

## **VD\_OMNI GE.2005.0212 vom 2. Juni 2006**

VD Tribunal cantonal, 2006-06-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2005.0212](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2005.0212)

FR: VD\_OMNI GE.2005.0212 du 2 juin 2006

IT: VD\_OMNI GE.2005.0212 del 2 giugno 2006

### **Regeste**

X. \_\_\_\_\_/Z. \_\_\_\_\_, Municipalité de Rolle | L'application de la méthode linéaire dans l'évaluation du critère du prix prête le flanc à la critique. Le cahier des charges est incohérent lorsqu'il n'exige une couverture d'assurance que pour l'ingénieur civil, s'agissant d'un marché impliquant également le concours d'un architecte. Lorsque le cahier des charges fixe des critères qualitatifs (valeur des références présentées), l'adjudicateur ne peut les évaluer sur la base d'une seule appréciation quantitative (nombre de références présentées). L'adjudicateur ne peut apprécier positivement un critère qualitatif, uniquement parce que la référence présentée lui a plu.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

a) La matière est régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (AIMP; RSV 726.91), ainsi que par la loi cantonale sur les marchés publics, du 24 juin 1996 (LVMP; RSV 726.01) et le règlement y relatif (RMP; RSV 726.01.1). b) En matière de marchés publics, le pouvoir d'examen du Tribunal dépend de la nature des griefs invoqués. L'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans l'évaluation des offres. Partant, le Tribunal ne peut contrôler qu'avec une retenue particulière l'évaluation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication, s'agissant de questions relevant de compétences techniques spéciales; en revanche, le Tribunal contrôle librement l'application des règles destinées à assurer la régularité de la procédure (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêts GE. 2005.0161 du 9 février 2006, consid. 6a; GE. 2002.0047 du 20 septembre 2002, consid. 2).

#### **E. 2**

A l'audience, l'autorité intimée s'est étonnée du fait que le recourant, se plaignant du caractère prétendument lacunaire ou ambigu du cahier des charges sur les points contestés, n'ait pas profité de l'occasion de poser des questions à ce sujet à l'adjudicateur, afin de faire lever toutes les équivoques qu'il dénonce. En cela, de manière implicite, la Municipalité de Rolle semble soutenir le point de vue que ne pourraient plus être soulevés au stade du recours les griefs qui n'auraient pas été soumis préalablement à l'adjudicateur dans le cadre du tour des questions et réponses. A supposer que tel soit l'avis de l'autorité intimée, il devrait être écarté. A l'instar des relations entre l'Etat et le citoyen, les rapports entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires est imprégné par le principe de la bonne foi (cf. art. 5 al. 3 Cst.; ATF 131 I 166 consid. 6.1 p. 177; 126 II 97 consid. 4b p. 104/105, et les arrêts cités). La possibilité de poser des questions à l'adjudicateur et d'en recevoir des réponses avant le dépôt de l'offre, vise à garantir que le soumissionnaire ait bien compris ce que l'adjudicateur lui demande. Il s'agit donc de clarifier les points de l'offre qui pourraient paraître obscurs au soumissionnaire, mais rien de plus. On ne saurait exiger du

soumissionnaire qu'il interpelle l'adjudicateur sur des éléments clairs pour lui, uniquement pour se rassurer. L'adjudicateur doit veiller, au regard du principe de l'égalité de traitement, à ne pas favoriser un soumissionnaire par rapport à un autre. Heurterait ce principe le jeu où, sous prétexte de réponses à des questions benoîtes, l'adjudicateur deviendrait le conseiller occulte d'un soumissionnaire, qui viendrait au fur et à mesure faire vérifier que son offre est bien celle que l'on attend de lui. Il convient dès lors, du point de vue de l'adjudicateur, d'observer une certaine circonspection dans ce domaine. Cela a pour conséquence, inversement, de ne pas exclure du champ du recours des arguments qui n'auraient pas été préalablement soumis à l'adjudicateur, notamment sous la forme de questions.

