

VD_OMNI GE.2007.0013 vom 6. November 2009

VD Tribunal cantonal, 2009-11-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2007.0013

FR: VD_OMNI GE.2007.0013 du 6 novembre 2009

IT: VD_OMNI GE.2007.0013 del 6 novembre 2009

Regeste

X. _____ SA, Y. _____ SA/ETABLISSEMENTS HOSPITALIERS DU NORD VAUDOIS, A. _____ SA | Admission du recours, au motif que l'intimée ne pouvait pas adjuger le marché litigieux sans lancer d'appel d'offres public. Portée de l'art. 13 al. 2 LMP-VD. Il faut comprendre cette disposition en ce sens qu'elle vise le cas du contrat conclu en conformité de l'art. 9 LMP-VD (=GE.2000.0136), ce qui n'est pas le cas en l'espèce, puisque le contrat attribuant le marché litigieux a été conclu avant même que ne coure le délai de recours. Le tribunal a toutefois renoncé à prononcer une annulation avec effet ex nunc de la décision d'adjudication, une telle sanction étant disproportionnée au regard de l'ensemble des circonstances. Il a en revanche enjoint l'intimée de lancer un appel d'offres public dans un délai raisonnable, fixé au 31 mars 2010 (consid. 5).

Erwägungen

E. 1

Les décisions suivantes peuvent faire l'objet d'un recours dans les dix jours dès leur notification ou leur publication: [...] c. l'exclusion de la procédure; d. l'adjudication ou l'interruption d'une procédure d'adjudication; [...]

E. 2

Les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas.

E. 3

La loi sur la procédure administrative est applicable pour le surplus." L'art. 42 du règlement d'application du 7 juillet 2004 de la LMP-VD (RLMP-VD; RSV 726.01.1) précise ce qui suit: " 1 L'adjudicateur communique ses décisions par notification individuelle, sauf pour les avis d'appel d'offres. Toutefois, s'agissant d'adjudications de gré à gré aux conditions de l'article 8, il notifie ses décisions par publication dans la Feuille des avis officiels du Canton de Vaud. 2 Les décisions de l'adjudicateur sont sommairement motivées et indiquent la voie de recours. [...]" b) En l'espèce, l'autorité intimée soutient que sa correspondance du 10 octobre 2006 adressée au représentant des recourantes constitue une décision d'exclusion de la procédure au sens de l'art. 10 al. 1 let. c LMP-VD. Celle-ci aurait en effet pour objet de confirmer par écrit que les EHNV ne collaboreraient plus avec Y. _____ et se tourneraient à l'avenir vers un laboratoire tiers. L'autorité intimée ajoute que, le 4 janvier 2007, sa décision de collaborer désormais avec A. _____ a été publiée dans la presse, ce dont les recourantes ont eu connaissance. Elle en conclut que le recours, déposé le 5 février 2007 seulement, est manifestement tardif et doit être déclaré irrecevable. Dans sa correspondance du 10 octobre 2006 (pièce 8), l'autorité intimée évoque des réorganisations internes importantes et sa décision d'effectuer un maximum d'analyses à l'interne. Elle n'indique en revanche pas qu'elle ne ferait plus appel à Y. _____

pour les analyses qu'elle continuerait de sous-traiter à l'externe. On ne saurait dès lors voir dans cette correspondance une décision d'exclusion de la procédure au sens de l'art. 10 al. 1 let. c LMP-VD. Quant à l'article publié le

