

VD_OMNI MPU.2021.0033 vom 10. März 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-03-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2021.0033

FR: VD_OMNI MPU.2021.0033 du 10 mars 2022

IT: VD_OMNI MPU.2021.0033 del 10 marzo 2022

Regeste

A. _____/Municipalité de Cudrefin, B. _____ | Marché de construction en entreprise totale d'un bâtiment en bois servant de garderie et d'UAPE. Notions et espèces de variantes; rappel qu'en droit vaudois, le soumissionnaire qui présente une variante doit parallèlement déposer une offre de base conforme à la formule de soumission, sous peine d'exclusion de la variante (consid. 3c). Les variantes doivent être distinguées des "propositions d'optimisation du cahier des charges" qui peuvent être prises en considération par l'adjudicateur, selon le Guide romand, seulement au stade des pourparlers précontractuels, et non pas déjà lors de l'évaluation des offres et de l'adjudication (consid. 4a/cc).

Erwägungen

E. 1

a) L'art. 75 let. a de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36) subordonne la qualité pour recourir à la condition que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit annulée ou modifiée. Selon la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en lien avec l'art. 89 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110) – étant rappelé que la qualité pour recourir doit être admise en procédure cantonale de manière au moins aussi large que devant le Tribunal fédéral (art. 111 al. 1 LTF) –, le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt digne de protection lorsqu'il a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1; TF 2D_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1). b) En l'occurrence, l'offre de la recourante a été classée, au terme de l'évaluation des offres, au deuxième rang, avec un écart de 25,40 points. A cet égard, la jurisprudence a retenu l'intérêt digne de protection du soumissionnaire évincé lorsque celui-ci a été classé au deuxième rang derrière l'adjudicataire et qu'il aurait, en cas d'admission de son recours, disposé d'une réelle chance d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1 p. 27; TF 2D_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1; 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.4.1). Il convient par conséquent d'admettre que la recourante est légitimée à recourir. c) Pour le surplus, le recours a été déposé dans les délais et forme prescrits par les art. 10 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics [LMP-VD; BLV 726.01] et 79 LPA-VD. Il convient donc d'entrer en matière.

E. 2

a) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du Tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. Le Tribunal contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 141 II 353 consid. 3 p. 363; 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêt MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 3b). De même, il vérifie librement si les conditions prévues par la loi pour le prononcé d'une exclusion sont remplies; il respecte toutefois le pouvoir d'appréciation laissé au pouvoir adjudicateur par les dispositions

régissant l'exclusion (arrêt MPU.2020.0002 du 31 juillet 2020 consid. 2). b) En revanche, lorsque le droit matériel laisse une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, ce qui est en particulier le cas dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres (cf. ATF 141 II 353 consid. 3 p. 362), le juge doit veiller à ne pas s'immiscer de façon indue dans la liberté de décision de l'autorité chargée de l'adjudication. Il ne lui appartient donc pas de substituer sa propre appréciation à celle de l'adjudicateur dans l'attribution d'un marché public (cf. ATF 143 II 120 consid. 7.2 p. 134 et les arrêts cités; v. ég. TF 2D_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 5.1), à défaut de quoi l'autorité judiciaire juge en opportunité, ce qui est interdit, tant par l'art. 16 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (AIMP; BLV 726.91) que par l'art. 98 LPA-VD (cf. ATF 141 II 14 consid.

E. 2.3

in fine; 140 I 285 consid. 4.1). L'autorité judiciaire ne peut ainsi intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur, ce qui en pratique peut s'assimiler à un contrôle restreint à l'arbitraire (ATF 141 II 353 consid. 3 p. 363 et les références citées). La notation est arbitraire lorsqu'elle repose sur des considérations dénuées de toute pertinence ou d'une autre manière manifestement insoutenable (ATF 141 III 564 consid. 4.1 p. 566; 125 II 86 consid. 6 p. 98s. avec renvoi à ATF 121 I 225 consid. 4b p. 230). c) En droit des marchés publics, s'agissant des critères d'aptitude, dont la non-réalisation est sanctionnée par l'exclusion, c'est l'état de fait tel qu'il se présente au moment de la décision d'adjudication qui est déterminant et non celui qui prévaut lors du jugement sur un éventuel recours (ATF 143 I 177 consid. 2.5 p. 184 s.).

E. 3

a) En plus des indications énoncées à l'article 13, les documents d'appel d'offres contiennent, notamment, les conditions particulières relatives aux variantes, aux offres partielles et à la formation de lots (art. 15 al. 1 let. b RLMP-VD). Le pouvoir adjudicateur est libre de définir les prestations à acquérir et de configurer le marché comme il l'entend en fonction de ses besoins (arrêt TF 2C_1110/2014 du 17 mars 2015 consid. 5.3; arrêts MPU.2017.0007 du 9 août 2017 consid. 2b et MPU.2016.0018 du 23 décembre 2016 consid. 2b). L'objet du marché et les différentes prestations attendues doivent être détaillées de manière claire et précise dans l'appel d'offres et les documents d'appels d'offres, afin de respecter le principe de transparence (Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, pp. 176 s.). Ce principe impose au pouvoir adjudicateur de fournir toute information utile aux fournisseurs potentiels, afin que ceux-ci puissent présenter leurs offres en connaissance de cause (Poltier, op. cit. p. 161). L'appel d'offres et le contenu des documents d'appel d'offres sont des éléments déterminants de la procédure en ce qu'ils concrétisent et détaillent le marché en cause au moyen notamment de spécifications techniques (Poltier, op. cit., p. 176 s.; Alexis Leuthold, Angebotsänderungen im laufenden Vergabeverfahren – Praxisnaher Kompromiss statt rigider Formstrenge, in : DC 3/2009 p. 110). Une fois l'appel d'offres lancé, le pouvoir adjudicateur se trouve lié par le contenu des documents qu'il a lui-même élaborés et il n'est ainsi pas libre de les modifier comme il l'entend après leur publication. C'est ce qu'instaure le "principe de stabilité de l'appel d'offres", en vertu duquel une modification de l'appel d'offres ou du dossier d'appel d'offres ne devrait plus être admissible postérieurement au dépôt, respectivement à l'ouverture des offres, au risque de porter atteinte aux principes de transparence, d'égalité de traitement des soumissionnaires et d'interdiction des négociations (arrêts TF 2P.97/2005 du 28 juin 2006 consid. 4.4 et TF