### **E. 3**

Cela a pour conséquence que la part de ces deux critères de prix dans la note totale est de 43% (6 points sur un total de 14 points de pondération, pour les critères B1 à C5). Ce niveau est inférieur aux seuils définis par la jurisprudence qui vient d'être rappelée. Toutefois, eu égard à l'issue du recours, la question de savoir si le critère du prix a été insuffisamment pris en compte dans l'appréciation finale, souffre de rester indécise.

### **E. 4**

Le recourant critique l'appréciation du critère du prix (B1 et B2). a) Le cahier des charges indique que les critères quantitatifs (B1 à B3) sont évalués sur la base d'une échelle de points allant de 0 à 6. Il ressort toutefois du rapport d'adjudication que le pouvoir adjudicateur a changé cette grille, pour évaluer les offres sur une échelle allant de 1 à 6. A l'audience, les représentants de la Ville de Rolle ont confirmé cette modification, intervenue le 12 octobre 2005, après réception des offres, mais avant leur ouverture. En soi, un tel changement prête le flanc à la critique. Mais comme il semble ne pas avoir influé sur la notation des offres, le Tribunal se dispensera d'approfondir ce point. b) L'adjudicateur a pondéré le critère du prix en donnant à l'offre la moins chère (soit celle du recourant, portant sur un prix total de 352'000 fr.) la note 6 et à la plus chère (portant sur un prix total de 630'000 fr.) la note 1. Sur cette base, il a attribué les notes de manière linéaire. Selon lui, cette méthode usuellement appliquée présenterait l'avantage d'éviter la sous-enchère, en favorisant les offres dans la moyenne de la gamme de prix, soit celles présentant la meilleure compréhension de l'offre. Il conviendrait en outre de tenir compte de l'effet correcteur lié à la prise en compte des autres critères, notamment qualitatifs. Cette solution appelle deux remarques. c) L'application de la méthode linéaire ne ressort pas du cahier des charges, lequel se borne à indiquer la fourchette de points à attribuer pour les critères qualitatifs (B1 à B3). Or, sans être bannie, cette méthode présente des défauts. En l'occurrence, dix offres ont été présentées. Le prix médian est de 491'000 fr., le prix moyen de 450'892,50 fr. Sept offres se tiennent dans cette moyenne (entre 352'000 fr. et 449'925 fr.), alors que trois la dépassent (515'000 fr., 600'000 fr. et 630'000 fr.), dont les deux dernières très nettement. Ces écarts conduisent à des distorsions dans la notation, en raison de l'amplitude des écarts à la moyenne d'offres isolées (soit très chères, comme en l'occurrence, soit sous-évaluées). Or, la fixation de la note dépend aussi de l'écart par rapport à celle qui est la moins chère. Avec la méthode linéaire retenue, une offre qui serait 5% plus chère obtiendrait la note de 3,5 si la plus chère se situait à un niveau de 110%. Cette même offre obtiendrait la note de 5,75 (soit presque le maximum) si l'offre la plus chère se situait à un niveau de 200%. Ce défaut est prévenu par d'autres méthodes de notation, notamment celle du calcul au carré ou au cube recommandée par le Guide romand.

En l'occurrence toutefois, il n'y a pas lieu pour le Tribunal d'intervenir, eu égard à l'issue de la cause. d) Le recourant soutient que, compte tenu des particularités de l'objet du marché, les honoraires de l'ingénieur, d'une part, et de l'architecte, d'autre part, auraient dû faire l'objet d'une évaluation séparée. A l'audience, le mandataire de l'adjudicateur a confirmé que dans sa représentation des choses, l'essentiel de la mission confiée reposait sur les épaules d'un ingénieur civil, l'intervention de l'architecte se limitant à des questions subalternes, liées notamment à l'esthétique (choix des matériaux, notamment). Dans cette conception, on aurait pu s'attendre à ce que le critère du montant des honoraires de l'intervenant principal (soit l'ingénieur) soit évalué de manière plus importante que celle de son subordonné (soit l'architecte). On aurait même pu imaginer que l'adjudicateur ne recherche, par appel d'offres, que les services d'un ingénieur. Ces questions, légitimes, relèvent du pouvoir d'appréciation laissé à l'adjudicateur, dont on ne saurait dire, en l'occurrence, qu'il en ait abusé ou mésusé.

