

# VD\_OMNI GE.1998.0112 vom 22. Januar 1999

VD Tribunal cantonal, 1999-01-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.1998.0112](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.1998.0112)

FR: VD\_OMNI GE.1998.0112 du 22 janvier 1999

IT: VD\_OMNI GE.1998.0112 del 22 gennaio 1999

## Regeste

c/Municipalité de Corcelles-sur-Chavornay | La procédure litigieuse violait également le principe de transparence dans la mesure où ni l'appel d'offres, ni les documents de soumission ne comportaient de critères d'adjudication, susceptibles de préciser la notion d'offre économiquement la plus avantageuse.

## Volltext

Vaud Tribunal cantonal Cour de droit administratif et public 22.01.1999 GE.1998.0112

c/Municipalité de Corcelles-sur-Chavornay | La procédure litigieuse violait également le principe de transparence dans la mesure où ni l'appel d'offres, ni les documents de soumission ne comportaient de critères d'adjudication, susceptibles de préciser la notion d'offre économiquement la plus avantageuse.

CANTON DE VAUD TRIBUNAL ADMINISTRATIF A R R E T du 22 janvier 1999 sur le recours formé par M \* M \* SA , représentée par l'avocate M \* M \* , rue de \* , à \* Y \* contre la décision de la Municipalité de C \* adjudgeant les travaux de construction d'un collège à J \* B \* & Cie SA, à B \* . \* Composition de la section: M. Etienne Poltier, président; M. Antoine Thélin et Alain Matthey, assesseurs. Vu les faits suivants: A. La Commune de C \* fait partie du groupement scolaire comprenant également les Communes de B \* , C \* et E \* . Un manque de salles de classe étant apparu, décision a été prise, après une étude, de construire un nouveau collège à C \* . B. La municipalité a dès lors mis au concours, sur la base d'une procédure sélective, le marché relatif à la construction d'un collège primaire comprenant 4 salles de classe; le montant estimé des travaux s'élève à 1'600'000 francs. Au demeurant, l'appel d'offres paru le 8 mai 1998 dans la Feuille des avis officiels du canton de Vaud (ci-après : FAO), précise notamment ce qui suit : " 6a ADRESSE ET DELAIS POUR LA REMISE DES INSCRIPTIONS : Les entreprises intéressées adresseront, par écrit exclusivement, leur inscription (une inscription par CFC) jusqu'au vendredi 22 mai 1998 , à l'adresse de la Commune de C., la date du sceau postal faisant foi." [...] "7. REMISE DES DOCUMENTS : Le détail des offres sera envoyé courant mai par poste aux entreprises sélectionnées répondant aux critères de qualification. 8. REGLES APPLICABLES A L'OUVERTURE PUBLIQUE DU MARCHE : La marché public se déroule selon les règles de la loi vaudoise sur les marchés publics du 24 juin 1996 (LVMP) et de son règlement d'application du 8 octobre 1997 (RMP). 9. CRITERES DE SELECTION : Le dossier de sélection rempli à remettre jusqu'au 22 mai 1998, doit permettre de juger des capacités sur le plan technique : l'expérience de l'entreprise dans le domaine des travaux faisant l'objet du présent avis, l'organisation, la structure et l'effectif de l'entreprise la qualification du personnel en charge des travaux prévus et sur le plan économique : justification des paiements des cotisations sociales, chiffre d'affaires réalisé au cours des deux dernières années." L'appel d'offres

