

## **VD\_OMNI MPU.2008.0002 vom 30. Oktober 2009**

VD Tribunal cantonal, 2009-10-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2008.0002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2008.0002)

FR: VD\_OMNI MPU.2008.0002 du 30 octobre 2009

IT: VD\_OMNI MPU.2008.0002 del 30 ottobre 2009

### **Regeste**

X. SARL c/Ville de Vevey, Y. SARL | Marché public portant sur l'attribution d'un mandat d'architecte. Procédure sélective. Les candidats sélectionnés ont tous calculé leurs offres d'honoraires sur un coût des travaux déterminant (montant "B") différent. Constatant ces différences, l'intimée a procédé à une correction, afin de comparer des offres établies sur la base d'un montant "B" identique pour chacun d'eux. L'intimée a ainsi recalculé les offres d'honoraires de chacun des soumissionnaires en appliquant une règle de 3. Cette manière de faire est approximative, mais reste admissible, compte tenu de l'écart existant entre les offres de chacun des soumissionnaires. Quoi qu'il en soit, même sans correction, la recourante n'obtenait pas le marché. Or, selon la jurisprudence, la constatation d'une violation des principes de transparence et de concurrence efficace dans la procédure d'adjudication ne suffit pas à elle seule à justifier l'annulation de la décision en cause: encore faut-il que le vice ait porté préjudice au recourant. Recours rejeté.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Déposé dans les délai et forme prescrits (art. 10 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics [LMP-VD; RSV 726.01]), le recours est recevable.

#### **E. 2**

Le cahier des charges de la seconde phase comporte une annexe "procédure sélective, prestations à fournir", qui énonce les instructions suivantes: "Les prestations attendues par le candidat doivent correspondre en tout point à la définition qui est donnée pour chacune d'elles à l'art. 4 de la norme SIA 102. (...) Les honoraires seront calculés selon l'art. 7 de la norme SIA 102 (joindre feuille de calcul pour les phases ci-dessous". L'annexe expose ensuite le récapitulatif des prestations et les pourcentages de la norme SIA 102 et présente au verso un tableau à remplir par le soumissionnaire comportant le détail des postes: 4.32 étude des détails, travaux à exécuter selon tableau ci-dessus; 4.33 devis, travaux déjà exécutés selon tableau ci-dessus; 4.41 appels d'offres et proposition d'adaptation; 4.51 projet d'exécution; 4.52 exécution de l'ouvrage; 4.53 mise en service, travaux à exécuter; total des honoraires HT; TVA; total honoraires net TTC; et montant de l'offre: total des honoraires, montant des frais et indication que l'offre est ou non soumise à indexation, avec mention de l'indice le cas échéant. Tous les soumissionnaires ont rempli ce tableau (voir pour la recourante et l'adjudicataire le tableau récapitulatif des honoraires, ci-dessus p. 9). Généralement, ces données sont accompagnées d'une note de calcul qui précise le coût de l'ouvrage HT (B) déterminant le temps nécessaire (Tm), ainsi que les facteurs h (taux horaire offert), p (facteur de base pour le temps nécessaire), r (facteur d'ajustement), n (degré de difficulté) et q (part des prestations) ou à tout le moins certains d'entre eux. Seul l'adjudicataire n'a fourni aucune de ces précisions (aussi la note de calcul jointe à l'offre de

