

## **VD\_OMNI GE.2003.0038 vom 28. März 2003**

VD Tribunal cantonal, 2003-03-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2003.0038](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2003.0038)

FR: VD\_OMNI GE.2003.0038 du 28 mars 2003

IT: VD\_OMNI GE.2003.0038 del 28 marzo 2003

### **Regeste**

Zschokke Entreprise générale SA c/ Fondation Maisons pour Etudiants de l'UNIL et de l'EPFL | La Fondation Maison pour Etudiants de l'UNIL et de l'EPFL est un adjudicateur visé par l'art. 1er al. 1 in fine LVMP et elle est donc soumise à la loi. Bien que l'EPFL soit partie prenante de cette fondation de droit privé, elle n'est pas concernée par l'art. 2c OMP, de sorte que le droit fédéral n'est pas applicable.

### **Erwägungen**

#### **E. 32**

OMP, ne concernent toutefois nullement la FME). L'art. 2c OMP, en vigueur depuis le 1er juin 2002, contient une règle complémentaire d'attribution de compétence entre le droit fédéral et cantonal en matière de marchés publics. Selon cette disposition, si plusieurs adjudicateurs soumis au droit fédéral et au droit cantonal font une adjudication en commun, le droit applicable est celui de l'adjudicateur principal. Cette disposition a ainsi vocation à s'appliquer à une adjudication conjointe de la Confédération et d'un canton (ou de l'EPFL et d'un canton; pour un cas d'application, voir la décision du 4 mars 2003 de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, non publiée, CRM 2003-002, spéc. consid. 3). En revanche, cette règle ne concerne pas les sujets de droit privé, même ceux qui ont été créés par des collectivités publiques, parmi lesquelles la Confédération et un canton. L'on peut donc écarter ici la compétence de la Commission fédérale de recours précitée, sans procéder à un échange de vues avec cette dernière autorité. f) Au surplus, la valeur estimée du marché dépassant très largement la valeur-seuil déterminante, il va de soi qu'une procédure ouverte ou sélective était nécessaire en l'occurrence (v. notamment art. 7 al. 1, 12 al. 1 AIMP, 7 al. 1 LVMP, 6 et 7 RMP). 2. La recourante invoque tout d'abord divers griefs de procédure; on les abordera dès lors à titre préliminaire. On le fera d'ailleurs très brièvement pour certains d'entre eux, dans la mesure où la recourante, en audience, a renoncé à faire valoir certains griefs (il s'agit des moyens traités ci-après sous lettre a). a) La recourante rappelle que le cahier des charges exigeait que les soumissionnaires soient des entreprises générales; elle conteste en outre que l'adjudicataire bénéficie de ce statut. A tort, vu la teneur de l'inscription de cette entreprise au registre du commerce du canton de Lucerne (v. P. 3 de l'adjudicataire). Dans la même ligne, la recourante soutient que l'adjudicataire ne s'était pas inscrite dans les délais; là encore, cette allégation est erronée (v. P. 2 de l'adjudicataire); peu importe au surplus que l'entité adjudicatrice ait indiqué par erreur, dans le cadre du procès-verbal d'ouverture des offres, non pas le nom de l'adjudicataire, mais de la société chargée du mandat d'ingénieur. S'agissant par ailleurs de l'affirmation de la recourante selon laquelle l'entité adjudicatrice ne voulait pas de variante, elle est également erronée; on a vu au contraire ci-dessus (partie faits B/b initio) que chaque soumissionnaire était au contraire tenu de se prononcer sur une variante dans laquelle les

bâtiments C1, C2 et C3 ne comporteraient que deux niveaux sur rez, au lieu de trois. C'est donc à juste titre que l'adjudicataire, comme aussi la recourante ont présenté des offres pour cette variante. Ces griefs formels de la recourante (v. p. 5 du mémoire de recours) doivent ainsi être écartés. b) La recourante fait valoir en outre un parti pris potentiel en faveur de l'adjudicataire, dans la mesure où l'animateur de la société censée assurer le rôle d'ingénieur dans le groupe adjudicataire se trouve être le fils du professeur Julius Natterer, titulaire de la chaire de construction en bois à l'EPFL. En audience, l'entreprise adjudicataire a d'ailleurs signalé que ce dernier avait participé à certains calculs pour l'élaboration de l'offre; elle affirme ainsi avoir mentionné le nom de ce professeur par souci de transparence. Il va de soi que les entités adjudicatrices doivent respecter les règles relatives à la récusation des personnes concernées (art. 6 lit. d LVMP ou 11 lit. d AIMP). En l'occurrence toutefois, le professeur Natterer n'est pas membre des organes de la FME; on ne saurait voir, au surplus, un motif de récusation de l'ensemble du conseil de la FME ou même de certains de ses membres, délégués par la Confédération ou l'EPFL, du seul fait de la présence, parmi les soumissionnaires, du fils d'un enseignant de cette dernière haute école (sur ce type de question, v. Benjamin Schindler, *Die Befangenheit der Verwaltung*, thèse Zürich 2002; v. aussi, un exemple en matière de marchés publics : JAAC 64.30). Peu importe encore, à cet égard, que la lettre d'accompagnement de l'offre de l'adjudicataire ait rappelé ce lien de parenté; la participation du professeur Natterer à la préparation de l'offre ne conduit pas non plus à un autre résultat. Dans ce contexte, on peut citer encore la règle de l'art. 18 al. 1 RMP; celle-ci prévoit que les membres des autorités adjudicatrices, qui participent à la préparation et à l'élaboration des documents d'adjudication ou aux procédures de passation des marchés publics, ne peuvent présenter d'offres (elle est précédée de la note marginale " Incompatibilités "). En d'autres termes, cette disposition empêche la personne qui prend part d'une manière ou d'une autre à la procédure de passation pour un marché donné de soumissionner dans ce cadre. Il en irait ainsi, par exemple, de l'entrepreneur, membre d'une commission communale chargée de l'adjudication de travaux, lequel ne peut présenter une offre, ni même le faire conjointement avec une autre entreprise. On ne se trouve toutefois pas en présence d'un cas de ce type en l'espèce dans la mesure où le professeur Natterer n'a nullement pris part à la procédure d'adjudication; en outre, il s'est borné à fournir des calculs destinés apparemment à l'entreprise sous-traitante. Il en découle que la relation étroite visée à l'art. 18 al. 1 RMP entre un membre de l'autorité adjudicataire et un soumissionnaire, voire même l'identité de ces deux personnes est loin d'être réalisée en l'occurrence, de sorte que l'offre présentée par l'adjudicataire n'avait nullement à être exclue pour ce motif. c) La recourante soutient par ailleurs que l'offre présentée par l'adjudicataire n'était pas complète, cela à divers égards. L'offre en question, non conforme aux documents d'appel d'offres, aurait néanmoins été complétée dans la suite de la procédure d'évaluation. On verra plus loin de manière plus approfondie la question de la modification éventuelle de l'offre de base, après le dépôt des offres (ci-dessous considérant 3). On relèvera ici que l'art. 33 al. 1 lettre k RMP prévoit l'exclusion d'une offre qui n'est pas conforme aux prescriptions et conditions fixées dans les documents d'appel d'offres. Il reste que les défauts d'une offre déterminée peuvent porter sur des points plus ou moins importants pour le marché en cause; cela étant, la jurisprudence a retenu que l'entité adjudicatrice dispose d'une certaine liberté d'appréciation s'agissant de la validité formelle d'une offre, en ce sens qu'elle pouvait adopter une plus ou moins grande sévérité dans l'application de la disposition précitée, pour autant qu'elle retienne la même rigueur, respectivement la même flexibilité à l'égard des différents soumissionnaires (v. à ce sujet TA, arrêt du 22 juin 2001, GE 2001/0032). Lors de