2P.151/1999 du 30 mai 2000 consid. 4c; arrêts MPU.2016.0019 du 14 décembre 2016 consid. 3; MPU. 2015.0001 du 18 juin 2015 consid. 4a; v. ég. Hansjorg Seiler, *Zwei Jahrzehnte Vergaberechtsprechung – Wurden die Ziele erreicht?*, in : *Marchés Publics* 2018, n. 66s.; Leuthold, op. cit., p. 110). Une modification des paramètres de l'appel d'offres doit en tout état de cause être objectivement fondée afin d'éviter que la procédure ne puisse être manipulée à l'avantage ou au détriment d'un soumissionnaire. Une telle modification ne sera par exemple pas admissible si elle a pour but de pallier la non-conformité d'une offre avec les exigences fixées dans l'appel d'offres (Leuthold, op. cit., pp. 111s.; voir ég. Seiler, op. cit., n. 73). Les conditions des documents d'appel d'offres s'imposent également aux soumissionnaires, qui doivent les respecter sous peine d'exclusion (arrêts MPU.2016.0019 du 14 décembre 2016 consid. 3 et MPU.2015.0001 du 18 juin 2015 consid. 4a; Leuthold, op. cit., p. 110; Jean-Michel Brahier, *Offre et contrat: vérification, épuration, rectification et négociation*, in : *Marchés Publics* 2018, n. 29). De manière générale, il y a lieu d'admettre que les spécifications techniques sont contraignantes et s'imposent aux soumissionnaires. Les documents d'appel d'offres peuvent cependant prévoir que tel n'est pas le cas (Martin Beyeler, "Musskriterien": *Muss ich – oder doch nicht?*, DC 2020 191 ss [cité: Beyeler, *Musskriterien*], p. 193, 1/b). b) L'exclusion est régie par l'art. 32 du règlement d'application de la LMP-VD, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; BLV 726.01.1) qui énumère les motifs pour lesquels une offre "peut être exclue", en distinguant entre ceux qui tiennent à la personne du soumissionnaire (1er tiret) et ceux qui ont trait à l'offre (2e tiret). Aux termes de l'art. 32 2 e tiret let. a RLMP-VD, une offre peut être exclue lorsqu'elle n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, incomplètement remplie ou ayant subi des adjonctions ou modifications (1 ère phr.); le soumissionnaire, qui a déposé une variante, doit, à côté de celle-ci, remettre une offre correspondant à la formule de soumission (2 e phr.). De manière générale, le motif d'exclusion doit revêtir une certaine gravité ("ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen" ; cf. ATF 145 II 249 consid. 3.3 p. 250; 143 I 177 consid. 2.3.1 p. 182). Tel est le cas, lorsque l'égalité de traitement avec les autres offres ne serait pas assurée si l'offre viciée en question restait en lice (ATF 143 I 177 consid. 2.3.1 p. 182). La doctrine distingue trois catégories de vices: les vices graves, qui conduisent nécessairement à l'exclusion, les vices de peu d'importance, où l'exclusion est exclue sous l'angle de la proportionnalité et de l'interdiction du formalisme excessif, et la catégorie intermédiaire des vices de gravité moyenne, où l'adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation ("Ermessensausschluss"; Christoph Jäger, *Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz*, *Marchés publics* 2014 p. 325 ss, 347 s.; concernant le pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur en lien avec l'exclusion, voir aussi Poltier, op. cit., n. 299). Ce pouvoir d'appréciation ressort du reste de la formulation potestative de certaines dispositions légales telles que l'art. 32 RLMP-VD. Certains auteurs critiquent ce pouvoir d'appréciation, qui serait contestable sous l'angle de l'égalité de traitement des soumissionnaires. En effet, si l'adjudicateur renonce à exclure, sa décision peut difficilement être contestée, dans la mesure où il peut se retrancher derrière son pouvoir d'appréciation. Si au contraire l'exclusion d'un soumissionnaire est prononcée, celui-ci, du fait de son droit d'accès au dossier généralement limité, ne peut guère vérifier que l'adjudicateur ait appliqué le motif d'exclusion de manière égale à ses concurrents; il appartient alors à l'autorité de recours de procéder à cet examen. Dans ces conditions, les auteurs en question appellent de leurs vœux une définition restrictive de la catégorie intermédiaire (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3 e éd., Zurich 2013, n. 453 s.; Jäger, op. cit., p. 348 s.).

