

VD_OMNI MPU.2022.0003 vom 13. Februar 2024

VD Tribunal cantonal, 2024-02-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2022.0003

FR: VD_OMNI MPU.2022.0003 du 13 février 2024

IT: VD_OMNI MPU.2022.0003 del 13 febbraio 2024

Regeste

A. _____ /B. _____, Direction générale des immeubles et du patrimoine - DGIP |
Marché public portant sur la construction d'un bâtiment universitaire en entreprise générale. Procédure sélective avec participation de quatre soumissionnaires prévoyant un système de double enveloppe, l'une contenant les éléments techniques et organisationnels et l'autre les éléments financiers. Exclusion d'un soumissionnaire après évaluation des critères techniques et organisationnels sans que les aspects financiers de son offre soient évalués (enveloppe non ouverte). Marché adjugé à l'un des soumissionnaires et contrat conclu avec ce dernier suite au rejet de la requête d'effet suspensif confirmé sur recours (RE.2022.0003). Recours du soumissionnaire exclu contre la décision l'excluant de la procédure et la décision adjugeant le marché à un tiers. Recevabilité du recours du soumissionnaire exclu lorsque son recours est aussi dirigé contre la décision d'adjudication; question laissée indécidée en l'état dès lors que l'offre de la recourante n'aurait vraisemblablement pas été classée en 1^{ère} position après évaluation du prix (consid. 2). Admissibilité de la procédure de la "double enveloppe" sans ouverture de la deuxième enveloppe contenant les éléments financiers en application de l'ancien droit des marchés publics (consid. 3). Confirmation de la possibilité d'exclure une offre n'obtenant pas une note minimale au terme de l'évaluation des critères techniques et organisationnels (consid. 4). Confirmation de l'appréciation des critères organisationnels et techniques de l'offre de la recourante (consid. 5). Confirmation de l'exclusion de l'offre de la recourante qui n'a dès lors pas d'intérêt à contester l'adjudication (consid. 6). Rejet du recours.

Erwägungen

E. 1

a) Le 1^{er} janvier 2023 sont entrés en vigueur l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (A-IMP), auquel le Canton de Vaud a adhéré le 31 mai 2022, ainsi que la loi vaudoise du 14 juin 2022 sur les marchés publics (LMP-VD; BLV 726.01) et le règlement du 29 juin 2022 d'application de la loi du 14 juin 2022 sur les marchés publics (RLMP-VD; BLV 726.01.1). Selon les dispositions transitoires (art. 64 A-IMP; art. 16 LMP-VD), le nouveau droit s'applique aux procédures d'adjudication qui sont lancées après son entrée en vigueur. b) En l'espèce, la procédure d'adjudication litigieuse a été lancée le 27 novembre 2020 si bien qu'elle est régie par l'ancien droit, soit l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (aA-IMP), la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (aLMP-VD) ainsi que le règlement du 7 juillet 2004 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (aRLMP-VD).

E. 2

a) Selon les art. 15 al. 1bis let. d aA-IMP et 10 aLMP-VD, les décisions prononçant l'exclusion d'un soumissionnaire de la procédure peuvent faire l'objet d'un recours au

Tribunal cantonal dans les dix jours dès leur notification ou leur publication. Les décisions d'adjudication sont également susceptibles de recours au Tribunal cantonal dans un délai de dix jours dès leur notification ou leur publication. Les exigences de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36) sont au surplus applicables. Remis à un bureau de poste suisse le 23 février 2022, le recours a été déposé en temps utile auprès de l'autorité compétente. Il satisfait en outre aux conditions formelles de l'art. 79 LPA-VD. Il reste à examiner si la recourante a qualité pour recourir contre les deux décisions attaquées. b) Selon l'art. 75 al. 1 let. a LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 aLMP-VD, a qualité pour former recours toute personne physique ou morale ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou ayant été privé de la possibilité de le faire, qui est atteinte par la décision attaquée et qui dispose d'un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Selon l'art. 13 al. 2 aLMP-VD, si le contrat est déjà conclu et que le recours soit jugé bien fondé, l'autorité de recours constate le caractère illicite de la décision. aa) Le soumissionnaire exclu a en principe qualité pour recourir contre la décision d'exclusion (ATF 141 II 14 consid. 4.1 in fine et les références; CDAP MPU.2020.0003 du 24 juillet 2020 consid. 1a; MPU.2019.0004 du 1er avril 2019 consid. 1; MPU.2016.0041 du 24 mai 2017 consid. 1). Toutefois, 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 – 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 qui lui incombe de démontrer. La simple participation du soumissionnaire à la procédure d'appel d'offres et la non-prise en considération de son offre ne sauraient en effet à elles seules lui conférer la qualité pour agir, à défaut d'un intérêt pratique effectif à la contestation de l'adjudication (cf. ATF 141 II 307 consid. 6, traduit in: JdT 2016 I 20; 141 II 14 consid. 4, traduit in: JdT 2015 I 81; 140 I 285; CDAP MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 2). Lorsqu'il conteste à la fois son exclusion et l'adjudication du marché à un tiers, le soumissionnaire exclu doit dès lors d'abord démontrer qu'il satisfait aux exigences de qualification avant de pouvoir prétendre obtenir l'adjudication (ATF 141 II 14 consid. 6.1; TF 2D_24/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.1.1). En effet, il n'est pas question d'accorder l'adjudication à une offre qui ne satisfait pas aux exigences de qualification, raison pour laquelle celui qui a présenté une pareille offre est d'emblée dépourvu d'un intérêt digne de protection à obtenir l'annulation d'adjudication, à moins qu'il ne réclame un nouvel appel d'offres après invalidation de l'ensemble de la procédure, ce qui lui ouvrirait la possibilité de présenter éventuellement une nouvelle offre (ATF 141 II 14 consid. 4.6 et les réf. citées). Lorsque le contrat objet du marché public a été conclu, la jurisprudence considère que le soumissionnaire évincé possède encore un intérêt juridique actuel à faire constater l'illicéité de l'adjudication, en vue d'une éventuelle action en dommages-intérêts (cf. TF 2D_25/2018 du 2 juillet 2018 consid. 1.2 non publié in ATF 145 II 249; 2D_42/2016 du 3 octobre 2017 consid. 1.2 et les réf. citées). Un tel constat ne peut être effectué que par une autorité de recours saisie dans le cadre de la procédure de recours initiée contre la décision d'adjudication (art. 18 al. 2 aA-IMP; art. 13 al. 2 aLMP-VD). Selon la jurisprudence, l'action en dommages-intérêts suppose que, sans la conclusion du contrat, la partie recourante ait eu une réelle chance d'obtenir l'adjudication, à défaut de quoi l'illégalité de la décision ne peut être la cause du dommage. Il faut distinguer à cet effet selon les conclusions et les griefs de la partie recourante (TF 2D_24/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.2.1). bb) En l'occurrence, la recourante conteste tant la décision prononçant son exclusion de la procédure en raison de la note insuffisante obtenue lors de

