

VD_OMNI MPU.2021.0017 vom 14. Dezember 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-12-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2021.0017

FR: VD_OMNI MPU.2021.0017 du 14 décembre 2021

IT: VD_OMNI MPU.2021.0017 del 14 dicembre 2021

Regeste

A. _____/Direction générale du numérique et des systèmes d'information (DGNSI),
B. _____ | Adjudication de gré à gré d'un marché portant sur l'acquisition de la nouvelle version de l'application "métier" utilisée par le SAN fondée sur les exceptions des art. 8 al. 1 let. c et g RLMP-VD. - notion de marché in-state et quasi in-house (consid. 1a); - qualité pour recourir en cas de gré à gré exceptionnel (consid. 2); - conditions de l'exception de l'art. 8 al. 1 let. c RLMP-VD non réalisées (consid. 4): l'autorité intimée n'a pas recherché activement s'il existait une ou des solutions de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisantes ou à tout le moins ne l'a pas démontré; - conditions de l'exception de l'art. 8 al. 1 let. g RLMP-VD non réalisées non plus (consid. 5): le marché litigieux, qui ne se trouve pas dans une relation de proportionnalité avec le marché initial (tant en termes de coûts que de durée), ne saurait être qualifié de marché additionnel. Recours admis et cause renvoyée à l'autorité intimée afin qu'elle procède à un appel d'offres. Avis minoritaire d'un membre de la section. Recours au Tribunal fédéral rejeté (arrêt 2C_50/2022 du 6 novembre 2023).

Erwägungen

E. 1

Il convient en premier lieu d'examiner la compétence de la cour de céans, qui est contestée par l'adjudicataire et dans une moindre mesure par l'autorité intimée. a) Pour l'adjudicataire et l'autorité intimée (qui est toutefois plus nuancée), le présent litige échapperait aux règles applicables aux marchés publics – et par conséquent à la compétence de la CDAP – en raison du caractère in-state ou quasi in-house du marché en cause. aa) La notion de marché public, qui désigne un contrat, portant sur l'acquisition de biens ou de services par des pouvoirs publics, implique que le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire constituent deux personnes distinctes (cf. arrêt MPU.2011.0020 du 16 mars 2012 consid. 2b). Ainsi, lorsqu'un pouvoir adjudicateur fait exécuter des services par son propre personnel, ou en cas de délégation de tâches publiques interne à l'administration (marché in-house), il ne s'agit pas d'un marché public (cf. Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, n. 199; Evelyne Clerc, Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^{ème} éd., Bâle 2013, n° 68 ad art. 5 LMI; Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 65 s.). La situation est analogue lorsque le pouvoir adjudicateur ne se procure pas une prestation en son sein, mais auprès d'un adjudicataire ayant sa propre personnalité juridique qui est en lien très étroit avec lui (cf. Jean-Baptiste Zufferey, Le champ d'application du droit des marchés publics, in: Zufferey/Stöckli [éd.], Marchés publics 2008, Zurich/Bâle/Genève 2008, n° 28 p. 160; Martin Beyeler, In-house-Vergaben, in: Zufferey/Stöckli [éd.], Marchés publics 2010, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 17 ss, n. 7 s.). On parle de marché quasi in-house. Deux conditions cumulatives doivent être réunies pour