E. 4

Il convient dès lors d'examiner si l'autorité intimée pouvait opter pour la procédure de gré à gré, comme elle le prétend. a) L'intimée invoque l'exception de l'art. 8 al. 1 let. c RLMP-VD. Aux termes de cette disposition, l'adjudicateur peut adjuger un marché directement sans lancer d'appel d'offres pour des marchés soumis aux procédures ouvertes et sélectives, si un seul soumissionnaire entre en considération en raison notamment des particularités techniques du marché (ou pour des motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle) et s'il n'existe pas de solution de rechange adéquate. En l'espèce, l'intimée expose que le choix de poursuivre sa collaboration avec M. C. _____, au travers de sa société A. _____, a été dicté par le long investissement de ce dernier au sein des EHNV. A son sens, une collaboration avec une autre entreprise aurait entraîné une baisse significative de la qualité des analyses dont l'intimée a la charge, puisque la nouvelle personne concernée n'aurait pas bénéficié de l'expérience et des aptitudes spécifiques de M. C. _____. Elle précise que, grâce au maintien de la collaboration avec M. C. _____, son laboratoire est passé du type B au type C, ce qui lui a permis d'étendre ses services en matière d'analyses médicales de pointe. M. C. _____ travaille en effet depuis plus de vingt ans comme responsable du laboratoire des EHNV, respectivement du CHYC. Il est devenu de ce fait "la personne de confiance" pour le corps médical des EHNV, qui s'est trouvé déstabilisé par son départ d'Y. _____. Ces éléments ont incontestablement un certain poids, mais il convient d'en relativiser la portée. Dès le mois de juin 2006, quand M. C. _____ a quitté l'entreprise recourante, la collaboration entre celle-ci et l'intimée s'est poursuivie, sans susciter de difficultés particulières (du moins, il n'en a pas été fait état lors de l'audience); en outre, le laboratoire des EHNV disposait encore d'un responsable FAMH en la personne d'un autre collaborateur de la recourante. A ce propos, M. D. _____ a expliqué qu'il avait fait appel, durant cette période intermédiaire (de juin 2006 à janvier 2007), à M. C. _____ pour l'aspect conseil et gestion du laboratoire, mais il s'agit là de tâches qui ne sont pas à proprement parler liées aux analyses confiées alors à la recourante (elles ont fait par la suite l'objet du contrat d'engagement mentionné à l'art. 2 de la convention du 16 février 2007). Il apparaît ainsi que l'intimée n'a pas rapporté la preuve que M. C. _____ entrait seul en considération (lui ou la société qu'il entendait constituer) en raison de son expérience au sein des EHNV et de ses connaissances spécifiques. Il n'y a, d'ailleurs, pas de raisons évidentes pour admettre une telle situation, vu qu'il s'agit de prestations qu'en principe toute personne formée dans le domaine doit pouvoir fournir. A l'audience, M. C. _____ a évoqué également la synergie existant entre A. _____ et le laboratoire de l'hôpital. Il a expliqué que A. _____ s'était spécialisée dans "des analyses particulières pointues (en particulier: maladies infectieuses, bactériologie, sérologie)" et qu'elle sous-traitait les analyses de routine au laboratoire de l'hôpital, ce qui a permis de faire travailler le personnel de l'hôpital au maximum de ses possibilités. Il a précisé par ailleurs qu'il n'y avait pas d'appareil à double entre les deux entités. Ici encore, l'intimée n'a pas apporté la preuve qu'une telle structure n'aurait pas pu être mise en place avec un autre laboratoire, si un appel d'offres avait spécifié qu'une collaboration de ce type constituait une condition de l'adjudication. Au regard de l'ensemble de ces éléments, il n'apparaît pas suffisamment établi que M. C. _____ ou l'adjudicataire s'imposait

à l'intimée comme la seule personne susceptible d'entrer en considération pour effectuer les analyses médicales dont l'intimée a la charge. C'est dès lors en vain que l'intimée se prévaut de l'exception de l'art. 8 al. 1 let. c RLMP-VD. b) L'intimée invoque également l'exception de l'art. 8 al. 1 let. e RLMP-VD. Aux termes de cette disposition, l'adjudicateur peut adjuger un marché directement sans lancer d'appel d'offres pour des marchés soumis aux procédures ouvertes et sélectives, si en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle qu'il est impossible de suivre une procédure ouverte, sélective ou sur invitation. Selon la jurisprudence (arrêt GE.2000.0136 du 24 janvier 2001 consid. 4, ainsi que les références citées; é.g. Zufferey/Maillard/Michel, p. 93), la clause d'urgence ne peut être invoquée que si les cinq conditions cumulatives suivantes sont réalisées: (1) il faut tout d'abord que survienne un événement imprévisible; (2) l'événement imprévisible doit être à l'origine d'une situation d'urgence impérieuse; (3) l'urgence ne doit pas être due au fait du pouvoir adjudicateur, par exemple à son imprévoyance, ni non plus résulter de la planification qu'il s'est fixée; (4) l'urgence doit être telle que l'autorité d'adjudication ne serait pas en mesure d'y faire face si elle procédait par le biais d'un appel d'offres public. (5) Enfin, le pouvoir adjudicateur, en présence de circonstances d'urgence exceptionnelles, peut recourir à la procédure de gré à gré dans la seule mesure nécessaire à rétablir une situation normale. En l'espèce, l'intimée voit précisément le licenciement de M. C. _____ comme l'événement imprévisible qui requerrait une réponse urgente. Cet événement l'aurait contrainte à résilier le contrat qui la liait à Y. _____ et à se tourner vers la nouvelle société créée par M. C. _____. L'intimée ajoute que cette décision a dû être prise très rapidement, car la poursuite à brève échéance d'analyses médicales est absolument indispensable aux soins couramment prodigués par un grand centre hospitalier. Elle indique enfin qu'il lui aurait été impossible de suivre une procédure complète d'appel d'offres ouverte, sélective ou sur invitation. Cette argumentation n'est pas convaincante. Contrairement à ce que l'intimée soutient, elle ne s'est pas trouvée dans une situation d'urgence après le départ de M. C. _____ d'Y. _____ en juin 2006. Les analyses médicales étaient en effet assurées par Y. _____ et le contrôle FAMH avait été confié à une collaboratrice de la recourante. La situation ne justifiait dès lors pas de prendre une décision à brève échéance et de ne pas recourir à une procédure d'appel d'offres public. On relève par ailleurs que l'intimée a attendu le mois d'octobre 2006 (soit quatre mois après le départ de M. C. _____) pour résilier avec effet au 31 janvier 2007 la convention passée avec Y. _____. L'exception de l'art. 8 al. 1 let. e RLMP-VD n'est dès lors pas applicable en l'espèce. c) En conséquence, le tribunal retient que l'intimée ne pouvait pas adjuger le marché des analyses médicales litigieux à A. _____ sans lancer d'appel d'offres public. Le recours doit dès lors être admis pour ce motif, sans qu'il soit nécessaire d'examiner le grief tiré de la violation de l'art. 7 al. 1 RLMP-VD.

