

VD_OMNI GE.1998.0060 vom 1. Juli 1998

VD Tribunal cantonal, 1998-07-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.1998.0060

FR: VD_OMNI GE.1998.0060 du 1 juillet 1998

IT: VD_OMNI GE.1998.0060 del 1 luglio 1998

Regeste

c/Municipalité de Renens | Confirmation du régime prévalant avant l'entrée en vigueur de la LVMP, pour les marchés non régis par cette loi en application de l'art. 16 LVMP : l'adjudication ne constituait pas une décision sujette à recours.

Erwägungen

E. 16

LVMP, cette loi s'applique à la passation de marchés qui sont mis en soumission ou adjugés après son entrée en vigueur. Cette disposition arrête la même solution que l'art. 22 al. 1 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (ci-après : AIMP). De manière générale, on note, dans la rédaction de la loi vaudoise, une grande fidélité au texte de l'accord précité; cela s'explique aisément dans la mesure où l'adoption de la LVMP avait précisément pour but essentiel de créer la base légale nécessaire à la mise en oeuvre de l'accord intercantonal précité (voir à ce propos EMPL N o 172 de juin 1996, p. 2, qui constituait un document unique soumettant simultanément ces deux textes à l'approbation du Grand Conseil; la loi visait aussi à régler les marchés publics n'atteignant pas les seuils prévus par l'accord, tout en retenant des solutions harmonisées pour les cas soumis ou non à l'AIMP). Il apparaît dès lors que le commentaire de l'exposé des motifs de l'AIMP (EMPL N o 172 précité, p. 32) vaut également, contrairement à ce que soutiennent les recourants, pour l'art. 16 de la loi. On le reproduit ci-dessous : "7.2. Droit transitoire (art. 22)

L'adjudication des marchés publics intervient souvent par phases et sur une longue période de temps. En conséquence, une solution doit être trouvée pour les marchés qui sont déjà en cours au jour de l'adhésion et par conséquent de l'entrée en vigueur de l'accord intercantonal, mais qui ne sont pas encore terminés. Sinon des retards pourraient intervenir, lesquels auraient par expérience des répercussions financières négatives. L'appel d'offres (et dans le cas de la procédure de gré à gré l'adjudication) apparaît comme critère pour l'application de l'ancien et du nouveau droit. Tous les marchés pour lesquels l'appel d'offres est intervenu avant l'entrée en vigueur (et par conséquent l'adjudication intervenue antérieurement) doivent se dérouler selon le droit antérieur (art. 22, al. 1). La même chose est applicable par analogie pour la sortie (art. 22, al. 2). Les recourants interprètent néanmoins les explications qui précèdent en insistant sur le critère de l'adjudication; selon eux, ce n'est que si celle-ci intervient avant l'entrée en vigueur de l'accord, respectivement de la loi, que ces textes ne seraient pas applicables (ce faisant, ils tentent de tirer profit de l'ambiguïté de la parenthèse libellée ainsi : "et par conséquent l'adjudication intervenue antérieurement "). C'est toutefois la conclusion contraire qui résulte clairement de ce document, comme le font valoir les architectes intimés; ainsi l'adjudication ne constitue un critère déterminant, sous l'angle intertemporel, que dans le cas de la procédure de gré à gré (dans ce sens, v. encore Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics : effectivité et

