

## **VD\_OMNI GE.2005.0048 vom 27. Dezember 2005**

VD Tribunal cantonal, 2005-12-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2005.0048](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2005.0048)

FR: VD\_OMNI GE.2005.0048 du 27 décembre 2005

IT: VD\_OMNI GE.2005.0048 del 27 dicembre 2005

### **Regeste**

X. \_\_\_\_\_/Y. \_\_\_\_\_, Z. \_\_\_\_\_ | Est compatible avec les exigences du principe de transparence le fait que les critères d'adjudication, avec une indication claire de leur ordre d'importance cependant, figuraient simplement dans le cahier des charges remis aux soumissionnaires. En l'occurrence, bien que les critères querellés n'aient pas été accompagnés d'une grille de pondération, il n'en demeure pas moins que leur rang suffit à déterminer leurs poids respectifs. De plus, le dossier fait apparaître qu'aucun des candidats soumissionnaires n'a posé de question ou sollicité des précisions en relation avec cette absence de pondération. Ce faisant, le groupement recourant ainsi que les autres soumissionnaires ont accepté implicitement le fait que la pondération exacte des critères n'était pas encore fixée. Recours rejeté.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

L'appel d'offres relatif au marché litigieux est antérieur à l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> septembre 2004, de la loi du 10 février 2004 modifiant celle du 24 juin 1996 sur les marchés publics (ci-après : LVMP ; le règlement d'application du 8 octobre 1997 est abrégé ci-après : RMP ; il a lui aussi été remplacé par un règlement du 7 juillet 2004 sur le même objet, également entré en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre suivant). Il convient donc d'appliquer l'ancien droit, soit les textes en vigueur jusqu'au 31 août 2004 (art. 16 LVMP, dans sa nouvelle teneur, cf. dans le même sens arrêt TA du 8 juin 2005 GE 2005.0013 et les références citées).

#### **E. 2**

Il est à relever au préalable que la lettre du 8 mars 2005 dans laquelle la compagnie Y. \_\_\_\_\_ informe les groupements présélectionnés de l'adjudication du mandat d'études au groupement Z. \_\_\_\_\_ n'est ni désignée comme une décision, ni munie de l'indication de la voie et du délai de recours éventuel. La nature même de cet acte n'est d'ailleurs nullement précisée. Ce document peut donc tout au plus être assimilé à une décision à caractère procédural, de nature incidente, qui pouvait être contestée en même temps que la décision d'adjudication publiée dans la FAO du 18 mars 2005 (cf. à ce propos arrêt TA du 8 juin 2005 GE 2005.0013 et les références citées). Cela précisé, les décisions du pouvoir adjudicateur sont susceptibles de recours, ce dans un délai de dix jours dès leur notification (art. 10 al. 1 LVMP). La décision d'adjudication figure expressément au nombre des décisions mentionnées comme étant attaquables par le biais d'un pourvoi (art. 43 lettre a RMP). La Cour de céans a jugé que la notification devait intervenir de manière individuelle et qu'à elle seule, la publication dans la FAO ne faisait pas courir le délai de recours (arrêt TA du 28 octobre 2003 GE 2003/0072). En l'occurrence, aucune décision formelle n'a été notifiée au groupement recourant. Celui-ci a toutefois

interjeté son recours dans les dix jours suivant la publication de l'adjudication litigieuse dans la FAO. Il en découle que le pourvoi a en tout état de cause été formé en temps utile. Pour le reste, en sa qualité de soumissionnaire présélectionné, la qualité pour recourir au sens de l'art. 37 LJPA doit être reconnue au groupement recourant. Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le fond.

### **E. 3**

Il convient en premier lieu d'examiner le grief de disqualification invoqué par le groupement recourant. Celui-ci allègue en substance que T. \_\_\_\_\_, représentant de la compagnie Y. \_\_\_\_\_ et membre du jury, devait se récuser en raison de son lien de parenté avec U. \_\_\_\_\_, employé de 2. \_\_\_\_\_, société faisant partie du groupement adjudicataire. Il relève également qu'un certain nombre de documents mis à disposition des candidats soumissionnaires émanent de U. \_\_\_\_\_ et de 2. \_\_\_\_\_. Il se demande ainsi si 2. \_\_\_\_\_, qui a entretenu une collaboration antérieure avec le pouvoir adjudicataire, pouvait légitimement faire partie d'un groupement intéressé à déposer une soumission dans le marché litigieux. Selon un principe général du droit, l'autorité doit être impartiale: il ne faut pas que les décisions qu'elle prend puissent paraître avoir été influencées par des éléments personnels tenant à leur auteur. Le cas échéant, l'autorité doit se récuser. Il s'agit d'un principe fondamental du droit qui trouve notamment son fondement à l'art. 30 Cst (art. 4 de la Constitution fédérale de 1874). En matière de marchés publics, les art. 11 let. d de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (ci-après: AIMP) et

