

# VD\_OMNI MPU.2021.0036 vom 1. November 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-11-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2021.0036](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2021.0036)

FR: VD\_OMNI MPU.2021.0036 du 1 novembre 2022

IT: VD\_OMNI MPU.2021.0036 del 1 novembre 2022

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/B. \_\_\_\_\_, CHUV-Centre Hospitalier Universitaire Vaudois | Confirmation de la décision d'adjudication du CHUV, portant sur l'acquisition d'électrocardiographes de repos. L'autorité intimée a correctement évalué les prix proposés par les différents soumissionnaires, les rapportant à des bases comparables. La recourante aurait dû recourir contre l'appel d'offres si elle entendait critiquer, pour des motifs de propriété intellectuelle, l'exigence de présenter une solution de passerelle compatible avec le logiciel de la recourante, que le CHUV entend conserver. L'adjudicataire a proposé une solution conforme au cahier des charges, qui a par ailleurs été testée par l'autorité d'adjudication. Il n'appartenait pas à l'autorité intimée de déterminer si le logiciel permettant la communication des données entre le logiciel de la recourante et le logiciel de l'adjudicataire constitue un dispositif médical. Recours rejeté.

## Erwägungen

### E. 1

La décision attaquée émane de la Centrale d'achats et d'ingénierie biomédicale des hôpitaux universitaires Vaud-Genève (CAIB VD-GE). Il résulte du dossier que la CAIB VD-GE a agi en l'espèce en tant qu'entité organisatrice de la procédure de marché public pour le compte du CHUV qui est entité adjudicatrice. Même si la décision a été notifiée sur le papier à en-tête de la CAIB VD-GE, il convient d'admettre que l'entité adjudicatrice est le CHUV. La mention de l'application du droit genevois dans le cahier des charges (ch. 9.18) résulte donc manifestement d'une inadvertance. Le litige est dès lors soumis au droit vaudois et la CDAP est compétente pour connaître du recours, déposé en temps utile, soit dans le délai de 10 jours de l'art. 10 al. 1 de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD; BLV 726.01), et satisfaisant aux exigences formelles prévues par la loi (art. 79 al. 1 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36]).

### E. 2

de la recourante (appareil \*\*\*\*\*) pouvait être pris en considération. Or, la recourante n'établit pas qu'une modification de la notation du prix de la variante 2 soit décisive pour lui permettre d'emporter le marché en cause. La recourante soutient en outre que les offres des autres soumissionnaires, et en particulier de l'adjudicataire, ne peuvent être exécutées de manière conforme à la loi compte tenu de l'absence de raccordement autorisé au logiciel \*\*\*\*\*) sur lequel la recourante détient des droits exclusifs, respectivement que le logiciel utilisé pour le transfert des données constitue un dispositif médical. Une admission des griefs de la recourante pourrait éventuellement conduire à la conclusion que les autres offres n'étaient pas conformes aux critères d'aptitude si bien qu'elles auraient dû être exclues, si bien que son recours apparaît recevable. c) Le contrat avec l'adjudicataire ayant été conclu suite au rejet de la requête d'effet suspensif, la recourante ne peut plus prétendre,

faute d'intérêt à agir, à ce que le marché lui soit adjugé, ni à ce que la décision d'adjudication soit annulée. Le recours ne conserve ainsi un objet que dans la mesure où la recourante a conclu subsidiairement à ce qu'il soit constaté que l'adjudication est illicite.

### **E. 2.2**

et les références citées). b) En l'espèce, il est vrai que la décision attaquée ne comportait pas de motivation du choix de l'autorité intimée. Le tableau d'évaluation des offres n'était en particulier pas joint à la décision. Les exigences minimales en matière de motivation de l'art. 42 al. 2 RLMP-VD n'ont dès lors pas été respectées. Toutefois, la recourante a fait usage de la prérogative prévue à l'art. 42 al. 3 RLMP-VD. Avant de saisir la CDAP, elle a ainsi obtenu le tableau d'évaluation des offres. Si elle n'a pas reçu d'explications sur les motifs essentiels pour lesquels son offre n'a pas été retenue, elle a cependant été en mesure de faire valoir son point de vue dans le cadre de la présente procédure. Dans sa réponse du 1<sup>er</sup> décembre 2021, l'autorité intimée s'est au demeurant expliquée en détail sur les griefs de la recourante. Elle a pris position sur tous les griefs soulevés par la recourante, ce dans le cadre d'un double échange d'écritures. Ainsi, à supposer son droit d'être entendue violé, le vice a de toute manière été réparé en cours de procédure. Le grief tiré de la violation du droit d'être entendu doit donc être rejeté.

