

## **VD\_OMNI GE.2004.0061 vom 27. Januar 2005**

VD Tribunal cantonal, 2005-01-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2004.0061](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2004.0061)

FR: VD\_OMNI GE.2004.0061 du 27 janvier 2005

IT: VD\_OMNI GE.2004.0061 del 27 gennaio 2005

### **Regeste**

X. \_\_\_\_\_ c/SIGE - Service intercommunal de gestion | Durant la procédure de recours, l'intimée admet partiellement les conclusions de la recourante en ce sens, notamment, que les notes attribuées sont viciées. Toutefois, malgré les vices constatés (ou allégués : partialité du mandataire ayant fixé les notes), le tribunal estime qu'il n'a pas à ordonner la reprise ab ovo de la procédure (ce qui s'apparenterait à un renouvellement au sens de l'art. 42 RMP), mais que l'intimée peut se contenter de reprendre celle-ci dès la phase de la notation des offres.

### **Erwägungen**

#### **E. 35**

al. 2 Cst. n'imposeraient pas l'indépendance et l'impartialité comme maximes d'organisation d'autorités gouvernementales, administratives ou de gestion (ATF 125 I 123 ss, consid. 3 et 125 I 217, consid. 8 ; v. plus généralement Benjamin Schindler, *Die Befangetheit der Verwaltung*, Zürich 2002, spéc. p. 127s). Compte tenu toutefois des règles posées spécifiquement dans le domaine des marchés publics, on peut se demander si cette jurisprudence assouplie ne doit pas être écartée dans ce dernier domaine (sur ce point, voir d'ailleurs Christian Bovet, DC 2003, 55 et les réf. cit. ; v. au surplus Daniela Lutz, *Ausstand und Vorbefassung*, in *Colloque Marchés publics 04*, publié par la revue DC, p. 45ss). Les exigences d'impartialité posées en ce domaine par le droit positif concernent aussi bien les personnes investies d'un pouvoir de décision que celles amenées à préparer celles-ci, comme ici le répondant du projet auprès de l'autorité intimée (sur ce point, voir également Bovet, *ibidem*). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue à propos des autorités judiciaires, il suffit, pour fonder un soupçon de partialité, qu'il existe des circonstances objectives propres à susciter l'apparence de prévention et à faire naître un risque de partialité (ATF 117 Ia 410 c. 2a); autrement dit, il faut que des raisons objectives fassent naître une méfiance du justiciable quant à l'impartialité du fonctionnaire (ATF 97 I 93 c. 2); la méfiance doit résulter objectivement de circonstances certaines ou d'un comportement propre à éveiller la suspicion de partialité (ATF 114 Ia 158, c. 3b). Si la simple affirmation de partialité fondée sur les sentiments subjectifs d'une partie est insuffisante pour justifier la récusation d'un magistrat, il n'est pas nécessaire en revanche que la personne contestée soit effectivement prévenue (ATF 115 Ia 36 ss et 175 c. 3 ss). S'inspirant de cette jurisprudence, le tribunal de céans a jugé, dans l'arrêt CR1997/0290 du 20 août 2003 que, si un candidat à un examen de conduite automobile établit qu'il a des motifs objectifs de douter de l'impartialité de l'examineur, la décision négative prise à la suite de l'examen doit être annulée et l'examen répété. Dans cet arrêt, le tribunal a ordonné la répétition de la course de contrôle en raison de l'attitude de l'inspecteur et du jugement négatif formulé par ce dernier avant la course au sujet de l'aptitude du candidat à l'intégration en Suisse et à sa situation en