portait sur 23 positions différentes de CFC (on notera parmi celles-ci les CFC 201 terrassement, 211 maçonnerie, béton armé, 226 échafaudages et 401 aménagements extérieurs); comme on l'a vu, les entreprises intéressées devaient déposer une inscription pour chaque position de CFC. C. J \* B \* & Cie SA (ci-après B \* SA), s'est inscrite pour les CFC 201, 211 et 401 par courrier du 11 mai 1998, auquel était joint un dossier de pièces. M \* M \* SA (ci-après : M \* SA) en a fait de même le 18 mai suivant pour les CFC 201 et 211 (la recourante a également produit une inscription pour le CFC 226, échafaudages; le dossier ne comporte en revanche aucune inscription concernant le CFC 401, aménagements extérieurs); les correspondances en question annonçaient au demeurant la production d'une attestation de paiement des contributions sociales, effectivement intervenue le 12 juin suivant seulement. Les envois du 18 mai ne comportaient en revanche pas de documentation annexée. Selon l'autorité intimée, cette dernière a alors procédé à la première phase de sélection des entreprises retenues, écartant celles qui ne remplissaient manifestement pas les critères de qualification (évoqués au ch. 7 de l'appel d'offres et désignés sous la rubrique "Critères de sélection" de celui-ci). Au demeurant, les décisions relatives à cette phase de qualification ne figurent pas au dossier; toujours est-il que seules les entreprises retenues ont reçu les documents de soumission. Il s'agissait essentiellement des conditions contractuelles du marché et de la formule vierge de soumission proprement dite; on notera à ce propos que ces pièces, à l'instar de l'appel d'offres ne contenaient aucune précision concernant les critères d'adjudication. Tel a notamment été le cas de M \* SA, par plis du 2 juin 1998, pour la soumission béton armé, et du 16 juin suivant pour les soumissions maçonnerie, terrassement et échafaudages (les délais fixés pour le dépôt des offres étaient arrêtés respectivement au 12 juin 1998, dans le premier cas, et au 30 juin suivant, dans le second cas). Parmi les huit entreprises soumissionnaires sélectionnées, figuraient M \* SA et B \* SA, qui avaient présenté des offres relativement proches l'une de l'autre quant à leur prix. L'autorité intimée, face à cette situation, a entendu les deux entreprises précitées le 16 juillet 1998, dans le but de les départager. La municipalité affirme à cet égard qu'elle a cherché essentiellement à obtenir des précisions sur la capacité de production, les références et le programme des travaux des deux concurrents; ces points sont résumés dans le procès-verbal de cette séance, établi par l'architecte D \* (pièce 20 de la municipalité) mandaté pour la direction des travaux. Cependant, la municipalité a également produit un document établi par l'architecte précité le 17 juillet 1998 (pièce 19); ce tableau comparatif analyse les prix offerts par les différents concurrents et notamment par M \* SA, respectivement B \* SA. Il fait état de rabais qui ne sont pas contenus dans les documents de soumission. D. Quoi qu'il en soit, le consortium d'architectes mandatés, par la plume de P. D \* , a informé M \* SA, par lettre du 22 juillet 1998, que son offre n'avait pas été retenue (le dossier comporte au demeurant un extrait du procès-verbal des décisions de la municipalité, laquelle a bien statué le 20 juillet 1998 sur l'adjudication des travaux); cette lettre, qui ne se présente pas sur le plan formel comme une décision de la municipalité et qui n'est d'ailleurs pas motivée, a néanmoins fait l'objet d'un recours de l'entreprise précitée, formé par acte du 24 juillet 1998. Celle-ci indique qu'elle a contacté le syndic de Corcelles dans le but d'obtenir des éclaircissements et notamment une motivation justifiant qu'elle ait été écartée; au surplus le pourvoi est motivé principalement par le fait que la municipalité a adjugé les travaux à une entreprise qui n'a pas son siège sur le territoire communal et que l'offre de la recourante doit être considérée comme la plus avantageuse économiquement. E. Le magistrat instructeur a accusé réception du recours en date du 30 juillet 1998; il a accordé l'effet suspensif à titre provisoire, puis a

confirmé cette mesure, après avoir reçu la réponse au recours de la municipalité et les déterminations de B \* SA, par décision du 8 octobre 1998. F. La municipalité a complété ses moyens dans des écritures des 2 novembre et 18 décembre 1998; la recourante en a fait de même les 24 novembre, 3 et 16 décembre 1998. B \* SA a pour sa part produit encore quelques pièces le 7 décembre 1998. On observe au demeurant que la recourante n'a pas requis en temps utile la fixation d'une audience (voir à ce propos les courriers du magistrat instructeur des 3 et 26 novembre 1998; même l'écriture de la recourante du 24 du même mois, hors délai sur ce point, ne formulait pas expressément de requête dans ce sens).