E. 5

a) L'art. 13 LMP-VD distingue deux hypothèses en cas d'admission du recours. Soit le contrat n'est pas encore conclu et l'autorité de recours peut alors annuler l'adjudication (voire la réformer; al. 1); soit le contrat est déjà conclu, auquel cas l'autorité de recours doit se borner à constater le caractère illicite de la décision. Le Tribunal administratif s'est penché sur la portée de cette disposition dans un arrêt GE.2000.0136 du 24 janvier 2001, dont on extrait les considérants suivants: "... le régime retenu tant par l'AIMP que par la loi vaudoise fournissent au soumissionnaire évincé une protection juridique plus étendue que le droit fédéral, dans la mesure où l'art. 9 al. 1 LVMP comporte une clause de "standstill", l'art.

12 al. 2 du même texte autorisant en outre le juge instructeur à ordonner l'effet suspensif d'office. Dès lors, on pourrait encore envisager une autre interprétation de l'art. 13 LVMP; elle consisterait à n'appliquer l'al. 2 - soit à limiter le pouvoir de l'autorité de recours à la constatation de l'illicéité de l'adjudication - que lorsque le contrat a été conclu en conformité avec l'art.

E. 9

LVMP. En d'autres termes, une telle interprétation - qui pourrait être qualifiée de systématique - aurait pour effet de faire abstraction d'un contrat, certes conclu, mais dont la passation serait intervenue avant l'échéance du délai de recours. Il paraît difficile de trancher entre les deux interprétations qui précèdent. Dans une approche littérale, l'art. 13 distingue uniquement l'hypothèse dans laquelle le contrat est conclu de celle où il ne l'est pas encore; cette règle n'ajoute pas que seul le contrat passé conformément à l'art. 9 LVMP peut être tenu pour conclu au sens de l'art. 13 al. 2 de la loi (s'agissant de la disposition comparable de l'art. 32 al. 2 LMP, il semble bien que le législateur ait intentionnellement voulu s'en tenir à ces deux cas, tels que décrits explicitement). Cependant, dans le cadre de la LVMP - ainsi que de l'AIMP qui contient la même réglementation -, le législateur a cherché à étendre le régime de la protection juridique effective de l'art. 13 al. 1 LVMP et à restreindre corrélativement la portée de l'al. 2 par le biais de la clause de standstill de l'art. 9 LVMP. Il serait dès lors peu compréhensible que le non-respect de l'art. 9 précité soit dépourvu de sanction pour le pouvoir adjudicateur, respectivement qu'il ait pour seule conséquence d'entraîner une péjoration de la situation du soumissionnaire évincé, renvoyé à procéder selon l'art. 13 al. 2 LVMP, puis à agir en dommages-intérêts. Ainsi, suivant une approche historique, téléologique et systématique, il faut comprendre plutôt l'art. 13 al. 2 LVMP en ce sens qu'il vise le cas du contrat conclu en conformité avec l'art. 9 de la loi. On pourrait toutefois objecter à cette solution qu'elle crée une situation particulièrement délicate pour le soumissionnaire retenu, qui a conclu un contrat avec le pouvoir adjudicateur. Elle fait surtout naître une situation juridique peu claire en ce sens que, même si l'adjudication était annulée, le contrat conclu pourrait devoir être maintenu néanmoins. Quant à la collectivité publique, elle pourrait se trouver tenue de poursuivre la procédure d'adjudication - malgré le contrat conclu -, sauf à invoquer la règle de l'art. 42 RMP, relative à l'interruption du marché (elle pourrait dès lors se trouver contrainte, à la suite d'une nouvelle adjudication, régulière cette fois, de conclure un second contrat sur le même objet). Ces difficultés ne doivent sans doute pas être négligées; toutefois, elles peuvent surgir également et avec la même ampleur, voire avec plus d'acuité encore, dans le cadre de l'application de l'art. 41 RMP, soit dans l'hypothèse d'une révocation d'une adjudication entrée en force. Cela étant, l'objection qui précède n'apparaît pas de nature à remettre en cause la solution retenue ci-dessus; cette dernière ne devrait d'ailleurs pas soulever de nombreux problèmes, dans la mesure où le non-respect de l'art. 9 LVMP par l'entité adjudicatrice devrait rester rare, au même titre que l'application de l'art. 41 RMP. Dans le cas d'espèce, au demeurant, on peut imaginer que la procédure se poursuive, par exemple, par un appel d'offres public pour les mandats en question, portant plus spécifiquement sur les aspects non-réalisés aujourd'hui, soit à tout le moins le projet d'exécution (ces prestations-là n'ont en effet pas encore été fournies par les mandataires, ce dans l'attente de l'octroi des crédits nécessaires par le Grand Conseil). En définitive, dès l'instant que les mandats ont été passés avant même que ne coure le délai de recours, force serait ici de faire abstraction de cette circonstance et partant de statuer en application de l'art. 13 al. 1 LVMP, le tribunal pouvant ainsi être amené à annuler les adjudications querellées." L'art. 32 de la

loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1) soulève des difficultés similaires. Il limite également la compétence du tribunal à la constatation du caractère illicite de la décision attaquée lorsque le contrat a été conclu avec l'adjudicataire (al. 2). La doctrine est partagée sur cette problématique. Peter Gauch exclut pratiquement que la nullité du contrat puisse résulter d'un vice affectant la procédure de conclusion (Peter Gauch, *Zur Nichtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages*, in DC 1/1998, p. 119 ss, lequel critique un arrêt de la Commission fédérale de recours retenant que le contrat conclu par le pouvoir adjudicateur pouvait être déclaré nul). En revanche, Evelyne Clerc envisage une telle nullité dans des cas exceptionnels, tels lors de la non-publication d'un appel d'offres ou de l'utilisation injustifiée de la procédure de gré à gré, lors de la conclusion du contrat durant le délai de recours ou alors que l'effet suspensif est octroyé ou requis, ou durant la période de "standstill" ou lors de conclusion d'un contrat différent fortement de la décision d'adjudication. Selon cet auteur, il faut toutefois encore que la nullité du contrat respecte dans le cas d'espèce l'exigence de la proportionnalité de la sanction. Evelyne Clerc mentionne comme critères à prendre en considération dans la pondération des intérêts en présence l'état d'avancement de l'exécution du marché (la nullité du contrat étant pratiquement exclue lorsque le marché est déjà totalement ou en grande partie exécuté), l'urgence éventuelle à réaliser le marché, et enfin la bonne foi de l'adjudicataire qui n'a pas à souffrir des erreurs du pouvoir adjudicateur (Evelyne Clerc, *L'ouverture des marchés publics: effectivité et protection juridique*, thèse, Fribourg 1997, p. 578 ss; Evelyne Clerc, *Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics*, in PJA 1997 p. 804 ss; Evelyne Clerc, *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, éd. par Pierre Tercier et Christian Bovet, Genève-Bâle-Munich 2002, ad art. 9 LMI n. 92 ss ; sur toute cette problématique, voir encore le récent article de Martin Beyeler, *Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag? Ein Vorschlag, der die Mitte sucht*, in AJP/PJA 9/2009, p. 1141 ss). b) En l'espèce, le contrat attribuant le marché litigieux à A. _____ a été conclu le 8 janvier 2007 (pièces 69 à 72). Il a été remplacé par une nouvelle convention passée le 16 février 2007 (pièce 73). Le premier contrat conclu a ainsi été passé avant même que ne coure le délai de recours. Cette circonstance pourrait amener le tribunal à adopter la solution déjà préconisée par l'arrêt GE.2000.0136 précité. Indubitablement, l'annulation de l'adjudication contestée constituerait cependant une sanction disproportionnée. L'intimée et A. _____ collaborent en effet depuis février 2007, soit depuis plus de deux ans et demi. En outre, les relations contractuelles nouées entre les EHNV, le laboratoire et son directeur s'appuient sur trois contrats distincts, naturellement interdépendants, mais dont un seul a le caractère de marché public (voir supra consid. 3b); la situation juridique entre les trois partenaires est de ce fait particulièrement complexe, si bien que l'annulation de l'adjudication litigieuse prèenterait des difficultés juridiques et pratiques qu'on ne saurait sous-estimer. Au surplus, en raison même de cette situation complexe, il n'était pas évident pour l'intimée de savoir qu'elle était tenue de lancer une procédure d'appel d'offres public pour attribuer le marché litigieux. Dans de telles circonstances, il n'est nullement établi qu'elle fût de mauvaise foi. Ces considérations excluent la solution de l'annulation avec effet ex nunc, adoptée dans l'arrêt GE. 2000.0136. On relèvera d'ailleurs que l'annulation prononcée dans ces conditions permettrait probablement à l'intimée d'invoquer à bon droit l'art. 8 al. 1 let. e RLMP-VD pour proroger le système mis en place en 2007. c) La particularité du marché public en cause ici est qu'il ne porte pas sur la construction d'un ouvrage dont la réalisation serait plus ou moins avancée, sinon achevée, mais sur un échange périodique de prestations. Ce caractère

