

VD_OMNI MPU.2020.0016 vom 13. November 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-11-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2020.0016

FR: VD_OMNI MPU.2020.0016 du 13 novembre 2020

IT: VD_OMNI MPU.2020.0016 del 13 novembre 2020

Regeste

A. _____/Municipalité de Noville | Recours du soumissionnaire évincé contre une décision par laquelle la municipalité a révoqué l'adjudication et interrompu la procédure d'appel d'offres portant sur un marché de travaux de construction (réfection des chemins d'amélioration foncière). La décision d'interruption est fondée sur deux motifs: 1) la municipalité a appris pendant la procédure d'adjudication que les quantités de matériaux présentant une forte teneur en hydrocarbures aromatiques polycycliques (HAP) étaient moindres que ce qu'elle avait admis initialement, de sorte que certaines positions des prestations mises en soumission devaient être supprimées et d'autres modifiées; 2) en raison de la situation épidémiologique, les travaux faisant l'objet du présent marché public ne peuvent plus être exécutés dans les conditions sanitaires et les délais prévus dans le dossier d'appel d'offres. L'autorité intimée a l'intention, non pas de renoncer au marché, mais bien de reconfigurer celui-ci et de procéder à un nouvel appel d'offres. Conditions de la modification de l'appel d'offres (dans la même procédure), lorsque le projet est modifié postérieurement à l'ouverture des offres; cela suppose l'existence d'un motif objectif (consid. 4a), auquel cas l'adjudicateur demande aux soumissionnaires en lice une offre complémentaire, sans interrompre la procédure (consid. 4b). Conditions de l'interruption de la procédure en cas de modification du projet; cela suppose que la modification soit fondamentale ou essentielle - ou encore importante au sens de l'art. 41 al. 1 let. e RLMP-VD -, étant rappelé que l'interruption constitue une ultima ratio (consid. 5b). En l'occurrence, les motifs invoqués ne constituent pas des modifications essentielles du projet, de nature à justifier l'interruption. Ils représentent en revanche un motif objectif, permettant de modifier l'appel d'offres par la voie de l'appel d'offres complémentaires. Admission du recours contre l'interruption et renvoi de la cause à la municipalité afin

Erwägungen

E. 1

Le recours est dirigé contre la décision du 6 mai 2020, par laquelle l'autorité intimée a interrompu la procédure d'appel d'offres lancée le 17 février 2019 et révoqué sa décision d'adjudication du 18 juillet 2019. 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: *Geltungsanspruch*], n. 2765-2769 ; Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, 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). L'adjudicateur peut interrompre la procédure et révoquer l'adjudication dans la procédure de recours contre cette dernière décision, lorsque celle-ci a été contestée (cf. Martin Beyeler, Abbruch bei laufendem Beschwerdeverfahren, DC 4/2015 p. 212/213). La révocation de l'adjudication et l'interruption de la procédure peuvent être prononcées 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

Par décision du 6 mai 2020, dont est recours, l'autorité intimée a révoqué son prononcé d'adjudication du 18 juillet 2019 et interrompu la procédure, alors qu'un recours dirigé contre ce prononcé était pendant devant la Cour de céans. Il convient d'examiner si ce procédé est admissible. a) Aux termes de l'art. 83 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD ; BLV 173.36), disposition intitulée "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 sur la "révision pendente lite " 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.2020.0006 du 1^{er} octobre 2020 consid. 2a/aa). b) En tant qu'elle révoque l'adjudication prononcée en faveur d'un autre soumissionnaire, la décision attaquée est à l'avantage de la recourante, qui n'a dès lors pas qualité pour la contester à cet égard (cf. consid. 3a/bb ci-dessous). Dans cette mesure, le recours est sans objet (voir, dans le même sens, arrêt MPU.2020.0006 précité consid. 2c). En tant qu'elle prononce l'interruption, même provisoire et suivie d'une nouvelle procédure d'appel d'offres, la décision attaquée n'est pas nécessairement à l'avantage de la recourante: celle-ci 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 février 2019, par exemple en raison d'un plus grand nombre de concurrents ou de nouvelles exigences désavantageuses pour elle (cf. arrêt MPU.2020.0006 précité consid. 2c). Quoi qu'il en soit, l'interruption de la procédure sort du cadre du "nouvel examen" au sens de l'art. 83 al. 1 LPA-VD de la décision d'adjudication du 18 juillet 2019. Elle est donc admissible indépendamment des conditions posées par cette disposition, l'important étant qu'elle peut être prononcée dans la procédure de recours contre la décision d'adjudication (cf. consid. 1 ci-dessus).