l'évaluation des critères techniques et organisationnels que celle adjugeant le marché litigieux à l'adjudicataire. Les deux décisions sont datées du même jour, seule la décision d'exclusion ayant toutefois été notifiée à la recourante. Cette dernière conclut principalement à ce que les décisions précitées soient annulées et la cause renvoyée à l'autorité intimée afin que son offre soit réintégrée dans la procédure d'adjudication et évaluée également s'agissant du critère du prix. Elle conclut subsidiairement à ce que le marché litigieux lui soit attribué. Compte tenu de la signature du contrat intervenue en cours d'instance, il y a lieu d'interpréter cette dernière conclusion en ce sens qu'elle tend à ce que le tribunal constate l'illicéité de la décision d'adjudication (TF 2D_19/2018 du 19 février 2019 consid. 1.4 et les réf. citées). Si la qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante dans la mesure où elle conteste son exclusion, il est plus douteux que la recourante ait des chances vraisemblables d'obtenir le marché litigieux et donc un intérêt actuel à contester l'adjudication. En effet, il ressort des pièces produites par l'autorité intimée que, même si elle avait participé à la deuxième phase de l'évaluation, la recourante n'aurait vraisemblablement pas obtenu l'adjudication du marché, son offre n'arrivant qu'en 3^{ème} position. Dans sa réplique, la recourante a certes soutenu que l'offre de l'adjudicataire et celles des soumissionnaires classés en 2^{ème} et 3^{ème} positions auraient dû être exclues; elle n'a toutefois pas soutenu que la procédure d'adjudication aurait dû être entièrement invalidée pour ce motif ni pris de conclusions en ce sens. Cette question peut cependant rester indécise. Il convient d'examiner dans un premier temps si l'exclusion de la recourante est justifiée; compte tenu de ce qui précède, ce n'est que si tel n'est pas le cas qu'il conviendra d'examiner les griefs de la recourante dirigés contre l'adjudication.

E. 3

La recourante fait valoir une violation du principe de la légalité, du principe de concurrence efficace entre les soumissionnaires ainsi que du principe de l'adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse en lien avec la procédure d'évaluation des offres. En substance, la recourante soutient que l'autorité intimée ne pouvait exclure son offre sans évaluer l'ensemble de ses éléments et donc également ceux relatifs aux prix contenus dans l'enveloppe II. a) Le droit des marchés publics distingue classiquement les critères d'aptitude, d'une part, et les critères d'adjudication, d'autre part. Les premiers ont pour objectif de garantir que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché, tandis que les seconds déterminent comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie (ATF 145 II 249 consid. 3.3. et les réf. citées). Pour autant, il n'est par principe pas prohibé de prendre en considération les mêmes critères, tant au stade de l'examen de l'aptitude qu'à celui de l'adjudication, à la condition qu'ils puissent faire l'objet d'une certaine gradation. Dans un tel cas, il n'est pas inadmissible de poser une exigence minimale à titre de critère de qualification, et, au surplus, d'apprécier une aptitude plus étendue à titre de critère d'adjudication; il ne s'agit alors pas d'une double appréciation mais d'une appréciation sous des aspects différents (ATF 140 I 285 consid. 5.1; 139 II 489 consid. 2.2.4). Le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précision des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel d'offres (TF 2P.47/2004 du 6 avril 2004 consid. 3) et non plus au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclus. b) En l'occurrence, il convient d'abord de relever que la recourante n'a pas émis de critique contre l'appel d'offres au moment de sa publication et qu'elle ne l'a en particulier pas contesté par un recours (art. 10 al. 1 let. a LMP-VD), si bien qu'on peut se demander si, comme le soutient l'autorité intimée, ce grief n'est pas tardif. Cette question peut rester indécise dans la mesure où, à