la reconnaissance d'un tel marché (cf. Poltier, op. cit ., n. 200 ss; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3 ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, n. 253; Martin Ludin, Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre, Eine Rechtsvergleichung von In-house-, Quasi-in-house- und In-state-Geschäften in der EU und der Schweiz, Baden-Baden 2019, n. 197). D'une part, le pouvoir adjudicateur doit exercer sur l'adjudicataire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, que ce soit au travers de l'actionnariat, de sa représentation au sein des organes, de clauses contractuelles ou d'instructions administratives (cf. Zufferey, Marchés in-house et quasi in-house , DC 2013, p.. 29 s.). Cette condition est aussi remplie lorsque le contrôle est exercé conjointement – mais entièrement, à l'exclusion de tout acteur privé – par les collectivités publiques réunies au sein de la structure attributaire (critère du "contrôle"). D'autre part, il faut que l'adjudicataire exerce l'essentiel de son activité au profit respectivement de l'adjudicateur ou des adjudicateurs (dans le cas du contrôle conjoint), la part destinée à des clients tiers, indépendants de l'adjudicateur, ne pouvant être que très marginale (Poltier, op. cit ., n. 201; Galli/Moser/Lang/Steiner, ibidem ; critère de l'activité). La doctrine comme la pratique ont développé enfin une troisième notion, celle de marché in-state . L'approche est ici similaire, dès lors qu'elle autorise l'acquisition de prestations par un pouvoir adjudicateur auprès d'un autre pouvoir adjudicateur relevant d'une autre collectivité publique, sans procédure de mise en concurrence prévue par la législation sur les marchés publics. Pour cela, il est nécessaire que l'opération ne soit pas de nature à créer des distorsions de concurrence sur le marché des prestations en cause; concrètement, il faut que l'adjudicataire n'offre pas ses services sur le marché: à défaut, une adjudication in-state en faveur de cette entité serait de nature à lui conférer un avantage concurrentiel significatif par rapport à d'autres fournisseurs sur les marchés où l'une et les autres interviennent (cf. à ce propos Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zurich 2012, n° 1298 ss). On peut noter d'ailleurs que le critère de l'activité exercée au profit (exclusif ou presque) de pouvoirs adjudicateurs est une condition commune à remplir pour dispenser du droit des marchés publics les adjudications quasi in-house et in-state (voir, au sujet de ce critère, les développements de Beyeler, op. cit ., n° 1264 ss et 1307 ss). On relève encore que ni l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP 1994), ni la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD; BLV 726.01) ne mentionnent ces exceptions à l'application du droit des marchés publics. La jurisprudence cantonale les a néanmoins retenues (cf. arrêts MPU.2019.0026 du 4 mai 2012 consid. 4 et MPU.2011.0020 du 16 mars 2012 consid. 2b). Une telle dispense est par ailleurs désormais prévue dans le cadre de l'accord passé sous l'égide de l'OMC le 30 mars 2012, portant amendement de l'accord sur les marchés publics (ci-après: AMP 2012), entré en vigueur pour la Suisse au 1 er janvier 2021. En effet, à teneur de l'annexe 7 à cet accord, la Suisse a prévu une dérogation générale; selon celle-ci, le présent accord ne couvre pas les prestations exécutées par un adjudicateur en interne ou par des adjudicateurs distincts dotés de la personnalité juridique; cette réserve concerne précisément les acquisitions in-house , quasi in-house ou in-state (cf. Martin Ludin, op. cit ., n° 28, 124 et 676; cf. aussi art. 10 al. 2 let. b, c et d AIMP 2019, texte qui ne lie toutefois pas encore le canton de Vaud). bb) En l'espèce, l'Etat de Vaud n'est pas actionnaire de B._____. Il n'est pas non plus représenté au sein du conseil d'administration de la société. Il est certes présent au sein du Kundenrat . Ce comité n'est toutefois qu'un organe consultatif, qui ne dispose d'aucun pouvoir décisionnel (cf. art. 6.3 de la Vereinbarung für den Kundenrat der B._____.). On ne voit dès lors pas comment le canton de Vaud pourrait exercer sur B._____ un contrôle analogue à celui

qu'il exerce sur ses propres services. La qualification de l'opération comme marché quasi in-house doit ainsi être écartée, sur la base de ce critère du contrôle. On n'est pas non plus en présence d'un marché in-state. Comme on l'a relevé, une telle qualification suppose en effet que l'adjudicataire n'offre pas ses services sur le marché des prestations en cause. Or il ressort des pièces du dossier que B. _____ a concouru avec la recourante à Zurich, en vue de l'adjudication de prestations similaires à celles du marché litigieux, ce qui est incompatible avec la qualité d'adjudicataire in state, la participation à une procédure de marché public devant être considérée comme une entrée sur le marché (cf. Beyeler, op. cit., n° 1310; Ludin, op. cit., n° 698). b) L'adjudicataire soutient encore qu'il n'y aurait pas de nouveau "marché", la prolongation litigieuse ayant uniquement pour effet juridique de maintenir en vigueur le contrat du 15 décembre 2010, qui répondrait encore aux besoins du pouvoir adjudicateur. Elle estime en d'autres termes que l'adjudication attaquée n'en serait pas une, mais vaudrait simplement confirmation du contrat existant. La cour de céans s'est prononcée sur une problématique comparable dans un arrêt récent du 16 mars 2021 (cause MPU.2019.0031). Elle a rappelé que le lancement d'une procédure d'appel d'offres supposait que la collectivité publique, confrontée à un nouveau besoin, entende acquérir des prestations assujetties au droit des marchés publics. Or dans l'affaire en question les besoins de la commune concernée étaient couverts par un contrat adjugé précédemment à plusieurs adjudicataires, qui était toujours en vigueur et dont l'entreprise recourante s'était départie tout en demandant l'ouverture d'une procédure d'appel d'offres. La cour a jugé qu'une nouvelle mise en concurrence n'était dès lors pas nécessaire et a confirmé le refus de l'autorité de lancer un appel d'offres (cf. consid. 2; l'arrêt insiste au surplus sur la question des contrats de durée que le nouveau droit entend désormais encadrer, notamment les art. 15 al. 4 de loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics [LMP; RS 172.056.1] et de l'AIMP 2019). Dans le cas particulier, on ne saurait retenir que la prolongation litigieuse aurait pour seul effet juridique de prolonger le contrat initial du 15 décembre 2010. Dans ses écritures, le pouvoir adjudicateur a en effet bien exprimé un nouveau besoin, relevant que la version actuelle de l'application ***** ne correspondait plus à ses attentes et qu'elle devait faire l'objet d'une refonte technologique pour s'adapter aux technologies et langage de programmation actuels et répondre aux nouveaux défis de la cyberadministration. Il n'a du reste pas attendu l'échéance de la prolongation de mars 2019 – portant on le rappelle sur la période 2019 à 2024 – pour procéder à l'adjudication litigieuse, qui a précisément pour objet le développement et l'acquisition d'une nouvelle version de l'application *****, cet investissement nouveau ascendant à un montant de 7'462'000 fr., ainsi que la prolongation jusqu'en 2034 de la collaboration avec l'adjudicataire, prolongation liée à l'exploitation de cette nouvelle version. Aucun motif ne justifie par conséquent de requalifier l'acte litigieux – la formulation en a été choisie par l'autorité intimée elle-même – en une simple déclaration de maintien du contrat en vigueur, déclaration qui ne serait effectivement pas une décision sujette à recours auprès de la CDAP, sous réserve de la question de l'admissibilité de la prolongation envisagée au regard de l'art. 15 al. 4, 2 e et 3 e phrase AIMP 2019 non examinée en l'espèce. On se trouve donc bien en présence d'un nouveau "marché". c) Les objections des parties intimées sur la compétence de la cour de céans s'avèrent ainsi infondées.