périodique justifie un traitement adapté à la situation – comme on l’a vu complexe - liée aux rapports juridiques établis de manière interdépendante entre parties, mais qui ne laisse pas perdurer un état de fait illicite au-delà de ce qui peut être raisonnablement exigé des contractants. Pour être proportionnée, l’éventuelle sanction devra prendre en compte la durée des liens contractuels et l’inutilité déjà relevée de mettre l’intimée dans la situation d’invoquer la clause d’urgence pour maintenir la situation existante. On rappelle en outre l’art. 10 de la convention du 16 février 2007, qui prévoit une validité initiale de 5 ans et un préavis de résiliation de 6 mois. Dans ce contexte de faits, le tribunal n’entend ni s’en tenir à la constatation du caractère illicite de l’adjudication litigieuse (ce qui ne rendrait pas justice aux recourantes s’agissant d’un contrat de durée), ni prononcer une annulation (pour les motifs exposés plus haut), ni non plus enjoindre l’intimée de résilier les rapports contractuels litigieux dans un certain délai (ce qui soulèverait encore d’autres difficultés à la fois juridiques et pratiques). Il n’en reste pas moins qu’un échange de prestations établi en violation des règles des marchés publics ne peut se poursuivre indéfiniment, sans que l’autorité adjudicatrice soit enjointe de lancer un appel d’offres public, selon la procédure de son choix, et ceci dans un délai raisonnable. Cela étant, injonction doit être faite à l’intimée de procéder à la publication prescrite à l’art. 13 RLMP-VD dans un délai échéant au 31 mars 2010. Cette solution prend en compte les intérêts des recourantes, qui reçoivent ainsi la garantie que l’intimée lancera une procédure d’appel d’offres avant d’attribuer à nouveau le marché des analyses médicales litigieux, tout en étant la moins dommageable pour l’intimée et ses partenaires. Une telle solution trouve au demeurant appui dans la doctrine récente (Martin Beyeler, *Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag? Ein Vorschlag, der die Mitte sucht*, in *AJP/PJA* 9/2009, p. 1141 ss, spec. § VI B 5, p. 1158). 6. Au vu des considérants qui précèdent, les recourantes obtiennent pour l’essentiel gain de cause à l’issue de cette procédure, sans se voir allouer toutes leurs conclusions. Le recours sera par conséquent partiellement admis. Dans le dispositif de l’arrêt, il convient de tenir compte de la nouvelle raison sociale de la première des recourantes et de la reprise par fusion de la seconde. Dans les circonstances de l’espèce, il se justifie de mettre des frais quelque peu réduits à la charge de l’intimée et de l’adjudicataire, solidairement entre eux. De même, X. _____ SA pourra prétendre à l’allocation de dépens, à la charge de l’intimée et de l’adjudicataire, solidairement entre eux. Le tribunal arrêtera les frais à 2'500 fr. et fixera l’indemnité due à titre de dépens à 4'000 francs.

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