### **E. 6**

Reste à déterminer si l'adjudication querellée était justifiée au regard des critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur. Le litige porte en l'occurrence essentiellement sur le point de savoir si une préférence pouvait être donnée à un projet portant sur le renforcement de la poutre en treillis métallique par rapport à un projet prévoyant son renouvellement. Cette question a trait à l'interprétation à donner au critère n° 2 ("Intégration architecturale et concordance du projet avec l'objectif de conservation de la valeur patrimoniale de l'ouvrage"). Le groupement recourant soutient à cet égard que ce critère n'inclut pas l'obligation de conserver la poutre en treillis puisque l'art. 54 du règlement des constructions de la commune de Saanen n'interdit en aucune manière son renouvellement. Il est vrai que la disposition précitée n'impose pas formellement le maintien de la structure existante. Le cahier des charges phase II non plus d'ailleurs puisqu'il prévoit que la réflexion des candidats doit se concentrer sur le renforcement " ou " le renouvellement de la poutre en treillis métallique. L'on ne peut toutefois pas pour autant en inférer que les études portant sur l'une ou l'autre de ces hypothèses ont été mises sur un pied d'égalité par le pouvoir adjudicateur. En effet, le cahier des charges considéré donne des orientations précises quant aux attentes de celui-ci: il est ainsi spécifié que les options visant à conserver au maximum l'authenticité de l'ouvrage sont prioritaires et que la réalisation d'une nouvelle poutre en treillis ne peut être envisagée qu'après une analyse technique approfondie ou dans l'hypothèse d'un rapport coûts/avantages trop défavorable. Le cahier des charges phase II adressé aux concurrents soumissionnaires privilégie ainsi clairement l'hypothèse du maintien de la structure existante. Or, dans le cas particulier, seul le groupement Z. \_\_\_\_\_ a proposé cette option. Le pouvoir adjudicateur n'a par conséquent pas abusé de son pouvoir d'appréciation en estimant que ce groupement répondait le mieux aux conditions fixées par le critère 2 du cahier des charges phase II. Pour ce qui concerne le

critère 1 ("Réalisme et faisabilité du projet proposé"), il est à noter que la faisabilité du concept de conservation de l'ouvrage, qui était à l'époque du dépôt des offres sujette à caution, a été confirmée par les prof. R. \_\_\_\_\_ et P. \_\_\_\_\_, experts mandaté aux fins de vérifier ce point. En outre, le rapport de sélection du 22 novembre 2004 mentionne que les autres projets retenus sont également tous réalistes et faisables. Force est ainsi de constater qu'aucune des variantes proposées par les candidats soumissionnaires, et en particulier par le groupement Z. \_\_\_\_\_ et le groupement recourant, ne prime sur l'autre. Le critère 1 ne permet dès lors pas de départager ces deux groupements concurrents. S'agissant de l'influence des concepts sur les nuisances après travaux (critère 3), le projet du groupement Z. \_\_\_\_\_ a un léger avantage sur le projet du X. \_\_\_\_\_ (typ II + 4 dB contre typ III + 6 dB). Il convient d'observer à cet égard que les trois autres projets ont une meilleure efficacité acoustique (typ IV + 2 dB). Par contre, pour ce qui est des critères techniques 4 à 6, le groupement recourant arrive légèrement en tête avec une note de 7,5 contre 7 au groupement Z. \_\_\_\_\_. En résumé, il apparaît que, sur le vu des critères 2 et 3, le groupement Z. \_\_\_\_\_ a l'avantage sur le groupement recourant. Par contre, ce dernier devance l'adjudicataire pour ce qui est des critères techniques 4 à 6. Compte tenu néanmoins du rang et du poids conférés aux critères 2 et 3, l'adjudication attaquée se révèle bien fondée. Ni le critère 1, qui n'a pas permis de départager les candidats, ni les critères techniques, qui ne mettent pas en évidence un rapport coûts/avantages trop défavorable au groupement Z. \_\_\_\_\_, n'imposent d'ailleurs une autre solution. A cet égard, l'on ne saurait suivre le groupement recourant lorsqu'il affirme que seuls les critères 4 à 6 doivent permettre de déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement au motif que tous les groupements sélectionnés ont satisfait aux trois premiers critères éliminatoires définis par l'adjudicateur. Certes, le rapport de sélection établi par le pouvoir adjudicateur en date du 22 novembre 2004 manque singulièrement de clarté sur ce point, ce qui a probablement entraîné une certaine confusion chez le groupement recourant. Il n'en reste pas moins que l'on ne peut manifestement pas déduire de l'indication du caractère éliminatoire des trois premiers critères, une volonté du pouvoir adjudicateur de ne plus en tenir compte dans le cadre de l'évaluation des projets sélectionnés qui lui ont été soumis. Un tel postulat n'aurait pas de sens puisqu'il tendrait en fin de compte à restreindre l'examen final des offres sur la base de critères uniquement secondaires (4 à 6), à l'exclusion des critères les plus importants (1 à 3).

