

VD_OMNI MPU.2020.0003 vom 24. Juli 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-07-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2020.0003

FR: VD_OMNI MPU.2020.0003 du 24 juillet 2020

IT: VD_OMNI MPU.2020.0003 del 24 luglio 2020

Regeste

A. _____/ECA, B. _____ | Recours formé par un soumissionnaire contre une décision "d'exclusion et de non adjudication" rendue par l'ECA (marché de services portant sur des prestations d'ingénieur civil et de géotechnicien). Qualité pour recourir et intérêt digne de protection lorsque l'adjudicateur adjuge le marché à un tiers en même temps qu'il prononce l'exclusion d'un soumissionnaire (consid. 2). Question de savoir si le marché tombe dans le champ d'application des dispositions sur les marchés publics, en présence d'un projet qui semble concerner plutôt le patrimoine financier, laissée indécise (consid. 2). La recourante s'est écartée dans son offre des montants déterminants donnant droit à des honoraires d'ingénieur civil tels que résultant du DAO, ce qui justifie son exclusion (consid. 4b). Ses griefs en lien avec l'appel d'offre (caractère prétendument invraisemblable des montants en cause, impossibilité d'appliquer la norme SIA 103 respectivement de comparer les offres entre elles faute d'indication quant à la répartition entre éléments porteurs et non porteurs) ne résistent pas à l'examen (consid. 4c et 4d). Dans ces conditions, il n'y a pas lieu d'examiner ses griefs en tant qu'ils portent sur l'adjudication du marché à l'adjudicataire, l'éventuelle exclusion de ce dernier n'étant pas de nature à lui procurer un avantage pratique (consid. 4e). Rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité et confirmation de la décision attaquée.

Erwägungen

E. 1

a) La décision d'exclusion de la procédure est sujette à recours (cf. art. 15 al. 1bis let. d de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics - A-IMP; BLV 726.91 - et art. 10 al. 1 let. c de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics - LMP-VD; BLV 726.01). La recourante a dans ce cadre la qualité pour recourir en tant que soumissionnaire exclu (cf. art. 75 let. a de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative - LPA-VD; BLV 173.36 -, applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 LPM-VD; ATF 141 II 14 consid. 4.1 in fine et les références; CDAP MPU.2019.0004 du 1er avril 2019 consid. 1; MPU.2016.0041 du 24 mai 2017 consid. 1; Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zurich 2012, n. 1753 p. 917). b) Lorsque, comme en l'espèce, l'adjudicateur adjuge le marché à un tiers en même temps qu'il prononce l'exclusion d'un soumissionnaire - procédé qui n'est pas critiquable en soi, l'exclusion pouvant 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 (CDAP MPU.2019.0012 du 7 octobre 2019 consid. 3a et les références) -, se pose la question de savoir si le soumissionnaire exclu a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours (ce qu'il doit rendre vraisemblable pour se voir reconnaître la

