

# VD\_OMNI GE.1999.0135 vom 3. November 1999

VD Tribunal cantonal, 1999-11-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.1999.0135](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.1999.0135)

FR: VD\_OMNI GE.1999.0135 du 3 novembre 1999

IT: VD\_OMNI GE.1999.0135 del 3 novembre 1999

## Regeste

c/ Municipalité de Pully | Malgré la violation de ce principe, constatée en l'espèce, l'adjudication n'a pas été annulée, le vice précité n'ayant pas influé sur l'appréciation par le pouvoir adjudicateur des offres en présence (c. 5 b/dd).

## Erwägungen

### E. 1

lit. a et b LVMP). L'art. 7 al. 1 lit. c LVMP réserve toutefois des circonstances particulières dans lesquelles la procédure de gré à gré est admise à titre exceptionnel; ces cas sont définis à l'art. 8 RMP. Il n'est cependant pas douteux qu'aucun de ces cas n'est réalisé en l'occurrence. bb) Il reste néanmoins à qualifier la procédure choisie en l'occurrence par la Municipalité de P., . Tout indique que cette dernière a choisi l'une des procédures admissibles, au sens des art. 47 ss RMP, pour les marchés publics cantonaux en-dessous des seuils; elle a retenu apparemment celle de l'art. 49 RMP, à savoir la procédure sur invitation. Toutefois, le cahier d'appel d'offres cite également (ch. 3) l'art. 7 al. 4 RMP, de sorte qu'il convient de vérifier encore si l'on se trouve, cas échéant, en présence d'une procédure sélective, avec limitation du nombre des soumissionnaires invités à déposer une offre. La réponse est toutefois à l'évidence négative, dès l'instant où le marché ici litigieux n'a fait l'objet d'aucune publication d'un appel d'offres, en procédure ouverte ou sélective (art. 8 al. 2 lit. a LVMP et 11 al. 1 RMP). cc) A l'inverse, dans l'hypothèse où la municipalité aurait retenu à juste titre - ce qui n'est pas le cas on l'a vu - une valeur inférieure au seuil de 200'000 fr., force eût été alors de constater que le marché ici litigieux n'est pas régi par les dispositions de la LVMP; l'art. 47 RMP, qui déclare applicable les dispositions de la loi, même en-dessous des seuils, ne concerne que les marchés cantonaux, à l'exclusion des marchés communaux. On remarquera, dans le souci d'être complet, que certaines dispositions de la LVMP ou du RMP auraient néanmoins vocation à s'appliquer, en raison du renvoi contenu dans l'appel d'offres lui-même; ainsi, le chiffre 12 de ce document renvoie-t-il à l'art. 38 al. 1 RMP, disposition qui doit intervenir en tous les cas dans la compréhension du chiffre 10 du même document relatif aux critères d'évaluation des offres (on pourrait sans doute faire d'autres remarques allant dans le même sens).

3. Il résulte des considérations qui précèdent que la Municipalité de P., a retenu en définitive une procédure sur invitation, au sens de l'art. 49 RMP (v. aussi art. 50 al. 2), admissible au même titre que la procédure de gré à gré, en-dessous des valeurs-seuils. Or, la valeur-seuil de 200'000 fr. était dépassée, de sorte que la Municipalité de P., aurait dû engager une procédure d'appel d'offres public. On peut toutefois se demander ici si la recourante est habilitée à contester la procédure choisie par l'autorité intimée au moment seulement de la décision d'adjudication. a) On pourrait en effet retenir en premier lieu qu'un tel moyen est désormais tardif. aa) En matière de marchés publics, comme dans d'autres

