

VD_OMNI MPU.2020.0006 vom 1. Oktober 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-10-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2020.0006

FR: VD_OMNI MPU.2020.0006 du 1 octobre 2020

IT: VD_OMNI MPU.2020.0006 del 1 ottobre 2020

Regeste

A. _____/Municipalité de Montreux | Rejet du recours du soumissionnaire évincé contre l'interruption de la procédure d'appel d'offres. Aucune des deux offres déposées n'est conforme aux prescriptions techniques du dossier d'appel d'offres. L'adjudicateur a l'intention de publier un nouvel appel d'offres avec des exigences techniques modifiées, ce qui devrait permettre à un plus grand nombre d'entreprises d'y répondre. Sur le plan objectif, l'interruption ne prête dès lors pas le flanc à la critique. Sur le plan subjectif, des réserves doivent être émises quant à la configuration du marché et au déroulement de la procédure. Rien n'indique toutefois qu'en interrompant la procédure, l'adjudicateur cherche à discriminer un soumissionnaire. Dans ces conditions, les réserves en question ne sauraient faire obstacle à l'interruption.

Erwägungen

E. 1

Le recours est dirigé contre la décision du 29 janvier 2020, par laquelle l'autorité intimée a interrompu la procédure d'appel d'offres lancée le 4 octobre 2019 et "retiré" soit révoqué sa décision d'adjudication du 9 janvier 2020 (date de la notification à la recourante). A proprement parler, l'interruption porte sur la procédure d'appel d'offres, laquelle s'achève par l'adjudication. Après le prononcé de la décision d'adjudication, une interruption est toujours possible, mais elle suppose de révoquer la décision d'adjudication (ATF 141 II 353 consid. 6.2 p. 366 avec renvoi à ATF 134 II 192 consid. 2.3 p. 199), ce qui a pour effet de "réactiver" la procédure d'appel d'offres, laquelle peut alors être interrompue (Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, 2012 [cité: Beyeler, *Geltungsanspruch*], n. 2765-2769; voir aussi le même, *Abbruch bei laufendem Beschwerdeverfahren*, in : DC 4/2015 p. 212/213; Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, n. 358). Sur le plan matériel, les motifs d'interruption du marché peuvent aussi constituer des motifs de révocation de la décision d'adjudication (ATF 141 II 353 consid. 6.2 p. 366 et les réf.; Beyeler, *Geltungsanspruch*, op. cit., n. 2768). Le pouvoir adjudicateur peut révoquer l'adjudication et interrompre la procédure dans le même acte (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-536/2013 du 29 mai 2013 consid. 1.4.3.1 et les réf.). Aux termes de l'art. 10 al. 1 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD; BLV 726.01), aussi bien l'interruption d'une procédure d'adjudication (let. d) que la révocation (let. e) sont des décisions sujettes à recours.

E. 2

Il convient d'examiner dans quelle mesure le recours conserve un objet, étant rappelé que l'autorité intimée a fondé la décision attaquée d'abord sur l'art. 83 al. 1 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD ; BLV 173.36), disposition dont la recourante dénonce la violation. a) aa) Aux termes de l'art. 83 LPA-VD, intitulé "Nouvel

