

VD_OMNI GE.2000.0039 vom 5. Juli 2000

VD Tribunal cantonal, 2000-07-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2000.0039

FR: VD_OMNI GE.2000.0039 du 5 juillet 2000

IT: VD_OMNI GE.2000.0039 del 5 luglio 2000

Regeste

c/Association d'hôpitaux de la zone hospitalière VII | Dans le cas particulier, la réforme de la décision attaquée, dans le sens d'une adjudication à la recourante, se justifie à titre exceptionnel.

Erwägungen

E. 11

de l'autorité intimée, art. 1 et 2); les membres de l'A. sont les communes de la zone hospitalière VII dont la demande d'adhésion a été acceptée (art. 7 des statuts). Par ailleurs, on relève que le Grand Conseil du canton de Vaud a accordé à l'A. une garantie et a pris en charge le service de la dette pour l'emprunt qu'elle a contracté pour financer les travaux projetés, cela à concurrence de 8'319'500 fr. Il découle de ces quelques indications que le marché litigieux relève bien du champ d'application de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (ci-après : LVMP; voir en particulier art. 1er al. 1 qui cite expressément le cas des associations intercommunales; en outre, l'ouvrage à réaliser présente incontestablement une valeur supérieure à un million de francs, art. 5 al. 1 let. c, de sorte que, al. 2, le présent marché est soumis à ses règles). b) L'autorité intimée fait valoir par ailleurs que la recourante ne bénéficierait pas de la légitimation active. Elle soutient en substance, en effet, que la recourante n'a pas déposé un dossier conforme aux exigences posées par les documents de soumission (voir ci-dessus les conditions d'admission énoncées dans les informations générales contenues dans ceux-ci); or, la recourante, si elle doit être exclue, ne saurait être habilitée à contester la notation attribuée à l'adjudicataire. Cette argumentation paraît au demeurant discutable. En premier lieu, X. n'a, jusqu'à la réponse déposée par l'autorité intimée, pas eu connaissance de son exclusion; dans cette mesure, elle justifie bien évidemment d'un intérêt digne de protection à pouvoir contester cette exclusion. Par ailleurs, force est également de l'autoriser à faire valoir, cas échéant, qu'A. a été favorisée au regard des conditions d'admission au marché. En outre, sauf à découper la décision attaquée en modules recouvrant des décisions séparées (exclusion, sélection, adjudication; alors même que l'autorité intimée a statué simultanément sur toutes ces questions), il semble que l'on doive conclure à la recevabilité matérielle du pourvoi formé par la recourante, cela pour la décision querellée en son entier (adjudication comprise). Au vu des considérations qui suivent, ce point peut cependant demeurer indécis. 2.

Selon le mémoire de l'autorité intimée, la recourante n'aurait remis, avec son offre, qu'une attestation de paiement des charges sociales ainsi qu'une liste de références d'ouvrages. En conséquence, manquaient au dossier divers documents exigés, pourtant indispensables à l'examen de la capacité financière de la recourante, ainsi qu'au contrôle du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (art. 11 let. e AIMP; on peut y ajouter l'art. 6 let. e LVMP et 33 al. 2 RMP). Selon l'autorité intimée,

une telle production incomplète devrait conduire à l'exclusion de la recourante du marché; c'est ce point, pour lequel la qualité pour agir de X. ne fait pas de doute, qui doit être examiné en premier lieu. Pour sa part, cette dernière a fait valoir que X. était inscrite sur les listes permanentes établies par le Centre patronal vaudois, ce qui établissait de manière suffisante les éléments de fait devant être prouvés par les pièces exigées dans l'appel d'offres (voir la réplique du 29 mai 2000). Pour sa part, l'autorité intimée a admis ce point de vue pour un certain nombre d'éléments, à savoir ceux examinés par le Centre patronal pour établir la liste permanente; en revanche, ce dernier ne vérifie pas l'aptitude du soumissionnaire sur le plan financier, pour le motif que celle-ci est sujette à de rapides fluctuations, de sorte que le pouvoir adjudicateur peut bien évidemment requérir la production de documents probants à cet égard. Pour l'A., ce n'est donc pas à titre superfétatoire que l'appel d'offres demandait notamment la preuve du paiement des charges sociales et des impôts, ainsi qu'un extrait récent de l'Office des poursuites, concernant chaque soumissionnaire. A l'audience, la recourante a produit les pièces en question (extrait du Registre des poursuites, ainsi qu'une déclaration de l'Office des faillites et une attestation du paiement des impôts établie par la section des personnes morales de l'Administration cantonale des impôts; toutes ces pièces sont datées du mois de mars 2000).