E. 2

Sur le plan de la recevabilité toujours, l'autorité intimée et l'adjudicataire contestent la qualité pour recourir de la recourante. a) L'art. 75 let. a de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36) subordonne notamment 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. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral publiée aux ATF 137 II 313 (arrêt "Microsoft"), en cas d'adjudication de gré à gré, seul dispose d'un intérêt digne de protection et par conséquent légitimé à recourir le concurrent qui est en mesure d'offrir la prestation que l'autorité a l'intention de se procurer. Celui qui veut offrir un autre produit n'a pas qualité pour recourir, parce qu'il ne peut d'emblée pas obtenir le marché qu'il convoite (cf. consid. 3.3.1). Il ne suffit pas de proposer des solutions alternatives à ce que souhaite obtenir la collectivité, même si celles-ci seraient envisageables et si le soumissionnaire potentiel serait en mesure de les offrir (cf. consid. 3.6). En d'autres termes, seuls les soumissionnaires potentiels définis en fonction de l'objet du marché fixé par l'adjudicateur peuvent recourir, mais pas ceux qui offrent un autre produit (cf. consid. 3.3.2). Lorsque l'adjudicateur se fonde sur les spécificités de la prestation pour adjuger le marché de gré à gré, comme en l'occurrence, l'examen de la recevabilité du recours suppose donc de résoudre une question qui se recoupe avec le fond du litige. Dans un tel cas, il suffit, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, au stade de la recevabilité, que le recourant rende vraisemblable que, sur la question litigieuse, les conditions fondant la compétence du tribunal sont remplies, le point de savoir si tel est effectivement le cas étant ensuite tranché, pour autant que les autres conditions de recevabilité propres à la matière soient réunies, avec examen de la cause au fond (on parle à ce propos d'une application par analogie de la théorie de la "double pertinence"; cf. sur ce point ATF 141 II 14 consid. 5.1 et les références; cf. également Manuel Jaquier, Le "gré à gré exceptionnel" dans les marchés publics, thèse Fribourg 2018., p. 538 s.). b) En l'espèce, l'autorité intimée et l'adjudicataire soutiennent que la recourante ne serait pas un soumissionnaire potentiel dans le cadre du marché en cause, qui porte sur l'acquisition de la nouvelle version de l'application *****. La recourante ne prétend pas pouvoir offrir le produit demandé; elle affirme en revanche que sa solution informatique – le logiciel ***** – offrirait les mêmes fonctionnalités, y compris les interfaces et applications développées spécifiquement pour le SAN, et serait économiquement équivalente. Les parties intimées contestent une telle équivalence; elles maintiennent par ailleurs, en se fondant sur l'arrêt "Microsoft", que le seul fait que la recourante n'est pas en mesure d'offrir la "mise à jour" demandée suffit à lui dénier la qualité de soumissionnaire potentiel. Il est vrai que dans cet arrêt, qui concernait la prolongation de licences d'utilisation de logiciels Microsoft pour la bureautique des places de travail de l'administration fédérale, avec les applications dérivées, ainsi que la maintenance et le support y relatif, le Tribunal fédéral a jugé que celui qui proposait un autre logiciel, respectivement un autre système, qui n'était pas la continuation ni un complément du système existant, mais un produit informatique alternatif, n'avait pas qualité pour recourir. Il a précisé que la spécification de l'objet du marché ne devait toutefois pas pouvoir échapper à tout contrôle judiciaire (cf. consid. 3.3.2 in fine). Or la recourante, dans ses écritures, se plaint précisément d'une définition trop étroite du marché, qui viderait la procédure de marché public de sa substance. Elle critique en particulier le choix de l'autorité intimée d'exiger le logiciel d'un fournisseur déterminé et l'utilisation d'applications ou d'interfaces propres à ce fournisseur. Il y a lieu par ailleurs d'admettre qu'au stade de la recevabilité, la recourante a rendu suffisamment vraisemblable qu'elle était à même d'offrir une solution de rechange adéquate au produit proposé par l'adjudicataire. Il n'est en effet pas contesté qu'elle est active sur le marché relatif à la fourniture de services et logiciels informatiques aux services des automobiles cantonaux et que sa solution est utilisée par plusieurs cantons. Il est de plus établi qu'elle a été choisie

