

VD_OMNI GE.2003.0008 vom 17. Januar 2005

VD Tribunal cantonal, 2005-01-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2003.0008

FR: VD_OMNI GE.2003.0008 du 17 janvier 2005

IT: VD_OMNI GE.2003.0008 del 17 gennaio 2005

Regeste

X. _____/Municipalité d'Arzier-Le Muids, Y. _____ SA,
Z. _____ SA | Appréciation des critères d'adjudication. Rien n'indiquant que l'offre de l'adjudicataire est sous-évaluée, le tribunal renonce à interpellier les parties pour qu'elles exposent précisément la valeur des coefficients du calcul de leurs honoraires. Critère qualité/disponibilité: une conduite de chantier à deux ou trois têtes constitue un facteur de risque, qui justifie une notation péjorée. De plus, la réalisation du plan masse par le recourant ne lui confère pas un droit à une adjudication de gré à gré fondée sur le droit de la propriété intellectuelle (RMP-8-1-c, LDA-12-3).

Erwägungen

E. 1

a) Déposé dans le délai de dix jours fixé par les art. 10 al. 2 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (ci-après LVLP) et 43 du règlement du 8 octobre 1997 d'application de la LVLP (ci-après RVMP), le recours est intervenu en temps utile. b) La forme du recours est problématique. Dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, les sociétés X. _____ SA, à Nyon, et Y. _____ SA, à Lausanne, ont déposé une offre commune. Le recours est rédigé sur le papier à lettres personnel de X. _____ (en-tête : X. _____ architecte EPFL FAS SIA). La première page du recours indique que celui-ci est déposé pour X. _____ et la société Y. _____ SA. En revanche, en page 4 du recours, il apparaît que les conclusions sont prises par X. _____ SA et Y. _____ SA. Le recours est signé par X. _____, « pour les recourants », l'usage du masculin donnant à penser que le recours a été formé par l'architecte en son nom et pour la société Y. _____ SA. Même si le recours n'est pas d'une grande clarté sur la question de l'identité des recourants, le tribunal retient, compte tenu du libellé des conclusions, qu'il a bien été interjeté au nom des sociétés X. _____ SA et Y. _____ SA. c) Le 11 février 2003, Y. _____ SA a écrit au Tribunal administratif pour manifester son intention de se retirer de la procédure de recours. Elle l'a confirmé le 29 septembre suivant. Les membres d'un consortium sont liés par un contrat de société simple au sens des art. 530 ss du Code des obligations. Tous les membres du consortium doivent donc agir ensemble ou donner une procuration à l'un des associés qui agira au nom et pour le compte de tous (art. 543 al. 2 CO). En matière de marchés publics, le recourant recherche un avantage consistant dans une chance d'obtenir l'adjudication ou de participer à la suite de la procédure sélective. En cas d'éviction, il n'agit donc pas pour combattre une mesure imposant des charges ou des obligations, mais fait valoir un droit de la société simple. Ce droit étant indivisible, la qualité pour recourir d'un seul membre du consortium doit être rejetée (dans ce sens TA zurichois 1 er février

2000 ; BEZ 2000, page 22 ss n° 7). La Commission fédérale de recours en matière de marchés publics s'est prononcée sur la question (CRM 002/1999, 16 août 1999 ; JAAC 2000 II, page 392 s.). Se référant à la doctrine et à la jurisprudence en matière de qualité pour agir des membres d'une communauté héréditaire, la Commission fédérale de recours retient que « en règle générale, il faut admettre que le membre d'un consortium soumissionnaire a qualité pour recourir seul contre une décision d'adjudication rejetant l'offre du consortium, car il est touché par la décision de rejet de l'offre et a un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision qui affecte les droits et intérêts de la société simple. La décision contestée prive définitivement le consortium de l'adjudication du marché. Inversement, une admission du recours bénéficie directement à tous les autres membres du consortium. Il faut réserver le cas où un ou plusieurs membres d'un consortium auraient quitté le consortium, auraient expressément approuvé la décision d'adjudication litigieuse et se seraient à ce point distancés du recourant qu'ils auraient ainsi manifesté ne plus avoir l'intention d'exécuter le marché en consortium si celui-ci devait leur être attribué à l'issue du recours. Dans ce dernier cas, en effet, une admission du recours reviendrait à adjuger le marché à un nouveau soumissionnaire, différent de celui ayant pris part à la procédure de passation par le dépôt d'une offre (voir arrêt du Tribunal Cantonal valaisan du 9 juillet 1998 dans l'affaire ARGE S. c/Staatsrat, Revue valaisanne de Jurisprudence [RVJ] 1999 page 83 ss) » (DC 4/2000, p. 127, S37 et note de D. Esseiva). d) Le cas d'espèce est analogue à celui qu'évoque la jurisprudence citée ci-dessus :

