

# VD\_OMNI GE.2005.0086 vom 21. April 2006

VD Tribunal cantonal, 2006-04-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2005.0086](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2005.0086)

FR: VD\_OMNI GE.2005.0086 du 21 avril 2006

IT: VD\_OMNI GE.2005.0086 del 21 aprile 2006

## Regeste

X. \_\_\_\_\_, Y. \_\_\_\_\_, Z. \_\_\_\_\_/Municipalité de Préverenges, A. \_\_\_\_\_ | Marché de construction, mandat d'étude et de réalisation. Appel d'offres fonctionnel (qui laisse aux soumissionnaires la liberté de déterminer les moyens à mettre en oeuvre pour assurer l'objectif défini par l'adjudicataire). Ici, caractéristiques de l'ouvrage insuffisamment définies; postes du tableau de détermination du prix laissés dans une trop grande mesure à l'appréciation des soumissionnaires; facteurs de détermination du prix (qui auraient pu permettre une comparaison objective), tels le taux horaire, le degré de difficulté ou le facteur de groupe, écartés de l'appréciation finale. Faute de base comparative objective, adjudication annulée.

## Erwägungen

### E. 2

RMP ; GE.2003.0095 du 9 décembre 2003, consid. 1 d). Conformément aux principes développés dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, il convient, dans l'arbitrage des principes de la bonne foi, de la sécurité du droit et de la célérité de la procédure de marché public, de ne pas se montrer trop strict avec les soumissionnaires - dont on ne saurait exiger qu'ils procèdent à un examen approfondi de l'appel d'offres et des documents y relatifs dans le bref délai qui leur est imparti - et de réserver les effets de la forclusion aux irrégularités qui sont particulièrement évidentes et manifestes (cf. ATF 130 I 241 consid. 4.3, arrêt rendu dans le cadre d'une procédure sélective). Un soumissionnaire évincé doit donc pouvoir invoquer le principe de la transparence pour s'opposer à la décision d'adjudication, même si ce vice trouve son origine dans la procédure - en l'occurrence ouverte - d'appel d'offres, solution qui se justifie en tout cas quand, comme les considérants qui suivent le montreront, l'examen de la procédure révèle des défauts à ce point rédhibitoires qu'ils excluent le déroulement normal de l'adjudication ; on ne pouvait par ailleurs pas attendre des candidats qu'il décèlent immédiatement les difficultés liées à la démarche choisie par le pouvoir adjudicateur, même s'ils ont reçu les critères d'adjudication (non publiés dans l'appel d'offres) en même temps que les autres documents de soumission ; en particulier, la référence au « montant des honoraires » est imprécise au regard du schéma de calcul qui comporte plusieurs postes intitulés « honoraires », et il n'appartenait pas aux candidats d'analyser immédiatement et en détail les implications des diverses éventualités. Au vu de ce qui précède, le Tribunal administratif entrera en matière sur ces moyens des recours. 3. La mise en soumission ne porte pas seulement sur un mandat d'étude (étape A), mais également sur la réalisation du projet retenu (étape B). En l'occurrence, il convient de le relever d'emblée, l'autorité intimée aurait pu opter pour une procédure d'adjudication ordinaire dès lors qu'elle disposait déjà d'une étude du bureau C. \_\_\_\_\_ pour l'ouvrage à réaliser. La doctrine évoque des conditions à

