

VD_OMNI MPU.2021.0019 vom 6. Oktober 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-10-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2021.0019

FR: VD_OMNI MPU.2021.0019 du 6 octobre 2021

IT: VD_OMNI MPU.2021.0019 del 6 ottobre 2021

Regeste

A. _____ /Municipalité de Nyon, B. _____ | Recours d'un soumissionnaire évincé contre la décision d'attribution d'une concession d'affichage sur le domaine public et le domaine privé communal. Monopole de fait sur le domaine public administré en droit vaudois par la municipalité (consid. 5). Attribution de la concession ne relevant pas de la législation sur les marchés publics mais soumise aux exigences de la loi sur le marché intérieur (consid. 6). Pas d'excès négatif du pouvoir d'appréciation de la part de la municipalité qui décide d'attribuer la concession en appliquant une procédure proche de celle des marchés publics (consid. 7). Pas de violation du principe de transparence, les sous-critères pouvant se déduire des critères annoncés (consid. 8). Pas d'abus ni d'excès du pouvoir d'appréciation de la municipalité dans l'appréciation des critères d'attribution (consid. 9). Recours rejeté.

Erwägungen

E. 1

La décision attaquée, rendue par la municipalité, octroie à la tierce intéressée une concession d'affichage sur le domaine public et sur le domaine privé communal jusqu'au 31 décembre 2031. a) La décision est susceptible d'un recours auprès du Tribunal cantonal, et plus précisément de la CDAP, aux conditions prévues par les art. 92 ss de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36; cf. aussi art. 40 al. 2 du règlement du 1^{er} juillet 1996 de la Commune de Nyon sur les procédés de réclame, approuvé par le Conseil d'Etat le 17 juillet 1996 [ci-après: RPR-Nyon; consulté sur le site www.nyon.ch]). b) Selon l'art. 95 LPA-VD, le délai de recours est de trente jours. En l'espèce, la décision attaquée indiquait toutefois un délai de dix jours. Selon la jurisprudence constante, on déduit du principe de la bonne foi que les parties ne doivent subir aucun préjudice en raison d'une indication inexacte des voies de droit (ATF 117 Ia 297 consid. 2, ATF 117 Ia 421 consid. 2c). En l'occurrence, l'autorité intimée a reconnu dans son courrier du 7 mai 2021 à la recourante que la mention d'un délai de recours de dix jours résultait d'une erreur. On ne voit dès lors pas quel préjudice aurait subi la recourante qui, représentée par un mandataire professionnel, a en outre déposé son recours le 17 mai 2021, soit le dernier jour utile du délai de trente jours (art. 95 LPA-VD). Pour le surplus, la question de savoir dans quelle mesure l'autorité intimée aurait considéré à tort que la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP-VD; BLV 726.01) était applicable au présent litige sera traitée avec le fond (cf. consid. 5 ci-dessous). c) Selon l'art. 75 al. 1 let. a LPA-VD, a qualité pour former recours toute personne physique ou morale ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou ayant été privée de la possibilité de le faire, qui est atteinte par la décision attaquée et qui dispose d'un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Selon la jurisprudence récente en matière de marchés publics (ATF

141 II 307 consid. 6, traduit in: JdT 2016 I 20; ATF 141 II 14 consid. 4, traduit in: JdT 2015 I 81; 140 I 285; jurisprudence reprise sur le plan cantonal voir par exemple CDAP MPU.2020.0030 du 11 mai 2021, consid. 1a et réf. citées), dont on peut s'inspirer en l'espèce, la simple participation du soumissionnaire à la procédure d'appel d'offres et la non-prise en considération de son offre ne sont au contraire pas suffisantes pour lui conférer un intérêt pratique effectif à la contestation de l'adjudication. Celui-ci ne dispose d'un intérêt digne de protection que lorsqu'il a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours. En l'occurrence, la recourante, qui conclut à ce que la concession d'affichage litigieuse lui soit attribuée en lieu et place de la tierce intéressée, dispose d'un intérêt digne de protection à la réforme en sa faveur de la décision attaquée dès lors que son offre a été classée en 2^{ème} position et que l'écart avec celle de la tierce intéressée après l'évaluation était minime. La qualité pour recourir doit donc lui être reconnue. d) Pour le surplus, le recours satisfait aux exigences de forme prévues par la loi (art. 79 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD) si bien qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

Dès que le motif justifiant la restriction disparaît, l'autorité en informe les parties et leur donne accès aux pièces soustraites.

