

DÉCISION DE LA DIRECTION DES TRAVAUX PUBLICS, DES TRANSPORTS ET DE L'ÉNERGIE

OJ n° 130/2005/6

Berne, le 26 septembre 2005

en la cause liée entre

A. _____
recourante

et



B. _____
intimée

pour adresse C. _____

et

Office des ponts et chaussées, Reiterstrasse 11, 3011 Berne

en ce qui concerne la décision de l'Office des ponts et chaussées du 24 mai 2005 (Lot EM 5.1; ventilateurs pour le tunnel du Raimeux)

I. Faits

1. En décembre 2004, l'Office des ponts et chaussées (OPC) a mis en adjudication, en procédure ouverte, la fabrication et la livraison de divers ventilateurs et accessoires, dont deux ventilateurs axiaux pour la centrale du milieu du tunnel du Raimeux. Ce tunnel, d'une longueur de 3217 m, est situé sur le tronçon Roches-Court de la route nationale A16. Les

critères d'adjudication sont définis comme il suit dans les documents d'appel d'offres¹: prix 45 %; valeur technique, qualité, rentabilité lors de l'exploitation: 40 %; évaluation de l'entreprise, organisation du projet, références: 15 %. Les documents d'appel d'offres donnent en particulier les indications suivantes:

"En exploitation normale, l'air est aspiré directement de l'espace de circulation, tandis qu'en cas d'incendie les fumées doivent être transportées, selon le lieu d'incendie, sur une distance pouvant atteindre 1900 m à travers le conduit de désenfumage situé au-dessus de la dalle intermédiaire. Les ventilateurs doivent par conséquent refouler à des différences très différentes en exploitations "normale" et "incendie". Cela est obtenu par des vitesses de rotation variables. (...) Il doit être possible de démarrer le ventilateur contre une pression jusqu'à 260 Pa² (air froid dans le puits en été). Si cela ne peut pas être réalisé par des ventilateurs à pales fixes (réglage de vitesse), l'entrepreneur doit offrir une solution avec des pales réglables. Dans ce cas, les ventilateurs sont exploités avec des variateurs de fréquence quand-même. Le temps de démarrage doit être inférieur à 90 s. L'entrepreneur doit garantir les conditions de démarrage dans la description technique de l'offre."³ Il est précisé encore dans les documents d'appel d'offres que le ventilateur "doit rester pleinement opérationnel lorsqu'il est soumis à des fumées d'une température de 250° C pendant une période de 120 minutes (certificat d'un organisme de contrôle obligatoire)".⁴

Huit offres ont été présentées, dont celles de la recourante et de l'intimée. Le délai de remise des offres est échu au 7 mars 2005.

2. Par décision du 24 mai 2005, l'OPC a attribué le mandat à l'intimée en tant que soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Il a considéré que toutes les offres qui proposent des ventilateurs à pales fixes pour la centrale "milieu" ont été analysées, mais ne sont pas prises en considération dans la comparaison des offres pour des raisons de non-conformité aux prescriptions techniques, soit:

- les conditions de démarrage ne peuvent pas être respectées, ou;
- les garanties n'ont pas été livrées, ou;
- le dossier d'offre ne permet pas de se prononcer sur les respects des garanties.

¹ document d'appel d'offres du 22 novembre 2004, partie A, point 4 (dossier de l'OPC p. 14)

² pascal, unité de pression

³ document d'appel d'offres, partie B, point 3.3 (dossier de l'OPC p. 32 s.)

⁴ document d'appel d'offres, partie B, point 5.3.1 (dossier de l'OPC p. 43)

L'offre de la recourante a proposé des pales fixes et n'a pas été prise en considération.

3. La recourante a interjeté recours auprès de la TTE⁵ par écriture du 1^{er} juin 2005. Elle conclut en substance à l'annulation de la décision de l'OPC. Elle fait valoir que les ventilateurs qu'elle propose sont en mesure de démarrer contre une pression de 260 Pa, et ce en 60 s. environ. Elle expose que le démarrage est possible à tout moment dans de bonnes conditions en utilisant les registres d'isolement montés dans l'installation. Le démarrage s'effectuerait contre les registres fermés, jusqu'à ce que la contre-pression soit dépassée (environ 2 à 3 secondes), puis les clapets seraient ouverts progressivement. La recourante propose un essai en usine. Elle ajoute qu'à sa connaissance, il n'existe pas de ventilateurs de cette taille et à pales réglables qui aient obtenu une certification de tenue au feu (250° C, 120 min.) suite à des essais d'incendie en conditions réelles. Finalement, elle est d'avis que les coûts d'exploitation de ce type de ventilateurs dépassent très rapidement leur prix d'achat et que, par contre, les frais d'entretien des ventilateurs entraînés par variateur de fréquence sont extrêmement réduits.