examen", en lieu et place de ses déterminations, l'autorité intimée peut rendre une nouvelle décision partiellement ou totalement à l'avantage du recourant (al. 1); l'autorité poursuit l'instruction du recours, dans la mesure où celui-ci n'est pas devenu sans objet (al. 2). Cette règle a pour effet de tempérer le principe de l'effet dévolutif du recours. Une telle exception répond à l'intérêt lié à l'économie de la procédure: si, sur le vu du recours, l'autorité administrative découvre des faits nouveaux ou s'aperçoit qu'elle s'est trompée dans l'application du droit, il se justifie qu'elle se ravise et change son «fusil d'épaule», plutôt que de persister dans une position qu'elle-même considère comme erronée ou, du moins, contraire à la loi (ATF 127 V 228 consid. 2b/bb p. 232/233; TF 2C_653/2012 du 28 août 2012 consid. 4.2.3; 2C_267/2011 du 19 juillet 2011 consid. 2.2; cf. ég. Exposé des motifs et projet de loi sur la procédure administrative, Bulletin du Grand Conseil 2008 p. 43s.; v. en outre, en matière de marchés publics, CDAP MPU.2017.0020 du 3 octobre 2017 consid. 4b). bb) Les actes de l'administration sont nuls lorsque les défauts qui les affectent sont particulièrement graves, qu'ils sont évidents ou aisément reconnaissables et que la prise en compte de la nullité ne compromet pas sérieusement la sécurité du droit (Pierre Moor/Etienne Poltier, Droit administratif, vol. II, 3^{ème} éd., Berne 2011, n° 2.3.3.3, références citées). La nullité est l'exception; elle vise en premier lieu l'incompétence fonctionnelle ou matérielle de l'autorité qui a décidé, ainsi que les grossières erreurs de procédure (cf. ATF 137 I 273 consid. 3.1 p. 275 et consid. 3.4.3 p. 281s.; 133 II 366 consid. 3.2 p. 367; 132 II 342 consid. 2.1 p. 346; arrêt 4A_407/2017 du 20 novembre 2017 consid. 2.2.2.1; v. en outre Moor/Poltier, op. cit., n°2.3.4.3). La nullité est la sanction attachée aux décisions entachées de vices tels qu'ils s'opposent à ce qu'elles produisent quelque effet juridique (Jacques Dubey/Jean-Baptiste Zufferey, Droit administratif général, Bâle 2014, n°1012). En règle générale, les actes administratifs viciés ne sont pas nuls, mais simplement annulables lorsqu'ils sont attaqués (ATF 137 I 273 consid. 3.1 p. 275). L'annulabilité apparaît ainsi comme la sanction de principe attachée aux décisions viciées, lesquelles sont efficaces tant et aussi longtemps qu'elles ne sont pas annulées (Dubey/Zufferey, op. cit., n°1010). b) En l'occurrence, la recourante soutient que la décision dont est recours ne fait droit à aucune de ses conclusions dans la cause MPU.2020.0005 et n'est donc nullement à son avantage, de sorte qu'elle a été rendue en violation de l'art. 83 al. 1 LPA-VD. Partant, la décision entreprise serait nulle ou à tout le moins annulable. Selon l'autorité intimée, la décision entreprise n'est pas contraire à l'art. 83 al. 1 LPA-VD, disposition selon laquelle la nouvelle décision doit être, au moins partiellement, dans l'intérêt du recourant. Cette condition serait remplie, dans la mesure où le prononcé attaqué, en révoquant l'adjudication, annule l'éviction de la recourante; en outre, il s'ensuivra une nouvelle procédure d'appel d'offres à laquelle la recourante pourra participer. c) En tant que la décision attaquée révoque l'adjudication prononcée en faveur de l'autre soumissionnaire, elle est à l'avantage de la recourante; elle est ainsi conforme à l'art. 83 al. 1 LPA-VD, dès l'instant où la nouvelle décision est partiellement favorable à la recourante. Dans cette mesure, le recours est sans objet (voir, dans le même sens, arrêt du TAF B-536/2013 précité consid. 1.4.3.1). La recourante n'aurait pas qualité pour contester la décision attaquée à cet égard (cf. consid. 3a/bb ci-dessous). Il en va en revanche différemment en tant que la décision attaquée prononce l'interruption, même provisoire et suivie d'une nouvelle procédure d'appel d'offres: la recourante peut certes participer à la nouvelle procédure, mais il est possible que, dans ce cadre, sa situation soit moins bonne que dans la procédure engagée le 27 septembre 2019, par exemple en raison d'un plus grand nombre de concurrents ou de nouvelles exigences désavantageuses pour elle. Par conséquent, dans cette mesure, la

décision attaquée n'est pas (nécessairement) à l'avantage de la recourante et le recours conserve un objet.

