

VD_OMNI MPU.2020.0004 vom 24. Juli 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-07-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2020.0004

FR: VD_OMNI MPU.2020.0004 du 24 juillet 2020

IT: VD_OMNI MPU.2020.0004 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, allégation selon laquelle l'ensemble des autres soumissionnaires auraient nécessairement dû procéder comme elle l'a fait et auraient ainsi également dû être exclus) 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) Dans sa réponse au recours, l'autorité intimée soutient que le recours serait irrecevable dans la mesure où la recourante n'a pas formellement conclu à la réforme de la décision attaquée en ce sens que le marché lui était adjugé. La recourante a conclu à l'annulation tant de la décision excluant son offre de la procédure que de la décision adjugeant le marché à l'adjudicataire, avec pour suite le renvoi du dossier de la cause à l'autorité intimée afin qu'elle évalue son offre et rende une nouvelle décision d'adjudication. Il apparaît manifestement que la finalité de son recours est d'obtenir le marché, comme elle l'a expressément confirmé à l'occasion de l'audience du 9 juin 2020 (cf. let. G supra). La recourante se réfère à ce propos dans sa réplique à un arrêt MPU.2013.0027 rendu le 4 février 2014 par la cour de céans (consid. 2b) dans le cadre duquel la conclusion d'un soumissionnaire exclu tendant directement à ce que le marché lui soit adjugé a précisément été jugée irrecevable - dans la mesure où le pouvoir adjudicateur n'avait pas évalué son offre au regard des critères d'adjudication; c'est le lieu de rappeler que si l'art. 90 LPA-VD (dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} avril 2018), applicable à la présente procédure par renvoi de l'art. 99 LPA-VD, prévoit que l'autorité de recours réforme en principe la décision attaquée en cas d'admission du recours, elle peut également l'annuler (al. 1) et renvoyer la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision notamment si réformer reviendrait à statuer en opportunité en lieu et place de cette dernière (al. 2); compte tenu de la grande liberté d'appréciation dont dispose l'autorité intimée s'agissant notamment de l'évaluation des offres (cf. consid. 3d infra), une admission du recours en tant qu'il porte sur l'exclusion de l'offre de la recourante conduirait ainsi selon toute vraisemblance à un renvoi du dossier de la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision prenant en compte son offre, comme l'a expressément relevé le juge instructeur à l'occasion de l'audience du 9 juin 2020 (cf. let. G supra). L'autorité intimée elle-même a au demeurant fait valoir dans sa dernière écriture du 22 juin 2020 que la recourante n'était pas légitimée à se prévaloir de la qualité des références de l'adjudicataire et que si le recours était admis, il lui appartiendrait en tant que pouvoir adjudicateur de réévaluer les références de tous les soumissionnaires. Dans ces conditions, on ne saurait à l'évidence retenir que le recours serait irrecevable compte tenu de la teneur des conclusions du recours. bb) L'autorité intimée relève notamment qu'à supposer même que l'offre de la recourante ne soit pas exclue et doive être évaluée, elle n'arriverait qu'en sixième position, selon ses calculs; ce