domaines, le pouvoir adjudicateur est amené à rendre un certain nombre de décisions, dont certaines présentent un caractère final (on pourrait aussi parler de décisions partielles), alors que d'autres doivent être qualifiées d'incidentes. Dans la mesure où il convient d'éviter une multiplication des voies de droit, pour permettre un avancement aussi rapide que possible de la procédure, le droit positif arrête de manière limitative les décisions à caractère final, susceptibles de faire l'objet d'un recours; tel est l'objet, par exemple, de l'art. 43 RMP. Ces décisions, en raison de leur caractère final, doivent être attaquées immédiatement dans le délai de recours de dix jours, à défaut de quoi elles entrent en force et ne peuvent plus être remises en cause au stade ultérieur de la procédure (sur ce mécanisme, voir par exemple Evelyne Clerc, *L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique*, Fribourg 1997, p. 500 ss à propos du droit fédéral, et p. 504 s à propos du droit cantonal; sur l'obligation de contester d'emblée l'appel d'offres, voir ATF 125 I 203). Les autres décisions n'ont qu'un caractère incident; elles ne sont alors pas susceptibles d'un pourvoi, à moins qu'elles n'entraînent un préjudice irréparable pour l'intéressé. Dans cette dernière hypothèse, la décision incidente peut, mais ne doit pas nécessairement faire l'objet d'un recours immédiat; elle pourrait en effet être contestée également avec la décision finale postérieure (André Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, II 870; Pierre Moor, *op. cit.*, II 379; Robert Schaer, *Juridiction administrative neuchâteloise*, Neuchâtel 1995, 122; contra : Merkli/Aeschlimann/Herzog, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, note 8 ad. art. 61 de dite loi; ces derniers invoquent précisément l'application du principe de la bonne foi, pour considérer que l'administré qui renonce à recourir immédiatement contre une décision incidente est forcé pour le faire plus tard). A titre de comparaison, l'on peut signaler encore que la jurisprudence et la doctrine retiennent la même solution s'agissant du recours en réforme au Tribunal fédéral (voir à ce sujet Jean-François Poudret, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, Berne, 1990, II, No 4.2.2 ad art. 48 OJ et réf. citées). bb) Dans le cas d'espèce, la municipalité fait valoir que, à l'instar de ce qui prévaut dans le cas d'une mise en soumission publique, la recourante aurait dû contester l'"appel d'offres de gré à gré", dans un délai de dix jours dès son ouverture, à défaut de quoi elle serait à tard pour contester la procédure choisie. Toutefois, l'invitation adressée aux différentes entreprises pressenties pour le mandat ici litigieux ne figure pas au nombre des décisions finales énumérées à l'art. 43 RMP; il ne s'agit en effet pas d'un appel d'offres au sens des art. 11 ss RMP (en d'autres termes, c'est de manière impropre que la municipalité a parlé en l'occurrence d'un "appel d'offres de gré à gré"). Dans une procédure de gré à gré ou sur invitation, il n'y a pas d'autres décisions finales que celles relatives à l'adjudication, tout au moins en droit fédéral (à ce propos, v. le prononcé de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics - ci-après : CFR - no 5/1999, du 19 juillet 1999). L'art. 43 RMP contient il est vrai - selon le texte littéral de cette disposition qui introduit la liste des décisions par l'adverbe "notamment" - une liste qui n'est pas exhaustive. A cet égard, on observe tout d'abord que le droit vaudois ne comporte pas une liste des décisions attaquables au niveau légal, mais seulement au niveau réglementaire; on pourrait ainsi se demander si seule une base légale formelle était à même de déterminer les décisions à caractère final, susceptibles, en l'absence d'un pourvoi, d'entrer en force avant l'adjudication. Malgré cela, le tribunal estime néanmoins raisonnable de considérer que les décisions énumérées à l'art. 43 RMP à tout le moins peuvent être qualifiées de cette manière (à savoir de décisions finales ou à tout le moins partielles); en revanche, il y a lieu d'être restrictif pour admettre que d'autres décisions puissent bénéficier du même régime. Par

