

## **VD\_OMNI MPU.2012.0021 vom 5. Dezember 2012**

VD Tribunal cantonal, 2012-12-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2012.0021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2012.0021)

FR: VD\_OMNI MPU.2012.0021 du 5 décembre 2012

IT: VD\_OMNI MPU.2012.0021 del 5 dicembre 2012

### **Regeste**

X. \_\_\_\_\_, Y. \_\_\_\_\_, Z. \_\_\_\_\_/Commune d'Aigle | Qualité pour recourir (rappel de la jurisprudence): lorsque plusieurs recourants agissent par une même écriture et sont représentés par le même mandataire, il suffit que l'un des recourants ait la qualité pour recourir pour déclarer le recours recevable, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si les autres recourants ont également qualité pour recourir. En l'espèce, il n'est pas contesté que la Section vaudoise de la SIA a qualité pour recourir selon la jurisprudence du tribunal.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

La matière est régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (A-IMP; RSV 726.91), ainsi que par la loi cantonale sur les marchés publics, du 24 juin 1996 (LMP-VD; RSV 726.01) et le règlement y relatif, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; RSV 726.01.1).

#### **E. 2**

Déposé dans le délai de dix jours prévu par l'art. 10 LMP-VD, le recours est intervenu en temps utile. Il est au surplus recevable en la forme.

#### **E. 3**

L'autorité intimée a déclaré lors de l'audience du 11 octobre 2012, ne plus contester la qualité pour recourir de Y. \_\_\_\_\_ et de Z. \_\_\_\_\_. Au demeurant, comme il l'a été souligné dans l'arrêt du 8 octobre 2012 (RE.2012.0012 consid. 2b et 2c) concernant l'effet suspensif accordé au recours, lorsque plusieurs recourants agissent par une même écriture et sont représentés par le même mandataire, il suffit que l'un des recourants ait la qualité pour recourir pour déclarer le recours recevable, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si les autres recourants ont également qualité pour recourir (voir arrêt CDAP AC.2010.0154 du 31 octobre 2011 consid. 1d); or, en l'espèce, il n'est pas contesté que Y. \_\_\_\_\_ a qualité pour recourir selon la jurisprudence du tribunal (voir arrêt TA GE.2000.0136 du 24 janvier 2001 consid. 1c/bb).

#### **E. 4**

Le principe de transparence, consacré aux art. 6 LMP-VD, 13 et 15 RLMP-VD, exige tout d'abord que le pouvoir adjudicateur fasse connaître les principales étapes de la procédure et leur contenu et qu'il indique à l'avance aux soumissionnaires potentiels tous les éléments minimaux et utiles leur permettant de déposer une offre valable et correspondant pleinement aux conditions posées (cf. ATF 125 II 86). La jurisprudence a par la suite développé cette exigence. En substance, il est essentiel que l'autorité adjudicatrice décrive soigneusement l'objet du marché et les conditions qui lui sont applicables; cela suppose qu'elle ait procédé

à une définition précise de ses besoins. Concrètement, le cahier des charges doit contenir, en principe à tout le moins, un descriptif des prestations demandées, qui doit être clair et complet; à défaut, des problèmes surgiront dans la suite de la procédure de soumission, notamment sur le plan de la comparabilité des offres en présence. En présence d'un descriptif imprécis, la faculté des entreprises de poser des questions au pouvoir adjudicateur ne constituera en règle générale pas un correctif suffisant (cf. arrêt TA GE.2003.0064 du 29 août 2003, consid. 3a, et les références citées). b) La pratique et la jurisprudence ont ménagé une exception aux règles précitées, en admettant la licéité de principe des appels d'offres "fonctionnels". Les appels d'offres "fonctionnels" sont des appels d'offres lors desquels le pouvoir adjudicateur se borne à définir un programme et des buts précis, tout en laissant aux concurrents le soin de trouver les solutions les plus adéquates pour atteindre l'objectif fixé (arrêts TA GE.2003.0038 du 4 juillet 2003 consid. 3c/aa et GE.2003.0064 du 29 août 2003 consid. 3a). «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). 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). Les critères d'adjudication fonctionnels doivent être mesurables, faute de quoi ils ne seraient pas praticables (cf. Dubey, *op. cit.*, p. 148, n. 408). Ce type de soumission, à l'étranger, constitue déjà un moyen fréquemment utilisé en matière de prestations de constructions complexes. Il implique tout d'abord des coûts de planification réduits pour l'adjudicateur; par ailleurs, il est de nature à accroître la concurrence entre soumissionnaires, amenés ainsi à offrir des prestations innovatrices dans de tels projets. Toutefois, il accroît les coûts de préparation de l'offre pour ces derniers, ce qui peut induire également une diminution de la concurrence. Enfin, de tels appels d'offres engendrent des difficultés importantes au niveau de la comparaison des dossiers présentés par les soumissionnaires (voir, sur ces différents points, Gauch et al., *op. cit.*, No 8.1, 11.6 et 32.1). L'admissibilité de l'appel d'offres fonctionnel a été reconnue en droit vaudois pour les marchés de construction (cf. arrêt TA GE.2003.0038 du 4 juillet 2003 consid. 3/c/aa), mais la question a implicitement été laissée ouverte pour les marchés de mandataires (cf. arrêts TA GE.2003.0064 du 29 août 2003 et GE.2005.0086 du 21 avril 2006 consid. 1b).

