

# VD\_OMNI GE.1999.0142 vom 20. März 2000

VD Tribunal cantonal, 2000-03-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.1999.0142](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.1999.0142)

FR: VD\_OMNI GE.1999.0142 du 20 mars 2000

IT: VD\_OMNI GE.1999.0142 del 20 marzo 2000

## Regeste

c/Transports publics de la région lausannoise SA | Violation du principe de transparence ici dès lors que la grille d'évaluation des différents critères n'a pas été fournie à l'avance; ce vice est toutefois resté sans conséquence (cons. 5 et 6; l'arrêt confirme qu'il n'y a pas lieu à annulation si le vice ne débouche pas sur un traitement discriminatoire des offres).

## Erwägungen

### E. 1

let. c AIMP, figurent notamment au nombre des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'accord les entreprises, quelle que soit leur forme juridique, opérant dans les secteurs des transports et qui sont majoritairement dominés par un ou des pouvoirs adjudicateurs énumérés aux lettres a ou b (à savoir l'Etat cantonal et les communes, notamment). Par ailleurs, selon l'art. 1er al. 1 LVMP, la loi régit les marchés publics des entreprises ou sociétés dans lesquelles le canton, les communes, voire des associations intercommunales ont une participation majoritaire ou un pouvoir de décision prépondérant (les T., , au demeurant, figurent au nombre des entreprises visées par l'art. premier al. 1 RMP : FAO 1999,1316). Quoi qu'il en soit, il n'est pas contesté que les T., sont visés par l'une comme l'autre des dispositions précitées (on signalera toutefois que les valeurs-seuils sont augmentées à 766'000 fr. pour les fournitures et les services des entreprises du secteur des transports : art. 7 let. c AIMP; on ne retrouve pas de disposition comparable à l'art. 5 let. c LVMP). La valeur-seuil précitée est cependant clairement atteinte. 2. La recourante a été écartée du marché litigieux; en tant que soumissionnaire évincé, elle a assurément qualité pour recourir au sens de l'art. 37 LJPA. Le recours a trait à l'adjudication du marché à I., ; il s'agit d'une décision finale du pouvoir adjudicateur, susceptible de recours (art. 43 let. a RMP), de sorte que le pourvoi est recevable. 3. a) I., a formulé des protestations qui ont trait au fait qu'A. est à la fois membre du Conseil d'administration des T., et, par l'intermédiaire de sa société, détenteur d'I., , à hauteur de 50%, entreprise qui collabore en sa qualité de sous-traitant au projet S., . aa) On remarque que l'autorité intimée ne fait pas siennes ces critiques. Celles-ci, au demeurant, s'inscrivent dans le contexte des règles sur la récusation (art. 6 let. d LVMP et 11 let. d AIMP). L'art. 18 RMP précise encore que les membres des autorités adjudicatrices, qui participent à la préparation et à l'élaboration des documents d'adjudication ou aux procédures de passation des marchés publics, ne peuvent présenter d'offres (al. 1); les autres cas d'incompatibilité (on entend par là les cas de récusation) prévus par les autorités adjudicatrices sont réservés (al. 2). Au demeurant, le droit vaudois ne connaît pas de règles générales relatives à la récusation des autorités administratives, raison pour laquelle il convient d'appliquer les principes généraux déduits des garanties constitutionnelles (voir notamment ATF 125 I 209, spéc. p. 218). bb) Ces quelques remarques permettent de mettre en évidence le fait que la règle de l'art. 18 RMP vise la

problématique de la récusation de personnes physiques, même s'il peut conduire dans certains cas à l'exclusion d'un soumissionnaire déterminé (on y parle d'ailleurs des membres des autorités adjudicatrices; dans le même sens, ZBl 1999, 396, consid. 4a; voir également arrêt du 3 septembre 1999 de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics - ci-après : CFR - 1999-006, consid. 2). Il ne saurait dès lors être question ici d'une exclusion de la recourante du présent marché, en raison de ses liens avec A. (ces rapports sont éloignés et ne coïncident pas avec l'hypothèse de l'art. 18 RMP). Ce dernier a pris part, selon les indications fournies par les représentants des T., à l'audience, à la décision du Conseil d'administration ratifiant la proposition d'adjudication à I.; il y a, semble-t-il, pris une position favorable à la recourante. I., en définitive, ne fait pas valoir à cet égard le moyen tiré de la récusation, qui aurait peut-être dû être accueilli au regard des règles précitées; elle souligne seulement que son offre l'a emporté malgré une intervention favorable à son adversaire. b) La recourante reproche ensuite à l'autorité intimée de ne pas avoir respecté les règles qu'elle avait posées dans le dossier d'appel d'offres lorsqu'elle a diffusé la réponse aux questions auprès des autres concurrents. En effet, selon le chiffre 2.5 des STAL, la question (sans référence du demandeur) et la réponse feront l'objet d'une distribution à tous les soumissionnaires; or, les T., ont précisément diffusé les réponses aux questions de S., auprès de tous les concurrents, avec l'indication du nom de la recourante. En prenant connaissance de ce document, les entreprises concurrentes pouvaient dès lors avoir connaissance de l'état des réflexions de S., à ce moment-là de la procédure et elles auraient peut-être pu en tirer des déductions quant à la stratégie adoptée par la recourante. Cependant, cette dernière n'a aucunement étayé cette hypothèse; on cherche en vain dans les questions soulevées par S., des informations qui auraient pu donner des indications sur des données sensibles de la recourante. Pour sa part, le Tribunal administratif, s'il constate effectivement que le pouvoir adjudicateur s'est écarté des règles du jeu qu'il s'est lui-même posées s'agissant des réponses aux questions des soumissionnaires, considère que cette violation, d'ailleurs mineure, n'a pas eu d'incidence défavorable sur l'élaboration ou l'appréciation de l'offre de la recourante et n'a pas sorti non plus d'effet inverse, en faveur de ses concurrentes. Le pourvoi ne saurait dès lors être accueilli pour ce premier motif.