matière de police des étrangers. On relève que l'hypothèse ici examinée, celle de l'appréciation d'une offre dans le cadre d'un marché public, présente certaines analogies avec les situations d'examen, tel l'examen destiné à l'obtention du permis de conduire, traité dans le cas ci-dessus. Les principes dégagés apparaissent dès lors effectivement transposables (sans qu'il y ait lieu de s'arrêter aux réserves évoquées dans les deux arrêts publiés aux ATF 125 précités; sur les exigences posées à l'égard d'experts lors d'examens, v. aussi ATF 121 I 229, consid. 3 et 113 Ia 286, consid. 3a). b) Dans le cas d'espèce, la recourante a fait valoir pour l'essentiel que son offre avait fait l'objet d'un traitement discriminatoire, notamment dans le cadre de sa notation par A. \_\_\_\_\_. Pour sa part, l'autorité intimée a admis que les notes en question étaient viciées, sans pourtant adhérer au postulat de la prévention de son mandataire à l'égard de la recourante. On relève d'ailleurs qu'A. \_\_\_\_\_ avait retenu une impression défavorable à l'issue de sa visite des installations de Lutry, installées par la recourante ; il s'agissait là d'un constat, sans doute hâtif, fondé cependant sur des observations objectives, qui s'inscrivaient dans le cadre normal de la préparation du dossier d'appel d'offres. On ne saurait en effet considérer les visites d'usines effectuées par l'intéressé sortaient du cadre du mandat qu'il avait reçu du SIGE. Dans ces circonstances, l'appréciation d'A. \_\_\_\_\_ sur les installations de Lutry, si elle était sans doute erronée, voire arbitraire, ne reposait en revanche pas sur des facteurs étrangers à la cause ; elle n'était donc pas de nature à justifier la récusation de celui-ci (v. à ce sujet, Schindler, p. 131ss, Jean-François Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Berne 1990 I, no 5.3 ad art. 23 OJ ; Pierre Jolidon, Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage, Berne 1984, no 382 et 383 ad art. 18 du concordat ; sous ch. 383 lit. f, cet auteur, se référant à l'ATF publié in SJ 1983, 524, met en évidence la différence entre décision erronée, voire arbitraire et prévention de son auteur). Quoiqu'il en soit, rien n'indique que cette appréciation provisoire d'A. \_\_\_\_\_ ait influé de quelque manière que ce soit sur la rédaction du cahier des charges, ni même sur la teneur des trois offres encore en concurrence. En outre, le principe de l'économie de la procédure, commande dans l'hypothèse de l'admission de la récusation d'un magistrat ou d'un membre d'une autorité, que celle-ci se limite aux opérations qui apparaissent comme ayant été biaisées par le jeu d'une prévention. En tous les cas, l'art. 50 du Code de procédure civile du 14 décembre 1966 (ci-après : CPC) prévoit seulement que l'autorité qui admet une demande de récusation peut annuler les actes auxquels le magistrat récusé a participé ; la tournure protestative de cette disposition, qui apparaît applicable ici par analogie, autorise ici une annulation limitée des opérations auxquelles A. \_\_\_\_\_ a pris part (v. aussi ATF 1P. 596/2004 du 7 décembre 2004 ; cet arrêt évoque une décision de la Chambre d'accusation genevoise limitant la portée de la récusation d'un expert dans l'affaire de la BCGE). Or, en l'espèce, le cahier des charges a été établi le 30 septembre 2003, soit avant qu'A. \_\_\_\_\_ ne contacte la recourante par téléphone pour s'assurer que celle-ci s'inscrive afin de concourir dans le cadre du marché ici en cause. Ainsi, à supposer que l'on doive retenir une prévention d'A. \_\_\_\_\_, tel ne pourrait être le cas que pour des phases ultérieures de la procédure (soit notamment celle de la notation des offres), mais non pas pour les phases antérieures. On ne saurait donc voir là un motif d'ordonner la reprise de la procédure ab ovo. 3.

La recourante invoque d'autres griefs encore, susceptibles d'avoir vicié la procédure d'appel d'offres dans son ensemble. Elle évoque à ce sujet le fait que l'appréciation des dossiers a été le fait d'A. \_\_\_\_\_ exclusivement, ce qui donne un poids excessif à l'opinion d'une seule personne. Par ailleurs, l'appréciation serait fondée sur des sous-critères, qui n'avaient pas été annoncés par avance. a) Le premier grief perd désormais

son objet, dans la mesure où le SIGE entend confier la nouvelle notation à un autre mandataire. b) aa) Le Tribunal fédéral a été amené récemment à traiter la question des sous-critères. Pour ce dernier, si un sous-critère ne ressort pas de ce qui est communément observé dans le cadre du critère principal auquel il se rapporte, le principe de transparence en exige la communication aux soumissionnaires; à l'inverse, tel n'est pas le cas lorsque le sous-critère tend uniquement à concrétiser des éléments inhérents au critère publié (v. ATF 2P.172/2002 du 10 mars 2003, rés. in DC 2003 p. 154, S40, cons. 2.3/2.4; v. en outre 2P.146/2001 et 2P.85/2001, tous deux du 6 mai 2002, cons. 4.1). Selon les commentaires jurisprudentiels les plus récents, seuls devraient ainsi être communiqués à l'avance les sous-critères objectivement nécessaires aux soumissionnaires pour la préparation de leur offre et qui ne sont pas inhérents aux critères de base (v. note Denis Esseiva, in DC 2003/4, p. 154 ad S38 à 41; en outre, selon ce dernier commentateur, les sous-critères ne devraient être communiqués à l'avance que s'ils sont connus de l'adjudicateur avant le dépôt des offres). bb) On peut laisser ouverte ici la question de l'application de cette jurisprudence récente du Tribunal fédéral, beaucoup plus souple en matière de sous-critères. En effet, il n'apparaît en l'état pas certain que le nouveau mandataire du SIGE utilise la même grille de notation qu'A. \_\_\_\_\_ (voir à cet égard lettre de Me Vogel du 23 septembre 2004 au conseil des autres parties). De toute manière, certains de ces sous-critères, si on les examinait en détail, apparaîtraient sans doute admissibles au regard de la jurisprudence précitée; d'autres, à supposer qu'ils ne puissent être confirmés, ne conduiraient pas encore à la reprise ab ovo de la procédure. c) En conclusion sur cet aspect, les griefs évoqués par la recourante ne permettent pas au tribunal d'ordonner la répétition intégrale de l'appel d'offre. 4.