l'audience, les représentants de la FME ont indiqué être déçus dans un premier temps par la qualité des dossiers présentés, compte tenu des exigences qui avaient été posées. Cela étant, elle a néanmoins estimé pouvoir continuer la procédure sur la base des offres déposées, moyennant à tout le moins des compléments d'information; en particulier, elle a jugé admissible, dans un appel d'offres pouvant être qualifié de "fonctionnel" que les entreprises concurrentes ne présentent pas d'emblée l'ensemble de leurs données. Au demeurant, la recourante, si elle critique la teneur de l'offre de l'adjudicataire, ne demande pas que celle-ci soit exclue pour des motifs formels; en d'autres termes, elle admet que la fondation intimée n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en ne rendant pas à cet égard une décision d'exclusion. La recourante insiste en revanche sur le fait que, dans le processus qui a suivi, la fondation se serait comportée de manière discriminatoire à son égard, favorisant au contraire sa partie adverse, qu'il s'agisse des compléments demandés aux concurrents ou encore de la notation; cet aspect sera donc repris plus loin, lors de l'examen des phases en question. A ce stade, il n'est toutefois pas inutile d'évoquer brièvement les principaux points sur lesquels la recourante retient que l'offre de l'adjudicataire serait incomplète. aa) On remarque sur ce point, à titre d'exemple, que le chiffre 214 du descriptif technique (partie faits B/b/cc) comportait une note explicative qui invitait les soumissionnaires à adapter le système qu'ils auraient choisi de manière à respecter les exigences imposées par les normes, recommandations ou encore le permis de construire (sans toutefois demander une démonstration sur ce point); s'agissant en outre de la question de la qualité phonique, l'entreprise devait remettre avec son offre les calculs détaillés des valeurs proposées pour respecter la norme SIA 181 "Protection contre le bruit dans le bâtiment". Estermann AG n'a pas produit avec son offre de documents établissant le respect des normes, pas même pour les aspects phoniques. S'agissant de la recourante, à lire le rapport présenté par cette dernière, la norme n'est pas satisfaite intégralement, voire elle l'est, mais avec la mention "limite". Face à une telle situation, on aurait pu imaginer, à première vue, que l'entité adjudicatrice retienne que ni l'une, ni l'autre offre n'était formellement satisfaisante et les exclue dès lors de la suite du marché. Elle a cependant préféré poursuivre la procédure, notamment avec ces deux candidats, ce qui, on l'a vu, n'est pas formellement critiqué par la recourante, ni n'apparaît critiquable. On remarque toutefois ici que les deux entreprises ont compris les exigences de l'appel d'offres de manière différente s'agissant du problème phonique. La recourante, tout d'abord, a retenu une approche comparable à celle suivie pour des hôtels; autrement dit, chaque chambre d'étudiant a été considérée comme un logement en soi, de sorte que la norme SIA 181 devait être respectée pour chacune d'elle. A vrai dire, selon le rapport phonique joint à l'offre de la recourante, cet objectif était atteint dans une large mesure, mais il ne l'était pas pour 2 valeurs (une autre valeur étant qualifiée de "limite"). De surcroît, la solution "béton", retenue par elle permettait effectivement plus aisément le respect de cette norme s'agissant des séparations entre les différentes chambres. L'adjudicataire, en revanche, a considéré que la norme SIA 181 devait être respectée pour chaque appartement, mais que tel n'était pas le cas à l'intérieur de ceux-ci; l'isolation phonique des chambres elles-mêmes, par exemple par rapport à l'espace commun de chaque appartement, n'était en revanche pas conforme à la norme SIA 181, si les chambres étaient considérées comme l'unité de logement à prendre en compte. Au demeurant, en l'absence d'un rapport sur ces aspects acoustiques, comportant les calculs d'isolation, la fondation intimée n'a pas été en mesure de constater d'emblée comment l'adjudicataire avait appréhendé ce problème-là. Tel n'a été le cas qu'ultérieurement, courant mars 2003, alors que le processus d'évaluation des offres était déjà fort avancé (cela a d'ailleurs amené

l'autorité intimée à demander des compléments à l'adjudicataire; ces points seront abordés plus loin, consid. 3 ci-après). bb) L'adjudicataire, s'agissant du poste 285 " Traitement des surfaces intérieures ", n'a pas offert de revêtement type skandatex. Il offrait en effet un système comportant des panneaux de bois peints, type OSB, qu'il jugeait suffisant, cela pour un montant de 90'000 fr. Il a considéré en effet que cette solution était cohérente avec le concept qu'il avait choisi, un revêtement skandatex lui apparaissant comme superflu. Se pose ainsi la question de savoir si l'adjudicataire a interprété correctement les documents d'appel d'offres ou si, au contraire, tel n'a pas été le cas, de sorte que son offre ne serait pas conforme sur ce point aux documents d'appel d'offres. Compte tenu de la souplesse accordée aux soumissionnaires dans la formulation de leurs offres, en fonction du concept choisi, l'approche de l'adjudicataire apparaît encore acceptable (la recourante n'y voit d'ailleurs pas un motif d'exclusion de cette offre au sens de l'art. 33 al. 1 lit. k RMP; néanmoins, le maître de l'ouvrage, à la suite de la visite du prototype, a jugé nécessaire le revêtement type "skandatex", ce qui l'a amené à demander à l'adjudicataire cette prestation en plus-value; on y reviendra donc ci-après au considérant 3). cc) Par ailleurs, l'offre de l'adjudicataire comportait diverses références. A ces éléments initiaux en ont été ajoutés d'autres en annexe à un envoi du 26 février 2003, ce que critique la recourante. Force est à cet égard de relever que, là encore, le dossier de l'adjudicataire ne pouvait pas être écarté d'emblée, faute de références suffisantes. Demeure en revanche la question de savoir dans quelle mesure les nouvelles références produites par la suite ont été prises en compte par la fondation intimée, notamment dans le cadre de la notation des deux offres. dd) L'entité adjudicatrice a invité les soumissionnaires ici en cause à compléter leur dossier tout au long de la procédure d'évaluation des offres; à cet effet, elle leur a imparti des délais uniformes; l'un et l'autre, à un certain moment, n'ont pas respecté ces délais. On a déjà évoqué plus haut le fait que l'adjudicataire n'avait pas produit de rapport sur les problèmes phoniques avec son offre; par la suite, on aurait pu comprendre également le courrier électronique du 21 février 2003 aux soumissionnaires, en ce sens que ces derniers devaient apporter les preuves du respect des normes, en particulier s'agissant du volet acoustique (notamment en présentant des calculs; le délai initialement fixé au 25 février au soir, a été reporté au 27 février à 10 heures); à l'échéance de ce délai toutefois, l'adjudicataire n'avait pas fourni de rapport acoustique (tel n'a été le cas que dans un envoi du 7 mars 2002). Pour sa part, la recourante, qui aurait dû produire des réponses à un questionnaire complémentaire pour le vendredi 7 mars à 18 heures, ne l'a fait que par une télécopie intervenue environ une demi-heure plus tard. On ne saurait toutefois faire grief ici à l'autorité intimée d'avoir adopté à cet égard une position dépourvue du formalisme minimum, même si la solution inverse eût été admissible. La souplesse a au demeurant joué dans les deux sens; dans l'exemple qui précède, celle-ci paraît cependant avoir profité dans une plus large mesure à l'adjudicataire qu'à la recourante. Il n'est toutefois pas possible d'en conclure en l'état à un traitement discriminatoire de cette dernière. ee) On se souvient par ailleurs que la recourante, dans un courrier électronique du 21 mars 2003, s'est adressée à FME en lui laissant entendre que, si cela pouvait influencer sur le succès de son offre, elle était prête à réexaminer son prix; en d'autres termes, elle indiquait envisager l'ouverture de négociations sur le prix, malgré la règle de l'art. 36 RMP, que l'on examinera d'ailleurs plus loin. Il reste que cette démarche, malgré les critiques de l'entreprise adjudicataire à ce sujet, ne constituent pas encore en soi un motif d'exclusion de la recourante (sur les motifs d'exclusion, voir art. 33 RMP, qui ne mentionne pas un cas de ce genre). 3. a) Selon l'art. 31 RMP, l'offre doit être faite par écrit et, remise sous pli fermé, parvenir complète dans le délai fixé au service