supposer que la recourante puisse encore critiquer la procédure d'évaluation des offres, son grief s'avère de toute manière mal fondé. La méthode d'évaluation dite à "double enveloppe" appliquée par l'autorité intimée n'est pas expressément prévue par les textes légaux applicables à la présente cause (cf. supra consid. 1). Il convient donc de se référer aux principes généraux rappelés ci-dessus. Il en résulte notamment qu'il est en principe admissible qu'un même critère soit utilisé comme critère d'aptitude et comme critère d'adjudication. Autrement dit, il n'est pas exclu qu'un résultat considéré comme insatisfaisant dans l'évaluation des aspects techniques d'une offre puisse conduire à l'exclusion de cette dernière pour autant, naturellement, que cette conséquence soit expressément prévue dans les documents d'appel d'offres. Ni l'aA-IMP ni l'aLMP-VD ne contiennent en effet de liste exhaustive des motifs d'exclusion d'une offre comme le démontre l'utilisation de l'adverbe " notamment " à l'art. 32 al. 1 aRLMP-VD. Se référant à l'art. 38 al. 4 A-IMP, la recourante soutient que le nouveau droit intercantonal des marchés publics, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2023, exclut une procédure telle que celle prévue par le cahier des charges. Cette disposition prévoit que " lorsque la prestation et le prix doivent être proposés dans deux enveloppes distinctes, l'adjudicateur établit dans un premier temps la liste des meilleures offres du point de vue qualitatif. Dans un second temps, il évalue les prix totaux." (cf. aussi l'art. 38 al. 4 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics [LMP; RS 172.056.1], en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2021, qui a la même teneur). Il résulte effectivement à première vue du texte de cette disposition que l'adjudicateur doit dans tous les cas procéder également à l'évaluation des aspects financiers de l'offre. Le Message-type du 24 septembre 2020 du nouvel AIMP (p. 80) ne contient pas d'explication complémentaire et renvoie aux débats parlementaires sur la loi fédérale (LMP), eux-mêmes peu disert sur cet amendement au projet du Conseil fédéral. La doctrine paraît considérer que la méthode des deux enveloppes décrite à l'art. 38 al. 4 AIMP, respectivement LMP, qui a également des conséquences s'agissant de l'ouverture des offres (cf. art. 37 al. 3 AIMP et LMP), implique une évaluation en deux étapes mais sans possibilité de renoncer à l'évaluation financière (cf. Hans Rudolf Trüeb/Nathalie Clausen in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2021, n. 7 ad art. 38 BöB qui précisent que cette méthode se distingue de celle prévue par les règlements SIA 142 et 144; en revanche, Olivier Rodondi, Soumissionnaires, conditions de participation, critères et offres in DC 2020, p. 28, ne se prononce pas expressément sur cette question mais uniquement sur le fait que les mêmes personnes ne devraient pas apprécier la qualité de l'offre et ouvrir la deuxième enveloppe). Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher cette question d'interprétation du nouveau droit des marchés publics. En effet, comme on l'a déjà précisé (cf. supra consid. 1), la présente procédure est régie uniquement par l'ancien droit sur les marchés publics, qui ne contenait aucune réglementation particulière du système de la " double enveloppe ". Or, on ne saurait conclure de l'absence de réglementation dans l'ancien droit que le système de la double enveloppe n'était autorisé que tel qu'il est prévu par les nouveaux textes légaux, soit, selon l'interprétation qu'en donne la recourante, moyennant ouverture dans tous les cas de l'enveloppe contenant les éléments financiers. Il convient donc de raisonner uniquement sur la base des documents de l'appel d'offres. En l'occurrence, le ch. 3.10 de l'appel d'offres, auquel il convient de se référer, prévoyait que les soumissionnaires devaient remettre leurs offres dans deux enveloppes distinctes, l'une contenant l'offre technique et organisationnelle et l'autre l'offre financière. Il était en outre précisé que les offres retenues à l'issue du contrôle de conformité (étape 1) seraient évaluées selon les critères 2 à 8 du chapitre 3.6 avant l'ouverture de l'enveloppe II contenant le prix de l'offre. Enfin, il était expressément

prévu que si le candidat n'obtenait pas la note minimale de 2 pour chacun des critères et la note moyenne de 3 pour l'ensemble des critères, son offre serait exclue et l'enveloppe II ne serait pas ouverte. Il résulte de ce qui précède que la procédure d'évaluation des offres en deux temps – aspects techniques et organisationnels puis aspects financiers – était clairement prévue dans l'appel d'offres. Les soumissionnaires pouvaient comprendre sans ambiguïté de ce document que leur offre ne serait pas évaluée s'agissant des aspects financiers (contenu de l'enveloppe II) si elle n'obtenait pas une note moyenne de 3 à l'ensemble des critères techniques et organisationnels. Au surplus, la procédure décrite dans l'appel d'offres ne viole pas le principe de la concurrence entre les soumissionnaires ni celui de l'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse. En effet, comme on l'a vu plus haut, il est admissible de prévoir qu'un critère d'adjudication – en l'espèce les éléments organisationnels et techniques contenus dans l'enveloppe I – soit utilisé également comme critère d'aptitude en ce sens qu'une note minimale est exigée pour que l'offre soit valable. Rien n'empêche dans un tel cas de figure de ne pas examiner les aspects financiers de l'offre puisque celle-ci ne remplit pas les critères d'aptitude pour se voir attribuer le marché. Enfin, c'est également à tort que la recourante, qui se réfère à un arrêt du Tribunal administratif du Canton de Neuchâtel (TA.2001.228 du 3 juillet 2022), se plaint d'une violation du principe de concurrence efficace entre les soumissionnaires en lien avec l'application de la méthode des deux enveloppes. D'abord, la jurisprudence citée se réfère à une législation cantonale exhaustive s'agissant des motifs d'exclusion, ce qui n'est pas le cas de l'énumération figurant à l'art. 32 aRLMP-VD, comme le montre l'emploi de l'adverbe " notamment ". Ensuite, comme on l'a vu plus haut, la jurisprudence constante considère qu'il n'est pas interdit de fonder une exclusion sur des critères qui servent également à l'évaluation. Dans ce contexte, la méthode des deux enveloppes a pour objectif de permettre au pouvoir adjudicateur d'évaluer les critères techniques sans être influencé par le prix offert; en d'autres termes, elle met l'accent sur la qualité (cf. Dominik Kuonen, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, n°37, p. 498 ad art. 35). En l'occurrence, le critère d'aptitude que constituait la note moyenne de 3 sur l'ensemble des critères techniques et organisationnels combiné avec l'application de la méthode des deux enveloppes permettait donc au pouvoir adjudicateur d'évaluer les offres dans leur aspect technique sans être influencé par le prix offert par les soumissionnaires. Ce procédé n'est pas critiquable, en particulier pas lorsque, comme en l'espèce, le marché public porte sur un projet complexe de construction en entreprise générale. Ce grief doit donc être rejeté.