### **E. 3**

La recourante sollicite la mise en oeuvre de diverses mesures d'instruction, en particulier l'audition de témoins et la production des certificats de marquage CE Médical de l'adjudicataire. a) Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1 p. 103 et les références). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 146 III 73 consid. 5.2.2 et les arrêts cités). b) En l'espèce, la cour s'estime suffisamment renseignée pour statuer sur la base du dossier. Elle ne voit en particulier pas quels nouveaux éléments, qui n'auraient pas pu être exposés par écrit, pourraient encore apporter les témoins dont l'audition est requise. S'agissant des certificats de marquage CE, l'autorité intimée a produit les pièces qui établissent la certification dont bénéficie l'adjudicataire aussi bien pour l'EKG que pour le logiciel destiné à récolter les données de cet appareil. Comme on le verra ci-après, il n'est pas nécessaire d'exiger ce document pour le logiciel DatamedFT, dont la fonction est limitée à la communication entre le logiciel proposé par l'adjudicataire et le logiciel \*\*\*\*\*. Il y a donc lieu de rejeter, par appréciation anticipée des moyens de preuve, les requêtes de la recourante en ce sens.

### **E. 4**

Dans un grief formel qu'il convient d'examiner en premier lieu, la recourante se plaint d'une violation du droit d'être entendu au motif que la décision attaquée serait insuffisamment motivée. a) La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu tel que garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. l'obligation pour l'autorité de motiver ses décisions afin que le justiciable puisse les comprendre et exercer ses droits de recours à bon escient. L'autorité doit ainsi mentionner,

au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause ( ATF 143 IV 40 consid. 3.4.3; 141 IV 249 consid. 1.3.1; 139 IV 179 consid. 2.2). Elle n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui lui paraissent pertinents ( ATF 142 II 154 consid. 4.2; 139 IV 179 consid. 2.2). La motivation peut être implicite et résulter des différents considérants de la décision ( ATF 141 V 557 consid. 3.2.1). Le droit des marchés publics comprend une réglementation particulière en la matière. Ainsi, l'art. 42 du règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD, BLV 726.01.1) dispose que les décisions de l'adjudicateur sont sommairement motivées (al. 2) et que sur demande d'un soumissionnaire non retenu, l'adjudicateur indique les motifs essentiels pour lesquels son offre n'a pas été retenue et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue (al. 3) (cf. ég. art. 13 let. h de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics – A-IMP; BLV 726.91). L'ensemble de ces explications de l'autorité (fournies le cas échéant en deux étapes) doit être pris en considération pour s'assurer qu'elles sont conformes, ou non, aux exigences découlant du droit d'être entendu (Etienne Poltier/Evelyne Clerc, in Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2013, ad art. 9 LMI n. 64). Les exigences en la matière ne sont pas très élevées (arrêts MPU.2018.0026 du 16 mai 2019 consid. 4a; MPU.2017.0002 du 16 mars 2017 consid. 4c/aa; MPU.2015.0040 du 10 novembre 2015 consid. 4 et les arrêts cités). Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1; ATF 135 I 187 consid. 2.2; ATF 126 I 19 consid. 2d/bb). Selon la jurisprudence, sa violation peut cependant être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1; ATF 135 I 279 consid. 2.6.1; ATF 133 I 201 consid.

