

VD_OMNI MPU.2018.0015 vom 5. März 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-03-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2018.0015

FR: VD_OMNI MPU.2018.0015 du 5 mars 2019

IT: VD_OMNI MPU.2018.0015 del 5 marzo 2019

Regeste

A. _____ /Municipalité de Nyon | Interruption d'un marché après la décision d'adjudication, en raison de l'absence d'octroi, par le Conseil communal, des crédits nécessaires à la réalisation du marché en cause. Recours de l'entreprise qui s'était vu adjuger le marché à l'issue d'un recours interjeté contre la décision initiale d'adjudication. L'autorité intimée, qui ne peut être contrainte de conclure le contrat avec l'entreprise adjudicataire, était en droit d'interrompre le marché, pour le motif qu'elle n'a pas obtenu le financement requis. Dès lors que l'autorité intimée n'a pas agi dans le but de sonder le marché, ou encore sans avoir l'intention actuelle et sérieuse d'adjuger le contrat, et qu'elle a expressément réservé la réalisation du marché litigieux à l'obtention du crédit y relatif, sa décision d'interruption repose sur de justes motifs. Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

La matière est régie par l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP; BLV 726.91), ainsi que par la loi cantonale sur les marchés publics, du 24 juin 1996 (LMP-VD; BLV 726.01) et le règlement y relatif, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; BLV 726.01.1). Déposé dans le délai prévu par l'art. 10 LMP-VD, le recours est intervenu en temps utile. Il respecte au surplus les conditions formelles énoncées à l'art. 79 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36).

E. 2

La question litigieuse en l'espèce est celle de la licéité de la décision prise par l'autorité intimée de renoncer à la procédure d'adjudication, compte tenu du refus d'octroi de crédit par le Conseil communal. La recourante fait valoir que l'interruption de la procédure de marché public est illicite et contraire à la bonne foi, la Municipalité ayant publié l'appel d'offres sans savoir si elle allait obtenir le crédit de la part du Conseil communal. L'autorité intimée soutient quant à elle que l'acte attaqué devrait être considéré comme une révocation de la décision d'adjudication; elle conteste par ailleurs que l'acte du 4 avril 2018 revête le caractère d'une décision, de sorte que le recours devrait être déclaré irrecevable.

Subsidiairement, elle est d'avis que le recours devrait quoi qu'il en soit être rejeté, dans la mesure où la clause contenue au ch. 2.10 de l'appel d'offres signifie que les travaux ne pouvaient pas commencer dans l'hypothèse où les crédits de réalisation n'étaient pas octroyés, condition portée à la connaissance de la recourante. L'autorité intimée estime ainsi n'avoir agi ni de manière illicite, ni de mauvaise foi.

E. 3

a) L'art. 13 al. 1 AIMP liste ce que doivent garantir les dispositions d'exécution cantonales. La lettre i de l'art. 13 al. 1 AIMP prévoit ainsi que lesdites dispositions doivent garantir la

possibilité d'interrompre et de répéter la procédure de passation en cas de justes motifs uniquement. Cette exigence correspond à la ligne prévue à l'art. XIII par. 4 let. b de l'Accord sur les marchés publics conclu à Marrakech le 15 avril 1994, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1996 (AMP; RS 0.632.231.422), selon lequel, après l'ouverture des offres, le pouvoir adjudicateur doit, en principe, adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, et ne peut y renoncer que pour des "motifs d'intérêt public" (cf. arrêt TF 2P.34/2007 du 8 mai 2007 consid. 6.1). En droit vaudois, l'art. 8 al. 2 let. h LMP-VD reprend textuellement l'art. 13 al. 1 let. i AIMP (interruption en cas de justes motifs uniquement) et renvoie, pour les détails, aux dispositions d'exécution. L'art. 41 al. 1 RLMP-VD prévoit à ce sujet que l'adjudicateur peut interrompre, répéter ou renouveler la procédure pour des raisons importantes, notamment lorsqu'aucune offre satisfaisant les exigences techniques et les critères définis dans les documents d'appel d'offres ou dans l'appel d'offres n'a été déposée (let. a), en raison de modifications des conditions-cadres ou marginales, des offres plus avantageuses sont attendues (let. b), les offres déposées ne permettent pas de garantir une concurrence efficace (let. c), toutes les offres dépassent le montant du crédit prévu ou octroyé à cet effet (let. d), ou lorsque le projet est modifié ou retardé de manière importante (let. e). Il découle de cette énumération exemplative que l'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure n'est possible qu'à titre exceptionnel et suppose un motif important; cette règle existe aussi pour les marchés publics soumis au droit fédéral (ATF 141 II 353 consid. 6.1 p. 365; 134 II 192 consid. 2.3 p. 198 s.). L'interruption du marché (ce qui suppose l'annulation de tous les actes déjà accomplis) apparaît donc comme une *ultima ratio* (Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3e éd. 2013, n. 799 p. 353). Cette approche restrictive s'explique par le fait que, lorsqu'il met en place une procédure de marché public, le pouvoir adjudicateur doit assurer à chaque soumissionnaire une chance réelle et juste d'être choisi en fonction des exigences posées. Or, cette chance est retirée lorsque le pouvoir adjudicateur interrompt la procédure sans avoir attribué le marché (ATF 141 II 353 consid. 6.1 p. 365).