récemment comme nouveau fournisseur pour le canton de Zurich, qui avait jusqu'alors recours aux services de l'adjudicataire. Dans ces conditions, il convient de reconnaître à la recourante la qualité pour recourir, afin de vérifier notamment si l'objet du marché a été défini conformément au droit, ce qu'elle conteste (cf. dans ce sens, TAF B-1570/2015 du 7 octobre 2015 consid. 1.5.4 ss, qui concernait l'acquisition de lampes clignotantes d'avertissement d'un modèle spécifique).

E. 3

Pour le reste, le recours a été déposé dans les délai et formes prescrits par les art. 10 LMP-VD et 79 LPA-VD. Il convient donc d'entrer en matière.

E. 4

Sur le fond, la recourante soutient tout d'abord que les conditions du cas de gré à gré exceptionnel prévu à l'art. 8 al. 1 let. c du règlement d'application du 7 juillet 2004 de la LMP-VD (RLMP-VD; BLV 726.01.1), sur lequel l'autorité intimée se fonde, ne seraient pas remplies. Elle relève que le marché litigieux ne présenterait pas des caractéristiques techniques particulières et que sa solution informatique constituerait une alternative adéquate et économiquement équivalente au passage vers la nouvelle version de l'application *****. a) Aux termes de l'art. 8 al. 1 let. c RLMP-VD, le pouvoir adjudicateur peut adjuger un marché directement sans lancer d'appel d'offres pour des marchés soumis aux procédures ouvertes et sélectives, si "un seul soumissionnaire entre en considération en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle, et il n'existe pas de solution de rechange adéquate". Ce cas d'adjudication de gré à gré correspond à celui prévu par l'art. XIII ch. 1 let. b AMP 2012. Il suppose l'existence de particularités techniques, de particularités artistiques ou de droits exclusifs empêchant toute mise en concurrence et l'absence de prestation de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisante. S'agissant de cette dernière condition qui est commune aux trois hypothèses visées par l'art. 8 al. 1 let. c RLMP-VD et que l'on retrouve en droit fédéral, le Tribunal fédéral a précisé dans l'arrêt Microsoft évoqué plus haut que la seule équivalence fonctionnelle ne suffisait pas et qu'il fallait que la solution de rechange proposée soit également, économiquement, au moins à peu près aussi avantageuse que le produit acheté (cf. ATF 137 II 313 consid. 3.6.1). En ce qui concerne le fardeau de la preuve, la règle voudrait que celui qui se prévaut d'une règle exceptionnelle démontre qu'il en remplit les conditions. Dans l'arrêt "Microsoft", le Tribunal fédéral s'en est toutefois écarté. Il a jugé qu'une telle répartition serait en effet contraire à l'essence même de la procédure de gré à gré, puisqu'elle obligerait l'adjudicateur à procéder à une forme d'appel d'offres pour rechercher d'éventuels concurrents qui proposeraient une prestation équivalente. Il a retenu qu'il appartenait dès lors au tiers qui prétendait qu'il existait des solutions de rechanges adéquates de les proposer de manière détaillée et de démontrer qu'elles étaient adéquates (cf. ATF 137 II 313 consid. 3.5.2). Ce raisonnement a été critiqué par la doctrine (cf. Jaquier, op. cit., p. 142 ss, qui soutient qu'avant d'adjuger le marché de gré à gré, le pouvoir adjudicateur doit procéder activement à des recherches – recherches n'exigeant pas nécessairement l'organisation d'une procédure de passation ordinaire – pour s'assurer que le marché ne connaît pas de services, de travaux ou de marchandises de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisants; Martin Beyeler, *Freihänder: BVGer schwenkt Warnlampe!*, DC 2016 p. 27; Schneider Heusi/Mazzariello, *Die Freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung*, Jusletter du 23 mai 2011, p. 5). Le Tribunal administratif fédéral s'en est également distancé dans un

