

# VD\_OMNI GE.2006.0076 vom 21. September 2006

VD Tribunal cantonal, 2006-09-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2006.0076](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2006.0076)

FR: VD\_OMNI GE.2006.0076 du 21 septembre 2006

IT: VD\_OMNI GE.2006.0076 del 21 settembre 2006

## Regeste

X. \_\_\_\_\_/ \_\_\_\_\_, Municipalité de Nyon | Apparence de prévention retenue à l'égard d'un expert, membre de la commission d'évaluation mise sur pied par le pouvoir adjudicateur, lorsque l'adjudicataire fait partie du même groupe qu'une société avec laquelle cet expert a formé un consortium, lequel a obtenu d'autres marchés.

## Erwägungen

### E. 1

A titre préliminaire, la recourante reproche à l'ingénieur G. \_\_\_\_\_, administrateur de Z. \_\_\_\_\_, mandataire de l'autorité intimée et membre de la commission d'évaluation des offres, de ne pas s'être récusé en l'occurrence. Elle met en doute son impartialité du fait que le bureau d'ingénieurs Z. \_\_\_\_\_ serait contractuellement lié à Y. \_\_\_\_\_ Genève SA, société-sœur de l'adjudicataire dans le cas d'espèce. a) Les articles 1 er al. 3 litt. b et 11 litt. d de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (ci-après : AIMP) indiquent que cet accord a notamment pour objectif d'assurer l'impartialité de l'adjudication et pose le principe du respect des conditions de récusation des personnes amenées à traiter un appel d'offres (les art. 3 litt. b et 6 litt. d de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics - LVMP - contiennent les mêmes règles). aa) La municipalité, comme pouvoir adjudicateur, intervient comme une autorité administrative. Par rapport à elle, la situation de G. \_\_\_\_\_ peut être appréciée de deux manières. Selon la première, G. \_\_\_\_\_ fait partie de l'autorité qui a décidé ou, du moins, doit être considéré comme son auxiliaire. Selon la deuxième optique, ce dernier intervient comme expert de la municipalité. Peu importe, au demeurant, car les règles de récusation sont les mêmes. En effet, la récusation des membres des autorités administratives, de leurs auxiliaires ou des experts qui les servent, est régie par l'art. 29 al. 1 Cst. garantissant le caractère équitable de la procédure administrative. Même si le champ d'application de cette disposition est plus large que celui de l'art. 6 CEDH (ATF 131 II 169 consid. 2.2.3 p. 173; 130 I 269 consid. 2.3 p. 272/273), l'art. 29 al. 1 Cst., s'agissant des exigences d'impartialité et d'indépendance, assure au justiciable une protection équivalente à celle de l'art. 30 al. 1 Cst., relative à l'indépendance et à l'impartialité de l'autorité judiciaire (ATF 127 I 196 consid. 2b p. 198/199). bb) Aux termes de l'art. 30 al. 1 Cst., toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial, c'est-à-dire par des juges qui offrent la garantie d'une appréciation parfaitement objective (ATF 129 III 445 consid. 3.3.3 p. 454; 129 V 196 consid. 4a.1 p. 198; 128 V 82 consid. 2a p. 84, et les arrêts cités). Si la simple affirmation de la partialité ne suffit pas, mais doit reposer sur des faits objectifs, il n'est pas davantage nécessaire que le juge soit effectivement prévenu; la suspicion est légitime même si elle ne se fonde que sur des