E. 2.3

p. 198 s.; Martin Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in : PJA 2005 p. 784 ss, 791 s.; Le même, Geltungsbereich, op. cit., p. 1515 note de bas de page 2490, n. 2768; Poltier, op. cit., n. 359). Dans l'ATF 141 II 353, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur cette controverse, du moment que ce n'était pas le pouvoir adjudicateur qui avait choisi d'interrompre la procédure, mais l'autorité judiciaire de recours (consid. 6.4 p. 368). Dans l'ATF 134 II 192, qui concernait un marché public de la Confédération, le Tribunal fédéral a tranché la question juridique de principe (au sens de l'art. 83 let. f ch. 2 LTF) des conditions auxquelles un adjudicateur peut interrompre une procédure d'adjudication fédérale, définitivement ou en vue de la présentation d'un nouveau projet, et révoquer une adjudication déjà effectuée. Selon cet arrêt, l'interruption et la révocation supposent que ce procédé soit justifié par des motifs objectifs et ne vise pas à discriminer délibérément les soumissionnaires. Le point de savoir si ces motifs objectifs étaient prévisibles et si sa responsabilité est engagée de ce fait peut avoir une incidence sur la question des dommages-intérêts, mais elle est sans pertinence pour juger de l'admissibilité de l'interruption. Le Tribunal fédéral a précisé que ces règles valaient en droit fédéral, en laissant indécise la question de savoir si elles étaient applicables aussi aux marchés publics des cantons (consid. 2.3 p. 199 s.). Quant au fait que l'interruption et la révocation ne doivent pas servir à discriminer les soumissionnaires, la doctrine relève, dans le même ordre d'idées, que l'interruption ne doit pas être utilisée pour empêcher l'attribution d'un marché à une entreprise déterminée (Stefan Scherler/Martin Beyeler, Vergaberecht 2016: neue Themen, neue Urteile, in : Marchés publics 2016, p. 48 ss, 64). bb) Selon la jurisprudence de la Cour de céans, on est en présence d'un juste motif, de manière générale, lorsque se produit un changement de la situation de fait et/ou de droit non imputable à l'adjudicateur et que ce dernier ne pouvait prévoir, changement qui est suffisamment important pour que l'on ne puisse pas exiger de lui qu'il poursuive la procédure de passation. L'interruption de la procédure ne saurait en effet être contraire à la bonne foi, l'adjudicateur ne pouvant invoquer comme motif d'interruption une situation qu'il a lui-même provoquée (arrêts MPU.2013.0028 du 14 mai 2014 consid. 2a; MPU.2012.0038 du 29 mai 2013 consid. 2a; MPU.2011.0020 du 16 mars 2012 consid. 2d). Dans l'affaire MPU.2012.0038 précitée, l'adjudicateur avait interrompu la procédure au motif que le cahier des charges n'exigeait aucune documentation en lien avec le critère de la qualité du service après-vente. Un soumissionnaire avait néanmoins fourni un dossier complet sur ce point, ce qui avait fait la différence en lui permettant d'obtenir l'adjudication. Dans la procédure de recours contre cette décision, le pouvoir adjudicateur avait constaté que le cahier des charges était ainsi "gravement vicié"; il avait par conséquent décidé d'interrompre la procédure, afin de la renouveler sur la base d'un cahier des charges complété. La Cour de céans a annulé l'interruption, en considérant que la situation invoquée à l'appui de cette dernière était imputable au pouvoir adjudicateur; cette situation n'était en outre pas imprévisible et il n'y avait eu aucun changement de fait et/ou de droit. Dans l'affaire MPU.2013.0028 précitée, la Cour de céans a annulé la décision d'interruption motivée par le fait que les offres dépassaient le montant du crédit prévu (cf. art. 41 al. 1 let. d RLMP-VD; v. également sur ce point, arrêt GE.2006.0075, déjà cité). Le pouvoir adjudicateur avait en effet lancé un appel d'offres sur la base d'un devis initial, afin de "sonder le marché". Entre-temps, le montant des travaux avait été réévalué et l'interruption a été prononcée sur cette nouvelle

base. La Cour de céans a qualifié ce procédé de contraire à la bonne foi. c) La doctrine et la jurisprudence distinguent selon que l'interruption est définitive ou provisoire. Une interruption de la procédure est définitive si le marché est définitivement abandonné; il s'agit de cas dans lesquels la demande initiale de prestations a complètement disparu, l'objectif poursuivi ne pouvant plus être atteint. Dans ce cas, la procédure interrompue ne doit pas être suivie d'une nouvelle (cf. Suter, op. cit., n. 207 p. 91). En revanche, l'interruption est seulement provisoire si la procédure est interrompue en vue de la répétition ou du renouvellement de la passation du marché (cf. Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 792s. et 797s.; Suter, op. cit., n. 219 p. 98). L'interruption provisoire ouvre la voie à une nouvelle procédure (Beyeler, in : PJA 2005 p. 78 5). En cas d'abandon définitif du marché, l'annulation de la décision d'interruption n'entre généralement pas en ligne de compte. La question se pose alors de savoir si les intéressés peuvent obtenir le constat de l'illicéité de la décision, ce qui ouvre, le cas échéant, la voie d'une action 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; Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 794). En revanche, lorsque la décision d'interruption a pour effet de répéter la procédure d'appel d'offres ou de configurer une nouvelle procédure, la question de savoir si, en cas d'admission du recours, il y a lieu d'ordonner de poursuivre la procédure ou si seule la protection juridique secondaire entre en considération, dépend du point de savoir si on peut exiger de l'adjudicateur, dans les circonstances du cas d'espèce, qu'il poursuive la procédure interrompue (cf. Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 800 p. 354). d) On rappelle que, de façon générale, l'adjudicateur ne peut être contraint à mener un projet à terme. L'adjudicataire n'a aucun droit subjectif à cet égard. La décision (administrative) d'adjudication ne crée pas d'obligation (civile) 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 (cf. ATF 129 I 410 consid. 3 p. 414 ss; Pascal Pichonnaz, éditorial, in : DC 4/2016; Beyeler, Geltungsanspruch, op. cit., n° 2841, p. 1552). L'adjudication a pour effet de contraindre l'adjudicateur à conclure un contrat avec l'adjudicataire seulement s'il entend obtenir la prestation (Jean-Baptiste Zufferey, Exclusion, révocation et interruption, in : DC 4/2008 p. 191-192).

