

VD_OMNI MPU.2023.0002 vom 24. Februar 2023

VD Tribunal cantonal, 2023-02-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2023.0002

FR: VD_OMNI MPU.2023.0002 du 24 février 2023

IT: VD_OMNI MPU.2023.0002 del 24 febbraio 2023

Regeste

A. _____, B. _____ Direction générale des immeubles et du patrimoine - DGIP, C. _____, D. _____, E. _____, F. _____, G. _____ | Adjudications de gré à gré de prestations d'architecte et d'ingénieurs en lien avec la construction du futur gymnase d'Echallens à des entreprises lauréates du concours pour le gymnase du Chablais compte tenu des synergies entre les deux projets reposant sur cahier des charges identique. Recours de deux associations professionnelles vaudoises regroupant des ingénieurs et architectes. Rappel de la jurisprudence concernant les conditions du recours corporatif ainsi que la qualité pour recourir contre une adjudication de gré à gré qui appartient aux fournisseurs potentiels. Pas de vraisemblance en l'occurrence qu'une majorité des membres des recourantes avaient qualité pour recourir contre les cinq décisions d'adjudication de gré à gré qui concernent des prestations spécifiques en lien avec la construction d'un bâtiment scolaire. Recours au TF rejeté (2C_196/2023 du 7 février 2024).

Erwägungen

E. 1

a) Le 1^{er} janvier 2023 est entré en vigueur pour le Canton de Vaud le nouvel Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (A-IMP; BLV 726.91), la loi sur les marchés publics du 14 juin 2022 (LMP-VD; BLV 726.01), ainsi que son règlement d'application du 29 juin 2022 (RLMP-VD; BLV 726.01.1). Ces deux derniers textes ont respectivement abrogé la loi sur les marchés publics du 24 juin 1996 (aLMP-VD), ainsi que l'aRLMP-VD. Selon l'art. 64 al. 1 AIMP et l'art. 16 a contrario LMP-VD, l'ancien droit reste toutefois applicable aux procédures d'adjudication qui ont été lancées avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. b) En l'occurrence, le recours est dirigé contre des décisions d'adjudication de gré à gré rendues avant le 1^{er} janvier 2023 mais publiées et donc notifiées après l'entrée en vigueur du nouveau droit. Dès lors que la date du lancement de la procédure est déterminante, il convient de se référer au moment où l'autorité a décidé d'adjuger le marché de gré à gré de sorte que l'ancien droit est applicable à la présente cause.

E. 2

Le Tribunal examine d'office si les conditions de recevabilité du recours sont remplies. Il convient ainsi de déterminer si les deux associations recourantes ont qualité pour recourir. a) A l'appui de leur recours, celles-ci exposent défendre les intérêts de tous les bureaux d'ingénieurs ou d'architectes, qu'ils fassent partie ou non de leurs membres, susceptibles de participer à des concours ou à des appels d'offres pour la construction du Gymnase d'Echallens et qui ont été écartés en raison de l'adjudication de gré à gré. Dans leurs déterminations du 8 février 2023, elles soutiennent que parmi leurs membres, qui représentent selon leurs dires 90% des architectes, ingénieurs civils ou spécialisés actifs