a) Selon l'art. 33 al. 1 let. k RMP, peut être exclue notamment l'offre qui n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, incomplètement remplie ou ayant subi des adjonctions ou modifications (sous réserve du cas d'une variante). En l'occurrence, c'est l'application de cette disposition qui paraît être en jeu; elle prévoit au demeurant la faculté pour l'autorité adjudicatrice d'exclure une telle offre, faculté qui ne devrait être utilisée que moyennant le respect du principe de la proportionnalité. Il va de soi que l'offre qui présente de graves vices sur le plan formel devrait être effectivement exclue du marché; on pense ici notamment à l'offre qui n'a pas été déposée en temps utile, voire celle qui ne comporte pas de signature (pour un exemple de non-respect du délai imparti pour le dépôt des offres : DC 4/98, p. 126 no 336). On peut imaginer une conséquence semblable dans le cas d'une offre incomplète - sinon sur des points de détail - ou modifiée. Cependant, la jurisprudence relative à ces questions n'est pas très abondante (on peut citer l'espèce jugée par le Tribunal administratif fribourgeois : RFJ 1997, 113, dans laquelle il a été admis qu'un soumissionnaire puisse produire une garantie d'offre après l'échéance du délai pour le dépôt des soumissions; voir également TA GE 98/0097 du 28 octobre 1998, où il manquait une signature du soumissionnaire sur une telle garantie alors que cette signature figurait sur l'ensemble des autres documents produits; là aussi, ce vice a été considéré comme secondaire et, partant, non éliminatoire). On a déjà évoqué ci-dessus le principe de la proportionnalité qui doit être observé ici; on peut également relever qu'une élimination devrait respecter les exigences découlant de la prohibition du formalisme excessif. A cet égard, il faut bien distinguer les aspects formels et les aspects matériels déterminants ici. Sur le plan matériel, il s'agit de permettre à l'entité adjudicatrice de vérifier la situation financière du concurrent; en l'occurrence, la solvabilité de la recourante paraît clairement établie et non contestée. Seuls sont dès lors en jeu des aspects purement formels.

b) A cet égard, la recourante a incontestablement fait preuve d'une certaine légèreté en ne donnant qu'une suite très partielle aux exigences découlant du chiffre 9 des informations générales et conditions particulières contenues dans le cahier de soumission. On aurait par exemple pu attendre d'elle qu'elle produise à tout le moins une pièce attestant qu'elle figurait dans les listes permanentes du Centre patronal vaudois. On signalera ici au passage à la recourante qu'elle se méprend sur le sens à donner à l'art. 25 al. 2 RMP, lequel traite de ces listes. Selon