La recourante, emboîtant ici le pas de l'une des entreprises sélectionnées, évoque encore l'application de l'art. 42 RMP (on appliquera en l'occurrence cette disposition dans sa teneur en vigueur au 30 août 2004; voir d'ailleurs à ce sujet art. 16 LVMP). Selon cette disposition, l'adjudicateur peut interrompre la procédure pour des raisons importantes (al. 1). Elle peut être répétée ou renouvelée, notamment, lorsqu'une modification importante du projet a été nécessaire (al. 2 lit. c). Enfin, selon l'alinéa 3, l'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure font l'objet d'une décision, notifiée par avis écrit et motivé au soumissionnaire. a) Sur le plan procédural, on notera tout d'abord que le SIGE n'a pas rendu de décision portant sur l'interruption du marché en cours et sa répétition. Or, dans la mesure où l'art. 42 al. 1 et 2 RMP confèrent au pouvoir adjudicateur la faculté de décider d'un renouvellement de la procédure, il appartient au premier chef au SIGE de statuer sur ce point. On pourrait même soutenir que le tribunal n'a pas à se saisir de cette question en l'absence d'une décision formelle du pouvoir adjudicateur, sous réserve d'un déni de justice (la décision pourrait d'ailleurs consister en un refus de réexamen, le requérant faisant valoir des circonstances nouvelles, que l'autorité saisie jugerait toutefois non pertinentes ou insuffisantes). Cela étant, le tribunal estime opportun d'aborder cette question; mais il souligne qu'il le fait en ménageant la liberté d'appréciation de l'autorité adjudicatrice sur cet aspect et cela, en outre, au vu des éléments portés à sa connaissance (lesquels ne sont pas nécessairement complets). b) Cela étant, il n'est sans doute pas exclu, dans l'hypothèse où cette solution serait retenue, qu'une répétition du marché soit susceptible de déboucher en définitive sur des solutions répondant à des conceptions un peu différentes, comme le suggère une des entreprises sélectionnées, cela sans fausser la concurrence. Il reste qu'il s'agit là d'une question d'appréciation et le tribunal ne voit, à l'opposé, pas d'arbitraire à considérer qu'une modification des valeurs de turbidité constatées au large des Gonelles, par rapport aux valeurs évoquées dans le cahier

des charges, ne constitue pas une modification fondamentale de ces données commandant une modification du projet. c) Les remarques qui précèdent ne permettent donc pas non plus au tribunal d'imposer au SIGE la reprise de la procédure ab ovo. 5. a) Il résulte des considérations qui précèdent que la décision du 20 avril 2004 rendue par le SIGE, relative à la sélection des entreprises Y.\_\_\_\_\_et Z.\_\_\_\_\_ pour la phase des essais-pilotes, dans le cadre du projet de rénovation de l'usine des Gonelles à Corsier, doit être annulée. Dans une telle configuration, la jurisprudence du Tribunal administratif retient, à l'instar de la Commission fédérale de recours, que l'autorité adjudicatrice a la faculté, mais non l'obligation de reprendre la procédure ab ovo (on a d'ailleurs vu ci-dessus que, malgré les moyens développés à cet égard par la recourante, il n'y avait pas lieu d'obliger l'autorité intimée à le faire) ; dans l'hypothèse où l'autorité intimée ne retiendrait pas cette voie, elle devrait à tout le moins procéder à une nouvelle notation intégrale des trois offres encore en cours (soit celle de Y.\_\_\_\_\_, de Z.\_\_\_\_\_ et de X.\_\_\_\_\_ ; arrêts GE 02/0028 du 9 juillet 2002 et 00/0091 du 4 octobre 2000, 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). Par ailleurs, dans la mesure où la recourante apparaît comme la partie qui l'emporte, sinon sur toutes ses conclusions, mais sur les principales d'entre elles, il convient de lui allouer des dépens, réduits quelque peu par rapport à des dépens pleins. Les autres parties succombant, leurs conclusions en dépens doivent être écartées. Quant aux frais de la cause, ils seront supportés par le SIGE (sur les points qui précèdent, voir art. 55 LJPA).

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