exemple, quoi qu'en ait dit le Tribunal fédéral (ATF 125 I 203), il n'est pas évident que l'on doive retenir que les documents d'appels d'offres devraient eux aussi faire l'objet d'un recours immédiat, à défaut de quoi ils entreraient en force, au même titre que les décisions énumérées à l'art. 43 RMP. A cela s'ajoute encore la difficulté que de telles décisions devraient, pour pouvoir entrer en force, être pourvues de l'indication claire des voies et délais de recours. Dans le cas d'espèce, l'autorité de céans considère que l'appel d'offres de gré à gré ne pouvait être considéré comme une décision à caractère final, qui devait être attaquée d'emblée pour ce motif. Ce dernier n'était d'ailleurs pas désigné comme une décision, ni pourvu d'une indication des voies de droit particulièrement claire. c) Cependant, la municipalité fait encore valoir que la recourante, en contestant la procédure sur invitation à laquelle elle a pris part en croyant pouvoir l'emporter, viole le principe de la bonne foi. On note en effet que T., a été invitée à prendre part à une procédure limitée à cinq entreprises, ce qui ne peut pas lui avoir échappé; elle a donc accepté de prendre part à une procédure échappant au jeu de la libre concurrence. En outre, un calcul très simple (que les entreprises en lice ont d'ailleurs effectué) lui permettait de constater que la valeur-seuil de 200'000 fr. était atteinte. De surcroît, l'appel d'offres de gré à gré des 10/15 septembre 1999, s'il ne doit pas être assimilé à l'une des décisions énumérées à l'art. 43 RMP, doit en revanche à tout le moins être qualifié de décision incidente, attaquant immédiatement dès l'instant qu'elle est susceptible de causer un préjudice irréparable (cette appréciation est implicite dans le prononcé de la Commission fédérale de recours précité du 19 juillet 1999, considérant 2 let. b, p. 8). Dans la mesure où cette décision pouvait être attaquée d'emblée, le principe de la bonne foi exigeait en l'espèce, s'agissant du principe même de la procédure choisie, qu'elle le soit aussitôt (le raisonnement est ici similaire à celui auquel l'on procède généralement en matière de récusation ou s'agissant de la question de la compétence du tribunal : ces moyens doivent être invoqués d'emblée; à défaut, si le justiciable procède sans réserve - on parle en allemand de "Einlassung" -, ce dernier est réputé renoncer à faire valoir ce moyen). Au demeurant, le Tribunal fédéral a raisonné de la même manière dans l'ATF 125 I 203, en se référant au principe de la bonne foi; cette argumentation, dans la mesure où elle a trait ici à l'une des questions essentielles pour la suite de la procédure (à savoir le choix entre procédure de gré à gré ou appel d'offres public; dans l'ATF 125 I 203, il s'agissait seulement des documents d'appel d'offres, lesquels peuvent traiter des questions moins importantes, voire secondaires, susceptibles d'échapper à l'attention des soumissionnaires), doit à plus forte raison être retenue en l'occurrence (autrement dit, la démarche que suggèrent Merkli/Aeschlimann/Herzog, op. cit., si elle ne doit pas être suivie de manière générale, peut l'être dans le cas particulier). d) Ainsi et en conclusion sur ce point, la recourante n'est plus recevable à faire valoir le moyen tiré d'un choix erroné de la procédure applicable. En revanche, il va de soi qu'elle peut se prévaloir des garanties que lui a expressément offertes la municipalité dans l'appel d'offres, par le biais notamment des renvois à l'art. 38 RMP.

4. D'autres griefs de procédure sont évoqués dans les écritures des parties; il convient de les examiner maintenant. a) La recourante a invoqué dans un premier temps une interruption illicite de la procédure de gré à gré, qui aurait été engagée avec elle au cours du mois d'août 1999. Elle a toutefois abandonné ce moyen en cours d'audience, à juste titre; il était en effet dépourvu de chances de succès, l'ouverture d'une procédure de gré à gré en sa faveur n'étant pas démontrée. b) T., a eu des contacts avec le bureau lauréat, ainsi qu'avec la direction de l'urbanisme de P., avant l'envoi des invitations, comme on vient de le voir; de surcroît, sa première esquisse a été utilisée pour l'élaboration du document d'appel d'offres. La recourante fait valoir à cet égard une violation de ses secrets d'affaires; on