cette disposition, le fait de figurer sur une liste permanente ne donne en effet pas le droit au soumissionnaire de présenter une offre ou d'obtenir un marché; elle implique en effet que le pouvoir adjudicateur a la faculté de poser des exigences supplémentaires, non traitées par la liste, pour qu'un concurrent soit admis à présenter une offre (il appartient au demeurant à l'entité adjudicatrice de déterminer les pièces qu'elle entend requérir des soumissionnaires, cela en fonction des nécessités du marché concerné; elle peut s'inspirer à cet égard de l'annexe 3 du RMP). c) On laissera ici indéterminée la question de savoir si une décision (explicite) d'exclusion, prise aussitôt après l'ouverture des offres, eût été bien fondée au regard du caractère incomplet du dossier produit par la recourante. En l'espèce, en effet, l'autorité intimée, même si elle était consciente de cet aspect (c'est du moins ce qu'elle a fait valoir en audience), n'y a apparemment attaché aucune importance quelconque; elle a en effet analysé l'offre de la recourante, au même titre que celles de ses concurrents, la retenant d'ailleurs comme la plus basse, notamment dans la publication de la décision attaquée dans la FAO, et n'a nullement fait état de ce vice ou d'une éventuelle exclusion dans la motivation de la décision attaquée, communiquée au tribunal le 6 avril 2000. Dans ses écritures, l'autorité intimée soutient, il est vrai, que sa décision doit être comprise comme une exclusion implicite de la recourante; le déroulement des faits paraît pourtant bien plutôt indiquer que l'on a affaire ici à une inclusion explicite de celle-ci dans les quelques entreprises pouvant prétendre au marché et devant dès lors être départagées. Au demeurant, il est d'ailleurs possible que l'autorité intimée ait eu connaissance par ailleurs de la solvabilité de la recourante et que, en conséquence, elle ne s'en soit plus préoccupée. L'entité adjudicatrice adopte ainsi une attitude contradictoire si, après s'être désintéressée de cette question pendant près d'une année, elle confère abruptement une portée éliminatoire à l'absence de pièces censées démontrer une solvabilité par ailleurs établie aujourd'hui. On rappelle encore que l'art. 33 al. 1 let. k prévoit qu'une offre peut être exclue lorsqu'elle est incomplète, étant précisé que cette conséquence n'est nullement obligatoire; ainsi, l'autorité qui a renoncé à exclure une offre pour ce motif, ne saurait ultérieurement opérer un revirement sur ce point et l'écartier du marché sur cette base (on rappelle que l'autorité, comme l'administré, ne peut adopter des comportements contradictoires; voir à cet égard Pierre Moor, Droit administratif I, p. 432 s. et réf. cit.). d) Il découle des considérations qui précèdent que l'exclusion (implicite), découlant selon le mémoire de réponse de la décision attaquée, ne saurait être confirmée ici. Il en résulte par ailleurs que la recourante, qui restait ainsi en lice, doit se voir reconnaître un intérêt digne de protection à contester l'adjudication du présent marché; il convient dès lors d'examiner le bien-fondé de celle-ci. 3.

a) On rappelle que le principe de transparence, cardinal en matière de marchés publics, exige que le marché soit adjugé sur la base de critères annoncés à l'avance aux différents participants. Il en découle en outre que ces critères doivent ensuite, lors de l'analyse des soumissions, être appliqués de manière non discriminatoire à l'ensemble des entreprises concurrentes. Plus concrètement, les critères doivent être énoncés dans l'ordre de leur importance, l'indication du poids respectif de chacun devant être précisé également. On constate ici un lien direct entre le principe de transparence (qui implique l'énoncé de règles s'appliquant de manière générale au marché considéré) et celui de non-discrimination (l'existence de telles règles prévient en effet les discriminations, pour autant que celles-ci soient appliquées de manière conforme au principe de l'égalité de traitement). b) Dans le cas d'espèce, les critères d'adjudication ont bien été énoncés par avance dans l'appel d'offres (cela en conformité avec l'art. 13 al. 3 let. j RMP; ces critères ont simplement été répétés dans les documents de soumission). En revanche, on cherche en vain au dossier des