4. Par réponse du 9 août 2005, l'intimée a conclu en substance au rejet du recours. Elle expose être en mesure d'exécuter le contrat de façon soigneuse.

5. Par préavis du 9 août 2005, l'OPC a conclu au rejet du recours. Il fait valoir que l'offre de la recourante ne donne pas de garanties quant au comportement des ventilateurs au démarrage, ni même ne décrit ce comportement, alors que cela est exigé dans les documents d'appel d'offres⁶. Il relève que la communauté d'ingénieurs chargée des évaluations a elle-même retenu qu'aucune offre avec pales fixes ne répond aux exigences posées. Quant aux arguments techniques développés dans le recours, l'OPC fait remarquer qu'ils sont absents de l'offre de la recourante. Pourtant l'OPC, d'entente avec la communauté d'ingénieurs mandatée, se serait efforcée de répondre à toutes questions posées par les soumissionnaires. Il ajoute qu'il est en revanche possible de comparer les deux offres de l'entreprise adjudicataire, soit "pales fixes d'une part et "pales réglables" d'autre part.

⁵ Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie

⁶ partie B, point 9.1 (dossier de l'OPC p. 54)

II. Considérants

1. Recevabilité

a) Selon l'art. 12 LCMP⁷, les décisions des autorités adjudicatrices cantonales peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Direction compétente du Conseil-exécutif. La TTE est compétente pour traiter du présent recours, dès lors qu'il est dirigé contre une décision émanant de l'OPC.

b) La recourante, dont l'offre n'a pas été prise en considération dans l'évaluation, a un intérêt digne de protection à ce que la décision soit annulée ou modifiée. Elle a donc qualité pour recourir (art. 65 LPJA⁸).

c) Le délai de recours est de dix jours (art. 14 al. 1^{er} LCMP). Le recours a été interjeté dans ce délai. Le recours est donc recevable quant à la forme.

d) Les violations du droit, y compris celles qui sont commises dans l'exercice du pouvoir d'appréciation, ainsi que la constatation inexacte ou incomplète des faits peuvent être invoqués dans le recours (art. 14 al. 2 LCMP). En revanche, le grief d'inopportunité ne peut pas être objet du recours⁹.

2. Démarrage en cas d'incendie

a) La recourante fait valoir que son système à pales fixes permet, tout aussi bien qu'un système à pales réglables, un démarrage correct des ventilateurs en cas d'incendie. Pour contrer le problème de la haute pression, il suffirait de jouer avec la fermeture et l'ouverture progressive des registres ou couvercles. L'OPC objecte que la recourante n'a pas donné de garanties ni même décrit le comportement de ses ventilateurs au démarrage.

b) L'art. 7 LCMP prescrit que pour toutes les procédures d'adjudication, il y a lieu de garantir, dans une même mesure, le libre accès au marché à l'ensemble des soumission-

⁷ loi du 11 juin 2002 sur les marchés publics, LCMP, RSB 731.2

⁸ loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives, LPJA, RSB 155.21

⁹ décision de la TTE OJ n° 130/2005/1 du 18 août 2005 en la cause S. et consort et I. et consorts, consid. 1d

naires et de tenir compte du principe d'économie. Selon l'art. 12 al. 1^{er} OCMP¹⁰, l'adjudicateur ou l'adjudicatrice détaille les spécifications techniques requises dans les documents d'appel d'offres. Les critères d'adjudication doivent également être consignés dans les documents d'appel d'offres (art. 30 al. 2 OCMP). En vertu de l'art. 24 al. 1^{er} let. b OCMP, l'adjudicateur ou l'adjudicatrice peut exclure de la procédure un ou une soumissionnaire dont l'offre ne correspond pas à l'appel d'offres ou aux documents y relatifs, ou ne remplit pas les exigences essentielles de forme.

c) Lorsqu'il s'agit de l'appréciation matérielle d'une offre, les autorités adjudicatrices disposent d'une grande liberté d'appréciation. Celui-ci est d'autant plus étendu que l'appréciation requiert des connaissances techniques particulières. Dans l'appréciation, la composante subjective est par ailleurs inévitable. Ainsi, les autorités de recours s'imposent une certaine retenue et se bornent à sanctionner l'arbitraire (excès ou abus du pouvoir d'appréciation) et le non-respect des règles de procédures. Le seul fait que l'autorité adjudicatrice, sur la base du pouvoir dont elle dispose, aurait pu procéder à une appréciation différente, ne suffit pas à conclure à l'admission d'une discrimination ou d'une inégalité de traitement à l'encontre de la concurrente évincée.¹¹ En particulier, si l'appréciation effectuée concorde avec les exigences formulées dans les documents d'appel d'offres, la TTE ne remet pas en cause la validité de la décision attaquée, ce d'autant plus que le contrôle de l'opportunité est exclu¹².