qualité pour recourir; cf. ATF 141 II 14 consid. 4 et 5, traduit in JdT 2015 I 81, qui se réfère à la théorie de la double pertinence; CDAP MPU.2020.0011 du 20 juillet 2020 consid. 2a); à ce défaut, il ne peut se prévaloir d'aucun intérêt digne de protection à ce que la décision (d'exclusion) soit annulée ou modifiée au sens de l'art. 75 let. a LPA-VD. La simple participation du soumissionnaire à la procédure d'appel d'offres et la non-prise en considération de son offre ne sauraient à elles seules lui conférer la qualité pour agir, à défaut d'un intérêt pratique effectif à la contestation de l'adjudication (cf. MPU.2020.0017 du 9 juillet 2020 consid. 1a et les références). L'intérêt digne de protection dont dépend la qualité pour recourir consiste en effet dans l'utilité pratique inhérente à ce que la partie recourante peut, en obtenant gain de cause, influencer directement sa situation factuelle ou juridique; le recours ne sert pas à faire contrôler abstraitement la légalité objective de l'activité étatique mais plutôt à procurer un avantage pratique à la partie recourante, de sorte que le simple objectif d'empêcher la partie adverse d'accéder à un avantage censément illicite ne suffit pas à conférer la qualité pour recourir si cet objectif ne se rattache pas à un avantage digne de protection pour la partie recourante (ATF 141 II 307 consid. 6.2 et les références, traduit in JdT 2016 I 20 pp. 20 ss). Ces principes appellent les trois remarques qui suivent dans les circonstances du cas d'espèce. aa) La recourante n'a pas pris de conclusions formelles dans son acte de recours (cf. art. 79 al. 1 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 LMP-VD). La jurisprudence fait toutefois preuve d'une relative souplesse en ce qui concerne notamment la formulation des conclusions des recours; il n'est ainsi pas exigé que les conclusions soient formulées explicitement, quand elles résultent clairement des motifs allégués (cf. CDAP CR.2020.0004 du 18 mai 2020 consid. 1, PE.2019.0361 du 11 mars 2019 consid. 2a et les références; cf. ég. Tribunal fédéral [TF] 2C_821/2017 du 23 mars 2018 consid. 4.3 et les références, rappelant d'une façon générale que " l'interdiction du formalisme excessif commande en particulier de ne pas se montrer trop strict dans l'examen de la formulation des conclusions si, à la lecture du mémoire, on comprend clairement ce que veut le recourant "). En l'espèce et à la lecture de l'acte de recours, il apparaît que la recourante conteste tant la décision d'exclusion de son offre que celle d'adjudication du marché (cf. art. 15 al. 1bis let. e A-IMP; art. 10 al. 1 let. d LMP-VD), et conclut (implicitement) à ce que le marché lui soit adjugé; on peut se référer à cet égard au titre de cette écriture (" Recours à la décision d'exclusion et de non-adjudication "), à la teneur de la première phrase (" [...] nous [...] vous informons faire recours à la décision d'exclusion et d'adjudication ") ou encore au fait que les griefs qui y sont exposés portent tant sur l'exclusion de son offre que sur l'adjudication. Ainsi le juge instructeur n'a-t-il pas considéré que, compte tenu de l'absence de conclusions formelles (cf. art. 79 al. 1, 1^{ère} phrase, et 99 LPA-VD), l'acte de recours était réputé ne pas satisfaire aux conditions de forme posées par la loi - auquel cas il aurait dû renvoyer cet acte à la recourante et lui impartir un bref délai pour le corriger (cf. art. 27 al. 4 et al. 5 LPA-VD). La recourante a par la suite expressément précisé ses conclusions dans ce sens dans sa réplique par écriture de son conseil du 16 mars 2020 (cf. let F/b supra). bb) L'autorité intimée fait notamment valoir qu'à supposer même que l'offre de la recourante ne soit pas exclue et doive être évaluée, elle n'arriverait - dans le meilleur des cas - qu'en troisième position, selon ses calculs. La simulation à laquelle elle a procédé dans ce cadre s'agissant de déterminer le montant (hypothétique) de l'offre de la recourante (en " indexant " le montant de l'offre exclue) est toutefois contestée par cette dernière, laquelle a en substance fait valoir à l'occasion de l'audience du 8 juin 2020 que le montant de son offre aurait dans tous les cas été bien inférieur à celui retenu par l'autorité intimée, " en faisant varier d'autres facteurs " (cf. let. G

in fine supra); le tribunal relève à ce propos que l'adjudicataire a précisément fait varier différents facteurs pour arrêter le montant de son offre, certains postes des CFC retenus nécessitant ainsi, indépendamment de leurs coûts respectifs, un nombre total d'heures de travail à la charge de l'ingénieur civil nettement moindre que d'autres. Dans ce contexte, on ne saurait considérer que la recourante devrait se voir refuser la qualité pour recourir - dans un premier temps, contre la décision excluant son offre - pour le motif qu'elle n'aurait dans tous les cas pas pu remporter le marché si elle n'avait pas été exclue. cc) Cela étant, à supposer que la décision d'exclusion de l'offre de la recourante doive être confirmée, l'intéressée ne pourrait se prévaloir d'un intérêt digne de protection à ce que ses griefs contre l'adjudication du marché soient examinés que dans l'hypothèse où l'admission de tels griefs serait susceptible d'avoir une incidence directe sur sa situation factuelle ou juridique. En particulier, la seule exclusion de l'offre de l'adjudicataire à laquelle elle conclut dans sa dernière écriture du 3 juillet 2020 si l'exclusion de son offre devait être confirmée ne lui procurerait en tant que telle aucun avantage pratique - dans la mesure où le marché pourrait en pareille hypothèse être adjugé à l'un ou l'autre soumissionnaire dont l'offre n'a pas été exclue; sous cet angle, cette conclusion apparaît ainsi irrecevable. c) Pour le reste, il n'est pas contesté que le recours a été déposé dans le délai de dix jours suivant la notification de l'acte attaqué (cf. art. 15 al. 2 A-IMP; art. 10 al. 1 LMP-VD) et qu'il satisfait aux autres conditions formelles de recevabilité (cf. en particulier art. 79 al. 1 et 99 LPA-VD).