Considérant en droit: 1. a) Les décisions du pouvoir adjudicateur sont susceptibles de recours, ce dans un délai de dix jours dès leur notification (art. 43 RVMP; v. également art. 10 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics - ci-après : LVMP -; art. 15 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics - ci-après : AIMP); tel est le cas en particulier de la décision d'adjudication ici en cause (art. 43 lit. a RVMP). Le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, le grief d'inopportunité ne pouvant quant à lui pas être invoqué; l'auteur du pourvoi peut aussi faire valoir une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 11 LVMP; v. aussi art. 16 AIMP). Sur un plan concret, il en résulte que le recourant peut assurément faire valoir des griefs relatifs à la régularité de la procédure suivie, ainsi que celui d'un abus, par l'autorité intimée, du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré. b) Dans la mesure où les seuils fixés par l'accord intercantonal ne sont pas atteints (la valeur-seuil est de 9'575'000 fr. pour les ouvrages : v. art. 7 al. 1 lit. a AIMP), le marché ici en cause n'est soumis qu'à la LVMP; selon l'art. 5 al. 1 lit. c, cette dernière est applicable lorsque la valeur du marché atteint ou dépasse un million de francs pour les ouvrages; en outre, si un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un même ouvrage, la valeur totale est déterminante (al. 2). En l'occurrence, l'on se trouve précisément dans une telle hypothèse; la valeur de l'ouvrage à réaliser, soit 1'600'000 fr. dépasse le seuil précité, de sorte que la LVMP est applicable, quand bien même la municipalité a décidé d'adjuger les travaux en plusieurs lots. c) Selon l'art. 8 lit. g LVMP (v. aussi à titre de comparaison art. 13 lit. h AIMP), les dispositions cantonales d'exécution, qu'il incombe au Conseil d'Etat d'arrêter, doivent notamment régler la forme et la motivation sommaire des décisions d'adjudication. Au demeurant, l'art. 40 RVMP ne traite que de la publication de la décision d'adjudication du marché (al. 1); au surplus l'adjudicateur informe sur demande les soumissionnaires non retenus en leur donnant les motifs essentiels de son choix (al. 2). En d'autres termes, le règlement précité ne répond que de manière incomplète au souci du législateur, puisqu'il paraît ne prévoir la notification d'une décision motivée que sur demande du soumissionnaire évincé; cette demande pourrait intervenir d'ailleurs postérieurement à la publication de la décision d'adjudication, cela dans un délai qui n'est pas fixé. Se pose dès lors la question du dies a quo du délai de recours, celui-ci pouvant coïncider soit avec la date de la publication, soit avec celle de la communication individuelle de la décision motivée; mais elle peut ici rester ouverte puisque le recours a été formé le 24 juillet 1998, soit deux jours après l'envoi d'une décision non motivée, donc en temps utile. Dans le cas d'espèce, le consortium d'architectes mandaté par la municipalité a en effet informé M \* SA, par lettre du 22 juillet 1998, du fait que son offre n'avait pas été retenue, s'agissant des travaux de béton armé, maçonnerie, terrassement, aménagements extérieurs et échafaudages. Il n'est pas évident que la lettre précitée, signée de l'architecte D \* , puisse être considérée comme un acte de la municipalité, régulier en la forme; selon l'art. 67 de la loi du 28 février 1956 sur les

communes en effet, de tels actes doivent être donnés sous la signature du syndic et du secrétaire (ou de leurs remplaçants désignés) et munis du sceau de cette autorité. Ce point peut toutefois demeurer indéterminé, dans la mesure où la municipalité a reçu G \* M \*, après le dépôt du recours, soit le 3 août 1998, au cours d'une séance durant laquelle la municipalité a confirmé sa décision unanime de non-adjudication à l'entreprise M \* SA. Il serait dès lors peu conforme au principe d'économie de la procédure que d'annuler pour ce motif la décision attaquée. S'agissant au surplus de la question de la motivation, totalement absente du courrier de l'architecte D \* du 22 juillet 1998, il suffit de constater que cet élément a été réparé, en partie lors de la séance du 3 août précité, puis au travers des écritures déposées par la municipalité au cours de la présente procédure. Il va cependant de soi que le vice de procédure mis en évidence ici est à l'origine de la prolongation des échanges d'écritures devant le tribunal; il pourrait également avoir une incidence sur la répartition des frais et les dépens. 2.