apparences, pour autant que celles-ci résultent de circonstances examinées objectivement (ATF 131 I 24 consid. 1.1 p. 25, 113 consid. 3.4 p. 116; 129 III 445 consid. 3.3.3 p. 454, et les arrêts cités). Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction et le comportement personnels de tel juge en telle occasion, et aussi selon une démarche objective amenant à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme *Wettstein c. Suisse*, du 21 décembre 2000, par. 42; *Ciraklar c. Turquie* du 29 octobre 1998 par. 38; *Castillo Algar c. Espagne* du 28 octobre 1998, par. 43; *Incal c. Turquie* du 9 juin 1998 par. 65; *Gautrin c. France* du 20 mai 1998 par. 58; *De Haan c. Pays-Bas*, du 26 août 1997, par. 49, et les arrêts cités). L'appréciation objective consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter d'un juge un défaut d'impartialité, l'optique du justiciable entre en ligne de compte, mais ne joue pas un rôle décisif; l'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées (arrêts *Wettstein*, précité, par. 44; *Castillo Algar*, précité, par. 45; *Incal*, précité, du 9 juin 1998 par. 71; *Ferrantelli et Santangelo c. Italie* du 7 août 1996 par. 58, *Saraiva de Carvalho c. Portugal* du 22 avril 1994, Série A, vol. 286 par. 35, et les arrêts cités). cc) L'apparence de partialité peut naître d'un risque de collusion d'intérêts, notamment au cours de la procédure d'adjudication. La jurisprudence cantonale considère à cet égard que les membres des pouvoirs adjudicateurs et les personnes qui collaborent à la préparation des décisions doivent être exclus s'ils y ont eux-mêmes ou l'un de leurs proches un intérêt personnel (v. à cet égard, arrêt GE 2005.0048 du 27 décembre 2005, dans lequel le motif de récusation a été nié). Ils doivent aussi se récuser lorsqu'eux-mêmes ou des personnes proches font partie de la direction ou du conseil d'administration d'une personne morale soumissionnaire (v. *Zufferey/Maillard/Michel*, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 263, réf. citée). Quant à l'art. 7 RMP, il prévoit que les membres des autorités adjudicataires qui participent à la préparation et l'élaboration des documents d'adjudication ou aux procédures de passation des marchés publics ne peuvent présenter d'offres. 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 (arrêt GE 2003.0038 du 4 juillet 2003). Il est enfin unanimement admis qu'en cas d'incompatibilité, il incombe aux membres du groupe d'évaluation concerné - et non aux participants - de se retirer, à l'inverse de ce que prévoit la norme SIA 142. b) La question à cerner ici est celle de l'intérêt personnel éventuel de G. \_\_\_\_\_ à voir le marché attribué à Y. \_\_\_\_\_. La recourante fait valoir la position de G. \_\_\_\_\_ comme administrateur (partant actionnaire) de Z. \_\_\_\_\_. Celle-ci a sous-traité, dans le cadre de la construction du tronçon de l'A1 jouxtant l'aéroport de Genève-Cointrin, une partie des travaux d'ingénierie à Y. \_\_\_\_\_ Genève SA. En outre, cette dernière société et Z. \_\_\_\_\_ font partie d'un groupement qui a soumissionné en mars 2006 pour l'adjudication du mandat d'ingénieur dans le cadre de l'extension de lignes de tramways à Genève. Lors de l'audience, G. \_\_\_\_\_ a confirmé que