E. 2

Il y a toutefois encore lieu d'examiner la question de savoir le marché litigieux tombe dans le champ d'application (objectif et subjectif) des dispositions sur les marchés publics respectivement si la cour de céans est ainsi compétente pour se prononcer sur le présent litige. Le tribunal examine d'office sa compétence (cf. art. 6 al. 1 LPA-VD). a) La LMP-VD régit les marchés publics du canton, des communes et des associations intercommunales (art. 1 al. 1 let. a LMP-VD), mais également des autres collectivités, notamment les caisses de pension, assumant des tâches cantonales ou communales dans la mesure où elles n'ont pas de caractère commercial ou industriel (art. 1 al. 1 let. b LMP-VD; cf. ég. art. 8 al. 1 let. a et al. 2 let. a A-IMP). Le terme de " collectivités " est interprété en ce sens qu'il vise toutes les entités chargées de l'exécution d'une tâche publique, ce qui inclut les organismes de droit privé auxquels une telle tâche a été déléguée (cf. ATF 144 II 184 consid. 2; CDAP MPU 2010.0020 du 26 janvier 2011 consid. 1c; Etienne Poltier, Les pouvoirs adjudicateurs, in : PJA 9/2008 pp. 1107 et ss, not. 1108-1109; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, n. 60 ss pp. 33 ss; Jean-Baptiste Zufferey, Les grandes nouveautés, en particulier dans la réglementation, in : Zufferey/Beyeler/Scherler [éds], Marchés publics 2018, n. 61 s. p. 34 s.). Comme exposé ci-dessus (let. A), l'ECA est une institution de droit public ayant la personnalité morale et fonctionnant sous le contrôle de l'Etat qui a en particulier pour but l'assurance mutuelle et obligatoire contre les pertes résultant de l'incendie et des éléments naturels causées aux bâtiments et aux biens mobiliers. Il s'agit donc d'une " autre collectivité " au sens de l'art. 1 al. 1 let. b LMP-VD. On peut toutefois se demander si le projet de l'ECA ne revêt pas un caractère commercial qui l'exclut du champ d'application des dispositions sur les marchés publics. Dans l'affirmative, le recours serait irrecevable (cf. Tribunal administratif fédéral [TAF] B-1687/2010 du 21 juin 2011, en partie reproduit in : Droit de la construction [DC] 4/2011 p. 257). Selon le Tribunal fédéral, pour déterminer si l'on est en présence d'une activité commerciale au sens de l'art. 8 al. 1 let. a A-IMP, il convient d'examiner s'il existe une situation de concurrence sur des marchés qui fonctionnent, ce qui s'apprécie à la lumière des buts des marchés publics, sur la base de

toutes les circonstances significatives de fait et de droit (ATF 145 II 49 consid. 4.4.3). Comme exposé ci-dessus (let. B), le marché en question porte sur la construction sur des parcelles de l'autorité intimée des bâtiments qu'elle entend louer à des tiers pour 75% comme logements et le reste pour diverses activités, alors qu'elle aura déplacé ses activités administratives sur un autre site. Lesdites parcelles à Pully feront donc a priori l'objet de la gestion du patrimoine financier de l'ECA. Selon la jurisprudence, on se trouve en présence d'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que demandeur, acquiert auprès d'une entreprise privée les moyens dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques, moyennant le paiement d'un prix (ATF 145 II 252 consid. 4.1; 145 II 32 consid. 4.1; 143 II 120 consid. 6.3.3; 141 II 113 consid. 1.2.1; 125 I 209; Poltier, op. cit. 2014, n. 60 p. 33 et n. 138 p. 83). Il est donc déterminant que l'acquisition en cause soit projetée en vue de l'exécution d'une tâche publique. Dans ce cadre, se pose la question de savoir si cette acquisition doit servir directement à l'exécution d'une tâche publique ou s'il suffit qu'elle y contribue indirectement. Si l'acquisition doit servir directement à l'exécution d'une tâche publique, l'acquisition de prestations en lien avec la gestion du patrimoine financier serait en principe exclue du champ d'application de la législation sur les marchés publics. A ce jour, la jurisprudence n'a pas résolu cette question (cf. toutefois ATF 145 II 252 et critique Martin Beyeler, *Vergaberechtliche Entscheide* 2018/2019, Zurich 2020, n. 16 p. 10) et la doctrine n'est de loin pas unanime à ce sujet (cf. Poltier, *Marchés publics, délégations de tâches publiques et concessions*, DC 1/2020 p. 13; Poltier, op. cit. 2014, n. 166 s. p. 99 s.; Trüeb/Zimmerli, *Spitalfinanzierung und Vergaberecht*, Zurich 2012, p. 52 à 57; Hubert Stöckli, *Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts*, in : Zufferey/Stöckli [éds], *Marchés publics* 2008, pp. 51 ss; cf. aussi Julia Bhend, *Ausgewählte Aspekte zum Geltungsbereich des neuen Beschaffungsrechts*, DC 1/2020 p. 16 à 18). Vu ce qui suit, la question de savoir si le champ d'application du droit des marchés publics est ouvert et donc si le recours est recevable peut rester ouverte. b) Même si on pourrait encore se demander si la seule valeur du marché ici en question, pour lequel l'appel d'offres litigieux a eu lieu, atteint les valeurs-seuils indiquées aux annexes de l'A-IMP (cf. art. 7 et 12bis A-IMP; art. 3a, 5 et 7a LMP-VD), il n'en demeure pas moins qu'on est en présence d'un projet de construction pour un montant estimé à plus de 30 millions de francs. Dans cette mesure, la valeur-seuil est dépassée conformément aux art. 5 al. 3 LMP-VD et 7 al. 2 AIMP, selon lesquels la " valeur totale " des travaux de bâtiment et de génie civil est déterminante (cf. CDAP MPU.2018.0018 du 26 novembre 2018 consid. 2b). Il ressort pour le reste du dossier d'appel d'offres qu'en l'état, on est en présence d'un marché de services à moyennes, voire hautes exigences qualitatives.