Y. _____ SA entend se retirer du marché public litigieux. En cas d'admission du recours, le marché ne pourrait être adjugé qu'à X. _____ SA et non plus au consortium X. _____ SA/Y. _____ SA, soit à un nouveau soumissionnaire. En conséquence, les conclusions prises en adjudication du marché litigieux « aux recourantes » et, partant, en annulation de la décision du pouvoir adjudicateur doivent être jugées irrecevables. Dans cette hypothèse particulière, il conviendrait encore d'examiner la qualité pour recourir d'un seul des associés en société simple, qui prend des conclusions tendant à faire constater l'illicéité de la décision attaquée. Cette question est controversée (cf. en particulier les notes de D. Esseiva, in DC 4/1999, p. 149, S52 ; DC 4/2001, p. 161, S52 et réf. cit.). Elle peut cependant demeurer ouverte dans la mesure où les recourantes devraient voir leurs moyens définitivement écartés. 3.

a) Sur le fond, les recourantes font valoir que la décision querellée serait illégale pour les motifs suivants : - elle permet à l'adjudicataire de s'approprier le résultat des études antérieures conduites par X. _____ sans contrepartie et en violation du droit de la propriété intellectuelle ; - elle permet à l'adjudicatrice d'écarter l'offre des recourants en faisant valoir une différence du montant d'honoraires alors que cet élément apparaît en dernière position des critères de choix de l'appel d'offres et est à ce titre, au sens de l'article 38 RMP, l'élément le moins important de l'offre ; - elle permet à l'adjudicataire d'adjuger des travaux pour un montant manifestement sous-évalué au soumissionnaire retenu qui tire avantage des études antérieures non rémunérées à hauteur de leur valeur ; - l'adjudicatrice procède à une lecture incomplète des faits pertinents, en particulier pour ce que l'article 38 RMP nomme "la convenance de la prestation", "le caractère esthétique" et "la valeur culturelle" proposées pour assurer la qualité puisqu'il s'agit, ici, d'intervenir sur un bâtiment existant dont l'un des recourants est l'auteur et qu'il est, à ce titre, vraisemblablement le plus à même de prolonger son œuvre. b) Au demeurant, lors de l'audience, la recourante a contesté l'appréciation de l'autorité intimée qui a procédé à une correction sur l'un des critères en faveur de l'adjudicataire. 4. 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-là soient appliquées de manière conforme au principe de l'égalité de traitement ; GE 2000/0039 du 5 juillet 2000, p. 9, consid. 3a). Sur le plan matériel, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans ses décisions, laquelle se traduit non seulement dans la phase finale de l'adjudication, mais dans toutes les phases de la procédure (v. sur ce point la jurisprudence du Tribunal administratif, arrêts GE 2001/0076 du 29 octobre 2001; GE 1999/0135 du 26 janvier 2000). 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 (v. arrêts GE 2000/039 du 5 juillet 2000, p. 14 ; 1999/142 du 20 mars 2000, p. 13, consid. 6 b, et réf. citée, notamment RDAF 1999 I 37, cons. 3a). Au demeurant, même en présence de violations du principe de transparence ou plus spécialement de l'art. 38 RVMP, le Tribunal administratif a confirmé dans sa jurisprudence qu'il n'y avait pas lieu d'annuler une adjudication lorsque de tels vices n'ont pas eu de conséquence sur le résultat du marché; le pouvoir adjudicateur doit cependant rapporter la preuve de cette absence d'influence des violations des règles de procédure sur l'adjudication (v. outre l'arrêt GE 2000/0039, consid. 3c déjà cité, les arrêts GE 1999/0142 du 20 mars 2000, consid. 5c, 1999/0135 du 26 janvier 2000 et références citées. 5).

