

VD_OMNI GE.2002.0105 vom 17. Januar 2003

VD Tribunal cantonal, 2003-01-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2002.0105

FR: VD_OMNI GE.2002.0105 du 17 janvier 2003

IT: VD_OMNI GE.2002.0105 del 17 gennaio 2003

Regeste

c/ Municipalité de Bussigny-près-Lausanne | A la demande du soumissionnaire non sélectionné (selon 40 al. 2 RMP), le pouvoir adjudicateur lui a remis le tableau des notes obtenues sans explication de celles-ci : une telle grille de chiffres ne constitue pas une motivation suffisante au regard des standards minima découlant de l'art. 29 al. 2 Cst., lesquels sont applicables en matière de marchés publics.

Volltext

Vaud Tribunal cantonal Cour de droit administratif et public 17.01.2003 GE.2002.0105

c/ Municipalité de Bussigny-près-Lausanne | A la demande du soumissionnaire non sélectionné (selon 40 al. 2 RMP), le pouvoir adjudicateur lui a remis le tableau des notes obtenues sans explication de celles-ci : une telle grille de chiffres ne constitue pas une motivation suffisante au regard des standards minima découlant de l'art. 29 al. 2 Cst., lesquels sont applicables en matière de marchés publics.

CANTON DE VAUD TRIBUNAL ADMINISTRATIF A R R E T du 17 janvier 2003 sur le recours interjeté par X. _____ SA , à Lausanne, représentée par Me Denis Merz, rue de Bourg 33, 1002 Lausanne contre la décision de la Municipalité de Bussigny-près-Lausanne , publiée le 5 novembre 2002 dans la Feuille des avis officiels du canton de Vaud (ci-après : FAO), relative à la sélection des bureaux d'ingénieurs civils retenus pour la deuxième phase d'un mandat concernant des prestations d'ingénieur civil en vue de la transformation, la rénovation et l'agrandissement des immeubles "Grande salle" et "Hôtel de Ville", situés au centre de ladite localité. * * * * * Composition de la section: M. Etienne Poltier, président; M. Pascal Langone et M. Edmond C. de Braun, assesseurs. Vu les faits suivants: A. a) La Commune de Bussigny envisage la transformation, la rénovation et l'agrandissement des immeubles "Grande salle" et Hôtel de Ville", situés au centre de cette localité. L'estimation totale de cet ouvrage s'élève à 9'500'000 fr. b) La municipalité a fait paraître, dans la FAO des 17/20 septembre 2002, un appel d'offres public s'agissant des prestations d'ingénieur civil en relation avec l'ouvrage précité; l'estimation de ce marché spécifique s'élève à 300'000 fr. Selon le ch. 13 de l'appel d'offres, ce dernier est soumis à la LVMP (mais non à l'accord OMC); il précise par ailleurs ce qui suit : 14. Critères de qualification pour la sélection - maîtrise de construction dans des conditions de sols difficiles, maîtrise des problèmes de transformation lourde d'immeubles, maîtrise des travaux de structure porteuses, maîtrise des travaux de génie civil, routes et places - compréhension de l'enjeu architectural proposé et sensibilité dans le développement de solutions structurelles cohérentes avec le projet - organisation, expériences professionnelles et disponibilité de l'équipe envisagée. 15. Critères d'adjudication - l'ensemble des critères de qualification - les facteurs économiques." c) Le bureau B. _____ et C. _____ Associés a élaboré les documents d'appel d'offres relatifs à ce

mandat; ceux-ci comportent les conditions de l'offre, les conditions particulières au contrat d'ingénieur, ainsi que le cahier des charges - programme des locaux. Selon les conditions de l'offre, la procédure retenue est une procédure "sélective", laquelle doit se dérouler en deux phases. La première vise à sélectionner de trois à six concurrents pour la seconde phase. La qualification, qui clôt la première phase, doit se fonder sur un document, élaboré par les soumissionnaires, comportant diverses informations relatives à leur organisation, faisant état par ailleurs de références en génie civil, si possible en rapport avec l'objet de l'appel d'offres; le concurrent doit en outre présenter sa réflexion au sujet des objectifs fixés par le cahier des charges. Les conditions de l'offre indiquaient à ce propos ce qui suit : "Il ne s'agit pas d'un projet mais d'une réflexion du concurrent sur le thème, par exemple : sur la collaboration architecte - ingénieur civil, intervention dans un bâti existant, sensibilité dans le développement du projet structurel, compréhension de l'enjeu architectural,... Ces pages sont à la libre appréciation du concurrent et elles permettront à la commission de se faire une opinion sur la motivation du candidat et sur la sensibilité avec laquelle il aborde le thème." Ces différents éléments doivent permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier le respect des trois critères de qualification par chacun des soumissionnaires. On note au surplus que l'offre des bureaux candidats doit comporter - outre le premier document précité - un second document, sous enveloppe fermée, portant sur les facteurs économiques de l'offre (cela selon le modèle figurant dans les documents d'appel d'offres). Dans la seconde phase de la procédure, la commission procède à l'ouverture des enveloppes relatives aux "facteurs économiques" des seuls candidats retenus pour cette phase. Chacun de ces bureaux est en outre invité, dans ce cadre, à une présentation orale, lui permettant de répondre à une liste de questions (identiques) de la commission. Les conditions de l'offre précisent encore la composition de la commission chargée de l'examen de celle-ci, soit :

