

VD_OMNI MPU.2017.0009 vom 15. März 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-03-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2017.0009

FR: VD_OMNI MPU.2017.0009 du 15 mars 2017

IT: VD_OMNI MPU.2017.0009 del 15 marzo 2017

Regeste

A. _____/ECA, B. _____ | En droit des marchés publics, les sûretés ne peuvent garantir que les frais de procédure et les dépens (consid. 6).

Erwägungen

E. 1

Le juge instructeur statue sur les demandes d'effet et de levée de l'effet suspensif, ainsi que sur les mesures provisionnelles; les décisions qu'il rend à ce propos peuvent faire l'objet d'un recours incident auprès de la Cour (art. 94 al. 2 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative – LPA-VD, RSV 173.36).

E. 2

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). 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 dénué de toutes chances de succès (s'agissant de l'application du droit fédéral, ATF 134 II 192 consid. 2.4 p. 200). 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 (cf., en dernier lieu, arrêt RE.2017.0001 du 28 février 2017, consid. 2, et les nombreuses références citées).

E. 3

A l'appui de sa requête de levée de l'effet suspensif, l'adjudicataire allègue que le recours serait manifestement dénué de chances de succès. Il expose que s'agissant du prix, l'offre de la recourante était incomplète; il manquait les honoraires de gérance, d'intendance et de commercialisation du bâtiment CEI III. En ajoutant les honoraires de commercialisation offerts par les autres soumissionnaires, le montant de l'offre de la recourante avait été réévalué à 393'034 fr., soit un montant supérieur à celui de l'adjudicataire. Sur cette base, la

note 2,8 avait été attribuée à l'offre de la recourante pour le critère n°1, malgré le fait qu'elle n'était pas complète. Selon l'adjudicateur, l'offre de la recourante aurait pu être exclue de la procédure d'adjudication pour ce motif. La recourante conteste cette appréciation. a) Une offre peut être exclue lorsqu'elle n'est pas conforme aux prescriptions et conditions fixées dans la mise au concours (art. 32, deuxième tiret, let. a RLMP-VD). Les indications que fournit le soumissionnaire dans son offre doivent être correctes, complètes et conformes aux exigences de l'adjudicateur, telles qu'elles ressortent de l'appel d'offres et des documents annexés, de manière à ce que la décision d'adjudication puisse être prise en connaissance de cause, dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement (ATF 2P.130/2005 du 21 novembre 2005, consid. 7; 2P.164/2002 du 27 novembre 2002; 2P.322/2001 du 11 septembre 2002; ATAF 2007/13 consid. 3.1; arrêts MPU.2016.0002 du 18 avril 2016, consid. 2b; MPU.2015.0057 du 20 janvier 2016, consid. 3b; MPU.2015.0026 du 30 juin 2015, consid. 4b, et les arrêts cités). L'exclusion peut intervenir d'emblée, après la constatation du défaut rédhibitoire entachant l'offre, ou après l'évaluation, pour autant que l'application des critères d'adjudication reste «traçable», conformément au principe de la transparence (ATF 141 II 353 consid. 8.2.1 p. 373; arrêts précités MPU.2015.0057, consid. 3c; MPU.2015.0026, consid. 4b; arrêt MPU.2015.0016 du 26 mai 2015, consid. 4b, et les arrêts cités). L'exclusion peut même être prononcée par substitution de motifs, jusques et y compris dans le cours de la procédure de recours dirigé contre la décision d'adjudication (arrêts précités MPU.2015.0057, consid. 3b; MPU.2015.0026, consid. 4b; MPU.2015.0016, consid. 4b, et les arrêts cités). Cela étant, l'exclusion de la procédure doit se faire dans le respect du principe de la proportionnalité; elle ne peut se fonder sur des éléments mineurs, ou du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication (ATF 2C_418/2014 du 20 août 2014, consid. 4.2; 2D_34/2010 du 23 février 2011, consid. 2.3; 2C_197/2010 du 30 avril 2010, consid. 6.1 et 6.3; arrêts MPU.2016.0002 du 18 avril 2016, consid. 2b; MPU.2015.0057, précité, consid. 3d; MPU.2015.0026 précité, consid. 4b, et les arrêts cités). A ainsi été exclue l'offre dans laquelle manquait une rubrique de la liste de prix (arrêt MPU.2015.0007 du 21 mai 2015 consid. 7). La recourante expose que le motif de l'incomplétude de l'offre ne figure pas dans les motifs d'exclusion indiqués dans l'appel d'offre (ch. 3.2 DAO). Cette observation est partiellement inexacte: l'art. 3.2 DAO rappelle que « (...) d'autres motifs d'exclusion figurant dans la législation cantonale peuvent être invoqués par l'adjudicateur». Tel est le cas en l'occurrence de l'art. 32, deuxième tiret, let. a RLMP-VD. b) Dans l'annexe 7 de son offre, comprenant la grille récapitulative des honoraires demandés, la recourante n'a pas rempli les rubriques relatives à l'intendance (n°2), à la commercialisation du CEI III (ch. 5) et aux frais administratifs (ch. 6). Dans la grille d'évaluation du 31 janvier 2017, les représentants ont souligné ces manquements. Ils ont complété la rubrique n°5, d'un montant de 77'600 fr., avec la mention suivante: «Montant des vacants fr. 970'000 x 8%». Ils ont également apporté la remarque suivante, au regard du prix final: «Aucun moyen de vérifier le calcul, c'est de la devinette d'où manque de sécurité avéré». L'adjudicataire a indiqué le prix de son offre, sous ch. 4 de celle-ci, avec une explication quant au mode et aux bases du calcul des honoraires. L'adjudicataire n'a pas indiqué le montant des frais d'intendance (rubrique n°2), ce que les représentants de l'adjudicateur ont souligné dans la grille d'évaluation du 31 janvier 2017. A ce sujet, l'adjudicataire a fourni l'explication suivante dans son offre (p. 11): «Hors mandat: pour l'instant une personne engagée à 100% par l'ECA, dont la gestion sera faite par la gérance». De même, l'adjudicataire n'a pas mentionné de prix en rapport avec les frais de commercialisation du CEI III. Les

