

VD_OMNI MPU.2022.0009 vom 29. November 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-11-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2022.0009

FR: VD_OMNI MPU.2022.0009 du 29 novembre 2022

IT: VD_OMNI MPU.2022.0009 del 29 novembre 2022

Regeste

A. _____/B. _____, C. _____ | Interprétation des conditions de l'appel d'offres selon les règles de la bonne foi et le principe de la confiance (consid. 4). En l'occurrence, l'adjudicateur a retenu que le soumissionnaire concerné avait violé l'interdiction de la sous-sous-traitance (2e niveau de sous-traitance) prévue par les conditions de l'appel d'offres, mais il a renoncé à l'exclure pour ce motif. Ces conditions contiennent pourtant des règles spéciales qui, interprétées selon les règles de la bonne foi, sanctionnent en principe la violation de cette interdiction par l'exclusion. L'adjudicataire aurait par conséquent dû être exclu. La décision d'adjudication contestée ne peut être réformée en ce sens que le marché est adjugé à la recourante. En effet, selon la jurisprudence fédérale, un tel jugement réformatoire n'entre en ligne de compte que dans des situations suffisamment claires. Tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque l'instruction a révélé l'existence d'indices selon lesquels la recourante pourrait avoir été préimpliquée, ce qui serait de nature à la faire exclure à son tour. En amont de la procédure d'appel d'offres, des pourparlers ont en effet eu lieu avec la future recourante, lors desquels le montant de l'enveloppe budgétaire du projet a été communiqué à cette dernière, ce qui pourrait constituer un avantage concurrentiel et par là un cas de préimplication. En vertu du principe de la transparence, les documents d'appel d'offres auraient dû faire état de ces pourparlers, ce qui n'a pas été le cas. Dans ces conditions, il convient d'annuler la décision attaquée et de renvoyer la cause à l'adjudicateur, afin qu'il rende une nouvelle décision d'adjudication après s'être prononcé sur l'exclusion de la recourante; au lieu d'adjuger à nouveau le marché, l'adjudicateur pourra aussi éventuellement interrompre la procédure.

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal de céans examine d'office sa compétence (art. 6 al. 1 LPA-VD). Pour ce qui est de l'assujettissement au droit des marchés publics, l'autorité intimée relève que la majorité des associés de FO Léman 2 sont des pouvoirs adjudicateurs (à savoir H. _____, I. _____, F. _____, L. _____, E. _____ et J. _____). En outre, la part publique du financement est supérieure à la part privée. Aux termes de l'art. 5 de la loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019 (LMP; RS 172.056.1), si plusieurs adjudicateurs soumis au droit fédéral et au droit cantonal participent à un marché, le droit de la collectivité qui supporte la majeure partie du financement est applicable. Si la part cantonale totale dépasse celle de la Confédération, la présente loi ne s'applique pas (al. 1). Si plusieurs adjudicateurs participent à un marché, ils ont la possibilité de soumettre d'un commun accord ce marché au droit de l'un des adjudicateurs en dérogeant aux principes susmentionnés (al. 2). En l'occurrence, FO Léman 2 comprend, d'une part, des adjudicateurs soumis au droit fédéral des marchés publics. Il en va ainsi en tout cas d'H. _____ et de

l'I._____. Les F._____ sont assujettis pour leurs activités dans le secteur des transports ferroviaires non urbains en vertu de l'accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68; , entré en vigueur le 1er juin 2002) (cf. Etienne Poltier, Droit des marchés publics, 2014, p. 52 n. 92). L'autorité intimée considère que la participation des F._____ au présent projet "a pour but d'améliorer certaines prestations directement en lien" avec leurs activités ferroviaires, de sorte que les F._____ paraissent également soumis. D'autre part, FO Léman 2 comprend des adjudicateurs soumis au droit cantonal, à savoir l'E._____ et L._____. Le financement étant majoritairement assuré par les adjudicateurs relevant du droit fédéral des marchés publics, la LMP est en principe applicable en vertu de l'art. 5 al. 1 LMP. Selon l'autorité intimée, les associés de FO Léman 2 ont toutefois fait usage de la faculté prévue par l'art. 5 al. 2 LMP de soumettre le marché "au droit de l'un des adjudicateurs", soit en l'occurrence la loi cantonale sur les marchés publics du 24 juin 1996 (LMP-VD; BLV 726.01). Au vu de ces considérations, qui ne sont pas contestées par les parties, l'autorité intimée entre dans le champ d'application subjectif de la LMP-VD. Il est constant par ailleurs que le marché litigieux entre dans le champ d'application objectif de la LMP-VD. La Cour de céans est par conséquent compétente pour connaître du recours.