b) Sur le plan technique, lorsque l'adjudication a déjà été prononcée, l'interruption de la procédure suppose au préalable une révocation de la décision d'adjudication (Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, 2014, n. 358 p. 226; cf. ATF 141 II 353 consid. 6.2 p. 366; 134 II 192 consid. 2.3 p. 199). La nuance est avant tout juridique, car on admet que les motifs d'interruption du marché peuvent aussi constituer des motifs de révocation de la décision d'adjudication (cf. Poltier, *op. cit.*, n. 363 p. 230; Martin Beyeler, *Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren*, PJA 2005/7 p. 784ss, p. 786) qui, selon leur nature, peuvent avoir pour conséquence une interruption de la procédure et un renouvellement de celle-ci (cf. Poltier, *op. cit.*, n. 358 in fine p. 226; ATF 141 II 353 consid. 6.2 p. 366). Le pouvoir adjudicateur, compte tenu de la formulation potestative des textes de loi et même s'il existe un juste motif ou un motif important, dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider s'il convient d'interrompre ou non la procédure, soit définitivement soit en la répétant ou en la renouvelant (Beyeler, *op. cit.*, p. 787; Stefan Suter, *Der Abbruch des Vergabeverfahrens*, 2010, n. 28 p. 14; cf. ATF 134 II 192 consid. 2.3 p. 199). La solution à adopter dépend des besoins de l'autorité adjudicatrice, qui jouit d'une liberté de manœuvre étendue pour les définir (Poltier, *op. cit.*, n. 358 p. 225). La liberté d'appréciation de l'adjudicateur dans le choix des conséquences à tirer de l'existence d'un juste motif ou motif important est toutefois limitée par le respect de la bonne foi et des principes généraux applicables au droit des marchés publics, notamment l'interdiction de discrimination entre les soumissionnaires, la proportionnalité, la transparence et l'interdiction de la modification

du marché sur des éléments essentiels (cf., sur ce dernier point, Poltier, op. cit., n. 349 p. 218 s.; ATF 141 II 353 consid. 6.4 p. 368s.). Une partie de la doctrine considère même que, sous réserve d'un changement essentiel du marché, le pouvoir adjudicateur n'est pas en droit d'interrompre la procédure si le juste motif invoqué est lié à un manquement dont il est lui-même responsable (cf. Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 821 p. 364). D'autres auteurs et la jurisprudence retiennent plutôt que le comportement du pouvoir adjudicateur n'influence pas son droit d'interrompre la procédure, mais ouvre la voie à une éventuelle action en responsabilité à son encontre (cf. ATF 141 II 353 consid. 6.4 p. 368, qui laisse cette question indécise; ATF 134 II 192 consid. 2.3 p. 198 s.; Beyeler, op. cit., p. 791 s.). Dès l'instant où les pouvoirs publics se voient conférer la faculté de recourir au marché pour l'exécution d'une tâche publique, il est logique qu'ils puissent également, le cas échéant, y renoncer. De façon générale en effet, l'adjudicateur ne peut être contraint à mener contre son gré un projet à terme. L'adjudicataire ne détient aucun droit subjectif à cet égard. Même la décision d'adjudication ne crée pas d'obligation de contracter à la charge de l'adjudicateur, de sorte que la conclusion du contrat ne peut être obtenue par la voie de l'exécution forcée (v. sur ce point, ATF 129 I 410 consid. 3 p. 414 et ss; Pascal Pichonnaz, in: DC 4/2016, éditorial; Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich/Bâle/Genève, 2012, n° 2841, p. 1552). L'adjudication a uniquement pour effet de contraindre l'adjudicateur à conclure avec l'adjudicataire s'il entend vraiment obtenir la prestation (Jean-Baptiste Zufferey, *Exclusion, révocation et interruption*, in DC 4/2008 p. 191-192).

E. 4

L'annulation de la décision d'interruption n'entrant pas en ligne de compte, la question se pose de savoir si la décision peut être déclarée illicite, ce qui ouvre, le cas échéant, la voie d'une requête en dommages-intérêts (cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 7 février 2008, in DC 4/2009 S84, avec une note de Jacques Dubey). L'interruption ne saurait en effet intervenir de façon contraire au principe de la bonne foi. En particulier, il y aurait violation des obligations précontractuelles lorsque le pouvoir adjudicateur lance un appel d'offres public sans avoir l'intention actuelle et sérieuse d'adjuger le contrat, soit par exemple dans le seul but de sonder le marché (v. arrêt GE.1998.0178 du 2 juillet 1999). En outre, le pouvoir adjudicateur violerait ce principe s'il lançait une telle procédure, sans s'être assuré au préalable du financement du projet; à plus forte raison s'il doit l'interrompre ensuite faute d'avoir trouvé les fonds nécessaires (cf. Evelyne Clerc, *L'ouverture des marchés publics: effectivité et protection juridique*, Fribourg 1997, p. 493; Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit., n° 456). L'interruption de la procédure peut intervenir de façon contraire à la protection de la confiance des soumissionnaires, lorsque ceux-ci ont étayé l'appel d'offres sur la base du projet et ont été exposés à des dépenses pour élaborer leurs offres, de même lorsque leur perspective concrète de se voir adjuger le marché est compromise par cette interruption (arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 31 janvier 2002, in DC 2/2003, S20, avec une note d'Hubert Stöckli; v. en outre sur ce point, Beyeler, in AJP 2005 p. 789). Tel n'est cependant pas le cas lorsque le pouvoir adjudicateur interrompt la procédure moins d'un mois après l'ouverture des offres, après s'être rendu compte que la première estimation de la valeur du marché était insuffisante en raison du mauvais état de l'ouvrage à réhabiliter (arrêt GE.2006.0075 du 14 décembre 2006, confirmé par l'arrêt TF 2P.34/2007 du 8 mai 2007).