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. 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 (arrêt MPU.2020.0006 précité consid. 3a/aa). 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.2019.0022. 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 6 mai 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

E. 6

mai 2020, en tant qu'elle révoque l'adjudication (cf. consid. 2b 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. La recourante peut participer à la nouvelle procédure, mais il est possible – comme il a été dit (consid. 2b ci-dessus) – que, dans ce cadre, sa situation soit moins bonne que dans la procédure engagée le 17 février 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. En effet, son offre a été classée, au terme de la procédure d'évaluation, au deuxième rang et elle a soulevé des griefs qui n'apparaissent pas de prime abord manifestement mal fondés. La recourante dispose donc d'un intérêt – digne de protection – à contester l'interruption, de sorte qu'il convient d'admettre sa qualité pour recourir. b) Pour le surplus, le recours a été déposé dans les délais et forme prescrits par les art.

E. 10

LMP-VD et 79 LPA-VD. Il se justifie donc d'entrer en matière, dans la mesure où le recours – en tant qu'il est dirigé contre l'interruption – conserve un objet. 4. a) L'appel d'offres et, par conséquent, le contenu des documents d'appel d'offres sont des éléments déterminants de la procédure des marchés publics. En effet, l'appel d'offres est l'acte qui ouvre la procédure de marchés publics et constitue une décision susceptible de recours au sens du droit suisse (Poltier, op. cit., p. 176). Ces documents doivent comporter un cahier des charges, lequel doit être clair et complet, ce qui contribue à rendre les offres comparables

entre elles (Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3e éd., 2013, no 383). L'adjudicateur doit assumer les conséquences d'un manquement y relatif, même si les soumissionnaires ont de leur côté un devoir de poser des questions lorsque les documents de l'appel d'offres ne sont pas clairs, devoir qui ne saurait toutefois être défini de manière trop large (Galli/Moser/Lang/Steiner, *op. cit.*, nos 384, 387 et 674, avec les renvois à la jurisprudence et à la doctrine). Les documents d'appel d'offres s'imposent non seulement au soumissionnaire, dont l'offre sera exclue si elle n'en respecte pas les prescriptions et conditions (art. 32 al. 1, 2^{ème} tiret, let. a du règlement d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics [RLMP-VD; BLV 726.01.1]), mais également au pouvoir adjudicateur qui se trouve lié par leur contenu et n'est pas libre de les modifier comme il l'entend après leur publication (TF 2P.151/1999 du 30 mai 2000 consid. 4; voir aussi ATF 143 II 553 consid. 7.7 p. 565). C'est ce qu'instaure le "principe de stabilité de l'appel d'offres" en vertu duquel une modification de l'appel d'offres ou du dossier d'appel d'offres ne devrait plus être admissible postérieurement au dépôt, respectivement à l'ouverture des offres, au risque de porter atteinte aux principes de transparence, d'égalité de traitement des soumissionnaires, ainsi qu'au principe d'intangibilité des offres (TF 2P.97/2005 du 28 juin 2006 consid. 4.4; MPU.2015.0001 du 18 juin 2015 consid. 4a; MPU.2013.0019 du 20 novembre 2013 consid. 3b/bb et les références citées; Poltier, *op. cit.*, p. 163; Galli/Moser/Lang/Steiner, *op. cit.*, n. 830; Alexis Leuthold, *Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren*, 2009, p. 113 ss; Martin Beyeler, *Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz – Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme des Gemeinwesens*, 2004, p. 215 ss). Le principe de stabilité de l'appel d'offres vaut tant pour les conditions de conclusion du contrat ("Vertragsabschlussbedingungen"), par exemple les conditions fixées par l'adjudicateur pour la qualification des candidats, que pour les exigences relatives au contenu du contrat ("Vertragsinhaltsbedingungen"), par exemple le cahier des charges (ATF 130 I 241 consid. 4.2; TF 2C_107/2007 du 22 janvier 2008 consid. 2.1; 2P.151/1999 du 30 mai 2000 consid. 4c). Cela provient de ce que ces différents éléments font tous partie intégrante de l'appel d'offres (Alexis Leuthold, *Angebotsänderungen im laufenden Vergabeverfahren – Praxisnaher Kompromiss statt rigider Formstrenge*, DC 3/2009 p. 110). Dans ce contexte, si la modification d'un élément important du projet postérieurement à l'ouverture des offres est inadmissible et entraîne l'interruption et le renouvellement du marché (art. 13 al. 1 let. i de l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 [AIMP; BLV 726.91]; art. 8 al. 2 let. h LMP-VD et 41 al. 1 let. e RLMP-VD), certains auteurs sont d'avis qu'une modification d'importance secondaire doit rester possible, moyennant le respect de certaines conditions (Poltier, *op. cit.*, n. 349; Leuthold, *op. cit.*, DC 3/2009 p. 111; Hubert Stöckli, *Bundesgericht und Vergaberecht – Zur vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998*, DC 1/2002, p. 10 ss). Jäger énonce trois conditions: 1) la modification a lieu dans le respect des principes du droit des marchés publics, en particulier ceux de non-discrimination et de transparence; 2) il existe un motif objectif qui justifie la modification et 3) on n'est pas en présence d'une modification importante du projet, qui imposerait l'interruption de la procédure d'appel d'offres (Christoph Jäger, *Änderungen im Vergabeverfahren*, in: *Marchés publics 2018*, p. 359 ss [cité: *Änderungen*], p. 365 ss et les réf.). La condition de l'existence d'un motif objectif doit éviter que l'adjudicateur se serve de la modification pour discriminer ou au contraire avantager un soumissionnaire. En dehors de ces hypothèses, les motifs objectifs peuvent être variés. On admettra l'existence d'un tel motif notamment lorsque l'adjudicateur a commis des erreurs en rédigeant l'appel d'offres