4. On sait que I., s'est vu attribuer le projet SyVe1, soit un mandat présentant certains points communs avec le marché litigieux. Elle a pu ainsi acquérir des connaissances de la marche des T., susceptibles d'être mises à profit dans le marché SyVe2. La recourante - en relation avec l'une des prestations demandées en tout cas - fait valoir que ces connaissances n'ont pas été mises à sa disposition, de sorte qu'elle se trouve discriminée de ce fait par rapport à l'adjudicataire. a) On relèvera en premier lieu qu'une entreprise qui a bénéficié d'un premier marché ne saurait être exclue de ce seul fait d'une procédure de soumission subséquente (le TA Glaris a jugé dans ce sens dans un arrêt du 3 novembre 1998, référence 97.00163 et 97.00164). b) On se trouve ici dans une hypothèse similaire à celle dans laquelle le pouvoir adjudicateur a engagé, avant le lancement de l'appel d'offres, un dialogue technique avec une entreprise, en vue de la préparation des documents de soumission. La jurisprudence, comme la doctrine admettent, pour des raisons pratiques, qu'une telle entreprise ne doit pas être exclue du marché par principe. Les autres concurrents doivent alors être mis sur un pied d'égalité avec elle; autrement dit, ces derniers doivent recevoir les mêmes documents et les mêmes connaissances que l'entreprise qui a participé au dialogue technique, à défaut de quoi le marché pourrait être faussé (voir à ce sujet, Evelyne Clerc, contribution précitée, p. 91 ss; v. également Gauch/Stöckli/Dubey, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1999, p. 14 ss et

références jurisprudentielles citées). c) A ce titre, la recourante se plaint au premier chef de ne pas avoir eu connaissance du protocole de lecture du lecteur portable de contrôle. Les STAL évoquent à cet égard les cartes-valeur préchargées de type T2G, en vente actuellement auprès des T., , au moyen desquelles les clients peuvent acheter des billets à l'unité dans les distributeurs stationnaires. Les cartes qui seront utilisées, de type T2G également, sont fabriquées par Gemplus et pourront être rechargées; ce porte-monnaie électronique enregistrera dans sa puce les données correspondant au titre de transport acquis et devra pouvoir être lu par le lecteur portable de contrôle. Les STAL ajoutent ici que les protocoles de lecture de ces appareils de contrôle seront fournis à l'adjudicataire avec le cahier des charges définitif (STAL, p. 32 ch. 4.3.3). Il est établi que I., a connaissance de ce protocole de lecture; elle affirme d'ailleurs, de manière convaincante, qu'elle détenait ces informations avant même l'exécution du marché SyVe1, dans le cadre duquel ce protocole lui est bien entendu nécessaire (voir à ce sujet le classeur qu'elle a produit avec son mémoire, intitulé "Historique technique et références d'I., ", pièce 6 notamment). Pour sa part, la recourante indique qu'elle a cherché à se procurer le protocole en question auprès de Gemplus; or, cette dernière entreprise, liée contractuellement avec I., , aurait refusé de lui divulguer ces informations, ce qui paraît là encore tout à fait plausible. I., fait toutefois valoir qu'il est douteux que ni S., , ni aucune des sociétés avec lesquelles elle est associée dans le cadre de son offre ne dispose de ce protocole (voir au demeurant la pièce produite par I., , relative à l'entreprise Trüb AG, société du groupe I., ); le tribunal laissera cependant ce point indécis. Toutefois, selon l'autorité intimée, le protocole de lecture des cartes T2G (c'est-à-dire des cartes de deuxième génération, très couramment employées; les cartes de téléphone sont précisément de ce type) est une information très aisée à obtenir; en revanche, tel n'est pas le cas des développements réalisés sur cette base par Gemplus ou de l'appui technique fourni par cette dernière entreprise. Quoiqu'il en soit, selon les T., , la connaissance du protocole de lecture lui-même n'était pas nécessaire pour l'élaboration de l'offre; il s'agissait, pour établir celle-ci, d'évaluer le temps nécessaire au développement des appareils en question, ce qu'il était possible de faire sans détenir le protocole en question. Au demeurant, S., a évalué ici les frais de développement du logiciel d'application du lecteur portable de contrôle à 34'800 francs (voir chapitre 6 de l'offre S., , ch. 6.2.1.1); cette offre comprend d'ailleurs le développement pour la lecture des deux types de cartes, avec ou sans contact (on pourrait évaluer à la moitié environ les frais de développement ici litigieux, qui concernent seulement la lecture des cartes avec contact). Or, pour sa part, I., a évalué ces frais sur ce point à un montant similaire; elle a d'ailleurs repris ici le montant que lui a indiqué son partenaire B., , lequel fabrique l'appareil et a décidé d'assumer les frais de développement du logiciel nécessaire. On pourrait néanmoins se demander si les T., , dans le but d'assurer une meilleure égalité de traitement entre les différents concurrents, n'aurait pas dû fournir le protocole de lecture des cartes T2G; il est vrai que I., avait acquis ces connaissances en la matière avant même le marché SyVe1, qu'elle a obtenu récemment des T., . Le Tribunal administratif relève toutefois ici que la situation de I., , si elle est comparable dans une certaine mesure avec celle d'une entreprise qui a pris part dans un dialogue technique avec le pouvoir adjudicateur à la préparation de l'appel d'offres, s'en distingue néanmoins; I., , en effet, n'avait assurément pas une connaissance aussi poussée du marché SyVe2 que ne l'aurait une entreprise qui aurait pris part à un tel dialogue technique. Par ailleurs, à supposer que la connaissance du protocole de lecture en question par I., ait pu constituer un avantage concurrentiel en sa faveur, force est de remarquer que, outre qu'il n'était pas lié aux relations particulières entre celles-ci et les T., (à l'occasion de