E. 3

Le litige porte en premier lieu sur le bien-fondé de l'exclusion de l'offre de la recourante prononcée par l'autorité intimée (cf. consid. 1b supra). Il convient de rappeler le droit applicable en la matière. a) L'A-IMP a notamment pour objectif (art. 1 al. 3) d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires (let. a), de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication (let. b), d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés (let. c), respectivement de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (let. d; cf. ég. art. 3 LMP-VD). A cette fin, il impose le respect de différents principes généraux (art. 11 A-IMP; cf. ég. art. 6 LMP-VD) et prévoit en outre, en particulier, que les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 13 let. f A-IMP; cf. ég. art. 6 let. f ter et 8 al. 2 let. f LMP-VD,

déléguant au Conseil d'Etat la compétence de fixer par voie de règlement les critères en cause). b) Lors de la passation de marchés publics, doivent être respectés les principes de transparence (cf. art. 1 al. 3 let. c A-IMP; art. 3 let. c et 6 let. h LMP-VD) et de non-discrimination ou d'égalité de traitement entre les soumissionnaires (cf. art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a A-IMP; art. 3 let. b et 6 let. a LMP-VD). Doivent en outre respectés, en particulier, le principe de renonciation à des rounds de négociation (art. 11 let. c A-IMP; art. 6 let. c LMP-VD) ainsi que le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (art. 11 let. e A-IMP; art. 6 let. e LMP-VD). Le principe de transparence impose au pouvoir adjudicateur de fournir toutes les indications nécessaires aux soumissionnaires pour qu'ils puissent présenter une offre valable et répondant à ses exigences et souhaits, respectivement de tout mettre en œuvre pour que la procédure de mise en concurrence et la documentation soient compréhensibles pour tous les soumissionnaires de façon à ce qu'ils puissent offrir leurs prestations en toute connaissance de cause (CDAP MPU 2016.0013 du 9 août 2017 consid. 2b et les références). Quant au principe de non-discrimination, il impose au pouvoir adjudicateur d'assurer l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires, cela durant tout le déroulement de la procédure. L'adjudicateur doit ainsi adopter les mêmes critères - d'aptitude et d'adjudication - pour l'ensemble des concurrents; ces critères ne doivent pas défavoriser, de manière indirecte, les offreurs externes. La pondération des critères doit également être arrêtée de manière non discriminatoire. L'échelle d'évaluation des offres, pour l'application de ces critères, doit en outre être la même pour l'ensemble des candidats et être appliquée à tous de la même manière (CDAP MPU.2019.0012 précité, consid. 2c; MPU.2018.0026 du 16 mai 2019 consid. 5a et les références). c) Les dispositions cantonales d'exécution des accords cantonaux et de la LMP-VD sont fixées par le Conseil d'Etat, par voie de règlement (art. 8 al. 1 LMP-VD). Selon l'art. 32, 2 e tiret, let. a du règlement d'application de la LMP-VD, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; BLV 726.01.1), peut notamment être exclue l'offre qui n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours ou incomplètement remplie. Le ch. 3.2 DAO reprend en substance ce motif d'exclusion en prévoyant qu'un soumissionnaire peut être exclu lorsqu'il ne remplit pas les exigences, les principes et conditions figurant dans le DAO. 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 et dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement (CDAP MPU.2019.0012 précité, consid. 3a et les références). S'il est conforme au but et à la nature de la procédure de marchés publics que la violation de certaines exigences de forme par un soumissionnaire puisse entraîner son exclusion du marché, une telle conséquence ne se justifie pas en présence de n'importe quel vice. Il faut en particulier y renoncer lorsque celui-ci apparaît de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif recherché par la prescription formelle violée (ATF 141 II 353 consid. 8.2.1 et les références); il est ainsi admis que l'on ne se trouve pas en présence d'une violation de règles essentielles de la procédure (justifiant une exclusion) lorsqu'une évaluation sérieuse de l'offre paraît possible malgré le vice dont celle-ci est entachée (CDAP MPU.2019.0012 précité, consid. 3a, qui se réfère à Poltier, op. cit. 2014, n. 312 p. 194 et la référence). La question de savoir si un vice est suffisamment grave pour justifier l'exclusion d'une procédure de soumission dépend très largement, sinon exclusivement, des conditions d'espèce; il s'agit d'appliquer au cas particulier et de mettre en balance les principes de légalité, de proportionnalité,