Z. \_\_\_\_\_, en lien avec Y. \_\_\_\_\_ Genève, avait obtenu (ou était en passe d'obtenir) plusieurs marchés publics, pour des montants portant sur plusieurs millions de francs. Or, la recourante fait valoir que l'adjudicataire serait en quelque sorte la société-sœur de Y. \_\_\_\_\_ Genève SA, puisqu'elles ont toutes deux le même président du conseil, savoir H. \_\_\_\_\_. L'autorité intimée reconnaît la collaboration entre Z. \_\_\_\_\_, représentée par G. \_\_\_\_\_, et Y. \_\_\_\_\_ Genève SA ; elle se contente toutefois de réfuter cette critique en expliquant que les deux sociétés anonymes Y. \_\_\_\_\_ sont indépendantes, de sorte que Z. \_\_\_\_\_ n'aurait jamais eu aucun contact avec Y. \_\_\_\_\_. Dans sa réponse, cette dernière admet cependant que les deux entités sont des sociétés-sœurs et ont le même actionariat. Au cours de son audition, G. \_\_\_\_\_ a confirmé qu'il collaborait de façon régulière avec Y. \_\_\_\_\_ Genève SA, dont l'administrateur, I. \_\_\_\_\_, est l'un de ses amis. Cette société et Z. \_\_\_\_\_ font du reste partie d'un consortium d'ingénieurs civils qui s'est récemment fait adjudger trois marchés importants dans le cadre des projets de transports publics du canton de Genève et qui a soumissionné pour un quatrième marché. G. \_\_\_\_\_ a par ailleurs indiqué qu'il n'aurait pas hésité à se récuser si Y. \_\_\_\_\_ Genève SA avait déposé une offre dans le cadre du présent marché ; comme il ne connaît pas Y. \_\_\_\_\_, avec laquelle il n'a jamais travaillé, la question, selon lui, ne se poserait pas. Il n'est pas établi, ni même allégué que G. \_\_\_\_\_ ou l'un de ses proches ait un quelconque pouvoir de décision dans Y. \_\_\_\_\_ Genève SA dont il n'est du reste pas actionnaire. Cela étant, C. \_\_\_\_\_ a expliqué, lors de l'audience, que le capital-actions de Y. \_\_\_\_\_ Genève SA et Y. \_\_\_\_\_, de même que celui des sociétés constituées dans les autres cantons, était détenu à 100% par Y. \_\_\_\_\_ Holding SA. L'actionariat majoritaire de cette société holding est constitué de deux personnes, le reste étant détenu par les employés des sociétés filles. Certes, chaque emplacement (Genève, Lausanne, Neuchâtel, etc.) a sa propre société ; toutes apparaissent cependant vers l'extérieur (par exemple sur le papier à lettres) comme une seule société avec des bureaux dans différentes villes. On a donc affaire ici à un groupe de sociétés détenues par les mêmes actionnaires, de telle sorte que Z. \_\_\_\_\_, lorsqu'il devient le partenaire de l'une des sociétés, traite sur le plan économique avec le groupe dans son entier. Il s'avère ainsi que G. \_\_\_\_\_, même si Z. \_\_\_\_\_ n'a aucun lien contractuel avec l'adjudicataire, pouvait avoir un intérêt personnel, certes indirect, à ce que le marché soit adjudgé à une société de la holding Y. \_\_\_\_\_. Aucun élément ne permet de retenir que G. \_\_\_\_\_ ait dans une certaine mesure favorisé l'adjudication du présent marché à Y. \_\_\_\_\_ ; il reste cependant que l'apparence de prévention commande de retenir qu'il existait un motif suffisant de récusation à son encontre. Pour ce premier motif, le recours doit être admis et la décision attaquée annulée.

## **E. 2**

La recourante conteste son exclusion de la procédure d'évaluation. a) La question de savoir si une offre anormalement basse doit être écartée d'emblée, à raison du risque lié à l'impossibilité d'exécuter correctement le mandat, est controversée (le Tribunal fédéral l'a laissée indécise à l'ATF 130 I 241 consid. 7.3 p. 255). En tout cas, le soumissionnaire doit, avant toute décision d'adjudication, se voir offrir la possibilité de justifier son prix, surtout lorsque de bonnes notes techniques lui sont par ailleurs attribuées. Ce n'est que si ses

