

## VD\_OMNI GE.2002.0009 vom 4. Juni 2002

VD Tribunal cantonal, 2002-06-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2002.0009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2002.0009)

FR: VD\_OMNI GE.2002.0009 du 4 juin 2002

IT: VD\_OMNI GE.2002.0009 del 4 giugno 2002

### Regeste

c/Département des finances | Violation de la jurisprudence exigeant que la pondération des critères d'adjudication soit annoncée aux soumissionnaires; les appréciations du pouvoir adjudicateur ne peuvent au surplus être confirmées, car elles ne sont pas suffisamment traçables.

### Erwägungen

#### E. 29

avril 2002), dans laquelle Carole Miéville et Dominique Lequet attestent que Philippe Grange est autorisé à co-signer des documents et lettres conjointement avec Gilbert Cuttelod dans le domaine de l'assurance responsabilité civile; toutefois, aucun des deux prénommés ne bénéficie non plus d'un droit de signature inscrit au Registre du commerce. Pour la recourante, ces circonstances doivent conduire à constater l'absence de validité de l'offre de sa concurrente. On peut sans doute déplorer que, dans le cadre de la présente espèce, une seconde personne, au bénéfice d'un droit de signature figurant au Registre du commerce, n'ait pas ratifié l'offre de la société adjudicataire. Cependant, il n'en découle pas encore que cette offre doive être considérée ici comme non valable. Il convient de se référer à cet égard aux règles du droit privé sur la représentation et notamment à l'art. 33 al. 3 CO. Dans ce contexte, la jurisprudence a admis que la communication de l'existence de pouvoirs de représentation par le représenté à des tiers peut résulter d'actes concluants du premier qui, activement ou passivement, fait en sorte, admet ou souffre qu'une personne déterminée soit considérée comme son représentant : celle-ci reçoit des clients, négocie avec eux, utilise le papier à l'en-tête du représenté, reçoit de la correspondance, par exemple. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs posé la règle générale suivante (ATF 101 Ia 39, spéc. p. 43 s.; voir également Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, 2ème éd., Berne 1997, p. 385 et les réf. citées) : "Celui qui fait naître l'apparence juridique d'une procuration ou de pouvoirs, doit, d'après le principe de la bonne foi, accepter d'être traité à l'égard des tiers de bonne foi comme s'il avait conféré en fait une procuration ou des pouvoirs". On pourrait d'ailleurs raisonner également en terme d'apparence efficace (ATF 120 II 197 et Pierre Engel, *L'apparence efficace en droit privé*, SJ 1989, 73, spéc. p. 82). Dans le cas d'espèce, l'entreprise adjudicataire, ne serait-ce que par l'usage constant de son papier à lettre, n'a jamais démenti son intérêt pour le présent marché; on ne voit dès lors pas de motif susceptible d'alerter l'autorité intimée, de sorte que cette dernière pouvait de bonne foi prêter crédit à l'engagement découlant pour l'entreprise adjudicataire de son offre. Ce premier moyen de la recourante doit ainsi être rejeté. 3. Les critères d'adjudication sont rappelés, on l'a vu, au chiffre 6.2 CCA. Ce document appelle au demeurant un certain nombre d'observations préliminaires. a) La doctrine distingue, dans la ligne du droit positif, diverses notions. On peut mentionner tout d'abord les conditions