représentants de l'adjudicataire ont complété la rubrique n°5, d'un montant de 26'190 fr., avec la mention suivante: «Montant des vacants fr. 970'000 x 2,7%». Cette situation méritera d'être clarifiée dans la suite de la procédure. S'il devait se confirmer que l'adjudicateur a complété les offres, après le dépôt de celle-ci, se poserait la question de savoir si ce procédé viole le principe de l'intangibilité des offres (cf. art. 29 al. 3 RLMP-VD; ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 p. 374; arrêts précités MPU.2016.0002, consid. 3b; MPU.2015.0016, consid. 3c; arrêt MPU.2013.0013 du 2 juillet 2014, consid. 3b, et les arrêts cités), ou s'il relève de l'épuration des offres, admise (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 p. 374; arrêts précités MPU.2015.0016, consid. 3c; MPU.2013.0013, consid. 3b; arrêt MPU.2013.0027 du 4 février 2014, consid. 3b, et les arrêts cités). S'agissant de l'exclusion de l'offre de la recourante, la position de l'adjudicateur est ambiguë. On peut se demander si l'offre de la recourante ne devait pas être exclue d'emblée, parce que certaines indications relatives au prix faisaient défaut. L'adjudicateur a implicitement considéré que ce défaut était véniel, puisqu'il a complété l'offre de la recourante – ce qui laisse à penser qu'il considérerait se trouver dans un cas d'épuration de l'offre. Dans le dossier se trouve un «protocole d'adjudication» établi le 30 janvier 2017 par les représentants de l'adjudicateur. Ce document comprend, sous la rubrique «Analyse des dossiers», la mention suivante: «(..) aucun dossier ne présente de carences importantes devant nécessiter l'exclusion de son auteur». Il peut dès lors paraître paradoxal d'invoquer cet argument au stade de la levée de l'effet suspensif. Au demeurant, l'adjudicateur n'a pas (encore) prononcé l'exclusion de l'offre de la recourante, alors qu'il pourrait (encore) le faire. A supposer qu'il le fit, se poserait de surcroît la question de l'égalité de traitement par rapport à l'adjudicataire, dont l'offre semblait également incomplète, relativement à la rubrique n°5 de la grille récapitulative des honoraires. Toutes ces questions doivent être approfondies dans la suite de la procédure, notamment lors de l'audience qu'il conviendra d'appointer. Même si le sort du recours peut paraître incertain, sur le vu des offres en présence, on ne saurait dire qu'il est voué à l'échec d'emblée. S'ajoute à cela que doit être ménagé le droit d'être entendue de la recourante, laquelle, à ce stade de la procédure, n'a pas eu accès à l'offre de l'adjudicataire, directement ou indirectement.

E. 4

a) La levée de l'effet suspensif, laissant l'adjudicateur conclure un contrat avec l'adjudicataire, porterait gravement atteinte aux droits de la recourante, qui se verrait privée de toute perspective de réaliser le marché. Un constat après coup de l'illicéité du marché (cf. art. 13 al. 2 LMP-VD), lui ouvrirait tout au plus la voie incertaine d'une action en responsabilité contre l'Etat. A l'appui de sa requête de levée de l'effet suspensif, l'adjudicateur fait valoir l'urgence à réaliser le marché. Le contrat avec C. _____ a expiré à fin février 2017, et les prestations ne seraient plus assurées. Ces motifs ne sont pas déterminants. Premièrement, le calendrier retenu suscite la perplexité. Alors que l'adjudicateur savait depuis mai 2016 que C. _____ avait résilié au 28 février 2017 le contrat la liant à l'adjudicateur, celui-ci n'a lancé la procédure d'appel d'offres qu'en décembre 2016. Ce laps de six mois était d'emblée insuffisant, compte tenu d'un éventuel recours, pour garantir la conclusion d'un contrat avec un adjudicataire qui puisse fournir ses prestations dès le 1^{er} mars 2017. La recourante n'a pas à pâtir des possibles erreurs de l'adjudicateur dans la conduite de la procédure. On ne saurait en tout cas soutenir que le marché en question est d'une complexité telle qu'il était impossible à l'adjudicateur d'agir plus rapidement. De même, on ne saurait parler d'un fait accompli, s'agissant d'une résiliation faite largement dans le respect des délais contractuels (cf. art. 10 du contrat