E. 4

La recourante fait valoir une violation de l'art. 32 aRLMP-VD en lien avec la fixation du seuil d'exclusion. En substance, la recourante se prévaut du fait que les rapports des experts qui ont servi au comité d'évaluation pour noter les offres des soumissionnaires auraient proposé l'attribution de notes trop basses, lesquelles auraient été remontées par la suite pour éviter l'exclusion de l'ensemble des soumissionnaires. Ce procédé violerait le principe de transparence. En outre, la recourante critique le rôle des experts dans la mesure où il s'agirait principalement de représentants de l'UNIL et de l'EPFL soit des futurs utilisateurs du bâtiment. Elle fait ensuite valoir que, pour trois des sept critères techniques et organisationnels, la moyenne des notes attribuées aux quatre soumissionnaires est inférieure à 3. Elle soutient que, pour assurer une concurrence efficace, l'autorité intimée aurait dû abaisser le seuil d'exclusion ainsi qu'elle s'en était réservé la possibilité dans l'appel d'offres.

a) L'art. 32 aRLMP VD prévoit les conditions auxquelles une offre peut être exclue. Tel est le cas notamment lorsque le soumissionnaire ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude

exigés (al. 1 let. a). Ainsi qu'on l'a vu précédemment, l'art. 32 aRLMP-VD n'interdit pas au pouvoir adjudicateur de prévoir qu'un même critère soit pris en considération au stade de l'aptitude et au stade de l'adjudication. b) D'abord, on relèvera que, comme s'agissant du grief précédent, la recourante n'a pas contesté en temps utile les documents de l'appel d'offres. Or, le cahier des charges (Document K.1, ch. 3.10) prévoyait expressément que le soumissionnaire qui n'obtenait pas, dans l'étape 2 de l'évaluation (offre technique et organisationnelle) la note minimale de 2 pour chacun des critères et la note moyenne minimale de 3 pour l'ensemble de ces critères serait exclu et l'enveloppe II pas ouverte. Certes, le pouvoir adjudicateur se réservait le droit de réviser les exigences minimales (critère éliminatoire) si cela permettait de garantir une concurrence efficace (ch. 3.10), mais, comme le relève à raison l'autorité intimée, il s'agissait là d'une simple faculté et non d'une obligation. Pour le surplus, on ne voit pas que l'autorité intimée aurait abusé de son pouvoir d'appréciation en ne faisant pas usage de cette possibilité. En effet, seule l'offre de la recourante a été exclue en raison du fait qu'elle avait obtenu une note moyenne insuffisante. Les offres des trois autres soumissionnaires ont été considérées comme remplissant les critères d'aptitude sous l'angle technique et organisationnel pour participer à la suite de la procédure d'évaluation. On ne saurait donc suivre la recourante lorsqu'elle affirme que le seuil d'exclusion n'a pas permis d'assurer une concurrence efficace. Il est également sans incidence que la moyenne sur certains des critères ait été inférieure à 3, comme le relève la recourante, puisque – sous la réserve d'une note minimale de 2, critère que toutes les offres ont rempli – seule la note moyenne minimale sur l'ensemble des critères était décisive. S'agissant du rôle des experts dans le processus d'évaluation des offres, les documents d'appel d'offres contenaient un "cahier des experts" (Document K7.1) comprenant les éléments essentiels devant être observés par les membres du comité d'évaluation, ceux du groupe d'experts et les spécialistes conseils. Il résulte notamment de ce document qu'un certain nombre d'experts, dont la liste figure au ch. 5.1, sont désignés pour l'évaluation de chacun des critères techniques. Le ch. 5.3.1 du "cahier des experts" a la teneur suivante: " 5.3.1 Rôle des experts dans le cadre de l'appel d'offres Les experts (selon chapitre 4.1) auront pour mission d'analyser objectivement les rendus des candidats (liste détaillée disponible en annexe A) à l'aune de leur champ d'expertise (critère) et de proposer une notation (selon barème défini au chapitre 2.2) de chacun des éléments d'appréciation (chapitre 2.1). Ces notes auront pour objectif de guider le comité d'évaluation lors de l'analyse des offres des candidats. Un délégué représentera chaque groupe d'experts (donc chaque critère) et présentera les résultats de l'analyse du groupe et les notes proposées au comité d'évaluation lors de la séance de présentation du 12 novembre 2021 (voir également chapitre 1.5). Le comité d'évaluation est le décideur final de la note attribuée." La recourante était donc parfaitement informée de la manière dont les offres allaient être évaluées sur le plan technique. En outre, s'il est vrai qu'il résulte de la liste des experts (ch. 5.1) qu'une bonne partie d'entre eux sont des collaborateurs de l'UNIL et de l'EPFL, on ne voit pas en quoi cette appartenance – que la recourante n'a pas non plus critiquée en temps utile en recourant contre l'appel d'offres – aurait été de nature à influencer l'évaluation des offres. Comme le relève l'autorité intimée, ce choix paraît cohérent dans la mesure où le cahier des charges prévoyait notamment que les directives techniques des bâtiments des hautes écoles devaient être respectées (cf. ch. 2.5 du document K2). Pour le surplus, l'allégation de la recourante selon laquelle les notes initiales auraient été modifiées à la hausse par le comité d'évaluation ne trouve aucun fondement dans le dossier. Quoi qu'il en soit, il résulte également du cahier des charges que seule l'attribution des notes par le comité

