

VD_OMNI MPU.2015.0011 vom 20. März 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-03-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2015.0011

FR: VD_OMNI MPU.2015.0011 du 20 mars 2015

IT: VD_OMNI MPU.2015.0011 del 20 marzo 2015

Regeste

X. _____ SA/Municipalité de Lausanne, Y. _____ | Application de l'art. 12 LMP-VD, relatif à l'effet suspensif, lorsqu'est contesté l'octroi d'une contestation et que le litige s'examine au regard de l'art. 2 al. 7 LMI.

Erwägungen

E. 1

L'objet de la présente décision est limité à l'effet suspensif et aux sûretés. Le juge instructeur décidera séparément de la consultation des pièces.

E. 2

Le juge instructeur rend les décisions d'instruction, notamment celles relatives à l'effet suspensif, lesquelles peuvent faire l'objet d'un recours incident auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal (art. 94 al. 2 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD, RSV 173.36). Les autres décisions incidentes rendues par le juge instructeur, notamment celle sur les sûretés, sont définitives sur le plan cantonal (art. 94 al. 2 LPA-VD, a contrario; cf. arrêts RE.2012.0008 du 23 juillet 2012 et RE.2010.0003 du 6 octobre 2010).

E. 3

consid. 3 p. 9ss; 125 I 209 consid. 10 p. 221ss). bb) Y. _____ a son siège à 2*****, X. _____ à 3*****, dans le canton de Zoug. Elles sont recevables à invoquer pour elles la protection qu'accorde l'art. 2 al. 7 LMI aux personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. cc) Pour le surplus, la portée de l'art. 2 al. 7 LMI est malaisée à définir. Selon le Tribunal fédéral qui a laissé cette question indécise, il semble que l'art. 2 al. 7 LMI n'a pas pour effet de soumettre l'octroi des concessions à l'ensemble de la législation applicable en matière de marchés publics; seules seraient visées certaines garanties procédurales minimales, comme celles de l'art. 9 al. 1 et al. 2 LMI (ATF 135 II 49 consid. 4.1 p. 52). A teneur de l'art. 9 LMI, les restrictions d'accès au marché, en particulier en matière de marchés publics, doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours (al. 1); le droit cantonal prévoit au moins une voie de recours devant une autorité indépendante de l'administration (al. 2). Ces conditions ont été respectées en l'espèce: la Municipalité a procédé par un appel d'offres public; elle a octroyé la concession par une décision formelle, dont le Tribunal cantonal assure le contrôle judiciaire (art. 92 al. 1 LPA-VD, mis en relation avec les art. 3 et 4 de la même loi). Pour l'octroi de la concession du monopole d'affichage sur son domaine public et privé, comme en l'espèce, la commune est tenue de respecter le principe de non-discrimination, selon l'art. 2 al. 7 LMI, ainsi que le principe de transparence qui en est le corollaire (Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne, 2014, p. 117/118; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/ Marc Steiner, Praxis des

öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^{ème} éd., Zurich, n°212; Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zurich, 2012, n°408ss, 776ss, 791ss; François Bellanger, Marchés publics et concessions ?, Marchés publics 2012, p. 167ss, 192-199; Daniel Kunz, Konzessionen, Marchés publics 2012, p. 205ss; Denis Esseiva, Mise en concurrence de l'octroi des concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, DC 4/2006 p. 203ss). De cela, il découle que l'autorité concédante doit publier l'appel d'offres; fournir aux soumissionnaires un cahier des charges détaillé; indiquer les critères d'octroi de la concession, objectifs et non-discriminatoires; évaluer les offres selon les règles fixées à l'avance, de manière transparente et dans le respect des principes d'égalité et de non-discrimination (Etienne Poltier, in : Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^{ème} éd., 2013, n°59-64 ad art. 2 al. 7 LMI; Beyeler, op. cit., n°793ss; Esseiva, op. cit., p. 204). L'autorité concédante dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la procédure d'octroi de la concession du monopole public. Elle peut prendre en compte d'autres intérêts que la seule préservation des deniers publics et mener des négociations avec les soumissionnaires, voire un dialogue compétitif, à condition de le faire de manière transparente et dans le respect de l'égalité de traitement (Poltier, Commentaire romand, n°65-76 ad art. 2 al. 7 LMI; Beyeler, op. cit., n°795; Esseiva, op. cit., p. 205). d) C'est à l'aune de ces principes que la Cour examinera la cause au fond.

