002 et arrêt AF.2007.0010 du 2 septembre 2008, par analogie). Les recourants se verront allouer des indemnités de dépens réduites, pour les mêmes motifs, à charge de l'autorité intimée et de l'adjudicataire (art. 55, 91 et 99 LPA-VD).

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