pourrait également se demander si, compte tenu de son intervention antérieure, elle a encore la possibilité de déposer une offre. La jurisprudence a en effet parfois considéré que la participation d'un soumissionnaire à la mise au concours, alors même qu'il a déjà fourni des prestations antérieures en vue de la rédaction de l'appel d'offres, était susceptible de violer le principe de non-discrimination entre les concurrents (voir à ce propos ZBI 1999, 387; cependant ce principe d'exclusion de l'entreprise qui a participé à la préparation de l'appel d'offres, s'il doit être absolu dans certains cas, tel celui de l'entreprise qui a été mandatée pour élaborer l'appel d'offres, doit être nuancé dans d'autres hypothèses : voir à ce sujet Gauch/Stöckli, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1999, nos 8.2 à 8.4); la municipalité, au demeurant évoque ce problème dans sa réponse au recours, de même que l'adjudicataire. aa) S'agissant tout d'abord du moyen tiré de la violation de la confidentialité de l'offre de la recourante du 2 août 1999, il faut observer que cette dernière a été remise à la Municipalité de P., en dehors de toute procédure et spontanément par l'intéressée. Dès lors, on ne voit pas qu'elle puisse se prévaloir à cet égard de la violation des règles des art. 6 let. g LVMP ou 11 let. g AIMP. A supposer en outre que la Municipalité de P., en rédigeant l'appel d'offres des 10/15 septembre 1999 ait véritablement violé des secrets d'affaires de la recourante, ce qui ne paraît pas d'emblée démontré, on ne voit pas encore que cette circonstance soit de nature à vicier la présente procédure; la recourante, jusqu'ici, ne s'en était d'ailleurs pas plainte. bb) Comme on l'a vu, la recourante a été contactée non pas par la Municipalité de P., mais par le bureau lauréat. En donnant suite à cette sollicitation, elle ne pouvait guère s'attendre à ce que son offre du 2 août 1999 puisse constituer un motif conduisant à son exclusion du marché. Au demeurant, l'autorité intimée elle-même n'a pas imaginé une telle extrémité, puisque, loin d'exclure T., elle l'a au contraire retenue comme participante à la procédure sur invitation. L'adjudicataire fait toutefois valoir ici, non sans quelques raisons que la recourante a profité de certains avantages, dont elle-même n'a pas bénéficié. Le tribunal considère cependant que la collaboration préalable entre T., et la Municipalité de P., est restée à un niveau secondaire; dans ce type d'hypothèse, il n'y a en principe pas lieu d'écarter l'auteur d'une offre indicative de la participation à l'appel d'offres subséquent (dans ce sens TA Argovie du 16 juillet 1998, DC 1998, 129 No 341 et note Gauch; dans le même sens, voir Gauch/Stöckli, Thèse, No 8.3). Sans doute la recourante a-t-elle profité quelque peu de la situation, mais, sous l'angle de la proportionnalité, son avantage - qui s'est traduit par quelques connaissances préalables sur les éléments du dossier et un certain gain de temps - n'était pas tel qu'il devait conduire à son exclusion pour ce motif. cc) La municipalité voit encore un autre motif d'exclusion de la recourante dans l'accord conclu par cette dernière avec le bureau lauréat, particulièrement s'agissant de la variante dans laquelle T., assumerait, outre les prestations de pilotage du projet, 46 % des prestations ordinaires de l'architecte, selon la norme SIA 102. Selon l'art. 33 al. 1 let. f RMP, une offre peut être exclue lorsque le soumissionnaire a conclu des ententes qui contreviennent à une concurrence efficace ou y nuisent considérablement. Dans un prononcé du 16 août 1999 (CFR 1999-002), la Commission fédérale de recours a eu à appliquer cette règle, ce qui l'a conduit à exclure l'adjudicataire, pour attribuer le marché à la recourante (voir également sur ce type de problèmes : Benedict F. Christ, Die Submissionsabsprache, thèse Fribourg 1999). Selon ce dernier auteur, l'on doit retenir l'existence d'un accord de soumission au sens propre, lorsque des entreprises occupant des échelons de marché identiques et ne formant pas un consortium concluent une entente qui vise à influencer le résultat d'une soumission déterminée (op. cit. p. 20), par le biais notamment d'un accord sur les prix (p. 30). Selon cet auteur, de telles ententes constituent,

