

# FR\_GERICHTE 602 2012 77 vom 31. August 2012

FR Kantonsgericht, 2012-08-31, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_602\\_2012\\_77](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2012_77)

FR: FR\_GERICHTE 602 2012 77 du 31 août 2012

IT: FR\_GERICHTE 602 2012 77 del 31 agosto 2012

## Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

## Erwägungen

### E. 1

Pertinence et singularité de la démarche (40%);

### E. 2

Composition de l'équipe de projet et capacité à articuler de manière inédite trois types de compétences: techniques, sociales et esthétiques (30%);

### E. 3

Qualité des références proposées au sein de l'équipe (30%); Le chiffre 5.5 du programme spécifiait que le dossier de candidature devait contenir un document rédigé en français, sur format A4 vertical, présentant l'approche et la démarche personnelle du candidat de la problématique exposée, ce texte pouvant être accompagné de schémas explicatifs, illustrations libres ou images sur format A4 vertical ou A3 horizontal. B. Le 23 juin 2011, les sociétés A.\_\_\_\_\_ SA et B.\_\_\_\_\_ AG (ci-après E.\_\_\_\_\_) ont déposé leur dossier de candidature, accompagné d'une lettre critique de F.\_\_\_\_\_ sur la pertinence des mandats d'étude parallèle, sa préférence allant visiblement aux concours. S'agissant du critère "Approche et démarche personnelle du candidat", le dossier présenté s'est limité à affirmer qu'il s'agissait de la démarche habituelle des architectes, sans aucune indication concrète sur la manière dont le soumissionnaire envisageait de traiter l'objet du marché. C. Dans un document intitulé "Rapport de sélection des candidatures" établi en juillet 2011 par le Collège d'experts (jury), cinq équipes pluridisciplinaires ont été proposées au maître de l'ouvrage pour l'attribution de mandats d'étude parallèle en premier degré. E.\_\_\_\_\_ n'en fait pas partie. Le Collège d'expert a mentionné, s'agissant du critère de la démarche, qu'il avait pris "en compte la forme de la démarche proposée, la capacité d'aborder la problématique d'une manière prospective dans l'optique de proposer des thèmes d'exploration". Le fait d'énoncer uniquement des éléments constitutifs du site et du contexte n'était, à son avis, pas suffisant. Sur un autre plan, des idées de projet "formaliste" révélaient, selon lui, une méthode d'approche de la problématique "peu consistante". Selon le tableau d'évaluation du 14 juillet 2012, E.\_\_\_\_\_ a obtenu 210 points, soit le 14ème et dernier rang, alors que les cinq équipes pluridisciplinaires retenues ont reçu entre 450 et 409 points.

- 3 - D. Le 29 juillet 2011, la Commune de C.\_\_\_\_\_ a informé E.\_\_\_\_\_ qu'il n'avait pas été retenu pour participer à la deuxième phase du marché public. E. Le 8 août 2011, E.\_\_\_\_\_ a recouru devant le Préfet du district de la Sarine contre la décision de

non-qualification du 29 juillet 2011. Pour l'essentiel, le recourant s'est plaint d'une violation de la norme SIA 143/2009 et spécialement de son chiffre 7.2 qui prévoit que la sélection doit s'effectuer sur la base de critères d'aptitude en excluant toute proposition de solution. Le 10 août 2011, constatant que les conclusions du recours n'étaient pas clairement explicitées et qu'il manquait un exemplaire de la décision attaquée, la préfecture a imparti au recourant un délai de 10 jours pour remédier aux irrégularités. Le recourant a déposé, le 22 août 2011, un mémoire complémentaire dans lequel il a conclu, principalement, à l'annulation de la décision attaquée et à ce qu'un mandat d'étude parallèle lui soit attribué, E. \_\_\_\_\_ étant, à son avis, le seul bureau d'architectes à avoir répondu de manière conforme au critère "pertinence et singularité de la démarche". Subsidiairement, le recourant a requis l'annulation de la décision attaquée et le renvoi de la cause à la Commune de C. \_\_\_\_\_ pour nouvelle décision dans le sens des considérants. F. Le 14 septembre 2011, le Lieutenant de préfet de la Sarine a refusé d'accorder l'effet suspensif au recours au motif que les chances de succès de celui-ci paraissaient faibles. Ce prononcé a été annulé sur recours de E. \_\_\_\_\_ par le Tribunal cantonal, le

