

VD_OMNI GE.2003.0095 vom 28. Oktober 2003

VD Tribunal cantonal, 2003-10-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2003.0095

FR: VD_OMNI GE.2003.0095 du 28 octobre 2003

IT: VD_OMNI GE.2003.0095 del 28 ottobre 2003

Regeste

Walo Bertschinger SA et consort c/ Département des infrastructures, Service des routes | Est prépondérant l'intérêt public comparable à une situation d'état de nécessité commandant l'exécution immédiate des travaux. S'agissant des tunnels de Glion, l'autorité intimée n'a pas établi de manière suffisante que tel est le cas.

Erwägungen

E. 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. d; v. aussi plus récemment JAAC 66.37). L'autorité fédérale de recours a relevé ailleurs

(RDAF 1998 I 34, spéc. consid. 3 let. d) que l'art. 28 LMP implique uniquement que le législateur a voulu écarter un effet suspensif automatique du recours dans les litiges en matière de marchés publics et qu'il a considéré que la commission de recours devait procéder dans chaque cas à une pondération des intérêts en cause (voir la référence de l'arrêt au Message du Conseil fédéral). Cela ne signifie pas que l'effet suspensif ne peut être ordonné qu'exceptionnellement; on ne saurait non plus en déduire que le législateur a voulu que le recourant doive invoquer des raisons particulièrement prépondérantes pour obtenir l'effet suspensif. Inversement, il faut s'assurer aussi que le but poursuivi par la décision puisse toujours être atteint et ne soit pas indûment repoussé du fait d'une longue procédure dotée de l'effet suspensif. b) Si l'on reprend les critères posés à l'octroi de l'effet suspensif, l'on doit tout d'abord cerner la notion d'apparence du bon droit. Dans l'esprit des remarques qui précèdent, cette exigence doit être comprise surtout comme excluant l'octroi de l'effet suspensif lorsque le recours est manifestement mal fondé. Dans les autres cas, en revanche, les chances de succès du recours ne devraient pas influencer sur la question d'un éventuel octroi de l'effet suspensif; il serait donc excessif d'exiger que les motifs du recours convainquent *prima facie* du bien-fondé de celui-ci (dans ce sens, Evelyne Clerc, op. cit., p. 546; Peter Galli, *Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen*, in : Michel/Zäch, *Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz*, Zürich 1998, p. 103 ss, spéc. 113 s, lequel se réfère aux deux arrêts précités, parus à la RDAF 1998 I; voir aussi Galli/Lehmann/Rechsteiner, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zürich 1996, no 587 s; Zufferey/Maillard/Michel, *Droit des marchés publics*, présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 131 ss, 252 ss et 271 ss; Carron/Fournier, *La protection juridique dans la passation des marchés publics*, Fribourg 2002, p. 89 ss, spéc. 96 à 101; Galli/Moser/Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zürich 2003, p. 319 ss). Lorsque l'effet suspensif ne doit pas être refusé d'emblée faute d'apparence de bon droit, le juge instructeur doit procéder, pour statuer sur ce point, à une balance des intérêts en présence. On doit signaler ici l'intérêt public à une réalisation rapide du marché. La Commission fédérale de recours a une pratique relativement restrictive à cet égard, qui ne donne un poids particulier à ce critère que lorsque l'ordre public (par exemple la sécurité publique) est en jeu; en revanche, l'urgence ne saurait en principe être invoquée avec succès par le pouvoir adjudicateur lorsque celle-ci résulte uniquement de la planification qu'il s'est fixée, car elle doit être arrêtée en tenant compte d'une procédure de recours éventuelle (voir dans ce sens RDAF 1998 I 42, in fine; voir, dans le même sens, Galli, op. cit., p. 113 s.; v. aussi JAAC 66.37 et références citées). Au demeurant, on peut opposer un autre intérêt public, savoir celui d'attribuer le marché conformément aux textes légaux, voire même à un concurrent dont l'offre serait plus avantageuse. S'agissant des intérêts privés en jeu, il faut opposer celui du concurrent évincé à celui de l'adjudicataire à poursuivre le marché sans désemparer. 2. S'agissant tout d'abord de l'apparence de bon droit du recours, celle-ci apparaît comme suffisamment démontrée, en l'espèce; elle n'est d'ailleurs pas sérieusement contestée par le consortium adjudicataire, sous une réserve. a) Ce dernier met en exergue le fait que l'autorité intimée, dans son analyse de l'offre des recourantes, indique que celle-ci aurait pu être éliminée, mais qu'elle ne l'avait pas été pour éviter le reproche du formalisme excessif. Le groupement adjudicataire estime toutefois que ce point n'est pas suffisamment établi et qu'il doit être analysé dans le cadre de l'instruction. Cela étant, dans la mesure où la présente décision doit être rendue sans mesures d'instruction complémentaires et sur la seule base des éléments disponibles, force est au magistrat instructeur de s'en tenir à l'appréciation de