#### **E. 7**

Le groupement recourant critique le recours à des expertises tierces. Ce grief doit être rejeté. La mise en œuvre de ces expertises par le pouvoir adjudicateur a eu essentiellement pour but de vérifier la faisabilité du concept de conservation de l'ouvrage proposé par le groupement Z. \_\_\_\_\_ et l'efficacité des projets déposés sur le plan les nuisances sonores. Ce mode de procéder ne paraît clairement pas critiquable dans la présente espèce, du moment que certaines questions techniques nécessitaient un plus ample examen. Il n'est par ailleurs aucunement établi que ces expertises soient partiales. Le groupement recourant, qui ne conteste au demeurant pas la teneur de ces expertises, ne le prétend d'ailleurs pas. L'on peut ainsi également écarter l'existence d'un quelconque traitement discriminatoire à son détriment.

#### **E. 8**

Le groupement recourant invoque enfin une violation du principe de l'interdiction des négociations. L'art. 36 RMP (qui confirme les art. 6 litt. c LVMP et 11 litt. 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 être distinguées de la procédure d'épuration, puis d'évaluation des offres. L'épuration des offres a pour objectif des le 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 calculs ou d'écriture (sur tous ces points, cf. art. 34 et 35 RMP). 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, références citées par l'arrêt de la Cour de céans du 4 juillet 2003 GE 003/0038). Dans la présente espèce, les modifications auxquelles se réfère le groupement recourant, qui figurent aux pages 5 et 6 du compte rendu de la séance du jury du 28 février 2005, concernent des points que l'on peut qualifier de mineurs. Ceux-ci ne modifient en rien la nature ou le contenu du projet présenté. L'on rappelle que celui-ci se limitait à l'élaboration d'un concept d'intervention relatif à l'adaptation et à la remise en l'état du tablier du viaduc de Gstaad. L'étude proposée par le groupement Z. \_\_\_\_\_ (ainsi que celle de ses concurrents d'ailleurs) ne pouvait dans ces conditions qu'être perfectible, sans pour autant que l'on puisse y voir dans le cas d'espèce une entorse au principe de l'intangibilité des offres. Partant, l'on ne peut manifestement pas faire grief au pouvoir adjudicateur d'avoir enfreint le principe de l'interdiction des négociations en cherchant à optimiser le projet du groupement Z. \_\_\_\_\_ retenu.

## E. 9

Il résulte de ce qui précède que la compagnie Y. \_\_\_\_\_ n'a ni excédé, ni abusé de son pouvoir d'appréciation en adjugeant le marché litigieux au groupement Z. \_\_\_\_\_. Par voie de conséquence, le recours sera rejeté et la décision attaquée confirmée. Un émolument d'arrêt sera mis à la charge du groupement recourant, qui succombe. Cet émolument sera toutefois réduit, au vu du manque de clarté certain du rapport de sélection, dont le contenu a sans doute généré une certaine confusion dans l'esprit du groupement recourant, notamment au sujet de l'interprétation des critères qualifiés d'éliminatoires par l'entité adjudicatrice (critères 1 à 3) et de leur rapport, dans le processus d'adjudication, avec les critères techniques (critères 4 à 6). Il paraît dans ces conditions justifié de mettre également à la charge de la compagnie Y. \_\_\_\_\_

une partie de l'émolument judiciaire. Enfin, il convient d'allouer des dépens à cette dernière, qui s'est fait assister par un mandataire professionnel (art. 55 LJPA).

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