Selon la recourante, l'adjudicatrice procéderait à une lecture incomplète des faits pertinents, en particulier en ce qui concerne la convenance de la prestation, le caractère esthétique et la valeur culturelle, puisqu'il s'agit d'intervenir sur un bâtiment existant dont X. _____ est le concepteur et, par conséquent, l'architecte également le mieux à même de poursuivre son œuvre. L'art. 38 al. 1 RVMP précise à titre exemplaire les critères d'adjudication qui peuvent être pris en compte lors de l'attribution du marché. Cette disposition mentionne les critères de la convenance de la prestation, du caractère esthétique et de la valeur culturelle, évoqués par la recourante. Dans le cas d'espèce, ces critères ne sont pas repris comme tels dans le cahier des charges relatif à l'appel d'offres. Ils apparaissent cependant pour partie sous-jacents sous les critères 3, voire 1 (organisation et engagement pour le projet). En audience, l'appréciation du critère « qualité/disponibilité » a été discutée. Sur le sous-critère « organisation », l'adjudicataire a bénéficié d'un avantage de 5 points sur les recourantes. L'autorité intimée s'en est expliquée, en relevant que la répartition des tâches et des responsabilités entre les associés en société simple n'était pas clairement établie. Les recourants répondent qu'il était clair au contraire que D. _____, l'homme du projet, en serait le pilote (ce qui ressort de l'organigramme figurant dans le dossier d'offres), Y. _____ SA devant faire bénéficier le consortium de son expérience dans le domaine de la construction scolaire. A lire l'organigramme, les responsabilités sont assumées d'un côté par D. _____ et son collaborateur E. _____, de l'autre par G. _____, le plus ancien des administrateurs de Y. _____ SA ; pour les appels d'offres et l'exécution de l'ouvrage (la direction architecturale), les