(erreurs dans les quantités ou dans les spécifications techniques, oublis de certaines positions etc.) ou quand il a entre-temps acquis une meilleure connaissance des possibilités ou des solutions techniques (Jäger, *Änderungen*, op. cit., p. 367 n. 20). Le Tribunal administratif – auquel a succédé la Cour de céans – a de même admis la modification d'un appel d'offres fonctionnel (GE.2003.0038 du 4 juillet 2003; voir également la note Esseiva in DC 2/2004 p. 70 S37 qui approuve cette jurisprudence). Selon cet arrêt, une modification postérieure au dépôt des offres est possible aux conditions suivantes : la modification du projet ne peut porter que sur des éléments d'importance secondaire, une interruption de la procédure étant, dans le cas contraire, nécessaire; les soumissionnaires dont les offres ont été prises en considération dans le processus d'évaluation doivent tous être informés de ce changement de manière non discriminatoire; ils doivent en outre disposer du temps nécessaire pour recalculer l'intégralité de leur offre, dans la mesure où la modification du projet est en effet de nature à modifier l'équilibre économique de celle-ci. Un tel procédé est cependant susceptible d'entraîner des abus de la part du pouvoir adjudicateur, de sorte que les soumissionnaires devraient être invités à donner leur accord à cette procédure complémentaire. À l'inverse, les soumissionnaires ne doivent pas profiter de la modification pour adapter leurs offres dans une mesure qui excéderait ce que commande ladite modification, au risque de porter atteinte aux principes d'intangibilité des offres (consid. 3b et 3c/cc). Dans le cadre des marchés publics cantonaux, l'obstacle principal à l'admissibilité de modifications postérieurement au dépôt et à l'ouverture des offres provient de ce qu'un tel procédé serait contraire au principe d'interdiction des négociations (Poltier, op. cit., p. 219; Christoph Jäger, in *Bernisches Verwaltungsrecht*, 2^{ème} éd., 2013, p. 842; Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 827). En effet, les art. 11 al. 1 let. c AIMP et 6 al. 1 let. c LMP-VD interdisent les "rounds de négociations", ce qui a été concrétisé par l'art. 35 RLMP-VD, aux termes duquel les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires sur les prix, les remises de prix et modifications des prestations sont interdites. La sanction d'une éventuelle violation sera rigoureuse, soit l'exclusion de l'offre, puisque les négociations aboutiront, en général, à une modification de celle-ci (Poltier, op. cit., p. 197). L'arrêt GE.2003.0038 précité concernait le cas particulier d'un appel d'offres fonctionnel, lequel est, par nature moins précis et détaillé qu'un appel d'offres "ordinaire" et appelle un travail de concrétisation important de la part des soumissionnaires, ce qui implique que le maître de l'ouvrage sera fréquemment amené à préciser ses besoins postérieurement à l'appel d'offres et au dépôt des offres. L'arrêt MPU.2015.0001 précité a toutefois repris les règles posées par cette jurisprudence en relation avec les appels d'offres "ordinaires" (voir aussi arrêt MPU.2019.0010 du 11 novembre 2019 consid. 4c). Selon cet arrêt, rien ne justifie d'exclure, par principe, toute modification des appels d'offres une fois les offres déposées et ouvertes au motif que cela serait contraire au principe d'interdiction des négociations. Il se justifie plutôt d'examiner, de cas en cas, si la modification envisagée répond aux conditions rappelées précédemment, en particulier concernant son caractère accessoire, et si elle tombe par ailleurs sous le coup de l'interdiction des négociations. À défaut, le pouvoir adjudicateur se trouverait systématiquement confronté à devoir choisir, dans le cas où une modification de l'appel d'offres apparaîtrait nécessaire après l'ouverture des offres, entre la renonciation à la modification en question – pour peu qu'il lui soit, dans les faits, loisible d'y renoncer – et l'interruption pure et simple de la procédure d'appel d'offres (art. 41 al. 1 let. e RLMP-VD). Il s'agirait d'une alternative par trop rigoureuse, en particulier si la modification en cause s'avérait, par hypothèse, d'ordre accessoire et que les principes cardinaux des marchés publics étaient au surplus respectés (consid. 4e/bb). b) En