Le Tribunal fédéral a pour sa part considéré que l'exclusion est disproportionnée ou formaliste à l'excès, si la non-conformité aux exigences de l'appel d'offres est de peu d'importance ("geringfügig", soit "anodine" [ATF 145 II 249 consid. 3.3 p. 250]) et insignifiante du point de vue du rapport entre le prix et la prestation. En présence de tels vices, l'offre peut d'ailleurs subir certaines modifications après le dépôt des offres; l'adjudicateur peut ainsi, sans arbitraire, admettre que des éléments de preuve portant sur des aspects de détail soient apportés ultérieurement, jusqu'au moment de l'adjudication (ATF 143 I 177 consid. 2.3.1 p. 182 et consid. 2.5.2 p. 185 avec renvoi not. à l'arrêt 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 3.3; arrêt 2C_698/2019 du 24 avril 2020 consid. 4.2). S'agissant en particulier du motif d'exclusion de la non-conformité de l'offre aux prescriptions techniques fixées dans l'appel d'offres, Beyeler considère qu'une offre non conforme doit en principe être exclue. Outre qu'elle ne correspond pas à la volonté manifestée par l'adjudicateur, une telle offre empêche la comparaison des offres entre elles et ce d'autant plus que sa non-conformité à l'appel d'offres est importante. Cela vaut notamment dans le cas où un soumissionnaire offre autre chose que ce qui était attendu (Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich/Bâle/Genève 2012 [cité: Beyeler, *Geltungsanspruch*], p. 1025 s.). Beyeler distingue plusieurs catégories d'"écarts" ("Abweichungen") par rapport à l'appel d'offres. Ainsi, les écarts minimes ne justifient pas l'exclusion, qui serait formaliste à l'excès. Cela vaut en tout cas pour les écarts qui ne jouent pas de rôle du point de vue de la concurrence (Beyeler, *Geltungsanspruch*, op. cit., n. 1969). Un écart peut être qualifié de minime lorsqu'il n'a manifestement pas eu, en fait, de conséquences significatives (Beyeler, *Musskriterien*, p. 195, 4b/cc). En présence d'un écart qui, sans être minime, n'est pas non plus très important (écart de gravité moyenne), l'adjudicateur peut décider (il dispose d'un pouvoir d'appréciation à cet égard) de conserver l'offre dans la procédure. Il faut pour cela non seulement que l'adjudicateur soit disposé à accepter l'offre qui présente cette divergence, mais aussi que l'écart en question n'ait pas d'influence déterminante sur la concurrence. Le fait qu'une offre s'écarte des documents d'appel d'offres, même dans une mesure qui peut sembler réduite, procure le plus souvent un avantage concurrentiel au soumissionnaire (à la différence des cas où celui-ci a violé des règles formelles). Par conséquent, pour des motifs tenant à la transparence et à l'égalité de traitement, l'adjudicateur ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation, mais est tenu d'exclure l'offre, lorsque l'écart de celle-ci par rapport au cahier des charges a une portée sur la concurrence. Tel est le cas lorsque l'auteur de cette offre n'aurait pas obtenu l'adjudication, si l'offre avait été conforme sur le point en question. Si, au contraire, l'offre aurait été considérée comme la plus avantageuse économiquement même sans la divergence (qui n'est pas dans une relation de causalité avec l'adjudication), l'adjudicateur peut la prendre en considération en renonçant à l'exclure. Il n'y a pas non plus d'influence sur la concurrence, lorsque – ce qui est exceptionnel – l'écart de l'offre par rapport au cahier des charges est appréhendé par les critères d'adjudication, de sorte que son auteur ne bénéficie pas d'un avantage concurrentiel (Beyeler, *Geltungsanspruch*, op. cit., n. 1971). L'exclusion s'impose dans les autres cas. Il en va ainsi en présence d'un écart de gravité moyenne que l'adjudicateur n'est pas disposé à accepter ou qui influe sur la concurrence, ainsi qu'en présence d'un écart important (Beyeler, *Geltungsanspruch*, op. cit., n. 1973). c) A moins que cette faculté n'ait été exclue ou restreinte dans l'appel d'offres, le soumissionnaire est libre de présenter une variante en plus de l'offre de base (arrêt MPU.2012.0016 du 6 décembre 2012 consid. 5a et les références citées). L'art. 32 2e tiret let. a RLPMP-VD rappelle que le soumissionnaire qui a déposé une variante doit, à côté de celle-ci, remettre une offre de base

correspondant à la formule de soumission. La violation de cette règle entraîne l'exclusion de la variante (cf. arrêts GE.2006.0084 du 6 septembre 2006 consid. 2c/cc; MPU.2018.0005 du 19 septembre 2018 consid. 4c/aa avec renvoi à MPU.2014.0024 du 12 mars 2015 consid 2c). On entend par variante une offre qui permet d'atteindre le but du marché d'une manière différente de celle prévue par l'adjudicateur (art. 33 al. 2 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics [LMP; RS 172.056.1]; Poltier, op. cit., p. 179). Parmi les variantes, on distingue les variantes de projet et celles d'exécution. Une variante de projet (ou de conception) propose un projet totalement ou partiellement différent de celui qui est mis en soumission; une variante d'exécution respecte le projet décrit par les documents de soumission, mais diffère quant à la méthode de réalisation (Jean-Baptiste Zufferey/Manuel Jaquier, *Les variantes et leur évaluation: état de la jurisprudence*, DC 2013 p. 181; voir aussi Poltier, op. cit., p. 221 nbp 216). Le pouvoir adjudicateur peut soit imposer des variantes prédéfinies, soit interdire les variantes, soit les restreindre – en particulier en imposant aux soumissionnaires des contraintes sous la forme d'exigences minimales à respecter impérativement – soit n'émettre aucune réserve en laissant les soumissionnaires totalement libres. Le soumissionnaire est en principe libre de s'écarter dans une variante des conditions techniques, systèmes de construction ou procédés de fabrication figurant dans le cahier des charges, mais sous deux réserves importantes. D'une part, l'adéquation de la variante par rapport à l'objet du marché impose que la variante respecte les éventuelles conditions minimales impératives fixées dans le cahier des charges. D'autre part, les caractéristiques techniques de la variante doivent être fonctionnellement équivalentes aux spécifications techniques exigées de l'offre de base, eu égard au but assigné à l'objet du marché. L'adéquation des variantes par rapport à l'objet du marché doit être vérifiée dans le cadre de l'épuration des offres. Une variante libre (c'est-à-dire due à la seule initiative du soumissionnaire, alors que le pouvoir adjudicateur n'a rien prévu quant aux variantes, qu'il n'a ni autorisées, ni prohibées) qui, du fait de ses caractéristiques techniques, ne remplit pas l'une des deux conditions susmentionnées doit être écartée comme irrégulière (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 22 janvier 2001, JAAC 2001 p. 825 consid. 3a; cf. ég. arrêts MPU.2018.0028 du 1^{er} avril 2019 consid. 4b; MPU.2012.0016 du 6 décembre 2012 consid. 5a; MPU.2012.0013 du 27 septembre 2012 consid. 5a; voir aussi Beyeler, *Geltungsanspruch* op. cit., p. 1029 ss). Le pouvoir adjudicateur dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer si une variante correspond ou non aux exigences minimales de la soumission (DC 2003, p. 145-150, S27 note). L'appréciation du respect de la condition d'équivalence dépend essentiellement des circonstances du cas d'espèce. Le fardeau de la preuve de l'équivalence de la variante avec les spécifications techniques de l'offre de base repose sur le soumissionnaire auteur de la variante (JAAC 2001 p. 825 consid. 3a; voir ég. arrêts MPU.2018.0028 du 1^{er} avril 2019 consid. 4b; MPU.2012.0016 du 6 décembre 2012 consid. 5c). d) Les conditions de l'appel d'offres doivent être interprétées selon les règles de la bonne foi. La grande liberté d'appréciation de l'adjudicateur évoquée ci-dessus concerne aussi 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; MPU.2020.0003 du 24 juillet 2020 consid. 3d; MPU.2019.0026 du 4 mai 2020 consid. 7b; voir aussi Barbara & chslin/Thomas Locher, in: Hans Rudolf Trüb [édit.], *Handkommentar zum Schweizerischen*