d'admission au marché, qui peuvent porter sur l'aptitude de l'entreprise, d'une part, sur l'offre, d'autre part; en règle générale, ces conditions coïncident, au cas où elles ne sont pas remplies, avec les motifs d'exclusion (voir à titre d'exemple la liste figurant à l'art. 33 RMP (les lettres a à j concernent le soumissionnaire, alors que les lettres k et l concernent l'offre elle-même; voir à ce sujet Olivier Rodondi, *Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics*, RDAF 2001 I 387, spéc. p. 391 ss). On retrouve cette notion au chiffre 6.1 du CCA, lequel parle de conditions de recevabilité. Ce dernier précise d'ailleurs que les " soumissionnaires dont l'offre ne répondrait pas à ces conditions sont éliminées de la procédure d'adjudication ". b) Ce n'est qu'au chiffre 6.2 CCA que sont abordés les critères d'adjudication (la pièce 9 parle toutefois de "critères d'aptitude"); à vrai dire, hormis le critère du prix, les critères énoncés apparaissent plutôt comme des critères d'aptitude que comme des critères d'adjudication. aa) Ici à nouveau, dans la ligne du droit positif, la doctrine distingue ces deux catégories de critères (voir en autres Rodondi, *op. cit.*, p. 394 ss). Avec les critères d'aptitude, le pouvoir adjudicateur cherche à évaluer les capacités financières, économiques, techniques et organisationnelles de l'entreprise soumissionnaire (art. 24 al. 1 RMP). Ces critères doivent être définis en relation avec la prestation mise en soumission; s'agissant par exemple des capacités techniques à réaliser le marché, le pouvoir adjudicateur cherche à cerner l'expérience acquise par les soumissionnaires et leurs références dans le domaine de l'objet à réaliser. Par ailleurs, les critères d'adjudication doivent permettre de déterminer l'offre qui, dans une appréciation économique globale, garantit à l'adjudicateur le plus grand nombre d'avantages (il s'agit de définir l'offre économiquement la plus avantageuse; art. 38 al. 1 RMP). Par définition, il s'agit donc ici, non plus d'évaluer les qualifications du soumissionnaire, mais d'apprécier l'offre elle-même. De manière générale, la doctrine (se fondant d'ailleurs sur la jurisprudence de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics - ci-après : CRM), souligne qu'il convient de distinguer strictement ces deux catégories de critères; il en découlerait notamment que le pouvoir adjudicateur ne peut pas, au stade de l'attribution du marché, écarter une offre d'un soumissionnaire, jugé apte à exécuter le marché, au motif qu'il serait moins qualifié pour celui-ci qu'un autre (dans ce sens, voir Rodondi, *op. cit.*, p. 412 et les réf. cit.; ce postulat, au demeurant, vaudrait aussi bien en procédure sélective qu'en procédure ouverte). bb) En outre, une fois les différents critères arrêtés, le pouvoir adjudicateur doit généralement définir des facteurs de pondération applicables à ces différents critères, de manière à pouvoir arrêter une évaluation d'ensemble du dossier de chacun des soumissionnaires; on parle souvent à cet égard de matrice d'évaluation. Le pouvoir adjudicateur, conformément au principe de transparence, doit donner connaissance aux candidats à l'avance d'une telle grille d'évaluation lorsqu'il entend l'appliquer au marché en cause (voir à ce propos Rodondi, *op. cit.*, p. 405; en revanche tel n'est pas le cas de l'échelle des notes utilisée pour apprécier chacun des critères : *idem*, p. 406 et les réf. cit.). La jurisprudence du Tribunal fédéral va cependant moins loin, en ce sens qu'elle se contente parfois de l'ordre dans lequel les critères précités sont énoncés, puisque ceux-ci doivent figurer dans les documents d'appel d'offres par ordre d'importance (art. 38 al. 1 RMP; voir à cet égard la recension de jurisprudence du Tribunal fédéral de Hubert Stöckli, *Bundesgericht und Vergaberecht*, DC 2002, 3 ss, spéc. p. 8 s., ch. 2; l'auteur note le hiatus entre les arrêts cités sous cette rubrique et le passage de l'ATF 125 II 101 consid. 7c; il cite enfin un arrêt plus récent du 24 août 2001, 2P.299/2000, consid. 2c, qui paraît être le signal d'une évolution à cet égard de la jurisprudence). c) Dans le cas d'espèce, la recourante soutient que le critère le plus important, d'ailleurs énoncé en premier lieu, est