la recourante ne lui a-t-elle pas été communiquée en cours de procédure, voir avis du juge instructeur du 4 juin 2008). La recourante soutient de ce fait que l'offre de l'adjudicataire aurait dû être écartée, puisque sa proposition d'honoraires n'était pas accompagnée d'une feuille explicative indiquant les éléments de calcul, et notamment le montant "B". De l'avis de l'adjudicataire, le dossier ne requérait pas de telles précisions. Il s'agissait de remplir la fiche de calcul annexée au cahier des charges, en indiquant précisément le montant des honoraires correspondant à chaque poste, ce qu'elle a fait. a) Aux termes de l'art. 32 let. k du règlement du 7 juillet 2004 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP-VD; RSV 726.01.1), une offre peut être exclue notamment lorsqu'elle n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, est incomplètement remplie ou a subi des adjonctions ou des modifications. L'exclusion peut intervenir d'emblée, après la constatation du défaut rédhibitoire entachant l'offre, ou après l'évaluation, pour autant que l'application des critères d'adjudication reste "traçable", conformément au principe de la transparence (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, du 15 juin 2006, reproduite in: JAAC 70.80, consid. 4; voir également ATF 2P.225/2005 du 27 avril 2006, relaté in: DC 2006 p. 187 S112), voire même par substitution de motifs, dans le cadre de la réponse à un recours dirigé contre la décision d'adjudication (arrêt GE.2003.0111 du 20 février 2004, consid. 1a, et les références citées). L'exclusion de la procédure doit se faire dans le respect du principe de la proportionnalité; elle ne peut se fonder sur des éléments mineurs, ou du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication (ATF 2P.219/2003 du 17 juin 2005, consid. 3.3; 2P.259/2004 du 11 mai 2005, reproduit in: DC 2005 p. 175, consid. 2; 2P.161/2003 du 29 octobre 2003). Sous l'angle de l'art. 32 let. k RLMP-VD, ont ainsi été exclues les offres comportant le changement de la personne responsable de la conduite du projet au sein d'un consortium (arrêt GE 2001.0074 du 12 décembre 2001) ou de l'adjudicataire (arrêt GE.2005.0090 du 10 avril 2006; voir également, sur ce point, ATF 2P.47/2003 du 9 septembre 2003, reproduit in: DC 2003 p. 156, consid. 3.2, ainsi que les décisions rendues par la Commission fédérale de recours les 30 mai 2005 et 14 avril 2005, reproduites in: DC 2005 p. 176 et 180). En revanche, il serait excessivement formaliste d'exclure une offre de la procédure, en raison de la violation d'une règle formelle, sans inviter le soumissionnaire à corriger un défaut véniel (cf. la décision de la Commission fédérale de recours, du 23 décembre 2005, reproduite in: JAAC 70.33, concernant le défaut de signature par une personne autorisée selon le registre du commerce; arrêt GE.2006.0011 du 22 mai 2006, consid. 3, concernant le défaut de la production d'une attestation relative au paiement de la TVA; arrêt GE.2006.0084 du 6 septembre 2006, consid. 7b, concernant des attestations présentées en allemand, langue du siège du soumissionnaire; cf. également ATF 2P.141/2002, reproduit in: DC 2005 p. 173). b) En l'espèce, la suite de la procédure de sélection, les estimations faites par l'intimée pour comparer les offres et les mémoires qu'elle a déposés montrent qu'elle n'attendait effectivement pas des concurrents les éléments de leurs calculs et en particulier le montant B. A tout le moins, il apparaît que le cahier des charges n'est pas suffisamment précis sur ce point. On peut le regretter; la comparaison des offres en aurait été grandement facilitée, mais on ne saurait tenir grief à l'adjudicataire de n'avoir pas fourni ces données. Il convient d'admettre ici que l'interprétation qu'il a faite du cahier des charges est défendable, si bien que le prétendu manquement ne justifiait pas une exclusion de son offre. Il y a lieu de relever encore à ce propos que les autres candidats qui ont fourni une fiche de calcul n'ont pas tous indiqué l'ensemble des données; il manque en particulier dans l'une des offres le facteur h.

### E. 3

La recourante reproche ensuite pour l'essentiel à l'intimée d'avoir indûment et sans s'en expliquer modifié son offre d'honoraires. a) Les cinq candidats sélectionnés à l'issue de la première phase de la procédure sélective ont tous calculé leurs offres d'honoraires sur un coût des travaux déterminant (montant "B") différent. Constatant ces différences, l'intimée a jugé utile de procéder à une correction, afin de comparer des offres établies sur la base d'un montant "B" identique pour chacun d'eux. b) La méthode choisie par l'intimée s'apparente à celle des appels d'offres dits "fonctionnels", ou du moins l'a confrontée aux difficultés d'appréciation que suscite le recours à ce type de marchés. Sur cette question, il convient de rappeler que la jurisprudence a admis la licéité de principe de tels appels d'offres (voir GE.2005.0086 consid. 1, du 21 avril 2006) L'arrêt cité définit ce type de soumission et ses conditions comme il suit (GE.2005.0086 consid. 1b): La pratique et la jurisprudence ont ménagé une exception aux règles précitées, en admettant la licéité de principe des appels d'offres « fonctionnels ». « La soumission fonctionnelle s'entend d'une procédure d'appel d'offres qui laisse aux soumissionnaires la liberté de déterminer les moyens (objet du marché) à mettre en œuvre pour assurer la fonction (objectif du marché) définie par l'adjudicateur. A l'inverse du cas où il fournit aux soumissionnaires un cahier des charges détaillé que ceux-ci complètent en y ajoutant des prix en face de positions prédéfinies, l'adjudicateur ne formule alors ses besoins que sous la forme d'un programme de fonctions et d'objectifs chiffrés » (cf. Dubey, *Le concours en droit des marchés publics*, 2005, p. 146, n. 406 ; cf. également, à titre de comparaison : art. 22 al. 1 lettre b RMP). Toutefois, même en cas d'appel d'offres fonctionnel, dont l'avantage est de restreindre les coûts de planification de l'adjudicateur, la prestation requise doit faire l'objet d'un programme de prestations qui fournit aux soumissionnaires les valeurs déterminantes de base décrites de façon claire et complète (cf. Gauch/Stöckli/Dubey, *Thèses sur le nouveau droit des marchés publics*, Fribourg, 1999, note 8.1). Dans la détermination des critères d'adjudication, l'adjudicateur ne peut donc se contenter d'un vague objectif de planification ou de construction, mais il doit au contraire définir ces critères avec une précision suffisante pour qu'ils puissent servir de base d'appréciation. A cette fin, il doit formuler des objectifs chiffrés, clairs et exhaustifs en ce qui concerne les aspects techniques, économiques, programmatiques - voire esthétiques - du marché (DC 2003 p. 59, S6 consid. 7, arrêt bâlois qui, s'il admet le principe de la soumission fonctionnelle pour un marché de mandataires, a annulé le marché en l'absence de critères suffisamment sûrs – autres que le prix – pour apprécier les offres en concurrence). Les critères d'adjudication fonctionnels doivent être mesurables, faute de quoi ils ne seraient pas praticables (cf. Dubey, *op. cit.*, p. 148, n. 408). L'admissibilité de l'appel d'offres fonctionnel a été reconnue en droit vaudois pour les marchés de construction (cf. GE.2003.0038 du 4 juillet 2003), mais la question a implicitement été laissée ouverte pour les marchés de mandataires (cf. GE.2003.0064 du 29 août 2003). Dans le cas cité, les soumissionnaires étaient invités à déterminer le coût prévisionnel de l'ouvrage, sans que les données fournies par les documents de soumission en définissent les caractéristiques; la méthode choisie, qui laissait une grande liberté d'appréciation aux soumissionnaires, a nécessairement conduit à de telles disparités dans la détermination du coût prévisionnel qu'elle faussait toute comparaison possible entre les concurrents. Les défauts de la méthode appliquée dans ce cas ont donc conduit à l'annulation de l'adjudication contestée. Dans le cas de la transformation du musée Jenisch, le cahier des charges indique le coût total des interventions de chacune des phases du projet (rez inférieur, salles et espaces publics, mise en conformité aux règles de défense incendie