SyVe1), ce dernier n'a eu aucune incidence significative sur les offres des deux entreprises en lice. d) La recourante fait valoir des moyens similaires en relation avec le système d'intégration et de gestion exigé par l'appel d'offres, qui doit être compatible avec l'informatique de l'entreprise T., (SAP); elle soutient d'ailleurs également à ce sujet que les STAL seraient insuffisamment claires à cet égard, cela quand bien même elle a obtenu des précisions aux interrogations qu'elle avait à ce sujet (voir réponse à la question no 31, pièce 2 du dossier de l'autorité intimée). Cela étant, le tribunal traitera le moyen soulevé ici, non pas au regard du respect du principe de la transparence, mais bien plutôt en relation avec la discrimination dont la recourante s'estime la victime du fait de l'existence d'un premier mandat en faveur de I., . Les T., font valoir à cet égard que les STAL décrivent la mission qui doit être assignée à l'adjudicataire, sans imposer de solution technique; en d'autres termes, les soumissionnaires ont le choix entre diverses approches, celles-ci devant ensuite être évaluées, dans leurs points forts comme dans leurs points faibles, dans le cadre de la qualimétrie. La recourante a choisi une architecture dans laquelle elle fait intervenir un ordinateur central, qui recueille les données en provenance des différents appareils du présent marché, pour les transmettre ensuite au SAP. I., , au contraire, a privilégié une autre formule, dans laquelle les données en provenance des différents appareils sont recueillies sur des PC, reliés à leur tour directement au SAP; I., fait valoir à cet égard qu'elle respecte mieux la politique informatique des T., , ceux-ci étant en mesure en effet de maîtriser ainsi le fonctionnement de leur base de données au sein du SAP. Les parties conviennent au surplus que la solution retenue par la recourante est nettement plus chère que celle choisie par I., . Le tribunal ne voit pas, dans les circonstances qui viennent d'être décrites, l'existence d'une discrimination à l'égard de la recourante. I., avait tout au plus une meilleure connaissance de la philosophie des T., en matière informatique; les deux entreprises disposaient néanmoins des éléments nécessaires pour apprécier les potentialités du SAP et dès lors pour élaborer la solution la plus adéquate. Il faut encore préciser que le dossier d'appel d'offres évoquait plutôt, s'agissant de cette unité centrale, l'élaboration de logiciels (STAL, ch. 1, p. 9) en lieu et place de l'interposition d'un ordinateur supplémentaire entre les différents appareils objets du marché et le SAP. Force est de conclure sur ce point que la recourante a choisi une solution coûteuse, ce qui est bien évidemment de nature à la pénaliser dans le cadre de la qualimétrie, mais essentiellement au regard du critère du prix (on ne voit pas qu'il en ait été tenu compte sous d'autres aspects, celui du respect des contraintes techniques par exemple). e) Pour le surplus, on ne discerne pas en quoi I., aurait été indûment favorisée par le fait qu'elle a obtenu antérieurement le marché SyVe1. Comme on l'a vu, elle a en effet été tenue à l'écart de la préparation des STAL pour le présent marché; de même, sous réserve de griefs qui seront encore examinés plus loin, rien n'indique que I., ait bénéficié d'autres données utiles à l'élaboration de son offre, alors que ses concurrentes en auraient été privées. En tous les cas, la recourante n'affirme pas - et le dossier ne contient pas d'indices dans ce sens - que l'appel d'offres aurait été élaboré spécialement pour coïncider avec les prestations offertes généralement par I., . Les T., soulignent que le marché SyVe1 était le fait commun des TPG et des T., et que, même s'il présente une certaine parenté avec le projet SyVe2, ce dernier constitue un objet très différent, qui n'intéresse au demeurant pas les TPG. En conclusion sur ce point, les moyens qui ont trait à une favorisation de I., dans le présent marché, en relation avec l'adjudication de SyVe1, doivent être écartés. 5. La recourante invoque ensuite la violation du principe de transparence; les moyens soulevés à cet égard par la recourante sont à vrai dire peu pointus. Le principe de la transparence (v. à ce propos ATF L., , 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. On laissera ici de côté le moyen lié à l'unité centrale de gestion, déjà traité ci-dessus (cons. 4 let. d). a) La recourante invoque notamment le fait que les soumissionnaires devaient présenter une offre sans disposer d'un cahier des charges. Cette remarque paraît toutefois relever plus du domaine de la terminologie que du fond. En effet, selon ses auteurs, les STAL décrivaient une mission à remplir, certes en formulant des pistes pour une mise en oeuvre, mais en précisant également que des propositions étaient possibles et même souhaitées; dès lors, il était nécessaire de prévoir que le maître de l'ouvrage aurait à adopter, cas échéant, des variantes suggérées par les soumissionnaires. Ce choix devrait alors être matérialisé dans un document contractuel, appelé "cahier des charges" (voir à ce sujet STAL, ch. 0 notamment). b) La recourante fait également valoir une incertitude en relation avec le prix. Selon les STAL, en effet, le nombre d'appareils exigés n'est pas fixé de manière définitive, celui-ci pouvant en effet varier dans une proportion de 20% (STAL, ch. 1, remarque 2). Les T., expliquent à cet égard que le nombre des appareils ne peut pas être fixé aujourd'hui de manière définitive; celui-ci peut notamment varier en fonction des partenaires (bureaux de tabacs) prêts à accepter dans leurs locaux des appareils de renouvellement d'abonnements. Pour le maître de l'ouvrage, il apparaissait nécessaire de fournir un chiffre, à titre indicatif, pour permettre aux soumissionnaires de formuler leurs offres, soit d'articuler des chiffres qui soient comparables; la variation indiquée ne revêt pas une importance telle qu'elle entraîne une modification sensible du mode de production de ces appareils, de sorte qu'elle ne peut pas avoir conduit à la formulation de prix irréalistes, inutilisables dans le cadre de l'appréciation du pouvoir adjudicateur. Ces explications sont convaincantes; les chiffres énoncés dans les STAL - ne fût-ce qu'à titre indicatif -, constituent la base nécessaire pour que les offres soient comparables entre elles; au surplus, le fait que ceux-ci ne soient pas définitifs n'est pas de nature à placer les soumissionnaires dans une situation d'incertitude inacceptable, peu compatible avec le principe de la transparence. On notera ici, incidemment, que la conclusion du contrat avec l'adjudicataire impliquera des négociations, à tout le moins sur les deux points qui précèdent (définition exacte du cahier des charges, fixation du nombre des appareils demandés et partant du prix). Cependant, il n'en découle pas encore une violation des art.