E. 2

a) L'art. 75 let. a de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36) 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. Selon la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en lien avec l'art. 89 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110) – étant rappelé que la qualité pour recourir doit être admise en procédure cantonale de manière au moins aussi large que devant le Tribunal fédéral (art. 111 al. 1 LTF) –, le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt digne de protection, lorsqu'il a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1; TF 2D_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1). La jurisprudence a admis l'intérêt digne de protection du soumissionnaire évincé lorsque celui-ci avait été classé au deuxième rang derrière l'adjudicataire et qu'il aurait, en cas d'admission de son recours, disposé d'une réelle chance d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1 p. 27; TF 2D_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1; 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.4.1). b) En l'occurrence, l'offre de la recourante a été classée, au terme de l'évaluation des offres, au deuxième rang, avec un écart de points très faible (0,08 sur 5 points). Il convient par conséquent d'admettre que la recourante est légitimée à recourir. c) Pour le surplus, le recours a été déposé dans les délais et forme prescrits par les art. 10 LMP-VD et 79 LPA-VD. Il convient donc d'entrer en matière.

E. 3

a) Avant l'audience, la recourante a allégué que X._____, l'un des cinq membres, comme spécialiste des travaux lacustres, du comité d'évaluation des offres, avait apparemment démissionné avec effet immédiat à la suite de l'adjudication du marché. A titre de mesures d'instruction, elle a demandé que le prénommé soit entendu comme témoin et que la Cour de céans ordonne à l'autorité intimée de produire l'éventuelle lettre de démission de ce dernier. L'autorité intimée a répondu que X._____ n'avait pas démissionné, puisqu'il continuait à travailler sur le projet dans le cadre des mises à

l'enquête. Le prénommé avait pris part au processus d'évaluation de manière entièrement régulière, nonobstant le fait qu'il "ait été surpris du résultat final, et donc minorisé dans le Comité ad hoc d'évaluation" (réponse p. 10). D'autres faits concernant le rôle de X. _____ ressortent des courriers respectifs de l'autorité intimée et de la recourante du 13 octobre et du 19 octobre 2022. Par appréciation anticipée (cf. ATF 145 I 167 consid. 4.1 p. 171), la Cour estime, au vu également de l'issue de la présente procédure, que l'audition de X. _____ ne se justifie pas. Du reste, dans ses dernières écritures, la recourante n'a plus requis cette mesure d'instruction. b) A réitérées reprises (voir encore son courrier du

E. 7

Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis, la décision attaquée annulée et la cause renvoyée à l'autorité intimée, afin qu'elle procède dans le sens des considérants du présent arrêt (voir en part. ci-dessus consid. 6c à la fin). En procédure de recours, les frais sont supportés par la partie qui succombe. En l'occurrence, le sort du recours commande que l'émolument judiciaire soit supporté par l'autorité intimée et par l'adjudicataire (cf. art. 49 al. 1, 51 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). L'autorité intimée prendra à sa charge une part un peu supérieure (5/8) de l'émolument, pour tenir compte du fait qu'elle a évoqué les pourparlers avec la recourante seulement lors de l'audience et dans des écritures subséquentes, ce qui a eu pour effet d'allonger la procédure. La recourante, qui obtient gain de cause par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens, arrêtés conformément à l'art. 11 du tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative (TFJDA; BLV 173.36.5.1; cf. art. 55 al. 4 LPA-VD), à la charge de l'autorité intimée (à concurrence de 5/8) et pour le reste de l'adjudicataire (cf. art. 55 al. 1 et 2, 91 et 99 LPA-VD).

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