Sur le fond, on relèvera, à titre liminaire, que les législations récentes en matière de marchés publics - tel est le cas aussi de la LVMP - reposent notamment sur deux principes centraux. Le premier est celui de l'égalité de traitement entre les concurrents; il en découle que les entreprises locales ne sauraient être privilégiées par rapport à d'autres, qui auraient leur siège ailleurs dans le canton, voire en Suisse ou même à l'étranger (v. à ce sujet JAB 1998, 170, consid. 4; v. aussi les arrêts résumés in DC 1998 50 s.; 1997, 51 et 122, déjà évoqués dans la décision sur effet suspensif, au chiffre 2a). Les moyens de la recourante qui vont à l'encontre de ce principe ne peuvent qu'être écartés. On peut tout au plus prendre acte en l'état du fait que le niveau des prix de M \* SA, relativement bas, peut s'expliquer en partie par la proximité de cette entreprise du lieu de l'implantation du collège à réaliser. Par ailleurs, le second principe central en cette matière est celui de la transparence (v. à ce propos ATF La Chaux-de-Fonds, du 20 novembre 1998, 2P.108/1998, et références citées dans cet arrêt; v. Galli/Lehmann/Rechsteiner, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zürich 1996, p. 72 ss; art. 3 LVMP et, à titre de comparaison, art. 1er al. 2 lit. b et c AIMP). Ce principe apparaît au demeurant comme une condition préalable au jeu d'une concurrence efficace en matière de marchés publics. Il se concrétise d'abord par l'exigence de la publication de l'ouverture d'une procédure d'adjudication (et ultérieurement celle des décisions d'adjudication); plus spécialement, il importe pour les concurrents de connaître les conditions de mise au concours (critères de qualification, respectivement d'adjudication; liste des informations et documents que les concurrents doivent joindre à leur offre; v. à ce sujet Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit., no 219 à 221). Il s'agit aussi d'assurer - conformément au principe de la bonne foi, pourrait-on dire - la stabilité des règles du jeu applicables à un marché donné de l'appel d'offres jusqu'à l'adjudication (les auteurs précités évoquent à ce propos l'art. XVII ch. 1 lit. c de l'accord GATT/OMC) On retrouve cette préoccupation de transparence à l'art. 8 al. 2 LVMP, disposition complétée aux art. 11 ss et 38 ss RVMP. En particulier, selon l'art. 39 RVMP, l'adjudicateur ne peut partager le marché que s'il l'a spécifié dans l'appel d'offres; tel a été le cas en l'espèce, tout au moins implicitement, puisque l'appel d'offres prévoyait une inscription par CFC (il ne paraissait pas indispensable en l'espèce que l'annonce en question précise encore que plusieurs positions des CFC pouvaient être adjugées, comme cela a été le cas, à une même entreprise). De même, l'art. 38 RVMP traite des critères d'attribution, propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse; ceux-ci sont énumérés, à titre exemplatif, à l'al. 1er. Selon l'al. 2, ces critères doivent figurer par ordre d'importance dans les documents concernant l'appel d'offres (v. cependant également art. 13 al. 3 lit. j et 14 al. 1 lit. h