d'interdiction du formalisme excessif, d'égalité ou encore d'intangibilité des offres (TF 2C_678/2015 du 13 janvier 2016 et la références). Concernant ce dernier principe (intangibilité des offres), il est consacré par l'art. 29 al. 3 RLMP-VD, dont il résulte que l'offre ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai, et découle notamment de l'interdiction des rounds de négociation (art. 11 let. c A-IMP; art. 6 let. c LMP-VD). Il signifie qu'une offre ne doit en principe s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 et la référence); il vaut notamment pour les prix, les remises de prix ou les modifications de prestations (cf. Poltier, op. cit. , n. 354 p. 222) . Il est toutefois admis que l'adjudicateur puisse corriger les effets d'une mauvaise compréhension de l'offre par un soumissionnaire, afin de rendre les offres comparables entre elles, par exemple en supprimant une plus-value sans objet. L'adjudicateur peut également corriger les erreurs évidentes de calcul et d'écriture, conformément à l'art. 33 al. 2 RLMP-VD, le cas échéant après avoir demandé des explications au soumissionnaire en application de l'art. 34 al. 1 RLMP-VD (CDAP MPU.2019.0023 du 20 mai 2020 consid. 4b et les références). Cette possibilité exprime la tendance actuelle dans la plupart des cantons qui permet de tempérer une application trop formaliste du principe de l'intangibilité des offres selon laquelle il y aurait lieu d'exclure un soumissionnaire dès qu'une offre est incomplète, quelle que soit l'importance du manquement; la distinction entre ce qui relève de la correction des erreurs et de la clarification des offres (admissible) et ce qui ressortit à la modification des offres contraire au principe de l'intangibilité peut toutefois se révéler délicate (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 et les références). d) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. L'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, s'agissant notamment de l'évaluation des offres (CDAP MPU.2019.0010 du 11 novembre 2019 consid. 2 et les références). Il est ainsi interdit à l'autorité judiciaire de substituer son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, sous peine de statuer en opportunité et de violer ainsi tant l'art. 16 al. 2 A-IMP que l'art. 98 LPA-VD (applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 LMP-VD). Le tribunal n'intervient ainsi qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur, ce qui, en pratique, revient à exercer un contrôle restreint à l'arbitraire; en revanche, il contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 141 II 353 consid. 3 et les références; TF 2D_9/2019 du 22 juillet 2019 consid. 3.3; CDAP MPU.2019.0023 précité, consid. 2 et les références). Les conditions de l'appel d'offre doivent être interprétées selon les règles de la bonne foi. La grande liberté d'appréciation de l'adjudicateur évoquée ci-dessus concerne également notamment la formulation et l'application des critères d'aptitude et d'adjudication. S'agissant de notions techniques, il convient de prendre en considération le sens qui leur est donné par les spécialistes ou celui que les intéressés leur ont donné en relation avec le projet litigieux; la façon dont les parties se sont comportées joue également un rôle dans l'interprétation (ATF 141 II 14 consid. 7.1 et 7.4; CDAP MPU.2019.0026 du 4 mai 2020 consid. 7b).

E. 4

En l'espèce, dans la décision attaquée, l'autorité intimée a motivé l'exclusion de l'offre de la recourante par le fait que cette offre ne respectait pas les exigences, principes et conditions figurant dans le DAO, singulièrement ne tenait pas compte des " montants déterminants " spécifiés sous ch. 1.6 DAO (cf. let. E/a supra). Elle a précisé dans sa réponse au recours du 18 février 2020 qu'il était reproché à la recourante d'avoir ainsi " modifié les données de base " présentées dans le DAO " en supprimant des postes et en modifiant les coûts déterminants à la baisse ", motifs qu'elle a par la suite en substance repris dans le cadre de