E. 3

LMP-VD – subordonne la qualité pour recourir à la condition que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit annulée ou modifiée. En matière de marchés publics, la jurisprudence du Tribunal fédéral, reprise par la Cour de céans, considère que le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt digne de protection à contester l'adjudication lorsqu'il a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours. La simple participation du soumissionnaire à la procédure d'appel d'offres et le fait que son offre n'a pas été retenue ne sauraient à eux seuls lui conférer la qualité pour agir, à défaut d'un intérêt pratique effectif à la contestation de l'adjudication (cf. ATF 141 II 307 consid. 6; 141 II 14 consid. 4; voir ég. arrêt MPU.2016.0006 du 20 juin 2016 consid. 2). Il incombe au soumissionnaire évincé d'établir ou, à tout le moins, de rendre vraisemblable (cf. arrêt MPU.2020.0011 du 20 juillet 2020 consid. 2a avec renvoi à ATF 141 II 14 consid. 5), qu'il a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours. Lorsqu'une décision d'interruption fait suite à une adjudication qui n'a pas été contestée, seul l'adjudicataire a qualité pour recourir contre l'interruption (Stefan Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, 2010, n. 385 p. 198). En effet, dans cette situation, la procédure d'appel

d'offres s'est close par l'adjudication. Une fois la décision d'adjudication entrée en force, le pouvoir adjudicateur ne se trouve plus en relations qu'avec l'adjudicataire, lequel sera le seul destinataire de la décision d'interruption. Il en va différemment dans le cas où l'adjudication a été attaquée. Dans cette hypothèse, des relations (de droit public) existent entre, d'une part, le pouvoir adjudicateur et, d'autre part, l'adjudicataire, ainsi que le soumissionnaire évincé qui a recouru contre l'adjudication. La décision d'interruption doit donc aussi être notifiée à ce dernier. Pour que le soumissionnaire évincé soit légitimé à recourir contre l'interruption, il faut que l'admission du recours – avec pour conséquence (en cas d'interruption provisoire) la poursuite de la procédure (par le prononcé d'une nouvelle décision d'adjudication) au lieu du renouvellement de celle-ci – lui procure un avantage pratique. Tel est le cas s'il a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché au terme de la nouvelle décision d'adjudication (ses chances peuvent être évaluées sur la base de la situation de fait et de droit qui prévalait dans la procédure de recours dirigée contre la précédente adjudication, entre-temps révoquée). S'il peut espérer obtenir l'adjudication, sa situation est potentiellement meilleure en cas de poursuite de la procédure qu'en cas de renouvellement: dans cette dernière hypothèse, le soumissionnaire peut certes participer à la nouvelle procédure, mais il est possible que les conditions se dégradent pour lui, par exemple en raison d'un plus grand nombre de concurrents ou de nouvelles exigences qui le désavantagent. En définitive, dans le cas où l'adjudication a été attaquée, la qualité pour recourir contre l'interruption prononcée ultérieurement doit être reconnue non seulement à l'adjudicataire, mais aussi au soumissionnaire évincé qui a recouru contre l'adjudication en démontrant avoir des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission du recours.