Beschaffungsrecht, Zurich 2020, n. 12 ad art. 30 LMP, réf. citées). La volonté subjective du pouvoir adjudicateur n'est pas déterminante. Lorsque plusieurs interprétations sont possibles, l'autorité judiciaire de recours n'a pas à choisir celle qui lui paraît la plus adéquate; elle doit se borner à définir les limites de ce qui est juridiquement admissible (TF 2C_698/2019 du 24 avril 2020 consid. 4.3). La Cour de céans a jugé qu'en présence d'une contradiction entre l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres, il fallait accorder la priorité à l'appel d'offres, qui revêt une importance cardinale en matière de marchés publics (arrêt MPU.2018.0028 du 1 er avril 2019 consid. 4d).

E. 4

En l'occurrence, la recourante soutient que l'offre de l'adjudicataire aurait dû être exclue, notamment parce qu'elle n'est pas conforme aux exigences du DAO s'agissant des fondations. La question des pieux a été abordée en audience. Dans ses dernières écritures, la recourante fait valoir que l'adjudicataire a offert un système différent (structure à inclusions rigides) de celui prévu dans les documents d'appel d'offres. Notamment par souci d'égalité de traitement, il convient de voir aussi ce que la recourante a elle-même offert s'agissant des fondations. a) aa) Au chiffre 6 (descriptif de la construction par CFC), le descriptif général des travaux contenait une rubrique 17 (travaux spéciaux de génie civil), dont le ch. 171 (pieux) avait la teneur suivante: «Pieux Selon cahier des charges de l'ingénieur civil (en annexe) Pieux de fondation en béton armé, conception selon proposition ET sur la base du rapport géotechnique remis en annexe». Le cahier des charges de l'ingénieur civil (D._____) précise ce qui suit au CFC 171 (p. 10 s.): « Le bâtiment est fondé sur pieux. Des pieux forés-tubés sont prévus. Ils sont disposés sous les trois longrines d'appui circulaires. Le calcul de dimensionnement des fondations profondes sont de la responsabilité de l'entreprise totale. Béton : Sorte P1 Les variantes d'entreprise répondant pleinement aux critères techniques et à la nature du sol sont admises. Les pieux à refoulement présentent notamment un bon comportement dans le sol de la parcelle. Dans ce cas, l'entreprise établira avec son offre un descriptif de la variante présentant les avantages et inconvénients, ainsi qu'un comparatif financier entre la solution de base et la variante proposée ». Dans l'annexe R13, sous la rubrique «2. Structure porteuse/Construction bois», il était demandé: "L'ET fournira avec son offre une analyse technique du système de pieux choisi, en décrivant les avantages, le processus de construction, le type de foreuse et une analyse des risques." bb) Comme on l'a vu (cf. partie "Faits", let. A), selon l'appel d'offres publié dans la Feuille des avis officiels, les variantes n'étaient pas admises. Le DAO contenait ce qui suit au sujet des variantes (ch. 3.16): «Les variantes ne sont pas admises et ne seront donc pas prises en considération pour l'évaluation multicritères et lors de la décision d'adjudication. Toutefois, si un soumissionnaire a néanmoins déposé des propositions d'optimisation du cahier des charges, des suggestions de modification de la liste des matériaux ou des équipements, ou une variante d'exécution, l'adjudicateur peut en tenir compte lors des discussions contractuelles si ce soumissionnaire est adjudicataire du marché.» Il y avait ainsi une contradiction entre, d'une part, l'appel d'offres et le DAO, qui excluaient les variantes (le DAO réservant toutefois la prise en considération des "propositions d'optimisation" au stade des pourparlers précontractuels), et, d'autre part, le cahier des charges de l'ingénieur civil, qui les admettait à condition qu'elles "répondent pleinement aux critères techniques" (ces critères techniques équivalant apparemment aux règles de l'art). Quoi qu'il en soit, l'admissibilité des variantes s'agissant des fondations ne saurait reposer sur les indications données par le mandataire du maître de l'ouvrage en réponse à la question 4 (en substance, ce mandataire a répondu qu'il était loisible aux