#### **E. 5**

Le recourant critique le critère B3. Dans le tableau des critères d'adjudication, le cahier des charges se réfère, sous le tableau des critères d'adjudication, à la «couverture d'assurance de l'ingénieur civil (montant et validité du contrat)» (ch. 1.2 du cahier des charges, p. 6). Plus loin, dans la liste des documents à remettre pour les soumissionnaires agissant comme groupement (comme c'est le cas du recourant et de l'intimé Z. \_\_\_\_\_), le cahier des charges requiert la production, « pour chaque membre du groupement, d'une attestation d'assurance responsabilité civile ou la copie de leur police d'assurance responsabilité civile, indiquant le montant assuré par sinistre et la franchise supportée par l'assuré et la durée de validité du contrat » (ch. 2.2 du cahier des charges, p. 13). La précision que la couverture d'assurance doit être produite par l'un et l'autre membre du groupement, ingénieur et architecte, va de soi, car dans un rapport de société simple, chacun est solidairement responsable des autres sociétaires (art. 544 al. 3 CO; Commentaire bâlois, OR-II, 2<sup>ème</sup> édition, Bâle, 2002, Christoph M. Pestalozzi/Suzanne Wettenschwiler, N. 14ss ad art. 544). Or, tant le recourant que l'intimé n'ont produit d'attestation que pour ce qui concerne l'ingénieur civil (avec la précision qu s'agissant du recourant, l'attestation fournie porte la mention manuscrite «Extension à Rolle en cas d'adjudication», sans que l'on sache si cela ne vaut que pour l'ingénieur civil ou pour l'architecte également). Le cahier des charges est ainsi affecté d'une contradiction interne, accrue par le fait qu'à l'audience (au cours de laquelle l'argument a été soulevé pour la première fois), l'adjudicateur a fait valoir que seule importait pour lui la couverture d'assurance de l'ingénieur civil, les litiges pouvant survenir à propos de la responsabilité de l'architecte relevant pour le surplus, selon lui, des rapports internes au groupement. Or, une telle conception est incompatible avec les règles du droit civil, qui viennent d'être rappelées. S'ajoute à cela que le critère B3 est avant tout de caractère formel (au même titre que les attestations de défaut de poursuites, de versement régulier des contributions sociales et des impôts, etc.), et ne ressortit pas au critère du prix. Les questions de savoir si ce critère n'aurait pas dû être rangé dans la catégorie A plutôt que B, et si le vice affectant la procédure à cet égard, considéré isolément, entraîne l'annulation de la décision attaquée, souffrent de rester indécises, dès lors que le recours doit de toute manière être admis pour d'autres motifs.