E. 3

En réplique, la recourante a formellement requis la fixation d'une audience de débats afin que l'autorité intimée s'explique de manière complète et détaillée sur les notes attribuées. a) La procédure administrative est en principe écrite (art. 27 LPA-VD). L'autorité peut entendre les parties et des témoins (art. 29 al. 1 let. a et f LPA-VD) lorsque les besoins de l'instruction l'exigent (art. 27 al. 2 et 3 LPA-VD). Tel que garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101), le droit d'être entendu ne comprend pas le droit d'être entendu oralement (ATF 130 II 425 consid. 2.1). En outre, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.2.1). b) En l'occurrence, les représentants de la recourante ont été reçus par des collaboratrices de la commune pour un entretien où ils ont pu se faire expliquer le choix de la municipalité. L'autorité intimée a en outre exposé tant dans son courrier du 7 mai 2021 que dans ses écritures les motifs qui l'avaient conduite à attribuer la concession à la tierce intéressée. On ne voit donc pas très bien quelles explications complémentaires pourrait encore apporter l'autorité intimée lors d'une audience. Celle-ci n'apparaît pas non plus nécessaire pour permettre à la recourante de connaître le contenu de l'offre de la tierce intéressée, les éléments au dossier étant suffisants pour la garantie de son droit d'être entendu (cf. supra consid. 2). Cette requête doit donc être rejetée. Le tribunal statuera uniquement sur la base du dossier.

E. 4

La recourante invoque une violation de son droit d'être entendu en raison de l'absence de motivation de la décision attaquée. a) Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti notamment par l'art. 29 al. 2 Cst., implique pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et exercer son droit de

recours à bon escient. Pour répondre à ces exigences, l'autorité doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause; elle n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (cf. ATF 134 I 83 consid. 4.1 et les réf.). La motivation peut en outre être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1; TF 1C_361/2020 du 18 janvier 2021 consid. 3.1; CDAP PE.2020.0210 du 24 mars 2021 consid. 1a). En droit vaudois, l'art. 42 LPA-VD prévoit ainsi que la décision doit notamment contenir les faits, les règles juridiques et les motifs sur lesquels elle s'appuie (let. c). b) En l'espèce, il est vrai que la décision attaquée ne comportait pas de motivation du choix de la municipalité. Le tableau d'évaluation des offres joint à cette décision permettait toutefois à la recourante de comprendre les critères qui avaient joué un rôle déterminant dans l'attribution du marché. En outre, postérieurement à la décision attaquée et après avoir reçu les représentants de la recourante, l'autorité intimée a exposé en détail dans son courrier du 7 mai 2021 la manière dont l'offre de la recourante avait été évaluée. Il convient donc d'admettre que l'autorité intimée, qui dispose de surcroît d'une importante marge d'appréciation dans l'évaluation des offres, a satisfait à son obligation de motivation. Ce grief doit donc être rejeté.

E. 5

La décision attaquée attribue à la tierce intéressée une concession pour l'affichage sur le domaine public et privé de la Commune de Nyon jusqu'au 31 décembre 2031. Il convient d'abord d'analyser le fondement légal de cet acte juridique. a) Selon l'art. 664 al. 1 CC, les biens du domaine public étant soumis à la haute police de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent, les cantons peuvent en réglementer l'usage qui en est fait par les privés. Ainsi, ils sont en principe libres de décider par qui et à quelles conditions le domaine public peut être utilisé. Il existe trois types d'usage du domaine public: l'usage commun, à savoir que tout un chacun peut en faire usage, sans empêcher les autres d'en faire de même; l'usage accru, qui implique une mise à contribution plus intense du domaine public, qui limite son utilisation par d'autres et qui peut en principe être soumis à autorisation (par ex. un stand d'information sur la voie publique); finalement l'usage privatif qui exclut un usage pour les tiers (pose de rails, de câbles, panneaux d'affichage public), soumis généralement à concession (Pierre Moor/François Bellanger/Thierry Tanquerel, *Droit administratif*, vol. III: L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat, 2^{ème} éd., Berne 2018, p. 690 ss; Giorgio Malinverni/Michel Hottelier/Maya Hertig Randall/Alexandre Flückiger, *Droit constitutionnel suisse*, volume II, Les droits fondamentaux, 4^{ème} éd., Berne 2021, n. 693). En droit vaudois, sont considérés comme dépendants du domaine public, sous réserve des droits privés valablement constitués, les routes cantonales et communales ainsi que les places publiques; les eaux et leurs lits; les régions impropres à la culture, rochers, éboulis, névés, glaciers et les sources en jaillissant; l'espace aérien et le sous-sol au-delà de la propriété privée (art. 63 al. 1 du Code de droit privé judiciaire du 12 janvier 2010 [CDPJ; BLV 211.02]). L'exploitation et le commun usage du domaine public font l'objet de dispositions spéciales (art. 65 al. 1 CDPJ). Sous réserve des droits acquis des communes, le domaine public est cantonal. Toutefois, les communes administrent seules le domaine public artificiel qui n'est pas affecté aux routes cantonales (art. 66 CDPJ; voir aussi art. 2 al. 2 let. c et art. 42 al. 1 let. 2 de la loi du 28 février 1956 sur les communes [LC; BLV 175.11], cette dernière disposition attribuant à la municipalité la compétence de