l'autorité intimée et de considérer que les informalités commises par le groupement recourant ne présentaient pas une gravité suffisante pour entraîner son exclusion. b) S'agissant par ailleurs du grief du pourvoi relatif à la notation du prix, il faut relever que le Tribunal administratif, dans un arrêt antérieur (du 23 avril 2001, GE2000/0161), avait condamné la méthode préconisée par le Guide romand et reprise par l'autorité intimée dans le cadre du marché ici litigieux; certes, le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 6 septembre 2002 (arrêt 2P.161/2002, consid. 2.1 et 2.2) a retenu l'appréciation contraire, dans le cadre d'un recours de droit public pour arbitraire (certes dirigé contre une décision de refus de l'effet suspensif, émanant du TA JU). Quoi qu'il en soit, on ne saurait déduire de ce seul arrêt du Tribunal fédéral que le recours serait sur ce point manifestement mal fondé; il apparaît au contraire que la question mérite d'être débattue, ce qui suffit au regard de la condition d'apparence de bon droit. c) Les recourantes s'en prennent également au choix des critères d'adjudication, notamment au motif que l'autorité intimée a utilisé pour son évaluation des critères relevant plutôt de l'aptitude à réaliser le marché. Or, la doctrine - mais également la jurisprudence de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics - a posé l'exigence d'une nette distinction entre critères d'aptitude et critères d'adjudication (voir à ce sujet les références de doctrine citées par le mémoire de l'adjudicataire, page 22). Par rapport à cette approche stricte, la pratique, voire la jurisprudence cantonale semble adopter une position plus souple (voir par exemple TA VD, arrêt du 23 avril 2001, GE2000/0161). Là encore cependant, on ne saurait retenir que la jurisprudence est sur ce point stabilisée et que le grief soulevé doit être considéré comme manifestement mal fondé. 3. Dès lors que le pourvoi, sur la base de l'examen qui précède, apparaît comme présentant des chances de succès, force est au soussigné de procéder à une balance des intérêts en présence. a) Il faut mentionner tout d'abord l'intérêt public à l'exécution rapide du marché. Cependant, il ne s'agit pas là, sauf circonstances particulières, d'un motif suffisant pour refuser l'effet suspensif. La jurisprudence considère en effet que l'urgence liée à la seule planification du maître de l'ouvrage ne saurait être décisive à cet égard. De plus, ce dernier doit en principe inclure dans sa planification le temps raisonnablement nécessaire à une procédure de recours. D'autres éléments méritent cependant une analyse plus approfondie. aa) L'autorité intimée fait notamment valoir le risque que présentent actuellement les tunnels de Glion, dans la mesure où ceux-ci ne respectent pas les normes de sécurité les plus récentes, élaborées apparemment à la suite de l'accident du tunnel du Mont-Blanc, notamment. Il ne serait dès lors guère admissible de reporter l'exécution du chantier d'une année supplémentaire. Les recourantes, pour leur part, contestent cette appréciation, en produisant un certain nombre de pièces, émanant notamment de l'Office fédéral des routes. En 1999, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication avait relevé, après les accidents du Mont-Blanc et de Tauern, qu'aucun tunnel suisse ne présentait des lacunes de sécurité d'une gravité telle qu'une fermeture immédiate de l'un d'entre eux doive être ordonnée; la situation actuelle n'est pas différente, selon les recourantes. S'agissant des tunnels de Glion, celles-ci mettent en exergue le fait qu'il s'agit de tunnels de longueur relativement modeste (1,345 km), comportant une circulation en voie unidirectionnelle, dans deux tubes séparés. Les risques d'accident s'en trouvent ainsi fortement diminués. Aux yeux du magistrat instructeur, la situation actuelle des tunnels de Glion ne peut guère être assimilée à une sorte d'état de nécessité (susceptible de justifier la réalisation immédiate du marché : dans ce sens JAAC 66.37). En effet, entre la date de l'accident précité et l'exécution des travaux, quelque cinq années se seront écoulées; durant cette période, force