#### **E. 6**

Le recourant critique l'évaluation des critères qualitatifs se rapportant à l'expérience en matière de marchés publics de l'ingénieur civil (C1) et la qualité et l'organisation du bureau de l'ingénieur (C4). a) Le marché litigieux est proposé à deux types de soumissionnaires: les groupements d'architectes et d'ingénieurs civils, d'une part, et les bureaux d'études comprenant des architectes et des ingénieurs civils, d'autre part. Le recourant et Z. \_\_\_\_\_ appartiennent à la première de ces deux catégories. Le cahier des charges mentionne le critère C1, ainsi que sa pondération, soit 1. S'agissant d'offres présentées, comme en l'occurrence, par des groupements, le cahier des charges indique que devra être fournie, pour chaque membre du groupement, « une liste de trois références qualitatives relevant de leur spécialité respective (donc six références au total), équivalentes au projet concerné par l'appel d'offres » se rapportant à des travaux réalisés au cours des cinq dernières années. Le cahier des charges précise, pour ce qui concerne l'ingénieur civil uniquement, que le soumissionnaire peut faire état d'une liste d'appels d'offres, non nécessairement limitée à trois références, pouvant aussi porter sur des objets différents de celui objet de l'appel d'offres. Le rapport de l'adjudicateur indique que pour le critère C1, les offres ont été notées de 1 à 6, selon que les références se rapportent à moins de 3 objets (note 1), jusqu'à trois objets (note 2), jusqu'à 4 objets (note 3), jusqu'à 6 objets (note 4), jusqu'à 8 objets (note 5) et jusqu'à 10 objets et plus (note 6). Le recourant a présenté six références et une liste d'appels d'offres. Pour les ingénieurs (I. \_\_\_\_\_), cela concerne la conception et la réalisation des aménagements et équipements de la zone industrielle de l'Aéropôle de Payerne, du carrefour du Galicien à Renens/Prilly et de la route de la Croix-Blanche à Epalinges. Pour les architectes (J. \_\_\_\_\_), les références se rapportent à l'aménagement de la Rue centrale de Brétigny-sur-Morrens, à la réalisation des chemins piétonniers à Servion et à l'aménagement de la Rue centrale de Villars-sur-Ollon. Le recourant a également fourni une liste (non-exhaustive) d'appels d'offres concernant, outre l'Aéropôle de Payerne et la traversée de Brétigny-sur-Morrens, le Centre culturel et sportif de la Glâne à Romont, l'extension du collège du Grand-Pré à Prilly, et un garage pour le dépôt des TL « En Perrelet » et le Puits de Sébeillon pour le projet Tridel. L'adjudicateur lui a attribué la note 4. Z. \_\_\_\_\_ a présenté six références et une liste d'appels d'offres. Pour les ingénieurs (A. \_\_\_\_\_), cela concerne l'aménagement de la Place du Village et de la Rue de la Paix à Renens, de la Rue du Villars à Ecublens et de la traversée de Denges. Z. \_\_\_\_\_ a fourni une liste de douze appels d'offres, se rapportant, outre le projet d'Ecublens, à des travaux réalisés pour les routes nationales (A9 et A5), ainsi qu'à la restructuration du réseau électrique à Lausanne/Prilly. S'agissant des architectes (Plarel), Z. \_\_\_\_\_ a fait état de trois références, concernant l'aménagement de la traversée de Chavornay, des espaces publics au centre de Coppet et de la traversée d'Eclépens. L'adjudicateur lui a attribué la note 6. Le recourant objecte à cela qu'il ignorait que la note serait attribuée en fonction du nombre et non de la qualité des références présentées. S'il l'avait su, il aurait fourni un nombre de références supérieur, de manière à obtenir la note maximale (soit 6). A l'audience, le recourant a déposé une liste portant sur neuf objets supplémentaires. La discussion sur le nombre de références et la liberté laissée aux soumissionnaires d'aller au-delà de l'effectif minimal imposé, est sans intérêt. L'essentiel est de constater que l'appréciation de critères purement qualitatifs ne peut pas se faire sur la base d'un simple décompte de références, sans une appréciation de la qualité de celles-ci, au terme d'une analyse motivée. Une autre solution reviendrait à admettre qu'emporterait le maximum de points le soumissionnaire présentant un grand nombre de