mentionné dans l'appel d'offres; elle ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai, sous réserve de l'art. 35 (recte 34 RMP). L'art. 36 RMP (qui confirme les articles 6 lettre c LVMP et 11 lettre c AIMP, lesquels évoquent le principe de la "renonciation à des rounds de négociation") pose la règle de l'interdiction des négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires "sur les prix, les remises de prix et modifications des prestations". Les négociations doivent cependant être distinguées de la procédure d'épuration, puis d'évaluation des offres. L'épuration des offres a pour objectif de les rendre comparables les unes aux autres, ce qui implique parfois que les soumissionnaires fournissent des explications écrites ou orales (ces dernières doivent alors être transcrites) à l'adjudicateur. C'est également dans cette phase que peut intervenir la correction d'erreurs évidentes, telles des erreurs de calcul ou d'écriture (sur tous ces points, v. art. 34 et 35 RMP). Dans le souci d'être complet, on peut mentionner encore quelques règles qui ont trait à l'adjudication de gré à gré de marchés complémentaires; il s'agit donc de l'hypothèse où l'adjudication du marché de base a déjà eu lieu et où de nouvelles prestations sont convenues après coup. On pense ici aux règles de l'art. 8 lettres e, f et h RMP (pour un cas d'application, voir TA, GE 2000/0165). Se pose également la question de savoir si, outre le marché de base, l'entité adjudicatrice a ou non la faculté d'attribuer un marché complémentaire sur la base de la clause-bagatelle de l'art. 5 RMP. Pour le surplus, la jurisprudence du Tribunal administratif n'est pas extrêmement abondante sur la question ici litigieuse. Il a toutefois admis que l'entité adjudicatrice, qui aurait reçu par hypothèse exclusivement des offres incomplètes, avait le choix soit de renouveler l'appel d'offres, soit de préférer une procédure en complément des offres (GE 2001/0074, consid. 1 lettre c). De manière plus générale, on constatera que la jurisprudence d'autres cantons, voir celle du Tribunal fédéral ou encore celle des autorités européennes ou étrangères est extrêmement rigoureuse sur la question de l'intangibilité des offres après l'échéance fixée pour leur dépôt (s'agissant de la jurisprudence cantonale, voir Galli/Moser/Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zürich 2003, p. 153 ss; pour la jurisprudence du Tribunal fédéral, voir Hubert Stöckli, *Bundesgericht und Vergaberecht*, DC 2002, 3ss spéc. p. 9 ss; sur la pratique de la Commission fédérale de recours, v. Galli et al., p. 149 ss et JAAC 66.86 consid. 5; s'agissant enfin de la jurisprudence européenne - notamment l'affaire dite des "Bus Wallons" arrêt de la Cour de justice des Communautés Européennes du 25 avril 1996, affaire 87/94 -, voir Maurice Flamme, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, tome 1A, Bruxelles, 6ème éd. 1996-1997, ainsi que Hans Joachim Priess, *Handbuch des europäischen Vergaberechts*, Cologne, 2e éd. 2001, p. 129 s.; sur la jurisprudence belge, voir Maurice Flamme, op. cit., p. 310-314, 948-951, 1014-1016, 1078-1082; pour le droit allemand, v. Arnold Boesen, *Vergaberecht*, Bonn 2000, p. 268, No 28 ad § 101 GWB). On réservera cependant encore le cas particulier des appels d'offres "fonctionnels" (v. ci-dessus lit. c). b) La doctrine ouvre quelques pistes en vue de l'assouplissement d'un régime qui apparaît à cet égard extrêmement rigide. Il faut cependant distinguer ici diverses catégories d'hypothèses. La première concerne des modifications du projet, voir des offres elles-mêmes avant le délai fixé pour leur dépôt. Il n'y a pas d'obstacle à une modification du projet, pour autant que celui-ci soit annoncé à l'ensemble des soumissionnaires et que le délai pour le dépôt des offres soit, si nécessaire, adapté en conséquence (v. sur ce point Stöckli op. cit. p. 10; sur la question au contraire de la modification de l'offre elle-même, voir, à titre d'exemple la solution belge, Maurice Flamme et al. p. 948 ss). La seconde catégorie d'hypothèses concerne une modification postérieure à l'ouverture des offres. L'auteur précité (Stöckli, *ibid.*), plus souple que le Tribunal fédéral,