l'administration du domaine public; cf. Denis Piotet, *Droit privé judiciaire vaudois annoté*, n. 3 ss ad art. 63 ss CDPJ). b) L'affichage est régi par la loi du 6 décembre 1988 sur les procédés de réclame (LPR; BLV 943.11) et son règlement d'application du 31 janvier 1990 (RLPR; BLV 943.11.1), qui s'appliquent à tous les moyens graphiques, plastiques, éclairés, lumineux ou sonores destinés à attirer l'attention du public, à l'extérieur, dans un but direct ou indirect de publicité, de promotion d'une idée ou d'une activité ou de propagande politique ou religieuse. Sont soumis à la loi et à ses dispositions d'application tous les procédés de réclame de quelque nature qu'ils soient, perceptibles à l'extérieur par le public (art. 3 al. 1 LPR). Peu importe donc que ceux-ci se situent sur le domaine privé ou sur le domaine public. Sauf pour certaines formes de communication considérées d'intérêt public (art. 7 LPR), l'apposition, l'installation, l'utilisation ou la modification d'un procédé de réclame est soumise à une autorisation préalable (art. 6 al. 1 LPR). L'art. 17 LPR prévoit que les affiches ne sont autorisées que sur les emplacements et les supports spécialement désignés à cet effet, de façon permanente ou temporaire, par l'autorité compétente (al. 1); les communes doivent autoriser un ou plusieurs emplacements si la demande en est faite (al. 2). Les communes peuvent édicter, en matière de procédé de réclame, un règlement communal d'application destiné à assurer la protection des sites et des monuments, le repos public et la sécurité de la circulation des piétons et des véhicules (art. 18 al. 1 LPR). Le RPR-Nyon, adopté par le Conseil communal le 1^{er} juillet 1996 et approuvé par le Conseil d'Etat le 17 juillet 1996, prévoit à son art. 37 que la municipalité peut affermer l'affichage publicitaire sur le domaine public de la Commune à une seule entreprise, en respectant les principes d'une mise au concours ou d'un appel d'offres. c) La décision attaquée réserve à la tierce intéressée l'usage de panneaux d'affichage qui se situent tant sur le domaine public que sur le domaine privé communal. En ce qu'il concerne le domaine public géré par la commune, l'acte en cause doit être qualifié de concession visant à conférer à son titulaire l'usage privatif des panneaux d'affichage situés sur le domaine public. Il s'agit d'une simple faculté, comme le confirme la formulation de l'art. 37 RPR-Nyon (" la municipalité peut"), aucune base légale n'étant nécessaire pour fonder une réglementation d'une utilisation du domaine public qui va au-delà du commun usage de celui-ci (ATF 125 I 209, consid. 10 selon lequel le monopole d'affichage sur le domaine public est un monopole de fait qui ne nécessite pas de base légale; cf. aussi Denis Piotet, *op. cit.*, ad art. 65 CDPJ). S'agissant de l'affichage sur le domaine privé communal, il relève de l'administration du patrimoine financier de la commune et donc en principe du droit privé. Cela étant, la municipalité a en l'espèce fait le choix de lancer un appel d'offres en un seul lot sans distinguer ce qui relève du domaine public et du domaine privé. Les pièces au dossier – en particulier l'annexe 9 recensant les panneaux d'affichage concernés par la concession – ne permettent pas de déterminer quels sont les panneaux qui se situeraient sur le domaine privé. Il y a donc lieu d'examiner l'attribution de la concession comme un tout sous l'angle des règles les plus strictes, soit celles applicables à l'utilisation du domaine public et à la délégation de celle-ci à des tiers.