E. 4

Le renvoi que fait l'art. 9 LMI au droit des marchés publics justifie de statuer sur l'effet suspensif en appliquant les règles spéciales de cette législation, plutôt que les règles générales de la procédure administrative, en l'occurrence, l'art. 80 LPA-VD (cf. art. 2 al. 2 LPA-VD). a) Aux termes de l'art. 12 de la loi sur les marchés publics, du 24 juin 1996 (LMP-VD, RSV 726.01), 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 paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (al. 2). Cette réglementation correspond à ce que prévoient l'art. 17 de l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (AIMP; RSV 726.91) et l'art. 28 de la loi fédérale sur les marchés publics, du 16 décembre 1994 (LMP; RS 172.056.1). 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 n'a pas accordé au recours un effet suspensif (art. 9 al. 1 LMP-VD et 14 al. 2 AIMP). b) Pour décider l'effet suspensif en matière de marchés publics, le juge effectue un double examen. Dans un premier temps, il vérifie que le recours n'est pas démuné de toutes chances de succès. Si tel n'est pas le cas, il procède, dans un deuxième temps, à la pesée des intérêts en présence, soit celui du concurrent évincé à sauvegarder l'objet du litige et ses intérêts qui pourraient être compromis en cas de conclusion du contrat (cf. les art. 13 LMP-VD, 32 LMP et 18 AIMP), d'une part, soit celui du pouvoir adjudicateur de faire réaliser rapidement les travaux adjugés, d'autre part (arrêts RE.2012.0012 du 8 octobre 2012, consid. 1; RE.20004.00049 du 31 janvier 2005, consid. 1; cf. Benoît Bovay, Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, Marchés publics 2010, Fribourg, p. 311ss; Beat Denzler/Heinrich Hempel, Die aufschiebende Wirkung – Schlüsselstelle des Vergaberechts, Marchés publics 2008, Fribourg, p. 313ss ; Jean-Baptiste Zufferey, Le «combat» entre l'effet suspensif et le contrat en droit des marchés publics, Mélanges Thomas Fleiner, Fribourg, 2003, p. 689ss).

E. 5

La recourante prétend que la décision attaquée serait insuffisamment motivée. a) L'autorité doit indiquer dans son prononcé les motifs qui la conduisent à sa décision (ATF 139 V 496 consid. 5.1 p. 503/504; 138 I 232 consid. 5.1 p. 237; 136 II 266 consid. 3.2 p. 270, et les arrêts cités). Elle n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties; elle n'est pas davantage astreinte à statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (ATF 139 V 496 consid. 5.1 p. 504; 138 I 232 consid.