## **E. 6**

let. c LVMP ou 11 let. c AIMP (voir encore art. 36 RMP); ces dispositions prohibent en effet les rounds de négociation, à savoir un processus engagé auprès des derniers adjudicataires pressentis (short-list), pour les mettre en compétition entre eux et obtenir,

notamment, des remises de prix de certains d'entre eux. On ne se trouve nullement dans une telle hypothèse ici, seule prohibée, mais bien plutôt dans une situation où les deux parties à un contrat cherchent à en définir de manière précise le contenu (il va de soi cependant que, dans ce cadre, le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire n'ont pas la faculté de modifier l'objet même du marché; sur la nécessité d'une négociation dans ce type de contrat à caractère innovateur, voir Evelyne Clerc, art. précité, p. 95 s.). S'agissant des relations entre les chiffres 13.8 et 14.2 des STAL, une lecture attentive permettait de lever toute ambiguïté. Le chiffre 13.8 a trait à la mise en service des équipements; il s'agit d'une opération, à réaliser par le maître de l'ouvrage, sur laquelle les soumissionnaires devaient fournir des informations, mais les frais de celle-ci ne devaient pas être compris dans l'offre. Tel était le cas au contraire des frais liés à l'assistance à la mise en service et à la maintenance. En résumé, les soumissionnaires devaient comprendre dans leur offre l'assistance à la mise en service, mais non la mise en service elle-même. c) Au chapitre de la transparence, le tribunal a constaté que l'appel d'offres comportait une liste des critères d'adjudication (au ch. 8), complétée par les STAL (ch. 15 "Qualimétrie"); le système de notation était ainsi expliqué dans les STAL et le poids de chacun des critères exprimé en pourcent de l'appréciation globale (le prix figurant par exemple pour 25% dans l'évaluation). En revanche, la grille d'évaluation (voir pièces 3 et 4 du dossier produit par les T., ) n'a pas été fournie à l'avance aux soumissionnaires, pas plus que le choix de l'échelle des notes. Or la jurisprudence (à savoir celle de la Commission fédérale de recours - ci-après : CFR - 006/1999, DC-marchés publics 99, 141 no S 25; les juridictions cantonales paraissent aller dans le même sens : DC-marchés publics 99, 142 ss, mais ne tranchent pas expressément la question) admet que le principe de transparence exige non seulement que le poids des différents critères soit annoncé (ce point résulte déjà de l'ATF 125 II 86), mais aussi, la grille d'évaluation, lorsque le pouvoir adjudicateur en établit une. Quant à l'échelle des notes, quelques voix se prononcent en faveur de sa divulgation par avance, mais cette exigence n'a pas été confirmée, en l'état, par la jurisprudence. Dans le cas présent, l'autorité intimée met en avant le fait qu'elle a fourni le poids respectif des différents critères, ce qui rend secondaire le fait qu'elle n'ait pas fourni par avance la grille d'évaluation; au demeurant, la recourante n'insiste guère sur ce point, soulevé d'office par le tribunal. A supposer que le tribunal se rallie sur ce point à la jurisprudence de la CFR, ainsi qu'à celle d'autres autorités cantonales et retienne une violation des règles de procédure prévalant en matière de marchés publics, il convient de vérifier si celle-ci doit conduire en quelque sorte mécaniquement à l'annulation de l'adjudication ou, au contraire, s'il faut examiner en outre 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'examen -

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 règles de procédure sur l'adjudication, respectivement sur la décision attaquée (TA, arrêt du 26 janvier 2000, GE 99/0135). Il s'agira dès lors de vérifier plus bas si l'informalité mise en évidence ici a eu une incidence concrète sur le sort du présent marché.