bb) En l'occurrence, la recourante n'a pas d'intérêt digne de protection à contester la décision attaquée en tant que celle-ci révoque l'adjudication prononcée en faveur de son concurrent dans la cause MPU.2020.0005. Dans cette dernière procédure, la recourante a en effet interjeté recours contre la décision d'adjudication, en concluant, à titre subsidiaire, à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité intimée pour qu'elle statue à nouveau. Or, la révocation prononcée le 29 janvier 2020 revient à faire droit à cette conclusion subsidiaire. De toute manière, le recours n'a plus d'objet dans la mesure où il est dirigé contre la décision du 29 janvier 2020 en tant qu'elle révoque l'adjudication (cf. consid. 2c ci-dessus). La recourante a en revanche un intérêt digne de protection à contester la décision attaquée en tant que celle-ci interrompt la procédure d'appel d'offres. L'autorité intimée a certes indiqué que l'interruption était seulement provisoire et qu'une nouvelle procédure d'appel d'offres serait menée (cf. consid. 5b ci-après). La recourante peut participer à la nouvelle procédure, mais il est possible – comme il a été dit (consid. 2c ci-dessus) – que, dans ce cadre, sa situation soit moins bonne que dans la procédure engagée le 27 septembre 2019, par exemple en raison d'un plus grand nombre de concurrents ou de nouvelles exigences désavantageuses pour elle. Par ailleurs, si la procédure engagée se poursuit – la décision attaquée étant annulée en tant qu'elle prononce l'interruption – et que l'autorité statue à nouveau sur l'adjudication, il y a lieu d'admettre que la recourante a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché. Elle est en effet l'un des deux soumissionnaires et, dans son recours contre l'adjudication qui lui a été notifiée le 9 janvier 2020, elle a fait valoir que son offre était la seule qui répondait aux exigences de l'appel d'offres, puisqu'elle comportait un écran tactile (alors que les horodateurs de l'adjudicataire étaient certes pourvus d'un clavier tactile, mais non d'un écran tactile). La recourante dispose donc d'un intérêt – digne de protection – à contester l'interruption.

b) Pour le surplus, le recours a été déposé dans les délais et forme prescrits par les art. 10 LMP-VD et

79 LPA-VD. Il convient donc d'entrer en matière, dans la mesure où le recours – en tant qu'il est dirigé contre l'interruption – conserve un objet. Il y a lieu d'examiner si l'autorité intimée était fondée à interrompre la procédure.

E. 4

a) aa) Selon l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (A-IMP; BLV 726.91), les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir la possibilité d'interrompre et de répéter la procédure de passation "en cas de justes motifs uniquement" (art. 13 let. i). Cette exigence correspond au passage figurant à l'art. XIII par. 4 let. b de l'accord sur les marchés publics, conclu à Marrakech le 15 avril 1994 et 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" (ATF 141 II 353 consid. 6.1 p. 365). bb) En droit vaudois, l'art. 8 al. 2 let. h LMP-VD reprend textuellement l'art. 13 al. 1 let. i A-IMP (interruption en cas de justes motifs uniquement) et renvoie, pour les détails, aux dispositions d'exécution. Aux termes de l'art. 41 RLMP-VD: " 1 L'adjudicateur peut interrompre, répéter ou renouveler la procédure pour des raisons importantes, notamment lorsque: a. 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; b. en raison de modifications des conditions-cadres ou marginales, des offres plus avantageuses sont attendues; c. les offres déposées ne permettent pas de garantir une concurrence efficace; d. toutes les offres dépassent le montant du crédit prévu ou octroyé à cet effet; e. le projet est modifié ou retardé de manière importante. 2 L'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure doivent être notifiées par écrit aux soumissionnaires." 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. L'interruption du marché (ce qui suppose l'annulation de tous les actes déjà accomplis) apparaît donc comme une *ultima ratio*. 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. Certes, les soumissionnaires pourront à nouveau déposer une offre si la procédure est répétée, mais cela engendre des coûts supplémentaires et, selon les circonstances, une diminution des chances d'obtenir le marché dans cette seconde procédure au cas où le nombre de soumissionnaires serait plus important ou si de nouvelles exigences les désavantageraient. S'ajoute à cela que la mise en œuvre d'une seconde procédure peut produire des effets contraires aux règles sur les marchés publics et à l'objectif de libre concurrence poursuivi, notamment parce que les précédents soumissionnaires auront pu prendre connaissance du prix offert par leurs concurrents. Il faut donc éviter que l'interruption de la procédure soit utilisée de manière abusive. Le caractère exceptionnel de l'interruption du marché, qu'elle soit suivie ou non de la répétition de la procédure, découle aussi du fait que cette mesure implique, selon le moment où elle intervient, de revenir sur des décisions déjà entrées en force, en particulier la décision d'appel d'offres, mais également l'adjudication (cf. la liste des décisions figurant à l'art. 10 al. 1 LMP-VD), ce qui nuit à la sécurité juridique. Finalement, il existe un intérêt public à ce que la procédure de marché public puisse se dérouler avec toute la célérité requise, ce que confirment notamment l'instauration de délais de recours relativement brefs et l'absence