protection juridique, p. 432; l'auteur plaide pour une application restrictive du critère de l'adjudication). Au demeurant, si l'adjudication constituait le critère déterminant pour tous les marchés publics, même pour ceux qui font l'objet d'appels d'offres, la référence au critère de la mise en soumission serait dépourvue de sens. Selon l'art. 7 al. 1 lit. c LVMP, la procédure de gré à gré se définit encore par une adjudication directe du marché à un soumissionnaire, cela sans procéder à un appel d'offres (voir également art. 12 al. 1 let. c AIMP). En d'autres termes, les autres types de procédure reposent a contrario sur un appel d'offres, ainsi la procédure ouverte ou la procédure sélective (art. 7 al. 1 let. a et b LVMP; respectivement art. 12 al. 1 let. a et b AIMP). b) En l'occurrence, la municipalité de X., a procédé par un appel d'offres, d'abord limité à cinq bureaux, puis étendu aux ateliers de X., ; il s'agit là d'une procédure qui s'apparente à la procédure sélective (selon l'art. 6 al. 2 RMP, la procédure sélective est de règle pour les marchés de construction des communes inférieurs à 5'000'000 fr.; voir en outre art. 7 RMP, qui précise que, dans le cadre d'une procédure sélective, un soumissionnaire au moins doit être extérieur à la commune pour les marchés des communes). Or, l'appel d'offres est intervenu en mai/juin 1997, de sorte que, en application du critère de la mise en soumission (soit le premier critère choisi par l'art. 16 LVMP, par opposition au critère de l'adjudication), la LVMP n'est pas applicable au cas d'espèce. Tout au plus pourrait-on se demander si la municipalité, en confiant des mandats d'étude complémentaires aux deux bureaux retenus en décembre 1997 a procédé ce faisant à un nouvel appel d'offres. La réponse doit être négative, puisqu'il s'agissait là, sur un plan formel, d'un mandat; en outre, ce procédé s'inscrivait dans l'ensemble des démarches destinées à mener à bien le projet d'agrandissement du CV et devait dès lors être considéré comme une suite de la mise en soumission intervenue en mai/juin 1997. c) Par ailleurs, les règles de la loi du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (ci-après : LMI) ne sauraient être d'aucun secours aux recourants. Sans doute, il découle de l'art. 9 al. 1 que les adjudications de marchés publics doivent être arrêtées désormais en la forme de décisions sujettes à recours; cependant, dans son arrêté d'entrée en vigueur, le Conseil fédéral, s'il a mis en vigueur les dispositions de la loi précitée au 1er juillet 1996, a toutefois réservé l'art. 9 al. 1 à 3, dont l'entrée en vigueur a été repoussée au 1er juillet 1998 (sur la portée des règles de droit transitoire de la LMI, v. au surplus ATF 123 I 313). La décision d'adjudication querellée est antérieure à cette date, de sorte que l'art. 9 al. 1 LMI n'est pas non plus applicable en l'espèce. d) La nature de l'acte d'adjudication était auparavant fort controversée; la plupart des cantons et la Confédération y voyaient un acte qui ne constituait pas une décision, au sens technique que le droit administratif donne de ce terme (soit au sens de l'art. 5 PA ou de l'art. 29 LJPA). Ensuite de la ratification des accords du GATT, portant notamment sur les marchés publics, le législateur fédéral, pour satisfaire ses engagements internationaux, a expressément voulu mettre fin à cette incertitude, en qualifiant désormais l'adjudication de décision, au sens précité (voir par exemple art. 9 al. 1 LMI; l'AIMP, auquel renvoie d'ailleurs l'art. 5 al. 1 LMI, vise d'ailleurs le même objectif : voir à ce sujet art. 15 AIMP; s'agissant de la solution prévalant avant l'entrée en vigueur de ces nouveaux textes, voir ATF 119 Ia 424 et les nombreuses références citées; Pierre Moor, Droit administratif II 256 et 280 ss; Nicolas Michel/Evelyne Clerc, La protection juridique des soumissionnaires dans le droit et la pratique des cantons, DC 1993, 31 ss; Clerc, op. cit., p. 357 ss, 370 ss, Attilio Gadola, Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, PJA 1996, 967 et réf. citées par ces auteurs). aa) Si l'on suit l'étude des droits cantonaux précitée (Michel/Clerc), la plupart des cantons ne connaissaient auparavant pas de procédure de recours formelle en matière

d'adjudication. Tel était le cas du canton de Vaud; sans doute, l'art. 21 al. 4 du règlement du 2 février 1977 concernant l'adjudication des travaux publics de l'Etat et des fournitures qui s'y rapportent prévoyait que le Conseil d'Etat tranchait les contestations auxquelles donnait lieu l'application de ce règlement; cependant cette règle ne désignait, selon l'interprétation qui en a été donnée, que la voie de la dénonciation ou plainte à l'autorité de surveillance (Aufsichtbeschwerde) et non pas une voie de recours. Le Tribunal administratif n'a pas eu à examiner la question et partant n'a pas écarté cette solution, ni en matière de soumissions cantonales, expressément visées par le règlement précité, ni communales (auxquelles le règlement était applicable par analogie lorsque les travaux en question étaient financés en partie par l'Etat, ce qui est le cas en l'espèce : art. premier al. 6 de ce texte). Il ne s'impose pas de modifier cette pratique en l'espèce; au demeurant, un revirement de jurisprudence n'aurait guère de sens au moment même où la question est désormais tranchée expressément par les textes légaux. Cela étant, on doit dès lors retenir en principe que l'adjudication, qui n'est régie pour des motifs relevant du droit transitoire ni par la LVMP, ni par la LMI, ne constitue pas dans le droit vaudois antérieurement en vigueur une décision sujette à recours, ce au sens de l'art. 29 LJPA. bb) On signalera ici que le Tribunal fédéral a adopté la même solution pour les marchés publics de la Confédération, cela avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (ci-après : LFMP; voir à ce propos ATF 119 Ia 424 consid. 3 let. a et d); la même solution prévaut pour le recours de droit public (consid. 3b, sous une réserve, let. c), sur laquelle il convient de s'arrêter. De manière générale, la jurisprudence récente rendue par le Tribunal fédéral en matière de recours de droit public reconnaît, malgré l'absence de légitimation sur le fond, la qualité pour agir au recourant qui ferait valoir que ses droits de partie ont été lésés en procédure cantonale et qu'il en découlerait pour lui un déni de justice formel (cette jurisprudence est communément désignée sous le nom de "Star Praxis" : v. à ce sujet Alain Wurzbürger, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, RDAF 1997, 352 ss et les arrêts cités). Cette solution s'applique également aux procédures de soumission (outre le considérant précité de l'ATF 119, voir encore consid. 4 b/bb du même arrêt, qui énonce les règles essentielles de procédure régissant les soumissions publiques qui pourraient être invoquées dans le cadre du recours de droit public); parmi les règles en question, l'arrêt énonce les dispositions relatives à la récusation, voire même les principes découlant directement de l'art. 4 Cst. à ce sujet, en tant que garanties minimales. aaa) La jurisprudence précitée du Tribunal fédéral conduit à admettre la recevabilité du recours (de droit public) en isolant un acte préalable de nature procédurale pour le considérer comme attaquant, indépendamment du fait que l'adjudication elle-même ne l'est pas, en l'absence d'un caractère de décision. En d'autres termes, l'octroi du marché apparaît comme une simple déclaration de volonté exprimée par l'autorité en vue de la passation d'un contrat; malgré cela, des démarches préliminaires sont détachées de ce processus et isolées pour être qualifiées de décisions au sens des art. 84 et 87 OJ. La transposition de la "Star Praxis" au domaine des marchés publics conduit sans le dire à admettre la réception en droit suisse de la théorie allemande des deux niveaux ou celle de la théorie française de l'acte détachable (v. à ce sujet, outre Clerc, op. cit., p. 362 ss, Minh Son Nguyen, Le contrat de collaboration en droit administratif, thèse Lausanne 1998, p. 267 ss, spéc. 274 ss, et Alexandre Flückiger, L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration, Berne 1998, p. 145 ss et références citées par ces auteurs); au demeurant, les conséquences d'une telle solution, en dehors du domaine des marchés publics proprement dit, dans le domaine plus général du contentieux contractuel (notamment celui de l'engagement d'agents publics par voie de