"Présidente Mme Laureane Salamin-Michel vice-syndique, conseillère municipale
Membres MM. Georges Zünd conseiller municipal, remplaçant du
syndic Michel Sauer chef de service Damien Guélat service technique
et direction des travaux Jean-Lou Rivier architecte & commission urbanisme de la
Commune A. _____ ingénieur civil, C. _____ architecte,
B. _____ architecte, d) Il ressort du dossier que 22 offres sont parvenues
dans les délais auprès de la municipalité. B. a) La commission d'examen des
offres a siégé le 28 octobre 2002 dans la composition annoncée, sous réserve de Michel
Sauer, lequel était absent. Le procès-verbal de cette séance se lit comme suit (extrait) :

1. Contrôle des dossiers - Une partie des membres de la commission a siégé
le 25 octobre 2002 pour l'ouverture des 22 offres parvenues dans les délais. - Des
remarques concernant la conformité des dossiers sont annotées sur le tableau des candidats.
- La commission déclare les 22 offres conformes. - Les documents
supplémentaires donnés par un candidat ne seront pas pris en compte. 2. Choix des
candidats du 2ème tour - La commission d'experts accepte tous les dossiers. -
Les pages supplémentaires sont pliées et non considérées. Il sera tenu compte des
remarques concernant la conformité des dossiers dans la note "organisation". - Le
barème d'évaluation est fixé à la note maximum de 5. - La commission d'experts
procède à la mise des notes, selon les différents critères du cahier des charges, après
examens et discussions sur l'ensemble des 22 dossiers. Il est décidé de retenir les 6 premiers
candidats pour le 2ème tour (selon tableau annexé). (...)" Ce document est par ailleurs
complété par la pièce 107 - établie apparemment en date du 28 novembre 2002, soit après le
dépôt du recours - qui décrit le déroulement de cette journée. On y lit notamment ce qui suit

question de la date à compter de laquelle court le délai de recours (dies a quo). Dans l'hypothèse en effet où une décision fait l'objet de deux notifications distinctes, on peut hésiter à fixer le dies a quo en fonction des dates auxquelles l'une ou l'autre de ces deux communications sont parvenues à la connaissance du soumissionnaire concerné. Une première solution consiste à retenir la date de réception de la lettre individuelle du 29 octobre 2002, reçue par la recourante. On pourrait également considérer que seule la date (postérieure) de publication est déterminante, notamment lorsque le délai qui a commencé à courir avec la première notification n'est pas encore échu au moment de la publication (voir dans ce sens ATF 115 Ia 12; cet arrêt examine cependant l'hypothèse d'une pluralité de notifications, sans que l'une d'entre elles se fasse par la voie d'une publication; voir également TA, arrêt AC 97/0002 du 11 juillet 1997, confirmé par le Tribunal fédéral ATF 1P.520/1997 du 15 janvier 1998). On relève d'ailleurs que l'ATF 115 Ia 12 raisonne sur la base du principe de la protection de la bonne foi. On peut en définitive laisser la question qui précède ouverte, dès l'instant que le principe de la bonne foi conduit ici à admettre la recevabilité du recours, pour un motif légèrement différent. La décision du 29 octobre 2002 indiquait en effet expressément que le délai de recours ne commencerait à courir qu'à compter de la publication de la décision attaquée. La recourante n'avait pas de motif de mettre en doute cette solution, ce d'autant qu'elle assure l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires. Il en découle que le pourvoi, formé dans un délai de dix jours à compter de la publication de la décision attaquée, a été formé en temps utile. c) La recourante étant par ailleurs évincée du marché litigieux par la décision attaquée; elle a donc à l'évidence un intérêt digne de protection à l'annulation de celle-ci. Le recours est dès lors recevable et il convient d'entrer en matière sur le fond. 2. En substance, la recourante se plaint pour l'essentiel de l'absence de motivation de l'appréciation des experts. Ce grief fait d'ailleurs suite à la lettre qu'elle avait adressée le 7 novembre 2002 à la municipalité en lui demandant le nombre de points qu'elle avait obtenus, ainsi que diverses explications au sujet de la méthode de notation retenue; toutefois, le bureau d'architectes mandaté par la municipalité s'était borné, dans une lettre du 11 novembre précédent, à fournir le procès-verbal de la séance du 28 octobre 2002, ainsi que le tableau récapitulatif des notes, sans répondre aux questions soulevées. Dans sa réponse au recours, la municipalité admet tout d'abord que la commission d'expert n'a pas arrêté de barème de notation (voir également lettre du 19 décembre 2002); selon elle, lorsque la note maximale s'élève à 5, il n'est pas nécessaire d'établir une échelle des notes. Elle admet également que les notes retenues par les différents experts divergent, ce qui, à ses yeux, est parfaitement normal, compte tenu de la formation des différents membres de la commission d'experts. La municipalité a également expliqué pourquoi la commission, composée au départ de 8 membres, dont 7 seulement étaient présents, n'a fixé que 5 notes. Enfin, la municipalité admet également que les différentes notes ne sont pas motivées, mais, selon elle, elles ne sauraient l'être " puisqu'elles sont le résultat d'une moyenne de plusieurs experts " (p. 7 du mémoire-réponse). Elle requiert au demeurant que les experts soient entendus sur les différentes notes qu'ils ont retenues, cela dans le cadre d'une audience du tribunal. En revanche, il ne serait pas possible de fournir par écrit une telle motivation. a) Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst, implique pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision (ATF 126 I 97 consid. 2b p. 102). La motivation d'une décision est suffisante lorsque l'intéressé est mis en mesure d'en apprécier la portée et de la déférer à une instance supérieure en pleine connaissance de cause (ATF 122 IV 8 consid. 2c p. 14/ 15). Il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle

a fondé son prononcé, sans qu'elle soit tenue de répondre à tous les arguments avancés (SJ 1994 p. 161 consid. 1b p. 163). L'étendue de l'obligation de motiver dépend de la complexité de la cause à juger (ATF 111 Ia 2 consid. 4b p. 4; voir également ATF du 24 janvier 2002, 2P.256/2001; sur ces différents points voir en outre Michele Albertini, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, Berne 2000, p. 400 ss). On notera que les exigences de motivation découlant de l'art. 29 al. 2 Cst doivent être considérées comme un standard minimum, le droit cantonal pouvant poser d'autres règles plus précises. Le standard précité apparaît comme applicable également en matière de marchés publics, sous certaines réserves que l'on examinera encore ci-dessous. Sur cette question, l'art. 40 RMP, spécialement son alinéa 2, formule quelques règles (on laisse ici de côté l'alinéa 1 let. f de cette disposition, qui concerne les décisions d'adjudication). Suivant l'al. 2, le pouvoir adjudicateur, sur demande, informe les soumissionnaires non retenus en donnant les motifs essentiels de son choix. Le système légal vaudois, compris de manière cohérente avec l'exigence constitutionnelle, paraît impliquer que la décision de sélection ou d'adjudication comporte une motivation sommaire sur laquelle le soumissionnaire évincé peut obtenir quelques compléments en application de l'art. 40 al. 2 RMP (dans ce sens, voir Michel Clerc/Carron/Fournier, *La protection juridique dans la passation des marchés publics*, p. 13). Pour les auteurs précités, l'obligation de motivation comprend - qu'il s'agisse d'évaluer l'aptitude des candidats ou leurs offres - la remise du tableau comparatif élaboré par la commission d'évaluation, ainsi que le procès-verbal établi parallèlement, qui rassemble la motivation des notations (ibidem, p. 8 s. et 14).

b) Central en matière de marchés publics, le principe de transparence exige notamment que le pouvoir adjudicateur indique les critères sur lesquels il entend se baser pour procéder à la sélection des candidats ou adjudger une offre (sur ce principe, voir notamment art. 3 LVMP); la jurisprudence vaudoise va plus loin en exigeant également que la pondération relative des critères appliqués soit également annoncée aux concurrents. En revanche, le pouvoir adjudicateur n'a pas à fournir par avance son échelle des notes (arrêt TA, GE 99/0135, du 26 janvier 2000); un tel barème définit les exigences posées pour pouvoir bénéficier de telle ou telle note, dans le cadre de l'évaluation d'un critère donné. Cependant, le pouvoir adjudicateur doit faire en sorte que les notes retenues soient fondées sur des critères objectifs, partant susceptibles d'être explicités. A défaut de cadre de référence, les notes arrêtées individuellement par des experts sont de nature à refléter uniquement leur appréciation subjective et, par voie de conséquence, ces notes ne pourront guère être expliquées aux soumissionnaires évincés. Ainsi, à défaut de découler du principe de transparence, la fixation d'un barème est néanmoins une conséquence du principe de l'égalité de traitement et de l'obligation de motivation des décisions en matière de marchés publics. Dans le cas d'espèce, la municipalité a admis que la commission d'experts n'avait pas arrêté un tel barème, ce qui constitue assurément un premier vice de la décision attaquée.