explications ne sont pas convaincantes ou qu'elles laissent apparaître un risque (notamment d'insolvabilité) que l'offre en question peut, dans un deuxième temps, être écartée ou pénalisée (ATF 130 I 241 consid. 7.3 p. 255 ; arrêts GE.2005.0053, précité, consid. 2a, GE.2002.0047 du 20 septembre 2002 consid. 3d, GE.2001.0072 du 12 octobre 2001, consid. 3b; art. 32 let. 1 RMP, mis en relation avec l'art. 36 du même règlement; cf. également l'art. XIII ch. 4 AMP). aa) Aux termes de l'art. 37 al. 1, première phrase, RMP, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. L'adjudicateur appelé à procéder à la pondération de tous les éléments permettant d'évaluer la relation « qualité-prix », peut se référer à la liste des critères d'adjudication figurant dans les documents d'appels d'offres pour moduler l'importance du prix offert. A cet égard, la méthode de notation du prix ne peut pas être utilisée pour préférencier les offres particulièrement basses ; en effet, l'offre la meilleure marché doit toujours être mieux notée, s'agissant de ce critère, que les autres offres puisque l'un des buts essentiels des marchés publics est de réaliser des économies. La notion d'offre la plus avantageuse économiquement demeure cependant une notion juridique imprécise. Elle laisse une importante marge d'appréciation aux entités adjudicatrices. Il existe dès lors un danger réel d'excès ou d'abus du pouvoir d'appréciation. L'obligation qui est faite au pouvoir adjudicateur d'indiquer préalablement les critères d'adjudication et leur ordre de priorité ou leur importance contribue précisément à réduire ce risque d'abus (v. ATF 125 II 86 et ss, 101 et références citées). C'est également dans ce contexte que s'inscrit l'obligation faite au pouvoir adjudicateur de vérifier la crédibilité du prix en présence d'une offre particulièrement basse. L'art. 36 RMP, première phrase, a la teneur suivante: « Si pour un marché donné, des offres paraissent anormalement basses par rapport à la prestation, l'adjudicateur, avant de pouvoir exclure ces offres, demande par écrit les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de l'offre. Ces précisions peuvent concerner notamment le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail définies à l'article 6 ». Quant à l'art. 6 RMP, sa teneur est la suivante : « 1. Le soumissionnaire doit notamment indiquer : a. la nature et l'importance des travaux ou services qui seront sous-traités; b. le nom et le siège des participants à l'exécution du marché; c. la preuve de l'aptitude des participants à l'exécution du marché. 2. L'adjudicateur s'assure que les soumissionnaires a. respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes ; b. garantissent par contrat que les sous-traitants respectent ces prescriptions. 3. Les conditions de travail sont celles fixées par les conventions collectives et les contrats-types de travail; en leur absence, ce sont les prescriptions usuelles de la branche professionnelle qui s'appliquent. 4. Sur demande, le soumissionnaire doit prouver qu'il respecte les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, qu'il a payé ses cotisations aux institutions sociales et ses impôts ou qu'il donne plein pouvoir à l'adjudicateur pour effectuer les contrôles. » A défaut, une offre comportant « des prix anormalement bas non justifiés selon l'article 36 » peut être exclue, conformément à l'art. 32 lit. 1 RMP bb) L'art. 36 RMP (comme l'art. 37 aRMP dans le règlement précédent du 8 octobre 1997) pose ainsi en premier lieu une exigence de nature procédurale. En présence d'une offre qui apparaît comme anormalement basse, le pouvoir adjudicateur ne peut pas l'exclure d'emblée; il doit au contraire lui offrir l'occasion de présenter une justification de ses prix; ce n'est que dans la mesure où cette justification n'apparaît pas convaincante que l'offre en question peut être écartée du marché (v. sur ce point, ATF 130 I 241 consid. 7.3 p. 255 ; Robert Wolf, Der Angebotspreis :