## **E. 6**

décembre 2011, et l'effet suspensif a été accordé pour la procédure devant le préfet. Le Tribunal cantonal a estimé qu'au vu des questions qui restaient ouvertes, il n'était pas possible de constater l'absence de chance de succès du recours sur la base d'un simple examen prima facie du dossier. G. Par décision du 6 juin 2012, le Lieutenant de préfet de la Sarine a déclaré le recours irrecevable. Tout en constatant que la procédure de sélection - qui demandait aux candidats de fournir des propositions de solution - violait manifestement l'art. 7.2 de la norme SIA 143/2009 (qui interdit expressément cette pratique), il a estimé que le recourant ne pouvait plus invoquer cette irrégularité au stade du recours contre la décision de non-qualification, mais aurait dû agir immédiatement contre la décision d'appel d'offres. Il était contraire à la bonne foi d'attendre la décision finale sur la procédure sélective pour invoquer le défaut qu'il était possible de faire valoir dès la publication du programme. L'autorité de recours a considéré que l'irrégularité était suffisamment évidente pour que le recourant s'en rende compte immédiatement et que le défaut n'était pas à ce point fondamental qu'il faisait apparaître tout le processus de passation du marché comme étant irrémédiablement vicié. H. Agissant le 18 juin 2012, E. \_\_\_\_\_ a contesté devant le Tribunal cantonal la décision d'irrecevabilité du 6 juin 2012 dont il demande l'annulation sous suite de frais et dépens. Il conclut principalement à ce que la Cour: ■ annule la décision de la Commune de C. \_\_\_\_\_ du 5 août 2011; ■ constate que seul le dossier de candidature du E. \_\_\_\_\_ répond au critère "pertinence et singularité de la démarche" de manière conforme aux normes légales et réglementaires de la procédure applicable au marché public "D. \_\_\_\_\_";

- 4 - ■ constate que si la Commune de C. \_\_\_\_\_ avait respecté les normes légales et réglementaires de la procédure sélective applicable au marché public "D. \_\_\_\_\_", le consortium recourant aurait obtenu les points nécessaires pour que lui soit adjugé un mandat d'étude parallèle; ■ dise qu'en conséquence, un mandat d'étude parallèle est adjugé au consortium recourant. Subsidiairement, le recourant conclut au renvoi de la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants. A l'appui de ses conclusions, le recourant fait valoir tout d'abord que le vice invoqué dans son recours devant le préfet découlait de la décision de non-qualification et non de l'appel d'offres. En effet, à son avis, il était possible d'interpréter le critère "pertinence et singularité de la