estime possible une modification du projet pour autant qu'un certain nombre de conditions soient remplies. Il faut à cet égard tout d'abord que les soumissionnaires, dont les offres ont été prises en considération dans le processus d'évaluation, soient tous informés de ce changement de manière non discriminatoire; il doivent en outre disposer du temps nécessaire pour recalculer l'intégralité de leur offre, dans la mesure où la modification du projet est en effet de nature à modifier l'équilibre économique de celle-ci. Un tel procédé est cependant de nature à entraîner des abus, de sorte que les soumissionnaires concernés devraient être invités à donner leur accord à cette procédure complémentaire. Pour l'auteur précité cependant, il va de soi qu'une telle modification du projet ne peut porter que sur des éléments d'importance secondaire; dans le cas contraire, un nouvel appel d'offres s'impose. On trouve des remarques similaires chez d'autres auteurs (v. à ce sujet Zufferey/Maillard/Michel, op. cit. p. 111 s. et 122 ss). Ces derniers insistent sur le fait que le droit des marchés publics est beaucoup moins souple que le droit des contrats s'agissant d'une modification de projet; la plupart du temps, une nouvelle procédure d'appel d'offres sera nécessaire. Toutefois (p. 111 in fine) : "L'adjudicateur ne pourra se contenter d'une offre modifiée ou supplémentaire de la part des soumissionnaires annoncés que s'il serait disproportionné d'exiger une nouvelle procédure de soumission complète ou s'il a pris soin d'annoncer à titre préventif dans son appel d'offres initial la possibilité que des modifications de programme limitées interviennent. Dans ces hypothèses, l'adjudicateur prendra soin de traiter tous les soumissionnaires sur un pied d'égalité, en particulier en communiquant les mêmes renseignements supplémentaires à tous et suffisamment tôt afin qu'ils puissent en tenir compte dans leur offre. Au besoin il en prolongera le délai." Par ailleurs, selon les mêmes auteurs, l'interdiction des négociations n'empêche pas l'épuration des offres, ni l'organisation de discussions plus approfondies avec certains soumissionnaires qu'ils considèrent comme les meilleurs à l'issue d'une première phase d'évaluation (op. cit., p. 123). Selon eux, il est admissible que l'adjudicateur concentre la procédure sur les candidats qui ont le plus de chances de succès, aussi longtemps que leur sélection se fait sur la base des critères annoncés et dans le respect de la procédure. Par ailleurs et surtout (ibidem) : "L'interdiction des négociations n'empêche pas les discussions destinées à adapter les offres en cas de modifications techniques du marché; c'est alors le principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires qui doit prévaloir". La troisième catégorie d'hypothèses a trait aux compléments apportés au marché après l'adjudication elle-même. Certains auteurs paraissent l'admettre (Zufferey et al. op. cit. p. 123); ils retiennent en effet comme correcte la pratique de discussions intervenant postérieurement à l'adjudication, entre l'adjudicataire et l'entité adjudicatrice; ces dernières doivent cependant rester très limitées et ne porter que sur des points secondaires (v. également à ce propos Maurice Flamme, p. 313 ss, sous le titre de la "Mise au point du contrat", problème traité au demeurant dans la jurisprudence française; v. aussi Galli et al., op. cit., p. 146 ss et Peter Rechsteiner, in DC 2000, 122). c) Les intimées font valoir dans leur duplique (en complément de leur écriture antérieure) que l'appel d'offres ici en cause présentait un caractère fonctionnel, de sorte que, de par cette nature même, il offrait une plus grande liberté à l'entité adjudicatrice dans le processus d'épuration et d'évaluation des offres. aa) La doctrine, suivant à cet égard la pratique, a mis en évidence en effet la notion d'appel d'offres fonctionnel; dans un tel cadre, la prestation requise est décrite dans un programme de prestations qui fournit aux soumissionnaires les valeurs déterminantes à atteindre (il peut s'agir de valeurs techniques, économiques, esthétiques et fonctionnelles); ces valeurs de base doivent être décrites de façon claire et complète. Serait ainsi insuffisant le programme

de prestations qui se contenterait de donner un objectif vague de planification ou de construction (sur ce point, voir Gauch/Stöckli/Dubey, Thèses sur le nouveau droit des marchés publics, Fribourg 1999, No 8.1; voir également Rainer Schumacher, *Die Vergütung im Bauwerkvertrag*, Fribourg 1998, No 55). Ce type de soumission, à l'étranger, constitue déjà un moyen fréquemment utilisé en matière de prestations de constructions complexes. Elle implique tout d'abord des coûts de planification réduits pour l'adjudicateur; par ailleurs, elle est de nature à accroître la concurrence entre soumissionnaires, amenés ainsi à offrir des prestations innovatrices dans de tels projets. Toutefois, elle accroît les coûts de préparation de l'offre pour ces derniers, ce qui peut induire également une diminution de la concurrence. Enfin, de tels appels d'offres engendrent des difficultés importantes au niveau de la comparaison des dossiers présentés par les soumissionnaires (voir, sur ces différents points, Gauch et al., op. cit., No 8.1, 11.6 et 32.1). Les auteurs qui précèdent (Gauch et al., op. cit., No 32.1) admettent la compatibilité de ce type de soumission avec le droit fédéral des marchés publics, même si la LMP ne lui consacre pas de disposition particulière. La jurisprudence de plusieurs cantons a retenu la même conclusion au regard des droits cantonaux pertinents (ainsi Argovie, AGVE 1998, 414; Zürich BEZ 1999, No 15 = *Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Rechenschaftsbericht an den Kantonsrat* 1999, No 69, p. 156 et 2001 No 46, p. 96 ss; Bâle-Campagne, BLVGE 2001, 166; v. également Galli/Moser/Lang, op. cit., No 212 ss, p. 98 s.). Les commentateurs de l'accord international admettent également la conformité de l'appel d'offres fonctionnel à l'AMP (voir sur ce point Gerhard Kunnert, *WTO-Vergaberecht*, Baden-Baden 1998, p. 240 s.). Cet auteur souligne d'ailleurs que la soumission fonctionnelle est de nature à accroître la concurrence au plan international; au contraire, la méthode du descriptif détaillé est fréquemment utilisée dans un but de discrimination des offreurs externes. Cela étant, le tribunal de céans retient, sur le principe, l'admissibilité de l'appel d'offres fonctionnel au regard du droit des marchés publics, notamment du droit vaudois. bb) La doctrine et la jurisprudence précitées posent toutefois des conditions à l'admissibilité de ce type de soumission. Dans le cas d'espèce, celles-ci sont remplies, puisque le projet présente une certaine ampleur et que le maître de l'ouvrage, dans le souci d'élargir dans toute la mesure possible la concurrence, avait laissé une marge de manoeuvre étendue aux différents soumissionnaires dans le choix de leur concept de base (système modulaire ou non, structure en béton, en bois ou en métal). Cette liberté laissée aux entreprises concurrentes n'est d'ailleurs pas sérieusement mise en doute par la recourante, quand bien même elle conteste, sans trop s'y attarder, l'admissibilité des soumissions fonctionnelles (sur l'exigence de liberté qui doit être laissée aux soumissionnaires dans le cadre d'un tel appel d'offres, v. Matthias Hauser, *Zuschlagskriterien im Submissionsrecht*, PJA 2001, 1405, spéc. 1411). cc) Il reste que de tels appels d'offres soulèvent des difficultés importantes au stade de l'épuration et de l'évaluation des offres. On l'a d'ailleurs déjà signalé s'agissant de la thématique de la comparabilité des différentes offres (la question se pose dans des termes similaires s'agissant des variantes, notamment des variantes dites libres : voir à ce propos arrêt GE 2000/0165, du 17 avril 2001). Cependant, ce type de procédure soulève encore un autre problème : le maître de l'ouvrage, après avoir lancé un tel appel d'offres, est fréquemment amené à préciser ses besoins (en particulier en fonction de nouvelles connaissances sur le plan technique). Ainsi, Gauch/Stöckli/Dubey indiquent que les négociations sont le plus souvent indispensables pour les soumissions à caractère fonctionnel, afin d'éviter tout malentendu et pour garantir une adjudication optimale (op. cit., ch. 20.1; les auteurs traitent dans ce passage du droit fédéral, de sorte que le terme de