comme l'a fait valoir la municipalité, des accords visés par la législation sur les cartels (op. cit. p. 70 ss; v. aussi prononcé de la CFR précité). aaa) Comme on vient de le voir, l'accord reproché à la recourante, qui était déjà matérialisé dans l'offre du 2 août 1999, était connu de la commune avant l'appel d'offres; or, loin d'exclure T., la Municipalité de P., a au contraire invité cette dernière à présenter des offres. Ainsi le moyen soulevé aujourd'hui par la municipalité apparaît comme contraire au principe de la bonne foi. bbb) Par surabondance, on notera aussi que l'accord reproché à la recourante ne répond pas en tous points à la définition des ententes sur les soumissions qui doit être retenue dans le cadre de l'art. 33 al. 1 let. f RMP. La recourante et le bureau lauréat ne constituent en effet pas des entreprises, à proprement parler, du même niveau du marché; en outre l'offre du 2 août 1999 ne visait pas à fausser le résultat de l'appel d'offres, puisque la municipalité a pris la décision du lancement de cette procédure sur invitation plus tard. On remarque aussi que l'accord querellé concerne une variante portant sur des prestations (prise en charge par la recourante de 46 % des prestations ordinaires d'architecte) que la municipalité n'a pas pris en considération, de sorte que cette entente n'a pas pu entraîner une discrimination entre les concurrents (sur ce point, v. encore ci-dessous, cons. 6 a). bb) Sur le terrain de la procédure toujours, la recourante fait valoir que les municipaux T., qui faisaient partie du groupe d'évaluation des offres auraient dû se récuser lorsque la municipalité a statué pour adjuger le marché. La municipalité, pour sa part, considère ce moyen comme tardif, dès lors que la récusation aurait dû être demandée avant même l'adjudication en question, la composition de cette autorité étant en effet largement connue et publiée. Indépendamment du bien-fondé ou non de l'objection municipale, il faut constater que les exigences en matière de récusation varient selon qu'elles concernent un organe juridictionnel ou au contraire un organe exécutif ou administratif. Selon la jurisprudence la plus récente, la tâche des membres d'une autorité exécutive implique en effet le cumul de fonctions diverses, qui ne peuvent pas être séparées sans atteinte à l'efficacité de la gestion et à la légitimité démocratique et politique des décisions correspondantes; ainsi, par exemple, lorsqu'ils statuent sur l'approbation des plans, ils ne sont pas récusables au seul motif qu'ils ont déjà pris position, en faveur du projet, devant le Parlement et dans la campagne précédant une votation populaire, car cette situation est inhérente à la réglementation légale des compétences (ATF 125 I 209, spéc. p. 218, qui cite un arrêt antérieur). Les considérations qui précèdent sont assurément transposables au cas d'espèce, de sorte que le moyen de la récusation des municipaux précités doit être rejetée. La recourante estime encore curieux le processus de décision du groupe d'évaluation des offres, puisque celui-ci a examiné les propositions des deux entreprises ici en lice en deux étapes successives. Sans doute, le bureau lauréat a-t-il rencontré des représentants de l'adjudicataire après la première séance du groupe et avant l'appréciation finale du 22 octobre 1999; cependant, cette rencontre n'a pas eu de conséquence discriminatoire en défaveur de T., puisque le bureau lauréat a au contraire établi à la suite de l'entretien précité avec A. un rapport favorable à la recourante. L'on ne discerne au surplus pas d'autres motifs qui devraient conduire le tribunal à condamner la procédure suivie à cet égard. 5.

La recourante soulève de nombreux griefs pour ce qui concerne les différents critères posés dans l'appel d'offres, relatifs à la qualification des entreprises puis à l'évaluation de l'offre; elle s'en prend aussi à l'application de ces critères dans le cas particulier. a) Les griefs soulevés ici s'inscrivent dans le cadre du respect du principe de transparence posé en matière de marché public. Ce principe (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) 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 OMC; dans ce sens, v. TA arrêt GE 98/0112, du 22 janvier 1999. A cet égard, l'on peut adhérer aux développements du mémoire de la recourante; elle souligne que ce principe exige d'abord que le pouvoir adjudicateur indique aux soumissionnaires potentiels tous les éléments leur permettant de déposer une offre en connaissance de cause; il vise ensuite à obliger cette autorité à respecter les règles du jeu qu'elle a arrêtées, partant à l'empêcher de manipuler les règles d'appréciation qu'elle avait posées par avance. La jurisprudence en déduit généralement que l'autorité adjudicatrice doit annoncer les critères de qualification et d'adjudication qu'elle entend appliquer par ordre d'importance, ainsi que, le cas échéant, les facteurs de pondération éventuels, dans l'appel d'offres ou les documents de soumission; il en va de même d'une matrice d'évaluation, qui doit elle aussi être annoncée par avance (CFR, prononcé 06/1999 du 3 septembre 1999; voir également les références citées par la recourante). b) La recourante soulève à cet égard plusieurs questions plus pointues : aa) Le groupe d'évaluation aurait retenu un critère nouveau, non annoncé précédemment (celui de l'organisation interne); il aurait abandonné un critère annoncé (celui du tarif horaire offert par catégorie de personnel); il a appliqué une matrice de calcul non indiquée par avance, celle-ci ne correspondant d'ailleurs pas nécessairement à l'ordre dans lequel les critères étaient énoncés, ordre censé indiquer leur importance respective. bb) On peut douter que chacune des critiques énoncées ici soit pertinente; par exemple le critère de l'organisation interne correspond à celui des "moyens en ressources [...] organisationnelles pour mener à bien le mandat" (ch. 10 lit. a de l'appel d'offres). En revanche, la présentation de ces critères, regroupés sous lettres a et b du ch. 10 ne permet pas de comprendre clairement si les aspects qualitatifs et quantitatifs, respectivement économiques revêtent ou non une importance équivalente, similaire ou au contraire différente, les premiers aspects pesant ou non plus lourds que les seconds. Au demeurant, ce qui frappe le plus est l'abandon d'un critère, ainsi que l'utilisation d'une matrice d'évaluation non annoncée au départ. La municipalité a admis, en audience notamment, que l'art. 38 al. 2 RMP n'avait pas été strictement respecté, les critères n'ayant pas été présentés dans l'appel d'offres rigoureusement dans l'ordre d'importance de ceux-ci; de même n'a-t-elle pas fourni aux concurrents par avance la grille d'évaluation de ces critères. Elle estime toutefois que ces griefs, fondés, n'ont pas influé sur la notation des candidats, ce qui devrait dès lors conduire à en faire abstraction. S'agissant de l'échelle des notes, dont la recourante estime qu'elle aurait dû être annoncée à l'avance également, la municipalité explique qu'elle doit être rapportée à la nature même du projet. Comme l'admettent au demeurant l'ensemble des parties, le mandat en jeu a trait à un projet de construction scolaire qui ne présente pas une complexité considérable; cela étant, le pilotage de ce projet ne nécessitait pas de compétences extrêmement pointues. Il était dès lors logique de retenir une notation