et entretien). Ce cahier comprend un descriptif des prestations attendues, qui précise en particulier l'équipement requis. Il convient d'admettre que l'intimée a formulé des objectifs suffisamment précis pour apprécier les offres en concurrence. c) Le calcul du montant de 4'200'000 fr. retenu (chiffre obtenu en déduisant du total des coûts de 5'230'000 fr. annoncé dans le cahier des charges les honoraires CFC 291, 391 et 991, les frais secondaires, ainsi que la TVA) est correct et n'est du reste pas contesté par la recourante. L'intimée a ensuite recalculé les offres d'honoraires de chacun des soumissionnaires en appliquant une règle de trois. Cette manière de faire est approximative. Elle suppose en outre que les soumissionnaires auraient retenu les mêmes facteurs h, p, r, n et q en partant d'un coût des travaux déterminant (montant "B") différent. Compte tenu de l'écart existant entre les offres de chacun des soumissionnaires, le procédé paraît encore admissible. Quoi qu'il en soit, même sans correction, la recourante n'obtenait pas non plus le marché. En effet, même si la recourante avait obtenu le maximum de points sur le critère des honoraires (soit la note de 6, alors que son offre n'est pas la plus basse), la note corrigée de 4.66 ne lui aurait pas permis d'obtenir le marché, puisqu'elle demeurerait en deçà de la position de l'adjudicataire qui a obtenu 5.11 points. C'est encore vrai, si l'adjudicataire n'avait reçu que la note 3 (la note la plus basse, et non 4) pour le critère du prix, ce qui lui valait encore 4.81 points. Or, selon la jurisprudence, la constatation d'une violation des principes de transparence et de concurrence efficace dans la procédure d'adjudication ne suffit pas à elle seule à justifier l'annulation de la décision en cause: encore faut-il que la vice ait porté préjudice au recourant (arrêts GE.2003.0072 du 28 octobre 2003; RDAF 2000 I 345, 349; GE 1999.0135 du 26 janvier 2000, résumé in DC 4/2000 S 58 p. 133, avec une note d'Esseiva; en outre Rodondi, in RDAF 2001 I 409). Ce grief doit dès lors être rejeté.

#### **E. 4**

La recourante se plaint enfin de la prétendue publication de fausses données dans le rapport "public" du jury qui pourrait nuire à sa réputation. Ce moyen, tel qu'il est formulé, est étranger à la procédure des marchés publics, dans la mesure où il n'a aucune incidence sur la notation de la recourante. Il sera dès lors écarté.

#### **E. 5**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. La recourante, qui succombe, supportera les frais de justice. Elle n'aura par ailleurs pas droit à l'allocation de dépens. L'autorité intimée, qui a procédé sans l'assistance d'un avocat, ne peut obtenir de dépens; l'adjudicataire, qui a consulté en cours de procédure, a droit à des dépens réduits.

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