6. Il reste à examiner le grief tiré d'une inégalité de traitement entre les concurrents; la recourante reproche à cet égard un traitement défavorable de son offre au regard de diverses notes. a) La recourante ne met pas sérieusement en doute l'objectivité de la qualimétrie mise en place par les T., , soit de la grille d'évaluation. C'est là un premier indice que la non-divulgaration par avance de cette dernière n'a pas entamé la neutralité du processus d'évaluation des offres. On observera aussi que la qualimétrie a été établie le 21 mai 1999, soit en tous les cas avant l'ouverture des offres (v. à ce sujet note Stöckli, DC - marchés publics 99, 143); aucun élément n'indique qu'il pourrait y avoir eu manipulation de celle-ci. b) Le tribunal examinera ici tour à tour les différents moyens soulevés à propos des notes attribuées aux éléments de l'offre de chaque candidat. Il faut néanmoins définir ici, à titre liminaire, le pouvoir d'examen du Tribunal administratif en cette matière. Il s'agit tout d'abord, bien évidemment, de cerner la notion d'offre la plus avantageuse économiquement (art. 8 al. 2 lit. f LVMP, 13 lit. f AIMP et 38 RMP), ce qui constitue un concept juridique indéterminé. Dans ce cadre, l'autorité judiciaire doit faire preuve d'une certaine retenue et laisser au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques et que l'autorité intimée s'est assurée le concours de spécialistes, ici René Gilliard, de Lutz Engineering Sàrl (dans le même sens, voir CFR, RDAF 1999 I 37, spéc. consid. 3a, p. 42). Cette solution rejoint au demeurant celle qu'a dégagée la jurisprudence en matière d'examens scolaires (voir par exemple ATF 106 Ia p. 1; v. aussi ZBl 2000, 107 cons. 2, décision du Conseil des EPF); dans son jugement, le Tribunal fédéral a admis que l'autorité judiciaire cantonale restreigne son pouvoir d'examen lorsqu'elle est amenée à revoir l'appréciation de travaux d'examens faite par l'autorité scolaire. C'est dans ce contexte qu'il convient d'examiner maintenant la requête d'expertise présentée par la recourante; cette dernière estime en effet nécessaire que les notes attribuées par le groupe de pilotage soient soumises pour vérification à un expert. Cependant, le tribunal de céans, se fondant ici sur une appréciation anticipée des preuves, considère une telle mesure d'instruction comme superflue. En l'occurrence, la notation résultant pour chacun des candidats de la qualimétrie a été faite de manière attentive et soignée par un spécialiste; s'agissant là de questions qui sont très largement de nature technique, le tribunal, qui doit observer une certaine retenue à cet égard, ne saurait ordonner une expertise que dans l'hypothèse où la requérante met en évidence des éléments susceptibles de faire douter de l'objectivité ou de la rigueur des solutions retenues par l'autorité intimée (voir, dans le même sens, ATF 119 Ia 492, spéc. p. 505 s. et les réf. citées; v. également ATF 125 V 351, à propos de l'expertise effectuée à la demande de l'assureur-accidents, dont la décision fait ensuite l'objet d'un recours). Or, comme on le verra plus bas, sous réserve de points de détail, la recourante n'est pas parvenue à remettre en cause le caractère objectif des appréciations issues de la qualimétrie. On relève encore que l'évaluation des offres, réalisée dans le cadre de la qualimétrie,

constitue une opération qui se trouve à la frontière entre la constatation de faits, l'exercice d'un pouvoir d'appréciation et enfin l'application du droit. Cela étant, il faut en tous les cas retenir que la fixation des notes doit relever pour partie de l'appréciation de l'autorité qui la fixe et, dans cette mesure, l'autorité de recours doit s'en tenir à un contrôle sanctionnant l'abus et l'excès du pouvoir d'appréciation. Dans un tel contexte, une expertise apparaît en règle générale comme hors de propos (on peut réserver l'hypothèse dans laquelle l'administré fournirait des indices probant d'un exercice abusif de ce pouvoir d'appréciation; encore que, dans ce cas, une expertise ne serait peut-être pas non plus nécessaire). Au demeurant, qu'il s'agisse d'examens scolaires ou de marchés publics, une ordonnance d'expertise apparaîtra le plus souvent comme de nature à prolonger la procédure de manière excessive et partant comme une mesure contraire à la systématique légale. Il n'y a donc pas lieu de donner suite ici à la requête d'expertise présentée par la recourante. c) Avant de passer en revue les différents éléments de la notation retenue par la qualimétrie, en tant qu'ils sont contestés, il convient d'aborder encore quelques questions préalables. Tout d'abord, la recourante reproche aux T., de ne pas avoir pris en considération l'audit des unités de production réalisé entre le dépôt des offres et la décision d'adjudication. On relève ici que le pouvoir adjudicateur s'était réservé le droit d'entreprendre un audit de qualité du soumissionnaire et des sous-traitants agréés, avant l'adjudication (ch. 10.1 des STAL). Cependant, René Gilliard a expliqué lors de l'audience que l'audit effectué n'était pas un audit de qualité - tel que prévu par les STAL -, mais uniquement un audit des unités de production; les T., souhaitaient en effet gagner du temps et anticiper ainsi - alors que la phase d'adjudication était encore en cours - sur la préparation des cahiers des charges. Non prévue par les STAL, cette opération n'a été effectuée qu'avec l'accord des deux soumissionnaires pressentis. Ainsi, selon les T., , cet audit ne devait pas avoir et n'a pas eu d'influence sur la notation arrêtée dans le cadre de la qualimétrie. Au demeurant, on ne voit pas pour quel motif le résultat de ces audits aurait dû déboucher sur une notation différente de chacun des deux candidats. Par ailleurs, alors que le processus d'évaluation des offres était en cours, les T., ont contacté I., d'une part, la recourante d'autre part; dans le premier cas, il s'est agi d'obtenir de I., des précisions, sous la forme d'une présentation différente des prix énoncés dans son offre (les éléments de ce prix et le prix global sont restés identiques); dans le second, il a été demandé à la recourante de se déterminer sur ce qui paraissait constituer une erreur de calcul, ce qui s'est avéré exact. L'une et l'autre de ces démarches entrent dans le cadre de ce qu'autorise l'art. 35 RMP; on ne voit au demeurant pas en quoi les candidats auraient été discriminés de la sorte (étant précisé que I., a été pénalisée, en relation avec la présentation de son prix, jugée apparemment peu heureuse : v. qualimétrie, tableau d, pièce 4 du dossier des T., ). d) On suivra ci-après, pour l'examen détaillé des moyens soulevés, le plan retenu par la qualimétrie. aa) S'agissant tout d'abord du prix, les STAL exigeaient que ceux-ci soient indiqués en francs suisses, avec et sans taxes, matériel franco site de Lausanne; les prix doivent être forfaitaires, fermes et définitifs jusqu'à la livraison de la totalité du marché (ch. 13.2.1). L'offre devait en outre comporter une formule d'adaptation des prix, cela pour les pièces de rechange à partir de la fin de la période de garantie; il en ira de même pour les commandes d'équipements ultérieurs (ch. 13.2.2). En outre, l'offre doit comporter le détail du coût des différents aspects du marché (ch. 13.2.3). Par ailleurs le chapitre 14 des STAL (intitulé "conditions commerciales") contient à cet égard d'autres précisions encore, notamment au sujet des conditions et du délai de paiement (ch. 14.4 et 14.5; s'agissant de délais, celui-ci est fixé à 60 jours à partir de la date de la facture). Alors que l'offre de S., s'en est tenue strictement à ces exigences