dans le Canton de Vaud, il existe des bureaux susceptibles de participer à des procédures ouvertes dans les cinq domaines d'activité concernés par les décisions attaquées; tel serait en particulier le cas pour les prestations spécialisées telles que Bois et CVSE: elles relèvent aussi que deux des adjudicataires font partie de leurs membres. Elles indiquent que leurs statuts sont clairs et les habilite à agir en justice en matière de marchés publics. Elles font en outre valoir que leur qualité pour recourir contre des adjudications de gré à gré a déjà été admise par la jurisprudence cantonale. S'agissant de la forme du recours, elles exposent que rien n'interdirait de déposer un seul acte de recours contre plusieurs décisions, en particulier lorsque, comme en l'espèce, les décisions sont identiques, reposent sur la même base et concernent le même bâtiment, ce qui justifierait de toute manière une jonction de causes. L'autorité intimée conclut à l'irrecevabilité du recours en faisant en substance valoir que le texte des statuts de l'A. _____ ne correspondrait pas aux exigences de la jurisprudence précitée. Elle soutient également qu'en déposant un seul acte de recours contre cinq décisions d'adjudication distinctes, les recourantes tentent de créer un "amalgame" en prétendant avoir qualité pour contester l'ensemble de la démarche alors que, si elles avaient déposé des actes de recours séparés contre chacune des adjudications, leur qualité pour recourir aurait dû être examinée à l'aune de chaque décision. A suivre l'autorité intimée, cette manière de procéder rendrait leur recours irrecevable. b) 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. Cette exigence exprime l'idée que la seule poursuite d'un intérêt général et abstrait à la correcte application du droit ne suffit pas, afin d'éviter l'action dite populaire (ATF 137 II 30 consid. 2.2.3 p. 33; arrêt TF 1C_754/2013 du 28 avril 2014 consid. 3.1). Il incombe à la partie recourante d'alléguer les faits propres à fonder sa qualité pour agir lorsqu'ils ne ressortent pas à l'évidence de la décision attaquée ou du dossier de la cause (ATF 133 II 249 consid. 1.1). L'ancien droit cantonal des marchés publics, applicable à la présente cause, ne régit pas la qualité pour recourir. D'une manière générale, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral en lien avec l'art. 89 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), dont la teneur est similaire à l'art. 75 LPA-VD, en cas de recours contre une adjudication, le soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue dispose d'un intérêt digne de protection pour la contester lorsqu'il aurait, en cas d'admission du recours, une chance réelle de remporter le marché. La simple participation à un appel d'offres n'est pas suffisante (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1, traduit in JdT 2015 I 81; arrêt MPU.2022.0012 du 20 décembre 2022 consid. 1a selon lequel cette jurisprudence est également applicable en matière cantonale). Lorsque le recours est dirigé comme en l'espèce contre une adjudication de gré à gré, il permet non d'obtenir l'adjudication mais uniquement de faire valoir que cette procédure n'aurait pas dû être appliquée pour le marché concerné. Selon la jurisprudence, la qualité pour recourir appartient dès lors à celui qui invoque que, si une autre procédure avait été appliquée à ce marché, il aurait présenté une offre pour le produit à fournir. Par conséquent, seuls les fournisseurs potentiels de l'objet du marché public, tel que spécifié par l'adjudicateur, ont la possibilité de recourir contre la décision d'appliquer indûment la procédure de gré à gré (ATF 137 II 313 " Microsoft " consid. 3.3.2, traduit in JdT 2012 I 20; arrêt TF 2C_841/2016 du 25 août 2017 consid. 4.2; arrêt MPU.2021.0017 du 14 décembre 2021 consid. 2a, qui fait l'objet d'un recours pendant au Tribunal fédéral, selon lequel cette jurisprudence est également applicable en matière cantonale s'agissant de la qualité pour recourir). Autrement dit, celui qui entend se plaindre de ce qu'un marché n'a pas été mis en