## **E. 5**

a) En l'espèce, l'autorité intimée a organisé, pour la construction d'un bâtiment préscolaire et parascolaire, un appel d'offres fonctionnel soit en entreprise totale, soit en entreprise générale avec sous-traitance des travaux d'architecte et d'ingénieur. b) Les recourants ont tout d'abord prétendu (dans leur mémoire de recours) que la jurisprudence et la doctrine excluait les appels d'offres fonctionnels. Par la suite (lors de l'audience du 11 octobre 2012), ils ont précisé leur position en ce sens qu'ils admettent que l'admissibilité de l'appel

d'offres fonctionnel a été reconnue en droit vaudois pour les marchés de construction, mais contestent que l'autorité intimée puisse procéder par ce biais dans le cas d'espèce, où, contrairement à ce qui est exigé par la jurisprudence, l'appel d'offres ne comporte pas de base claire et précise. Car si l'appel d'offres organisé par l'autorité intimée fixe des volumétries et des surfaces avec précision, il ne contient toutefois aucune indication concernant l'organisation du projet. Ce qui aura pour conséquence que les soumissionnaires présenteront des dossiers qui, bien qu'ils auront les mêmes volumes et qu'ils seront implantés dans le même périmètre, seront néanmoins très différents les uns des autres, avec des prix également très différents. Selon les recourants, procéder par ce biais ne permet dès lors pas que les projets présentés soient, de manière transparente et prévisible pour les soumissionnaires, comparés objectivement; l'autorité intimée devrait plutôt d'abord mandater, par le biais du concours ou de l'appel d'offres, un architecte qui établirait un plan de mise à l'enquête et obtiendrait un permis de construire; il y aurait ainsi une base claire et précise qui permettrait d'organiser par la suite un appel d'offres en entreprise générale. Est dès lors litigieuse la question de savoir si, dans le cadre de l'appel d'offres fonctionnel tel qu'il a été organisé par l'autorité intimée, les critères posés reposent sur des bases suffisamment claires et complètes au regard de la jurisprudence afin que le comité d'évaluation puisse choisir le lauréat en toute transparence. c) Il ressort des documents au dossier ainsi que des déclarations des représentants de l'autorité intimée et des témoins lors de l'audience du 11 octobre 2012 que l'autorité intimée a, en 2008, d'abord mandaté G.\_\_\_\_\_ Sàrl pour évaluer les besoins en nouvelles places dans l'accueil préscolaire et parascolaire, ainsi que le budget et les investissements nécessaires pour le mobilier et pour la construction d'une crèche-garderie et d'une UAPE. L'autorité intimée a ensuite demandé à G.\_\_\_\_\_ Sàrl de mener une étude sur les emplacements potentiels qui pouvaient accueillir ces structures d'accueil et sur les avantages et les inconvénients de chaque emplacement. C'est le site de La Planchette qui a été choisi. En 2010, l'autorité intimée a à nouveau mandaté G.\_\_\_\_\_ Sàrl pour mener une étude afin d'actualiser les besoins en places d'accueil de la population suite à l'évolution démographique. Puis, cette société, qui a à son actif la mise sur pied de plusieurs crèches-garderies et unités d'accueil, a également participé avec des architectes extérieurs (N.\_\_\_\_\_ et O.\_\_\_\_\_) à la définition du programme. Par la suite, l'autorité intimée a mandaté le bureau de conseil en gestion publique A.\_\_\_\_\_ SA afin d'établir un rapport sur les différentes procédures envisageables pour la construction du bâtiment projeté sur le site de la Planchette. Elle lui a d'abord demandé d'étudier la mise en concurrence dont il est question en l'espèce sous la forme d'un concours mais lui a finalement demandé de procéder par un appel d'offres fonctionnel au vu des particularités du dossier, qui sont un besoin urgent de places en unités d'accueil, d'une part, et le fait que le programme est très bien défini, d'autre part. d) Il est vrai que le programme définit de façon de façon claire les surfaces, les normes techniques applicables, notamment les règles très strictes pour cette catégorie de bâtiment préscolaire et parascolaire en matière de protection incendie, de disposition des locaux et de leur affectation. Et ceci n'est pas seulement dû au fait que, dans le domaine de l'accueil d'enfants, de nombreuses contraintes architecturales (par ex. des surfaces minimales exigées) sont fixées dans des directives émises par le Service de protection de la jeunesse et par d'autres services de l'Etat: il y a également en l'espèce, tout d'abord, un plan de quartier qui définit très clairement ce qu'il faut construire à cet emplacement, et, ensuite, le programme est défini de façon très précise par des architectes en collaboration avec G.\_\_\_\_\_ Sàrl. Il apparaît dès lors qu'à l'instar de ce qui est exigé par la jurisprudence, le programme de