celui du prix; or, sur ce terrain, son offre est, à ses yeux, la meilleure. Pour sa part, l'autorité intimée fait valoir que tous les critères ont été placés sur le même pied, le prix n'ayant pas plus de poids que les autres; or, l'adjudicataire présentait un meilleur dossier s'agissant des critères 3 et 4 et son offre était par ailleurs équivalente à celle de la recourante pour les critères 1 et 2. aa) De l'aveu de l'autorité intimée, les critères ont reçu un poids identique, sans que cela ne soit annoncé aux entreprises concurrentes. Ce faisant, l'autorité intimée a violé l'art. 38 al. 2 RMP, lequel exige que les critères soient énoncés suivant leur ordre d'importance dans les documents d'appel d'offres (l'ATF 125 II 86, spéc. p. 105 insiste d'ailleurs sur cette énumération de tous les critères "dans l'ordre d'importance"); la solution retenue était possible, mais elle aurait dû être expressément signalée dans le CCA; l'on se trouve ainsi en présence d'une première violation des règles du droit des marchés publics, plus précisément ici du principe de transparence. En d'autres termes, force est d'écarter l'approche de l'autorité intimée, selon laquelle, en l'absence de pondération, il conviendrait de donner le même poids à chacun des critères énoncés. Elle fait valoir à cet égard que les soumissionnaires, confrontés à une telle situation, seraient amenés à penser que les critères sont alors équivalents. Cependant, une telle conclusion serait en tous les cas écartée d'emblée par la lecture de l'art. 38 al. 2 RMP. Par ailleurs, cette approche heurte de front la jurisprudence du Tribunal fédéral, parfaitement claire sur ce point. bb) L'évaluation de l'offre quant au prix évoque une question supplémentaire, qui tient précisément à l'absence de véritable notation des différents critères appliqués ici. Il va en effet de soi que, en présence de différents critères, l'appréciation globale n'est en règle générale possible que par le jeu d'une pondération des différents éléments en présence, chacun d'eux faisant l'objet d'une notation. Ce n'est que de cette manière que le processus d'appréciation conduisant à retenir telle ou telle entreprise comme adjudicataire apparaît comme "traçable" et partant comme contrôlable par l'autorité de recours (voir à ce propos Rodondi, op. cit., p. 406 et réf. cit.). Dans le cas d'espèce, ce processus de pondération des différents critères, puis de notation des offres au regard de ceux-ci fait défaut. Force est d'y voir en définitive une violation du principe de transparence. cc) Il reste que la jurisprudence du Tribunal administratif, comme celle d'autres cantons, ne sanctionne de telles violations que dans la mesure où celles-ci ont eu une incidence sur l'adjudication (voir à cet égard Rodondi, op. cit., p. 408 ss et réf. cit.). A cet égard, la jurisprudence du Tribunal administratif (voir arrêt TA, GE 99/0135 du 26 janvier 2000) a retenu qu'il incombait à l'autorité intimée de démontrer que l'informalité commise était restée sans influence sur le résultat du marché. dd) En l'espèce, il convient donc de vérifier si les violations mises en évidence ci-dessus, certes patentes, ont véritablement eu une influence sur l'issue du marché litigieux. aaa) S'agissant du prix, l'offre de la recourante - telle qu'elle résulte des calculs appliquant les bases chiffrées des CA - est inférieure à celle de sa concurrente, pour un montant de l'ordre de 5'000 fr., timbre fédéral compris. Cependant, l'autorité intimée fait valoir que l'avantage présenté par la première de ces offres serait compensé par d'autres inconvénients. En effet, l'offre de X. \_\_\_\_\_ repose sur un système panaché entre primes forfaitaires et primes établies sur la base de décomptes annuels à fournir par les services concernés; au contraire, celle de l'adjudicataire est exclusivement forfaitaire. A cet égard, cette dernière offre serait plus aisée à gérer sur le plan administratif pour les services de l'Etat, lesquels n'auraient pas à fournir de tels décomptes. Par ailleurs, la prime demandée par la recourante varierait en fonction de divers paramètres, notamment celui de la masse salariale des services couverts. Selon l'autorité intimée, avec l'adaptation des salaires à l'indice du coût de la vie, l'offre de l'adjudicataire pourrait se révéler rapidement plus avantageuse également sous l'angle du