démarche" dans un sens conforme à l'art. 7.2 SIA 143/2009, de sorte que l'irrégularité se trouve dans la décision de la commune d'accepter des dossiers qui proposaient des "pistes de projet" et non pas dans la décision d'appel d'offres. Preuve en est que le Collège d'experts est entré en matière sur la candidature du recourant (qui ne fournissait aucune proposition de solution) et que le Président de la Commission SIA 142/143 interrogé sur la validité du critère a considéré qu'il était seulement "ambigu". Par ailleurs, à supposer que le vice découlait déjà de l'appel d'offres, le recourant estime qu'il était encore en droit de l'invoquer au stade du recours contre la décision de non-qualification dans la mesure où l'irrégularité n'était pas particulièrement évidente ou manifeste. Il affirme n'avoir pu se rendre compte du vice qu'à la lecture des dossiers des autres candidats, figurant dans le rapport de sélection émis par la commune postérieurement à la publication de l'appel d'offres. Ce n'est qu'à ce moment que le recourant s'est rendu compte que l'adjudicateur n'avait pas respecté les prescriptions de la norme SIA en acceptant des soumissions qui lui étaient contraires. Le recourant rappelle également que, consulté sur la validité du critère, le Président de la Commission SIA 142/143 s'est borné à dire qu'il était ambigu car sujet à interprétation. Il est exclu dès lors d'admettre que le défaut était évident et devait être contesté immédiatement par un recours contre la décision d'appel d'offres. Au surplus, selon le recourant, un recours contre la décision de non-qualification est recevable, car le vice affectant la décision d'appel d'offres fausse gravement toute la procédure de passation du marché. A son avis, si le critère "pertinence et singularité de la démarche" avait été appliqué d'une manière conforme à la Norme SIA 143/2009, les autres candidats auraient dû être écartés et seul le recourant aurait pu obtenir des points à ce titre. Ayant répondu correctement à ce critère, ce dernier aurait dû recevoir au moins la note 4. Il aurait ainsi reçu 310 points et serait passé en tête, les autres candidats – qui ne devait recevoir aucun point pour ce critère – voyant leur total réduit à 270, 255, 252 et 249 points. I. Le 4 juillet et le 6 août 2012, l'autorité intimée et la Commune de C.\_\_\_\_\_ ont fait savoir qu'elles n'avaient pas d'observations particulières à formuler sur le recours dont elles concluent au rejet en se référant aux considérants de la décision attaquée.

- 5 - e n d r o i t 1. a) a) Déposé dans le délai de 10 jours (art. 35 du règlement sur les marchés publics; RMP; RSF 122.91.11) et les formes prescrits, le recours est recevable en vertu de l'art. 2 de la loi sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1). Le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière sur ses mérites. b) Selon l'art. 16 al. 1 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2), le recours devant le Tribunal cantonal peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (lettre a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (lettre b). Le grief d'inopportunité ne peut pas être invoqué (art. 16 al. 2 AIMP). c) Dans la mesure où l'autorité intimée a constaté l'irrecevabilité du recours visant la décision de non-qualification, le seul objet de la présente procédure est de déterminer si elle était en droit ou non de ne pas entrer en matière sur ce recours (ATC 602 11 34 du 8 août 2012, 1A 06 116 du 12 février 2007). 2. a) En premier lieu, il convient d'emblée de constater avec l'autorité intimée que le recourant s'en prend exclusivement au critère de sélection intitulé "Pertinence et singularité de la démarche" (au bénéfice d'une pondération de 40 %) figurant sous chiffre 5.6 du Programme de la procédure sélective. Contrairement aux affirmations du consortium recourant, ses critiques ne concernent pas la décision de non-qualification en tant que telle, mais bien la décision d'appel d'offres. En effet, la portée du critère litigieux a été expliquée clairement sous ch. 5.5 dudit programme: il est indiqué qu'il est attendu un document rédigé en français présentant "l'approche et la démarche personnelle du candidat de la problématique

