

# VD\_OMNI GE.1998.0097 vom 14. August 1998

VD Tribunal cantonal, 1998-08-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.1998.0097](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.1998.0097)

FR: VD\_OMNI GE.1998.0097 du 14 août 1998

IT: VD\_OMNI GE.1998.0097 del 14 agosto 1998

## Regeste

c/Service des transports | Décision provisionnelle du juge instructeur en matière de marchés publics: a) l'octroi de l'effet suspensif suppose l'apparence de bien-fondé du recours, ce qui oblige le magistrat instructeur à vérifier s'il présente de réelles chances de succès; b) il y a lieu en outre de procéder à une balance des intérêts en présence, notamment l'intérêt public à une réalisation rapide du marché (n'est pas déterminante l'urgence découlant de la planification choisie par le pouvoir adjudicateur, notamment s'il n'a pas pris en compte l'éventualité d'un recours).

## Erwägungen

### E. 1

A teneur de l'art. 12 de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (ci-après : LVMP), le recours n'a pas d'effet suspensif (al. 1); toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, accorder l'effet suspensif à un recours pour autant que celui-ci paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (al. 2). Cette réglementation correspond à celle de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (ci-après : AIMP; voir à cet égard art. 17 al. 1 et 2). On ajoutera que selon les dispositions de ces deux textes, le contrat ne peut être conclu avec l'adjudicataire qu'après l'écoulement du délai de recours et, en cas de recours, que si l'autorité juridictionnelle cantonale n'a pas accordé au recours un effet suspensif (art. 9 al. 1 LVMP; art. 14 al. 1 AIMP). Cette réglementation correspond pour l'essentiel à celle de la loi fédérale sur les marchés publics, du 16 décembre 1994 (ci-après : LMP; voir à ce sujet art. 28); toutefois, les dispositions de l'AIMP paraissent accorder une protection provisoire du soumissionnaire évincé un peu plus favorable que celle du droit fédéral, sur deux points. En effet, le droit fédéral ne prévoit pas de décision sur effet suspensif rendue d'office par le magistrat instructeur, mais exclusivement sur demande; par ailleurs seul l'AIMP prévoit une clause de "standstill", empêchant le pouvoir adjudicateur d'accorder le marché pendant la durée du délai de recours (voir à ce sujet Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics : effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, p. 554 s.). Quoi qu'il en soit, avant de procéder à un examen plus poussé des critères d'octroi de l'effet suspensif, l'on doit signaler ici l'art. XX, § 7, let. a de l'accord du GATT sur les marchés publics, selon lequel les mesures transitoires doivent permettre de préserver les possibilités commerciales des concurrents; cette disposition prohibe donc une pondération des intérêts qui donnerait systématiquement un poids prépondérant à l'intérêt public invoqué par le pouvoir adjudicateur (dans ce sens, Evelyne Clerc, op. cit., p. 552; cet auteur cite d'ailleurs une pratique similaire de la Commission chargée, au sein de l'Union européenne, d'appliquer les dispositions relatives aux marchés publics). En d'autres termes, le régime de la protection provisoire doit être en harmonie avec le but visé, consistant à instaurer un contrôle

judiciaire effectif en matière de marchés publics (voir dans le même sens l'arrêt du 15 juillet 1997 de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, RDAF 1998 I 140, spéc. consid. 3 let. e). L'autorité fédérale de recours a d'ailleurs relevé ailleurs (RDAF 1998 I 34, spéc. consid.

### **E. 3**

S'agissant toutefois de l'apparence du bon droit, il est une question qui mérite d'être vérifiée. En l'état - ce point est d'ailleurs souligné par l'autorité intimée, dans sa correspondance du 10 août 1998 -, seul le recourant connaît le montant de son offre et sait si son recours présente un intérêt concret, parce que celle-ci serait la plus basse au regard des critères de calcul posés par le cahier des charges. Pour sa part, le groupement recourant demande la levée de la confidentialité qui lui est imposée au sujet des prix qu'il a proposés; il n'est donc nullement opposé à divulguer au département le contenu précis de son offre, figurant dans son enveloppe no 2 encore cachetée. Au passage, on notera que, même si les dispositions applicables n'en parlent pas, rien ne fait obstacle au prononcé de mesures provisionnelles autres que l'effet suspensif; tel est tout particulièrement le cas dans des procédures sélectives, lorsque cela répond au principe de la proportionnalité (RDAF 1998 I 34, spéc. consid. 3 let. e; voir également Evelyne Clerc, *op. cit.*, p. 546); dans l'arrêt précité, la Commission fédérale de recours, par voie de mesures provisionnelles, a par exemple réintroduit provisoirement les recourants dans la procédure de passation du marché, dont ils avaient été exclus dans un processus de préqualification, en leur donnant la possibilité d'élaborer et de déposer une offre, à leurs risques et périls. De manière similaire, il convient en l'occurrence d'ordonner au pouvoir adjudicateur d'ouvrir l'enveloppe no 2 des recourants et de procéder aux calculs susceptibles de déterminer si leur offre doit être retenue comme l'une des plus basses, selon les critères du cahier des charges. Au cas où le pouvoir adjudicateur parviendrait à une réponse négative à cette question, le présent recours devrait alors sans doute être considéré comme dénué d'intérêt réel.

### **E. 4**

Conformément à la pratique suivie en matière de décisions incidentes rendues par le magistrat instructeur, il n'y a pas lieu de prélever un émolument de décision, ni d'allouer de dépens, ces derniers suivant le sort de la cause au fond.

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