maximum pour toutes les entreprises présentant des qualifications adaptées à la nature de ce projet. cc) La jurisprudence, comme certains auteurs (dont E., , note critique in DC 99, 57 ad arrêt S11 du TA VD), insiste pour que soit opérée une distinction stricte entre critères de qualification et critères d'adjudication. En d'autres termes, au moment où certaines entreprises auraient passé le cap de la qualification, le pouvoir adjudicateur devrait alors se borner à comparer les offres déposées par celles-ci (voir par exemple arrêt de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999 précité; une telle démarche devrait d'ailleurs être adoptée aussi bien en procédure ouverte qu'en procédure sélective : arrêt de la même autorité du 4 février 1999, cause 12/1998; à ce propos, voir également Gauch/Stöckli/Dubey, op. cit., nos 11.7 et 16.5 à 16.7 où les auteurs soulignent les difficultés pratiques de cette distinction). En l'occurrence, les critères posés au ch. 10 de l'appel d'offres paraissent mêler au contraire les aspects de qualification et ceux relevant de l'offre elle-même (tel est le cas de l'expérience exigée, comme aussi, apparemment, du critère des moyens en ressources humaines, respectivement en ressources organisationnelles). Or, dans une procédure sur invitation, l'on devrait sans doute pouvoir tabler sur la prémisse que l'ensemble des entreprises invitées sont considérées précisément comme étant qualifiées pour l'exécution du mandat; dans ce cas, seuls des critères d'adjudication devraient être appliqués. La recourante fait pourtant valoir précisément l'argument qu'elle dispose d'une expérience supérieure et de ressources plus performantes que l'adjudicataire; interpellée au sujet de la jurisprudence dominante précitée, elle a relevé que cette dernière n'était guère praticable dans un marché de services portant sur le pilotage d'un projet. Pour sa part, le tribunal retient tout d'abord que la Municipalité de P., n'avait pas à fournir par avance des explications sur les exigences nécessaires pour obtenir la notation maximale pour chacun des différents critères de qualification et d'adjudication, quand bien même cela eût amélioré la transparence du marché ici litigieux. Au demeurant, cette échelle des notes, logique comme on l'a vu, pouvait aisément être supputée par les candidats. Par ailleurs, cette échelle apparaît en outre matériellement fondée. Elle respecte l'esprit de la jurisprudence exigeant une séparation entre critères de qualification et critères d'adjudication. Elle permet en effet de ne pas restreindre par trop les entreprises susceptibles de présenter une offre et, partant, elle tend à ouvrir le marché. dd) Sur la base du constat d'une violation de l'art. 38 RMP, notamment de son alinéa 2, la recourante demande l'annulation de l'adjudication querellée, ce que la municipalité conteste en faisant remarquer que les vices de procédure mis en évidence n'ont eu aucune conséquence défavorable à la recourante. La municipalité se réfère à cet égard à un arrêt du Tribunal administratif fribourgeois du 18 juin 1999, qui a retenu une solution de ce type (réf: 2A 9939). La recourante fait valoir quant à elle un arrêt du même jour, en sens contraire, selon elle (2A 99 15 à 17) A vrai dire, il s'agit là d'une question extrêmement délicate que de savoir si la violation de règles de procédure fixées dans la législation sur les marchés publics conduit en quelque sorte "automatiquement" à l'annulation de l'adjudication où, au contraire, s'il faut vérifier dans quelle mesure le vice de procédure considéré a ou non influé sur le résultat du marché. La première solution est de nature à renforcer les mécanismes de contrôle de la législation sur les marchés publics; un tel but relève cependant plutôt des autorités de surveillance que de l'autorité juridictionnelle. Il apparaît préférable que celle-ci se contente de sanctionner des vices qui ont eu pour réelle conséquence de fausser la concurrence entre les différents candidats en lice pour l'obtention d'un marché. La jurisprudence du Tribunal administratif en matière de vices de procédure dans les conflits de construction va précisément dans ce sens; constatant que les règles de procédure en question visent