exposée", le texte pouvant être accompagné de schémas explicatifs, illustrations libres ou images sur format A4 vertical ou A3 horizontal. Il apparaît ainsi que la volonté exprimée nettement par l'adjudicateur dans l'appel d'offres a été d'effectuer la sélection des candidats pour l'attribution des mandats d'étude parallèle sur la base des "thèmes d'exploration" qu'il ont fournis (cf. rapport de sélection des candidatures) ou, comme le dit le recourant, sur la base de "pistes de projet". La simple lecture du programme explicite sans la moindre ambiguïté les attentes de l'adjudicateur et la nature de ses critères de sélection. Ce texte limpide n'est pas sujet à interprétation. En d'autres termes, on ne peut pas suivre le recourant lorsqu'il prétend que ses critiques concernant le non-respect de la norme SIA 143/2009 ne viseraient que la décision de non-qualification et non pas l'appel d'offres, sous prétexte que l'appel d'offres pourrait encore être interprété dans un sens conforme à la norme SIA. Tel n'est manifestement pas le cas. En réalité, le texte de l'appel d'offres est sans équivoque. La meilleure preuve en est que 13 candidats sur 14 l'ont compris dans le même sens. Quant au recourant, la réponse qu'il a fournie pour répondre à ce critère ("nous travaillons en architecte tout simplement..") est tellement générale et superficielle qu'on ne peut pas croire qu'il n'a pas vu, déjà au stade de l'appel d'offres, la volonté véritable de l'adjudicateur. Sa réponse est une simple provocation qui prouve qu'il avait bien compris le sens de l'appel d'offres.

- 6 - Quant à la déclaration du président de la Commission SIA 142/143 selon laquelle le critère "pertinence et singularité de la démarche" serait ambigu, il faut considérer qu'il s'agit d'une réponse diplomatique d'une autorité qui n'est pas directement concernée par un conflit et qui ne veut pas forcément s'en mêler. b) Il résulte de ce qui précède que le grief de violation de la norme SIA 143/2009 constitue une remise en cause, au stade de la décision de non-qualification, d'un critère de sélection correctement rendu public dans la décision d'appel d'offres. Or, selon la jurisprudence, 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). Certes, convient-il, en principe, 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. 4.3 p. 247). En l'occurrence, le recourant ne peut pas sérieusement prétendre que l'irrégularité n'était pas évidente et qu'il n'en a eu conscience qu'après lecture du rapport du Collège d'experts de juillet 2012. Comme il a été dit ci-dessus, le texte de l'appel d'offres était clair. Le recourant, rompu aux procédures de concours depuis plus de 40 ans, ne pouvait pas ignorer qu'on attendait de lui qu'il formule des "pistes de projet". D'ailleurs, il aurait été aberrant d'attribuer une pondération de 40 % pour les platitudes qu'il a osé écrire au titre du critère "pertinence et singularité de la démarche". Si l'on tient compte du texte de l'appel d'offres, explicité par le chiffre 5.5 du programme, et de la pondération très importante attachée à ce critère, il ne fait aucun doute que le recourant connaissait dès l'appel d'offres la portée des exigences de l'adjudicateur à ce propos. Le recourant était donc de mauvaise foi en attendant la décision de non-qualification pour contester la validité du critère de sélection, alors qu'il aurait pu agir immédiatement contre l'appel d'offres. 3. a)

Exceptionnellement, une contestation des éléments de l'appel d'offres reste recevable au stade du recours visant la décision finale d'adjudication ou de sélection si est invoqué un défaut fondamental de procédure à ce point grave qu'il exclut le déroulement de l'adjudication dans des conditions acceptables et fait apparaître tout le processus de passation du marché comme étant irrémédiablement vicié (ATC 602 11 24 du 27 juin 2011, 2A 99 15 du 18 juin 1999). Tel est le cas lorsque les principes de base du droit des marchés publics, notamment les principes de non-discrimination ou de transparence, sont bafoués à un degré tel qu'il n'est tout simplement plus possible d'admettre qu'une adjudication puisse être prononcée. Dans ces situations, toute la procédure de passation du marché doit en principe être annulée et pas seulement la décision d'adjudication, respectivement de non-qualification. b) Les mandats d'étude parallèle constituent une procédure de mise en concurrence au cours de laquelle un maître d'ouvrage soumet simultanément à plusieurs prestataires