d'effet suspensif automatique à différents recours, tandis que la réorganisation d'une procédure d'appel d'offres et d'adjudication ab ovo a pour conséquence de fortement retarder l'avancement d'un marché public et d'entraîner des coûts supplémentaires. Or, ces intérêts publics militent eux aussi en faveur d'un maniement très restrictif de la possibilité de réinitier ab ovo les procédures d'appel d'offres et d'adjudication (ATF 141 II 353 consid. 6.1 p. 365 s.). b) aa) La formulation potestative des textes de loi implique que, même s'il existe un juste motif ou un motif important, il appartient en premier lieu au pouvoir adjudicateur de décider s'il convient d'interrompre ou non la procédure, soit définitivement soit en la répétant ou en la renouvelant. En ce domaine, celui-ci dispose d'un large pouvoir d'appréciation. La solution à adopter dépend des besoins de l'autorité adjudicatrice, qui jouit d'une liberté de manœuvre étendue pour les définir (ATF 141 II 353 consid. 6.3 p. 367).

Aux termes de l'ATF 141 II 353 consid. 6.4 p. 367 s., 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. 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. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^{ème} éd., 2013, 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 134 II 192 consid.

E. 5

a) En l'occurrence, selon ses explications, l'autorité intimée se serait rendue compte, postérieurement à la publication de l'appel d'offres, que celui-ci devait être modifié sur deux points (voire trois, si l'on tient compte des normes de sécurité), afin de permettre une concurrence plus équitable et plus respectueuse des principes de la législation sur les marchés publics. Ces deux modifications ont trait aux chiffres 5.2 et 5.3 du document d'appel d'offres, dont le contenu est le suivant: "(...)

E. 5.2

Équipement Un horodateur comporte, dans son compartiment monétique: - une caisse amovible recevant la monnaie (trésor). Dans son compartiment technique : - un écran d'affichage graphique rétroéclairé ; - une électronique de gestion ; - une alimentation composée de: o un panneau solaire; o une batterie tampon; - un modem GSM 4G LTE et son antenne; - une alimentation par panneau solaire avec batterie avec une autonomie de deux semaines. Il n'y a pas de chauffage. L'électronique doit donc résister à une gamme de température allant de -20°C à +50°C. La batterie de service doit permettre une exploitation hors toute alimentation de huit jours au moins. Ensuite, selon sa décharge, le service sera interrompu mais les données conservées au moins 30 jours dès la mise hors service suite à un défaut de capacité de la batterie. Le fournisseur détaillera dans son mémoire la capacité de son équipement vis-à-vis de l'alimentation : solaire et intermittente. Une étanchéité d'indice IP54 au minimum est demandée pour tout élément présent sur la face (notamment l'afficheur) et devant résister aux intempéries. L'ensemble du matériel doit être particulièrement résistant aux tentatives de vol et au vandalisme. A ce titre, les appareils