indications fournies aux candidats quant à une pondération des différents critères énoncés; la grille établie en février 1999, n'a été dévoilée à la recourante que durant la présente procédure; on constate d'ailleurs une modification de l'importance des différents critères, par rapport à l'ordre figurant dans l'appel d'offres, puis dans les documents de soumission (en effet, le prix présente un poids prépondérant par rapport à la capacité de l'entreprise à respecter les délais, pour prendre cet exemple; par ailleurs les critères B, D et E ont un poids équivalent). Il s'agit là très clairement d'une violation du principe de la transparence, telle qu'énoncée dans l'ATF 125 II 86 (arrêt La Chaux-de-Fonds). On aboutit d'ailleurs à une conclusion similaire s'agissant du critère D "convenance de la prestation"; celui-ci est explicité par des sous-critères : proximité, effectif suffisant, organisation, réputation (lorsque ces quatre éléments sont remplis, le concurrent se voit attribuer la note de 4, alors qu'il ne reçoit que la note de 3 lorsqu'il remplit 3 des 4 critères et ainsi de suite; la note reçoit une pondération de 5, le critère D valant dès lors un maximum de 20 points sur 180 points au total). Certes, l'autorité intimée fait valoir ici que l'on se trouverait plutôt en présence d'une échelle de note que de sous-critères; c'est pourtant contraire au texte extrait de la grille, qui elle-même parle de "critères". Au demeurant, l'on se trouve ici incontestablement en présence de sous-critères permettant de cerner d'un peu plus près en quoi consiste la notion indéterminée de "convenance de la prestation" (on pourrait d'ailleurs faire des remarques similaires s'agissant du critère B, dont les sous-critères paraissent d'ailleurs recouper en partie ceux du critère D). Or, de tels sous-critères doivent incontestablement être fournis à l'avance aux différents concurrents, au même titre que les critères principaux (dans ce sens, voir par exemple décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999, BRK 1999-006, consid. 6 let. b, JAAC 64.30). On se trouve, là aussi, en présence d'une violation du principe de la transparence. En revanche, c'est à tort que la recourante voit une violation supplémentaire de ce principe dans le fait que, au critère A, l'on n'ait pas indiqué comme critère l'expérience accumulée au sein de l'Hôpital de Payerne. L'entité adjudicatrice admet d'ailleurs que, si un tel critère avait été retenu, il eût été discriminatoire. En revanche, elle affirme qu'une telle expérience pouvait constituer une circonstance entrant en considération dans l'appréciation du critère A, savoir celui de la capacité de l'entreprise à respecter les exigences de qualité. En d'autres termes, il s'agissait pour l'autorité intimée d'apprécier cette capacité, selon l'échelle de notes qu'elle avait établie (spécialiste en la matière, grande, bonne, moyenne capacité ou encore sans expérience) en fonction de l'ensemble des circonstances connues d'elle. L'expérience acquise au sein de l'Hôpital de Payerne constituait l'une d'entre elles et non pas un critère (ou sous-critère) qui aurait été caché aux concurrents, en violation du principe de la transparence. c) Selon la jurisprudence de l'autorité de céans, il convient, en présence de violations du principe de la transparence, de vérifier en outre si celles-ci doivent 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'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 règles de procédure sur l'adjudication, respectivement sur la décision attaquée (TA, arrêt du 26 janvier 2000, GE 99/0135). aa) En l'occurrence, le débat central a trait à la note attribuée dans le cadre du critère A, les questions relatives aux autres notes étant à tout le moins absentes du mémoire de recours; de plus, la recourante ne fait pas valoir qu'elle aurait présenté une offre différente si elle avait eu connaissance par avance de la grille d'évaluation, notamment des sous-critères qu'elle comporte, ainsi que des modifications de pondération qu'elle impliquait par rapport à l'appel d'offres publié. Elle insiste d'ailleurs plutôt pour que le prix - qui figurait en troisième place dans l'appel d'offres - soit mis au premier rang des critères décisifs; or avec la pondération prévue, ce critère se voit doté d'un total de 60 points et placé ainsi au premier rang, à l'instar du critère de la capacité de l'entreprise à respecter les exigences de qualité. Une telle pondération, s'agissant du prix, va exactement dans le sens souhaité par la recourante, sous la seule réserve qu'elle eût souhaité que ce critère prenne sans doute seul le poids le plus important; pourtant, un tel espoir était clairement contraire à l'énoncé figurant dans l'appel d'offres où le prix ne figurait qu'en troisième position. Quoi qu'il en soit, la modification de l'importance relative des critères, telle qu'elle résulte de la pondération de ceux-ci dans la grille d'évaluation, a eu plutôt une incidence favorable au classement de la recourante, de sorte qu'elle paraît mal venue de s'en plaindre. bb) S'agissant du critère B, la recourante, tout comme l'adjudicataire ont obtenu un maximum de 20 points. Les arguments évoqués de part et d'autre en procédure ne permettent pas de déceler d'indice que le défaut de transparence - relatif aux sous-critères énoncés à propos du critère B - ait pu avoir une incidence sur l'adjudication litigieuse. Il en va d'ailleurs de même du critère D, où la note obtenue par les deux concurrents ici en lice a là aussi été la même (en l'occurrence pour défaut de proximité du chantier, ces deux entreprises ayant en effet leur siège dans la région lausannoise). cc) S'agissant du critère C, relatif au prix de la soumission, on constate que la grille établit une formule mathématique, laquelle excluait pratiquement toute appréciation. On ne voit guère comment - au-delà des remarques évoquées ci-dessus sous lettre aa - le défaut de transparence de la procédure a pu avoir ici une incidence. Au demeurant, les éléments figurant dans le cahier de soumission démontrent que l'on a affaire ici à des prix unitaires, cela sans qu'il puisse y avoir confusion dans l'esprit des concurrents sur ce point. Cela justifiait, aux yeux de l'entité adjudicatrice, de ne pas donner au prix une place prépondérante (au demeurant, il est inutile de débattre ce point plus avant, dès l'instant que la question était tranchée, en principe, dans la publication de l'appel d'offres). On observera encore, au sujet du prix, que la correction opérée par l'autorité intimée s'agissant de la récapitulation du prix, telle que formulée par l'adjudicataire, était parfaitement justifiée. Cette dernière a en effet rempli le document en mentionnant un chiffre de 2% sous la rubrique escompte, sans reporter le montant