"négociations" doit être compris au sens de ce droit; il a sans doute une portée plus large que les "rounds de négociation" prohibés par la législation cantonale; à titre d'exemple de la jurisprudence de la Commission fédérale, v. JAAC 64.62 consid. 3 et références citées) et ils admettent en outre des adaptations de prix résultant d'une modification technique inévitable (ch. 20.4; ils s'inspirent à cet égard d'une règle allemande, qui vise d'ailleurs spécifiquement ce type de soumission; elle autorise en effet une adaptation de l'offre basée sur un programme de prestations, lorsque celle-ci, pour autant qu'elle soit de faible ampleur, est nécessaire en raison de modifications techniques indispensables, ce qui entraîne aussi un ajustement de prix). La jurisprudence paraît en outre admettre que les prestations demandées fassent l'objet après coup - soit après le dépôt des offres - de précisions de la part de l'entité adjudicatrice, mais celles-ci doivent alors être portées à la connaissance de tous les soumissionnaires, la possibilité devant en outre leur être accordée d'adapter leurs offres en conséquence. Le Tribunal administratif du canton d'Argovie a en particulier été confronté à ce type de question (dans l'arrêt précité AGVE 1998 410 ss). A cette occasion, il a opéré une distinction entre une simple adaptation du programme des prestations, destinée à ajuster ce dernier en fonction d'une meilleure connaissance des besoins, et une modification essentielle des prestations demandées; seule cette dernière n'est pas admissible (tel est notamment le cas si la modification du marché conduit en réalité à une réduction ou une distorsion de concurrence ou à tout autre procédé discriminatoire à l'encontre de certains concurrents; p. 410 s.) Dans le cas d'espèce, le jugement retient une modification essentielle du programme des prestations, dès lors qu'il avait été formulé initialement de manière ouverte (il s'agissait de prestations informatiques, les systèmes PC et Mac Intosh étant tous deux admis), mais que, par la suite, le pouvoir adjudicateur avait en quelque sorte transformé celui-ci en un descriptif détaillé (ne comportant en outre plus que des solutions PC; voir aussi sur ce point Galli/Moser/Lang, op. cit., p. 99 in fine, avec références à l'arrêt du TA ZH de 1999 cité plus haut; l'absence de modification essentielle correspond à l'exigence, posée à l'admissibilité de variantes libres, que ces dernières soient conformes aux exigences essentielles de l'appel d'offres : sur ce dernier point, v. TA, GE 2000/0165 précité). Le tribunal de céans adhère à l'opinion émise par Gauch et al., évoquée ci-dessus (la modification découlant de nouvelles exigences techniques ne soulève pas de difficulté majeure); il se rallie également à la jurisprudence de la juridiction administrative argovienne, moyennant le respect de deux conditions supplémentaires, préconisées par Stöckli (op. cit., DC 2002, 10). En substance, le pouvoir adjudicateur peut donc, même après le dépôt des offres, demander des compléments aux différents soumissionnaires sur des points secondaires, lorsque cela s'avère nécessaire au vu d'une connaissance plus précise de ses besoins; il ne peut en revanche pas aller au-delà. Une telle démarche suppose toutefois l'accord exprès de tous les soumissionnaires concernés. Le principe de non-discrimination doit au surplus être respecté avec une rigueur absolue dans ce cadre : cela implique que chacun des concurrents doit être traité de la même manière (par exemple s'agissant des délais qui leur sont fixés; mais le maître de l'ouvrage a en revanche la faculté de poser des questions distinctes aux diverses entreprises concernées : dans ce sens, voir JAAC 62.10.17 consid. 4); en outre, les concurrents intéressés doivent être invités, non pas seulement à chiffrer d'éventuelles plus-values ou moins-values, mais au contraire avoir la possibilité d'effectuer un nouveau calcul complet de leur offre (Stöckli, ibidem; c'est à cette seule condition, selon cet auteur, que l'on peut s'écarter de la jurisprudence extrêmement rigoureuse du Tribunal Fédéral commentée dans sa contribution). Il faut rappeler en effet que, à tout le moins dans le cadre d'une offre à prix forfaitaire, le soumissionnaire calcule

parfois ses marges de manières très diverses sur les positions de l'appel d'offres, mais qu'il n'est lié en définitive que par son prix global; or, si le maître de l'ouvrage y ajoute ou en retranche certaines positions, ce procédé est de nature à modifier l'équilibre économique de l'offre, de sorte que les soumissionnaires doivent avoir la possibilité de s'adapter à cette nouvelle donne. 4.

a) Dans le cas d'espèce, l'autorité intimée a suivi une procédure complexe pour évaluer les différentes offres en concurrence. Dans ce cadre, elle a invité à plusieurs reprises les soumissionnaires à compléter leur dossier, soit par des documents supplémentaires, soit par des calculs à caractère technique, en relation avec le respect des normes, soit enfin par des propositions de plus-values ou de moins-values, en relation avec des ajustements des prestations offertes. Elle explique à ce propos qu'il s'agissait d'un appel d'offres fonctionnel, comportant plutôt un programme qu'un véritable descriptif des prestations à offrir; en d'autres termes, l'offre des différents concurrents, présentée de manière globale, devait être vérifiée de manière approfondie, puis testée sur différents aspects, de manière à s'assurer de l'équivalence des services fournis par les entreprises en concurrence. aa) Dans un tel processus, il apparaît dans tous les cas admissible que le soumissionnaire soit amené à fournir des précisions, cas échéant importantes, sur certaines positions qui n'auraient fait l'objet, dans le cadre de l'offre, que d'une présentation générale. Tel est le cas ici, en particulier, des rapports techniques complémentaires fournis par les différents soumissionnaires, ainsi que des plans fournis par ceux-ci sur des détails de construction. Un tel procédé s'inscrit de toute façon dans le régime de l'art. 35 RMP. bb) La question est en revanche beaucoup plus problématique s'agissant des différentes options retenues par le maître de l'ouvrage postérieurement au dépôt des offres. Sur ce terrain, la recourante estime précisément avoir fait l'objet d'un traitement discriminatoire, cela dans le cadre d'une procédure peu claire, qui ne lui avait pas été annoncée préalablement. Elle critique ainsi les phases successives d'évaluation (pour elle, rien ne laissait prévoir les quatre tours du processus d'évaluation). De surcroît et surtout, l'adjudicataire s'est trouvée favorisée dans ce cadre, dans la mesure où, à l'ouverture des offres, elle savait qu'elle était assez largement en tête au niveau des prix; dès lors, à l'occasion des compléments demandés par la suite par la fondation intimée, elle disposait d'une assez large marge de manoeuvre par rapport à ses concurrentes. S'agissant par ailleurs d'une manipulation possible des prix, l'adjudicataire fait cependant valoir quelques arguments pour la réfuter. Tout d'abord le prix indiqué dans le procès-verbal d'ouverture des offres, pour ce qui la concernait, était celui de la variante à deux étages pour les immeubles C1, C2 et C3; le prix déterminant, soit celui de la variante principale était plus élevé et se montait à 12'423'281 fr. Par ailleurs, le maître de l'ouvrage a d'emblée écarté le lot ameublement, pour faciliter la comparabilité des offres; or, les concurrents ignoraient la réduction de prix correspondant à cette position. Dès lors, pour elle, la procédure liée au complément demandé par le maître de l'ouvrage permettait encore le jeu de la concurrence. Il reste que l'adjudicataire a relevé, au cours de l'audience, qu'elle avait pris le risque, le 24 février 2003, de réaliser le prototype, avant même d'être avisée du choix du pouvoir adjudicateur, parce qu'elle se savait être le mieux-offrant à l'ouverture des soumissions. aaa) Il ressortait des documents d'appel d'offres que la procédure d'évaluation allait se dérouler en deux phases (voir ch. IX du descriptif; en effet, ce n'était que dans une phase ultérieure que la fondation serait amenée à demander la réalisation d'un prototype). Pour la recourante, cependant, il ne devait pas y avoir plus de deux phases, alors que les intimées soutiennent que le descriptif impliquait deux phases au moins, sans en exclure d'autres; pour eux, cette liberté du maître de l'ouvrage dans l'aménagement de la procédure serait inhérente aux