essentiellement à garantir le droit d'être entendu des parties, notamment celui des voisins, elle ne les sanctionne pas sous la forme d'une annulation des autorisations de construire concernées lorsqu'elle a pu constater que les parties n'ont pas été empêchées d'exercer leur droit d'être entendu (TA, arrêts des 19 août 1998, AC 96/220, et 18 décembre 1997, AC 95/120 et références citées). La jurisprudence rendue par les autorités fédérales de recours en matière d'examens - domaine qui se rapproche dans une certaine mesure de celui des marchés publics - va également dans ce sens (JAAC 61.32, 56.16 cons. 4 et 50.45 cons. 4.1). Le tribunal estime dès lors qu'il n'y a pas lieu d'annuler une adjudication, même en présence de violations du principe de transparence ou plus spécialement de l'art. 38 RMP, lorsque de tels vices n'ont pas eu de conséquence sur le résultat du marché; dans une telle hypothèse toutefois, il appartient au pouvoir adjudicateur de rapporter la preuve de cette absence d'influence des violations de ces règles de procédure sur l'adjudication, respectivement sur la décision attaquée. ee) Dans cette perspective, le tribunal a examiné avec les parties le bien-fondé des différentes notes attribuées aux deux entreprises en lice; on rappelle que l'échelle des notes retenue par la municipalité échappe à la critique. Au terme de son instruction, le Tribunal administratif a pu se convaincre que la municipalité n'avait pas abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que tant la recourante que l'adjudicataire méritaient - mis à part les critères économiques - une notation maximum. En effet, l'une et l'autre entreprises bénéficient, sur le vu des offres déposées, d'une large expérience du management de projet, ainsi que dans le domaine des constructions de type scolaire et sportif. Elles disposent par ailleurs des ressources en personnel et des ressources organisationnelles nécessaires à l'exécution du projet. Sans doute, le dossier de la recourante renferme-t-il des références plus nombreuses et des indications plus étoffées s'agissant des personnes qui seraient plus particulièrement chargées du mandat. Elle se prévaut également d'une supériorité sur le plan des équipements informatiques, au motif qu'elle a développé le logiciel Netprojet, lequel serait de nature à engendrer pour le maître de l'ouvrage des économies importantes en frais de reproduction de plans. La municipalité, pour sa part, ne voit pas en quoi les compétences extrêmement pointues de la recourante lui seraient particulièrement utiles pour mener à bien le projet de collège ici en cause, lequel ne paraît pas présenter de difficultés particulières; elle estime ainsi que l'adjudicataire présente une aptitude à piloter ce projet égale à celle de la recourante. Cette appréciation - qui doit être placée dans son contexte : il ne s'agit en effet pas d'estimer dans l'absolu lequel des deux bureaux présente les qualifications les plus élevées - n'a en définitive rien d'arbitraire et le tribunal s'y rallie. Dans le même sens, on se souvient que la municipalité a renoncé à fonder son appréciation sur l'un des critères indiqués préalablement, à savoir celui du tarif-horaire des différentes catégories de personnel engagées sur le projet. La municipalité a expliqué à cet égard que la disparité des chiffres présentés ne lui permettait pas de départager utilement les entreprises sur cette base. En l'occurrence, le tribunal constate que ce vice-là, auquel la recourante ne s'attarde guère, serait plutôt de nature à jouer en sa défaveur si ce critère était en définitive appliqué. ff) En conclusion sur ce point, il apparaît que la Municipalité de P., peut se voir reprocher des violations du principe de transparence et notamment de l'art. 38 al. 2 RMP, mais que celles-ci sont restées sans influence sur l'issue du présent marché. Le recours ne saurait dès lors être accueilli pour ces motifs.

6.