cas de modification de l'appel d'offres après le dépôt des offres, l'adjudicateur est fréquemment amené à lancer une procédure d'offre complémentaire ou d'appel d'offres complémentaires ("Nachtragsofferte", "Nachofferte") auprès des soumissionnaires déjà en lice (cf. Jäger, *Änderungen*, op. cit., p. 365 n. 14 et les réf. en note de bas de page 11). Selon la jurisprudence fribourgeoise, il s'agit là d'une règle générale du droit des marchés publics, fondée sur les principes de la proportionnalité, de la célérité et, en cas d'erreur de sa part, de la bonne foi du maître de l'ouvrage. Tant que l'essence même du marché reste identique, de sorte que le cercle des soumissionnaires potentiels ne varie pas par rapport à l'appel d'offres principal, ce procédé n'est pas contraire au principe de la libre concurrence. Il permet en revanche, surtout en cas de simple erreur sur les quantités, de pallier les inconvénients d'une interruption de la procédure (arrêt du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 27 décembre 2017 dans la cause 602 2017 39 consid. 3c, rés. in : DC 4/2018 n°415; à noter que, dans cette affaire, le DAO comprenait, au sujet de la modification du cahier des charges par l'adjudicateur, la même réglementation que celle qui figure au ch. 4.14 en l'espèce). Selon la doctrine (voir aussi arrêt MPU.2016.0019 du

E. 14

décembre 2016 consid. 3b qui se réfère aux auteurs cités ci-après), le procédé de l'appel d'offres complémentaire présente des risques dans la mesure où il influe sur la concurrence, les soumissionnaires pouvant être tentés de manipuler les prix, en violation de l'interdiction des rounds de négociations. Si l'adjudication prononcée après la procédure d'appel d'offres complémentaire est contestée au motif qu'il y a eu des négociations dissimulées, il y a lieu d'examiner si le dépôt de l'offre complémentaire a eu pour effet de modifier le rapport prix/prestation par rapport à l'offre initiale (cf. Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 723 en lien avec l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 9 mai 2012 dans la cause VB.2011.00714). Le rapport prix/prestation est en effet un critère pertinent pour distinguer une adaptation justifiée du prix d'un rabais inadmissible ou concédé en violation de l'interdiction des rounds de négociations. Ce critère est, il est vrai plus difficile à appliquer lorsque l'offre complémentaire porte sur des prestations nouvelles que lorsqu'il s'agit de prestations identiques ou similaires. Par ailleurs, un concurrent est libre de déposer une offre complémentaire plus chère que l'offre initiale. En revanche, l'offre complémentaire ne peut – sous l'angle de l'interdiction des rounds de négociations – être plus avantageuse que l'offre initiale, étant précisé que c'est la marge bénéficiaire qui est déterminante (note Beyeler ad arrêt précité, in: DC 4/2012 p. 270 S178). L'accord intercantonal révisé (qui n'est pas encore en vigueur; ci-après: nAIMP) prévoit toutefois qu'en cas de "rectification" des offres – laquelle peut notamment être liée à une modification des prestations faisant l'objet du marché (cf. art. 39 al. 2 let. b nAIMP) –, une adaptation des prix peut être demandée (art. 39 al. 3 nAIMP; voir à ce sujet Jäger, *Änderungen*, op. cit., p. 372 n. 37; selon cet auteur, le nouveau droit permet ainsi une modification du rapport prix/prestation; voir aussi Jean-Michel Brahier, *Offre et contrat: vérification, épuration, rectification et négociation*, in: *Marchés publics 2018*, p. 271 ss, 305 s. n. 80 et note de bas de page 120). c) Lorsque la modification de l'appel d'offres consiste dans la renonciation à certaines prestations, on parle d'interruption partielle ("Teilabbruch"). La jurisprudence cantonale admet le procédé parfois aux conditions de l'interruption au sens de l'art. 13 let. i AIMP, soit en présence de justes motifs (cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 25 octobre 2011 dans la cause VB.2011.00330 consid. 4; voir aussi Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n. 830, qui approuvent cette jurisprudence). Parfois, la jurisprudence cantonale traite l'interruption partielle comme une modification de l'appel d'offres et la soumet aux mêmes