(sous réserve de la question de la formule d'adaptation des prix, qui sera examinée plus bas (sous lettre dd), I., a arrêté un prix en précisant qu'un tiers du montant de celui-ci serait indexé au deutsche mark (ci-après : DM) à partir du coût 1 DM = 0.82 CHF (p. 44 de l'offre I., ); par ailleurs, le délai de paiement est fixé à 30 jours dès la date de la facture (p. 57 du même document). A cet égard, S., fait valoir que le pouvoir adjudicateur a comparé des prix qui ne sont pas arrêtés sur les mêmes bases, ce qui est en partie exact. S'agissant tout d'abord du délai de paiement, l'offre de S., , qui comprend un prix payable à 60 jours, représente pour les T., une économie d'intérêts sur une durée de 30 jours par rapport à celle de I., . Pour les mettre sur le même pied, il faudrait donc rajouter au prix de I., l'équivalent d'un intérêt de l'ordre de 4 à 5% par an, rapporté sur une durée de 30 jours, soit un montant de l'ordre de 20'000 fr. Il va de soi que cette correction réduit l'écart entre les deux concurrents au niveau du prix, mais ne le supprime nullement; celui-ci reste en effet de 300'000 fr. environ. En d'autres termes, la notation de chacun des concurrents, si elle devait être adaptée en conséquence, ne varierait en revanche pas de manière significative (l'écart subirait en effet une réduction de l'ordre de 6%). La question est par ailleurs plus délicate s'agissant de la précision selon laquelle un tiers du prix sera adapté, à la hausse, en relation avec une augmentation du cours du DM. L'offre de I., s'écarte ici des STAL, en ce sens que le prix ne paraît plus être exprimé de manière ferme, mais est susceptible de varier en fonction du cours de la devise allemande. Les T., , pour leur part, estiment qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte de ce point, au vu notamment du fait qu'ils ont adjugé le marché au prix formulé en francs suisses, considéré comme ferme. Pour le tribunal, l'on se trouve ici en présence d'une divergence entre les STAL et l'offre, celle-ci ne revêtant toutefois pas suffisamment d'importance pour justifier une exclusion du marché; il s'agit là aussi d'un point sur lequel tout doute aurait pu être levé par le biais d'explications demandées aux soumissionnaires, en application de l'art. 35 RMP. Au surplus, compte tenu du fait que l'évolution du cours du DM par rapport au franc suisse est par nature incertaine, il n'était guère possible d'en tenir compte dans le cadre de la comparaison des prix offerts par les concurrents; dans ces conditions, c'est à juste titre que les T., en ont fait abstraction ici, dans le cadre du premier chapitre de la qualimétrie, consacré aux prix (au surplus, l'offre de I., aurait dû être pénalisée en revanche au titre de la présentation de l'offre : voir d'ailleurs lettre dd ci-dessous). bb) Au titre du respect des contraintes techniques, la recourante se plaint des notes qu'elle a obtenues sous ch. 13.3.5, relatif aux performances électriques; alors que I., n'a à cet égard pas fourni de réponse et par conséquent n'a été créditée d'aucun point, S., a fourni un certain nombre de réponses, bénéficiant de 10 point sur un total de 20. L'autorité intimée explique ici sa note de manière convaincante, en montrant notamment que S., s'est fourvoyée gravement dans l'une des réponses, en confondant intensité et puissance et qu'une autre réponse au moins est incomplète. Le tribunal ne voit pas de motif de s'écarter de cette note que les T., qualifient même de généreuse (au surplus, la recourante ne peut être suivie lorsqu'elle réclame l'application d'une simple règle de trois et d'une notation proportionnelle au nombre de réponses qu'elle a fournies). S'agissant du chiffre 13.3.6, les deux entreprises concurrentes ont fourni la même réponse (accepté sans condition; cela ne fournissait pas de précision quant au temps nécessaire pour les opérations indiquées) et ont obtenu la même note de 3 sur un maximum de 30. Cette cotation, qui n'est guère critiquable, ne révèle en tout cas aucune inégalité de traitement entre les concurrents. cc) Au titre du respect des délais, S., s'en prend à la note de 5 sur 15 qui lui a été accordée, alors qu'elle s'élève à 15 pour sa concurrente I., quand bien même le tableau de qualimétrie comporte le même commentaire, à savoir que la date de validation du premier appareil, soit