- 7 - l'étude d'un problème de planification afin d'identifier la meilleure solution, voire d'en confier la poursuite à l'auteur de celle-ci. A l'image du concours, les propositions des participants sont soumises à l'appréciation d'un collège composé de professionnels de la branche et de personnes indépendantes de l'organisateur. A la différence du concours, tous les participants sont rémunérés pour la fourniture de leur proposition de solution dont l'appréciation n'est traditionnellement pas anonyme. En raison de son caractère non anonyme, cette forme de mise en concurrence permet un dialogue direct et interactif avec les professionnels de l'architecture et de l'ingénierie et convient à l'élaboration de solutions devant répondre à des programmes complexes dont les termes de référence ne peuvent être préalablement déterminés de manière suffisante et définitive (cf. Préambule norme SIA 143/2009). En d'autres termes, pour qu'un mandat d'étude parallèle soit admissible, il faut que la complexité du marché visé place le maître d'ouvrage dans l'impossibilité de décrire les moyens à mettre en œuvre par les prestataires pour satisfaire ses besoins, que ce soit sous la forme de documents d'appel d'offres ou d'un programme de concours. Il s'ensuit qu'un dialogue interactif et itératif doit pouvoir s'instaurer entre maître et architectes ou ingénieurs, qui permette d'identifier tant les contraintes à respecter que les solutions à apporter (cf. sur ces questions, JACQUES DUBEY, Les nouveaux règlements SIA-142 et 143 édition 2009, in *Marchés publics 2010*, Zurich 2010, p. 169 ss, notamment p. 196 et 197). L'art. 9 al. 1 let. hbis RMP, consacré à la procédure de gré à gré, prévoit qu'indépendamment de la valeur du marché, l'adjudicateur peut adjuger un marché directement, sans lancer d'appel d'offres, si l'adjudicateur déclare par avance son intention d'adjuger le marché au lauréat d'un concours de projet ou portant sur les études et la réalisation ou au lauréat d'un mandat d'étude parallèle. Cette disposition est la seule base réglementaire qui reconnaisse expressément la légalité des mandats d'étude parallèle. L'accord intercantonal sur les marchés publics n'en fait pas mention, de sorte que la question de son admissibilité peut théoriquement se poser. Toutefois, la doctrine et la jurisprudence des cantons ont admis que cette forme de passation de marché constitue une variante valable soit de la procédure de concours – dont il est admis qu'elle puisse conduire à une adjudication de gré à gré – soit de la procédure sélective (cf. P. GALLI, A. MOSER, E. LANG, E. CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zurich 2007, 2ème éd. N° 666 ss et les références). Il ne fait pas de doute que, lorsque l'adjudicateur annonce d'emblée, comme en l'espèce, vouloir attribuer le mandat subséquent au lauréat, l'institution des mandats d'étude parallèle se rapproche beaucoup du concours. La différence tient essentiellement, d'une part, dans le fait que les candidats sélectionnés sont rémunérés pour

leur prestation et, d'autre part, dans l'absence d'anonymat, synonyme de dialogue entre les parties pendant la phase d'élaboration des études. Ces deux différences sont justifiées par la nature particulière des mandats d'étude parallèle et ne sont pas suffisantes pour estimer que l'institution ne pourrait pas trouver une base légale dans les dispositions du droit des marchés publics régissant les concours. En effet, s'agissant tout d'abord de la rémunération des "offres", il faut constater que celle-ci s'apparente au prix attribué au lauréat d'un concours. Du moment que le nombre de mandats d'étude parallèle à attribuer est indiqué par avance et que la détermination des bureaux sélectionnés se fait par le biais d'une procédure sélective conforme aux marchés publics, on ne voit pas en quoi la rémunération qui leur est accordée serait contraire au droit. Cette rémunération multiple, qui se substitue au prix traditionnellement accordé au lauréat d'un concours, n'a pas pour effet de dénaturer l'institution du concours sous l'angle des marchés publics.