d'évaluation revêt une importance décisive, si bien que, même si c'était le cas, on ne saurait y voir de motif à retenir une violation de l'art. 32 aRLMP-VD. Enfin, la recourante ne soutient pas que les exigences figurant dans le cahier des charges n'auraient pas été respectées par le pouvoir adjudicateur. Ce grief doit donc être rejeté.

E. 5

La recourante soutient que l'autorité intimée a excédé son pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des critères techniques et organisationnels de son offre. a) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen de la cour 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. Ce pouvoir n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire; c'est seulement s'il est confronté à un abus ou à un excès de ce pouvoir d'appréciation, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le tribunal intervient. En revanche, il contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (cf. ATF 141 II 353 consid. 3; ATF 125 II 86 consid. 6; CDAP MPU.2017.0003 du 3 avril 2017 consid. 2; MPU.2016.0008 du 15 mars 2017 consid. 3b; MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 3). Tel est notamment le cas lorsque la décision litigieuse porte, comme en l'occurrence, sur l'exclusion de l'offre d'un soumissionnaire (CDAP MPU.2016.0002 du 18 avril 2016 consid. 1c; MPU.2015.0057 du 20 janvier 2016 consid. 2b; MPU.2015.0007 du 21 mai 2015 consid. 2b et les arrêts cités). b) Dans un grief qu'il convient d'examiner en premier lieu, la recourante fait valoir une violation de son droit d'être entendue au motif que l'évaluation de son offre serait insuffisamment motivée. aa) L'art. 42 aRLMP-VD prévoit 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 aA-IMP). 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. Les exigences en la matière ne sont pas très élevées (CDAP 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. 2.2 et les réf. citées). bb) En l'occurrence, lors de la séance du 15 février 2022, soit après la notification de la décision attaquée mais avant l'échéance du délai de recours, la recourante a eu accès au tableau récapitulatif du comité d'évaluation pour l'attribution des notes à son offre. Ce tableau contient des appréciations permettant de comprendre les motifs ayant guidé l'autorité intimée. Contrairement à ce que prétend la recourante, ces remarques étaient suffisantes pour garantir son droit d'être entendue dans la mesure où elles lui ont permis de comprendre les motifs de la décision attaquée et de la contester devant la cour de céans qui dispose d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit. Ce grief doit donc être rejeté. A titre subsidiaire, l'on relèvera qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu aurait été réparée compte tenu des explications fournies par l'autorité intimée dans ses écritures et de l'accès de la recourante à la partie du rapport d'évaluation concernant les