le 15 juillet 2000 était qualifiée de "pas visible" dans les deux cas. René Gilliard explique à ce sujet que le plan de GANTT fourni par l'un comme par l'autre candidat n'indiquait en effet pas de date de validation du premier appareil; s'agissant de S., effectivement, le plan en question n'indiquait à cette date que la livraison du premier équipement, notion différente de celle de la validation de celui-ci. En revanche, l'offre de I., précisait - non pas dans le corps du plan de GANTT - mais dans le texte même de l'offre (p. 60) que l'acceptation du premier logiciel de base avec liste des corrections était fixée au 10 juillet 2000; validation et acceptation ont en effet le même sens ici. Le tribunal ne voit ainsi pas d'abus du pouvoir d'appréciation dans le fait pour les T., d'avoir retenu que les exigences posées au titre du respect des délais étaient bien remplies par l'offre de I., malgré le défaut d'indications dans le plan de GANTT. La note attribuée échappe dès lors à la critique. dd) Au chiffre 1 du volet "présentation de l'offre", le groupe de pilotage a pénalisé la présentation choisie par S., sous forme de classeur (soit 2 points). A cet égard, la recourante fait valoir l'existence d'un entretien téléphonique, au terme duquel elle aurait été autorisée à présenter son offre sous cette forme. Elle n'a cependant pas établi de manière suffisante ce renseignement; elle ne peut dès lors pas se prévaloir à cet égard de la garantie de la bonne foi pour échapper à la pénalité (modeste au demeurant), dont elle a été frappée à cet égard. S'agissant par ailleurs du solde du chiffre 1 (respect des numéros de chapitre) et de l'ordre des points traités dans chacune des offres (ch. 2), l'offre de S., a été pénalisée de 4 points, respectivement de 7 points, alors que I., a obtenu la notation maximum, quand bien même elle n'a pas suivi intégralement le plan des STAL. Au demeurant, le tribunal considère ici que la présentation de l'offre S., était structurée de manière moins maniable que celle de I., ; en tous les cas, les pénalités retenues à cet égard par le groupe de pilotage en défaveur de la recourante n'apparaissent pas comme relevant d'un abus du pouvoir d'appréciation. Au chiffre 3, la recourante a été pénalisée du fait qu'elle n'a pas présenté un schéma-bloc adéquat (3 points de pénalité), celui-ci ne comportant en outre pas de cartouche (pénalité de 5 points). Elle admet ce second grief, mais proteste en revanche contre la première pénalité, en se référant au document figurant sous point 8 de son offre. On notera à cet égard que les entreprises concurrentes avaient reçu avec les STAL un schéma-bloc brut. Ces dernières précisaient en outre que le soumissionnaire devait fournir un schéma-bloc des principaux modules avec leurs liaisons; il devait décrire succinctement les procédures et principes de fonctionnement de ceux-ci, en mettant en évidence les principes et les circuits redondants assurant la fiabilité du concept proposé. Le document auquel fait référence la recourante ne fournit guère ce type d'information; tel est le cas au contraire des schémas fournis par I., dans son offre (p. 24 et 25 notamment de leur offre). Au chiffre 5, 10 points au maximum étaient attribués en relation avec la langue de l'offre. A cet égard, chaque concurrent reproche à l'autre d'avoir présenté des éléments en langue anglaise ou allemande; quoi qu'il en soit, c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur a accordé la notation maximum aux deux entreprises, considérant que le noyau central de chacune des offres était présenté en français. Au titre du chiffre 6 (prix, qui couvrait 20 points au total), il était notamment attribué un maximum de 10 points en fonction d'un prix exprimé en francs suisses. Par ailleurs, sous chiffre 7 était examinée la formule d'adaptation des prix, notée à concurrence de 10 points. S., proteste ici en relation avec la pénalité de 10 points qui lui a été infligée, au motif qu'elle n'aurait pas fourni de formule d'adaptation des prix. Elle se réfère en effet à son offre au chiffre 14.3 du chapitre 6; cette rubrique se borne toutefois à renvoyer aux conditions générales, figurant au chapitre 11 de l'offre; or le chiffre 5.2 des conditions générales renvoie à son tour à la formule d'adaptation des prix 1994 de la Société suisse des