Probleme und Lösungen, in Droit de la construction, Colloque marchés publics 04, Sonderheft 2004, p. 12 et s, not. 13, références citées). Cette disposition se distingue par le fait qu'il s'agit d'une règle de procédure permettant au pouvoir adjudicateur d'obtenir des compléments d'informations de la part du soumissionnaire dont l'offre est suspecte (v. arrêt GE 2000.0092 du 26 octobre 2000). Cette règle se rattache également au droit d'être entendu, en ce sens qu'elle permet au candidat dont l'offre paraît anormalement basse d'expliquer les raisons pour lesquelles il a formulé un prix donné ; celles-ci peuvent être dues aussi bien à des méthodes de fabrication particulièrement économiques, à des conditions inhabituellement favorables, dont le soumissionnaire peut profiter, ou à l'originalité de la prestation proposée (cf. Wolf, *ibid.*). Elle exclut ainsi un régime dans lequel l'élimination de certaines offres (par exemple celles dont le prix serait inférieur de 30% à la moyenne des autres) serait automatique. En revanche, il paraît admissible de fixer un seuil de ce type (pour reprendre l'exemple cité ci-dessus : celui d'une offre inférieure de 30% à la moyenne des autres) déclenchant l'obligation du pouvoir adjudicateur de demander des explications au soumissionnaire, afin qu'il justifie son prix (cf. arrêt GE 2001.0072 du 12 octobre 2001 , nombreuses références citées), cela quand bien même le droit vaudois ne connaît pas un régime de ce type. Le prix anormalement bas se mesure par rapport au niveau moyen des prix, considéré comme prix normal ; un écart important par rapport à cette norme constitue l'indice d'un prix anormalement bas. Il s'agit là toutefois d'une simple présomption, réfragable; l'auteur de l'offre peut la renverser, en démontrant qu'elle repose sur des procédés innovateurs et avantageux, ou sur une organisation particulièrement efficace de la réalisation du projet (arrêts GE.2002.0047, précité, consid. 3d/cc, GE.2001.0072, consid. 3c/bb). Le pouvoir adjudicateur ne dispose à cet égard d'aucune latitude de jugement; en présence d'indices d'une offre anormalement basse, il a l'obligation de recueillir par écrit du soumissionnaire des justifications du prix formulé (voir, dans le même sens Maurice-André Flamme et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6e éd. Bruxelles 1996-1997, p. 1008 et ss). L'art. 36 RMP concède en revanche au pouvoir adjudicataire une certaine liberté quant à l'ampleur des explications qu'il est tenu d'exiger du soumissionnaire dont l'offre paraît anormalement basse. On ne saurait toutefois exiger d'un soumissionnaire qu'il démontre que l'offre de son concurrent adjudicataire est anormalement basse ; le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il dispose d'indices suffisants de l'existence d'une telle offre, est au contraire tenu d'engager cette procédure (en d'autres termes, s'il ne procédait pas à cette vérification dans cette hypothèse, il violerait la liberté d'appréciation qui lui est conférée à cet égard ; voir à ce propos Flamme et al., *op. cit.*, p. 1008 s.). cc) Sur le plan matériel, la règle prescrite à l'art. 32 lit. 1 RMP doit être comprise en ce sens que chaque soumissionnaire doit être en mesure de remplir les conditions de participation et de satisfaire aux modalités du marché, en d'autres termes qu'il lui est normalement possible d'exécuter le travail selon les règles de l'art. Sous l'empire de l'art. 33 lit. 1 aRMP, la règle parlait d'une exécution normale des travaux ; elle n'excluait cependant pas la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de mettre à profit des avancées technologiques (v. sur ce point, Wolf, *op. cit.*, p. 13). Il peut en aller de même dans l'hypothèse où le soumissionnaire établit qu'il a retenu une organisation particulièrement performante pour la réalisation du projet. En revanche, conformément au but poursuivi par cette règle, on ne peut parler d'exécution du marché dans des conditions normales lorsque le soumissionnaire présente une offre qui impliquerait pour lui de travailler à perte (v. arrêt GE 2001.0072, déjà cité). Cette règle ne saurait toutefois dispenser le pouvoir adjudicateur de s'assurer, en présence d'une offre anormalement basse, qu'il est possible au moins disant