soumissionnaires de proposer une "optimisation", à condition qu'elle soit équivalente à la solution de base [voir partie "Faits", let. C ci-dessus]). Ces indications ont en effet été données en lien avec une question qui concernait les éléments de bois CLT. Elles n'ont pas de portée générale et ne sauraient donc être invoquées en relation avec les fondations. La question de savoir si les variantes étaient admises ou non pour les fondations n'a pas à être tranchée définitivement, comme on va le voir. cc) Aussi bien l'adjudicataire que la recourante ont indiqué dans leur offre avoir "optimisé" le concept prévu dans le DAO. Ce faisant, ils ont peut-être interprété le ch. 3.16 du DAO (reproduit ci-dessus) en ce sens que si les variantes sont exclues, les "propositions d'optimisation du cahier des charges", les "suggestions de modification de la liste des matériaux ou des équipements" et les "variantes d'exécution" sont en revanche admises. Or, interprété selon les règles de la bonne foi, le passage en question (qui est repris du Guide romand pour les marchés publics, rubrique K. 2 [Dossier d'appel d'offres avec choix multiples], ch. 3.16) ne signifie pas que les propositions du soumissionnaire sont admises – nonobstant l'exclusion des variantes – en ce sens qu'elles sont prises en considération lors de l'évaluation des offres et de l'adjudication, mais seulement que l'adjudicateur se réserve d'en tenir compte au stade ultérieur des pourparlers précontractuels. Cette réserve est utile, parce qu'il s'agit d'une idée du soumissionnaire, dont l'utilisation par un tiers (l'adjudicateur) ne va pas de soi. Au stade des discussions précontractuelles, l'adjudicataire reste seul en lice, de sorte que la question de savoir si cette idée peut être communiquée aux autres soumissionnaires (sur ce problème, voir Beyeler, Geltungsanspruch, op. cit., p. 1036 s., nbp 1874) ne se pose pas. En outre, les négociations sont admissibles après l'adjudication, contrairement au régime qui prévaut avant celle-ci (Poltier, op. cit., n. 357). Il faut donc retenir qu'en l'occurrence les "propositions d'optimisation" ne pouvaient être prises en compte au stade de l'évaluation et de l'adjudication, mais seulement lors des pourparlers précontractuels entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire. b) Dans son offre, l'adjudicataire a indiqué ce qui suit (document intitulé "Annexe R13.2 – Structure porteuse – construction bois", sous ch. 3.1 "Fondations"): "[...] La qualité des sols est mauvaise selon le rapport géotechnique. Le projet développé dans les phases précédentes prévoit la réalisation de pieux forés tubés ou à refoulement. Ce concept a le désavantage de devoir reprendre des charges linéaires sur des points ponctuels (pieux). La reprise des charges doit être faite par la réalisation de longrine. Nous avons optimisé le concept et nous proposons dans notre offre une solution avec un renforcement du sol par des inclusions rigides. [...] La technique des inclusions rigides consiste à améliorer le sol de manière globale par la mise en place d'un réseau d'inclusions verticales semi-rigides faites de béton. A la différence de pieux devant supporter la totalité de l'ouvrage, ce type de renforcement de sol vise à réduire le tassement total et différentiel en soulageant le sol d'une partie des charges. De plus, les inclusions ne sont pas liaisonnées avec la structure et permettent ainsi de simplifier les travaux. Les inclusions sont exécutées par une foreuse de 50-70 tonnes équipée avec une tarière à refoulement de sol. La pénétration de la tarière entraîne un serrage latéral du sol par refoulement sans vibration ni remontée de matériaux le long du forage. L'injection se fait à faible pression (de l'ordre de 1 bar) qui permet de ne pas déstructurer le sol ni créer de dommages alentours. Les diamètres utilisés sont généralement compris entre 250 et 450 mm. [...] Au niveau environnemental, cette solution a l'avantage de ne pas extraire de matériaux, étant donné que les inclusions sont faites par refoulement. Nous économisons ainsi une trentaine de camions 40 tonnes à travers la localité." Dans son analyse des offres, le bureau D._____ s'est demandé pourquoi l'adjudicataire n'avait pas communiqué d'offre de base avec des pieux forés tubés

(cf. indication en rouge sur le tableau synoptique: "Pourquoi la variante de base 'pieux forés-tubés' n'est-elle pas communiquée?"). Le bureau C._____ a interpellé une première fois, le 27 août 2021, l'adjudicataire au sujet des pieux, en lui demandant ce qui suit: "Veuillez préciser le système de pieux prévu dans votre offre par rapport aux pieux forés-tubés du descriptif. La proposition pour les pieux n'est pas reprise sur les détails de l'annexe R13". L'adjudicataire a répondu comme suit (réponse reproduite telle quelle, toutefois sans les illustrations montrant la pose d'inclusions rigides): "Le système choisi est dans les faits similaire aux pieux forés/tubés. Il s'agit plus précisément d'une multitude de pieux en béton non armé d'un diamètre de 30cm. Contrairement aux pieux forés qui reprennent les charges ponctuellement par effet de pointe et par frottement latéral, les inclusions rigides améliore le sol en place sur l'ensemble de la surface du bâtiment par frottement des terres uniquement. Ce système vise à réduire le tassement total et différentiel en répartissant uniformément les charges sur le sol. Les pieux pour les inclusions sont « forés » par refoulement des terres, ce qui signifie qu'il n'y a pas d'excavation, et sont bétonnés directement lors de l'extraction du tubage. Ce système est donc plus efficace étant donné que les travaux de construction peuvent commencer immédiatement après l'amélioration du sol, sans déstructurer ni créer des dommages à la plateforme ainsi qu'aux alentours. Avec cette méthode nous optimisons également le planning des travaux, l'ensemble des inclusions est réalisé en une à deux semaines conformément à notre planning intentionnel des travaux remis en annexe à l'offre. D'un point de vue environnementale c'est également un atout non négligeable, comme il n'y a pas d'excavation et d'évacuation des terres, le projet économise environ 7 to d'émission de CO2. Cette proposition est détaillé dans les différents documents qui font partie de l'annexe R13, plus précisément dans les documents « R13.1 — Développement de détails constructifs » et sur « R13.2 — Structure porteuse — construction bois». Par courriel du 2 septembre 2021, le bureau d'architectes a de nouveau abordé la question des pieux, en exposant notamment que " des inclusions rigides ne sont en aucun cas comparables à des systèmes de pieux à refoulement, puisque les inclusions rigides ne sont pas des pieux au sens géotechnique des nomenclatures SIA et Eurocode" et en demandant à l'adjudicataire de lui "confirmer [qu'il est] en mesure de proposer dans [son] offre la solution de base, soit des pieux à refoulement" (cf. partie "Faits", let. D). Dans sa réponse, l'adjudicataire a confirmé être en mesure de "garantir l'exécution avec des pieux à refoulement au prix déposé dans [son] offre". C'est sur cette base que l'offre de l'adjudicataire a été évaluée et a obtenu l'adjudication. Pourtant, à ce stade de la procédure, qui était celui de l'épuration (ou clarification) des offres, les offres ne pouvaient plus être modifiées matériellement, sauf à violer les principes d'intangibilité des offres et d'égalité de traitement des soumissionnaires (cf. TF 2D_33/2019 du 25 mars 2020 consid. 3.3-3.5; 2D_34/2010 du 23 février 2011 consid. 2.4; MPU.2020.0003 du 24 juillet 2020 consid. 4b; Poltier, op. cit., p. 197; Jean-Michel Brahier, Offre et contrat: vérification, épuration, rectification et négociation, Marchés publics 2018 p. 271 ss, 292). Il est vrai que la distinction entre ce qui relève de la clarification des offres (admissible) et ce qui ressortit à la modification des offres contraire au principe de l'intangibilité peut se révéler délicate (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 p. 374). En suscitant un complément de l'offre, l'autorité intimée est allée au-delà de ce que permet la clarification. En procédant de la sorte et en évaluant l'offre de l'adjudicataire sur la base du complément apporté par courriel du 6 septembre 2021, l'autorité intimée a violé les principes précités d'intangibilité des offres et d'égalité de traitement des soumissionnaires. Elle devait s'en tenir au contenu de l'offre déposée par l'adjudicataire le 17 août 2021, qui prévoyait des inclusions rigides. Peu