prix. L'autorité intimée en conclut que les deux offres sont en définitive équivalentes à cet égard. Elle a d'ailleurs étayé ses affirmations en produisant un premier document, relatif à l'augmentation de la masse salariale au sein de l'Etat de Vaud, puis un tableau, établi par ses soins, comportant une simulation de l'évolution de la prime de la recourante, en fonction des paramètres variables. Elle en a déduit que, pour l'année 2001 déjà, la prime serait plus élevée que celle qui a été calculée dans l'offre; cette augmentation serait en outre de 3'080 fr. 90 pour 2002, de 4'475 fr. 40 pour 2003 et de 5'016 fr. pour 2004 (en d'autres termes, ces primes seraient pratiquement égales entre les deux concurrentes pour les années 2003 et 2004). Cette évolution serait à mettre en relation essentiellement avec l'augmentation du nombre d'élèves à l'Ecole de Marcelin (toutefois, le nombre d'élèves de 3'400 pour 2003 et 2004 paraît comprendre l'effectif du gymnase cantonal, apparemment non compris, en l'état du dossier, dans les établissements assurés) et avec l'augmentation de la masse salariale de la Police cantonale; le même document table sur une stabilité du kilométrage des routes cantonales (point qui est contesté par la recourante). aaaa) On relèvera tout d'abord que le mécanisme des primes facturées sur une base forfaitaire était admissible. L'une et l'autre des compagnies concurrentes l'ont d'ailleurs appliqué, l'une pour l'ensemble de son offre, l'autre pour une partie seulement. Pour le surplus, il est exact que le système choisi par la recourante, soit celui de primes (partiellement variables), nécessite des prestations administratives plus étoffées; cependant, cet aspect apparaît secondaire, les informations nécessaires à la facturation des primes semblant en effet aisées à réunir. On pense par exemple ici à la masse salariale d'un service ou office déterminé; la transmission d'une telle donnée ne saurait en effet occasionner des coûts considérables à l'administration. La même remarque vaut également s'agissant de l'effectif des établissements de formation assurés, chiffre que le service administratif chargé de gérer ce contrat devrait être à même de connaître aisément. Le représentant de l'autorité intimée présent à l'audience a certes fait valoir qu'il devait s'adresser aux services, respectivement aux établissements concernés pour obtenir de tels renseignements, ce qui pouvait l'amener cas échéant à leur adresser des rappels; on peut toutefois se demander si de tels dysfonctionnements de l'Etat dans le suivi du contrat sont véritablement pertinents à cet égard, cela au point d'amener l'autorité intimée à procéder en quelque sorte à une correction à la hausse du prix offert. bbbb) La différence de primes constatée apparaît par ailleurs ténue, dans les dossiers de chacun des concurrents, et elle est assurément susceptible de se réduire, voire même de s'inverser avec l'évolution des paramètres de calcul des primes chez la recourante, si l'on en croit les chiffres de l'autorité intimée. Mais il s'agit-là d'une hypothèse; elle ne peut d'ailleurs se vérifier que pour autant que l'adjudicataire elle-même maintienne à l'avenir le montant de ses primes. Au demeurant, certaines des données fournies par l'autorité intimée paraissent plausibles, ainsi s'agissant de l'augmentation de la masse salariale au sein de la Police cantonale; d'autres paraissent moins fiables (s'agissant par exemple de l'Ecole de Marcelin; ou encore du nombre de kilomètres de routes cantonales). Il reste que la différence de prix est en définitive très faible; il n'est dès lors pas évident que l'autorité intimée se soit trompée en retenant l'équivalence des deux offres sur le terrain du prix. On laissera ce point indécis (même si l'autorité intimée a laissé entendre en audience que l'offre de la recourante aurait aussi pu être notée un peu plus favorablement à cet égard que celle de l'adjudicataire) au vu des considérations qui suivent. bbb) S'agissant par ailleurs du critère 2, les entreprises concurrentes ont obtenu le même rang; les parties conviennent d'ailleurs de ne pas s'attarder sur cet aspect, qui reste sans incidence sur le résultat du marché. En revanche, la contestation porte sur les critères 3 et 4, pour lesquels l'adjudicataire a obtenu le premier