E. 5.1

p. 237; 136 II 266 consid. 3.2 p. 270, et les arrêts cités). Une éventuelle violation du droit d'être entendu sous cet aspect peut être réparée si le justiciable dispose de la faculté de se déterminer dans la procédure de recours, pour autant que l'autorité de recours dispose d'un plein pouvoir d'examen, en fait et en droit (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1 p. 285; 133 I 201 consid. 2.2 p. 204; 132 V 387 consid. 5.1 p. 390 et les arrêts cités). b) En ce qui concerne les marchés publics, l'art. 42 al. 2 RLMP-VD précise que les décisions de l'adjudicateur sont sommairement motivées et indiquent les voies de recours. Sur demande d'un soumissionnaire non retenu pour l'adjudication, l'adjudicateur doit en outre indiquer les motifs essentiels pour lesquels son offre n'a pas été retenue et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue (art. 42 al. 3 RLMP-VD). La motivation d'une décision d'adjudication peut être considérée comme suffisante lorsqu'elle fournit une justification adéquate du choix opéré sur la base des critères d'adjudication fixés dans les documents d'appel d'offres, ce qui signifie qu'elle doit fournir une explication raisonnable des évaluations de chacune des offres, de manière que les concurrents puissent les comparer et soulever d'éventuelles contestations (arrêts MPU.2014.0016 du 26 août 2014, consid. 2; MPU.2012.0039 du 15 juillet 2013, consid. 3; MPU.2012.0016 du 6 décembre 2012, consid. 3, et les arrêts cités). c) La décision attaquée ne semble pas répondre à ces exigences. Elle se borne à indiquer que l'offre de la recourante n'a pas été retenue et que la concession a été octroyée à Y._____. Elle mentionne les voies de droit. Compte tenu également du fait que recourante n'a pas reçu le procès-verbal des offres, ni le tableau d'évaluation de celles-ci, elle ne dispose d'aucun moyen de savoir pourquoi la Municipalité a décidé comme elle l'a fait. Cela étant, même à supposer que la Municipalité ait violé le droit d'être entendue de la recourante, un tel vice pourrait être réparé dans la suite de la procédure. La Municipalité dispose d'un délai au 30 mars 2015 pour déposer une réplique. En lisant cette écriture, la recourante prendra connaissance de tous les tenants et aboutissant de la décision attaquée. Le juge instructeur fera ensuite appointer une audience d'instruction, au cours de laquelle les parties pourront compléter leurs moyens et leur argumentation. Cela devrait suffire pour guérir les vices éventuels de la procédure devant l'autorité intimée (cf. arrêts précités MPU.2014.0016; MPU 2012.0039; MPU.2012.0016, et les arrêts cités). d) Cela étant, s'il fallait juger à ce stade de la procédure, le recours ne serait pas dépourvu de chances de succès sur ce point.

E. 6

Selon la recourante, l'octroi de la concession à Y._____ violerait le principe de la transparence. a) Dans le domaine des marchés publics, le principe de transparence impose au pouvoir adjudicateur d'énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères pris en considération pour l'évaluation des soumissions, afin de prévenir le risque

d'abus et de manipulation; l'adjudicateur reste libre d'attacher plus d'importance à certains critères plutôt qu'à d'autres, pour autant qu'il le fasse savoir préalablement (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 101/102; arrêts MPU.2014.0016 précité, consid. 4b; MPU.2014.0008 du 21 juillet 2014, consid. 3b; MPU.2012.0005 du 17 juillet 2012, consid. 2b, et les arrêts cités). Quant au principe de l'égalité de traitement, il commande que les critères d'évaluation soient fixés, puis appliqués, selon les caractéristiques du marché à adjuger, et les notes attribuées selon des critères objectifs et vérifiables (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 100/101; arrêts MPU.2012.0003 du 16 mai 2012, consid. 3d; MPU.2011.0001 du 27 juin 2011, consid. 9; GE.2007.0246 du 13 mars 2008, consid. 3a et les arrêts cités). Cela a pour conséquence que la décision d'adjudication doit reposer sur des motifs objectifs, que l'on puisse retracer. Une éventuelle violation du principe de la transparence sous cet aspect ne conduit à l'annulation de l'adjudication que si elle a influé sur le résultat final de l'évaluation de l'offre; il appartient à l'adjudicateur d'apporter la preuve du contraire (arrêts MPU.2014.0016 du 26 août 2014, consid. 4a; MPU.2012.0023 du 7 novembre 2012, consid. 4, et les arrêts cités). b) Seule la suite de l'instruction permettra de vérifier si la procédure suivie a respecté les principes de non-discrimination, de transparence et d'égalité. En l'état, et sur la base du dossier, on ne peut dire que le recours serait manifestement voué à l'échec sur ce point.