- 8 - Quant à l'anonymat, il faut constater que cette exigence habituelle des concours n'est pas formellement requise par l'AIMP (l'art. 12 al. 2 AIMP se borne à déclarer que les concours doivent respecter les principes des marchés publics), ni par le droit international (l'art. XV par. 1 let. j de l'Accord sur les marchés publics; AMP; RS 0.632.231.422). Aucune norme de droit supérieur concernant les concours n'impose donc expressément l'anonymat comme condition de validité de la passation du marché public (cf. TC VD du 12 avril 2011, MPU.2010.0019, consid. 4a). Certes, l'anonymat contribue au respect du principe de non-discrimination, qui est une exigence fondamentale du droit des marchés publics. Il faut remarquer cependant qu'il n'en pas le garant. L'anonymat prévu dans les concours n'est que relatif dès lors que, même s'ils ne connaissent pas les contributions de chacun, les organisateurs savent quels sont les participants inscrits (cf. J. DUBEY, *Le concours en droit des marchés publics*, Zurich 2005, n° 298). Les membres du jury étant en principe des professionnels chevronnés, ils reconnaîtront souvent les auteurs des projets à leur style, nonobstant le prétendu anonymat. La véritable garantie du respect du principe de non-discrimination dans un concours se trouve en réalité dans l'indépendance du jury, ainsi que le relève formellement l'art. XV par. 1 let. j AMP. Du moment que cette garantie essentielle est respectée, il est possible exceptionnellement de renoncer à l'anonymat lorsque, comme dans le cas des mandats d'étude parallèle, la nature même du processus impose un dialogue entre les parties pour définir et affiner les contraintes et les solutions liées aux besoins du maître de l'ouvrage. En reconnaissant expressément l'existence des mandats d'étude parallèle comme une procédure sui generis, similaire à un concours, autorisant une adjudication de gré à gré, le droit fribourgeois ne viole donc pas les normes de droit supérieur dès lors que les mandats d'étude parallèle s'inscrivent encore dans le champ des règles intercantionales et internationales sur les marchés publics régissant les concours. Il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière sur le recours, sous prétexte que la procédure des mandats d'étude parallèle choisie par l'intimée serait incompatible avec le droit des marchés publics. c) La question de savoir si, en l'occurrence, les particularités du marché justifiaient de recourir à une procédure de mandats d'étude parallèle plutôt qu'à une procédure de concours ne pose pas un problème fondamental qui justifierait de faire abstraction de la mauvaise foi du recourant et d'entrer en matière sur son recours au stade de la décision de non-qualification. Tout au plus peut-on constater que, conformément à l'art. 48 al. 3 RMP, l'objet du marché présente en l'occurrence une complexité particulière qui justifiait de former des équipes pluridisciplinaires et que le réaménagement du périmètre des Grands-Places présuppose de définir une stratégie évolutive du lieu (cf. ch. 3 du Programme) dont le maître de l'ouvrage ne dispose pas encore. Le processus ne se prêtait

donc pas directement à un concours ou, tout au moins, n'est-il pas déraisonnable de l'admettre. d) L'admissibilité d'une procédure de mandats d'étude parallèle étant ainsi reconnue, reste à examiner si, en exigeant des candidats une détermination concrète par rapport à la problématique exposée, l'intimée aurait faussé complètement la procédure de passation du marché au point d'en imposer l'annulation. Compte tenu de la nature particulière de la procédure de mandats d'étude parallèle, qui suppose une rémunération des bureaux chargés d'effectuer une étude, il n'est pas envisageable d'admettre les candidats sur la base d'une procédure ouverte (cf. ch. 6.1 de