références, même mauvaises, au détriment de celui qui n'en présenterait qu'une, mais d'une valeur incomparable, ce qui serait évidemment absurde. A cela s'ajoute que sur le vu de l'appel d'offres et du cahier des charges, le soumissionnaire ne pouvait pas savoir que l'appréciation de la qualité des références se ferait uniquement sur une base quantitative. L'évaluation de l'adjudicateur sur ce point n'est pas conforme au principe de transparence et aboutit à un résultat arbitraire. b) Le cahier des charges mentionne le critère C4, ainsi que sa pondération, soit 1. A ce propos, les soumissionnaires devaient produire une note descriptive du bureau de l'ingénieur civil, indiquant les effectifs et les équipements informatiques utilisés et la valeur des travaux réalisés au cours des trois années précédentes, afin de vérifier l'adéquation de la logistique offerte avec sa structure et les caractéristiques du projet. Le rapport de l'adjudicateur indique que pour ce critère, les offres ont été notées de 3 à 6, selon que le bureau comptait un à trois ingénieurs (note 3), quatre ou cinq ingénieurs (note 4), six ou sept ingénieurs (note 5) ou plus de sept ingénieurs (note 6). Pour ce critère, le recourant a fourni un organigramme, ainsi que le curriculum vitae de trois collaborateurs, dont deux (K. \_\_\_\_\_ et L. \_\_\_\_\_) sont ingénieurs civils diplômés. L'adjudicateur lui a attribué la note 4. Z. \_\_\_\_\_ a fourni une note descriptive du bureau d'ingénieurs et un organigramme, qui fait état de cinq ingénieurs (M. \_\_\_\_\_, N. \_\_\_\_\_, O. \_\_\_\_\_, P. \_\_\_\_\_ et Q. \_\_\_\_\_). L'adjudicateur a attribué à Z. \_\_\_\_\_ la note 3. Le recourant conteste cette appréciation, pour ce qui le concerne. Il expose que si un critère purement quantitatif était déterminant, il pourrait se prévaloir d'un total de neuf ingénieurs garnissant son effectif. Il en conclut ainsi, de manière implicite, que la note maximale (soit 6) lui soit accordée pour ce critère. Dans ses observations du 15 mars 2006 et lors de l'audience du 23 mai 2006, Z. \_\_\_\_\_ a rétorqué qu'il aurait dû lui aussi recevoir une note supérieure, sur le vu des indications qu'il a fournies. S'agissant de ce critère, l'appréciation de l'adjudicateur n'est pas soutenable, et cela à deux égards au moins. Premièrement, on ne voit pas en quoi l'effectif des ingénieurs, sur la base duquel les notes ont été attribuées, permet de juger de l'adéquation entre l'offre et les exigences du projet. A ce propos, l'adjudicateur a expliqué à l'audience que son choix a été dicté par la préoccupation que les travaux soient suivis de manière continue, s'agissant notamment des relations avec les commerçants de la Grand'Rue. Ce souci, certes louable, ne justifie pas que la préférence soit donnée au groupement comptant le plus grand nombre d'ingénieurs (jusqu'à sept et plus, pour la note maximale). A l'audience, les représentants du recourant et de l'intimé sont convenus du fait que la réalisation des travaux litigieux nécessiteraient environ 3'000 heures de travail, soit l'équivalent de deux personnes à plein temps pour la durée prévisible de l'ouvrage. S'il est compréhensible que l'adjudicateur veuille se protéger de tout attermoisement à cet égard, une réserve de force aussi importante que celle envisagée apparaît comme disproportionnée. A cela s'ajoute que dans son appréciation, l'adjudicateur a dénombré uniquement les personnes désignées expressément comme ingénieurs dans les organigrammes et les listes de collaborateurs qui lui ont été soumis, à l'exclusion de celles désignées comme chefs de projets, en expliquant que sous ce dernier vocable peuvent apparaître des personnes qui ne disposent pas d'une formation d'ingénieurs. Or, tant le recourant que l'intimé ont confirmé que pour ce qui les concerne, tous les collaborateurs désignés comme chefs de projet disposent effectivement d'une formation d'ingénieur, même si cela ne ressort pas expressément de la liste jointe à l'offre du recourant. Quoi qu'il en soit, il suffit pour le Tribunal de relever qu'aux dires mêmes de l'adjudicateur, la mise en

œuvre du projet requiert l'intervention principale d'un ingénieur civil combinée avec celle, accessoire, d'un architecte. Sur le vu de cette considération, qu'il n'y a pas lieu de mettre en doute, la prise en compte, au titre du critère C4, d'un effectif pléthorique de remplaçants éventuels est sans rapport avec la situation de fait. Il est en outre étonnant que la formation et les antécédents de l'ingénieur pressenti pour conduire le projet n'aient pas davantage retenu l'attention de l'adjudicateur. L'évaluation de ce critère est ainsi arbitraire.