E. 7

L'intérêt de la recourante au maintien de l'effet suspensif est important. A défaut, l'adjudicateur pourrait octroyer la concession à Y._____. La Municipalité rétorque à cela, qu'en cas d'admission du recours, il lui suffirait de changer de concessionnaire. Outre qu'il est douteux qu'une telle opération puisse se faire aussi simplement que ne le pense la Municipalité, il n'est pas sûr qu'elle puisse aboutir sans compensation financière pour Y._____. Pour étayer sa demande de levée de l'effet suspensif, la Municipalité fait valoir l'urgence, liée au fait que la concession doit commencer à produire ses effets dès le 1^{er} juillet 2015. Cet argument n'est pas déterminant. L'appel d'offres est de juillet 2014. Le délai pour le dépôt des offres a été fixé au 30 septembre 2014. La décision attaquée est du 23 janvier 2015. Le délai d'entrée en vigueur de la concession, initialement fixée au 1^{er} janvier 2015, a dû être repoussé au 1^{er} juillet 2015, à raison des discussions engagées entre la Municipalité et les soumissionnaires. Compte tenu du temps nécessaire pour évaluer les offres et de la durée d'une éventuelle procédure de recours, le calendrier arrêté par la Municipalité semblait d'emblée irréaliste. Il n'y a pas de raison que la recourante soit seule à pâtir de l'urgence créée par la Municipalité. Celle-ci part du principe qu'il serait impossible à la Cour de statuer avant la date-butoir du 1^{er} juillet 2015, et que l'arrêt ne pourrait être rendu avant la fin de l'année. Une telle affirmation ne manque pas d'étonner. La Cour traite les affaires de marchés publics en priorité. Comme il n'y a pas de fêtes dans le domaine des marchés publics (art. 10 al. 2 LMP-VD), le juge instructeur fixe des délais rapprochés, dont il n'autorise généralement pas la prolongation. Une audience est appointée rapidement, afin de limiter l'échange d'écritures à une réplique. L'arrêt est rendu le plus vite possible après l'audience, dans le respect du droit d'être entendu. Cela réduit considérablement la durée des procédures de recours dans le domaine des marchés publics, selon la pratique constante de la Cour. La Municipalité et Y._____ disposent d'un délai au 30 mars 2015 pour répondre au recours. Les réponses reçues, le juge instructeur accordera à la recourante un bref délai de réplique et convoquera l'audience, qui devrait se tenir à la fin du mois d'avril ou au début du mois de mai 2015. L'arrêt serait rendu avant la mi-juin 2015 au plus tard. Le juge instructeur a toutes les raisons de penser qu'avec l'aide

des parties et de leurs mandataires, ce calendrier sera respecté. S'il devait s'apercevoir que cet objectif deviendrait inatteignable, le juge instructeur se réserve la faculté de lever d'office l'effet suspensif. Les parties sont au demeurant libres de le saisir en tout temps d'une demande en ce sens.

E. 8

La demande de levée de l'effet suspensif doit ainsi être rejetée.

E. 9

Dans une telle hypothèse, la Municipalité a demandé que la recourante soit astreinte à verser des sûretés, pour un montant de 1'020'000 fr. au moins. La Municipalité a calculé ce montant sur la base de la redevance perdue pour la période allant du 1^{er} juillet 2015 au 31 décembre 2015, date prévisible, selon elle, de la fin de la procédure. Indépendamment du point de savoir si l'art. 12 al. 3 LMP-VD peut être invoqué dans ce cadre (sur la portée de cette norme, cf. arrêt GE.2001.0032 du 22 juin 2001, consid. 1d), la requête doit être rejetée pour le seul motif que la prémisse sur laquelle elle repose (à savoir que l'arrêt au fond ne pourrait pas être rendu avant le 31 décembre 2015) est fausse, pour les motifs qui viennent d'être évoqués (cf. consid. 7 ci-dessus).

E. 10

Le sort des frais et dépens de la présente décision suivra celui de la cause au fond.

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