conclu le 1^{er} mai 2013 avec C. _____). L'intérêt à la conclusion immédiate d'un contrat avec l'adjudicataire, portant sur la réalisation du marché, ne l'emporte pas sur l'intérêt de la recourante au maintien de l'effet suspensif. Pour le surplus, le juge instructeur prendra les mesures d'organisation nécessaires pour que l'instruction de la cause soit, avec l'aide des parties, menée sans désespérer, de manière à ce que la Cour puisse statuer au fond dans le meilleur délai possible. Le juge instructeur se réserve la faculté de lever d'office l'effet suspensif, si cet objectif devait lui apparaître comme inatteignable. Les parties sont libres, au demeurant, de le saisir en tout temps d'une demande de levée de l'effet suspensif.

E. 5

L'adjudicateur a présenté, à titre subsidiaire, une requête de mesures provisionnelles tendant à l'autoriser à conclure, à titre provisoire, soit avec l'adjudicataire, soit avec un autre prestataire, un contrat de régisseur pour l'exploitation des bâtiments du CEI, jusqu'à droit connu sur le recours, respectivement jusqu'à l'entrée en force de la décision d'adjudication. La recourante s'oppose à cette mesure. Le dossier d'appel d'offres prévoit que le contrat est conclu pour une durée maximale de quatre ans, renouvelable tacitement d'année en année s'il n'est pas dénoncé douze mois avant l'expiration annuelle par l'une ou l'autre partie (ch. 1.7 DAO). La durée de validité de l'offre est de douze mois à compter de la date limite du dépôt de l'offre (ch. 3.5 DAO), soit le 20 janvier 2017 (ch. 3.3 DAO). Le dossier d'appel d'offres ne contient aucune règle fixant la date de conclusion du contrat avec l'adjudicataire, ni ne fixe à un terme déterminé le commencement des prestations à fournir par l'adjudicataire. Dans son avis du 23 février 2017, le juge instructeur a interdit à l'adjudicateur de conclure tout contrat portant sur le marché litigieux (ch. 3 de cet avis). Compte tenu de l'intérêt de l'adjudicateur à ne pas laisser le CEI en jachère pendant la durée de la procédure, il convient de relativiser la portée de cette interdiction, en ce sens que l'adjudicateur est autorisé, à ses risques et périls, à recourir aux services de tiers (qui ne seront ni la recourante, ni l'adjudicataire, afin de protéger l'objet du recours) pour assurer les services essentiels de la conciergerie, de l'accueil, de la gestion du courrier, de la réception, de la gestion des salles de conférence et de séminaires, de la sécurité et de l'intendance, et ce jusqu'au 31 mai 2017. L'adjudicateur communiquera au juge instructeur une copie de tous les contrats qu'il conclura avec des tiers à cette fin. La demande de mesures provisionnelles doit être admise partiellement, dans ce sens.

E. 6

L'adjudicateur demande, à titre encore plus subsidiaire, que des sûretés soient mises à la charge de la recourante. A teneur de l'art. 12 al. 3 LMP-VD, si l'effet suspensif est octroyé sur demande du recourant et qu'il est de nature à causer un préjudice important, le recourant peut être astreint à fournir, dans un délai convenable, des sûretés pour les frais de procédure et une éventuelle indemnité de dépens; à défaut de versement dans le délai fixé par le juge, la décision accordant l'effet suspensif devient caduque. Comme cela ressort du texte légal, les sûretés ne peuvent viser que l'émolument qui serait mis à la charge de la partie qui succomberait à la procédure, ainsi que des éventuels dépens en faveur de la partie adverse (cf. art. 49, 52, 55 et 56 LPA-VD, cf. arrêt GE.2001.0032 du 22 juin 2001, consid. 1). En l'occurrence, la recourante a versé l'avance de frais; sa solvabilité paraît acquise s'agissant de dépens qui seraient mis à sa charge, en faveur de l'adjudicateur, le cas échéant (cf. art. 10 du tarif des frais judiciaires et des dépens en matière administrative - TJDA, RSV 173.36.5.1). La demande de sûretés doit être rejetée.

E. 7

En conclusion, la demande de levée de l'effet suspensif doit être rejetée, ainsi que la requête de sûretés. La demande de mesures provisionnelles est admise partiellement, au sens du considérant 5; elle est rejetée pour le surplus. Le sort des frais et dépens suivra celui de la cause au fond.

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