importe à cet égard que les variantes aient été éventuellement admises – s'agissant des fondations – sur la base du cahier des charges de l'ingénieur civil. En effet, à supposer que l'"optimisation" sous la forme d'inclusions rigides constitue une variante admissible, l'adjudicataire n'en devait pas moins déposer une offre de base conforme au cahier des charges (cf. consid. 3c ci-dessus). Constatant qu'une telle offre de base faisait défaut, l'autorité intimée ne pouvait pas, toujours au regard des principes d'intangibilité des offres et d'égalité de traitement des soumissionnaires, donner la possibilité à l'adjudicataire d'y suppléer au stade de la clarification des offres. Dans ces conditions, il convient d'annuler la décision attaquée et de renvoyer la cause à l'autorité intimée pour qu'elle procède à une nouvelle évaluation des offres, en prenant en considération l'offre de l'adjudicataire telle qu'elle a été déposée, soit avec le (seul) système de fondations par inclusions rigides, et statue à nouveau. La question de savoir si, comme le prétend la recourante, l'"optimisation" des fondations sous la forme d'inclusions rigides constitue une divergence qui doit conduire à l'exclusion de l'adjudicataire, n'a pas à être tranchée en l'état du dossier. S'agissant d'une divergence qui n'est en tout cas pas minime, mais plutôt moyenne, l'autorité intimée dispose en effet d'un pouvoir d'appréciation à cet égard, qu'elle n'a pas exercé jusqu'à présent, du moment qu'elle a évalué l'offre en tenant compte du complément apporté par courriel du 6 septembre 2021 (réalisation avec des pieux). Il appartiendra à l'autorité intimée, avant de procéder à une nouvelle évaluation des offres, d'apprécier si, au vu des critères précités (cf. consid. 3b ci-dessus), l'offre de l'adjudicataire peut être maintenue en lice nonobstant la divergence en question ou si elle doit être exclue. c) Pour sa part, la recourante a "optimisé" dans son offre le système de fondation radier/pieux de la manière suivante (document intitulé "Aspects statiques et constructifs Annexe R13", sous ch. 2.1.1): "- Suppression de la longrine centrale - Augmentation de l'épaisseur du radier à 30 cm afin de garantir les déformations à long terme à L/500 - Optimisation du nombre et des longueurs des pieux" Cette optimisation permettait selon la recourante de simplifier le passage des conduites sous le radier, une meilleure répartition des pieux et une simplification des travaux de coffrage. La recourante a retenu "un système de pieux à refoulement diamètre 400mm et de longueur variant entre 14 m et 20 m selon les charges" (document précité, ch. 2.1.2). Dans son analyse des offres, le bureau D._____ s'est demandé combien de pieux la recourante avait pris en compte dans son offre (cf. indication en rouge sur le tableau synoptique: "Combien de pieux avez-vous considéré dans votre offre?"). Le 27 août 2021, le bureau C._____ a posé la question à la recourante. Par courriel du 30 août 2021, celle-ci a répondu en confirmant avoir optimisé le système de fondation radier/pieux comme indiqué ci-dessus. Elle prévoyait de réaliser un système de fondation comprenant 43 pieux d'une longueur de 17m environ. Les démarches de l'autorité intimée sont ici restées dans les limites de la clarification des offres et c'est bien l'offre telle qu'elle a été déposée qui a été évaluée.