conditions; il faut alors notamment qu'un motif objectif justifie ce procédé et qu'il n'y ait pas de modification importante du projet, qui imposerait l'interruption et le renouvellement de (toute) la procédure d'appel d'offres (dans ce sens arrêt de l' Appellationsgericht de Bâle-Ville du 5 janvier 2017 dans la cause VD.2016.183 consid. 2.3 et 2.5.3). 5. a) aa) Selon l' AIMP, 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 AIMP (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 (à tout le moins partiellement) prendre connaissance du prix offert par leurs concurrents (cf. ATF 129 I 313 consid. 10 p. 328 s.). 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 (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). Il n'est pas exclu que la nature du juste motif en cause impose au pouvoir adjudicateur d'annuler la procédure déjà accomplie, auquel cas celui-ci n'a plus de pouvoir d'appréciation (par exemple, si la procédure choisie l'a été en violation des règles sur les marchés publics ou si, depuis le début, la procédure est entachée de vices qui rendent impossible l'attribution du marché sur des bases correspondant aux exigences légales; cf. Martin Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, PJA 2005 p. 784 ss [cité: Überlegungen], not. p. 788, qui parle à ce propos de "Wurzelmängel" ; voir aussi Jäger, ä nderungen, op. cit., p. 367 n. 23 et les réf.). Lorsque le motif d'interruption consiste dans une modification du projet, Beyeler (Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, 2018 [cité: Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017], p. 178 n. 335) distingue entre une modification à ce point fondamentale qu'elle impose l'interruption (interruption "obligatoire") et celle de moindre importance, qui a toutefois un poids suffisant pour justifier l'interruption, si l'adjudicateur veut procéder ainsi (interruption "facultative"). Jäger distingue pour sa part entre les modifications fondamentales ou essentielles du projet, qui imposent l'interruption et les modifications de moindre importance, qui peuvent être prises en compte lors de la conclusion du contrat et a fortiori dans la procédure d'appel d'offres sous la forme d'une modification de celui-ci (ä nderungen, op. cit., p. 367 s. n. 23). L'interruption est obligatoire notamment lorsqu'il n'est pas exclu que, si le projet avait été mis au concours sous sa forme modifiée, d'autres entreprises auraient déposé une offre (Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2016/2017, loc. cit.). Outre ce cas de figure (voir à cet égard aussi Poltier, op. cit., n. 349), une modification est essentielle lorsqu'elle se répercute sur la valeur du marché, de telle manière qu'un seuil déterminant le type de procédure est franchi, quand elle a un effet sensible sur les bases de calcul des offres ou qu'elle limite la liberté de calcul des soumissionnaires ou encore lorsqu'elle implique une modification des critères d'adjudication. En d'autres termes, on admettra qu'une modification est fondamentale (ou essentielle) lorsqu'elle a une incidence sur le choix du partenaire contractuel, parce qu'en raison des nouvelles conditions, le marché aurait peut-être été adjugé à un autre soumissionnaire comme auteur de l'offre économiquement la plus avantageuse. En s'inspirant des règles du droit des contrats, on retiendra en outre qu'une modification est essentielle quand l'objet mis au concours représente un "aliud" par rapport à ce qui était initialement demandé ou lorsque le projet ne présente plus le même caractère, la prestation caractéristique étant différente (Jäger, ä nderungen, op. cit., p. 369 n. 25-27 et les réf.; voir aussi arrêt MPU.2015.0001 précité consid. 4c). Les critères du cercle des soumissionnaires potentiels et de la prestation caractéristique sont repris par le nAIMP en lien avec la rectification des offres, laquelle est réglementée à l'art. 39 nAIMP. Selon l'art. 39 al. 2 nAIMP, un des deux cas où les offres peuvent être rectifiées est celui où des modifications des prestations faisant l'objet du marché sont objectivement et matériellement

nécessaires (let. b). Cette disposition prévoit que, dans ce cas, l'objet du marché, les critères et les spécifications ne peuvent cependant être adaptés de manière telle que la prestation caractéristique ou le cercle des soumissionnaires potentiels s'en trouvent modifiés. Les critères en question permettent de délimiter les situations où la rectification des offres est permise par rapport à celles où la procédure doit être interrompue (cf. Jäger, Änderungen, op. cit., p. 372 n. 35 s.). On peut en déduire que, selon le nouveau droit, des modifications remettant en cause la prestation caractéristique ou le cercle des soumissionnaires potentiels doivent être qualifiées d'essentielles. bb) 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. Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., p. 364 n. 821). 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. 2.3 p. 198 s.; Beyeler, Überlegungen, op. cit., p. 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). cc) Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral (voir not. arrêt B-1680/2016 du 18 juillet 2016 consid. 4.1.3 et réf.), lorsque la modification envisagée d'un paramètre fixé dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres (" Auftraggeberparameter") porte sur des éléments essentiels, le pouvoir adjudicateur est tenu d'interrompre le marché, afin de lancer une nouvelle procédure intégrant les éléments nouveaux; il ne dispose à cet égard d'aucun pouvoir d'appréciation. Une modification doit être considérée comme essentielle notamment lorsqu'elle est de nature à élargir le cercle des soumissionnaires potentiels. En