répondront à la norme EN 12414 « Equipement de contrôle de stationnement des véhicules – Exigences et méthodes d'essai pour un terminal de stationnement ». 5.3 Ecran Le fournisseur peut proposer un écran noir/blanc ou couleur (option). Celui-ci doit être tactile pour la saisie des informations. (...)» S'agissant d'abord du ch. 5.3, il ressort de ses explications que l'autorité intimée se serait rendue compte, après la publication de l'appel d'offres seulement, qu'une seule entreprise, à savoir la recourante, proposait sur le marché de Suisse romande des écrans tactiles. Elle explique avoir appris ce qui précède lors d'un appel téléphonique d'un représentant de la recourante, qui se plaignait du fait que le modèle offert par B. _____ n'avait pas d'écran tactile et ne respectait donc pas les exigences de l'appel d'offres. Dans son recours contre la décision d'adjudication du 9 janvier 2020 (cause MPU.2020.0005), la recourante fait du reste grief à l'autorité intimée d'avoir adjugé le marché à B. _____, lors même que cette dernière, qui a offert non pas un écran mais un clavier tactile, se serait affranchie des conditions de l'appel d'offres et des spécifications techniques posées par le maître de l'ouvrage et, partant, aurait dû être exclue. L'autorité intimée a dès lors décidé de revenir sur cette exigence pour l'abandonner finalement, le but recherché étant d'obtenir davantage d'offres en concurrence, d'une part, et des conditions plus avantageuses, d'autre part. Quant au ch. 5.2, le raisonnement de l'autorité intimée s'inscrit dans un contexte similaire. Toujours dans l'optique d'obtenir davantage d'offres, elle a décidé d'abandonner l'exigence de fourniture par les soumissionnaires d'un modem GSM 4G LTE (équipement électronique permettant d'apporter une connexion Internet se basant sur un réseau mobile 4G Long Term Evolution, pour un usage individuel ou collectif) et d'exiger que les appareils proposés par ceux-ci répondent à la norme VdS 3546 (directives pour les distributeurs de tickets de stationnement, exigences, classification et méthodes d'essai), au lieu de la norme EN 12414 (norme européenne pour les exigences techniques et fonctionnelles des horodateurs et de l'équipement de contrôle du stationnement des véhicules). Toujours selon ses explications, l'autorité intimée est partie faussement du principe que le modem GSM 4G LTE constituait un standard pour les horodateurs de nouvelle génération. En outre, c'est en prenant connaissance de l'offre de la recourante qu'elle a appris l'existence de la norme VdS 3546, apparemment d'un niveau de sécurité équivalent à la norme EN 12414. b) aa) L'argumentation de l'autorité intimée tend à répéter la procédure (interruption provisoire et non définitive), afin d'obtenir plus d'offres. Celle-ci a l'intention, comme elle l'indique, non pas de renoncer au marché mais bien de publier un nouvel appel d'offres avec des exigences techniques modifiées, permettant à un plus grand nombre d'entreprises d'y répondre. Concernant ce dernier point, il faut toutefois relever que, selon la recourante, trois entreprises seulement seraient principalement actives en Suisse sur le marché des horodateurs. Concernant le modem 4G, la recourante relève dans son écriture du 23 juin 2020 qu'il ressort de sa soumission qu'elle "fournit des cartes SIM Multi opérateurs qui fonctionnent avec la 4G", de sorte que son offre satisferait à ce critère. Sous chiffre 2.7 de la description technique de son horodateur, il est toutefois question d'une "antenne et modem GSM/3G", avec l'indication plus bas qu'il s'agit d'un "modem compatible 2G / 3G". Ailleurs, sous note annexe à la lettre "B. Prix de l'offre pour la centrale des horodateurs (Software)" de la liste de prix, la recourante a indiqué ce qui suit: "La centralisation des horodateurs (P1000) est incluse pendant les 2 ans de garantie. A. _____ fournit des cartes SIM Multi opérateurs qui fonctionnent avec la 4G. Dès la 3^{ème} année, ce service est facturé CHF 180.- par appareil et par année. Cela comprend CHF 120.- pour le serveur et CHF 60.- pour la carte SIM." Sous lettre "B. Prix de l'offre pour la centrale des horodateurs (Software)", la recourante a mentionné un prix unitaire de 180 fr.,

ce qui, multiplié par 39 horodateurs, donne 7'020 fr. (à quoi il faut encore ajouter 7,7% de TVA). L'autorité intimée n'a pas pris en compte les montants figurant sous lettre B précitée, puisqu'elle a retenu le prix de 299'493 fr. TTC indiqué à la fin de la lettre "A. Prix de l'offre pour suppression des horodateurs et parcomètres, ainsi que la fourniture et mise en service des nouveaux horodateurs". Au vu de ce qui précède, il est douteux que l'offre de la recourante réponde aux exigences techniques de l'appel d'offres. Dans son écriture du 23 juin 2020, la recourante a d'ailleurs admis "qu'il est possible que certaines fiches techniques annexées à sa soumission ne mentionnaient pas la caractéristique du modem 4G, celles-ci n'ayant toujours pas encore toutes été mises à jour". La recourante ajoute qu'il était loisible à l'autorité intimée de prendre contact avec elle afin de clarifier ce point, ce qu'elle n'a pas fait. Il faut toutefois opposer à la recourante que la prise en compte des cartes SIM fonctionnant avec la 4G – moyennant un surcoût qui, s'il avait pris en compte, aurait péjoré la notation de la recourante pour le critère du prix – pourrait se heurter au principe de l'intangibilité des offres et au fait que l'appel d'offres excluait les variantes. Si l'on retient, d'une part, qu'il est ainsi douteux que l'offre de la recourante corresponde aux exigences techniques et, d'autre part, que l'offre de l'adjudicataire B. _____ n'y répond pas non plus parce qu'elle ne comporte pas d'écran tactile, force est d'admettre qu'aucune offre ne satisfait à ces exigences, ce qui constitue une "raison importante" d'interrompre la procédure, en vertu de l'art. 41 al. 1 let. a RLMP-VD. On peut d'ailleurs comprendre que l'autorité intimée veuille renoncer aux équipements concernés (écran tactile, modem 4G), afin d'obtenir davantage d'offres – même si le nombre d'acteurs sur le marché des horodateurs est limité, comme il a été dit – et peut-être aussi de réduire les coûts de ces derniers (les écrans tactiles entraîneraient tout de même un surcoût de l'ordre de 10%). Dans une situation de ce genre où aucune offre ne répond entièrement aux exigences techniques, une interruption suivie d'une répétition de la procédure se justifie (cf. Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 802 p. 355 [voir toutefois aussi n. 803 où il est question d'un risque d'abus]; Poltier, op. cit., n. 361; voir aussi arrêt du TAF B-6295/2017 du 25 février 2020 consid. 5, not. 5.7/5.8). L'Appellationsgericht du canton de Bâle-Ville a confirmé dans un contexte similaire l'interruption de la procédure par le pouvoir adjudicateur, sans qu'il ait été besoin de rendre préalablement une décision d'exclusion à l'encontre des soumissionnaires dont l'offre s'écartait du contenu de l'appel d'offres (cf. arrêt du 9 août 2019 VD.2019.17, rés. par Martin Beyeler, in : Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Institut pour le droit suisse et international de la construction, Université de Fribourg [éd.], 2020, n. 329). Il est à relever que lorsque toutes les offres présentées dans le cadre de la procédure ouverte, sélective ou sur invitation ne satisfont pas aux exigences essentielles de l'appel d'offres, une adjudication de gré à gré est également concevable (cf. art. 8 al. 1 let. b RLMP-VD). Sur le plan objectif, la décision attaquée ne prête dès lors pas le flanc à la critique. Sur le plan subjectif, on peut relever que l'autorité intimée explique de manière laconique s'être rendue compte après la publication de l'appel d'offres de ce que les exigences posées par celui-ci ne pouvaient pas déboucher sur un résultat satisfaisant, faute de concurrence. On pourrait se demander si elle a rédigé l'appel d'offres avec toute la rigueur et la diligence nécessaires et, si tel n'était pas le cas, si elle ne devrait pas assumer la responsabilité du manquement qu'elle invoque. En effet, l'autorité intimée devait prendre en compte l'éventualité qu'en fixant des exigences techniques trop strictes, sans offrir aux soumissionnaires la possibilité de proposer une solution technique différente pour obtenir le résultat souhaité, peu d'offres ne soient finalement déposées. Le risque que la procédure échoue était ainsi important. De même, on peut s'interroger sur le