c) L'absence d'échelle des notes n'est d'ailleurs pas restée sans conséquence. aa) Tout d'abord, les experts ont arrêté, sur une échelle de 5, des notes fortement divergentes (s'agissant de la recourante, on constate en effet à plusieurs reprises des écarts de 2 points entre les notations; ces écarts ne vont d'ailleurs pas toujours dans le même sens et ne s'expliquent donc pas par une sévérité accrue de l'un des experts par rapport à d'autres). Force est ainsi de relever que ces notes ne reposent en définitive sur aucun "dénominateur commun" (qui aurait pu être fourni par un barème). bb) On note aussi que les experts, à défaut d'arrêter un barème au préalable - auraient pu se concerter après coup. Selon la pièce 107, les experts fixaient en effet à titre provisoire des notes sur une base individuelle, puis

mettaient en commun leurs différentes appréciations; en réalité, le tableau annexé à la pièce 106 n'indique nullement que les notes susceptibles d'être attribuées pour chaque critère aux différents dossiers ont pas été discutées pour déboucher en définitive sur une appréciation commune, qui aurait pu, voire dû être explicitée sur un document séparé. En lieu et place, la recourante, à l'aide des notes disparates qui lui ont été attribuées, a obtenu un total pondéré de 3.78, qui n'est rien d'autre que la moyenne des estimations subjectives des différents experts. Sauf à affirmer que la somme des appréciations individuelles des différents experts débouche sur une évaluation objective, force est de relever que le total pondéré précité n'est pas motivé, ni d'ailleurs ne peut véritablement l'être. Ce résultat n'est au surplus guère "traçable" (nachvollziehbar), contrairement aux exigences de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics que le Tribunal administratif a reprises à son compte (voir à ce sujet JAAC 64.63 et 30; TA, arrêt du 4 juillet 2002, GE 02/0009, notamment; v. également Evelyne Clerc, in Tercier/Bovet éd., Droit de la concurrence, commentaire romand, Genève et Bâle 2002, n o 145 ad art. 5 et 52 ad art. 9 LMI; sur la question particulière de la motivation des notes, voir enfin la jurisprudence, à laquelle l'autorité de céans se rallie, citée par Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté ad 23 LMP, p. 256). d) Il n'est enfin pas admissible de réparer les différents défauts que présente la décision attaquée en procédant, lors d'une audience, à une audition des sept membres de la Commission d'experts pour que ces derniers fournissent la motivation des cinq notes attribuées. Ce serait en effet admettre que la motivation de la décision attaquée puisse être fournie oralement seulement et cela lors de l'audience de jugement. On rappelle en effet que la motivation doit être fournie dans le corps de la décision attaquée et non pas à la fin de la procédure d'instruction d'un recours, puisqu'elle doit précisément fournir à l'intéressé les éléments nécessaires pour se déterminer sur l'opportunité ou non de former un pourvoi. e) Les considérations qui précèdent conduisent ainsi à l'admission du recours et à l'annulation de la décision attaquée. Concrètement, il apparaît que la municipalité devra reprendre le processus de sélection, de manière à le conduire cette fois conformément aux exigences évoquées plus haut (il importera notamment que la Commission d'experts arrête un barème des notes; en outre, il conviendra que cette commission détermine sur cette base des notes, résultant d'une concertation entre les différents membres de la commission, un procès-verbal indiquant brièvement la justification de la quotité de ces différentes notes). L'autorité intimée dispose toutefois de la faculté de reprendre la procédure à un stade antérieur. 3. Vu l'issue du recours, les frais de la cause seront mis à la charge de la Commune de Bussigny-près-Lausanne; la recourante, dont le conseil est intervenu à la fin de l'instruction, sans déposer à proprement parler d'écritures, n'aura pas droit à des dépens (art. 55 LJPA). Par ces motifs le Tribunal administratif arrête: I. Le recours est admis. II. La décision de sélection, publiée dans la Feuille des avis officiels du canton de Vaud du 5 novembre 2002, est annulée; la cause est renvoyée à la Municipalité de Bussigny-près-Lausanne pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants. III. L'émolument d'arrêt, par 1'500 (mille cinq cents) francs, est mis à la charge de la Commune de Bussigny-près-Lausanne. IV. Il n'est pas alloué de dépens. Lausanne, le 17 janvier 2003/gz Le président: Le présent arrêt est communiqué aux destinataires de l'avis d'envoi ci-joint.