appels d'offres fonctionnels. A cet égard, force est de relever que, dans un tel type de soumission, le maître de l'ouvrage ne peut pas prévoir à l'avance de quelle manière ses besoins vont peu à peu prendre une forme plus précise, de sorte que la position des intimés paraît devoir être admise. Toutefois, un tel processus recèle certains risques de manipulation (dans ce sens, Stöckli, op. cit., DC 2002, 10); en conséquence, selon cet auteur, il est nécessaire que les soumissionnaires donnent leur accord à cette manière de procéder. L'acceptation des intéressés pourrait résulter du fait que ce processus est prévu expressément dans les documents d'appel d'offres. Mais on a vu que tel n'était pas le cas; tout au plus lit-on dans les documents d'appel d'offres, plus précisément dans les " Conditions générales de l'architecte ", chiffre III : "La DT (Direction des travaux) a le droit d'augmenter ou de diminuer en tout temps les quantités portées dans la série de prix, de supprimer certains postes, voire d'apporter aux plans et conditions d'exécution toute modification et adjonction qu'elle estime nécessaire." Pour le surplus, le maître de l'ouvrage a demandé aux différents soumissionnaires encore en lice dans les différentes phases successives des compléments, impliquant le plus souvent des plus-values (mais parfois également des moins-values), sans interpeller au préalable les intéressés pour s'assurer qu'ils acceptaient cette manière de faire. Les soumissionnaires interpellés n'ont au demeurant pas protesté. bbb) On peut dès lors se demander si les entreprises intéressées ont donné leur accord à ces différentes phases d'adaptation des offres. Un tel accord, s'il a véritablement été délivré, n'a guère pu l'être que tacitement, ce qui est insuffisant pour l'auteur précité. D'un autre côté, on doit relever que la recourante, qui a été invitée comme son adversaire à déposer des compléments, a accepté de le faire; ce processus était d'ailleurs à son avantage puisqu'elle était moins bien placée que sa concurrente lors de l'ouverture des offres. On pourrait dès lors lui reprocher une attitude contradictoire, voire contraire à la bonne foi dans le fait d'entrer en matière dans un premier temps sur les demandes de compléments qui lui ont été adressées puis, ultérieurement, de contester cette procédure dans le cadre du recours, une fois connue l'issue défavorable pour elle du marché. On laissera toutefois cette question ouverte au vu des considérations qui suivent. ccc) Par ailleurs, les soumissionnaires devraient être en mesure, toujours selon cet auteur, non seulement de calculer la plus-value liée au complément demandé, mais encore avoir la possibilité et le temps nécessaire de recalculer l'ensemble de l'offre. Cette faculté n'a clairement pas été accordée aux concurrents en l'espèce. Une telle manière de faire était de nature à fausser le marché. En effet, quoi qu'en dise l'adjudicataire, cette dernière savait qu'elle avait déposé l'offre présentant le prix le plus bas. En conséquence, dans la mesure où la fondation intimée ne demandait aux entreprises encore en lice que des compléments impliquant des plus-values ou des moins-values, l'adjudicataire pouvait retenir dans ce cadre des prix confortables pour ses positions complémentaires, alors que la recourante était en quelque sorte contrainte d'offrir des prix extrêmement bas. Le tableau établi le 17 juin 2003 par le mandataire de l'intimée confirme d'ailleurs cette hypothèse par des chiffres concrets. Pour chacune des options offertes par l'une et l'autre entreprise, les prix énoncés par l'adjudicataire sont en effet plus élevés que ceux de la recourante. Ce constat tend à montrer que le processus retenu ici ne permet pas une concurrence régulière entre les entreprises en lice, comme le suggère Stöckli (on ne reprendra d'ailleurs pas cette critique générale dans l'analyse, effectuée ci-après, de ces différentes options). cc) Au cours de l'instruction, le tribunal a examiné tour à tour les différents postes sur lesquels la fondation intimée a demandé des compléments soit à l'adjudicataire seul, soit aux deux entreprises en lice. Force est de relever ici que, l'ensemble des prestations complémentaires demandées aboutit à des

montants importants (soit des plus-values de l'ordre de 1,4 millions de francs chez l'adjudicataire). On ne saurait toutefois en conclure d'emblée à une modification du programme initial sur des points essentiels. On rappelle à cet égard que la clause bagatelle peut atteindre, à teneur de l'art. 5 al. 1 RMP, un montant de 2 millions de francs ou 20% de la valeur totale de l'ouvrage; ni l'un, ni l'autre de ces seuils ne sont en l'occurrence dépassés. Par ailleurs, les compléments demandés ne paraissent pas modifier de manière fondamentale la nature de l'offre, ni entraîner, sous réserve de l'examen qui va suivre, une distorsion de concurrence. aaa) S'agissant des façades, l'adjudicataire avait proposé initialement la formule de panneaux composites avec plaquage en bois naturel Prodema; la recourante, pour sa part, avait proposé des panneaux en bois reconstitué. Par la suite, le maître de l'ouvrage a estimé judicieux de demander une offre complémentaire aux deux entreprises portant sur des façades en bois; l'adjudicataire a alors proposé une solution Prodema, alors que la recourante a offert une solution meilleur marché. Le processus a été similaire s'agissant des fenêtres. Alors que les deux entreprises avaient proposé des fenêtres en PVC, le maître de l'ouvrage leur a demandé un complément d'offre portant sur des fenêtres en bois peint. De même encore, le maître de l'ouvrage a invité l'une et l'autre des entreprises concurrentes à présenter une offre complémentaire, s'agissant de la rétention d'eau en toiture. Sur le principe, la démarche de la fondation intimée n'apparaît pas critiquable, ce d'autant que les documents d'appel d'offres la rendaient vraisemblable. S'agissant des fenêtres, par exemple, le chiffre 221 du descriptif invitait, dans la mesure du possible, les soumissionnaires à proposer des variantes, " cela afin de permettre au maître de l'ouvrage d'opter pour l'une ou l'autre des propositions " (sur la rétention d'eau, v. descriptif ch. 214.1, qui évoquait cet aspect en variante). En outre, les compléments demandés portent sur des aspects secondaires ou, plus exactement, des points revêtant une pertinence sur le point esthétique, pour lesquels il apparaît assez naturel de laisser au maître de l'ouvrage une possibilité de choix, postérieurement à la rédaction des documents d'appel d'offres. On constate cependant, dans la ligne des critiques formulées par la recourante, que l'adjudicataire a déposé une offre complémentaire pour ces trois positions avec un prix nettement plus élevé que celui de la recourante. bbb) S'agissant des cages d'escaliers, l'offre initiale de l'adjudicataire prévoyait que celles-ci seraient réalisées en béton massif, à couler sur place. Le maître de l'ouvrage, en relation avec le postulat du caractère démontable de l'ouvrage, lui a demandé un complément pour une solution comportant une cage d'escaliers préfabriquée. Ce problème, en revanche, ne se posait pas pour la recourante; la cage d'escalier était en effet comprise dans les modules à monter sur le site. Le maître de l'ouvrage a demandé également divers compléments à l'adjudicataire (mais non pas, à nouveau, à la recourante, pour laquelle la question ne se posait pas) pour les chapes. L'offre de l'adjudicataire prévoyait en effet la réalisation d'une chape coulée, laquelle n'apparaissait pas idéale au maître de l'ouvrage au regard du critère de développement durable (ou ici du caractère démontable de cette partie de l'ouvrage). En définitive, le maître de l'ouvrage s'est rabattu néanmoins sur la solution initialement prévue (chapes coulées). On observe ici que le maître de l'ouvrage ne s'est adressé qu'à un seul des deux concurrents et non aux deux. En substance, le maître de l'ouvrage, ayant constaté une faiblesse de l'offre de l'un des soumissionnaires concernés s'agissant du caractère démontable ou non de l'ouvrage, a invité celui-ci à présenter un complément, propre à améliorer cette offre au regard du critère du développement durable. Or, selon la jurisprudence, il est douteux que le pouvoir adjudicataire puisse, sans risquer de violer le principe de non discrimination, mettre en évidence les faiblesses d'une offre et susciter lui-même les conditions permettant au