arrêt déjà évoqué plus haut portant sur la fourniture de lampes d'avertissement d'un modèle particulier. Il a retenu que le pouvoir adjudicateur – en l'occurrence Armasuisse – n'avait pas expliqué de quelle manière ni pour quelles raisons elle avait choisi le modèle en question et qu'elle n'avait dès lors pas apporté la preuve qu'elle remplissait les conditions de ce cas de gré à gré exceptionnel; il avait dès lors annulé la décision d'adjudication litigieuse (cf. TAF B_1570/2015 du 7 octobre 2015 consid. 2.5). La Cour de justice du Canton de Genève en a fait de même dans un arrêt du 18 août 2020 portant sur la fourniture d'un logiciel de vidéosurveillance d'une marque déterminée. Elle a jugé également qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur de démontrer que le système du prestataire choisi était le seul à entrer en ligne de compte (cf. ATA/761/2020 du 18 août 2020 consid. 7; ég. le commentaire de cet arrêt par Jaquier, in DC 2021 p. 14). Cette répartition du fardeau de la preuve correspond aussi à la jurisprudence européenne, qui considère qu'il revient à celui qui se prévaut d'une circonstance exceptionnelle de démontrer qu'il en remplit les conditions (cf. notamment CJCE du 14 septembre 2004, aff. 385/02, N 19 et les références citées).

b) En l'espèce, la recourante ne prétend pas être en mesure de fournir la version V20 de l'application ***** voulue par le pouvoir adjudicateur (elle ne détient pas les droits de licence de cette application, dont la version V20 est du reste encore en cours de développement et n'est actuellement pas encore opérationnelle). Ce qu'elle propose est sa solution informatique – l'application ***** – qu'elle estime équivalente. Comme on l'a déjà relevé, elle soutient qu'en exigeant un logiciel prédéterminé, l'autorité intimée a manifestement défini l'objet du marché de façon trop restrictive, portant ainsi atteinte à l'obligation de concurrence prévalant en droit des marchés publics.

aa) Dans son courrier électronique explicatif du 12 mai 2021, l'autorité intimée a invoqué diverses contraintes, qui empêcheraient le recours à un autre prestataire. Dans ses écritures, elle a précisé par ailleurs qu'elle ne voulait pas un nouveau logiciel, mais une modernisation de l'application ***** actuellement en place. Elle n'a toutefois pas véritablement expliqué pour quelles raisons objectives cette solution informatique serait la seule à entrer en considération, à défaut d'une autre qui serait équivalente fonctionnellement. Elle indique certes qu'elle répond en tous points aux besoins du SAN et qu'elle est connue des collaborateurs et utilisateurs. De telles raisons seraient suffisantes en présence d'une simple mise à jour fonctionnelle ou de sécurité de l'application (encore qu'une adjudication de gré à gré se justifierait dans cette hypothèse plutôt par le cas prévu par l'art. 8 al. 1 let. g RLMP-VD; cf. infra consid. 5 sur ce cas d'exception). Selon les propres affirmations de l'autorité intimée, la version V20 constitue toutefois une "refonte technologique" complète de l'application, destinée à la moderniser et à l'adapter aux technologies et langages de programmation actuels et s'inscrit dans un vaste projet intitulé "Redesign V20 (réécriture)" lancé en 2015 par l'adjudicataire et encore en cours de développement. Il n'est pas contesté par ailleurs que sa mise en oeuvre nécessitera par ailleurs la migration de données ainsi que des changements auprès des utilisateurs et clients du SAN. Il est dans ces conditions douteux que l'objet du marché ait été défini conformément au droit. A tout le moins, l'autorité intimée n'en a pas apporté la preuve. Quoi qu'il en soit, cette question n'a pas besoin d'être tranchée définitivement au vu des considérations qui suivent.

bb) Selon les termes de l'art. 8 al. 1 let. c RLMP-VD, l'existence d'un monopole de fait – que ce soit pour des motifs techniques ou relevant de la propriété intellectuelle – ne suffit pas pour justifier une adjudication de gré à gré; il faut encore qu'il n'existe pas de solution de rechange adéquate. Dans le cadre de la procédure, l'autorité intimée n'a pas listé exhaustivement les caractéristiques techniques de la solution informatique attendue. Elle s'est contentée de