l'admissibilité de la mise en soumission fonctionnelle (construction complexe ou d'une certaine ampleur ouvrant la voie à des propositions innovatrices, avec pour effet d'accroître la concurrence entre soumissionnaires, cf. sur ces questions : GE.2003.0038 précité). Il n'y a cependant pas de norme contraignante à cet égard pour le pouvoir adjudicateur, qui demeure ainsi libre du choix de la procédure. 4. En page 9 du cahier de soumissions, les candidats étaient invités à déterminer un coût prévisionnel d'ouvrage (hors honoraires et hors taxes), coût décomposé en 4 rubriques : travaux préparatoires (cfc1), travaux routiers (cfc4), électriques (cfc4), signalisation (cfc4) et travaux paysagers (cfc4). La somme de ces rubriques (« totaux déterminants HT ») doit être ensuite multipliée par les coefficients qui figurent à la suite du tableau pour donner le montant des honoraires – honoraires TTC (H) – qui constitue l'un des critères d'adjudication. Les données fournies par les documents de soumission – présentation du projet (principes d'exploitation et d'aménagement), plan descriptif, plan de signalisation, limites de construction – ne définissent pas les caractéristiques de l'ouvrage. La méthode choisie laisse ainsi une grande liberté d'appréciation au soumissionnaire, qui conduit nécessairement à d'importantes disparités dans l'appréciation du coût prévisionnel total ; celui-ci s'étage pour les parties en litige en 1'320'000 fr. et 2'245'000 fr. (étant rappelé que le coût budgété par le bureau C.\_\_\_\_\_ s'élevait à un montant estimé entre 2,5 et 2,7 millions de francs). Sur cette question, les soumissionnaires ont relevé être réduits à des hypothèses dans l'estimation de leur offre sur de nombreux points – qualité attendue des fondations, nécessité ou non de « refaire l'enrobé », bordures de trottoir en béton ou en granit, etc. – alors que selon la norme SIA 103, les honoraires se calculent d'après le prix de l'ouvrage ; l'entreprise adjudicataire, qui explique pour sa part avoir déjà participé dans un autre canton à une procédure identique, admet qu'il s'agit d'un « exercice curieux » parce qu'il exige qu'on mette en œuvre « des paramètres qu'on ne peut pas contrôler », mais, pour elle, il est vrai, il y a des « ordres de grandeur et on peut s'en approcher ». Quoi qu'il en soit, il est évident pour toutes les parties que le coût définitif dépendra des options (encore non arrêtées) du maître de l'ouvrage. En outre, comme le relève encore l'adjudicataire lui-même, la survenance ultérieure de faits nouveaux est en l'espèce pratiquement certaine, si bien qu'il ne fait guère de doute que le coût final des travaux sera différent que celui qu'ont avancé les divers soumissionnaires. Au demeurant, les documents d'appel d'offres réservent les modifications importantes que pourraient souhaiter le conseil communal. Ces coûts prévisionnels – dont chacun s'accorde à dire qu'ils pourraient être relativement éloignés du coût final – présentent ainsi le grave défaut de fausser toute comparaison possible entre les concurrents. La méthode choisie présente à cet égard deux vices rédhibitoires. a) A partir du coût prévisionnel de l'ouvrage – totaux déterminants HT (B) -, les soumissionnaires introduisent leurs paramètres RPH, en particulier le facteur de base 2005 (p) qui se déduit lui-même d'un simple calcul à partir du coût (B), le degré de difficulté (n), le facteur de groupe (i) et le taux horaire (h). Le soumissionnaire arrête ses honoraires (H) en multipliant le coût (B) par les différents coefficients choisis. C'est ce montant (H) qui sert de base de comparaison entre les offres. Or, comme il se fonde sur le coup prévisionnel défini par le soumissionnaire lui-même, ce montant (H) ne présente pas une meilleure base de comparaison que le coût prévisionnel (B). b) Le défaut de la méthode apparaît notamment en ce qu'elle ne garantit nullement au maître de l'ouvrage qu'il adjugera le marché au mandataire qui présenterait l'offre économique la plus favorable : en comparant des offres sur la base du critère du montant des honoraires (H), le pouvoir adjudicateur peut en effet être amené à opter pour une entreprise qui se révélerait en