ses écritures ultérieures et à l'occasion de l'audience du 8 juin 2020 (cf. let. F, G et H supra). La recourante a fait valoir dans son recours que les montants indiqués dans le DAO n'étaient " pas assez précis et exploitables " pour procéder au calcul de ses honoraires, que le cahier de charges laissait " une large interprétation des montants des CFC à utiliser " et qu'elle a ainsi " extrapolé " les montants déterminants lui donnant droit à des honoraires (cf. let. F/a supra). Elle a maintenu dans ses écritures ultérieures qu'elle s'était strictement conformée à ce que le DAO lui fournissait comme informations, son offre n'étant ni incomplète ni non-conforme aux prescriptions du DAO; compte tenu des circonstances, son exclusion apparaissait ainsi arbitraire respectivement contraire aux principes de l'interdiction du formalisme excessif et de la proportionnalité (cf. let. F/b et F/c supra). Dans ses observations finales par écritures des 22 juin et 3 juillet 2020, elle s'est encore plainte d'un traitement arbitraire et discriminatoire violant les principes de l'égalité de traitement et de l'impartialité de l'adjudication, considérant en substance que l'offre de l'adjudicataire aurait également dû être exclue (cf. let. G supra). a) L'offre de la recourante porte sur trois CFC distincts (à trois chiffres), pour un " montant déterminant des travaux sous [sa] responsabilité" de 4'816'000 francs. Il apparaît, au vu de ses explications dans le cadre de la présente procédure, que la recourante a estimé que le solde en regard du montant total déterminant de 14'807'500 fr. (résultant de l'addition des montants estimés pour les CFC 1, 20 et 21; cf. ch. 1.6 DAO et question 1 du document du 24 mai 2019, reproduits sous let. C/b et C/c supra) correspondait à des prestations pour lesquelles elle n'interviendrait pas et qui ne justifiaient en conséquence pas la perception d'honoraires de sa part; il s'impose toutefois de constater d'emblée que la lecture de son offre ne permettait pas d'aboutir à une telle conclusion et qu'il n'était en particulier pas possible pour l'autorité intimée de déterminer si et dans quelle mesure elle avait (par ailleurs) modifié les coûts déterminants des CFC 1 et/ou 21 à la baisse. En d'autres termes, il convient de retenir à ce stade que la recourante d'une part n'a pas repris les estimations des coûts des CFC tels qu'indiqués au ch. 1.6 DAO, et d'autre part n'a pas fourni d'explications claires permettant de comprendre les montants qu'elle a retenus en lieu et place. b) Le cœur du litige tient à ce que les interprétations de la recourante et de l'autorité intimée divergent s'agissant de la portée du ch. 1.6 DAO en lien avec les estimations des coûts selon les CFC indiquées. L'autorité intimée soutient en substance qu'il convenait de tenir compte des montants en cause à titre de montants donnant droit à des honoraires d'ingénieur civil et d'adapter l'offre en conséquence. La recourante considère bien plutôt que ces montants correspondaient aux coûts estimés des différents CFC concernés; dès lors que certaines prestations incluses dans ces CFC ne justifiaient aucune intervention de sa part et ne lui donnaient en conséquence pas droit à des honoraires, elle a " extrapolé ", sur la base des estimations indiquées, les coûts correspondant à des prestations lui donnant droit à des honoraires. Tant l'autorité intimée que la recourante se réfèrent, à l'appui de leurs argumentations respectives, notamment à la première question/réponse du document du 24 mai 2019 - l'autorité intimée en tant qu'il en résulterait que les montants estimés au ch. 1.6 DAO pour les CFC 1, 20 et 21 correspondaient aux honoraires d'ingénieur civil, la recourante en tant qu'il en résulterait que ces montants devaient bien plutôt " servir de base " aux soumissionnaires, étant précisé que c'est effectivement sur cette base qu'elle s'est fondée pour établir son offre. aa) Une lecture attentive de la première question/réponse du document du 24 mai 2019 laisse apparaître que trois questions distinctes ont en définitive été posées, auxquelles l'adjudicateur a répondu dans le même ordre (cf. let. C/c supra). Cette question/réponse peut ainsi être décomposée comme il suit: "Pourriez-vous nous confirmer que les montants