mentionner l'exigence d'un service SaaS ("software as a service") ainsi que diverses applications et interfaces, qui ont été développées depuis la mise en service de l'application ***** en 2005 pour répondre à ses besoins spécifiques et qui devront être reprises. La recourante affirme qu'elle peut répondre à ces demandes, ce que l'autorité intimée et l'adjudicataire contestent ou mettent en doute. Les parties se disputent surtout sur la question du fardeau de la preuve. Il est vrai que dans l'arrêt "Microsoft", le Tribunal fédéral a retenu que la preuve de l'absence de solution de rechange reposait sur les seules épaules de la partie recourante. Comme la doctrine l'a relevé (cf. supra consid. 4a), une telle solution apparaît toutefois exorbitante en présence de clauses d'exception que l'autorité peut faire valoir en sa faveur. Elle se justifie d'autant moins dans le cas particulier que la recourante n'a qu'une image fragmentaire des besoins du pouvoir adjudicateur et ne connaît pas toutes les spécificités techniques de la solution informatique attendue. A l'instar du Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt relatif au marché portant sur la fourniture de lampes d'avertissement (TAF B_1570/2015 du 7 octobre 2015), on s'en distancera dès lors. Il convient donc de vérifier si l'autorité intimée a procédé à une recherche de solutions alternatives, avant d'adjuger de gré à gré un marché portant – on le rappelle – sur près de 46 millions et sur une durée de treize ans. Dans son courrier électronique du 12 mai 2021 et ses écritures, la DGNSI affirme pour l'essentiel qu'un changement de fournisseur informatique n'est pas envisageable, car il impliquerait un travail, des risques et des dépenses totalement disproportionnés. Elle ne démontre toutefois pas avoir – au stade de l'évaluation et la détermination des besoins – concrètement et sérieusement envisagé cette possibilité qu'elle semble avoir écartée d'emblée sans véritable analyse. Il n'apparaît en particulier pas qu'elle aurait approché les deux seuls autres prestataires actifs sur le marché relatif à la fourniture de services et logiciels informatiques aux services des automobiles cantonaux. Elle connaissait pourtant la solution ***** proposée par la recourante, puisqu'elle l'avait envisagée en 2010 comme alternative possible à la solution ***** (cf. Exposé des motifs et projet de décret accordant un prêt sans intérêt de 665'500 fr. à la société B._____ par l'Etat de Vaud, juin 2010, p. 1). L'exemple zurichois démontre par ailleurs que la migration de l'une vers l'autre est techniquement possible et que, malgré les coûts liés au changement de système, la recourante et sa solution informatique peuvent être compétitives financièrement. L'autorité intimée expose certes que le SAN a des besoins spécifiques. Les autorités zurichoises en ont toutefois certainement également, ne serait-ce qu'en matière d'émoluments et de taxes sur les véhicules, besoins spécifiques auxquels la recourante a dû répondre – le cas échéant après adaptation de son application – pour obtenir le marché, de sorte que l'argument n'est pas pertinent et ne saurait justifier l'absence de recherches de solutions alternatives. L'autorité intimée insiste également sur les diverses interfaces et services développées pour elle. La recourante fait valoir avoir ses propres applications, répondant aux mêmes besoins qui sont pour la plupart liés à des impératifs juridiques qui sont communs à tous les services des automobiles cantonaux. Elle devra certes trouver une solution pour les quelques applications pour lesquelles elle n'a pas d'équivalent. On rappelle néanmoins que la version V20 de l'application ***** est elle-même encore en cours de développement et ne devrait être mise en place qu'en 2023 ou 2024. L'autorité intimée évoque encore des difficultés organisationnelles, soulignant que le passage sur un nouveau logiciel impliquerait des adaptations des processus internes mis en place et une formation conséquente du personnel en place. De telles difficultés, qui sont inhérentes à tout changement de fournisseur, ne sauraient cependant justifier à elles seules une adjudication de gré à gré avec le prestataire en place (cf., dans ce sens, Jaquier, op. cit. ,

p. 126 et les références citées, qui relève que l'expérience acquise avec un fournisseur n'est jamais une raison technique justifiant le gré à gré). Il apparaît ainsi que l'autorité intimée a choisi d'acquiescer la version V20 de l'application ***** et de poursuivre la collaboration avec l'adjudicataire, sans rechercher activement s'il existait une ou des solutions de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisantes (que ce soit le produit de la recourante ou celui d'un autre fournisseur), ou à tout le moins qu'elle ne l'a pas démontré. Il y a lieu de préciser à cet égard qu'au stade de l'analyse des besoins et de l'éventuel recours à la procédure de gré à gré, la question n'est pas de déterminer si une solution alternative serait meilleure tant sur les plans technique qu'économique (ces aspects devront en effet être évalués dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres sur la base des critères d'adjudication choisis par le pouvoir adjudicateur qui dispose dans ce cadre d'une large marge d'appréciation). cc) L'autorité intimée ne peut par conséquent pas se fonder sur l'art. 8 al. 1 let. c RLMP-VD pour justifier l'adjudication de gré à gré litigieuse.