rang, mais cette appréciation est contestée par la recourante. A titre liminaire, on observera que l'autorité intimée n'a pas été extrêmement précise sur la portée respective de ces trois critères, lesquels se recoupent dans une certaine mesure. aaaa) S'agissant du critère 3, il est intitulé " Organisation fonctionnelle et responsables principaux "; le CCA indiquait à cet égard qu'il s'agissait de démontrer " la performance et la cohérence de l'organisation mise en place pour ce contrat, comprenant des collaborateurs disponibles et qualifiés dans les divers domaines concernés par ce contrat [...] Toutes modification ou mutation de personnel-clé devra obtenir l'approbation de l'adjudicateur ". Le critère 4 s'énonce comme suit : "Expérience, compétences et disponibilité du personnel proposé pour la mission Le soumissionnaire remettra les CV détaillés de tous les collaborateurs figurant dans l'organigramme. Il fera ressortir clairement les compétences et expériences particulières de ses collaborateurs. Le soumissionnaire indiquera en particulier le type de contrat d'engagement de chaque collaborateur concerné, sa position hiérarchique, son occupation actuelle et sa disponibilité pour le projet." Ces énoncés étaient explicités dans les cahiers de soumission par des fiches FA 9.01 (Organigramme fonctionnel), FA 9.02 (Liste des personnes impliquées) et F 10.0 (il s'agit de fiches à remplir pour chacune des personnes concernées figurant sur l'organigramme). bbbb) Concrètement, l'offre de l'adjudicataire comporte un organigramme étoffé, où figurent huit personnes; cependant, ce document est complété par des fiches FA 10.0 ne concernant que trois personnes (soit Gilbert Cuttelod, coordinateur, Félix Hottinger, expert, ingénieur en génie civil et Jean-Pierre Gualandris, juriste et avocat, responsable des sinistres). En audience, le représentant de l'adjudicataire a précisé qu'il s'était limité, s'agissant des fiches, aux principales personnes chargées du suivi de ce contrat; il a cependant concédé que Nathalie Comberu, également avocate, serait amenée vraisemblablement à suivre ce dossier de plus près que son supérieur Jean-Pierre Gualandris. Pour sa part, X. \_\_\_\_\_ a fourni un organigramme plus ramassé, comportant cinq personnes et au surplus documenté pour chacune d'entre elles. Ces documents n'indiquent pas de nom d'expert ingénieur, la recourante ayant considéré en effet que l'ingénieur ne peut guère être considéré comme un responsable principal dans un tel dossier; à l'audience, elle a néanmoins indiqué qu'elle bénéficiait d'un ingénieur au sein de son effectif. Elle a mentionné au surplus la présence d'un juriste (Michel Guignard, ne détenant pas de brevet d'avocat), tout en signalant que, pour les cas complexes, le chef du Service des sinistres RC, Heinz Brutsche, avocat, était également à disposition. On a rappelé ci-dessus l'appréciation retenue par le groupe d'évaluation des offres au sujet tant de l'organigramme que du personnel proposé; celle-ci a donné la préférence sur ces deux points à l'offre de l'adjudicataire, sans que cette conclusion soit très étayée. Au demeurant, la recourante conteste cette appréciation à divers égards. Ainsi, elle fait valoir que l'adjudicataire n'a pas été très cohérente dans la formulation de son offre; ainsi, elle s'est montrée très généreuse dans l'organigramme qu'elle a présenté, comprenant huit personnes, alors qu'elle n'a ensuite produit des fiches que pour trois d'entre elles (alors même que le CCA précisait que le cursus et l'expérience de chacun des responsables principaux évoqués dans l'organigramme devaient être documentés). Cette remarque n'est au demeurant pas dépourvue de pertinence. Pourtant, l'autorité intimée a fait valoir pour sa part que l'adjudicataire aurait précisément mieux compris les exigences du pouvoir adjudicateur, notamment en mentionnant la mise à disposition dans ce cas d'un ingénieur civil; serait également déterminante à ses yeux la formation d'avocat de la personne disponible auprès de l'adjudicataire pour le traitement des sinistres. A également joué un rôle le fait que celle-ci a proposé les noms de huit personnes, contre cinq pour la recourante. cccc) Aux yeux du Tribunal administratif, l'appréciation