correspondant dans la colonne appropriée. Au vu d'un tel comportement, qui pouvait apparaître comme une inadvertance - ce qui s'est d'ailleurs révélé être exact - l'A. était assurément fondée à contacter l'adjudicataire pour obtenir des explications (sur la base de l'art. 35 RMP), puis à corriger l'offre de celle-ci (sur la base de l'art. 34 al. 2 RMP). Au demeurant, cette correction s'est révélée sans conséquence sur la notation de l'adjudicataire au regard du critère C. Dans le souci d'être complet, on ajoutera encore que la correction du calcul ici en cause ne saurait être considérée comme une modification de l'offre au sens de l'art. 31 al. 1 2ème phrase, ni comme une négociation de celle-ci, en violation de l'art. 36 RMP. dd) S'agissant enfin du critère E, l'autorité intimée indique, de manière plausible que l'application de ce critère était sans intérêt dans le cadre du CFC 244. Tel était le cas s'agissant notamment s'agissant du coût d'exploitation; il en serait allé de même du service après vente, puisque celui-ci est assumé pour l'essentiel par un service interne à l'hôpital et pour le surplus par la firme Honeywell. A supposer que le critère E ait été utilisé néanmoins, les deux concurrents auraient obtenu une note identique, d'ailleurs maximum. Au demeurant, la recourante n'insiste pas sur cet aspect. e) En définitive, même si la présente procédure n'est pas à l'abri de la critique au regard du principe de la transparence, loin s'en faut, force est de constater que les vices qui ont été mis en évidence n'ont pas eu d'incidence sur l'adjudication querellée. Il est d'ailleurs révélateur que la recourante n'ait tout d'abord soulevé aucun grief sur ce terrain - pour l'essentiel en tout cas - pour n'aborder cet aspect que dans le cadre de sa réplique. 4. Le débat est d'ailleurs centré sur le caractère arbitraire ou non de l'une des notes attribuées à l'adjudicataire, respectivement à la recourante; il s'agit de celle qui a trait au critère de la capacité de l'entreprise à respecter les exigences de qualité (critère A; l'adjudicataire a obtenu la note 4, qui signifie "spécialiste en la matière", alors que la recourante s'est vu attribuer la note 3 "grande"). En substance, l'entité adjudicatrice soutient que la note 4 de l'adjudicataire est parfaitement méritée, compte tenu des prestations qu'elle a fournies dans le cadre d'une première étape de travaux à l'H.. Elle a d'ailleurs produit à cet égard une attestation du bureau d'ingénieurs conseils C., du 4 mai 2000, selon laquelle cette note est entièrement conforme aux prestations exigées. Quant à la recourante, elle fait valoir que la note 4 n'a été accordée qu'à la société A., à l'exclusion de toutes les autres concurrentes, au seul motif précisé qu'elle avait participé à une phase antérieure des travaux. aa) 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 le bureau C. (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 ZBI 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 (v., dans le même sens, arrêt TA, GE 99/0142 du 20 mars 2000, consid. b). bb) Il va en revanche de soi que le pouvoir adjudicateur doit respecter, dans le processus d'attribution des notes, le principe de l'égalité de traitement. Cela implique que les critères applicables (de sélection ou d'adjudication) doivent être posés, puis appliqués en fonction des