En revanche, dans l'intérêt de la comparabilité des offres et eu égard au principe de l'égalité de traitement, la pratique se montre stricte en ce qui concerne l'exclusion des offres incomplètes. Il s'agit d'assurer qu'aucun soumissionnaire ne soit favorisé et que l'autorité adjudicatrice dispose d'une base de décision claire et intelligible. Cependant, en vertu du principe de la proportionnalité et de la protection de la bonne foi, si le manque est insignifiant et excusable, qu'il peut être corrigé facilement et sans porter atteinte au principe de la concurrence loyale, il n'y aura alors pas lieu d'exclure le soumissionnaire. Inversement, les manques qui empêchent une appréciation sérieuse et objective de l'offre sont réhabilitaires.¹³

¹⁰ ordonnance du 16 octobre 2002 sur les marchés publics, OCMP, RSB 731.21

¹¹ ATF 125 II p. 86 ss, consid. 6; JAB 2004 p. 348 ss, consid. 6.1.2

¹² décision de la TTE OJ n° 130/2005/1 du 18 août 2005 en la cause S. et consort et I. et consorts, consid. 2

¹³ Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2003, n. 247 et 248

d) En l'occurrence, l'OPC a souligné, dans les documents d'appel d'offres, l'importance de la question du type de pales de la façon suivante: "Il doit être possible de démarrer le ventilateur contre une pression jusqu'à 260 Pa. Si cela ne peut pas être réalisé par des ventilateurs à pales fixes, l'entrepreneur doit offrir une solution avec des pales réglables."¹⁴ Le critère d'adjudication de la valeur technique, en particulier, est subdivisé selon les sous-critères suivants dans le tableau d'évaluation des offres selon les critères d'adjudication¹⁵:

- matériaux
- appréciation des ventilateurs axiaux centrale milieu
- appréciation des ventilateurs axiaux galerie de sécurité
- rendements ventilateurs axiaux centrale milieu (moyen le long des paraboles de l'installation)
- rendements ventilateurs axiaux galerie de sécurité (dans le point de fonctionnement "normal, ventilation des locaux techniques en marche")
- pertes de charge des ventilateurs axiaux dans la centrale milieu en roue libre
- appréciation de la construction du clapet principal
- dispositif de mesure
- montage
- planning

Cette énumération ne concerne pas seulement les ventilateurs litigieux, mais aussi d'autres parties de l'installation; de plus, la question du type de pales n'y apparaît pas. Il en résulte que cet aspect ne fait pas partie des critères d'adjudication proprement dits, mais qu'il constitue une spécification technique au sens de l'art. 12 OCMP. Autrement dit, le type de pales est une question que les offres doivent résoudre préalablement de sorte à pouvoir participer à l'évaluation selon les critères d'adjudication eux-mêmes. Il incombe à l'adjudicateur de définir quelles exigences techniques sont décisives à ses yeux¹⁶. Si un ou une soumissionnaire s'écarte de ces exigences, il ou elle doit démontrer l'équivalence de ses spécifications techniques (art. 12 al. 3 OCMP).

e) Dans son offre, la recourante ne s'est pas prononcée sur la question du choix entre pales fixes et pales réglables ni n'a livré d'analyses et de schémas comparatifs, contrairement à l'intimée. Les schémas qu'elle a produits sont moins nombreux, moins détaillés et moins probants. La recourante pouvait aussi poser toutes questions en rapport avec le type de pales préalablement au dépôt de son offre (art. 13 OCMP)¹⁷. L'analyse de la communauté d'ingénieurs va dans le même sens que celle de l'intimée¹⁸. En substance, le degré d'efficacité des ventilateurs à pales réglables est plus élevé que celui des ventila-

¹⁴ document d'appel d'offres, partie B, point 3.3 (dossier de l'OPC p. 33)

¹⁵ document d'appel d'offres, partie D, annexe 10, figurant également comme annexe à la décision attaquée