définitive sensiblement plus chère qu'un autre soumissionnaire, écarté par hypothèse parce qu'il serait parti d'un coût prévisionnel plus élevé, alors même qu'il aurait opté en revanche pour des coefficients n, i et h plus bas que ceux de ses concurrents. Cet exemple révèle les défauts de la méthode, puisqu'elle se fonde sur une base comparative qui ne permet précisément pas la comparaison des offres et, de plus, écarte inexplicablement de l'appréciation finale des paramètres – tels le coefficient du taux horaire (h), mais encore (n) et (i), dont on rappelle qu'ils ne sont pas négociables – qui auraient pu permettre un choix réellement objectif. De plus, la démarche choisie, qui prive les soumissionnaires non retenus de la faculté d'adapter leurs offres – ainsi qu'on aurait pu l'attendre dans un tel marché, au vu des principes régissant les appels d'offres fonctionnels – fausse aussi le résultat de la procédure quand le prix définitif pourrait reposer sur des bases de calcul modifiées. Enfin, le tribunal relève que les soumissionnaires, sur le critère (h) du taux horaire, ont présenté des chiffres marquant des différences importantes de 78 fr. à 125 fr. ; à ce sujet notamment, l'autorité intimée devait examiner la possibilité, dans son analyse des offres, de cas de sous-enchères (cf. art. 36 RMP), ce qu'elle n'a pas fait (on observera ainsi par exemple, à titre purement indicatif, que le tarif de 78 fr. est inférieur au barème de 80 fr. de la KBOB pour la classe G, soit la classe la moins qualifiée). 5. En résumé, s'agissant de la partie planification, l'autorité intimée n'a pas suffisamment explicité ses besoins en matière de construction et, par voie de conséquence, la tâche assignée - objet qui ne se laissait dès lors guère traduire en critères utilisables. Les conditions du marché à adjuger ont été communiquées de façon trop large et lacunaire. Les documents de soumission ne fournissent guère d'indications sur les caractéristiques de l'ouvrage attendu. Or, sans ordre de grandeur de référence de la valeur estimée du marché, le schéma choisi de détermination du prix ne mène pas à un prix du marché quelque peu uniforme, ni à des offres de prestations comparables. L'adjudicatrice a ainsi obtenu un assemblage d'offres non comparables, sans base de facturation commune correcte et objective. La méthode de détermination des honoraires se révélant inappropriée, et l'application des règles sur la sous-enchère devant être réservée au vu de certaines offres, les considérations qui précèdent suffisent à annuler la décision attaquée, sans qu'il soit nécessaire de trancher tous les autres points soulevés par les parties sur la notation des offres. Tout plus le tribunal s'exprimera-t-il sur les questions qui ont été débattues à l'audience. 6. a) L'échelle des notes est un barème qui définit les exigences posées pour pouvoir bénéficier de telle ou telle note, dans le cadre de l'évaluation d'un critère donné (cf. GE.2002.0105 du 17 janvier 2003). A cet égard, et il s'agit d'une entorse aux principes de l'égalité de traitement et de la transparence, les offres des soumissionnaires ont été notées sur la base d'une moyenne des prix, le soumissionnaire le mieux noté étant celui dont le prix est le premier en dessous de la moyenne et non pas celui dont l'offre est la moins chère. On ne peut dès lors manifestement pas considérer que les notes obtenues reflètent objectivement les écarts entre les différents prix, ce qui est pourtant essentiel (cf. à ce sujet GE.2003.0095 du 9 décembre 2003 et les références citées). Au demeurant, l'offre économiquement la plus basse doit obtenir la meilleure note sur ce point (cf. Esseiva, in DC 2002, p. 76), exigence qui n'a pas été respectée dans le cas d'espèce. Dans ces conditions, la jurisprudence citée par l'autorité intimée (ATF 130 I 241) ne lui est d'aucun secours ; il ressort seulement de cet arrêt que l'on peut, à la limite, se montrer d'accord avec l'objectif de privilégier les estimations qui s'approchent d'un certain prix de référence (même un prix moyen des offres recueillies). Dans le cas particulier, et c'est décisif pour condamner le critère, la moyenne des honoraires est aléatoire puisque obtenue à partir d'un schéma de calcul qui laisse une très grande place

à l'appréciation de chaque soumissionnaire. b) Par ailleurs, la décision de noter les références des candidats (sur la base du prix au m<sup>2</sup> et de la surface des ouvrages cités) ne permet pas d'évaluer réellement la capacité de ceux-ci à réaliser le marché. Ainsi, la recourante 1) souligne que, pour des travaux similaires, mais ayant une plus grande surface au sol (30'000 m<sup>2</sup>), elle se retrouve au dernier rang du classement ; à tout le moins l'autorité intimée aurait-elle pu tenir compte du fait que la référence indiquée portait sur la construction d'un dispositif de cinq giratoires et tenir compte d'une surface au sol unitaire de 6'000 m<sup>2</sup>. Le tribunal retient à ce sujet que, dans la procédure d'examen des offres déposées, l'adjudicatrice n'a pas appliqué sur ce point du marché l'échelle des notes aux critères conformément à ce que les évaluations publiées permettaient raisonnablement d'attendre. Malgré l'hétérogénéité des marchés, et la liberté du pouvoir adjudicateur de configurer la grille d'analyse selon ses besoins, il reste qu'il est généralement admis que l'expérience et les références à fournir par l'entreprise dans le domaine de l'objet à réaliser sert à l'appréciation de l'aptitude professionnelle (cf. à ce sujet, Rodondi, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marché public, in RDAF 2001 I p. 396 ss ; cf. également art. 24 et 37 RMP). Le critère des références ayant dans la règle pour objet d'affiner l'appréciation de l'autorité quant à l'aptitude, la compétence, l'expérience et la qualification des candidats à réaliser le marché, une évaluation de l'adéquation de la référence sur la seule base du prix au m<sup>2</sup> et de la surface au sol des ouvrages réalisés, ne concrétise pas le critère publié. L'autorité intimée a ainsi évalué les références de façon insolite, et assurément discriminatoire dans le cas de la recourante 1), avec pour effet de placer l'offre de celle-ci en position moins avantageuse, en application d'une grille d'analyse inconnue des soumissionnaires et imprévisible pour eux. L'adjudicatrice a, ici aussi, transgressé les règles sur la transparence et violé le principe de l'égalité de traitement. c) Enfin, la recourante 1) a mis en cause la manière dont l'adjudicatrice a noté le sous-critère informatique intitulé « Méthode de soumission » (« softs désignés = 5 points », « Word = 4 points »), à propos duquel les candidats devaient préciser, selon les documents de soumission, s'ils utilisaient une méthode « personnelle » ou « CAN ». Les soumissionnaires ont relevé à cet égard que le CAN est « universellement utilisé » et que le logiciel Word (dont la recourante 1) a déclaré posséder 28 licences) appartenait à « l'informatique standard ». L'adjudicataire a exposé pour sa part que, dès lors qu'il utilisait son propre logiciel, il a inscrit « personnel » dans son offre, ce qui lui a valu la note maximale ; la recourante 3) a également inscrit « personnel » dans son offre car elle utilise un logiciel spécifique compatible avec le CAN. Le Tribunal relève que le catalogue des articles normalisés (CAN) - qui constitue une des bases normalisées du secteur suisse de la construction pour l'élaboration de descriptifs - est un instrument de travail à disposition des constructeurs pour établir une soumission. Le CAN est neutre et ne se réfère à aucune entreprise ou marque de produit. Les bureaux d'ingénieurs ont relevé à cet égard, sans être contredits, que la soumission peut être générée depuis leurs programmes de gestion de projets dans les catégories du catalogue normalisé CAN, avec en outre la possibilité de créer au besoin leur propre catalogue d'offres (à condition de respecter la numérotation du CAN) ou d'éditer une soumission en modifiant une ancienne, toutes fonctions, très couramment utilisées, qui ont pour effet de personnaliser l'offre ; pour la recourante 1), une offre « personnelle », qui ne serait pas liée au catalogue CAN, ne saurait être considérée comme sérieuse par un maître de l'ouvrage ; pour le surplus, il ne serait nullement reconnu dans les milieux de la construction que l'emploi du CAN dans les conditions qu'ils décrivent conduirait, comme l'a soutenu l'adjudicatrice, à un renchérissement des offres. Compte