E. 5

En l'espèce, la Municipalité entendait bien construire les abribus en cause. Elle n'a pas mené la procédure dans le but de sonder le marché, ou encore sans avoir l'intention actuelle et sérieuse d'adjuger le contrat. La procédure d'adjudication à l'origine de la décision d'interruption litigieuse a en effet été initiée après qu'un bureau d'architecte, sélectionné dans le cadre d'un mandat d'études parallèles, ait élaboré un prototype d'abribus pour l'arrêt principal de la gare en décembre 2014. Cette première étape dans la concrétisation du souhait de la Municipalité de Nyon de créer des abribus conçus sur mesure avait obtenu le concours du Conseil communal lors de sa séance du 23 juin 2014. A l'issue de la réalisation du prototype, la Municipalité a encore récolté les observations et remarques des usagers. La Municipalité, avec l'aval du Conseil communal, a ainsi consenti d'importantes dépenses avant même l'élaboration des documents d'appel d'offres. Il n'y a pas de raison de douter de l'intention initiale de la Municipalité d'acquiescer les prestations offertes par la recourante. Certes, il aurait été préférable, compte tenu de l'ampleur des montants en cause, que la Municipalité s'assure, avant la mise en œuvre de la procédure d'adjudication, du financement des abribus. Cela étant, en réservant expressément la réalisation du marché litigieux à l'obtention du crédit y relatif (cf. ch. 2.10 de l'appel d'offres), la Municipalité a agi en toute transparence, de sorte que les soumissionnaires pouvaient s'attendre à une interruption de la procédure d'adjudication motivée par l'absence d'obtention du financement requis. Or, le changement des conditions financières, du côté soit des offres (sous-estimées), soit des moyens, fait partie des justes motifs d'interruption de la procédure, en particulier lorsque les collectivités adjudicatrices ont intégré des clauses de réserve budgétaire dans leurs appels d'offres (Jean-Baptiste Zufferey, Exclusion, révocation et interruption, in DC 4/2008 p. 193). Dès lors en effet que l'on admet que l'adjudicateur ne peut être contraint de conclure le contrat visé par la procédure d'adjudication qu'il a mise en œuvre (cf. ATF 129 I 410, résumé et traduit in: SJ 2004 I 253), l'absence des ressources financières escomptées, et par conséquent l'incapacité de la Municipalité de s'engager contractuellement, constitue un juste motif d'interruption du marché. Il y a lieu de préciser encore que les circonstances de la présente affaire se distinguent de celles de l'affaire MPU.2013.0028 du 14 mai 2014, que cite la recourante. Le constat d'une interruption illicite du marché, auquel le Tribunal cantonal est parvenu dans l'affaire précitée, faisait suite à la décision de l'autorité intimée de lancer l'appel d'offres litigieux, alors que le devis réévalué suite au développement définitif du projet était supérieur au crédit accordé. Le Tribunal cantonal a rappelé que le procédé consistant à sonder le marché et à interrompre la procédure si les offres rentrées n'atteignent pas la cible du devis initial est manifestement contraire à la bonne foi. Le pouvoir adjudicateur ne saurait en effet invoquer comme motif d'interruption de la procédure une situation qu'il a lui-même provoquée. En l'occurrence cependant, la Municipalité a mis en œuvre tout ce qui pouvait raisonnablement l'être pour que le contrat d'adjudication puisse être conclu. Aucun élément ne permet de retenir qu'elle entendait uniquement sonder le marché. C'est le Conseil communal qui a refusé l'octroi du budget, sans que la Municipalité ne puisse s'y opposer. Cette décision du Conseil communal a dès lors eu pour effet de conduire à l'abandon pur et simple du marché, faute de financement. Il s'ensuit que l'autorité intimée était fondée à interrompre le marché en cause, de sorte que sa décision doit être confirmée.

E. 6

Le recours doit ainsi être rejeté et la décision attaquée confirmée. Les frais sont mis à la charge de la recourante, qui succombe. La recourante versera en outre des dépens à l'autorité intimée, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un avocat (art. 49, 55

LPA-VD, 3, 10 et 11 du Tarif cantonal du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative [TFJDA; BLV 173.36.5.1]).

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