RVMP). On examinera plus loin si cette règle a été respectée dans le cas d'espèce (v. ci-après, cons. 4). 3. a) La municipalité a fait observer en cours d'instruction que la recourante n'avait pas fourni en temps utile la justification du paiement des cotisations sociales. La recourante rétorque que B \* SA a sans doute produit une pièce à cet égard, mais que celle-ci n'était pas complète, puisqu'elle ne portait pas sur les cotisations LPP. On peut néanmoins se dispenser d'examiner ces questions plus avant ici; il faut observer en effet, d'une part, que le caractère péremptoire du délai fixé au 22 mai 1998 pour la production de documents relatifs aux cotisations sociales n'apparaissait pas très clairement dans l'appel d'offres (on serait alors en présence d'une violation du principe de transparence) et, d'autre part, que les décisions admettant la qualification de M \* SA et de B \* SA n'ont pas été contestées, de sorte qu'elles sont entrées en force. On ne saurait dès lors confirmer ici la décision d'adjudication, par une sorte de substitution de motif, aux termes de laquelle la qualification de M \* SA était erronée. On pourrait tout au plus revenir sur cet aspect dans la mesure où il était établi que l'une ou l'autre entreprise n'a pas payé ses cotisations sociales, ce qui constituerait un motif d'exclusion, au sens de l'art. 33 al. 1 lit. c RVMP (il en va de même du non-paiement des impôts); mais, tel n'est pas le cas en l'espèce. b) Les parties ont également évoqué la question de la solidité financière de l'entreprise recourante. Là encore, il n'y a pas lieu de s'y attarder longuement, tout au moins dans la mesure où il s'agirait de remettre en cause par ce biais la décision de préqualification de M \* SA; peu importe à cet égard que la recourante n'ait pas fourni de documentation particulière, ce que l'appel d'offres n'exigeait au demeurant pas expressément. Au surplus, on doit écarter le grief de la commune selon lequel M \* SA aurait fourni de fausses indications dans sa demande de participation (ce qui constituerait effectivement un motif d'exclusion, art. 33 al. 1 lit. b RVMP, susceptible sans doute d'être pris en compte à toutes les étapes de la procédure de passation du marché); le dossier ne permet en effet pas de le tenir pour démontré. c) On doit faire encore la même remarque s'agissant de l'expérience de l'entreprise recourante. Celle-ci a été jugée en effet suffisante dans la phase de préqualification, aujourd'hui entrée en force (il serait pour la municipalité contraire au principe de la bonne foi de soutenir que M \* SA est inexpérimentée au sens de l'art. 33 al. 1 lit. j RVMP pour l'exclure du marché). La municipalité a soutenu en revanche que son expérience serait moindre que celle de B \* SA, ce qui justifiait l'adjudication à cette dernière; on laissera cependant ce point en suspens, l'adjudication apparaissant en effet, comme on va le voir plus loin, irrégulière pour d'autres motifs. On notera encore tout au plus que la construction projetée ne présente pas, aux yeux de l'assesseur spécialisé du tribunal, une complexité particulière, de sorte qu'elle est à la portée d'une entreprise de taille moyenne, telle que celle de la recourante. 4. Confronté aux exigences découlant du principe de transparence, l'appel d'offres paru dans la FAO du 8 mai 1998, même complété par les documents de soumission, ne présentait pas toute la clarté voulue. Selon ce document, la procédure, qualifiée de sélective, doit obéir à des critères de qualification énoncés à son chiffre 9; cependant, selon la municipalité, ces critères auraient également servi de base à la décision d'adjudication, cela à côté de l'élément du prix, indépendamment du fait que l'appel d'offres n'en disait rien. Plus précisément, si l'on en croit la réponse municipale, l'autorité intimée se serait fondée à cet égard sur les critères suivants (indiqués apparemment dans leur ordre d'importance) : le prix, la solvabilité de l'entreprise candidate, l'expérience de celle-ci dans le domaine des constructions scolaires et sa capacité de production (par quoi il fallait entendre le respect des délais d'exécution). a) En matière de marchés publics, notamment dans les procédures sélectives, les entreprises