a été d'assumer le risque lié aux installations existantes des tunnels de Glion (une sixième année s'écoulera en outre s'agissant du second tube). Dans l'hypothèse d'un véritable état de nécessité, les travaux auraient été entrepris immédiatement ou à tout le moins beaucoup plus rapidement, cas échéant au prix de sacrifices beaucoup plus importants, en terme de réduction de la mobilité entre les différentes régions reliées par l'A9. La nature et la gravité du risque invoqué par l'autorité intimée ne sont par ailleurs pas aisés à cerner sur la seule base du dossier, mais il semble acquis que les travaux ne visent pas à prévenir un événement grave et imminent. bb) Cependant, la question de l'appréciation de l'intérêt public lié à la suppression du risque précité n'a pas à se poser dans l'hypothèse où le marché pourrait être réalisé dans les délais prévus malgré la présente procédure. Or, une audience a déjà été fixée au 24 novembre prochain et le tribunal, selon toute vraisemblance, devrait être en mesure de statuer sur le fond d'ici à fin novembre, voire début décembre, à tout le moins sous la forme d'un dispositif. Certes, l'autorité intimée fait valoir la date-butoir du 15 novembre 2003. Il serait indispensable que l'adjudicataire puisse, dès cette date, commencer l'exécution de prestations préparatoires, telles que des commandes en vue de la construction des coffrages, ainsi que la préparation de centrales à béton. Pour le juge de céans, il n'apparaît toutefois pas établi qu'un délai supplémentaire de quelque quinze jours environ soit de nature à faire obstacle à la réalisation du marché selon le calendrier prévu. S'agissant des coffrages, l'autorité intimée évoque en premier lieu un calendrier d'un peu plus de huit mois à cet effet; aussi, dans l'idéal, l'adjudication aurait dû être prononcée, selon elle, à mi-septembre 2003. Elle admet cependant que ce programme peut être comprimé et être réalisé pour autant que la conception et la fabrication des coffrages débute au 15 novembre 2003 au plus tard, cela afin que les bétonnages puissent commencer à mi-mai 2004 (en effet, ces travaux ne peuvent intervenir qu'après le démontage des installations existantes, puis la démolition des revêtements existants). Cependant, si les cahiers des charges prévoient bien, à titre de prestation préalable, la réalisation des coffrages de voûte et fixent au surplus des délais à cet effet, ils ne démontrent pas le caractère incontournable du calendrier présenté par l'autorité intimée dans sa réponse au recours (voir chiffre 5.1.1. des Conditions particulières spécifiques aux cahiers nos 8510.01 à 8510.06, qui parlent d'une disponibilité de ces coffrages sur une place de montage à proximité du chantier six semaines avant le début des bétonnages, soit début avril 2004. S'agissant par ailleurs de l'installation d'une centrale à béton sur le site, de la qualification de celle-ci et des essais de recettes de bétons, les conditions particulières valables pour tous les chantiers d'appel d'offres ne sont pas plus précises quant aux délais fixés (voir tout au plus chiffre 7.2.4 in fine, qui parle d'une procédure de qualification de quelque soixante jours; v. aussi le délai prévu pour les essais de béton, de deux mois avant le début des travaux). b) Quant à l'adjudicataire, il fait valoir des intérêts très importants d'ordre privé, dans la mesure où il a réservé les effectifs nécessaires pour débiter immédiatement les travaux; on peut le comprendre, mais ces préoccupations doivent être relativisées si l'octroi de l'effet suspensif a pour seule conséquence de reporter la conclusion du contrat à fin novembre, début décembre. c) Dans la situation actuelle, l'obtention par le soumissionnaire évincé de dommages-intérêts apparaît extrêmement aléatoire (voir à ce sujet Zufferey in Zufferey/Maillard/Michel, p. 131 et 145 ss). Dans cette mesure, il apparaît que l'intérêt privé du groupement recourant à obtenir un jugement sur l'adjudication elle-même pèse lui aussi d'un poids important et correspond mieux à l'exigence de protection juridique effective posée dans le cadre de l'accord du GATT sur les marchés publics que la voie subsidiaire et semée d'embûches de l'action en dommages-intérêts. d) L'appréciation de

l'ensemble des circonstances du présent cas, telles qu'elles ressortent en l'état du dossier, conduit le magistrat instructeur à confirmer l'effet suspensif provisoirement accordé au recours. Il apparaît en effet que l'intérêt privé du groupement recourant à une protection juridique effective l'emporte sur l'intérêt public (la situation des tunnels de Glion ne paraît pas pouvoir être assimilée à un état de nécessité justifiant des mesures d'urgence), d'une part, l'intérêt privé du groupement adjudicataire, d'autre part, à une conclusion immédiate du contrat; autrement dit, un report de la passation de ce dernier au début décembre 2003 apparaît bien comme une conséquence supportable et proportionnée à l'exigence de protection juridique suffisante du soumissionnaire évincé. Il va de soi par ailleurs que l'on ne saurait retenir ici l'existence d'un intérêt public à la conclusion du contrat fondée sur une adjudication illicite. Il apparaît ainsi de toute manière préférable de conduire à son terme la présente procédure, de manière que le marché puisse être attribué tout en étant à l'abri de la critique au plan juridique.

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