responsables désignés sont d'un côté E. _____ et un dessinateur et de l'autre G. _____. Dans ce cas de figure, les maîtres de l'ouvrage s'inquiètent à l'idée de traiter aux réunions de chantier avec E. _____ et que celui-ci doive ensuite en référer plus haut à D. _____ et à G. _____. Cette conduite du chantier à deux ou trois têtes constitue effectivement un facteur de risque, qui justifie une différence de 5 points. Autre sujet discuté en audience, la correction de 15 points supplémentaires attribués à l'adjudicataire sur le critère « projet » est également contestée. Dans sa réponse, l'autorité intimée a relevé que les représentants de l'adjudicataire avaient montré qu'ils avaient bien « senti le projet », en préconisant une architecture plus calme, plus lisse, une extension plus légère, respectant l'œuvre d'origine tout en marquant une différence avec elle ; l'adjudicataire avait démontré en outre qu'il avait des idées claires quant aux solutions permettant de respecter le budget et le calendrier des travaux. Les recourants objectent que ces éléments d'appréciation sont étrangers aux critères annoncés, puisque le projet devait se réaliser dans une étape ultérieure, une fois le mandat attribué ; en particulier, la question des coûts et des délais (dont le procès-verbal ne fait pas état) n'aurait pas à prendre place à ce stade de la procédure d'adjudication. Les arguments invoqués par l'intimée pour justifier cette correction de 15 points en faveur de l'adjudicataire apparaissent en effet discutables, dans la mesure où cette appréciation s'appuie sur des considérations quelque peu subjectives ou, pour certaines, qui sortent du cadre de cette phase de la procédure. Ces éléments d'appréciation ne sont cependant pas à ce point étrangers aux critères annoncés qu'il faudrait tenir cette correction en totalité pour infondée. Or, en déclassant de quelques points l'adjudicataire sur ce critère (compté avec un coefficient de 80%) on ne donnerait pas l'avantage aux recourantes, qui au surplus demeurent précédées par leurs deux concurrents, crédités respectivement de 312.5 et de 310.4 points. 6. Selon la recourante, la décision d'adjuger le marché à Z. _____ SA permettrait à cette société de s'approprier le résultat des études antérieures conduites par X. _____, sans contrepartie et en violation des droits de propriété intellectuelle. a) Le droit des marchés publics prévoit à certaines conditions une procédure de gré à gré: l'adjudicateur peut adjuger un marché directement, sans lancer d'appel d'offres, notamment si un seul soumissionnaire entre en considération pour des motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle (art. 8 al. 1, let. c, RVMP). Selon l'art. 12 al. 3 de la loi fédérale sur le droit d'auteur (ci-après: LDA), une fois réalisées, les œuvres peuvent être modifiées par le propriétaire, l'architecte ne pouvant s'opposer qu'à toute altération de l'œuvre portant atteinte à sa personnalité. Sous cette réserve, le propriétaire d'un bâtiment peut le modifier ou l'agrandir sans que l'architecte ne puisse s'y opposer. Une pesée d'intérêts doit donc avoir lieu entre le droit du propriétaire de modifier l'ouvrage et le droit de l'architecte au respect de son œuvre. La jurisprudence du Tribunal fédéral n'est guère favorable aux architectes sur ce point. En cas de doute, lorsque les intérêts du propriétaire s'opposent à ceux de l'architecte, les premiers doivent l'emporter (ATF 117 II 474). En effet, en remettant l'immeuble pour utilisation au propriétaire, l'architecte admet que ce dernier puisse vouloir plus tard en maintenir la valeur par des assainissements, l'adapter à de nouvelles considérations techniques, écologiques ou à de nouveaux besoins (agrandissement, changement d'affectation) ou en améliorer le rendement (voir sur ces questions, notamment: Barrelet/Egloff, *Le nouveau droit d'auteur*, Berne 1994, n. 15 ad art. 12 LDA; Dessemontet, *Le droit d'auteur*, Lausanne 1999, pp. 222 ss; Cherpillod/Dessemontet, *Les droits d'auteur*, in *Le droit de l'architecte*, Fribourg 1995, pp. 422 ss). En outre, la jurisprudence précise qu'en s'acquittant des honoraires, le mandataire