autres soumissionnaires. c) A titre liminaire, on relèvera que l'offre de la recourante a obtenu une moyenne de 2,89 pour l'ensemble de l'évaluation des critères d'adjudication 2 à 8 (contenu de l'enveloppe I – critères techniques et organisationnels) soit un total de 202 pts sur un maximum de 350 (210 pts correspondant à la note moyenne 3 permettant de satisfaire le critère d'aptitude). La recourante doit donc démontrer que l'évaluation d'un ou plusieurs sous-critères représentant au moins 8 pts résulte d'un excès ou d'un abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée. d) S'agissant du sous-critère 2.3 " Respect du programme " (pondération 2%), la recourante soutient que la note 2 attribuée à son offre ne tiendrait pas du compte du fait qu'elle prévoyait 900 m² de surface utile de plancher supplémentaires par rapport au programme. Le tableau récapitulatif des notes et justifications (Document K9.1) justifie comme suit la notation de l'offre de la recourante sur ce point: "s'écarte fortement du programme en séparant des locaux de groupe et avec moins de la moitié des locaux dont la surface correspond au programme et plus du tiers dont les variations sont importantes, même si la surface globale et le volume restent raisonnables". Dans sa réponse, l'autorité intimée a précisé que l'offre de la recourante s'écartait des exigences du cahier des charges pour 207 locaux présentant soit une diminution de surface soit une augmentation de surface. Les diminutions de surface limitent l'utilisation prévue des locaux et peuvent diminuer l'attribution de subventions. D'autres locaux seraient surdimensionnés sans possibilité de valorisation puisqu'en lien avec une augmentation des circulations. En outre, les locaux de laboratoire attribués à des groupes de recherche sont distribués sur deux niveaux, ce qui ne correspond pas aux exigences du cahier des charges. La recourante ne remet pas véritablement en cause les critiques formulées par le comité d'évaluation s'agissant de l'écart avec le programme des locaux figurant dans les documents d'appel d'offres. Ainsi, même selon sa propre analyse dont elle fait état dans sa réplique (p. 5), il existe d'importantes différences entre les surfaces des locaux selon le programme révisé du cahier des charges (document K3.02) et les surfaces résultant de son offre. Si, pour certains locaux, les écarts ne sont pas très importants, ils sont élevés pour d'autres types de surfaces (par exemple: CIF, services communs, cafétéria). En outre, ces divergences existent pour une grande partie du programme des locaux, de sorte qu'on ne voit pas en quoi l'appréciation de l'autorité intimée selon laquelle l'offre s'écarte du cahier des charges serait infondée. La recourante ne peut non plus être suivie lorsqu'elle fait valoir que les appréciations des différentes offres n'auraient pas été attribuées de manière homogène et cohérente entre les soumissionnaires. Il résulte en effet des explications fournies par l'autorité intimée qu'au contraire des autres offres, celle de la recourante s'écartait du programme pour un grand nombre de locaux (moins de la moitié correspondant aux exigences du cahier des charges et plus du tiers avec d'importantes variations). Enfin, l'autorité intimée n'a pas fait preuve d'arbitraire en considérant que des locaux de laboratoires prévus dans deux étages distincts ne correspondaient pas pleinement aux exigences contenues dans le document K3.11, auxquelles la recourante se réfère en réplique, et qui prévoient notamment que les surfaces doivent être " flexibles et facilement adaptables en termes de taille et d'équipement technique" . e) S'agissant du sous-critère 3.1 " Respects des prestations en matière de durabilité " (pondération 9%), la recourante critique principalement l'attribution de la note 4,5 à l'adjudicataire au motif que son offre prévoirait une façade " simple peau " qui ne correspondrait pas au cahier des charges. A cet égard, le tableau récapitulatif des notes précité (Document K9.1) donne la justification suivante: "L'entreprise annonce répondre aux exigences du cahier des charges. Le projet présente des risques en regard de l'octroi effectif du certificat SméO, soit: - énergie grise, dont les valeurs

annoncées sont très proches de la limite - confort visuel, en particulier l'autonomie en lumière naturelle effective est faible (+5% par rapport à la limite), en raison de la grande profondeur de la coursive de la double peau - besoins en chaleur, très proche de la limite". On ne voit pas en quoi serait critiquable l'appréciation selon laquelle l'offre de la recourante remplissait les exigences du cahier des charges (" satisfaisant ") sans avantages particuliers, ce qui correspond à la note 3. Il résulte en effet de l'évaluation du comité – que la recourante ne remet pas en cause sur ce point – que son offre prévoyant une façade double peau répondait aux exigences tout en présentant certains défauts du point de vue énergétique. Pour le surplus, il n'y a pas lieu d'examiner à ce stade les critiques de la recourante en lien avec le fait que l'offre de l'adjudicataire ne prévoyait qu'une façade " simple peau " – ce que la recourante estime contraire à l'appel d'offres. En effet, la recourante ne peut en tirer aucun argument s'agissant de l'évaluation de son offre; or, comme on l'a vu, il convient dans un premier temps uniquement d'examiner si l'exclusion de l'offre de la recourante était justifiée. f) S'agissant du sous-critère 3.2 " Respect des prestations en matière d'acoustique " (pondération 1%), la recourante soutient que l'évaluation de l'autorité intimée, qui lui a attribué la note 2 en raison notamment du problème majeur d'isolation phonique de la façade, repose sur une appréciation erronée de la coursive comme d'un élément intérieur au bâtiment projeté. Il conviendrait au contraire de la considérer comme un élément extérieur entraînant l'application d'une norme acoustique moins exigeante. L'offre de la recourante aurait donc dû être considérée au moins comme conforme au cahier des charges et se voir attribuer la note 3. En réplique, elle a précisé que la coursive proposée par son offre – conçue sur le modèle de celle du projet lauréat du concours d'architecture – devait être considérée comme un élément extérieur puisque les côtés Nord, Est et Ouest sont ouverts à plus de 50% de façon permanente, seul le côté Sud prévoyant des ouvrants. Le tableau récapitulatif des notes (Document K9.1) donne l'explication suivante: "Le projet répond aux exigences sauf pour le problème majeur de l'isolation phonique de la façade. La coursive devant être assimilée à une coursive intérieure, la réverbération dans ces locaux va engendrer un bruit similaire à une cage d'escalier intérieur d'autant plus quand les lamelles sont fermées sur la façade sud (par exemple en cas d'intempéries). La proposition avec une exigence Di de 30 dB ne garantit ainsi pas le confort des utilisateurs. Selon la directive d'application de la commission SIA 181, l'exigence Di devrait être d'au moins 52 dB". Dans sa réponse, l'autorité intimée s'est référée à la pratique relative à l'application de la norme SIA 181 " Protection contre le bruit dans le bâtiment " (FAQ 2015 – Questions et réponses à la norme SIA 181, édit. Novembre 2015) selon laquelle il conviendrait de considérer une coursive comme un élément intérieur du point de vue du bruit avec des exigences de protection plus élevées pour les utilisateurs. Elle a relevé que la coursive prévue par l'offre de la recourante devait être assimilée à un élément intérieur compte tenu de la présence de balustrades, lamelles, planchers, plafonds pleins et du fait que l'évaluation devait prendre en compte la situation la moins favorable (stores fermés). La recourante ne peut d'abord tirer argument du fait qu'elle avait confirmé en réponse à une question de l'autorité intimée que son offre était conforme au cahier des charges sur ce point. Il revient en effet au pouvoir adjudicateur et non au soumissionnaire lui-même d'apprécier la conformité des offres aux exigences formulées. L'appréciation du comité d'évaluation, qui repose notamment sur l'avis d'experts acousticiens, selon laquelle la coursive proposée doit être considérée comme un élément intérieur ne repose à première vue pas sur une mauvaise compréhension du projet ou des normes applicables. Compte tenu de sa conception – qui prévoit certes une ouverture mais uniquement à hauteur de 50% sur trois côtés, la façade sud étant pourvue de