faisant, elle remet en cause le fait que la recourante aurait des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours - et conteste ainsi (implicitement à tout le moins) sa qualité pour recourir (cf. consid. 1b supra). La simulation à laquelle l'autorité intimée 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. Dans sa réplique, la recourante relève en particulier que dans l'hypothèse où il serait admis qu'elle était en droit d'extrapoler les montants déterminants donnant droit à des honoraires d'ingénieur civil, comme elle le soutient, "cela signifierait que les offres formulées sur la base d'un coût de CHF 14'805'700 sont fausses"; à l'évidence, il apparaît que la simulation à laquelle a procédé l'autorité intimée n'aurait plus aucune pertinence en pareille hypothèse. 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, cette dernière ne pourrait se prévaloir d'un intérêt digne de protection à ce que ses griefs contre l'adjudication du marché soient examinés que dans la mesure où l'admission de tels griefs serait susceptible d'avoir une incidence directe sur sa situation factuelle ou juridique. En particulier, les griefs qu'elle avance à l'encontre de l'offre de l'adjudicataire ne seraient recevables en pareille hypothèse que dans la mesure où leur bien-fondé lui procurerait un avantage pratique - étant précisé d'emblée que tel ne serait pas le cas s'il en résultait que le marché devrait être adjugé à l'un ou l'autre soumissionnaire dont l'offre n'a pas été exclue. 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 si le marché litigieux tombe le dans 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). 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 dès lors 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 9 juin 2020 (cf. let. F, G et H supra). La recourante a fait valoir dans son recours qu'elle a tenu compte des montants déterminants en cause en tant que " base " du calcul de son offre. Faute d'indications précises dans le DAO, elle a toutefois " extrapolé " les montants donnant droit à des honoraires d'ingénieur civil - excluant ainsi les travaux ne donnant pas droit à tels honoraires, et estimant que tous les soumissionnaires ont nécessairement dû procéder de la sorte. Dans sa réplique, elle a encore soutenu qu'elle s'en était tenue aux données figurant dans le DAO, en référence en particulier au volume SIA d'environ 38'000 m³ annoncé; à l'occasion de l'audience du 9 juin 2020, elle a exposé les motifs pour lesquels elle n'avait pas repris tels quels les montants déterminants indiqués au ch. 1.6 DAO (d'une part parce que ces montants lui ont paru être surévalués, et d'autre part parce qu'ils prenaient en compte des prestations ne donnant pas droit à des honoraires d'ingénieur civil), et maintenu que l'ensemble des soumissionnaires avaient dû procéder à un tel " travail d'affinage " de ces montants respectivement avaient dû " retrancher " des prestations de ces montants afin de calculer leur honoraires - de sorte qu'à suivre l'autorité intimée, tout le monde aurait dû être exclu (cf. let. G supra). Dans ses observations finales par écritures des 22 juin et 3 juillet 2020, elle a encore notamment produit une estimation des coûts réalisée par un bureau d'architectes indépendant attestant de ce que le montant total de 38'000'000 fr. pour les CFC 2-4 retenu au ch. 1.6 DAO était surévalué, et évoqué un " travail d'interprétation du coût de l'ouvrage " afin de proposer une offre " réaliste en termes d'honoraires ". La recourante se plaint de ce que l'autorité intimée ne lui a pas demandé d'explications concernant son offre et considère que l'exclusion de cette dernière est à tout le moins disproportionnée respectivement contraire au principe de l'interdiction du formalisme excessif. a) Selon l'offre de la recourante, le " coût des travaux donnant droit aux honoraires de l'ingénieur civil estimés pour l'établissement de [son] offre" s'élève à un montant total de 7'561'000 fr., correspondant à un montant total de 6'515'000 fr. pour les " structures porteuses " (démolitions, travaux spéciaux, béton armé, façade préfabriquée et aménagements extérieurs) et de 1'046'000 fr. pour les " éléments non porteurs " (raccordement aux réseaux existants, terrassements et aménagements extérieurs). Il apparaît, au vu de ses explications dans le cadre de la présente procédure (notamment à l'occasion de l'audience du 9 juin 2020), que la recourante a d'une part " recalculé " les montants - à son sens surévalués - indiqués au ch. 1.6 DAO en lien avec les CFC 1 et 21, et d'autre part " retranché " des prestations comprises dans les CFC en cause pour le motif qu'elles ne donnaient aucun droit à des honoraires d'ingénieur civil (en lien notamment avec la maçonnerie non-porteuse). Cela étant, la recourante a tout au plus indiqué dans son offre qu'elle avait " effectué une approche d'après le coût de l'ouvrage, par CFC, en [se] basant sur les documents à disposition ", respectivement que le calcul de ses honoraires " se basait sur les recommandations du règlement SIA 103 édition 2014 " et avait été " effectué selon la méthode des coûts de l'ouvrage, adaptée selon une seconde approche basée sur le temps effectif, [qu'elle avait] évalué d'après les documents d'appel d'offres et [son] expérience des prix de la construction "; de telles indications ne permettent manifestement pas de comprendre les motifs pour lesquels elle s'est écartée des montants indiqués au ch.

1.6 DAO, singulièrement de déterminer si et dans quelle mesure elle a " supprimé des postes " et/ou " modifié les coûts déterminants à la baisse ", pour reprendre la formulation utilisée par l'autorité intimée dans sa réponse au recours. En d'autres termes, il convient de retenir à ce stade que la recourante d'une part n'a pas repris les estimations des CFC telles qu'indiquées 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 litige tient notamment 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 - coûts dont elle estime au demeurant qu'ils étaient surévalués; 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. aa) Le tribunal relève que le document de questions/réponses du 24 mai 2019, qui ne comprend aucune contradiction quoi qu'en aient dit les parties à l'occasion de l'audience du 9 juin 2020, oblige à constater que l'interprétation de l'autorité intimée ne prête pas le flanc à la critique. Une lecture attentive de la première question/réponse en cause laisse en effet 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. " Il s'impose ainsi 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 concernés, 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 (notamment dans son recours) que " le dossier d'appel d'offres ne comporte pas, de façon précise, les coûts donnant droit aux honoraires de l'ingénieur civil pour chacun [des] travaux " évoqués et qu'il y aurait dès lors eu lieu d' " extrapol [er] les montants donnant droit aux honoraires de l'ingénieur civil " pour chacun des CFC en cause.