revanche, de petites modifications apportées aux critères ou aux spécifications techniques peuvent intervenir en cours de procédure, plus précisément au stade des négociations, si elles sont communiquées par écrit à tous les participants encore en lice (cf. art. XIV al. 4 let. b AMP). Enfin, des modifications plus importantes sont également possibles si les principes de transparence et d'égalité de traitement sont strictement respectés et si la possibilité est donnée aux soumissionnaires de calculer une nouvelle fois entièrement leur offre. Le pouvoir adjudicateur a ainsi le choix entre une procédure d'ajustement des offres et une interruption, suivie d'un renouvellement du marché. dd) D'après 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 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. Stefan Suter, *Der Abbruch des Vergabeverfahrens*, 2010, 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., p. 354 n. 800). 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., p. 1552 n. 2841). 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). 6. a) En l'occurrence, le marché dont l'interruption est litigieuse porte sur la reconstruction et la réfection de quinze chemins AF, un pont et un collecteur. Durant la procédure d'évaluation, après avoir noté les offres rentrées, les évaluateurs ont entrepris de les comparer entre elles; ils ont constaté que certains soumissionnaires, dont la recourante, avaient offert des prix unitaires assez bas. Ils ont supposé, selon les explications de l'autorité intimée, que certains soumissionnaires spéculaient sur certaines positions CAN, en particulier celles ayant trait aux matériaux bitumineux dont la teneur en HAP est inférieure à 5'000mg/kg ou supérieure à 20'000mg/kg. En effet, ces soumissionnaires avaient offert des prix unitaires identiques pour ces prestations pourtant bien distinctes. Or, l'autorité intimée a considéré que ces soumissionnaires avaient spéculé sur le fait que ces quantités seraient moindres que celles annoncées. Afin de vérifier ce qu'il en était, l'autorité intimée a confié des travaux de sondage et d'analyse des enrobés bitumineux à D._____. Après carottages et analyses chimiques des matériaux graveleux, il est apparu qu'une seule des dix analyses opérées avait révélé une teneur en HAP supérieure à 20'000mg/kg de bitume, impliquant un transport dans une décharge de matériaux spéciaux. D._____ a rendu son rapport le 27 juin 2019. Cela impliquait pour l'autorité intimée de revoir certaines positions CAN du dossier d'appel d'offres et d'adapter la quantité des matériaux concernés figurant dans la série de prix. Dès lors, il s'est avéré que certaines des prestations initialement demandées aux soumissionnaires n'étaient plus nécessaires. Il apparaît ainsi que l'autorité intimée entend répéter la procédure (interruption provisoire et non définitive), le projet n'ayant pas été abandonné. Celle-ci a l'intention, non pas de renoncer au marché, mais bien de reconfigurer celui-ci et de publier un nouvel appel d'offres, avec des exigences techniques modifiées dans le sens du rapport de D._____, en tenant compte des quantités exactes de matériaux contenant des HAP. Ainsi douze des positions CAN figurant dans l'appel d'offres initial doivent être supprimées, onze autres étant adaptées, conformément au tableau de B._____ (voir plus haut partie "Faits" let. D). Sont concernées les positions 112 (essais), 117 (démolitions et démontages) et 211 (fouilles et terrassements). Il s'agit également d'adapter le type de liant à employer pour la stabilisation des fondations existantes. L'interruption de la procédure et la répétition de l'appel d'offres, qui se justifieraient au vu de l'art. 41 al. 1 let. e RLMP-VD, ont principalement, sinon exclusivement, pour but, selon les explications de l'autorité intimée, de mettre tous les soumissionnaires sur un pied d'égalité, afin qu'ils puissent rédiger et déposer leurs offres sur la base de ces nouvelles conditions techniques. L'interruption tendrait ainsi à ce que la procédure d'adjudication se fasse dans le respect des principes de