fenêtres – il n'est en effet en tout cas pas exclu d'assimiler la cursive à un élément intérieur du bâtiment s'agissant de l'application de la norme SIA 181. Quoi qu'il en soit, même l'attribution de la note 3 à l'offre de la recourante pour ce sous-critère – dont la pondération était de 1% – ne lui suffirait pas pour remplir les exigences minimales d'aptitude requise, si bien que la recourante ne peut en tirer aucun bénéfice. g) En lien avec le critère 5 " Exigences relatives aux installations techniques " (pondération 10%), la recourante fait valoir dans son recours qu'elle avait confirmé que son offre était conforme au cahier des charges et critique la note de 2 attribuée pour les sous-critères 5.1 (pertinence de la coordination des installations techniques), 5.2 (pertinence des installations CVC [chauffage, ventilation et climatisation]), 5.3 (pertinence des installations sanitaires), et 5.5 (pertinence des installations MCR [mesures, commandes et régulation]). La recourante fait en particulier grief à l'autorité intimée de ne pas avoir pris en considération les fichiers de la maquette numérique de son offre (BIM) qui comprendraient tant des explications sur la coordination des installations techniques que le plan de toiture détaillé desdites installations qui permettrait d'établir l'existence de la réserve de surface exigée par le cahier des charges pour les surfaces de gaines techniques et centrales. Elle fait également valoir un manque de cohérence dans la notation de ces sous-critères; ainsi, il ne serait pas justifié de pénaliser son offre au motif qu'elle ne prévoirait pas de citernes de gaz. Le tableau récapitulatif des notes (Document K9.1) expose ce qui suit s'agissant de l'évaluation de l'offre de la recourante: "Critère 5 – Exigences relatives aux installations techniques

E. 5.1

Pertinence de la coordination des installations techniques L'entreprise s'appuie sur un concept de ventilation qui ne correspond pas au cahier des charges et les réserves demandées dans le cahier des charges ne sont pas vérifiées pour les gaines et la centrale de ventilation en toiture.

E. 5.2

Pertinence des installations CVC [La recourante] ne respecte pas le cahier des charges en termes d'étanchéité des réseaux de ventilation pourtant impérative pour l'animalerie et les TP [travaux pratiques] de chimie. Le concept d'émissions de chaud et de froid présenté n'est pas convaincant en termes de flexibilité et respect des conditions demandées dans certains locaux. La redondance demandée est partiellement absente.

E. 5.3

Pertinence des installations sanitaires [La recourante] n'a pas fourni les informations attendues dans les différents documents rendus pour démontrer la bonne compréhension du cahier des charges et l'adéquation du concept proposé; les citernes de gaz ne sont ni offertes et ni planifiées par leurs soins.

E. 5.5

Pertinence des installations MCR Le dossier de l'entreprise pour le MCR est laconique sur certains aspects essentiels. Les automates offerts ne respectent pas le cahier des charges". D'abord, l'autorité intimée a indiqué avoir tenu compte des éléments techniques de la maquette BIM même s'il ne s'agissait pas d'un critère d'évaluation, ce que rien ne permet de mettre en doute. L'autorité intimée n'a pas excédé son pouvoir d'appréciation en considérant que l'offre de la recourante n'était pas conforme au cahier des charges sous l'angle de la coordination des installations techniques (sous-critère 5.1; pondération 3%). Selon le cahier des charges (document K3.15 – Convention d'utilisation CVSE, ch. 4), une flexibilité des