#### **E. 4.3**

p. 247). b) Il résulte d'abord des documents de l'appel d'offres que le pouvoir adjudicateur a précisé sans équivoque que les soumissionnaires devaient présenter une solution compatible avec le logiciel \*\*\*\*\* de la recourante et proposer alternativement la mise en place d'un module d'adaptation ou d'une solution centralisée d'acquisition des données et de stockage via un serveur qui sert de relais (passerelle). Dans la mesure où la recourante prétend, pour des raisons tirées de la propriété intellectuelle sur le logiciel \*\*\*\*\*, être la seule à pouvoir présenter une offre conforme au cahier des charges, il lui appartenait de contester l'appel d'offres. Elle aurait cas échéant pu prétendre à une adjudication de gré à gré en raison du fait qu'elle était, pour des motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle, la seule entreprise à entrer en considération (art. 8 al. 1 let. c RLMP-VD). Force est toutefois de constater que la recourante n'a pas recouru contre l'appel d'offres si bien qu'il faut considérer qu'elle a admis que d'autres soumissionnaires pouvaient présenter une solution conforme au cahier des charges ou qu'elle s'est à tout le moins accommodée de cette possibilité (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3<sup>ème</sup> éd., 2013, n. 1194 ss; arrêt du Tribunal cantonal de Neuchâtel TA.2010.175 du 29 octobre 2010 consid. 7). L'appel d'offres n'ayant pas été contesté en temps utile, il convient au stade de l'adjudication uniquement de déterminer si la solution présentée par les soumissionnaires est conforme aux exigences du cahier des charges. Pour le surplus et contrairement à ce que paraît soutenir la recourante, son offre n'a pas été pénalisée au motif qu'elle n'avait pas

proposé une passerelle pour rendre compatible ses ECG au logiciel \*\*\*\*\*. Il ressort au contraire des pièces que l'offre de la recourante a été évaluée et les prix relatifs à la passerelle retranchés de son offre, prix qui ont en revanche été pris en compte pour déterminer le coût des autres offres pour les rendre comparables. En l'occurrence, la société adjudicataire a proposé les ECG de repos, ainsi qu'une solution de passerelle permettant la connexion des ECG au logiciel \*\*\*\*\*. Cette communication s'effectue en deux temps; en premier lieu l'ECG transmet les données collectées au logiciel \*\*\*\*\* développé par l'adjudicataire, puis ces données sont converties dans un format exploitable par le logiciel \*\*\*\*\* au moyen d'un logiciel tiers (DatamedFT). La phase de test prévue par l'appel d'offres a en outre permis à l'autorité adjudicatrice de vérifier que cette solution informatique permettait de transférer les données depuis l'appareil de l'adjudicataire au logiciel \*\*\*\*\*. On ne voit donc pas en quoi la solution offerte par l'adjudicataire serait contraire aux exigences de l'appel d'offres sur ce point. Bien au contraire, il résulte du cahier des charges comme des réponses données aux questions des soumissionnaires que cette solution a expressément été admise par l'autorité adjudicatrice. Aussi bien le logiciel \*\*\*\*\* proposé par l'adjudicataire que les ECG de repos sont au surplus au bénéfice d'une certification en cours de validité. La recourante prétend néanmoins que le logiciel DatamedFT devrait être considéré comme un logiciel médical. D'emblée, il y a lieu de relever que les allégations de la recourante sont sans pertinence pour déterminer si l'autorité intimée a excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'évaluation de l'offre de l'adjudicataire. En effet, l'admission du grief de la recourante ne pourrait de toute manière conduire qu'à l'exclusion de l'offre de l'adjudicataire – la conformité à la réglementation sur les dispositifs médicaux étant un critère d'aptitude – et non pas à une meilleure évaluation de l'offre de l'adjudicataire. Il n'est pas contesté en l'occurrence que le matériel proposé par les soumissionnaires doit respecter le règlement UE 2017/754 sur les dispositifs médicaux et l'ordonnance fédérale du 1<sup>er</sup> juillet 2020 sur les dispositifs médicaux (ODim; RS 812.213). Il s'agit en effet d'une exigence posée par l'autorité d'adjudication dans le cahier des clauses techniques (ch. 2.2). Cette réglementation particulière vise toutefois prioritairement le fabricant, respectivement son mandataire, l'importateur ou le distributeur. Il appartient dès lors en premier lieu à ces personnes de déterminer si le produit fourni doit être considéré comme un dispositif médical, respectivement à l'autorité de surveillance compétente en Suisse pour agir dans l'hypothèse où la réglementation n'a pas été respectée. En l'occurrence, dès lors que l'autorité intimée est l'acquiesceuse des installations, elle peut à première vue se fier à la garantie fournie par le soumissionnaire de ce que l'équipement répond aux exigences légales. Il n'appartenait ainsi pas à l'autorité intimée, comme le soutient la recourante, de déterminer au moment de l'appel d'offres si un logiciel tel que DatamedFT, qui permet de convertir les données fournies par le logiciel utilisé par l'adjudicataire en un format pris en charge par le logiciel \*\*\*\*\* , constitue un dispositif médical. Un tel constat s'impose d'autant plus qu'il s'agit, par l'utilisation du logiciel DatamedFT, uniquement de communiquer une information d'une source vers un destinataire, sans y apporter une quelconque modification ou aide au diagnostic (cf. sur ce point, l'AI de mémoire élaboré par Swissmedic s'agissant des logiciels médicaux, qui considère un logiciel comme un dispositif médical dès lors qu'il a un usage prévu médical qui profite à un seul individu (et non seulement à une population) et que le traitement de données qu'il permet ne se limite pas aux fonctions de stockage de données, d'archivage, de communication [transfert d'informations d'une source vers un destinataire], de recherche simple ou de compression sans perte [compression qui permet la