concurrence doit démontrer qu'il aurait déposé une offre (Manuel Jaquier, Le "gré à gré exceptionnel" dans les marchés publics, Genève – Zurich – Bâle 2018, p. 532 ss, spéc. p. 538). On relèvera encore que l'art. 56 al. 5 A-IMP, dont la teneur est identique à l'art. 56 al. 4 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1), prévoit désormais expressément que seules les personnes qui prouvent qu'elles peuvent et veulent fournir les prestations demandées ou des prestations équivalentes peuvent faire recours contre les adjudications de gré à gré. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, sous réserve d'une disposition spécifique lui conférant la qualité pour recourir, une association jouissant de la personnalité juridique est autorisée à former un recours en matière de droit public en son nom propre lorsqu'elle est touchée dans ses intérêts dignes de protection. De même, sans être elle-même touchée par la décision entreprise, une association peut être admise à agir par la voie du recours en matière de droit public (nommé alors recours corporatif) pour autant qu'elle ait pour but statutaire la défense des intérêts dignes de protection de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel (ATF 145 V 128 consid. 2.2; 142 II 80 consid. 1.4.2). En revanche, elle ne peut prendre fait et cause pour l'un de ses membres ou pour une minorité d'entre eux (ATF 133 V 239 consid. 6.4 et la référence citée). Cette jurisprudence vaut également en matière cantonale (Bovay/Blanchard/Grisel Rapin, LPA-VD annotée, ch. 2 ad art. 75 LPA-VD et les nombreuses réf. citées), sous réserve là aussi de dispositions légales spéciales, non pertinentes en l'espèce. En matière de marchés publics, la loi ne confère pas de qualité pour recourir aux associations professionnelles. Par conséquent, elles ne peuvent contester une décision que si les conditions précitées pour le dépôt d'un recours corporatif sont remplies (Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, n. 410, p. 264; Etienne Poltier/Evelyne Clerc, Commentaire romand, Droit de la concurrence, n. 87 ad art. 9 LMI; Jaquier, op. cit., n. 813 ss p. 540 ss). La jurisprudence cantonale a parfois reconnu la qualité pour recourir des associations professionnelles contre des adjudications de gré à gré (Jaquier, loc. cit.). Comme le relèvent les recourantes, tel est le cas notamment de la jurisprudence vaudoise. Ainsi, dans un arrêt GE.2000.0136 du 24 janvier 2001, l'ancien Tribunal administratif avait admis le recours de la Société vaudoise des ingénieurs et des architectes, devenue depuis lors B._____, déposé conjointement avec un ingénieur civil, contre une décision d'adjudication de gré à gré pour les prestations d'ingénieurs civils et d'ingénieurs CVSE concernant la construction d'une animalerie à l'Université de Lausanne. En substance, selon cet arrêt (consid. 1), les ingénieurs civils membres de la B._____ devaient se voir reconnaître à titre individuel la qualité pour recourir contre la décision d'adjudication de gré à gré du mandat d'ingénieur civil, la même conclusion valant pour les ingénieurs électriciens, respectivement pour les ingénieurs CVSE, s'agissant du mandat auxquels ceux-ci pouvaient prétendre. En outre, le texte des statuts de la B._____ lui permettait d'agir en justice pour défendre les intérêts de ses membres. La qualité pour recourir de l'A._____ avait en revanche été laissée indécise au vu de la formulation des statuts de cette dernière association. Dans un arrêt plus récent (arrêt MPU.2012.0021 du 5 décembre 2012 consid. 3), la CDAP est entrée en matière sur un recours déposé par les recourantes en se référant sans autre explication à l'arrêt GE.2000.0136 précité. Dans d'autres dossiers auxquels les recourantes se réfèrent, notamment en produisant copie des écritures déposées devant la CDAP, leur qualité pour recourir n'a pas été examinée, ces affaires n'ayant pas donné lieu à un arrêt. Enfin, un arrêt de la Cour constitutionnelle (arrêt CCST.2008.0013 du 14 juillet 2009 consid. 1c) a admis la qualité pour recourir des

associations recourantes contre une modification de la législation sur la procédure administrative en matière d'effet suspensif; il a toutefois été rendu dans le domaine du contrôle abstrait des normes où les exigences en matière de qualité pour recourir sont différentes puisqu'un intérêt virtuel suffit. La Cour de céans n'a donc pas réexaminé la qualité pour recourir des associations professionnelles contre des adjudications de gré à gré depuis que le Tribunal fédéral a rendu en 2011 son arrêt de principe en la matière (ATF 137 II 313). Il convient donc d'examiner si, au regard des exigences posées par cette jurisprudence, les recourantes ont démontré avoir qualité pour recourir dans le cas particulier.