concurrentes doivent franchir successivement, en règle générale, plusieurs épreuves-tests. Elles doivent tout d'abord ne pas présenter de motifs d'exclusion (voir à ce sujet art. 33 RVMP; on a mentionné plus haut le cas de l'alinéa 1 lit. c). L'entreprise soumissionnaire doit ensuite remplir divers critères de sélection, lesquels sont censés permettre de vérifier son aptitude à réaliser le marché (art. 13 lit. d AIMP et 8 let. d LVMP; art. 24 RVMP). Le pouvoir adjudicateur doit enfin choisir, parmi les entreprises sélectionnées, celle qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse; pour cerner cette notion, il est indispensable que l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres contiennent les critères d'adjudication (art. 38 al. 1 et 2 RVMP; 13 al. 3 let. j et 14 al. 1 let. h), ceux-ci devant être accompagnés de toutes précisions quant à leur pondération éventuelle ou, à défaut, être énoncés par ordre d'importance. Il est clair que les différents types de critères évoqués ci-dessus peuvent se recouper dans une certaine mesure; en particulier, les critères de qualification peuvent être utilisés également dans le cadre de la phase d'adjudication (voir dans ce sens TA, arrêt du 21 octobre 1998, GE 98/0097, consid. 4, qui confirme l'utilisation récurrente de ces critères). Cependant, le choix d'une offre, en vue de l'adjudication, implique nécessairement, outre une appréciation de l'aptitude de l'entreprise concurrente, une évaluation des offres elles-mêmes, pour déterminer celle qui apparaît comme économiquement la plus avantageuse. b) Dans le cas d'espèce, la municipalité indique avoir appliqué les mêmes critères dans la phase de qualification et dans celle d'adjudication, en ajoutant dans cette dernière le critère du prix. A vrai dire, si l'on en croit les précisions qu'elle a données dans sa réponse, elle a appliqué des critères qui divergent quelque peu de la liste des critères de sélection qu'elle a indiqués dans l'appel d'offres et cela selon un ordre d'importance qui s'en distancie également. A vrai dire et surtout, il faut constater que l'appel d'offres ne contenait aucun critère d'adjudication au sens étroit, puisque tous les critères mentionnés concernaient exclusivement la question de l'aptitude des entreprises concurrentes et non les offres elles-mêmes. Ainsi, en l'absence de critère d'adjudication à proprement parler, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ne pouvait se dérouler de manière transparente; certes, la municipalité a bien indiqué après coup comment elle avait procédé à son choix, mais cela n'est pas suffisant, les critères d'adjudication devant être annoncés par avance, avec certaines précisions quant à leur importance respective. L'adjudication doit en effet, pour être transparente, consister notamment dans l'application d'éléments d'appréciation préalablement énoncés; or, une telle démarche, en l'absence d'une grille de critères idoines, ne pouvait à l'évidence pas être effectuée ici. c) Force est dès lors de constater que l'adjudication litigieuse viole le principe de transparence énoncé plus haut notamment en tant qu'il est concrétisé à l'art. 38 al. 2 RVMP.

5. a) L'on a déjà évoqué ci-dessus les critères qui ont présidé à l'adjudication, selon la municipalité. Cependant, celle-ci n'est intervenue qu'après l'ouverture, par le consortium d'architectes mandaté, de rounds de négociation avec les quatre entreprises les mieux placées s'agissant du prix (soit, outre M \* SA et B \* SA, les entreprises C \* et C \* -P \* SA). Dans le cas de l'adjudicataire, celle-ci a accepté un rabais de 6 % et un escompte de 2 %, ramenant le coût total pour les lots adjugés en commun (terrassement, maçonnerie et aménagements extérieurs) à 488'259 francs. De son côté, M \* SA, qui n'avait consenti qu'un rabais de 3 % (de 2% initialement, celui-ci a été augmenté ensuite de 1% supplémentaire), un escompte de 2% et un blocage de la TVA au taux de 6,5 %, même pour les prestations effectuées dès 1999, aboutissait à un prix final de 483'186 fr., soit un peu moins que l'offre de B \* SA. b) Or, l'art. 6 lit. c LVMP pose le principe général de la renonciation à des rounds de négociation (v., à titre de comparaison, art. 11 lit. c AIMP). L'art. 36 RVMP