E. 6

Il convient dans un deuxième temps d'examiner si l'acte de l'autorité intimée, tel que défini ci-dessus, est – comme le soutiennent les parties – soumis à d'autres législations, en particulier s'il s'agit d'un marché public au sens des dispositions de la LMP-VD et de l'AIMP, respectivement s'il doit respecter les exigences posées par la loi fédérale du 6 octobre 1955 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) pour la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal. a) Les dispositions de la LMP-VD ne

contiennent pas de définition du marché public. Selon la doctrine et la jurisprudence, le fait que la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que " demandeur ", acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques est caractéristique d'un marché public (cf. aussi en droit fédéral l'art. 8 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics [LMP; RS 172.056.1], entré en vigueur le 1^{er} janvier 2021, selon lequel " un marché public est un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. Il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire "). Il n'y a en principe pas de marché public lorsque l'Etat octroie une concession exclusive pour l'utilisation du domaine public. Par cet acte, l'Etat n'obtient rien, mais se limite à accorder un droit à une entreprise privée et (en principe) à percevoir une contre-prestation. Il en va toutefois différemment lorsque la concession octroyée est subordonnée à des contre-prestations d'une certaine importance qui devraient normalement faire l'objet d'un marché public (ATF 145 II 252 consid. 4.1; ATF 143 II 120 consid. 2.2.1 et les réf. citées). Sous le titre " Principes de la liberté d'accès au marché " de la section 2 de la loi et la note marginale " Liberté d'accès au marché ", l'art. 2 al. 7 LMI prévoit que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. Cette transmission est en général dénommée concession (de monopole), bien que le terme effectivement employé ne soit pas décisif au regard du champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI. Le champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI s'étend tant aux monopoles de droit que de fait (ATF 143 II 598 consid. 4.1. et les réf. citées). Est un monopole de fait la situation où l'Etat, en raison de sa souveraineté sur le domaine public, est en mesure d'exercer seul une activité économique nécessitant un usage particulier du domaine public, sans avoir à créer une base légale pour exclure les particuliers de l'activité en cause; son fondement n'est pas la loi mais la maîtrise générale sur les biens publics. Echappe donc au champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI l'administration du patrimoine financier qui n'est pas soumise aux prérogatives de puissance publique mais au droit privé (ATF 145 II 252 précité, consid. 5; voir également TAF arrêt B-1231/2019 du 24 mars 2021 excluant l'application du droit public – et donc de l'art. 2 al. 7 LMI – pour l'attribution par les CFF d'une surface commerciale dans une gare). Selon la jurisprudence, l'attribution d'une concession d'affichage sur le domaine public communal ne tombe en principe pas dans le champ d'application du droit des marchés publics, la collectivité publique n'agissant pas comme demandeuse sur le marché libre mais offrant au contraire l'exercice d'une prérogative qui lui est réservée. Elle est en revanche soumise aux exigences de l'art. 2 al. 7 LMI dès lors qu'il s'agit de la transmission de l'exploitation d'un monopole de fait (ATF 143 II 120, consid. 6 et réf. citées). b) En l'espèce, les parties ne prétendent pas que la mise au concours à laquelle a procédé la municipalité serait régie par le droit des marchés publics. Ce raisonnement doit être confirmé. En effet, l'autorité intimée n'agissait pas en l'espèce comme demandeuse sur le marché libre mais entendait conférer à une seule entreprise le droit d'utiliser les panneaux d'affichage situés sur le domaine public et sur le domaine privé communal. Certes, l'appel d'offres prévoit, outre le paiement d'une redevance, des contre-prestations en nature pour l'affichage d'intérêt public ainsi que pour l'affichage politique en période électorale. La valeur de ces contre-prestations n'est en outre pas chiffrée. Cela étant, on peut considérer en l'occurrence que le paiement d'une redevance par le concessionnaire constitue la prestation caractéristique. La commune n'agit donc pas

comme demandeuse mais met à disposition l'utilisation du domaine public et de son domaine privé pour l'affichage à caractère commercial. Il résulte de ce qui précède que les dispositions de l'AIMP et celles de la LMP-VD ne sont pas applicables au présent litige. En revanche, dès lors qu'il a pour objet de confier à une seule entreprise un usage privatif du domaine public, l'acte de la municipalité doit être qualifié de transfert de monopole au sens de l'art. 2 al. 7 LMI si bien que les exigences de cette disposition sont applicables.