¹⁶ décision de la TTE OJ n° 130/2005/2 du 13 juin 2005 en la cause P. et consort et K. et consorts, consid. 4b

¹⁷ dossier de l'OPC p. 82 ss

¹⁸ cf. échange de courriels OPC - communauté d'ingénieurs 23 et 24 mars 2005 (dossier de l'OPC p. 328 s.)

teurs à pales fixes s'agissant de contrer une haute pression lors du démarrage. Ce point présente une importance particulière en cas d'incendie, où les ventilateurs doivent démarrer à coup sûr et rapidement. Le démarrage des ventilateurs à pales fixes risque de ne pas avoir lieu, car à faible vitesse de rotation, il leur est difficile de contrer une pression élevée – contrairement aux ventilateurs à pales réglables. Le désenfumage du tunnel serait alors compromis.

f) Au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, la TTE n'a pas de raison de conclure à un excès ou à un abus du pouvoir d'appréciation de l'OPC en ce qu'il a écarté les offres portant sur des pales fixes. Cette conclusion, qui au demeurant fait appel à des connaissances techniques particulières, apparaît en tous les cas plausible. Les exigences relatives au type de pales ont été formulées clairement dans les documents d'appel d'offres. L'offre de la recourante ne correspondait pas à ces exigences préalables dès lors qu'elle n'a pas démontré l'équivalence du système à pales fixes quant au démarrage en cas d'incendie. Au vu de l'enjeu (désenfumage en cas d'incendie), ce manque ne peut ni être considéré comme insignifiant ni être facilement corrigé. C'est donc à juste titre que l'OPC n'a pas pris en considération l'offre de la recourante, conformément à l'art. 24 al. 1^{er} let. b OCMP. Au demeurant, l'exclusion d'un soumissionnaire peut intervenir soit formellement, au moyen d'une décision séparée, soit implicitement comme en l'espèce, par l'adjudication à un autre soumissionnaire¹⁹. En définitive, l'argumentation de la recourante n'est pas de nature à remettre en question la décision de l'OPC. Le recours est rejeté sur ce point.

3. Résistance au feu

a) La recourante invoque en second lieu qu'aucun ventilateur à pales réglables n'a obtenu une certification de tenue au feu (250° C pendant 120 minutes) suite à des essais d'incendie en conditions réelles. L'OPC ne prend pas particulièrement position sur ce point, il se borne à relever que la recourante n'avait pas invoqué cet argument dans son offre.

b) Les documents d'appel d'offres exigent expressément que le ventilateur reste pleinement opérationnel lorsqu'il est soumis à des fumées d'une température de 250° C pendant

¹⁹ Galli / Moser / Lang, n. 223

une période de 120 minutes (certificat d'un organisme de contrôle obligatoire)²⁰. Il est précisé dans le même document²¹ que la résistance au feu "devra être garantie par certificat pour le ventilateur complet. Si cela n'est pas possible, le fournisseur devra apporter la preuve au moyen d'un essai que le ventilateur axial complet répond aux prescriptions exigées. Le coût de cet essai sera à la charge du fournisseur." Dans la phase des renseignements supplémentaires au sens de l'art. 13 OCMP, la question a été posée de savoir si un certificat de résistance au feu existant pour un ventilateur similaire est suffisant ou s'il faut un certificat d'un test réalisé en particulier pour le ventilateur offert. La réponse était qu'un certificat d'un ventilateur comparable dans sa construction et sa puissance est admis et que l'entrepreneur reste responsable que le ventilateur fonctionne en cas d'incendie pendant l'exploitation (norme SIA 118)²². L'intimée a joint à son offre divers certificats relatifs à la résistance au feu et autres documents. Il résulte de cette documentation ainsi que des explications formulées par l'intimée dans son offre que des ventilateurs à pales fixes ont été testés à 250° C pendant 120 minutes. Elle conclut que s'il est nécessaire de faire un test pour le ventilateur de l'offre, cela suppose un coût additionnel. Pour sa part, la recourante n'a pas fourni de certificat de résistance au feu; elle annonce qu'un essai sera effectué en cas de commande.