constructeurs de machines (formule VSM); elle n'a cependant arrêté aucun des coefficients nécessaires. Quant à I., elle a également renvoyé à une formule VSM (dernière page de son offre), tout en fixant des coefficients a, b et c, qui rendent la formule utilisable (voir chiffre 13.2.2 de son offre; I., a d'ailleurs proposé, à titre alternatif, une autre formule d'adaptation de ses prix). Quoi qu'il en soit, les T., se sont référés à la variante avec formule VSM et les coefficients idoines; cela étant, la notation retenue par le groupe de pilotage, qui attribue 10 points à une formule d'adaptation utilisable et n'en attribue aucun à une autre qui ne l'est pas, échappe au reproche de l'arbitraire. S'agissant enfin du chiffre 8, relatif au type d'offre, on rappelle que I., a été pénalisée pour le motif que la présentation détaillée de ses prix est apparue comme inadéquate au maître de l'ouvrage; celui-ci avait estimé nécessaire d'obtenir de I., une nouvelle présentation, procédé que le tribunal a considéré ci-dessus comme admissible. Au terme de cet examen relatif à la présentation de l'offre, le tribunal relève toutefois que I., avait formulé un prix dont un tiers était indexable en relation avec l'évolution du cours du DM. Ce faisant elle s'est écartée des STAL et elle aurait dû être pénalisée, soit au titre du chiffre 2 (respect des conditions) soit au titre du chiffre 6 (prix en francs suisses), soit enfin au titre de la formule d'adaptation des prix. Quoi qu'il en soit, une pénalité de 10 points - comparable à celle retenue en défaveur de S., précisément à propos de la formule d'adaptation des prix - s'imposait; en d'autres termes, la notation globale arrêtée pour I., en relation avec la présentation de l'offre, aurait dû être réduite à tout le moins de dix points. ee) La recourante formule encore diverses remarques relatives aux exigences de maintenabilité, disponibilité et fiabilité. Au titre du chiffre 13.6.1, fiabilité des modules, elle prétend que sa notation de zéro était injustifiée, dès lors qu'elle est certifiée ISO 9001; sa remarque est suscitée apparemment par l'observation figurant dans le tableau concernant I., indiquant le nom d'un sous-traitant auquel cette dernière entend recourir, lui-même certifié ISO 9001 également. A cet égard, le tribunal constate une incompréhension de la part de S., qui aurait dû fournir à cet égard les réponses aux questions évoquées au chiffre 13.6.1 des STAL, ce qu'elle n'a aucunement fait, contrairement à I., (pages 47 à 50 de son offre). Là aussi, la notation retenue n'apparaît nullement arbitraire. Il n'en va pas différemment du point 13.6.2, relatif à la fiabilité des équipements. Sous cet aspect, compte tenu de la réserve que le tribunal doit observer au regard de questions techniques, il apparaît objectivement démontré que le MTBF ("mean time between failure"; il s'agit de mesurer le temps moyen de bon fonctionnement garanti avant une panne) est plus favorable chez I., que chez S., (alors que le facteur Beta revêt une importance moindre). S., relève encore à cet égard que l'offre de I., était peut-être favorable sous l'angle de la fiabilité des équipements au motif qu'elle a prévu et qu'elle entend facturer de nombreuses interventions de maintenance corrective et préventive. A cet égard, le tribunal retient qu'il s'agit là d'un choix, qui était ouvert à S., également, lequel a des conséquences par ailleurs, puisque les coûts de maintenance sont compris dans les prix (STAL ch. 14.2 et 13.9). Au titre du chiffre 13.6.3, S., a obtenu une note de 18 sur 20 en relation avec sa certification ISO 9001, qui couvre l'ensemble de l'entreprise, sauf l'atelier mécanique; à cet égard I., qui n'est pas certifiée, mais dispose d'un manuel interne de qualité, a reçu la note 4. Au demeurant, on ne discerne pas en quoi le groupe de pilotage aurait apprécié à tort la note de l'une et de l'autre de ces entreprises (I., est ainsi pénalisée à hauteur de 14 points par rapport à sa concurrente, ce qui constitue un écart important). Au chiffre 13.7.2, il s'agissait d'évaluer la disponibilité des équipements en pourcent, laquelle devait être calculée sous la forme d'un produit des valeurs partielles (et non sous celle d'une moyenne arithmétique). Là aussi, le tribunal ne voit pas de motifs de revoir les notes de

chaque entreprise, puisque les valeurs obtenues montrent effectivement un écart entre I., et la recourante, favorable à la première. ff) La recourante fait encore valoir, en relation avec la garantie d'approvisionnement des pièces de rechange, sa certification ISO; toutefois, cette remarque paraît peu compréhensible, dans la mesure où la garantie en question concerne les fournisseurs de la recourante, respectivement de I., , dont on ignore s'ils sont certifiés. En d'autres termes, le groupe de pilotage a tenu compte de la certification ISO au titre de la qualité (voir let. ee ci-dessus, ch. 13.6.3), mais il n'avait pas à le faire à nouveau ici (pour le surplus, les deux entreprises ont été notées de la même manière, ce qui ne révèle aucune inégalité de traitement). gg) Au terme de cet examen de la qualimétrie, le tribunal constate que les notes retenues par le groupe de pilotage échappent à la critique, sous deux réserves. La première a trait au prix; comme on l'a vu, le prix de I., , doit en effet être augmenté d'un intérêt sur 30 jours pour être comparable avec celui de S., , puisque ce dernier est payable à 60 jours, comme mentionné dans les STAL (il en découle que l'écart de la note finale accordée à chacune des deux entreprises doit être réduit à concurrence de 6%). Par ailleurs, la notation totale obtenue par I., au titre de la présentation de l'offre doit également être réduite de 10 points. Les notes de I., devraient ainsi être abaissées à ces deux égards (5.060 pour le prix; 5.166 pour la présentation de l'offre; soit un total de l'ordre de 506.9, au lieu de 512.2; il resterait dès lors un écart sensible entre les deux offres). Malgré les corrections qui précèdent, qui porteront en définitive sur des points secondaires, l'évaluation du groupe de pilotage échappe à la critique, à tout le moins dans son résultat final. 8. Il résulte des considérations qui précèdent que le pourvoi doit être rejeté, aux frais de la recourante, qui n'a pas droit à des dépens. En revanche, tant les T., que I., , puisqu'ils l'emportent avec le concours d'un mandataire professionnel, ont droit à l'allocation de dépens (art. 55 LJPA).

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