d'exécuter le travail selon les règles de l'art (ibid.). Cette exigence sera réputée non remplie lorsque la prestation est proposée en dessous du prix de revient ou lorsque la somme de toutes les positions ne permet pas d'espérer un gain approprié ou ne permet de s'y attendre que si le travail n'est pas exécuté correctement (v. Nicolas Michel, Droit public de la construction, Fribourg 1996 p. 391 n° 1952 et p. 392 n° 1959). dd) En définitive, l'examen de la sous-enchère doit, en droit vaudois, se faire en deux temps. En premier lieu, il convient de vérifier si la règle de procédure de l'art. 36 RMP a été respectée, en d'autres termes, si la marge d'appréciation conférée par cette disposition a été utilisée de manière correcte par l'autorité. Ensuite, il y a lieu d'examiner si les règles de fond consacrées par l'art. 32 RMP ont été violées (v. arrêts GE 2005.0161 du 9 février 2006 ; GE 2005.0053 du 23 août 2005 ; GE 2000.0092, déjà cité). b) La recourante soutient que son exclusion viole principe de transparence, l'entité adjudicatrice n'ayant pas expressément annoncé par avance l'exclusion des offres moins disantes. Pour elle, l'analyse de la crédibilité de l'offre dont le montant est inférieur de plus de 20% de la moyenne des prix rentrés devrait être considérée, à teneur du cahier des charges, non comme un critère d'aptitude mais bien comme un critère d'adjudication, de sorte que son offre aurait éventuellement dû subir une décote dans la notation. Cette question peut être laissée indécise, car, quoi qu'il en soit, le pouvoir adjudicateur n'a pas ménagé à la recourante la possibilité de s'expliquer sur le prix offert. aa) Les documents d'appels d'offres indiquent ce qui suit: « Concernant la qualité économique globale de l'offre, une fourchette de prix de  $\pm 20\%$  par rapport à la moyenne sera prise en compte. Les offres dépassant le 20% seront éliminées. Les offres situées en dessous de 20% verront leur crédibilité vérifiée ». Cette règle doit être comprise, quoi qu'en dise l'autorité intimée, en ce sens que ces dernières offres sont réputées anormalement basses. Comme on l'a vu ci-dessus, un seuil du genre de celui arrêté par le pouvoir adjudicateur dans le cas d'espèce génère en effet l'obligation du celui-ci de demander des explications au soumissionnaire dont l'offre se situe en deçà de ce seuil, afin qu'il justifie son prix. Or, trois offres dont celles de l'adjudicataire et de la recourante étaient inférieures à ce seuil (-24% en ce qui concerne la première, -32% pour la seconde). bb) Il résulte du procès-verbal de la séance du 28 mars 2006 que le groupement d'évaluation a vérifié lui-même la crédibilité de ces trois offres. Il est arrivé, à l'issue de cette séance, à la conclusion que l'offre de l'adjudicataire était crédible mais que tel n'était en revanche pas le cas de celle de la recourante. Le groupement d'évaluation n'a donc pas respecté la règle de forme prescrite à l'art. 36 RMP. Il devait en effet donner aux soumissionnaires concernés, dont la recourante, l'occasion de justifier leurs prix, ce avant même de juger cas échéant leurs offres non crédibles et de les écarter en conséquence. Sur la plupart des éléments mis en avant par l'autorité intimée pour exclure son offre de la recourante - notamment l'estimation des heures et leur répartition entre ingénieurs et dessinateurs - la recourante a indiqué pouvoir être en mesure de fournir une explication plausible résultant, par exemple, de son savoir-faire ou de son organisation interne. Lors de l'audience, les représentants de l'autorité intimée ont également allégué que l'offre de la recourante ne proposait aucune coordination avec les autres corps de métier. Pourtant, si la recourante avait été invitée à justifier son prix, elle aurait pu démontrer en quoi son offre incluait implicitement cette prestation, en se référant notamment à la norme SIA 103. Dès lors, l'autorité intimée ne pouvait priver la recourante, d'emblée et sans l'entendre, de la possibilité de justifier le prix offert. c) Le recours est ainsi bien fondé également sous l'angle du droit d'être entendu.