transparence et de non-discrimination. En second lieu, l'autorité intimée fait valoir la situation épidémiologique; elle explique que les travaux envisagés dans le cadre du présent marché public ne peuvent plus être exécutés dans les conditions sanitaires et dans les délais prévus dans le dossier d'appel d'offres. Elle invoque à cet égard l'art. 7d de l'ordonnance 2 du Conseil fédéral, du 13 mars 2020, sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 Covid-19; RO 2020 773 ss et les modifications ultérieures). Elle se réfère au surplus à l'art. 41 RLMP-VD, en faisant valoir que cette disposition permet l'interruption d'une procédure d'appel d'offres portant sur "un marché de construction dont les contours, qui ont été définis en 2019 avant l'arrivée de l'épidémie, ne peuvent plus être respectés depuis lors". b) Sous le titre "Mesures de prévention sur les chantiers et dans l'industrie", l'art. 7d de l'ordonnance 2 Covid-19, introduit par la modification du 20 mars 2020 (RO 2020 863 ss), avait la teneur suivante: « 1 Les employeurs des secteurs principal et secondaire de la construction et les employeurs de l'industrie sont tenus de respecter les recommandations de l'Office fédéral de la santé publique en matière d'hygiène et d'éloignement social. Il s'agit notamment de limiter en conséquence le nombre de personnes présentes sur les chantiers ou dans les entreprises, d'adapter l'organisation des chantiers et l'exploitation des entreprises, et d'empêcher les rassemblements de plus de cinq personnes dans les salles de pause et les cantines. 2 En application des dispositions de protection de la santé de l'art. 6 de la loi du 13 mars 1964 sur le travail, l'exécution de l'al. 1 incombe aux autorités d'exécution de la loi sur le travail et de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents. 3 Les autorités cantonales compétentes peuvent fermer une entreprise ou un chantier si les obligations inscrites à l'al. 1 ne sont pas respectées.» Cette disposition est entrée en vigueur le 21 mars 2020 à 0h00 (cf. ch. II de la modification du 20 mars 2020); elle avait effet jusqu'au 19 avril 2020 (cf. al. 6 de l'art. 12 de l'ordonnance 2 Covid-19, introduit par la modification du 20 mars 2020). L'ordonnance 2 Covid-19 a été abrogée avec effet au 22 juin 2020 à 0h00 par l'ordonnance 3 du Conseil fédéral sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 19 juin 2020 (ordonnance 3 COVID-19; RS 818.101.24). c) La question est de savoir si les motifs invoqués par l'autorité intimée constituent des raisons importantes, au sens de l'art. 41 al. 1 RLMP-VD, qui permettent d'interrompre et de renouveler la procédure d'appel d'offres. L'autorité intimée se prévaut en particulier de la let. e de cette disposition, aux termes de laquelle on est en présence d'une telle raison importante lorsque le projet est modifié ou retardé de manière importante. Dans des termes analogues, le ch. 4.14 du DAO (à noter que l'autorité intimée a repris le modèle de DAO proposé à l'annexe K2 du Guide romand des marchés publics) soumet l'interruption et le renouvellement de la procédure à la condition que les modifications du cahier des charges remettent fondamentalement en question le bien-fondé de l'appel d'offres. Si, au contraire, la modification ne remet pas fondamentalement en question la nature du marché et que cela ne porte que sur des questions de détail ou d'aspects secondaires, l'adjudicateur peut modifier le contenu du cahier des charges. Dans le cas où cette modification intervient après le dépôt de l'offre, il veillera à ce que tous les soumissionnaires soient mis à pied d'égalité et possèdent un délai suffisant pour répondre à la demande. Le cas échéant, il veillera à donner ces modifications dans une même mesure et dans le même délai à tous les soumissionnaires (la teneur exacte du chiffre en question est reproduite ci-dessus dans la partie "Faits" let. A). aa) Les modifications de l'appel d'offres mentionnées ci-dessus (douze positions CAN supprimées, onze adaptées; adaptation du type de liant à employer pour la stabilisation des fondations existantes) ne remettent pas fondamentalement en question la

nature du marché, que ce soit sous l'angle du genre de prestations requises ou du point de vue de la valeur globale de celui-ci (même si la prise en considération de ces éléments a conduit à une diminution de plus de 15% du montant de l'offre de l'adjudicataire et de 7,5% chez la recourante). De même, le cercle des soumissionnaires potentiels ne devrait pas varier par rapport à l'appel d'offres initial. En tout cas, l'autorité intimée ne prétend pas le contraire. A cause de leurs incidences sur le prix des offres, les modifications en cause ont certes eu pour effet d'inverser l'ordre de classement entre les deux soumissionnaires les mieux notés. Cela ne signifie pas pour autant que ces modifications ont un caractère essentiel. En effet, l'inversion du classement peut être due au fait que, comme le suppose l'autorité intimée, certains soumissionnaires – dont la recourante – ont offert à bas prix les prestations relatives aux matériaux ayant des teneurs en HAP élevées, en spéculant sur le fait que les quantités de ces matériaux seraient moindres que celles annoncées (sur la notion d'offre spéculative, voir arrêt MPU.2020.0002 du 31 juillet 2020 consid. 4). Pour sa part, l'autorité intimée savait que les quantités de matériaux présentant une forte teneur en HAP étaient moindres que ce qu'elle avait admis initialement depuis que l'entreprise D._____ avait rendu son rapport, le 27 juin 2019. Elle n'a pourtant pas jugé nécessaire d'interrompre la procédure, qu'elle a poursuivie en adjugeant le marché (décision du 18 juillet 2019). Elle n'a décidé d'interrompre la procédure que bien plus tard, après que la décision d'adjudication ait été contestée et que les pourparlers engagés entre les parties à la procédure de recours aient échoué. Il est vrai qu'à ce moment-là la situation avait évolué en raison de la pandémie et que l'autorité intimée se prévaut aussi, à l'appui de l'interruption, des contraintes dans l'exécution des travaux liées à la situation sanitaire. Ce motif sera examiné plus bas. Dans ces conditions, compte tenu aussi de ce que l'interruption doit rester une ultima ratio, il y a lieu d'admettre que les modifications en cause ne revêtent pas un caractère essentiel. On ne saurait parler de modification importante du projet, au sens de l'art. 41 al. 1 let. e RLMP-VD. Ces modifications constituent en revanche un motif objectif (sur cette notion, voir consid. 4a ci-dessus) permettant de modifier l'appel d'offres dans le respect des principes du droit des marchés publics, notamment ceux de transparence et de non-discrimination que l'autorité intimée invoque à l'appui de l'interruption et qui peuvent tout aussi bien être observés dans le cadre d'une procédure d'offre complémentaire. Conformément aussi au ch. 4.14 du DAO, il appartiendra ainsi à l'autorité intimée de reprendre la procédure d'adjudication au stade du dépôt des offres, en communiquant aux soumissionnaires les informations pertinentes tirées du rapport d'D._____, de manière à ce qu'ils puissent adapter leurs offres en conséquence, s'agissant des positions concernées (cf. partie "Faits" let. D). L'autorité intimée leur impartira un délai suffisant pour déposer une offre complémentaire. Elle procédera ensuite à une nouvelle évaluation des offres. Au préalable, il conviendra que l'autorité intimée interpelle les soumissionnaires quant au maintien de leurs offres, dont la durée de validité est dépassée. bb) S'agissant de l'art. 7d de l'ordonnance 2 Covid-19, cette disposition n'était déjà plus en vigueur lorsque la décision attaquée a été rendue. Cela étant, il n'est pas contesté que la protection des travailleurs contre l'épidémie de Covid-19 implique certaines contraintes (cf. Secrétariat d'Etat à l'économie [SECO], Protection de la santé au travail – Nouveau Coronavirus [COVID-19], Aide-mémoire pour les employeurs, version du 21 octobre 2020 [ci-après: Aide-mémoire du SECO], disponible à l'adresse < https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Merkblätter_und_Checklisten/merkblatt_arbeitgeber_covid19.html > [consulté le 28 octobre 2020]) qui sont de nature à compliquer dans une certaine mesure l'organisation du travail sur les