déterminants sont bien les suivants, soit: Montant B déterminant pour le calcul des honoraires = CFC 1 + CFC 20 + CFC 21 = 1'937'900.- + 816'000.- + 12'053'600.- = 14'807'500.- HT [?] Oui, les montants spécifiés sous le point n° 1.6 doivent servir de base à tous les soumissionnaires. [Pourriez-vous nous confirmer que les montants déterminants sont bien les suivants, soit:] Montant pour la structure porteuse = CFC 21 = 12'053'600.- HT [?] La part des montants dédiée à la structure porteuse n'est pas connue à ce jour. Pouvez-vous nous confirmer que les phases SIA offertes sont bien les phases 31, 32, 33, 41, 51, 52 et 53 selon SIA 103? Une prestation globale est attendue des mandataires de la phase 4.1 à 4.27 selon SIA 103, y.c. 3.1, 3.2, 3.3, 5.1, 5.2, 5.3. " bb) Il s'impose de constater qu'en répondant " oui " à la première de ces sous-questions, l'adjudicateur a confirmé que l'addition des montants estimés pour les CFC en cause, pour un montant total de 14'807'500 fr., correspondait au montant " déterminant pour le calcul des honoraires ", comme le soutient l'autorité intimée; c'est en tant que tels que les montants concernés devaient " servir de base " aux soumissionnaires - et non en tant que montants sur la base desquels ces derniers auraient dû " extrapoler " les montants déterminants pour le calcul de leurs honoraires, quoi qu'en pense la recourante. Dans le même sens, l'adjudicateur a encore indiqué dans ses réponses aux quatrième et onzième questions que " les honoraires des mandataires d [e]vaient être calculés sur les montants de référence par CFC spécifiés au point 1.6 " (cf. let. C/c supra) - " sur les montants " en cause directement, et non en " extrapolant " les coûts des prestations donnant droit à de tels honoraires sur la base de ces montants. On ne saurait en conséquence suivre la recourante lorsqu'elle soutient que les montants donnant droit à des honoraires d'ingénieur civil n'étaient pas précisés (cf. le procès-verbal d'audience reproduit sous let. G supra) et que le cahier des charges laissait dans ce cadre aux soumissionnaires une large interprétation concernant les montants des CFC à utiliser (dans son recours). Bien plutôt, il apparaît que l'interprétation de l'autorité intimée sur ce point ne prête pas le flanc à la critique - en ce sens que ce sont bel et bien les montants déterminants pour le calcul des honoraires des soumissionnaires qui étaient estimés au ch. 1.6 DAO s'agissant des CFC 1, 20 et 21. cc) En ne reprenant pas les montants déterminants en cause dans son offre, respectivement en retenant d'autres montants en lieu et place, la recourante a ainsi présenté une offre qui n'était pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours. Au vu de la différence conséquente entre le montant déterminant total de 14'807'500 fr. résultant de l'addition des estimations des CFC 1, 20 et 21 selon le ch. 1.6 DAO et le montant total de 4'816'000 fr. retenu par la recourante, respectivement, au surplus, de l'absence d'explication claire de la part de cette dernière à ce propos comme on l'a déjà vu, on ne saurait considérer, à l'évidence, qu'il ne se serait agi que d'un vice de peu de gravité et qu'une évaluation sérieuse de l'offre aurait néanmoins été possible. On ne saurait pas davantage considérer qu'une correction de l'offre par l'autorité intimée afin de la rendre comparable aux autres offres aurait été possible. La recourante elle-même conteste à cet égard (au demeurant de façon convaincante) la pertinence du procédé consistant à " indexer " le montant de son offre au montant total déterminant de 14'807'500 fr., relevant qu'elle aurait en pareille hypothèse fait " varier d'autres facteurs " - ce que l'autorité intimée ne pouvait à l'évidence faire à sa place; il apparaît en outre manifestement que le principe de l'intangibilité des offres s'opposait à ce que l'autorité intimée invite la recourante à procéder à une telle adaptation de son offre. L'offre de la recourante ne pouvait enfin être considérée comme une variante, le ch. 3.6 DAO précisant expressément que de telles variantes n'étaient pas admises et ne seraient pas prises en considération. Sous cet angle, l'autorité intimée n'a en conséquence pas abusé de