confirme cette règle, sans en préciser la sanction. A titre de comparaison, on notera que l'accord GAT/OMC (art. XXIV de cet accord, ci-après : AMP) précise que les états parties peuvent prévoir dans certaines limites de telles négociations sur les prix. L'exposé des motifs relatifs à la LVMP le rappelait d'ailleurs; il soulignait cependant que l'accord intercantonal, au contraire de l'art. 20 de la loi fédérale sur les marchés publics (ci-après: LMP; voir aussi art. 26 de l'ordonnance), a opté pour un renoncement exprès au round de sous-enchères; à cet égard, on est parti du principe qu'une procédure transparente est plutôt une garantie d'une offre "économique" que des rounds dit de sous-enchères relatifs au prix de l'offre (voir à ce sujet EMPD N° 152, de juin 1996, p. 24 ss.) (voir pour les cas où l'autorité fédérale s'est engagée dans un processus de négociation DC 1998, 128 N° 339, p. 50 N° 171 notamment). Il faut au demeurant distinguer de tels rounds de négociations de la faculté donnée au pouvoir adjudicateur de demander aux soumissionnaires des explications écrites ou orales aux soumissionnaires, celles-ci pouvant porter aussi bien sur leur aptitude que sur l'offre elle-même (voir également l'art. 25 de l'ordonnance du Conseil fédéral; voir à ce sujet DC 98, 127 N° 337 et le commentaire qui suit de cet arrêt par Peter Gauch et JAAC 62.80, qui trace la ligne de partage entre l'épuration des eaux et la négociation de celles-ci). Dans le cas d'espèce, il apparaît clairement que la municipalité s'en est tenue à l'art. 35 RVMP, lorsqu'elle a reçu des représentants de la recourante et de l'adjudicataire pour leur demander des explications complémentaires; elle est toutefois clairement allée au-delà en s'engageant ensuite, par l'intermédiaire de son mandataire, dans des négociations de sous-enchères auprès des mêmes entreprises et d'autre figurant parmi celles sélectionnées.

c) Selon la municipalité, la recourante est mal venue d'invoquer ces dispositions, dans la mesure où elle a de son propre chef participé à ces rounds de négociation, offrant elle aussi des rabais à cette occasion. Elle s'est donc mise elle-même dans une situation d'irrégularité similaire à celle de B \* SA. En définitive, la municipalité, après avoir apprécié les offres, avec les rabais consentis, et tenu compte de la solidité et de la taille des entreprises en concurrence, ne pouvait que conclure à une solution favorable à B \* SA. A vrai dire, ces affirmations sont assez fortement nuancées par les écritures de la municipalité elle-même, qui admet avoir eu quelque peine à départager les deux entreprises concurrentes et qui souligne d'ailleurs que le choix à opérer, même après l'audition de celles-ci, n'était pas facile. Il apparaît dès lors que les rabais consentis par B \* SA ont clairement joué un rôle sensible, sinon décisif, dans la décision de lui adjuger les travaux. On ne saurait dès lors faire abstraction des rounds de négociation ouverts en l'occurrence, notamment avec l'adjudicataire, au motif que ceux-ci n'auraient pas joué de rôle, car ce point n'est pas établi; le contraire paraît même des plus plausibles. De même, on ne saurait considérer que le vice de procédure mis en évidence ici n'est pas essentiel; en effet, ce procédé n'est pas compatible non plus avec le principe de transparence mis en évidence plus haut (dans ce sens, v. Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit., p. 136, pour l'AIMP, et 127 ss pour le droit fédéral, spéc. p. 133 s.). 6.

Il apparaît ainsi en définitive que l'adjudication litigieuse est irrégulière pour deux motifs au moins. Elle repose tout d'abord sur une grille de critères qui n'avait pas été annoncée dans l'appel d'offres ou les documents de soumission; autrement dit, le pouvoir adjudicateur a violé le principe de la transparence. Par ailleurs, l'adjudication n'est intervenue qu'à l'issue de rounds de négociation, pourtant prohibés à l'art. 6 lit. c LVMP. Il reste à examiner les sanctions que doivent entraîner les vices de procédure ainsi mis en évidence. a) Suivant la doctrine (v. à ce propos Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique, thèse Fribourg 1997, p. 557), l'autorité de recours, qui certes dispose du pouvoir de réformer la décision