chantiers de construction. Pour autant, on ne saurait dire que ces contraintes soient propres à retarder le projet de manière importante, au sens de l'art. 41 al. 1 let. e RLMP-VD. En effet, l'importance du retard au sens de cette disposition dépend du point de savoir si le projet doit être réalisé de manière urgente ou dans un certain délai ou s'il peut au contraire être différé dans une certaine mesure. Or, dans le cas particulier, rien n'indique que la réalisation du projet litigieux ne puisse pas être différée, l'autorité intimée ne faisant pas valoir que celui-ci serait urgent ou devrait être réalisé dans un certain cadre temporel. On admettra par conséquent que, dans le cas particulier, la situation sanitaire ne constitue pas un juste motif d'interruption de la procédure. Elle peut en revanche représenter un motif objectif qui justifie de modifier l'appel d'offres (voir dans ce sens recommandations de la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics [KBOB] du 27 mars 2020 [pièce jointe au recours no 3]; sous le titre "3.1 Acquisitions en cours", la KBOB recommande en effet de ne "mettre fin [soit interrompre, "abbrechen" selon la version en langue allemande] aux procédures d'adjudication en cours que si des changements substantiels interviennent; sinon, faire usage de la rectification, par ex. en cas de modifications non essentielles [changement des délais de livraison ou de la date de l'exécution]"). Sur ce point également, il appartient à l'autorité intimée de procéder conformément au ch. 4.14 du DAO et d'inviter les soumissionnaires ayant déposé des offres à compléter celles-ci en y incluant les mesures imposées par la pandémie et en chiffrant le coût supplémentaire que celles-ci induisent (cf. KBOB, recommandations COVID-19 du 25 septembre 2020, ch. 4.7: l'offre doit tenir compte des ordonnances/prescriptions en vigueur lors de son dépôt et les soumissionnaires doivent inclure les mesures nécessaires en matière de prescriptions sanitaires). cc) Pris isolément, les motifs invoqués par l'autorité intimée ne constituent ainsi pas des raisons importantes, au sens de l'art. 41 al. 1 RLMP-VD, de nature à justifier l'interruption de la procédure. Il n'en va pas différemment si on les envisage conjointement. L'adjudicateur dispose certes d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il s'agit de déterminer s'il convient d'interrompre ou non la procédure (cf. consid. 5b/aa ci-dessus) ou d'une latitude de jugement dans l'interprétation de la notion juridique indéterminée de "raison importante". Selon la jurisprudence, il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 143 III 140 consid. 4.1.3 p. 147). Dans le cas particulier, les motifs invoqués ne peuvent guère entrer dans la notion de raison importante et ne permettent donc pas d'interrompre la procédure d'appel d'offres, alors que l'autorité intimée peut procéder par la voie moins "radicale" de l'offre complémentaire. Force est d'admettre par conséquent que l'interruption litigieuse procède d'un abus du pouvoir d'appréciation – en lien en particulier avec le principe de proportionnalité – et doit être annulée. 7. Au vu des considérants qui précèdent, le recours est sans objet, en tant qu'il est dirigé contre la révocation de l'adjudication du marché. Dans la mesure où il conserve un objet, soit en tant qu'il est dirigé contre l'interruption de la procédure d'appel d'offres, le recours est admis et la décision attaquée, annulée. La cause est renvoyée à l'autorité intimée afin qu'elle procède conformément au considérant 6c ci-dessus. Le sort du recours commande que les frais d'arrêt soient supportés par l'autorité intimée (cf. art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). En outre, une indemnité à titre de dépens sera allouée à la recourante et mise à la charge de la commune qui succombe (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.