reconstruction exacte des données initiales]). A cet égard, il n'y a donc pas lieu d'examiner plus avant les pièces produites par la recourante émanant de la société Datamed, lesquelles doivent en outre être examinées avec retenue dès lors que cette dernière société entretient des liens commerciaux avec la recourante. Pour le surplus, dans la mesure où la recourante prétend que ses droits d'auteur sur le logiciel sont violés, il lui appartient cas échéant de saisir la juridiction compétente. Il n'y a donc pas lieu d'examiner plus avant dans le cadre de la procédure de recours contre la décision d'adjudication si la "passerelle" proposée par l'adjudicataire, qui est conforme aux exigences de l'appel d'offres, viole les droits d'auteur de la recourante. Enfin, on ne discerne pas en quoi l'autorité intimée aurait excédé son important pouvoir d'appréciation reconnu en la matière s'agissant de l'évaluation des critères en lien avec la qualité de l'offre, la recourante ayant obtenu des notes respectivement de 7.08 (sur 10) pour le critère "qualité technique de la solution proposée", 8.28 (sur 10) pour le critère "fonctionnalité et ergonomie de la solution proposée" et 9.00 (sur 10) pour le critère "organisation du fournisseur". La recourante n'expose d'ailleurs pas dans son mémoire de recours pour quels motifs son offre aurait dû se voir attribuer la note maximale de 10 pour chacun de ces critères. Quoiqu'il en soit, même si l'offre de la recourante devait se voir attribuer la note maximal à chacun de ces critères, elle resterait classée derrière l'offre de l'adjudicataire vu le rejet de son précédent grief en lien avec l'évaluation du prix et compte tenu du fait qu'elle ne conteste pas l'évaluation du critère " Service après-vente et maintenance " ( $[3.36 \times 30\%] + [10 \times 30\%] + [10 \times 20\%] + [5.9 \times 15\%] + [10 \times 5\%]$  soit une note moyenne de 7,465 contre 8,36 à l'adjudicataire). Ce grief doit donc être rejeté.