spécificités du marché à attribuer. En effet, dans la mesure où les prestations exigées nécessitent des connaissances extrêmement pointues, la notion même de "spécialiste" pourra avoir une autre portée qu'en présence de travaux relativement peu complexes. En l'espèce, il résulte de l'audience que le projet, s'agissant des travaux de ventilation, ne présentait pas une complexité extrême, mais soulevait en revanche des difficultés certaines, habituelles il est vrai dans les réalisations de caractère hospitalier. La résolution de ces dernières incombe au demeurant au premier chef au bureau C., lequel assumera la direction de l'entreprise adjudicataire du CFC 244; dans ce cadre il pourra fournir à celle-ci dernière toute indication utile sur les installations existantes, notamment sur leur situation. On ajoutera que les représentants de l'A. ont confirmé ne pas avoir besoin d'une entreprise de pointe (une "Rolls" !); une entreprise de qualité étant en effet suffisante. Quoi qu'il en soit, l'autorité intimée a admis qu'elle n'avait attribué la note de 4 (ce qui correspondait à une qualification de spécialiste en la matière) à l'adjudicataire que pour le motif que celle-ci avait déjà oeuvré dans le cadre de la première étape des travaux de l'H.. C'est précisément le bien-fondé de cette notation qui est mis en cause et qui doit être examiné maintenant. cc) Une telle situation est comparable dans une certaine mesure 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, Innovation et marchés publics : propriété intellectuelle, prototypes, concours d'idées, dialogue technique et financement privé, in Michel/Zäch, Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, p. 83 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, notamment DC 98, 129 no 341, AG). Cependant, dans le dernier arrêt cité, il était question de l'exclusion ou non de l'entreprise précédemment contactée dans la préparation de l'appel d'offres et non de celle de la notation des aptitudes de celle-ci. Au demeurant, le Tribunal administratif glaronais a jugé, de manière similaire, qu'une entreprise qui avait bénéficié auparavant d'un premier marché ne pouvait pas être exclue pour ce seul motif d'une procédure de soumission subséquente (arrêt du 3 novembre 1998, 97.00163 et 97.00164; voir de même TA VD, arrêt du 20 mars 2000, GE 99/0142). S'agissant de la problématique de la notation de l'aptitude d'une entreprise qui a déjà reçu précédemment un autre mandat, la jurisprudence paraît rare. On peut néanmoins mentionner un arrêt récent rendu par le Tribunal administratif de Zürich (arrêt du 7 juillet 1999, ZBl 2000, 271 ss, spéc. consid. 5d). Ce tribunal avait à juger du cas d'une entreprise qui avait assumé dans un premier temps un projet-pilote - et qui avait donné satisfaction dans ce cadre - à laquelle on avait adjugé un marché subséquent. Encore que les considérants de l'arrêt ne s'étendent guère sur la question, il apparaît que l'arrêt en question a jugé inadmissible le fait de retenir comme critère d'adjudication l'expérience passée de l'entité adjudicatrice, laquelle faisait référence (implicitement en tout cas) au projet-pilote assumé précédemment par l'un des concurrents. dd) On relèvera tout d'abord que, si un appel d'offres ne doit pas être taillé sur mesure pour un concurrent déterminé, de même l'appréciation des critères généraux d'aptitude ou d'évaluation des offres doit se faire dans la même optique. En d'autres termes, la capacité de l'entreprise à mener à bien le marché est