c) Il apparaît qu'il n'y a pas au dossier de certificat à 250° C pendant 120 minutes pour un ventilateur à pales réglables de construction et puissance comparables. Néanmoins, d'après les documents d'appel d'offre, si la production d'un certificat n'est pas possible, celui-ci peut être remplacé par un essai dont le coût est compris dans le contrat. Au vu de la clarté de ces documents, un essai est à tout le moins indispensable, faute de certificat probant. Il est tout aussi clairement précisé que le coût de cet essai est à la charge du fournisseur, contrairement à la proposition de l'adjudicataire. La partie générale des documents d'appel d'offres²³ est également limpide, elle dispose que tous les coûts et frais relatifs à la vérification des valeurs de garantie énumérées dans la partie B, point 7.2²⁴, sont à la charge du fournisseur. Ces multiples mentions habilitent largement l'OPC à exiger la gratuité de l'essai. De ce point de vue, la proposition contraire de l'intimée peut être considérée comme un manque peu important, dès lors qu'il porte sur une modalité davantage

²⁰ document d'appel d'offres, partie B, point 3.3 (dossier de l'OPC p. 43)

²¹ partie B, point 7.2.3 (dossier de l'OPC p. 51)

²² dossier de l'OPC p. 83

²³ partie A, points 7.2 et 7.3, (dossier de l'OPC p. 17)

²⁴ dont l'essai de résistance au feu fait partie, cf. note 21 ci-dessus

que sur un principe. Cependant, vu la confusion probable qui s'est opérée dans l'offre de l'intimée en relation avec le contenu des documents d'appel d'offres, il convient de préciser que celle-ci devra de toute façon effectuer un essai à ses frais. De la sorte, ce manque est facilement corrigible. Il s'agit d'une mise au point des circonstances données qui ne porte pas atteinte au jeu de la concurrence.

d) En définitive, la TTE n'a pas non plus de raison de conclure à un excès ou à un abus du pouvoir d'appréciation de l'OPC en ce qui concerne la question de la résistance au feu et le recours doit être rejeté sur ce point également. Au regard du principe de la proportionnalité, le fait que l'intimée a fixé à tort un coût à l'essai ne justifierait pas son exclusion au sens de l'art. 24 al. 1^{er} let. b OCMP. Par souci de clarté et d'économie de la procédure, il y a lieu de constater expressément dans le dispositif de la présente décision que l'adjudicataire devra procéder à ses frais à un essai de résistance au feu sur les deux ventilateurs axiaux à pales réglables de la centrale milieu.

4. Coûts d'exploitation

a) La recourante fait valoir que la maintenance des ventilateurs à pales réglables revient beaucoup plus cher que celle des ventilateurs à pales fixes. L'OPC relève que la recourante n'avait pas invoqué cet argument dans son offre.

b) Il est justifié que l'OPC n'ait pris en considération que les offres portant sur des installations à pales réglables, excluant les autres offres au sens de l'art. 24 al. 1^{er} let. b LCMP (cf. consid. 2f ci-dessus). Dès lors, la question d'une comparaison des coûts d'exploitation entre les deux types de ventilateurs n'est pas pertinente, elle n'a pas à être tranchée. Il incombe à l'adjudicateur de définir quelles exigences techniques sont décisives (cf. consid. 2d ci-dessus). On ne saurait lui reprocher d'avoir privilégié la sécurité et de vouloir s'assurer l'efficacité de la solution à cet égard, ce d'autant plus qu'il s'agit d'un tunnel. Le potentiel de danger d'incendie de ce genre d'ouvrage est élevé et les conséquences d'un incendie mal maîtrisé peuvent être particulièrement nuisibles. Au demeurant, d'autres tunnels dans le canton sont déjà équipés de ventilateurs à pales réglables. En définitive, le recours doit également être rejeté sur ce point.

5. Frais

Les frais de la procédure sont fixés, selon l'usage de la TTE, à un émolument de 1'400 fr. En vertu de l'art. 108 al. 1 LPJA, les frais de la procédure sont mis en règle générale à la charge de la partie qui succombe. La recourante doit donc supporter les frais.

III. Décision

1. Le recours du 1^{er} juin 2005 est rejeté. La décision d'adjudication de l'OPC du 24 mai 2005 est confirmée.
2. Il est constaté que l'intimée devra procéder à ses frais à un essai de résistance au feu sur les deux ventilateurs axiaux à pales réglables de la centrale milieu.
3. Les frais de la procédure sont fixés à 1'400 fr. Ils sont mis à la charge de la recourante. Une facture séparée lui sera notifiée dès l'entrée en force de la présente décision.

IV. Notification

- A._____, par acte judiciaire
- C._____, par acte judiciaire
- Office des ponts et chaussées, par courrier interne

DIRECTION DES TRAVAUX PUBLICS,
DES TRANSPORTS ET DE
L'ÉNERGIE
La directrice

B. Egger-Jenzer, conseillère d'Etat