moment auquel l'interruption est intervenue. Après avoir ouvert les deux offres en concurrence, l'autorité intimée a d'abord évalué celles-ci avant d'adjuger le marché à B._____. C'est seulement après que le soumissionnaire évincé eut contesté l'adjudication en faisant valoir que l'offre retenue n'était pas conforme aux prescriptions fixées dans la mise au concours, de sorte qu'elle aurait dû être exclue en application de l'art. 32, 2^{ème} tiret, let. a RLMP-VD, que l'autorité intimée a révoqué la décision d'adjudication et interrompu la procédure. Quoi qu'il en soit, la poursuite de la procédure ne ferait guère sens, dès l'instant où l'on retient qu'aucune offre ne répond entièrement aux exigences techniques, de sorte que la condition exprimée à l'art. 41 al. 1 let. a RLMP-VD est réalisée. L'autorité intimée envisage au contraire d'interrompre la procédure et de la renouveler en renonçant à des exigences techniques qui ne sont pas satisfaites aussi bien par la recourante (modem 4G) que par l'adjudicataire (écran tactile). On ne saurait dire ainsi qu'en procédant de la sorte, l'autorité intimée cherche délibérément à discriminer un soumissionnaire. Dans ces conditions, les réserves émises ci-dessus quant à la configuration du marché et au déroulement de la procédure ne sauraient faire obstacle à l'interruption. cc) Ainsi, compte tenu également du large pouvoir d'appréciation dont bénéficie l'autorité intimée, on admettra que l'interruption se justifie dans les circonstances du cas d'espèce.

E. 6

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours, dans la mesure de sa recevabilité, et à la confirmation de la décision attaquée. Hormis un renvoi à l'art. 83 al. 1 LPA-VD, la décision attaquée ne comporte aucune motivation, alors qu'en matière d'interruption, les exigences de motivation sont plus élevées qu'en relation avec une adjudication (cf. Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 1246). L'autorité intimée n'a motivé son prononcé qu'au stade de la réponse au recours qui avait entre-temps été interjeté contre l'interruption. Le fait que la décision attaquée était pratiquement dépourvue de motivation a pu inciter la recourante à procéder. Dès lors, il ne sera pas perçu de frais de justice de la part de cette dernière, bien qu'elle succombe (cf. art. 49, 50, 91 et 99 LPA-VD). L'allocation de dépens n'entre en revanche pas en ligne de compte (cf. art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD).

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