E. 7

La recourante n'invoque aucune violation de la législation cantonale ou communale. Elle fait en substance grief à l'autorité intimée d'avoir appliqué à tort les exigences strictes de la législation sur les marchés publics plutôt que de s'être uniquement fondée sur l'art. 2 al. 7 LMI. Elle soutient dans un autre grief, qu'il convient d'examiner conjointement, que l'autorité intimée aurait commis un excès négatif de son pouvoir d'appréciation en ne permettant pas à la recourante de compléter et d'améliorer son offre dans la phase de négociation postérieure au dépôt de l'offre et en " s'enfermant dans le cadre rigide du droit des marchés publics ". En réplique, elle soutient aussi que, dans les procédures d'appel d'offres régies par l'art. 2 al. 7 LMI, le soumissionnaire disposerait d'un droit opposable à la collectivité d'entreprendre des négociations. a) Selon la jurisprudence, l'art. 2 al. 7 LMI impose deux exigences découlant du droit des marchés publics à la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal: un appel d'offres et l'interdiction de discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. La mise en place d'un appel d'offres implique la mise en place d'une procédure et l'existence de voies de droit contre la décision attribuant la concession (ATF 143 II 120 consid. 6.4.1). L'interdiction de discriminer ne s'applique pas seulement à la procédure d'appel d'offres au sens strict mais aussi à la délimitation des critères de sélection et au choix du concessionnaire; elle impose aussi le respect du principe de transparence qui est son corollaire. Sous réserve de ces exigences, la collectivité publique dispose d'un large pouvoir d'appréciation tant dans l'organisation de la procédure, qui n'a pas à être aussi formaliste qu'en matière de marchés publics, que dans le choix des critères de sélection, l'octroi d'une concession de monopole autorisant les cantons et les communes à prendre en compte des intérêts publics plus larges que la seule approche économique (ATF 143 II 120 consid. 6.4.2). Il y a excès négatif du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité considère qu'elle est liée, alors que la loi l'autorise à statuer selon son appréciation, ou qu'elle renonce d'emblée en tout ou partie à exercer son pouvoir d'appréciation (ATF 137 V 71 consid. 5.1; ATF 116 V 307 consid. 2 p. 310). Il y a par exemple excès négatif du pouvoir d'appréciation lorsque l'administration applique des solutions trop schématiques, ne tenant pas compte des particularités des cas d'espèce, que l'octroi du pouvoir d'appréciation avait justement pour but de prendre en considération (Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2018, n° 514 p. 179). Lorsque la norme confère un certain pouvoir d'appréciation, pour qu'il puisse être tenu compte de circonstances particulières, l'administré a en effet aussi le droit qu'il soit effectivement exercé (ATF 102 Ib 187; RDAF 1994 p. 145; Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet, Droit administratif, vol. I: les fondements, 3^{ème} éd., Berne 2012, p. 743). b) En l'espèce, il est vrai qu'au moment de renouveler la concession d'affichage, la municipalité a fait le choix d'organiser un appel d'offres qui ressemble, dans sa conception comme dans ses modalités, à un marché public (cf. la description de l'appel d'offres sous let. B ci-dessus). L'autorité intimée s'est aussi directement inspirée de la réglementation applicable en matière de marchés publics dans la manière dont elle a évalué les offres, notamment en confiant cette tâche à un comité composé de spécialistes.

Contrairement à ce que soutient la recourante, ce choix n'apparaît toutefois pas critiquable compte tenu de la large marge de manœuvre dont dispose l'autorité intimée dans l'administration du domaine public. Dans le cadre de l'application de l'art. 2 al. 7 LMI, l'autorité concédante est libre de se doter d'un cadre plus ou moins rigide pour l'organisation de son appel d'offres, même si elle doit par la suite, conformément notamment aux règles de la bonne foi, s'y tenir. Il n'est en outre pas contesté que, s'agissant de la première des exigences posées par l'art. 2 al. 7 LMI, l'appel d'offres organisé par l'autorité intimée satisfait les conditions de cette disposition. La recourante se prévaut également à tort d'un excès négatif du pouvoir d'appréciation de la part de la municipalité. Contrairement à ce que celle-ci paraît soutenir, la jurisprudence rendue en application de l'art. 2 al. 7 LMI n'impose pas à l'autorité intimée de se montrer moins formaliste qu'en matière de marchés publics mais elle l'autorise simplement à agir de la sorte (ATF 143 II 120 consid. 6.4.2 précité), notamment en prenant en compte d'autres intérêts publics que la seule approche économique. Dans le cadre du large pouvoir d'appréciation qui lui est reconnu pour organiser l'appel d'offres, l'autorité peut toutefois également s'en tenir à une vision plus formaliste et, par exemple, conférer au critère économique un poids prépondérant (TF 2C_82/2019 du 18 septembre 2019 consid. 5.2). Dans les deux cas, il n'appartient pas au tribunal de se substituer à l'autorité intimée en édictant lui-même les règles qui doivent présider à l'évaluation des offres (ATF 143 II 120 consid. 7.2). La recourante fait également grief à l'autorité intimée de ne pas avoir mené une phase de négociations postérieurement au dépôt et à l'évaluation des offres. A cet égard, le ch. 1.13.3 de l'appel d'offres réservait à la municipalité la possibilité de réaliser des entretiens séparés avec les soumissionnaires, possibilité dont elle n'a toutefois pas fait usage. Là encore, on ne voit pas en quoi la municipalité aurait fait un mauvais usage du large pouvoir d'appréciation qui lui est reconnu. A ce titre, la municipalité était notamment libre de se fonder uniquement sur le résultat de l'évaluation qu'elle avait confiée au comité désigné dans l'appel d'offres sans procéder à une audition des soumissionnaires. Ce grief doit donc être rejeté.