acquiert le droit de faire usage des résultats des prestations de l'architecte aux fins fixées dans le contrat (RSPI 1975, p. 175). b) Dans le cas du Centre scolaire Pré-Morlot, la Commune d'Arzier-le Muids a sans conteste le droit de procéder à des agrandissements, en vertu de l'art. 12 al. 3 LDA, ainsi que de la jurisprudence et de la doctrine citées. Cela se révèle d'autant plus certain qu'à l'époque de la construction du centre, la Municipalité avait précisé, au nombre des critères posés, qu'il fallait "réserver la possibilité d'une extension future et garantir une grande souplesse d'utilisation". Le plan masse qui a été réalisé par X. _____ est une prestation acquise par le mandataire au moment du paiement des honoraires. Le résultat de ce travail peut être utilisé par l'adjudicataire. En effet, la commande d'un plan masse n'avait d'intérêt pour la Commune que si celle-ci pouvait en faire usage, même si la réalisation du projet devait être attribuée à un autre mandataire. Il ressort de ce qui précède que les droits de propriété intellectuelle de l'architecte ne sont nullement violés par l'adjudication du marché à la société Z. _____ SA. La recourante ne peut donc prétendre à une adjudication de gré à gré sur la base du droit de la propriété intellectuelle. L'argument soulevé doit être écarté. 7. La recourante soutient que les travaux auraient été adjugés pour un montant manifestement sous-évalué, l'adjudicataire tirant avantage des études antérieures "non rémunérées à hauteur de leur valeur" réalisées par X. _____; en outre, l'offre de l'adjudicataire devrait être divulguée à la recourante à des fins d'analyse. a) La norme SIA 102 "règlement concernant les prestations et honoraires des architectes" renferme une méthode de calcul (formule) permettant d'attribuer une valeur aux prestations de l'homme de l'art; mais certains paramètres à introduire dans la formule de calcul sont sujets à appréciation, ainsi en est-il, par exemple, du facteur « n » (qui a trait au degré de complexité correspondant à la catégorie de l'ouvrage) et du facteur de correction « r », qui prend en compte les circonstances liées au milieu (la présence d'autres constructions, notamment), à des questions d'organisation ou de programme (ce dernier facteur, égal à 1,0 à défaut de convention contraire, peut varier entre 0,8 et 1,2). Au surplus, les coefficients mentionnés ont une valeur indicative, si bien qu'ils n'excluent nullement des variations de prix entre entreprises concurrentes, sous réserve d'un prix trop bas pour qu'il soit normalement possible d'exécuter le travail selon les règles de l'art (art. 33 al. 1, let. 1, RVMP). b) Dans le cas d'espèce, rien n'indique que l'offre de l'entreprise adjudicataire soit manifestement sous-évaluée. Elle n'est d'ailleurs pas la meilleure marché. Le tribunal ne voit dès lors pas de raison de poursuivre l'instruction, en interpellant les parties, afin qu'elles exposent précisément la valeur des coefficients choisis et s'expliquent sur ces choix. N'entrant pas plus avant dans cette argumentation, le tribunal considère qu'il n'y a pas lieu non plus d'accorder aux recourantes la possibilité de discuter l'offre de l'adjudicataire et de se déterminer encore sur ce point. Si la recourante X. _____ SA a sous-évalué le coût de sa première étude, comme elle le laisse entendre, cela ne lui confère pas de droit sur la phase ultérieure du projet et ne permet pas de conclure que l'adjudicataire en tire un avantage injustifié. 8. Selon la recourante, l'autorité adjudicatrice aurait écarté l'offre du consortium X. _____ SA/Y. _____ SA sur la base du seul critère du « montant d'honoraires », alors que cet élément apparaît en dernière position des critères de choix de l'appel d'offres et serait, à ce titre, l'élément le moins important. Il y aurait ainsi violation de l'art. 38 al. 2 RVMP, à la lettre duquel les critères d'adjudication doivent figurer par ordre d'importance dans les documents concernant l'appel d'offres. En l'espèce, même en faisant totalement abstraction du critère des honoraires, c'est-à-dire en considérant le classement tel qu'il se présentait à l'issue du premier tour, la recourante, avec

265 points, occuperait la deuxième place derrière son concurrent le mieux classé, totalisant 270 points. Dans ce cas de figure hypothétique, le marché n'aurait pas été attribué au consortium X._____ SA/Y._____ SA. Par ailleurs, la pondération donnée au critère des honoraires (70) démontre que celui-ci a effectivement été le moins important dans l'attribution du marché et donc que l'art. 38 al. 2 RVMP n'a pas été violé. Dès lors, l'argument soulevé par la recourante doit être écarté. 9. Les considérants qui précèdent conduisent le tribunal à rejeter le recours et à confirmer la décision attaquée. La recourante X._____ SA succombant, un émolument de justice sera mis à sa charge. La municipalité intimée, qui a obtenu gain de cause avec l'assistance d'un avocat, aura droit à des dépens (art. 55 al. 2 et 3 LJPA). La société Y._____ SA, qui n'a pas ratifié le recours formé par son associée et qui a fait savoir qu'elle se retirait du marché, doit être tenue pour hors de cause ; elle sera de ce fait dispensée de participer à la charge des frais et des dépens du recours.

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