une exigence qui doit pouvoir être remplie de diverses manières, chaque entreprise devant pouvoir concourir avec ses qualités propres. Ainsi, l'adjudicataire pouvait sans doute faire valoir à juste titre son expérience passée auprès de l'Hôpital de Payerne; d'autres entreprises, en revanche, qui n'étaient pas dans le même cas, par la force des choses, devaient pouvoir faire valoir aussi leurs avantages, d'une autre manière. Ainsi, le critère précité - appliqué dans le même esprit qu'une règle générale et abstraite - excluait que soit considéré comme un spécialiste en matière de ventilation la seule entreprise qui avait déjà travaillé au sein de l'Hôpital de Payerne. Une telle notation apparaît en définitive comme discriminatoire par rapport à toutes les entreprises concurrentes qui n'ont pas bénéficié du premier mandat. L'autorité intimée fait valoir encore que le bon sens commande de mettre à profit les connaissances déjà acquises par l'adjudicataire au sein de l'Hôpital de Payerne. Elle signale même que l'adjudication de gré à gré aurait pu être envisageable dans une hypothèse de ce genre. On écartera d'emblée cette remarque, dès l'instant que l'A. - à supposer même qu'elle ait eu la possibilité de procéder selon l'art. 8 RMP - a de toute manière choisi de se soumettre en l'occurrence à une procédure ouverte. Elle ne saurait dès lors revenir en arrière sur ce point, en introduisant des éléments d'une procédure de gré à gré dans le présent marché. Par ailleurs, dans les hypothèses de ce genre, l'entreprise qui a obtenu un premier mandat dispose généralement de certains avantages, qui devraient se traduire par un prix plus favorable ou par une prestation de meilleure qualité (ce qui aurait pu apparaître dans le cadre du critère D "convenance de la prestation"). En revanche, sauf à exclure le jeu de la concurrence, il apparaît erroné de juger de l'aptitude des concurrents à mener à bien le marché à la seule aune de l'expérience déjà conduite avec une entreprise donnée. En l'occurrence, la notation accordée à l'adjudicataire aboutit exactement à ce résultat, avec un effet de levier important dû à la pondération du critère A. En d'autres termes, le résultat obtenu dans le cas d'espèce s'apparente dans une très large mesure à celui condamné par le Tribunal administratif de Zürich dans l'arrêt cité plus haut. ee) En conclusion, si la note de 4 pour l'adjudicataire n'apparaît nullement comme arbitraire, elle est néanmoins discriminatoire au regard de la note de 3 réservée à ses concurrentes.

4. a) Les considérations qui précèdent conduisent ainsi à admettre le recours. Lorsque le tribunal parvient à la conclusion qu'un recours est bien fondé, il a la possibilité, pour autant que le contrat ne soit pas encore conclu (ce qui n'est pas le cas en l'espèce), soit de statuer au fond, soit de renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur dont il annule la décision, au besoin avec des instructions impératives (art. 13 al. 1 LVMP). Jusqu'ici, l'autorité de céans, prenant en compte la marge d'appréciation étendue de l'entité adjudicatrice, a préféré s'en tenir à un renvoi de la cause à celle-ci pour nouvelle décision. Telle est aussi la pratique de la Commission fédérale de recours; dans des cas exceptionnels, cependant, celle-ci a également prononcé elle-même sur le fond, en attribuant l'adjudication à la recourante (décision du 16 août 1999; CRM 1999-002, JAAC 64.29). Dans l'espèce jugée, elle a constaté en effet que les faits étaient entièrement élucidés et que l'adjudication ne pouvait avoir lieu qu'à un seul des concurrents encore en lice, de sorte que le principe de la rapidité et de l'efficacité de la procédure justifiait très largement une telle solution. Les considérations de la Commission fédérale de recours sont très largement transposables ici. On peut même affirmer que cette solution s'impose plus encore dans le cas d'espèce. En effet, les qualités des deux entreprises en cause, respectivement des offres qu'elles ont déposées sont très largement connues et elles ont fait l'objet d'une appréciation approfondie de l'entité adjudicatrice; ce n'est que sur un seul point - il est vrai décisif - que le Tribunal parvient à la conclusion que la notation arrêtée était erronée, parce que discriminatoire. Dès

l'instant que l'on rétablit une note de 4 en faveur de la recourante sur le critère A (capacité de l'entreprise), le résultat global obtenu par les deux entreprises intéressées s'en trouve modifié : elle obtient ainsi un total de 155 points, devançant dès lors l'adjudicataire de 10 points. On obtiendrait d'ailleurs le même résultat en ramenant l'entreprise A. à une notation de 3 pour le critère A. Il résulte des calculs qui précèdent que la correction de la notation arrêtée par l'autorité intimée, sur un seul point, conduit à un résultat qui postule d'accorder l'adjudication à la recourante. Le tribunal statuera dès lors dans ce sens, par le biais d'une réforme de la décision attaquée. b) Au surplus, les frais seront mis à la charge de l'A. intercommunale intimée, dès lors qu'elle succombe dans le cadre de la présente cause (A. s'est bornée pour sa part, à un rôle secondaire dans le cadre de la présente procédure). L'A. prendra également à sa charge les dépens dus à la recourante, qui est intervenue à la présente procédure par l'intermédiaire d'un avocat (art. 55 LJPA).

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