- 9 - la norme SIA 143/2009). Il est donc nécessaire de passer par une procédure sélective lorsque les valeurs seuils du marché subséquent l'exigent. Dans ce cadre, l'art. 7 de la norme SIA 143/2009 prévoit ce qui suit: 7.1 Le maître de l'ouvrage annonce publiquement l'ouverture des mandats d'étude parallèle. Tous les professionnels intéressés qui remplissent les conditions de participation peuvent déposer un dossier de qualification. 7.2 Les candidats les mieux qualifiés pour effectuer la tâche proposée sont sélectionnés au cours d'une procédure de qualification appropriée. La procédure sélective doit sélectionner les candidats uniquement sur la base des preuves d'aptitude fournies, en excluant toute proposition de solution, laquelle sera demandée dans le cadre des mandats d'étude parallèle proprement dit. 7.3 Le nombre des participants peut être librement choisi. On le déterminera dans la perspective d'obtenir un éventail de solution suffisamment large. Il reste que ce nombre doit être au minimum de trois. A la lecture de cet article 7 de la norme SIA 143/2009, il faut constater d'emblée que la procédure de qualification n'est pas précisée et que le maître de l'ouvrage est laissé dans le vague sur ce qui constitue, aux yeux de l'association professionnelle, une "procédure de qualification appropriée". La seule chose qui ressort est que les preuves d'aptitude ne peuvent pas consister en des propositions de solution. Or, ainsi que la Cour a déjà eu l'occasion de le constater (ATC 2A 00 67 du 6 septembre 2000, consid. 6), il est quasiment impossible de définir des critères d'aptitude non circonstanciés pour déterminer, sans arbitraire et sans violer le principe de non-discrimination, quels candidats peuvent être appelés à recevoir des mandats d'étude parallèle et quels autres doivent être éliminés. L'exemple du recourant, qui se targue uniquement de son statut d'architecte reconnu pour être admis, est symptomatique de cette difficulté extrême. Il est bien évidemment exclu de se contenter, au titre des critères de sélection, du statut professionnel du candidat ou de la structure de son bureau en matière d'organisation et de personnel. De même, l'appréciation d'éventuelles références n'est pas déterminante dès lors que, précisément, le maître de l'ouvrage recourt à des mandats d'étude parallèle parce qu'il ne sait pas encore ce qu'il veut réaliser. Il est très difficile, dans ce contexte, d'estimer, sans arbitraire, l'aptitude plus ou moins grande d'une équipe pluridisciplinaire sur la base de réalisations passées. Cela est d'autant plus vrai que les consortiums formés par les différents spécialistes qui soumissionnent sont souvent créés pour l'occasion. Quoi qu'il en soit, dans la mesure où de nombreux candidats pourront prétendre satisfaire aux critères habituels de qualification, ceux-ci ne sont pas aptes à les départager clairement. Vu le nombre restreint de mandats à attribuer, le maître de l'ouvrage est alors placé dans une position délicate où les risques de violer le principe de non-discrimination sont grands puisqu'il devra soit choisir parmi des candidats ex-æquo, soit procéder à une appréciation périlleuse des références pour les départager. En l'occurrence, en retenant comme critère principal un document présentant l'approche et la démarche personnelle du candidat de la problématique exposée (ch. 5.5 du programme), le maître de l'ouvrage s'est mis dans la position de choisir véritablement les bureaux les plus

aptes à réaliser les études. Il n'a pas forcément exigé de leur part une solution définitive au problème puisqu'il attendait qu'ils proposent de simples "thèmes d'exploration". Il leur a demandé une prise de position concrète par rapport à la