E. 8

La recourante invoque une violation du principe de la transparence s'agissant de l'utilisation et de la valeur conférées à certains sous-critères qui n'étaient pas annoncés dans l'appel d'offres. a) Comme on l'a vu plus haut (cf. supra consid. 7a), la jurisprudence considère que le respect du principe de transparence constitue le corollaire de l'interdiction de discriminer résultant de l'art. 2 al. 7 LMI. Le principe de transparence impose au pouvoir adjudicateur de fournir toute information utile aux fournisseurs potentiels, afin que ceux-ci puissent présenter leurs offres en connaissance de cause (Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, p. 161). En particulier, l'adjudicateur doit énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères pris en considération pour l'évaluation des soumissions; il est également tenu d'indiquer la pondération des critères retenus (ATF 125 II 86 consid. 7c; CDAP MPU.2018.0026 du 16 mai 2019, consid. 5a; MPU.2016.0020 du 4 novembre 2016 consid. 3a; MPU.2014.0016 du 26 août 2014 consid. 4b; MPU.2012.0005 du 17 juillet 2012 consid. 2b et les arrêts cités). Selon la jurisprudence, les méthodes d'évaluation des différents critères et sous-critères, par exemple une échelle de notes ou une matrice de calcul, ne doivent pas nécessairement être portées à la connaissance préalable des soumissionnaires (ATF 130 I 241 consid. 4.1 et les réf. citées; ég. CDAP MPU.2016.0041 du 24 mai 2017 consid. 3). Toutefois, le principe de transparence impose au pouvoir adjudicateur d'arrêter avant le retour des offres les échelles de notation ou méthodes

d'évaluation des critères d'adjudication (art. 37 al. 4 RLMP-VD; ég. CDAP MPU.2015.0040 du 10 novembre 2015 consid. 6b). Cette obligation vise à prévenir d'éventuelles manipulations par le pouvoir adjudicateur une fois les offres reçues (CDAP MPU.2018.0026 précité, consid. 5b; MPU.2016.0041 précité consid. 3; MPU.2016.0018 du 23 décembre 2016 consid. 2c et les réf. citées). S'agissant des sous-critères, la jurisprudence a précisé que le principe de transparence n'exige pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auxquels il se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et sous-critères utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul etc.) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation. Le choix d'une méthode de notation parmi les nombreuses solutions qui s'offrent à l'adjudicateur relève du large pouvoir d'appréciation qui lui est reconnu, le juge ne devant sanctionner que l'abus ou l'excès de ce pouvoir (ATF 130 I 241 consid. 5.1; CDAP MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 5). b) Pour le critère 2 " Organisation pour l'exécution du marché ", la recourante, critique l'importance conférée au sous-critère du planning d'intention (50% de points pour ce critère) qui n'était pas annoncée dans l'appel d'offres. Certes, les sous-critères utilisés ne ressortaient pas directement du texte de l'appel d'offres. Comme le relève l'autorité intimée, les soumissionnaires pouvaient toutefois les déduire logiquement de l'annexe 4 intitulée " Planification des moyens " qui devait être complétée pour ce critère et qui comportait deux rubriques, soit, d'une part, l'indication des moyens humains et cas échéant matériels qu'il proposait de mettre en place, et d'autre part, l'existence d'un planning d'intention selon les échéances fixées. Le principe de transparence n'a donc pas été violé. C'est également en vain que la recourante invoque une violation du principe de transparence en lien avec le poids équivalent conféré dans l'évaluation de ces deux sous-critères. Il n'est en effet pas arbitraire de considérer, en particulier au vu de la durée de la concession, que le planning d'intention est un élément tout aussi important que la description des moyens humains et matériels du concessionnaire. c) Pour le critère 3 " Qualités techniques de l'offre ", la recourante critique également l'utilisation de sous-critères qui n'auraient pas été annoncés aux soumissionnaires en violation du principe de transparence. Ce grief doit également être écarté. En effet, le texte de l'appel d'offres se référait à l'annexe 5 qui, sous l'intitulé " Exigences en lien avec les obligations du soumissionnaire ", comportait cinq rubriques que l'autorité intimée a utilisés comme sous-critères avec un poids équivalent pour évaluer les réponses des soumissionnaires. On ne saurait donc voir une violation du principe de transparence dans cette manière de procéder. Le grief tiré de la violation du principe de la transparence doit donc être rejeté.