### E. 3

La décision doit être annulée et la cause renvoyée à la Municipalité pour nouvelle décision. Se pose toutefois la question de savoir à quel stade la procédure devra être reprise. En pareil cas en effet, le pouvoir adjudicateur n'est pas nécessairement tenu de recommencer la procédure depuis son commencement. Si les défauts affectent uniquement la phase de l'évaluation des offres, il est concevable de refaire la procédure depuis ce stade (arrêts GE 2003.0038 du 4 juillet 2003; GE 2002.0047 du 20 septembre 2002; GE 2002.0028 du 9 juillet 2002; GE 2000.0091 du 4 octobre 2000). En l'occurrence, l'autorité intimée pourrait à cet égard reprendre la procédure à compter de la séance d'ouverture des offres du 27 mars 2006, non sans avoir, préalablement, modifié la composition de la commission chargée d'évaluer les offres (cf. consid. 1 ci-dessus) et invité les soumissionnaires moins disants, parmi lesquels Y. \_\_\_\_\_, dont les offres excèdent la limite inférieure de 20% de la moyenne des offres, à justifier leurs prix et la crédibilité de celles-ci (cf. consid. 2 ci-dessus). Deux questions doivent cependant être réservées; il n'est pas exclu en effet que leur résolution exige de l'autorité intimée qu'elle publie un nouvel appel d'offres. a) La recourante a invoqué une violation du principe de transparence ; elle se plaint de ce que la méthode d'évaluation du prix n'ait pas été annoncée dans les documents d'appel d'offres. aa) Le principe de la transparence exige du pouvoir adjudicateur qu'il indique aux soumissionnaires potentiels tous les éléments leur permettant de déposer une offre en connaissance de cause; ce principe vise ensuite à obliger cette autorité à respecter les règles du jeu qu'elle a arrêtées, partant à l'empêcher de manipuler les règles d'appréciation qu'elle avait posées par avance. Ce principe impose au pouvoir adjudicateur d'énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères pris en considération pour l'évaluation des soumissions, afin de prévenir le risque d'abus et de manipulations; l'adjudicateur reste libre d'attacher plus d'importance à certains critères plutôt que d'autres, pour autant qu'il le fasse savoir préalablement (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 101/102; ATF 2P.4/2000 du 26 juin 2000, consid. 4d). Concrètement, les critères doivent être énoncés dans l'ordre de leur importance, l'indication de leurs poids respectifs devant être précisée (voir, sur cette question, Galli/Lehmann/Rechsteiner, *Das Öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zürich 1996, Nos 219 à 221). Ainsi, le Tribunal administratif a constamment rappelé dans sa jurisprudence qu'il incombait au pouvoir adjudicateur d'arrêter par avance, soit dans l'appel d'offres, soit dans les documents de soumission, les critères de qualification et d'adjudication qu'il entend appliquer par ordre d'importance, ainsi que, le cas échéant, les facteurs de pondération éventuels et d'en communiquer le contenu aux soumissionnaires, au plus tard avant le dépôt de leurs offres (arrêts GE 2003.0206 du 23 décembre 2003 ; GE 2003.0072 du 28 octobre 2003; GE 2002.0009 du 4 juin 2002; GE 2000.0165 du 17 avril 2001 et la jurisprudence citée ; GE 1999.0142 du 20 mars 2000). Le pouvoir adjudicateur, conformément au principe de transparence, doit en outre donner connaissance aux candidats à l'avance d'une grille d'évaluation des offres lorsqu'il entend l'appliquer au marché en cause (voir à ce propos Olivier Rodondi, *Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics*, in RDAF 2001 I 387 et ss, not. 405) ; tel n'est pas le cas en revanche de l'échelle des notes utilisée pour apprécier chacun des critères (ibidem, p. 406 et les réf. cit.). Le Tribunal fédéral a fixé à cet égard deux règles dont l'inobservation suffit à rendre la procédure suivie non compatible avec le principe de transparence : d'une part, lorsque le pouvoir adjudicateur a arrêté à l'avance une grille de pondération pour chacune des prestations attendues dans le cadre de l'adjudication, elle doit en donner connaissance aux candidats; d'autre part, il lui est interdit à l'issue de la publication de cette grille ou, au plus tard, lorsque les offres sont rentrées, de modifier le poids qu'elle a accordé aux