attaquée (art. 13 al. 1 LVMP; art. 18 al. 1 AIMP), ne doit le faire qu'à titre très exceptionnel. Dans la mesure où l'autorité de recours doit ménager la latitude de jugement et le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur, elle doit en règle générale se contenter d'annuler la décision attaquée, au besoin en y joignant des instructions impératives (v., dans le même sens JAAC 62.80, décision de la Commission fédérale de recours en matière de marché public du 28 avril 1998, consid. 3). Evelyne Clerc poursuit son exposé en examinant, dans diverses hypothèses, quelle doit être l'étendue de la décision d'annulation et précise que le principe de proportionnalité est à cet égard applicable (op. cit. p. 337 s.). La commission fédérale relève, dans l'arrêt cité, qu'il appartient au premier chef à l'autorité d'adjudication de définir la suite de la procédure après l'annulation d'une telle décision. Elle laisse toutefois entendre que cette dernière pourrait ne pas reprendre le processus ab ovo et considérer que, dans la mesure où les autres concurrents n'ont pas contesté l'adjudication querellée, seuls resteraient en lice la recourante et l'adjudicataire (même arrêt, consid. 3 lit. c). Evelyne Clerc, au contraire, n'écarte pas l'idée que l'annulation de la décision d'adjudication puisse déboucher en définitive sur une attribution des travaux à une autre entreprise que la recourante et l'adjudicataire. b) Il résulte assez clairement des développements qui précèdent que la décision de la Municipalité de C \* adjugeant les travaux relatifs à la construction d'un collège (terrassement, maçonnerie, aménagements extérieurs) doit être annulée. En l'occurrence, il apparaît au surplus difficile de transposer la solution retenue par la Commission fédérale de recours dans son prononcé du 29 avril 1998. Les vices constatés dans la présente cause diffèrent de ceux sanctionnés par l'autorité fédérale; dans le jugement en question, le pouvoir adjudicateur avait négocié de manière occulte les conditions du contrat avec l'adjudicataire, lors d'entretiens téléphoniques. Dans la présente espèce au contraire, les négociations ont été conduites avec quatre entreprises concurrentes et la procédure a péché par d'autres violations du principe de transparence encore. Dans ces conditions, il ne paraît pas possible d'accorder à la Municipalité de C \* la faculté de rendre une nouvelle décision d'adjudication après avoir réévalué les seules offres de M \* SA et de B \* SA. Au demeurant, la municipalité, qui est intéressée au premier chef à éviter une prolongation de la procédure, aboutit apparemment au même résultat dans son écriture du 18 décembre 1998 en admettant - à titre subsidiaire il est vrai - que la passation du marché doit être reprise ab ovo; il n'est toutefois pas exclu (notamment au regard des considérations développées par Evelyne Clerc, op. cit.) que la municipalité puisse également répéter uniquement, après en avoir précisé les conditions, en particulier après avoir arrêté les critères d'adjudication et les avoir annoncé aux concurrents en lice la phase de récolte des offres auprès des huit entreprises déjà sélectionnées. 7. En résumé, le recours sera donc admis, la décision attaquée devant être annulée. Vu l'issue du pourvoi, l'émolument d'arrêt sera mis à la charge de la Commune de C \* , laquelle versera également des dépens à la recourante (art. 55 LJPA). Par ces motifs le Tribunal administratif arrête:

I. Le recours est admis. II. La décision de la Municipalité de C \* , des 20/22 juillet 1998, adjugeant des travaux pour la construction d'un collège à J \* B \* & Cie SA est annulée. III. L'émolument d'arrêt, mis à la charge de la Commune de C \* , est fixé à 1'500 (mille cinq cents) francs. IV. Cette dernière doit en outre à M \* M \* SA un montant de 2'000 (deux mille) francs, à titre de dépens. ft/Lausanne, le 22 janvier 1999/gz Le président : Le présent arrêt est communiqué aux destinataires de l'avis d'envoi ci-joint.

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