Le pouvoir adjudicateur s'est fondé en l'occurrence presque exclusivement sur une appréciation du prix de la prestation, à tout le moins pour départager les deux candidates. La recourante soulève encore divers moyens à cet égard. a) Elle fait valoir principalement qu'elle a présenté des variantes, qui n'ont pas été prises en considération du

tout par l'autorité intimée (sur le traitement des variantes, voir Gauch/Stöckli/Dubey op. cit., no 19; voir également les développements du mémoire complémentaire de la recourante sous ch. 6.4). La municipalité, pour sa part, soutient que la recourante, tout au moins dans sa variante comportant une participation de sa part à la réalisation de 46% des prestations ordinaires, qui doivent être confiées en principe au bureau lauréat, ne respecte pas l'esprit de l'appel d'offres et tente de s'immiscer dans le marché attribué à ce dernier (voir sa réponse page 12). Au regard du contenu de l'appel d'offres cité plus haut, lequel envisageait expressément la possibilité pour la municipalité de confier au pilote du projet une partie des prestations ordinaires de l'architecte, on ne saurait sérieusement reprocher à la recourante d'avoir formulé son intérêt à se voir confier l'exécution d'une partie de ces dernières prestations. En revanche, dans la mesure où cet appel d'offres précisait que cette collaboration éventuelle ne faisait pas l'objet d'une demande d'offres chiffrées de la part des candidats, celui-ci devait être compris de bonne foi comme excluant le dépôt formel de variantes portant, outre sur le pilotage du projet, sur l'exécution de prestations ordinaires de l'architecte. C'est ainsi à juste titre que la municipalité s'est dispensée d'examiner cette variante qui diffère, eu égard aux prestations demandées dans l'appel d'offres, du marché de base. Il n'y a donc pas lieu d'examiner non plus les chiffres avancés par l'adjudicataire, selon lesquels il serait en mesure de fournir des services, comportant 46% des prestations ordinaires de l'architecte, à un prix inférieur à celui énoncé dans l'offre de T., . On peut dès lors laisser indécise la question du traitement que le pouvoir adjudicateur doit réserver aux variantes. b) Dans le cas d'espèce, les concurrents étaient invités à formuler leurs prix en premier lieu conformément à une grille jointe à l'appel d'offres; celle-ci comportait notamment les coefficients r et n tirés de la norme SIA 102, lesquels figuraient en outre au nombre des critères d'évaluation des offres. On peut faire la même remarque s'agissant du pourcentage des honoraires du pilote de projet par rapport aux honoraires totaux. S'agissant de ce dernier point, comme aussi du facteur r - qui traduit la complexité du projet - l'offre de l'adjudicataire était clairement plus favorable que celle de la recourante; cela se traduisait d'ailleurs, sur un plan chiffré, par une différence de prix non négligeable (324'000 fr. environ pour la recourante, respectivement 220'000 environ pour l'adjudicataire, selon le calcul de cette dernière indiqué en audience). c) L'adjudicataire a présenté dans son offre des variantes relatives à la formulation du prix, sous chiffre 2 du formulaire idoine; elle est ainsi parvenue, dans le calcul joint à son offre, au montant suivant :  $12'535'000 \text{ fr.} \times 1,9\% = 238'165 \text{ fr.}$  Ultérieurement, le prix formulé dans cette variante a été recalculé, pour tenir compte du fait que la municipalité estimait que seul un montant de 10'815'000 fr. était susceptible de donner droit aux honoraires; l'adjudicataire l'a fait de la manière suivante :  $10'815'000 \text{ fr.} \times 2,01\% = 227'115 \text{ fr.}$  On remarquera que la décision adressée à A. ne précise pas quelle est la variante de prix prise en considération; celle adressée à la recourante n'en dit pas plus, sinon qu'elle se réfère aux critères du facteur de correction r et à celui du montant global des honoraires présumés. Sur cette base, le tribunal ne saurait retenir l'existence de négociations entre l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire; force est en effet de retenir que cette dernière est liée par les différentes variantes de prix qu'elle a formulées et notamment par la variante 1, laquelle aboutit à un résultat inférieur à celui des variantes de prix successives présentées sous chiffre 2 de l'appel d'offres. Il en résulte que, s'agissant du prix de 227'115 fr., ce dernier ne saurait être considéré à proprement parler comme une modification de l'offre ou comme le résultat de négociations, mais uniquement comme une correction, sans incidence réelle, dans la mesure où la variante 1 aboutissait à un résultat encore inférieur. 7. a) Il résulte des considérations qui précèdent que

le recours doit être rejeté, la décision querellée étant maintenue. b) S'agissant des frais et dépens, il faut constater que la municipalité l'emporte, certes; cependant, le tribunal tiendra compte du fait que l'autorité intimée n'a pas respecté, à plusieurs égards, le principe de transparence et plus précisément l'art. 38 RMP; il mettra dès lors une part des frais à la charge de la commune, celle-ci n'ayant par ailleurs droit qu'à des dépens réduits (art. 55 LJPA).

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