prestations fixe de façon claire et complète les valeurs déterminantes de base sur lesquelles les soumissionnaires proposeront leurs offres. e) S'agissant de l'argument des recourants selon lequel l'appel d'offres fonctionnel n'a pas été avalisé par le Tribunal administratif dans l'arrêt TA GE.2003.0038 du 4 juillet 2003 (cité au consid. 4b ci-dessus) pour une question d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, on relève que les critiques du Tribunal administratif portaient uniquement sur la phase de négociation postérieure au dépôt des offres, sous l'angle de la non-discrimination entre soumissionnaires, et non sur l'appel d'offres. Le document des dispositions administratives de l'appel d'offres, à son point 4.15, prévoit du reste l'interdiction de principe des négociations. Quant au risque que, lors d'appels d'offres fonctionnels de ce type, un projet architectural de qualité soit pénalisé s'il est inclus dans une offre plus faible à d'autres égards, cet élément ne suffit pas à écarter, par principe, le système de l'appel d'offres fonctionnel. Il incombe à l'adjudicateur de procéder à une pondération et, le cas échéant, de se priver d'un concept architectural intéressant si l'offre présentée, dans sa globalité, ne répond pas aux exigences formulées. Il peut, certes, recourir à la procédure de concours ou mandater un architecte en vue de l'obtention d'un permis de construire suivi d'un appel d'offres mais le choix de l'une ou l'autre variante, y compris celui de l'appel d'offres fonctionnel, lui appartient, en fonction notamment des critères de coût et d'urgence de la réalisation. On observe aussi que, dans tout marché de construction traditionnel où les travaux de construction, à l'exclusion des prestations d'architecte, doivent être réalisés sous le régime de l'entreprise générale, l'adjudicateur reçoit et évalue des offres qui portent en bloc sur des travaux ressortissant à des corps de métiers différents. L'adjudicateur doit là aussi choisir l'une de ces offres et rejeter les autres sans possibilité de les combiner. Il ne peut par exemple pas choisir les installations de chauffage et climatisation d'une offre et les aménagements intérieurs d'une autre offre. Or, nul n'a jamais soutenu qu'en raison de cette contrainte, le système de l'entreprise générale serait contraire au droit des marchés publics et, en particulier, au principe de la transparence. Dans l'appel d'offres présentement litigieux, les prestations d'architecte sont intégrées de la même manière dans le système plus général encore dit de l'entreprise totale et il en résulte une contrainte similaire pour l'adjudicateur. Les recourants tiennent cette intégration pour illicite en raison de cette contrainte; quoiqu'ils la critiquent sévèrement, ils ne parviennent pas à démontrer de manière topique que les prestations d'architecte nécessitent impérieusement, en raison de leur nature particulière et au regard du principe de la transparence, d'être adjugées séparément des travaux. Les recourants ont également fait valoir que la généralisation des appels d'offres fonctionnels pourrait entraîner un risque pour un bon nombre d'architectes et d'ingénieurs ne travaillant pas avec une entreprise totale ou générale d'être exclu de marchés publics. C'est effectivement un risque. Il n'appartient toutefois pas à la législation sur les marchés publics de garantir à l'ensemble des professionnels d'une branche économique l'accès le plus large possible aux marchés publics. Quant à la crainte évoquée par les recourants selon laquelle procéder par l'appel d'offres fonctionnel amènerait les soumissionnaires à présenter des projets avec des coûts incomparables, elle apparaît infondée puisque l'on constate que A.\_\_\_\_\_ SA a estimé le coût des travaux entre 7 et 7,5 millions de francs et que les coûts des six projets qui ont été déposés varient entre 6,5 et 7,5 millions de francs.

## **E. 6**

Le recours doit ainsi être rejeté. Les frais sont mis à la charge des recourants, ainsi qu'une indemnité en faveur de l'autorité intimée, à titre de dépens (art. 49, 52, 55 et 56 LPA-VD).

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