## E. 5

Sous l'angle matériel, la recourante se plaint d'abord d'une mauvaise évaluation de son offre s'agissant du critère du prix. a) A titre liminaire, il y a lieu de relever que la recourante ne conteste pas l'exclusion de la procédure de sa variante 1 (appareil \*\*\*\*\*), qui a fait l'objet d'une décision séparée, entrée en force. L'autorité intimée a par conséquent à juste titre considéré que le prix proposé qui devait être évalué correspondait à celui de la variante 2 (appareil \*\*\*\*\*) de la recourante. La recourante ne conteste en outre ni la pondération du prix, correspondant au coût d'acquisition de 70 appareils et au contrat de maintenance global sur huit ans, à 30%, ni la méthode de notation de ce critère, selon la méthode dite "au cube", expressément prévue dans le cadre des clauses administratives de l'appel d'offres. La recourante ne critique en outre pas le calcul des frais de maintenance pour 6 ans, en tenant compte du fait que les prestations de garantie sont intégrées dans le prix des appareils pour les deux premières années. b) En l'occurrence, l'offre de la recourante a obtenu la note 3,36 sur 10 pour le critère du prix. Pour la variante 2, l'autorité intimée a retenu un prix de 1'220'568,30 fr., qui intègre les coûts d'acquisition de 70 appareils et les coûts de maintenance (total de 506'625 fr.) chiffrés par la recourante à 1'206,25 fr. par appareil, multiplié par 70 (nombre d'appareils) et par six (nombre d'années concernées par les prestations de maintenance, les deux premières années étant intégrées dans la garantie de deux ans). La recourante a indiqué elle-même, sur la base de ses propres documents, un prix de 1'223'368 fr. 50, soit une valeur plus élevée que celle retenue par l'autorité intimée. L'application de la méthode d'évaluation prévue par l'appel d'offres – soit la méthode dite au cube par rapport à l'offre la moins élevée  $[(848'321,85) \sqrt[3]{(1'220'568,30)} \sqrt[3]{(1'223'368,50)}] \times 100$  – conduit bien à l'attribution de la note de 3,36. Il ressort par ailleurs du dossier que l'autorité intimée a évalué l'ensemble des offres sur une base comparable, conformément aux données connues des soumissionnaires, ne tenant en particulier pas compte des coûts indiqués par la recourante en lien avec la passerelle, tant en ce qui concerne l'investissement que les frais

de maintenance. Elle a en revanche à juste titre ajouté ces frais pour établir le prix de l'offre des autres soumissionnaires, de manière à permettre une comparaison objective de l'ensemble des offres. Comme on le verra ci-dessous, c'est en outre à juste titre que l'autorité intimée n'a pas tenu compte, s'agissant des offres des autres soumissionnaires de coûts supplémentaires en lien avec l'octroi d'une licence par la recourante pour l'utilisation de son logiciel. Ce grief doit donc être rejeté.

#### **E. 6**

La recourante critique l'évaluation de l'offre de l'adjudicataire tant s'agissant du critère du prix que s'agissant des autres critères d'évaluation. Cette évaluation – de même que celle des offres des autres soumissionnaires – ne tiendrait pas compte du fait que la recourante serait la seule à disposer des autorisations pour relier les appareils ECG du CHUV au système informatique de cet hôpital par le biais de la communication bidirectionnelle; la solution proposée par l'adjudicataire impliquant l'utilisation du logiciel DatamedFT constituerait une violation des droits de la propriété intellectuelle de la recourante et ne serait réalisable que moyennant l'octroi par cette dernière d'une licence. La recourante soutient également que, pour ce motif, son offre aurait dû obtenir la note maximale pour les critères de la qualité technique de la solution proposée, de la fonctionnalité et de l'ergonomie de la solution proposée et de l'organisation du fournisseur. a) Les documents de l'appel d'offres qui contiennent les conditions fixées par l'adjudicateur pour la qualification des candidats font partie intégrante de l'appel d'offres, si bien qu'en vertu du principe de la bonne foi, les éventuels vices les affectant doivent être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure, dans le délai de dix jours dès leur remise, à l'instar de ce qui est prévu pour recourir contre l'appel d'offres lui-même (cf. ATF 130 I 241 consid. 4.2 p. 245; 125 I 203 consid. 3a p. 205 ss). Il convient toutefois de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes, car l'on ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres (cf. ATF 130 I 241 consid.

#### **E. 7**

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable et la décision attaquée confirmée. La recourante, qui succombe, supportera les frais de la cause (art. 49 LPA-VD). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens à l'Etat, qui a agi par l'intermédiaire de la DGIAC, et non d'un mandataire externe (art. 55 LPA-VD).

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