tenu des éléments qui précèdent, dont le pouvoir adjudicateur ne s'est pas attaché à démontrer qu'ils seraient erronés, le tribunal admet que la décision de l'autorité intimée de noter la méthode CAN à 4,5, contre 5 pour la seule indication d'un logiciel « personnel », ne repose pas sur une base suffisamment objective. 7. Pour le surplus, il faut encore relever qu'il appartient à l'adjudicateur de configurer le marché mis en soumission comme il l'entend et en fonction de ses besoins, les règles tendant à assurer transparence, non discrimination et concurrence concernant uniquement la procédure. Aussi, même en présence de violations de ces principes, ou plus spécialement de l'art. 38 RMP (dont l'objet est de cerner l'offre économiquement la plus avantageuse), le Tribunal administratif a-t-il confirmé dans sa jurisprudence qu'il n'y avait pas lieu d'annuler une adjudication lorsque de tels vices n'ont pas eu de conséquences sur le résultat du marché ; le pouvoir adjudicateur doit cependant apporter la preuve de cette absence d'influence des violations des règles de procédure sur l'adjudication (cf. GE.2005.0054 du 25 janvier 2006). En l'espèce, l'autorité intimée n'a pas fourni d'explication détaillée et convaincante sur son système de notation et ne s'est pas attachée à démontrer que les irrégularités de sa procédure sont restées sans incidence sur l'adjudication du marché. Lorsque, comme dans le cas particulier, les vices mis en évidence ont pu jouer un rôle sur l'adjudication et que l'autorité intimée n'a pas entrepris de véritable démonstration sur leur absence d'impact dans la décision, le Tribunal administratif n'instruit pas la question plus avant et annule la décision (cf. GE.2003.0038 déjà cité). 8. Il résulte des considérations qui précèdent que la décision d'adjudication litigieuse doit être annulée. Il n'y a en revanche pas lieu d'accueillir les conclusions de l'une ou l'autre des recourantes tendant à ce que le marché lui soit adjudgé. En l'état de la procédure, aucune d'entre elles n'a en effet démontré que son offre était la plus avantageuse d'un point de vue économique. Dans ces conditions, le tribunal n'est à l'évidence pas en mesure de procéder lui-même à une évaluation des offres et à adjudger directement le marché. Obtenant gain de cause sur le principe, les recourantes seront libérées des frais. Un émolument de justice sera mis à la charge de la municipalité qui succombe. Les recourantes qui ont procédé avec l'assistance d'un mandataire professionnel peuvent prétendre à des dépens qui leur seront alloués.

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