#### **E. 7**

Le recourant critique l'appréciation des critères C2 (qualité des références présentées par l'ingénieur civil) et C3 (qualité des références présentées par l'architecte). Pour ces deux critères, le coefficient de pondération est de 2. Le rapport de l'adjudicateur indique que les notes à ce propos ont été accordées sur la base du jugement individuel de chaque membre du jury, lequel a ensuite fait l'objet d'une délibération commune et d'une décision par consensus. Pour le critère C2, l'adjudicateur a attribué la note 4,5 (soit 9 points) au recourant et la note 5 (soit 10 points) à Z.\_\_\_\_\_. Pour le critère C3, il a attribué la note 3 (soit 6 points) au recourant et la note 5,5 (soit 11 points) à Z.\_\_\_\_\_. A l'audience, l'adjudicateur a précisé que l'évaluation des offres avait porté, dans l'ordre, sur les critères formels, puis qualitatifs, le prix n'intervenant qu'en dernier lieu. S'agissant des critères C2 et C3, l'appréciation en a été faite par le jury, comprenant deux conseillers municipaux (l'un vigneron-encaveur de profession, l'autre enseignant retraité) et l'ingénieur communal. Les représentants de l'adjudicateur ont précisé que le choix avait été orienté par la comparaison avec des travaux similaires (aménagement d'une voie centrale d'une localité). Ils ont confirmé que le fait que Z.\_\_\_\_\_ ait réalisé des travaux analogues à Coppet avait joué un rôle déterminant, au point qu'ils s'étaient dispensés de procéder à une inspection locale des réalisations du recourant, à Brétigny-sur-Morrens ou à Villars-sur-Ollon, pour ne prendre que ces exemples. Si la méthode choisie n'est pas en elle-même prohibée, elle n'a pas été appliquée correctement en l'espèce. Cette partie de l'évaluation n'a pas fait l'objet d'une motivation soignée dans le rapport de l'adjudicateur. Si celui-ci avait voulu se forger une opinion uniquement par rapport à des travaux similaires, il aurait dû le signaler d'emblée dans le cahier des charges. En outre, il n'est pas acceptable d'entendre, comme cela a été le cas à l'audience, que le choix a été arrêté en fonction d'un projet (la traversée de Coppet), pour la simple raison qu'il a plu aux membres du jury. Un tel jugement de valeur n'est pas compatible avec les exigences d'objectivité et de transparence qui doivent guider la procédure des marchés publics. L'évaluation de ces critères est également arbitraire.

#### **E. 8**

En conclusion, la procédure a été entachée par un faisceau de vices, dont certains sont réhabilités et d'autres non. Considérés globalement, ces défauts ont influé sur la décision d'adjudication, en violation des principes qui gouvernent la matière. Cela entraîne l'admission du recours et l'annulation de la décision attaquée. Compte tenu du fait que l'évaluation de certains critères a aussi pu se faire au détriment de l'adjudicataire, il n'appartient pas au Tribunal de substituer son appréciation à celle de l'adjudicateur, d'inverser le résultat en faveur du recourant et lui adjuger le marché, comme il le demande. Il n'est pas exclu d'emblée que la procédure, refaite correctement, aboutisse au même résultat final. Il appartiendra à l'adjudicateur de décider s'il estime utile de procéder à un nouvel appel d'offres, sur la base d'un cahier des charges modifié, en tout ou partie, ou de reprendre la procédure avec les dix soumissionnaires.

## **E. 9**

Le recours doit ainsi être admis et la décision attaquée annulée. Les frais et dépens sont mis conjointement à la charge de la Ville de Rolle et de Z. \_\_\_\_\_ (art. 55 al. 3 LJPA). En effet, même si les erreurs de procédure ont été commises par l'adjudicateur, il n'en demeure pas moins que l'adjudicataire a expressément conclu au rejet du recours (alors qu'il aurait été libre de s'en remettre à justice s'il avait éprouvé des doutes au sujet de la régularité de la procédure). Il convient toutefois de tenir compte de la part de responsabilité de chacun dans la répartition des frais et dépens, qui seront mis à la charge de la Ville de Rolle, à raison des deux tiers, et de Z. \_\_\_\_\_, pour un tiers.

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