E. 9

La recourante critique pour plusieurs critères l'évaluation qui a été faite de son offre et considère en substance qu'une note supérieure aurait dû lui être attribuée. a) En matière de marchés publics, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, à tous les stades de la procédure, s'agissant notamment de l'évaluation des offres (CDAP MPU.2014.0016 du 26 août 2014 consid. 1c; MPU.2014.0008 du 21 juillet 2014, consid. 1d; MPU.2013.0019 du 20 novembre 2013 consid. 1d et les arrêts cités). Ce pouvoir n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire; c'est seulement s'il est confronté à un abus ou à un excès

de ce pouvoir d'appréciation, partant à une violation grossière du texte de loi et de sa réglementation d'application, que le tribunal intervient. (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; CDAP MPU.2014.0016 précité consid. 1c et les arrêts cités). Ces principes valent a fortiori s'agissant de l'attribution d'une concession de monopole où l'autorité jouit d'une plus grande liberté de décision qu'en matière de marchés publics (ATF 143 II 120 consid. 7.2 et réf. citées). Il convient notamment de tenir compte de l'autonomie constitutionnellement garantie dont les communes vaudoises jouissent dans la gestion de leur domaine public (art. 139 al. 1 let. a Cst-VD; art. 2 al. 2 let. c de la loi du 28 février 1956 sur les communes [LC; BLV 175.11]). Autrement dit, pour reprendre la terminologie de la jurisprudence applicable en matière de marchés publics, le pouvoir d'appréciation de l'autorité n'est limité dans un tel cas que par l'interdiction de l'arbitraire (ATF 125 II 86 consid. 6; CDAP MPU.2014.0016 du 26 août 2014 consid. 1c; MPU.2014.0008 du 21 juillet 2014, consid. 1d; MPU.2013.0019 du 20 novembre 2013 consid. 1d et les arrêts cités).

b) Dans ses écritures, la recourante critique le plus souvent de manière appellatoire l'appréciation faite par l'autorité intimée sans exposer en quoi celle-ci serait arbitraire. Comme exposé ci-dessus, le tribunal ne saurait toutefois substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité intimée; il se bornera donc à examiner si l'autorité intimée a abusé ou excédé son large pouvoir d'appréciation en la matière.

aa) S'agissant d'abord du critère du " prix ", soit celui du montant de la redevance annuelle, qui comptait pour 50% dans l'évaluation, la recourante, qui a offert le montant le plus élevé à titre de redevance, a obtenu la note la plus élevée. Sans remettre en cause la note attribuée à la tierce intéressée pour ce critère, la recourante fait grief à l'autorité intimée d'avoir attribué la concession à cette dernière malgré le montant de la redevance sensiblement plus bas qui était offert. Cette critique tombe à faux. Compte tenu de l'important pouvoir d'appréciation dont dispose la municipalité, celle-ci pouvait librement adopter une échelle de notation qui, tout en conférant un poids important au critère du montant de la redevance dans l'évaluation (50% de la note finale), en relativisait l'incidence en permettant aux soumissionnaires qui offraient une redevance plus basse d'obtenir une note susceptible d'être compensée par d'autres critères de nature non économique. Par ailleurs, l'autorité intimée a justifié ce choix, d'une part, par le caractère " opaque " du marché de l'affichage et, d'autre part, par sa volonté de tenir également compte d'autres critères dans l'attribution de la concession. Compte tenu de la méthode choisie par l'autorité intimée, qui n'a pas été remise en cause par la recourante, celle-ci devait s'attendre à ce que le critère du " prix " ne joue pas nécessairement un rôle décisif. En effet, compte tenu de la méthode de calcul de la note pour ce critère, une différence importante sur le montant offert à titre de redevance n'a mathématiquement qu'un impact limité sur la note attribuée. Ainsi, l'offre de la tierce intéressée, bien que de plus de 30% inférieure à celle de la recourante, a tout de même obtenu une note de 3,21 (soit un total de 160.5 pts après pondération) pour ce critère. La décision attaquée n'est donc pas arbitraire sous cet angle.