son pouvoir d'appréciation en prononçant l'exclusion de l'offre de la recourante en application de l'art. 32, 2 e tiret, let. a RLMP-VD. c) D'une façon plus générale, la recourante conteste encore le caractère vraisemblable des estimations des CFC indiquées au ch. 1.6 DAO en tant qu'elles seraient réputées correspondre aux montants d'honoraires d'ingénieur civil. A l'occasion de l'audience du 8 juin 2020, elle a en particulier relevé à ce propos qu'au vu du nombre de mètres cubes SIA annoncé (38'000), le montant estimé d'environ 12'000'000 fr. pour la structure porteuse (CFC 21) correspondait à un prix de l'ordre de 320 fr./m³, soit environ le double du prix habituel en la matière (cf. let. G supra). Ce grief de la recourante est directement lié au fait qu'elle considère que ne justifient son intervention en tant qu'ingénieur civil - et, partant, la perception d'honoraires - que les travaux de terrassement (inclus dans le CFC 20) et les travaux liés à la structure porteuse (comme il résulte de son offre et comme elle l'a expressément confirmé à l'occasion de l'audience du 8 juin 2020); c'est pour ce motif qu'elle considère en définitive qu'à supposer que le montant estimé pour le CFC 21 (12'053'600 fr.) corresponde aux honoraires d'ingénieur civil, ce montant serait ainsi réputé porter exclusivement sur les coûts liés à la structure porteuse. Or, il s'impose de constater que tel n'est pas le cas. L'autorité intimée a bien plutôt expressément indiqué dans le cadre des questions/réponses figurant dans le document du 24 mai 2019 que la part des montants dédiée à la structure porteuse n'était pas connue à ce jour (réponse à la deuxième sous-question de la première question, cf. consid. 4b/aa supra ; cf. ég. réponse à la question 6, let. C/c supra). Si le DAO ne mentionne pas expressément que des prestations d'ingénieur civil étaient attendues également en lien avec les structures non porteuses, il ne l'exclut pas davantage (cf. ch. 1.6 DAO, évoquant notamment, outre le béton armé, la maçonnerie porteuse et la structure métallique, des " autres éléments "); il était au demeurant expressément précisé au ch. 3.1 DAO que devait être indiquée dans les offres la " part du montant pour les structures porteuses et non porteuses " (cf. let. C/b supra). Ainsi l'adjudicataire (comme d'autres soumissionnaires, sous une formulation ou une autre) a-t-il effectivement proposé des prestations pour une part du CFC 21 consacrée à la " maçonnerie non porteuse " - même si le nombre d'heures annoncé dans ce cadre est considérablement moindre que celui annoncé pour la part consacrée aux " structures en béton armé ", ceci " en faisant varier d'autres facteurs " (pour reprendre l'expression de la recourante elle-même à l'occasion de l'audience du 8 juin 2020). Ce grief de la recourante ne résiste dès lors pas à l'examen. d) La recourante soutient encore que le fait que la répartition entre éléments porteurs et non porteurs n'était pas précisée rendait impossible l'application de la norme SIA 103 à laquelle il était renvoyé. Elle fait valoir qu'il aurait fallu donner la même hypothèse sur ce point à tous les soumissionnaires pour que les offres soient comparables (cf. le procès-verbal d'audience reproduit sous let G. supra). Il apparaît que l'autorité intimée a dans ce cadre centré le marché sur les estimations des différents CFC donnant droit à des honoraires d'ingénieur civil, indépendamment de la répartition entre éléments porteurs et non porteurs - les soumissionnaires étant précisément invités à apprécier ce point dans leur offre (cf. ch. 3.1 DAO). Dans la mesure où il n'est pas contesté que la part consacrée à la structure porteuse occasionne dans tous les cas de la part de l'ingénieur civil des prestations considérablement plus conséquentes que la part consacrée à la structure non porteuse, de sorte que le montant total respectif des honoraires proposés par les différents soumissionnaires est directement lié à leur appréciation de la répartition en cause (notamment), la pertinence d'un tel procédé apparaît discutable. Cela étant et comme rappelé ci-dessus, l'adjudicateur bénéficie d'une grande liberté d'appréciation à tous les stades de la procédure (cf. consid. 3d). Le procédé décidé par

l'autorité intimée dans le cas d'espèce consistant en définitive à s'en remettre à ce stade à l'avis des soumissionnaires - en tant que professionnels spécialisés - s'agissant de la répartition entre éléments porteurs et non porteurs n'apparaît pas critiquable dans une mesure telle qu'il devrait être qualifié d'arbitraire. Ce procédé n'a au demeurant pas empêché la recourante (comme de nombreux autres soumissionnaires) de déposer une offre - même si celle-ci doit être exclue parce qu'elle ne respecte pas les montants déterminants indiqués au ch. 1.6 DAO, comme on vient de le voir; si véritablement la recourante avait considéré que la teneur du DAO ne permettait pas de déposer une offre valable, il lui aurait été loisible d'attirer l'attention de l'autorité intimée à ce propos - dans le respect de ses obligations précontractuelles (cf. Beyeler, op. cit. 2012, n. 2371 p. 1287) -, voire de contester l'appel d'offre (cf. art. 15 al. 1bis let. a A-IMP; art. 10 al. 1 let. a LMP-VD). Ce grief de la recourante ne résiste en conséquence pas davantage à l'examen. e) Le tribunal considère ainsi que l'exclusion de l'offre de la recourante prononcée par l'autorité intimée ne prête pas le flanc à la critique respectivement qu'il n'y a pas lieu de faire droit aux griefs avancés par la recourante à l'encontre de l'appel d'offre en tant que tel dans les circonstances du cas d'espèce. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu d'examiner les griefs de la recourante en tant qu'ils portent sur l'adjudication du marché à l'adjudicataire; le tribunal relève en effet d'office que, indépendamment du bien-fondé de ces griefs à l'encontre de l'offre de l'adjudicataire (en lien avec le fait qu'il n'a pas indiqué des prestations d'ingénieur pour l'ensemble des phases de tous les postes des CFC retenus), de tels griefs n'apparaissent d'emblée pas pertinents s'agissant notamment de l'offre du soumissionnaire arrivé en deuxième position - de sorte que l'éventuelle exclusion de l'adjudicataire ne procurerait dans tous les cas aucun avantage pratique à la recourante (cf. consid. 1b/cc supra).

E. 5

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable et la décision d'exclusion attaquée confirmée. Un émolument de 5'000 fr. est mis à la charge de la recourante, qui succombe (cf. art. 49 al. 1 LPA-VD; art. 1 et 3 du tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative, du 28 avril 2015 - TFJDA; BLV 173.36.5.1). Il n'y a pas lieu pour le reste d'allouer d'indemnité à titre de dépens (cf. art. 55 al. 1 LPA-VD; art. 10 TFJDA).

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