E. 5

La recourante soutient en outre que les conditions du cas de gré à gré exceptionnel prévu à l'art. 8 al. 1 let. g RLMP-VD, sur lequel l'autorité intimée se fonde également, ne seraient pas remplies. Elle fait valoir que le marché litigieux ne constituerait pas un complément ou un accroissement d'un précédent marché. a) Aux termes de l'art. 8 al. 1 let. g RLMP-VD, le pouvoir adjudicateur peut adjudger un marché directement sans lancer d'appel d'offres pour des marchés soumis aux procédures ouvertes et sélectives, si "les prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies doivent être achetées auprès du soumissionnaire initial étant donné que l'interchangeabilité avec du matériel ou des services existants ne peut être garantie que de cette façon". Ce cas d'adjudication de gré à gré correspond à celui prévu par l'art. XIII ch. 1 let. c AMP 2012, dont la teneur est la suivante: " c) pour des livraisons additionnelles à assurer par le fournisseur de marchandises ou de services initial qui n'étaient pas incluses dans le marché initial dans les cas où un changement de fournisseur pour ces marchandises ou ces services additionnels: i. ne sera pas possible pour des raisons économiques ou techniques telles que des conditions d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec des matériels, logiciels, services ou installations existants qui ont fait l'objet du marché initial; et ii. causerait des inconvénients importants à l'entité contractante ou entraînerait pour elle une duplication substantielle des coûts. " Ce texte diffère dans une certaine mesure de la disposition vaudoise; il n'en reste pas moins qu'il doit être pris en considération, dès lors qu'il apparaît comme directement applicable (cf. Jaquier, op. cit., p. 415 et 461). Les précisions qu'il apporte notamment s'agissant de l'approche économique de la notion d'interchangeabilité ont du reste été intégrées dans la nouvelle LMP et l'AIMP 2019, qui est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2021 à la suite de l'adhésion des cantons d'Argovie et d'Appenzell Rhodes intérieures, à leur art. 21 al. 2 let. e. La clause d'exception des marchés ou livraisons additionnels suppose en premier lieu un lien de connexité entre la prestation nouvelle et celle prévue dans le marché d'origine. Ce lien doit être de nature à la fois matérielle et temporelle. Sur le plan matériel, cette exigence est remplie dans la mesure où les prestations additionnelles présentent les mêmes spécifications techniques essentielles que le marché initial (cf. Jaquier, op. cit., p. 429 ss). Par ailleurs, il doit y avoir une relation de proportionnalité entre le marché initial et le marché additionnel. Cette condition, qui n'est pas retranscrite en droit interne, découlait déjà de l'AMP 1994; elle résulte désormais de la condition générale figurant à l'art. XIII ch.1 in initio AMP 2012 (cette dernière disposition rappelle les principes généraux et notamment l'idée que les clauses d'exception ne sauraient être utilisées pour restreindre la

concurrence et l'accès de fournisseurs étrangers; cf. Jaquier, op. cit ., p. 431 s. et 105 ss). Il faut en particulier que le marché additionnel soit dans un rapport raisonnable avec la prestation initiale (cf. Jaquier, op. cit ., p. 431 ss). Selon le message-type relatif à l'AIMP 2019 (dont on peut s'inspirer pour l'interprétation de l'art. 8 al. 1 let. g RLMP-VD), la valeur du marché complémentaire ne devrait ainsi pas excéder celle du marché de base, "sauf exception dûment justifiée" (p. 57). La clause d'exception des marchés ou livraisons additionnels implique en outre pour pouvoir être invoquée que le marché d'origine ait été adjugé conformément au droit. L'idée est d'éviter des procédés tendant à contourner la loi. Un pouvoir adjudicateur ne pourrait ainsi pas commencer par adjuger de gré à gré un "petit marché" dans le but de se prévaloir ensuite de la circonstance exceptionnelle de la livraison additionnelle pour attribuer de gré à gré un marché qui aurait dû normalement faire l'objet d'une procédure ouverte, sélective ou sur invitation et qu'il pouvait anticiper d'emblée (cf. Jaquier, op. cit ., p. 436 ss). Selon le message-type relatif à l'AIMP 2019, le marché de base devrait avoir été adjugé au moins en procédure sur invitation (p. 57). Pour certains auteurs toutefois, si l'adjudication initiale de gré à gré était licite, elle n'empêcherait pas l'adjudication, de gré à gré à nouveau, d'un marché additionnel (cf. Jaquier, op. cit ., p. 437; ég. Beyeler, DC 2010 p. 92). Afin que le marché additionnel puisse être adjugé au fournisseur initial de gré à gré, il doit enfin apparaître impossible pour le pouvoir adjudicateur de changer d'adjudicataire. Cette impossibilité peut être absolue ou relative. Le recours à cette clause d'exception peut notamment intervenir si le changement de fournisseur devait causer des inconvénients importants (techniques ou économiques) à l'entité contractante ou entraîner pour elle une duplication substantielle des coûts. La notion de "duplication" ne signifie pas 200%, mais simplement que certains coûts sont à double (cf. Jaquier, op. cit ., p. 461). Selon le message-type relatif à l'AIMP 2019, toute augmentation des coûts attendue ne justifie pas une renonciation à une mise en concurrence des soumissionnaires. Les surcoûts doivent être sans commune mesure avec le prix du marché que l'adjudicateur entend adjuger de gré à gré (p. 57). b) En l'espèce, la recourante soutient notamment que l'exigence de la proportionnalité ne serait pas réalisée. L'autorité intimée le conteste, affirmant que la valeur du marché initial dépasserait largement celle du marché litigieux. Pour arrêter la valeur du marché de base, elle a retenu une valeur cumulée de 27'000'000 fr. pour les années 2010 à 2019; elle y a ajouté un montant de l'ordre de 14'500'000 francs pour le marché adjugé en mars 2019 pour cinq ans supplémentaires; elle a pris également en compte un montant de près de 1'000'000 francs pour les applications eGOV et VEA adjugées en mai 2019, arrivant ainsi à un total de 42'295'397; elle a relevé qu'en prenant encore en considération la valeur du marché passé en 2005 avec le canton d'Argovie – sans l'avoir toutefois chiffrée – la valeur du marché initial dépassait largement la valeur du marché litigieux. L'approche de l'autorité intimée (suivie également par l'adjudicataire et la recourante, avec une variation sur les chiffres et sur certains éléments du calcul) est toutefois erronée. La valeur du marché additionnel doit en effet être comparée avec la seule valeur du marché de base, sans tenir compte de celle des éventuels autres marchés complémentaires qui seraient intervenus dans l'intervalle. Selon le message-type relatif à l'AIMP 2019, lorsque plusieurs marchés sont liés à un même marché de base, leur valeur totale même ne pourrait pas dépasser celle du marché de base (cf. p. 57). Dans le cas particulier, le marché d'origine est soit celui passé en 2005 avec le canton d'Argovie, soit celui adjugé en 2010 à l'adjudicataire. On ignore la valeur du premier cité, qui n'a pas été communiquée par l'autorité intimée. Elle ne devrait toutefois pas être supérieure à celle du marché qui a suivi, soit 2'964'638 fr. 25 (TTC) par année. On peut donc retenir pour le