- 10 - problématique. Rien ne les oblige de reprendre cette prise de position pour effectuer l'étude parallèle s'ils sont choisis. L'aptitude se détermine, dans le cas présent, par la capacité du candidat à appréhender le sujet et à se positionner à ce propos d'une manière jugée intéressante. Il n'est prescrit nulle part dans le droit des marchés publics que l'aptitude ne peut pas être jugée en fonction des circonstances concrètes du marché à réaliser. Dans le domaine des prestations intellectuelles de l'architecte, on ne voit pas pourquoi il serait illégal de demander au soumissionnaire de démontrer concrètement ses capacités en fonction des conditions locales avant de le sélectionner. Il est manifestement possible d'exiger du candidat qu'il se prononce en fonction de la problématique posée, de manière à déterminer si sa vision de celle-ci le rend plus apte qu'un autre à réaliser le mandat. Il s'agit donc bien d'aptitude et non pas d'adjudication. Peu importe que cette aptitude soit jugée sur la base d'une "piste de projet" du moment que celle-ci ne va pas servir à l'adjudication, qui dépendra elle du résultat des mandats d'étude parallèle. Il n'y a donc pas de confusion entre l'aptitude, qui concerne le candidat, et l'adjudication, qui concerne le projet. Au demeurant, compte tenu des deux points de vue totalement différents entre aptitude et adjudication, on peut admettre qu'un même critère puisse être utilisé une fois pour déterminer l'aptitude et, ensuite, sous un autre angle, pour procéder à l'adjudication, pour autant que cela ressorte de l'appel d'offres (GALLI, MOSER, LANG, CLERC, n° 380 ss). Dans le cas particulier, la prise de position exigée des concurrents a clairement été indiquée comme relevant de l'aptitude. Peu importe qu'une fois retravaillée en profondeur dans le cadre du mandat d'étude parallèle, elle puisse, cas échéant, être appréciée à nouveau dans la phase suivante pour l'adjudication du marché subséquent. Le non-respect de l'art. 7.2 de la norme SIA 143/2009 n'a donc aucune incidence sur la validité de la procédure de sélection, conforme au droit des marchés publics. Quoi qu'il en soit, pris globalement, et au-delà de l'aspect formel de la procédure, le processus de sélection n'a pas été très différent d'un concours à deux degrés, le premier étant constitué par un concours d'idée et le second par un concours de projet. En l'occurrence, dans les faits, toutes les équipes intéressées par le marché ont été admises à participer à la procédure de sélection. Aucune restriction n'a été posée quant à leur participation à la procédure sélective, de sorte que les principes d'égalité de traitement et d'ouverture du marché ont été clairement respectés. Elles ont toutes pu exposer leur approche et leur démarche face à la problématique posée. Ainsi, d'une manière similaire à un concours d'idée, un collège d'experts indépendant a procédé à la sélection des candidats autorisés à participer à la phase suivante sur la base des prestations concrètes fournies par les intéressés. Même si, sur un plan dogmatique, le mélange des critères d'aptitude purs (ch. 2 et 3 du point 5.6 du programme) et du critère "piste de projet" (ch. 1 du point 5.6 du programme) peut, éventuellement, être critiquable, le résultat n'est pas incompatible avec le droit des marchés publics. Notamment, le principe de non-discrimination a été largement respecté. Tout au plus peut-on, sous l'angle de la transparence, reprocher à l'intimée de n'avoir pas exclu expressément l'application de l'art. 7.2 de la norme SIA 143/2009 (dont la rigidité est difficilement compatible avec les besoins du maître de l'ouvrage) dans l'appel d'offres, alors que, parallèlement, elle se référait de manière générale à cette norme professionnelle. Cette irrégularité n'est à l'évidence pas suffisante pour estimer que la procédure de sélection, dans son ensemble, aurait été totalement viciée. Il apparaît ainsi que c'est à bon droit que l'autorité intimée a retenu que les critiques des recourants visant les

critères de qualification étaient tardives et qu'ils étaient forclos pour s'en plaindre au stade du recours contre la décision de non-qualification.

- 11 - 4. Mal fondé, le recours doit être rejeté. Il appartient au consortium recourant qui succombe de supporter les frais de procédure (art. 131 CPJA). Pour le même motif, il n'a pas droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA). **l a C o u r a r r ê t e :** I. Le recours est rejeté. II. Les frais de procédure sont mis par 2'500 francs à la charge des recourants. Ils sont compensés avec l'avance de frais qui a été effectuée. III. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie. A supposer qu'elle pose une question de principe, cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification. Givisiez, le 31 août 2012/cpf La Greffière-stagiaire: Le Président:

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