retenue ici par l'autorité intimée n'est pas "traçable". Apparemment en effet, c'est la recourante qui a respecté au plus près les exigences formulées dans le cahier des charges, puisque les données fournies dans l'organigramme concordent avec les fiches personnelles FA 10.0; le grief que l'autorité intimée adresse à la recourante d'avoir mal compris ses exigences n'est ainsi guère fondé. L'argument quantitatif n'est pas des plus solides non plus; certes, l'adjudicataire a présenté dans son organigramme un effectif plus étoffé que son adversaire (soit huit personnes au lieu de cinq), mais elle n'a produit de fiches que pour trois personnes, ce qui pourrait donner à penser que les cinq autres ne sont pas réellement disponibles pour l'exécution du contrat. Par ailleurs, selon l'assesseur spécialisé du tribunal, même si la présence d'un ingénieur civil est extrêmement utile pour le suivi des sinistres, on ne saurait d'emblée parler à son égard de "responsable principal". Enfin, retenir une différence d'appréciation entre les deux offres au seul motif que l'une des concurrentes offre le concours d'une personne bénéficiant du brevet d'avocat, alors que tel n'est pas le cas de l'autre, apparaît comme une conclusion sommaire et hâtive (ce d'autant que la recourante a également offert en cas de nécessité le concours d'un avocat). dddd) L'autorité intimée a également évalué ce qu'elle a appelé les conditions de recevabilité de l'offre. Elle indique avoir tenu compte de ce constat (à propos de la condition No 2 relative à l'expérience de gestion et de contrôle de projets globaux d'assurances de même nature) dans l'appréciation du 4ème critère, relatif à l'expérience; le groupe de travail, précise en effet que la société adjudicataire " dispose également d'une plus grande expérience dans des contrats similaires dans d'autres cantons ". Ce faisant l'autorité intimée a pris en compte un élément distinct - déjà utilisé pour l'admission au marché - du cadre tracé pour le critère N o 4 lequel concernait exclusivement le personnel affecté à la mission et non l'aptitude de l'entreprise elle-même (visée en revanche par la condition No 2). Certes, ces deux éléments ne sont pas totalement étrangers l'un à l'autre; il reste que l'autorité intimée a dû vouloir examiner séparément l'expérience du personnel mis à disposition pour l'exécution de ce contrat, ce dans l'appréciation du critère 4. Elle ne pouvait donc pas, sans brouiller son analyse, se replacer au niveau, non plus des personnes engagées, mais des entreprises. ccc) En définitive, le tribunal retient que l'appréciation de l'autorité intimée, dans le cadre des critères 3 et 4, n'est pas compréhensible, ni véritablement "traçable". Aussi, à supposer que l'on doive admettre - au plan de la prime offerte par la recourante - que l'offre de cette dernière était équivalente (v. toutefois lit. aaa / bbb ci-dessus) à celle de l'adjudicataire, force serait alors d'en conclure que la décision attaquée présente des vices non négligeables (en relation avec l'absence de pondération des critères d'adjudication), dont l'autorité intimée n'a en tous les cas pas démontré qu'ils sont restés sans incidence sur l'issue du marché. Ces constatations ne sont par ailleurs pas suffisamment claires pour conclure, à l'inverse, que le marché doit être adjugé à la recourante. L'autorité de recours doit en effet observer à cet égard la plus extrême réserve et n'adjudger elle-même que dans des cas parfaitement évidents (v. arrêts TA GE 00/0161 du 23 avril 2001 et GE 00/0039 du 5 juillet 2000); mais il n'en est rien en l'espèce. Les conclusions prises dans ce sens par la recourante doivent donc être écartées. En résumé, force est d'annuler la décision attaquée, l'autorité intimée ayant le choix de reprendre la présente procédure ab ovo ou de se contenter de compléter celle-ci; dans le cadre de cette seconde option, elle pourrait ainsi formuler à nouveau les critères d'adjudication, en annonçant la pondération de ceux-ci, puis impartir aux deux concurrents ici en lice un nouveau délai pour ajuster leurs offres, cela avant de statuer à nouveau. 5.

Vu l'issue du recours, le présent arrêt sera rendu sans frais, la recourante ayant droit à l'allocation de dépens, à la charge du Département des finances,

Secrétariat général dudit département (art. 55 LJPA; en application de la jurisprudence - RDAF 1994, 323 - on peut renoncer à appliquer ici la solution usuelle, qui conduirait à mettre les frais et les dépens à la charge du tiers intimé; pour un exemple, au contraire, où le régime ordinaire a prévalu : ATF 128 II 90).

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