E. 5

Les parties ont soulevé d'autres griefs tendant à l'exclusion de leur concurrent. Il convient d'examiner ces griefs, afin de déterminer si les soumissionnaires concernés peuvent participer à la suite de la procédure. a) La recourante soutient que l'adjudicataire aurait dû être exclu pour un autre motif, qui a trait à la structure porteuse verticale du bâtiment. Elle fait valoir que, selon le DAO, cette structure devait être en sapin/épicéa BLC (soit bois lamellé-collé), alors que l'adjudicataire a offert des murs en CLT ("cross laminated timber", soit bois lamellé croisé). aa) A teneur du descriptif général des travaux (ch. 6, descriptif de la construction par CFC, ch. 214): "[...] Structure porteuse verticale en sapin/épicéa

BLC: Murs, poteaux et sommiers en sapin/épicéa lamellé-collé, partiellement apparents selon plans et détails de principe. Le sens de collage des lamelles est obligatoire selon indications du cahier des charges de l'ingénieur civil. Cintrage des éléments selon plans. Murs de refend en ossature bois avec panneaux Kerto 2 faces Traitement de surface des faces apparentes intérieures voir CFC 285 Structure porteuse horizontale (dalle de toiture) en sapin/épicéa CLT : Dalle en sapin/épicéa CLT, partiellement apparente selon plans et détails de principe. Le calepinage des dalles et le sens des planches collées sont obligatoires selon les indications du cahier des charges de l'ingénieur civil. Traitement de surface des faces apparentes extérieures voir CFC 227 Façon de tête de dalle côté cour, planche sapin/épicéa cintrée avec goutte pendante, selon détail de principe. [...]. Le cahier des charges de l'ingénieur civil contient notamment les indications suivantes en lien avec le CFC 214.2 (p. 16): "Charpente bois, structure [...] Réalisation d'une structure porteuse en bois massif et lamellé-collé comprenant : Éléments constituant les porteurs de la façade extérieure, Éléments constituant les porteurs intérieurs, Dalle pleine CLT sur rez, [...] Exigences esthétiques De nombreux éléments porteurs en bois sont visibles et sont donc soumis à une exigence esthétique importante. L'entreprise totale devra assurer : Ponçage, fraisage et rabotage des éléments courbes selon le projet d'architecte. Réalisation des éléments collés courbes selon le projet d'architecte. Respect du sens des fibres des parties visibles selon le projet d'architecte. [...]". Il ressort des indications données lors de l'audience que la principale différence entre le bois lamellé croisé et le bois lamellé collé est le sens des lamelles; alors que dans le bois lamellé collé, toutes les lamelles de toutes les couches sont parallèles, dans le bois lamellé croisé, les lamelles des couches adjacentes sont transversales. bb) Dans son offre, l'adjudicataire a annoncé des murs en CLT, la forme courbe étant donnée par un cintrage lors du collage de l'élément (cf. document intitulé "Annexe R13.2 – Structure porteuse – construction bois", sous ch. 3.5 "Charpente bois – façade et toiture"). A la question du bureau C._____ de savoir "Quelle est l'orientation des planches visibles dans les murs CLT cintrés?", l'adjudicataire a répondu par courriel du 31 août 2021 que "Les planches visibles dans les murs CLT cintrés sont dans le sens des fibres, donc dans le sens vertical". En audience, le représentant de l'adjudicataire a toutefois indiqué que cette réponse émanait d'un architecte en charge de la calculation, qui n'était pas spécialiste du bois. Il est finalement ressorti des explications du représentant de l'adjudicataire que celui-ci avait offert des éléments BLC, cintrés dans une presse à CLT. La solution proposée dans son offre correspondrait bel et bien à un pilier en BLC et l'utilisation d'une presse à CLT pour le mettre en forme permettrait une économie de matière qui va dans le sens d'une construction écologique. cc) Pour sa part, la recourante a également proposé dans son offre des "murs centraux en CLT", la forme courbe étant donnée par usinage à l'aide d'une machine à commande numérique (cf. document intitulé "Qualité et adéquation des solutions techniques proposées pour l'exécution du marché Constructions Bois", p. 4). Dans sa réplique, la recourante a toutefois indiqué que son sous-traitant avait commis une erreur de plume en écrivant «CLT» au lieu de «BLC». La recourante a fait valoir qu'une photographie d'un élément "BLC" figurait sur la même page, de sorte que l'erreur était selon elle aisément décelable. dd) Pour l'autorité intimée, tant la recourante que l'adjudicataire ont respecté le cahier des charges sur ce point. En audience, l'autorité intimée a constaté que la recourante avait rectifié le terme utilisé dans son offre et que l'adjudicataire avait proposé une solution équivalant au BLC. Elle a ajouté que pour les deux entreprises, le résultat qui en découle, soit une paroi porteuse en bois avec les lames collées apparentes et d'orientation verticale, est conforme au cahier des charges et à la