unités d'utilisation doit être maintenue par le biais de réserves dans les verticalités techniques et sur les centrales de production CVSE. Ces réserves sont de 30% pour les surfaces de gaines techniques et centrales (y compris tableaux électriques), de 10% dans le dimensionnement des besoins du bâtiment lors de la phase partielle de projet. Il faut en outre tenir compte pour dimensionner les réseaux CVS d'une simultanéité de 100% pour l'utilisation des locaux. Or, la recourante ne prétend pas qu'elle aurait d'une quelconque manière chiffré ou détaillé d'une façon clairement reconnaissable la réserve de surface exigée. Il résulte au contraire de ses explications que seule une analyse complète de sa maquette BIM aurait permis aux experts de constater que le plan de toiture comportait une telle réserve. Il n'apparaissait toutefois pas déraisonnable de considérer que l'offre de la recourante n'apportait pas la démonstration du respect de cette exigence. Une appréciation différente ne conduirait pas quoi qu'il en soit à un résultat global différent compte tenu de la pondération de ce sous-critère. S'agissant des éléments de ventilation (sous-critère 5.2, pondération 2%), la recourante n'amène aucun élément permettant de mettre en doute l'appréciation de l'autorité intimée, complétée dans la réponse, selon laquelle son offre n'est pas conforme aux exigences du cahier des charges (document K3.15, ch. 6.2 et 6.7) parce qu'elle ne prévoit pas de séparation des affectations mais au contraire un ensemble de monoblocs de ventilation mutualisés pour toutes les affectations du bâtiment ainsi qu'une absence de redondance de certains éléments. En ce qui concerne les installations sanitaires (sous-critère 5.3, pondération 1.5%), le cahier des charges (document K3.15, ch. 7.8.8) prévoyait la planification de la mise en place de diverses citernes à gaz à l'extérieur du bâtiment par l'intermédiaire du fournisseur actuel de l'UNIL pour permettre l'approvisionnement de différents gaz. Comme l'a relevé l'autorité intimée dans sa réponse (p. 15), la recourante ne pouvait pas inférer du fait que les citernes seraient fournies par un tiers qu'il n'était pas nécessaire de déterminer leur emplacement adéquat. C'est donc à juste titre que l'autorité intimée a considéré que l'offre de la recourante n'était pas conforme au cahier des charges sur ce point. Enfin, s'agissant du sous-critère 5.5. (pondération 1.5%), la recourante ne remet pas en cause le fait que, comme l'a exposé l'autorité intimée dans sa réponse, son offre ne prévoit pas des automates conformes aux exigences du cahier des charges (document K3.15, ch. 8.12) soit des automates redondants permettant des modifications des programmes et des remplacements des modules entrées/sorties lorsqu'ils sont enclenchés (en mode Run). L'appréciation du critère 5 et des sous-critères 5.1, 5.2, 5.3 et 5.5 doivent donc être confirmées. h) S'agissant du sous-critère 7.2 " Qualité de la façade " (pondération 4%), la recourante soutient dans son écriture du 24 mars 2022 qu'elle aurait dû obtenir une note plus élevée que la note 3 qui lui a été attribuée puisque l'expert a évalué positivement le projet de la recourante par rapport à celui du lauréat du concours d'architecture et que la seule critique concernerait le sol des coursives en béton soit un élément qui n'est pas directement en lien avec la qualité de la façade. Le comité d'évaluation a justifié sa notation de la manière suivante: "Le projet reprend le concept du projet lauréat, avec correction de la notion d'espace tampon qui n'était pas convaincant dans le projet 23071933 [lauréat du concours d'architecture]. La proposition d'une "deuxième peau" ouverte et une façade thermique est plus pertinente. Toutefois, le sol des coursives en béton péjore grandement la qualité des espaces situés directement sous les éléments les plus profonds". Au regard de ces explications, on ne voit pas en quoi l'appréciation selon laquelle l'offre de la recourante correspond aux exigences du cahier des charges (note 3) est problématique. En effet, le simple fait d'avoir "résolu" les problèmes liés à une façade double peau ne permet pas de considérer que l'offre de la recourante dépasse les exigences

ou amène quelque chose de supplémentaire par rapport au cahier des charges. En outre, il résulte des remarques du comité d'évaluation qu'il a pris en compte dans ce sous-critère l'ensemble des éléments de façade dont la cursive fait partie. Il n'était donc pas arbitraire de tenir compte de la qualité des espaces. Pour le surplus, et comme on l'a déjà exposé, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant les critiques de la recourante en lien avec l'offre de l'adjudicataire qui prévoit une façade " simple peau ". i) La recourante critique la note de 2,5 attribuée à son offre pour le critère 8.1 " Respect du planning général " (pondération 4%). Elle estime que les échéances du cahier des charges sont respectées par son offre. Sur ce point, le tableau récapitulatif des notes donne l'explication suivante: "Planning clair, mais la date de livraison de l'ouvrage pour la tranche 3 ne correspond pas au jalon défini dans le cahier des charges. Contrairement aux autres candidats, le risque d'anticipation du démarrage de la tranche 2 est à la charge du MO". Dans sa réponse, l'autorité intimée a précisé que l'offre de la recourante proposait une remise d'ouvrage de la tranche 3 en avril 2026 alors que le cahier des charges prévoyait une livraison en décembre 2025. La recourante avait également fait le choix d'anticiper le démarrage de la tranche 2 alors que, selon le cahier des charges, l'activation de cette tranche était liée à l'obtention du permis de construire et du crédit d'ouvrage. Contrairement à ce que fait valoir la recourante en réplique, on ne voit pas en quoi le fait de tenir compte non seulement du respect de la date de livraison de l'ouvrage (août 2026) mais des différentes échéances des tranches résulterait d'un excès du pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée. En effet, le cahier des charges se réfère au " calendrier intentionnel des 3 tranches " (document K2, ch. 3.2) et non seulement au planning général. j) En conclusion, l'autorité intimée n'a pas excédé son important pouvoir d'appréciation en évaluant les critères techniques et organisationnels de l'offre de la recourante et en lui attribuant une note moyenne inférieure à 3. 5. L'exclusion de l'offre de la recourante prononcée par l'autorité intimée ne prête donc pas le flanc à la critique. Ce constat scelle le sort du recours sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs de la recourante. En effet, dès lors que l'offre de la recourante a été valablement exclue de la procédure, celle-ci n'a pas d'intérêt digne de protection à contester l'adjudication, le marché litigieux ne pouvant de toute manière lui être attribué (cf. supra consid. 2).

E. 6

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable et les décisions attaquées confirmées. La recourante, qui succombe, supportera entièrement les frais de la procédure (art. 49 LPA-VD). L'adjudicataire, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel, a droit à une indemnité à titre de dépens, qui sera mise à la charge de la recourante (art. 55 LPA-VD).