soumissionnaire d'en améliorer le contenu. Une telle intervention directe du maître de l'ouvrage s'apparente sans doute à une négociation prohibée (v. arrêt TA, GE 2001/0074, du 12 décembre 2001). ccc) L'adjudicataire a proposé dans son offre initiale un radier en béton armé; cependant, compte tenu de l'instabilité du sol, qui n'était pas mentionnée dans le cahier des charges, la solution choisie par l'adjudicataire aurait nécessité la pose coûteuse de pieux en béton. Compte tenu du parti retenu au contraire par la recourante, ce problème ne se posait pas pour elle. Quoi qu'il en soit, le maître de l'ouvrage a estimé nécessaire de demander en complément à l'adjudicataire une autre solution, soit celle d'un plancher en bois. La démarche du maître de l'ouvrage n'apparaît ici pas critiquable, sinon dans le fait que les documents d'appel d'offres auraient dû contenir les précisions nécessaires au sujet de la nature du sol (une telle solution entre dans les hypothèses d'adaptations de l'offre approuvée par Gauch et al., op. cit., ch. 20.4); eu égard à cette imprécision, force lui était de demander un complément à l'adjudicataire, ne serait-ce que pour assurer une concurrence correcte entre les deux entreprises concernées. Il ne s'agit d'ailleurs pas là d'un élément essentiel de l'ouvrage. ddd) S'agissant du volet " Isolation phonique ", on a déjà relevé plus haut quelques éléments au niveau de la procédure suivie (consid. 2 c/aa); de même, on a pu constater que les offres des deux entreprises en lice reposaient sur des interprétations différentes des documents d'appel d'offres. Quoi qu'il en soit, le maître de l'ouvrage, après avoir pris connaissance de l'approche retenue par l'adjudicataire (respect des normes en prenant en compte comme unité de base les appartements et non chaque chambre d'étudiant), a estimé que l'offre était insuffisante sous cet angle. Ce constat l'a conduit à demander des compléments à cette entreprise aussi bien s'agissant de l'isolation phonique entre chambres (parois) que s'agissant des portes elles-mêmes; les compléments proposés par l'adjudicataire portent ainsi sur des plus-values de quelque 500'000 fr. (406'800 fr. " phonique entre chambres " et 103'500 fr. " portes de chambres phoniques "). Le maître de l'ouvrage n'a pas adressé de demande similaire à la recourante. Il est vrai que, s'agissant de l'isolation phonique entre chambres, son offre de base respectait déjà le standard souhaité par le maître de l'ouvrage; on pourrait ainsi, à l'extrême rigueur, admettre que l'on se trouve ici en présence d'une adaptation de la prestation de l'adjudicataire découlant d'une exigence technique qui n'était pas formulée de manière suffisamment précise dans l'appel d'offres (le procédé pourrait donc être considéré comme correct en suivant l'avis de Gauch et al., op. cit., ch. 20.4, compris de manière assez large). S'agissant en revanche des exigences portant sur les qualités d'isolation phonique des portes des chambres, le maître de l'ouvrage aurait dû demander des compléments à l'une et l'autre des entreprises et non pas seulement à l'adjudicataire. Ce faisant, il a procédé de manière discriminatoire à l'égard de la recourante. eee) La solution choisie par l'adjudicataire au titre du traitement des surfaces intérieures soulève une question similaire. Son offre n'incluait pas, en effet, de revêtement type skandatex. Le maître de l'ouvrage paraît avoir considéré que la solution proposée en remplacement (panneaux de bois peint OSB) relevait encore d'une interprétation admissible du programme; il a donc opté pour une prestation de qualité supérieure et demandé par conséquent en complément le revêtement skandatex (plus résistant et ainsi mieux adapté à des logements pour étudiants); ce faisant, le maître de l'ouvrage a admis une plus-value non négligeable, pour un montant de 226'000 fr. La recourante, en revanche avait offert d'emblée cette prestation, en suivant, selon elle, une interprétation plus fidèle du descriptif. A cet égard, le tribunal retient que le chiffre 285 du descriptif, même s'il réservait le concept retenu par l'entreprise soumissionnaire, indiquait néanmoins de manière suffisamment précise que le maître de l'ouvrage exigeait un revêtement mural type skandatex pour les