contrat; ou le contentieux lié, non pas à la passation du contrat, mais à l'exécution de celui-ci) sont difficiles à circonscrire et il n'est pas évident que le Tribunal fédéral lui-même les ait tirées dans la jurisprudence qu'il a rendue sur recours de droit public. A titre de comparaison, seuls de rares cantons, soit semble-t-il Genève, Uri et le Valais, ont admis la recevabilité de recours formés en matière d'adjudication pour violation de règle de procédure, sur le modèle de la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral (Clerc, op. cit., p. 373, qui cite les arrêts résumés au DC 1994, 104 n o 206 et SJ 1995, 600 consid. 3 à 5; mais ces résumés n'abordent pas la question). Les autres cantons ne connaissant pas de recours formel en matière d'adjudication ne l'ont pas ouvert non plus dans l'hypothèse où le candidat évincé invoque des griefs de procédure. bbb) Cette solution était notamment celle du canton de Vaud, mais le Tribunal administratif n'a jamais eu l'occasion de la confirmer jusqu'ici. On ne voit cependant pas de motif impératif aujourd'hui d'abandonner cette voie, qui correspond d'ailleurs à celle retenue par le Tribunal fédéral en matière de recours de droit administratif, pour lui préférer celle découlant de la jurisprudence rendue sur recours de droit public. En tous les cas, cela ne s'impose pas dans le cadre de l'interprétation de l'art. 29 LJPA; au contraire, la rédaction de cette règle s'inspire dans une très large mesure de l'art. 5 LPA, dont on a vu que la portée ne s'étendait pas à l'adjudication (ATF 119 Ia précité, consid. 3a et d); l'art. 1er al. 3 lit. d LJPA paraît comporter plutôt un rejet de la théorie des actes détachables (dans ce sens RDAF 1998, 58 consid. 1a). Ainsi, à supposer que la Municipalité de X., ait ignoré les garanties découlant de l'art. 4 Cst. en matière de récusation, l'on ne saurait, dans le cadre du droit vaudois, reconstruire une "décision" (ou une absence de décision) rendue en violation de cette règle. Au surplus, l'existence de directives internes à la Municipalité de X., en matière de récusation n'y change rien; cette conclusion ne varierait pas non plus si les recourants faisaient valoir la violation de règles de procédure du règlement du 2 février 1977 déjà cité. En effet, si par hypothèse ces règles (qui doivent être considérées comme une circulaire administrative) ont été ignorées, il n'en découle pas encore que la non-application de celles-ci puisse être considérée comme une décision au sens de l'art. 29 LJPA. 2. Le pourvoi est dès lors irrecevable; les mesures d'instruction complémentaires requises par les recourants, qui concernent les questions de fond, s'avèrent ainsi superflues et l'on n'y donnera donc pas suite. Cela étant, les recourants supporteront l'émolument d'arrêt et verseront des dépens, tant à la Commune de X., qu'aux intimés Burgener et consorts qui l'emportent avec l'assistance d'un mandataire professionnel (art. 55 LJPA).

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