bb) Pour le critère 2 " Organisation pour l'exécution du marché ", la recourante critique la note de 2.5 qui lui a été attribuée. Il n'est pas contesté que la recourante n'a répondu qu'en partie aux exigences de l'appel d'offres puisqu'elle n'a pas remis de planning d'intention. Les explications de la recourante selon lesquelles un tel planning d'intention n'aurait pas de sens ne peuvent être prises en considération. En effet, l'exigence d'un planning figurait clairement dans l'appel d'offres et il appartenait à la recourante de se renseigner – cas échéant en posant une question – pour savoir ce qui était attendu. En outre, contrairement à ce que soutient la recourante, l'autorité intimée n'était aucunement dans l'obligation de lui impartir un délai pour produire un tel planning. Bien au contraire, un tel procédé aurait été

discutable, une modification des offres après leur dépôt pouvant porter atteinte au principe d'égalité entre les soumissionnaires. Pour le surplus, on ne voit pas en quoi serait arbitraire l'explication de l'autorité intimée selon laquelle un tel planning permettait d'avoir la vision sur la durée du soumissionnaire, en particulier en ce qui concerne le développement de nouveaux panneaux d'affichage. La recourante s'est sans arbitraire vue attribuer la note 1 pour ce sous-critère et donc la note de 2.5 pour ce critère puisqu'elle a obtenu la note 4 pour l'autre sous-critère. S'agissant de ce dernier, la recourante critique le 0.5 pt supplémentaire attribué à l'offre de la tierce intéressée parce que celle-ci a également présenté les moyens matériels mis en place. On ne voit toutefois pas en quoi l'autorité intimée aurait agi de manière arbitraire en tenant compte de cet élément qui était expressément mentionné dans l'appel d'offres. cc) Pour le critère 3 " Qualités techniques de l'offre ", la recourante critique également l'évaluation de son offre. On ne voit pas en quoi les notes attribuées aux deux offres pour les différents sous-critères, telles qu'elles sont explicitées dans le procès-verbal de la séance du comité d'évaluation, seraient arbitraires. Il est notamment a priori logique d'attribuer une note plus élevée à une offre qui prévoit une meilleure fréquence de nettoyage des panneaux d'affichage. Les critiques de la recourante sur la pertinence d'un tel critère en lien avec des considérations écologiques relèvent de l'opportunité que ne peut revoir l'autorité judiciaire. Au vu de ce qui précède, l'évaluation des offres pour ce critère n'est pas arbitraire. dd) La recourante critique la note de 2 qui lui a été attribuée pour le critère 4 " Organisation de base du soumissionnaire ". Ce critère faisait notamment référence à l'annexe 6a " Contribution de l'entreprise au développement durable " (qui correspond au formulaire Q5 du Guide romand des marchés publics) et à l'annexe 6b " Notation du critère de la contribution du soumissionnaire au développement durable ". Conformément à ce qu'expose le procès-verbal du comité d'évaluation, la recourante ne disposait d'aucune certification. Ses réponses étaient en outre lacunaires. Dès lors qu'elle bénéficiait d'une certification, la tierce intéressée a obtenu la note maximale. Au vu de ce qui précède, l'évaluation des offres pour ce critère n'est pas arbitraire. ee) La recourante critique la note de 2.5 qui lui a été attribuée pour le critère 5 " Références ". Elle soutient notamment que la référence en lien avec le marché dans le domaine des transports publics a été sous-évaluée parce qu'elle serait innovatrice, notamment dans le domaine digital, et présenterait une complémentarité avec la concession litigieuse ainsi qu'un relais avec le quotidien " ***** " qui appartient au même groupe que la recourante. A cet égard, il résulte du procès-verbal d'évaluation et des explications de l'autorité intimée, que l'une des références de la recourante ne concernait pas un marché de l'affichage mais une régie publicitaire et que l'autre référence concernait un marché dans le domaine des transports publics avec un nombre limité de surfaces, raison pour laquelle elle n'a pas été considérée comme en rapport avec le marché litigieux. Contrairement à ce que soutient la recourante, il n'est pas arbitraire de considérer que ce marché n'est pas équivalent à celui faisant l'objet de la concession litigieuse qui concerne le domaine public ainsi que le domaine privé de la commune. S'agissant de la tierce intéressée, elle a présenté trois références considérées comme étant d'une complexité et d'une importance similaires au marché. Une seule référence concernait une commune (d'une taille supérieure à celle de Nyon) et les deux autres, un établissement de droit public à vocation de transport et un site d'exposition. De par le nombre d'emplacements et le statut proche des collectivités publiques de ces références, il n'était pas arbitraire d'attribuer à l'offre de la tierce intéressée la note de 4. Au vu de ce qui précède, l'évaluation des offres pour ce critère n'est pas arbitraire. c) Les griefs de la recourante en lien avec l'évaluation des offres doivent donc également être rejetés.

E. 10

Mal fondé, le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée. La recourante, qui succombe, supportera les frais judiciaires (art. 49 LPA-VD). L'autorité intimée et la tierce intéressée ont obtenu gain de cause par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel. Elles ont toutes deux droit à une indemnité à titre de dépens, lesquelles seront mises à la charge de la recourante (art. 55 LPA-VD).

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