volonté architecturale du projet. ee) Comme indiqué plus haut (consid. 2c), c'est l'état de fait tel qu'il se présente au moment de la décision d'adjudication qui est en principe déterminant. Or, à ce moment-là, tant l'offre de l'adjudicataire que celle de la recourante mentionnaient textuellement des murs en CLT, alors que le descriptif général des travaux préconisait une "structure porteuse verticale en sapin/épicéa BLC". La recourante est donc malvenue de conclure à l'exclusion de l'adjudicataire pour ce motif: à supposer – ce qui est douteux compte tenu du pouvoir d'appréciation dont elle bénéficie – que l'autorité intimée ait été tenue d'exclure l'offre de l'adjudicataire en raison de cette divergence, elle aurait dû en faire de même de l'offre de la recourante. Du reste, il est apparu dans la présente procédure de recours que les offres de l'adjudicataire et de la recourante se distinguent surtout par les procédés de fabrication. Or, à supposer qu'il subsiste une divergence par rapport à l'appel d'offres (notamment parce que celui-ci prévoyait le ponçage, fraisage et rabotage des éléments courbes, alors que l'adjudicataire recourt à un système de mise en forme à l'aide d'une presse) et que cette divergence ne soit pas seulement minime, mais moyenne, il n'apparaît pas que l'offre de l'adjudicataire doive être exclue pour ce motif au stade de la décision sur recours. En effet, on ne voit pas en quoi l'adjudicataire bénéficierait d'un avantage concurrentiel en recourant à ce procédé. Le critère du rapport prix/prestations ne conduit pas non plus à l'exclusion, du moment que l'autorité intimée a exposé de manière crédible que le procédé de l'adjudicataire présentait des avantages (utilisation plus rationnelle du bois et résultat esthétique amélioré). Il n'y a donc pas lieu d'exclure l'offre de l'adjudicataire pour le motif invoqué. b) La question de la géométrie des bancs en bois a été abordée. Dans sa réponse, l'adjudicataire fait valoir que la recourante s'est écartée du cahier des charges en proposant des bancs à facettes, de sorte que son offre aurait dû être exclue pour ce motif. Même si l'adjudicataire ne reprend pas ce grief dans ses écritures finales, il y a lieu de l'examiner. aa) Le descriptif général des travaux (ch. 6, descriptif de la construction par CFC, CFC 373) prévoit l'aménagement de bancs en bois sur consoles métalliques (corridor), avec les précisions suivantes: «Selon détails de principe Disposition, dimensions et géométrie selon plans Support: consoles métalliques en tube carré d'acier inox brossé mat, fixées contre poteaux en acier plein Assise: en frêne, avec finition vernis incolore mat en phase aqueuse à base d'acrylate, anti-UV (empêche le jaunissement du bois).» Les bancs en question sont adossés à la façade intérieure du bâtiment, soit celle qui donne sur le préau (cour intérieure); ils font face aux casiers destinés à accueillir les affaires personnelles des élèves. bb) Dans son offre, l'adjudicataire a proposé des bancs arrondis, ce que l'autorité intimée a considéré comme un avantage dans la notation du sous-critère 4.1. Pour sa part, la recourante a offert des bancs à facettes (polygonaux) et a été moins bien notée que sa concurrente. Dans sa réplique, la recourante, qui se fonde sur le plan d'architecte CUD — n°300, ainsi que sur le plan n°20232-2a du cahier des charges de l'ingénieur civil ("Charpente bois Sommières et dalle CLT "), qui contient des coupes à l'échelle 1:50, maintient que le descriptif technique ne mentionne nulle part que les bancs doivent être arrondis. En audience cependant, son représentant a admis que la recourante s'était rendue compte a posteriori des exigences du maître de l'ouvrage ayant trait à la pose de bancs cintrés. Dans ses écritures, l'adjudicataire conteste les explications de la recourante. Il relève qu'en se fondant sur les plans figurant au DAO, avec une échelle plus précise, soit 1:25 (cf. pièce jointe n°11 du bordereau de l'adjudicataire du 3 novembre 2021), il est permis de constater très clairement que les bancs doivent être cintrés. La recourante s'étant écartée du cahier des charges en proposant des bancs à facettes, son offre aurait dû être exclue pour ce motif. L'autorité intimée indique pour sa part que les bancs

ont toujours été dessinés arrondis, même si cela n'est pas précisé dans le descriptif de l'architecte. En audience, son mandataire architecte a ajouté que les bancs adossés à la paroi intérieure du bâtiment avaient été dessinés cintrés, comme lesdites parois, et non à facettes. Dans ses dernières écritures, l'autorité intimée relève que l'adjudicataire propose des bancs conçus selon la géométrie circulaire des plans du DAO, tandis que la recourante ne respecte pas lesdits plans, en proposant des bancs avec une géométrie polygonale. Elle en conclut que la recourante propose une offre moins favorable, ce qui justifie une note inférieure à celle de l'adjudicataire. cc) Le plan dont se prévaut l'adjudicataire est le plus précis (échelle 1:25) de ceux où les bancs apparaissent. Sur ce plan, les bancs sont représentés avec leurs deux faces cintrées. Dès lors que la recourante a annoncé des bancs à facettes, son offre s'écarte sur ce point du DAO. L'autorité intimée a renoncé à exclure l'offre de la recourante pour ce motif, mais l'a moins bien notée. On peut se demander si l'on n'est pas en présence d'une divergence minime. En admettant toutefois qu'il s'agit d'une divergence de gravité moyenne, il n'apparaît pas que l'autorité intimée a excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation en renonçant à exclure la recourante pour ce motif. En effet, la Cour de céans, qui est composée notamment de deux assesseurs spécialisés, ne voit pas que cette divergence soit significative du point de vue de la concurrence, ce qui serait le cas si la recourante avait bénéficié d'un avantage concurrentiel en offrant des bancs polygonaux plutôt que cintrés. Par ailleurs, en termes de rapport prix/prestation, la pose de bancs polygonaux devrait être pour l'essentiel équivalente à l'installation de bancs cintrés. L'autorité intimée pouvait ainsi renoncer à exclure la recourante du fait de la divergence en question.

E. 6

Au vu de l'issue de la présente procédure de recours – la cause étant renvoyée à l'autorité intimée, afin qu'elle procède à une nouvelle évaluation des offres –, il n'y a pas lieu d'examiner les griefs des parties relatifs à la notation des offres.

E. 7

Il ressort de ce qui précède que la décision attaquée doit être annulée, le recours étant admis. La cause est renvoyée à l'autorité intimée, afin qu'elle procède conformément aux considérants du présent arrêt (cf. en part. consid. 4b in fine). En procédure de recours, les frais sont supportés par la partie qui succombe. Le sort du recours commande que l'émolument judiciaire soit supporté pour moitié par l'autorité intimée, dont la décision est annulée, et pour l'autre moitié par l'adjudicataire, qui a pris des conclusions tendant à la confirmation de la décision entreprise (cf. art. 49 al. 1, 51 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). La recourante, qui obtient gain de cause par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens, arrêtés conformément à l'art. 11 du tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative (TFJDA; BLV 173.36.5.1; cf. art. 55 al. 4 LPA-VD), à la charge de l'autorité intimée et de l'adjudicataire (cf. art. 55 al. 1 et 2, 91 et 99 LPA-VD).

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