surfaces intérieures des logements. C'est donc à tort que l'adjudicataire a cru pouvoir offrir un traitement des surfaces intérieures ne répondant pas à cette condition. Pour sa part, la fondation intimée a adopté une attitude propre à entraîner une distorsion de concurrence à l'égard de la recourante en admettant que l'adjudicataire pouvait offrir des revêtements skandatex en plus-value dans le cadre de la procédure d'adaptation des offres. fff) Seule l'offre de l'adjudicataire posait quelques difficultés en matière de protection contre l'incendie (non pas s'agissant des façades, l'offre de base ayant bien été modifiée conformément aux exigences formulées par l'ECA peu avant le dépôt de l'offre; voir pièce 4 de l'adjudicataire). En revanche, le revêtement bois choisi pour l'intérieur des appartements nécessitait la pose d'extincteurs (installations Sprinkler, lesquels étaient apparents dans l'offre de base). Le maître de l'ouvrage, lors de l'examen des offres, a estimé plus judicieux que ces installations soient masquées; cette solution apparaissait préférable dans des logements pour étudiants pour prévenir des dommages à ces extincteurs, ainsi que pour des motifs esthétiques. Un complément a en outre dû être prévu pour assurer la liaison électrique avec ces extincteurs. La démarche suivie ici par le maître de l'ouvrage apparaît correcte. Certes, elle ne s'adressait qu'à l'adjudicataire; mais cela résultait de motifs évidents, seul ce dernier ayant prévu ce type d'installation, dont la nature particulière soulevait seule des difficultés spécifiques. Le complément demandé ici ne porte au surplus pas sur un élément essentiel. ggg) Dans l'ensemble, les démarches du maître de l'ouvrage (ci-dessus aaa à fff) paraissent dans une large mesure admissibles. Elles étaient tantôt engagées en parallèle auprès de l'une et l'autre entreprises (lettre aaa ci-dessus), tantôt elles ne visaient que l'adjudicataire, en raison de la nature particulière de son offre (lettre fff). Cette approche apparaît en revanche discutable lorsqu'elle met en évidence une prestation de qualité plus faible chez la seule adjudicataire en lui permettant, dans le cadre d'un complément, d'offrir un service amélioré (lettre bbb). Apparaît également comme critiquable l'invitation adressée à l'adjudicataire, mais non à la recourante, d'améliorer sa prestation s'agissant de la qualité phonique des portes ou le traitement des surfaces intérieures (ci-dessus lettres ddd et eee). dd) D'autres éléments encore semblent indiquer une discrimination à l'égard de la recourante, soit notamment les séances tenues avec l'adjudicataire uniquement les 17 et 25 mars 2003 (au cours de celles-ci, les prestations, ainsi que les prix correspondant, liés au complément, ont en effet pu faire l'objet de discussions, voire de négociations). La recourante voit également une discrimination en relation avec la réalisation du prototype. Pour elle, le maître de l'ouvrage a - implicitement peut-être - donné son aval le 24 février 2003 déjà au démarrage de la construction du prototype par l'adjudicataire alors que le maître de l'ouvrage ne lui a accordé son feu vert à cet effet que le 27 février suivant. Or, le prototype a pesé d'un certain poids dans la notation finale, de sorte que l'avance dont a bénéficié l'adjudicataire n'est pas resté sans incidence sur l'issue de la procédure. Pour sa part, le maître de l'ouvrage indique qu'il n'a pas donné d'indications à ce sujet avant le 27 février à l'un comme à l'autre candidats; tout au plus l'adjudicataire a-t-il pris le risque de se lancer dans cette réalisation dès le 24 février déjà, sans être assuré que cela lui serait demandé. Sur ce point précis, le tribunal estime que les éléments révélés par l'instruction ne permettent pas d'établir une discrimination. b) Les considérations qui précèdent mettent en évidence diverses violations, sinon du principe de transparence (en ce sens que la procédure en plusieurs phases n'avait pas été clairement annoncée, voire acceptée expressément par les concurrents), du moins du principe de non-discrimination, voire des distorsions de concurrence. On pense tout d'abord ici au fait que, dans la procédure qui a conduit le maître de l'ouvrage à retenir diverses options par

rapport à l'offre de base de l'adjudicataire, les entreprises en concurrence n'ont eu la faculté que de chiffrer leurs plus-values et non pas de recalculer l'ensemble de leur offre. Des procédés discriminatoires ont également été mis en évidence en relation, à tout le moins, avec la cage d'escaliers préfabriquée (voire les chapes de l'adjudicataire), l'isolation phonique des portes ou encore le revêtement skandatex. Les deux séances tenues les 17 et 25 mars 2003 avec l'adjudicataire exclusivement n'échappent sans doute pas non plus à la critique. c) Selon la jurisprudence (v. à titre d'exemple TA GE 2003/0039 du 4 juillet 2003 et réf. citées), le Tribunal administratif renonce à annuler une adjudication en présence de violations de règles de la procédure, lorsqu'il est démontré que celles-ci n'ont pas eu d'incidence sur le résultat final du marché; la preuve de cette absence d'influence, qui incombe à l'entité adjudicatrice, n'a en l'occurrence pas été rapportée. En effet, la modification des offres, au cours de la procédure d'adaptation de celles-ci, a été prise en compte à chaque étape pour leur notation. A cet égard, on observe que, sous la rubrique " Avantages ", l'adjudicataire obtenait, à l'ouverture des offres, 109 points contre 110 points pour la recourante (sur un total de 141 points, respectivement 134 points; l'écart était donc creusé grâce au critère du prix). Par la suite, soit compte tenu d'un certain nombre de modifications, l'offre de l'adjudicataire a passé à 115 points au titre des " Avantages " contre 111 à la recourante (pour un total de 139 points, respectivement 135 points, au final). Ce résultat prenait en compte une note désormais identique s'agissant du critère du prix pour les deux candidats, l'écart étant dès lors assuré désormais par le volet " Avantages ". Ainsi, les compléments apportés à l'offre initiale de l'adjudicataire ont eu pour conséquence d'augmenter le prix de celle-ci, de réduire la note relative à ce critère au même niveau que celui atteint par la recourante, mais d'augmenter en revanche la notation de la qualité de ses prestations. Il n'y a pas lieu, au surplus, d'instruire plus avant cette question, sur laquelle l'autorité intimée n'a pas tenté de véritable démonstration; le rappel de l'évolution de la notation des deux offres fournit plutôt des indices donnant à penser que les vices mis en évidence ci-dessus ont pu jouer un rôle sur l'issue du présent marché. 5. Les considérations qui précèdent conduisent à l'admission du recours, sans qu'il soit nécessaire encore d'examiner les critiques soulevées par la recourante à l'encontre du processus de notation des offres. Cependant, le tribunal, après avoir constaté que la procédure conduite jusqu'ici par la fondation intimée était irrégulière sur plusieurs points, n'est pas en mesure au surplus de déterminer, à l'issue de sa propre instruction, l'offre économiquement la plus favorable. Il doit dès lors se limiter à annuler la décision attaquée sans prononcer l'adjudication. La cause sera au surplus renvoyée à la fondation intimée pour nouvelle décision; celle-ci aura la faculté de reprendre la procédure ab ovo, mais elle pourra également retenir une autre formule, en limitant la suite de la procédure au deux entreprises encore en lice, à savoir la recourante, d'une part, l'adjudicataire, d'autre part (v. dans ce sens arrêts GE 02/0028 du 9 juillet 2002, GE 00/0091 du 4 octobre 2000 et GE 02/0047 du 20 septembre 2002, à titre d'exemples; v. dans le sens, JAAC 62.80, décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 28 avril 1998, cons. 3c; contra toutefois, Vincent Carron et Jacques Fournier, La protection juridique dans la passation des marchés publics, Fribourg 2001, p. 127 et ss, not. 129; v. en outre sur ce point, Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, thèse Fribourg 1997, p. 556). Dans ce cadre, conformément à la conclusion subsidiaire de la recourante, l'entité adjudicatrice devra à tout le moins arrêter de manière définitive les options qu'elle entend retenir, puis demander aux deux soumissionnaires encore concernés une nouvelle offre complète, de nature à leur permettre une recalculation globale de leurs

prix. Vu l'issue du recours, l'émolument d'arrêt doit être mis à la charge des intimées, la part principale devant être assumée par la fondation; il en sera de même des dépens dus à la recourante, qui est intervenue à la procédure par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel (art. 55 LJPA).

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