différents critères d'adjudication, de telle sorte que le résultat final apparaisse comme manipulé (ATF 2P.299/2000 du 24 août 2001, cité par Hubert Stöckli, Bundesgericht und Vergaberecht, in DC 2002 p. 3 et ss, not. 9). bb) En l'occurrence, les critères d'adjudication et leur pondération, ainsi que l'échelle des notes figuraient dans le dossier d'appel d'offres; la recourante l'admet, au demeurant. Elle soutient toutefois que la méthode de notation du prix n'a pas été communiquée à l'avance aux candidats, de sorte que la procédure serait viciée. Il ressort du tableau de notation versé au dossier que l'adjudicataire a obtenu la note maximale (5) pour un prix offert de 749'399 francs. Les sept autres soumissionnaires restants ont obtenu pour leur part des notes allant de 4,34 pour prix de 838'784 francs, à 0,21 pour un prix de 1'163'148 francs. L'autorité intimée a en réalité simplement appliqué la formule de notation, certes sommaire mais annoncée au chiffre 3.2 des Instructions et conditions générales, selon laquelle l'entreprise offrant le prix minimum se situant dans la fourchette de  $\pm 20\%$  de la moyenne obtient la note maximale, tandis que celle offrant le prix maximum dans la même fourchette obtient zéro point. Entre les deux extrêmes, on voit en revanche que chaque augmentation de prix de 25'000 francs justifie une diminution de 0,1 points. Or, il ne ressort pas des documents d'appel d'offres que cette échelle d'évaluation, pour autant qu'elle ait été arrêtée à l'avance, ait été annoncée aux candidats. Il reste que ce manquement n'est pas suffisant pour retenir in casu une violation du principe de transparence. b) Il est apparu au Tribunal que la procédure pouvait avoir été faussée par le montant des travaux, estimé par le pouvoir adjudicateur à 13'500'000 francs, dont 2'800'000 francs pour la galerie couverte (68 ml à 41'000 fr./m) et 8'100'000 francs pour le viaduc (1'960 m<sup>2</sup> à 4'130 fr./m<sup>2</sup>). Le Tribunal a retiré de l'ordre de grandeur de ces deux prix unitaires que les coûts définis des ouvrages étaient en réalité erronés, les prix du marché étant environ de 20'000 fr./ml., respectivement 2'000 fr./m<sup>2</sup>, ce qui aurait pour effet de réduire le coût déterminant les honoraires de l'ingénieur civil à 8'000'000 francs. Lors de l'audience, la recourante et l'adjudicataire se sont accordés sur le point que ces montants avaient été surévalués de 30 à 40% ; les représentants de l'autorité intimée ont expliqué sur ce point qu'il s'agissait pour elle d'offrir aux soumissionnaires des bases d'évaluation optimales eu égard à la géologie et au milieu urbain dans lesquels le projet s'implante. G. \_\_\_\_\_ a confirmé qu'il avait arrondi à la hausse l'estimation du projet, afin de prendre en compte les coûts supplémentaires liés notamment à l'élargissement du viaduc à l'une de ses extrémités lié à l'aménagement éventuel d'un giratoire, d'une part, et à la création d'une liaison piétonnière par la création d'un ouvrage constitué d'une vville en béton armé, d'autre part. Cet argument n'est guère convaincant. Les travaux supplémentaires évoqués par G. \_\_\_\_\_ ne font pas partie du projet; ils ne sont mentionnés ni dans les documents d'appel d'offres, ni sur les plans. Partant, leur étude n'entre pas dans le champ du marché, dont le prix doit être rabattu en conséquence. Une autre solution consisterait à maintenir le prix indiqué, mais en complétant le liste des ouvrages à réaliser. La solution intermédiaire choisie, qui revient à surévaluer le prix de travaux dont la nomenclature n'est pas exhaustive, n'est pas admissible. La surestimation constatée, de l'ordre de 5'000'000 francs, a influé dans une mesure non négligeable sur la procédure puisqu'elle a conduit certains soumissionnaires, dont Y. \_\_\_\_\_, à déposer une variante de prix forfaitaire. Elle en a amené d'autres, après avoir effectué un nouveau calcul du coût, à présenter des offres inférieures à la moyenne, avec le risque de prendre à leur charge un éventuel dépassement des honoraires. Il est au demeurant frappant de constater que les offres litigieuses étaient l'une et l'autre inférieures de plus de 20% à la moyenne, ce qui est inhabituel.

#### **E. 4**

Le recours doit ainsi être admis et la décision attaquée annulée. Les frais et dépens sont mis à la charge de la Municipalité et de Y. \_\_\_\_\_, qui ont conclu au rejet du recours. Afin de tenir compte de la part de responsabilité prépondérante du pouvoir adjudicateur dans les vices qui ont entaché la procédure, la charge des frais et dépens sera répartie; la Municipalité en supportera les deux tiers, Y. \_\_\_\_\_ le tiers restant.

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