marché de 2005 une valeur maximale de 14'823'190 fr. (TTC) pour les cinq années que la collaboration avec les autorités argoviennes a duré. Quant au marché de 2010, il portait sur un prix annuel de 2'964'638 fr. 25 (TTC) comme on l'a déjà indiqué et sur une durée de six ans. On arrive ainsi pour ce marché à une valeur de 17'787'828 fr. (TTC). On constate dès lors que, dans un cas comme dans l'autre, la valeur du marché litigieux, qui s'élève selon la décision d'adjudication publiée dans la FAO à 45'891'000 fr (TTC) (contrairement à ce que l'autorité intimée a fait dans sa démonstration, il n'y a pas lieu de déduire de ce montant le coût du projet V20, qui fait bien partie du marché litigieux), dépasse largement celle du marché de base, respectivement de 310% et de 258%. En termes de coûts, l'exigence de proportionnalité n'est par conséquent manifestement pas réalisée. Le même constat peut être fait s'agissant de la durée. Le marché litigieux a en effet été adjugé pour une durée de treize ans, alors que les marchés de 2005 et 2010 ont été conclus pour respectivement cinq et six ans et que les prolongations qui ont suivi (en 2017, mais apparemment sans nouvelle adjudication, et en 2019) n'ont pas dépassé cinq ans. Pour ce motif, le marché qui a fait l'objet de la décision attaquée ne saurait être qualifié d'additionnel ou de complémentaire. Sur cette qualification, on relèvera encore que la question du respect de la condition du lien de connexité avec la prestation initiale n'est pas évidente. Le marché litigieux ne porte en effet pas uniquement sur la poursuite des services d'exploitation, mais également sur l'acquisition de la version V20 de l'application *****, qui constitue une "refonte technologique" complète de l'application, destinée à la moderniser et à l'adapter aux technologies et langages de programmation actuels, et qui est encore en cours de développement. Cette question peut toutefois demeurer indécise. Faute de marché "additionnel ou complémentaire", il n'est pas nécessaire d'examiner et de trancher la condition de l'absence d'interchangeabilité avec des services existants, question fortement débattue par les parties. c) L'autorité intimée ne peut par conséquent pas se fonder non plus sur l'art. 8 al. 1 let. g RLMP-VD pour justifier l'adjudication de gré à gré litigieuse.

E. 6

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission du recours et à l'annulation de la décision attaquée, la cause étant renvoyée à l'autorité intimée pour qu'elle procède à un appel d'offres. Vu l'issue du litige, les frais de justice, arrêtés à 25'000 fr. compte tenu de la valeur du marché (cf. art. 3 al. 1 du Tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative – TFJDA; BLV 173.36.5.1), devraient en principe être supportés par l'autorité intimée et par l'adjudicataire, chacune par moitié (cf. art. 49 al. 1 LPA-VD). Conformément à l'art. 52 LPA-VD, aucun frais ne peut toutefois être exigé de la part de l'autorité intimée, qui a agi dans l'exercice de ses attributions officielles. La part des frais qui devrait lui être imputée sera dès lors laissée à la charge de l'Etat. En revanche, s'agissant des dépens, il n'y a pas de disposition similaire à l'art. 52 LPA-VD. L'indemnité de dépens, à laquelle la recourante a droit, sera dès lors mise à la charge de l'autorité intimée et de l'adjudicataire, chacune par moitié (cf. art. 55 LPA-VD). Compte tenu de la nature de la cause et du travail effectué, elle sera fixée à un montant de 6'000 fr. (art. 11 al. 2 du TFJDA).