Bien plutôt, il apparaît 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. bb) 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 7'561'000 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 - étant rappelé que l'autorité intimée ne pouvait savoir sur la base de cette offre si et dans quelle mesure les montants déterminants retenus par la recourante résultaient d'une modification des coûts à la baisse et/ou de la suppression de prestations. La recourante elle-même conteste dans ce cadre l'indexation de ses honoraires à laquelle a procédé l'autorité intimée dans le nouveau tableau comparatif produit à l'appui de la réponse au recours, ce qui démontre bien qu'une adaptation de son offre pour répondre aux exigences du DAO n'aurait pu être effectuée que par la recourante elle-même; cela étant et comme le relève l'autorité intimée, le principe de l'intangibilité des offres s'opposait à ce qu'elle invite la recourante à procéder à une telle adaptation de son offre. Dans ce contexte, on ne voit en outre manifestement pas que l'on puisse reprocher à l'autorité intimée de ne pas avoir demandé des explications à la recourante (cf. art. 34 al. 1 RLMP-VD), quoi que semble en penser cette dernière. 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 le caractère vraisemblable des estimations des CFC indiquées au ch. 1.6 DAO. Elle a notamment indiqué à ce propos, à l'occasion de l'audience du 9 juin 2020, que les estimations des CFC 1 et 21 ne pouvaient pas correspondre à son sens à des montants donnant droit à des honoraires d'ingénieur civil; selon son expérience, le ratio entre le montant déterminant relevant de la responsabilité de l'ingénieur civil et le coût total du projet s'élevait à environ 25 %, singulièrement se situait dans une fourchette comprise entre 20 et 30 % - alors que l'autorité intimée a évoqué un ratio se situant dans une fourchette comprise entre 30 et 40 % (cf. let. G supra). Le tribunal relève que cette différence d'appréciation entre la recourante et l'autorité intimée semble tenir (pour une grande partie à tout le moins) à ce que les parties ne s'accordent pas s'agissant des prestations attendues de l'ingénieur civil. Il apparaît ainsi, à la lecture de leurs déclarations respectives à l'occasion de l'audience, que l'autorité intimée a estimé qu'il n'était pas possible de déterminer si et dans quelle mesure la maçonnerie non-porteuse générerait des honoraires en faveur de la recourante, précisant à ce propos que la maçonnerie s'inscrivait dans le CFC 21 - ce qui n'est pas contesté - et que d'autres soumissionnaires (notamment l'adjudicataire) avaient retenu des honoraires à ce titre; la recourante a pour sa part indiqué qu' " en principe et selon l'usage ", la maçonnerie non-porteuse n'était pas traitée par l'ingénieur civil, et estimé qu'il résultait clairement de son offre que la maçonnerie non-porteuse ne générerait pas

d'honoraires (cf. let. G supra). Quant au grief selon lequel le montant de 38'000'000 fr. estimé pour les CFC 2-4 au ch. 1.6 DAO aurait lui-même été largement surévalué, le tribunal ne peut que constater que les parties ne semblent pas avoir la même vision du projet et des coûts qui en résulteront, étant rappelé que ce projet n'en est pas encore à un stade avancé - les parts respectives des éléments porteurs et non-porteurs n'étant en particulier (précisément) pas encore définies. Cela étant, il s'impose de constater que 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 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 notamment pour une part du CFC 21 consacrée à la " maçonnerie non porteuse " (qu'il a estimée à plusieurs millions de francs), tout en ne retenant dans ce cadre qu'un nombre d'heures de travail très restreint, considérablement moindre que celui annoncé pour la part consacrée aux " structures en béton armé " - ceci en faisant varier d'autres facteurs. Le tribunal ne voit dans ce contexte aucun motif de retenir que la responsabilité des soumissionnaires aurait été d'emblée exclue s'agissant de la maçonnerie non-porteuse; bien plutôt, le montant estimé pour le CFC 21 au ch. 1.6 DAO, en tant qu'il est réputé correspondre au montant donnant droit à des honoraires d'ingénieur civil comme on vient de le voir, semble constituer un indice en ce sens que des prestations étaient attendues également sur ce point - étant précisé qu'il aurait été loisible à la recourante, en cas de doute, de poser une question à ce propos. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de faire droit aux griefs de la recourante en lien avec le caractère prétendument peu vraisemblable des estimations des CFC indiquées au ch. 1.6 DAO. Si la recourante considérait que les montants estimés dans ce cadre par l'autorité intimée étaient erronés ou fortement surévalués, et cela de manière manifeste, il lui aurait au demeurant appartenu d'attirer l'attention de l'adjudicateur sur ce point, 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). La recourante ne pouvait pour le reste modifier unilatéralement les estimations des CFC retenues par l'autorité intimée, rendant ainsi impossible toute comparaison de son offre avec les offres des soumissionnaires ayant repris telles quelles ces estimations. d) La recourante soutient encore en substance que l'ensemble des soumissionnaires ont dû " retrancher " des prestations des montants déterminants estimés au ch. 1.6 DAO afin de calculer leurs honoraires et qu'à suivre le raisonnement de l'autorité intimée, ils auraient ainsi tous dû être exclus. Tel n'est toutefois pas le cas, comme le tribunal a pu s'en assurer; de nombreux soumissionnaires ont bel et bien repris les montants déterminants en cause sans retrancher aucune des prestations prévues, en faisant bien plutôt varier différents facteurs afin d'adapter leurs honoraires en conséquence - ainsi l'adjudicataire n'a-t-il en particulier proposé que des prestations très limitées pour la maçonnerie non-porteuse, comme on l'a déjà vu. 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; 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 notamment avec le fait qu'il n'a pas indiqué de référence en matière de façades préfabriquées de type sandwich), de tels griefs n'apparaissent d'emblée pas pertinents s'agissant d'autres offres de soumissionnaires qui n'ont pas été exclues - 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.