E. 3

Les recourantes ne prétendent à juste titre pas défendre leurs propres intérêts, si bien que leur recours n'est recevable que si les conditions d'un recours corporatif sont remplies. Même si leur qualité pour recourir avait été reconnue, respectivement n'avait pas été examinée plus avant dans le passé, il leur incombait dès lors d'alléguer les faits propres à démontrer qu'elles pouvaient agir dans l'intérêt de leurs membres aux conditions posées par la jurisprudence (ATF 133 II 249 consid. 1.1). En outre, il leur incombait également de le faire pour chacune des cinq décisions d'adjudication de gré à gré contestées. En effet, dans la mesure où les prestations concernées ne sont pas identiques pour chacune des adjudications de gré à gré, le cercle des soumissionnaires potentiels n'est pas non plus le même. Comme le relève à raison l'autorité intimée, il n'y a pas lieu de se montrer moins exigeant dans l'examen de la qualité pour recourir au motif qu'un seul acte de recours a été déposé contre les cinq décisions d'adjudication de gré à gré litigieuses. Or, le tribunal arrive à la conclusion que les conditions du recours corporatif ne sont en l'occurrence pas remplies. a) D'abord, en déclarant elles-mêmes défendre également les intérêts des bureaux d'ingénieurs et d'architectes qui ne sont membres ni de la B. _____ ni de l'A. _____, les recourantes perdent de vue que le recours dit corporatif (ou égoïste) n'a précisément pas pour but de défendre d'autres intérêts que ceux des membres de l'association qui doivent avoir individuellement qualité pour recourir. Autrement dit, les conditions posées par la jurisprudence visent à éviter qu'une association agisse non pour défendre les intérêts de ses membres mais dans l'intérêt général, soit – comme cela ressort d'ailleurs des écritures des recourantes (déterminations du 8 février 2023, p. 2) – " quand des questions de principe se posent ", ce qui est assimilable à une action populaire. Il s'agit donc d'examiner si les membres des recourantes ont qualité pour recourir à titre individuel. b) A cet égard, les recourantes allèguent qu'au vu de leur activité professionnelle et de la spécialisation de certains d'entre eux, plusieurs des bureaux d'architectes ou d'ingénieurs auraient pu participer à une procédure ouverte si les adjudications litigieuses avaient fait l'objet d'un appel d'offres. Dans leurs déterminations du 8 février 2023, postérieures à l'échéance du délai de recours, elles mentionnent notamment que plusieurs bureaux d'ingénieurs civils parmi leurs membres disposent de compétences dans les domaines spécialisés faisant l'objet de certaines des adjudications de gré à gré, soit Bois, CVCS-MCR-Sméo et E et AEAI, et que la plupart peuvent fournir les prestations d'architecte et d'ingénieur civil; elles exposent également que deux des adjudicataires font partie de leurs membres. Au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral rappelée plus haut (ATF 137 II 313), on ne saurait se contenter de telles affirmations générales, qui ne permettent pas de démontrer qu'un ou plusieurs des membres des recourantes auraient véritablement déposé une offre si les mandats litigieux avaient fait l'objet d'une mise au concours. Ainsi, contrairement à ce qu'admettait la jurisprudence cantonale antérieure à la jurisprudence fédérale

susmentionnée (arrêt GE.2000.0136 précité), le simple fait d'être actif dans le domaine faisant l'objet d'une adjudication de gré à gré – par exemple d'être un ingénieur civil actif dans le Canton de Vaud s'agissant de prestations d'ingénieur civil – n'est pas suffisant pour être considéré comme un "fournisseur potentiel". Seuls ceux qui sont véritablement en mesure de fournir une offre en rapport avec l'objet du marché et qui ont l'intention de le faire ont cette qualité. En l'occurrence, les adjudications de gré à gré litigieuses portent sur des prestations d'architecte et d'ingénieur en lien avec la construction d'un Gymnase à Echallens. Or, les recourantes n'allèguent pas, ni à plus forte raison ne démontrent, pour aucun des marchés concernés, que la majorité ou au moins une grande partie de leurs membres auraient pu et voulu participer au marché de la construction d'un bâtiment scolaire, mandat qui présente certaines spécificités. On ne saurait inférer du fait que deux des adjudicataires de gré à gré figurent parmi les membres que d'autres bureaux d'ingénieurs ou d'architectes vaudois auraient nécessairement participé à une procédure ouverte en cas d'appel d'offres. Les recourantes ne fournissent aucune indication ni aucune référence, notamment en matière de participation à des mandats de construction de bâtiments scolaires, qui permettrait de l'établir. De même, l'indication que plusieurs des entreprises membres des recourantes bénéficient des compétences spécialisées en lien avec certaines des prestations faisant l'objet des adjudications contestées ne suffit pas non plus à fonder la qualité pour recourir; il est au surplus douteux, pour ces mandats spécialisés, qu'une majorité ou une grande partie des membres des recourantes auraient les capacités de déposer une offre. Quant aux prestations d'architecte et d'ingénieur civil, même si elles ont un caractère plus général, rien n'indique non plus qu'une majorité des membres des recourantes ou au moins une grande partie de ceux-ci seraient en mesure de déposer une offre pour un projet de construction scolaire de cette ampleur ni qu'ils auraient eu l'intention de le faire. En conclusion, les recourantes n'ont pas démontré que leurs membres à titre individuel avaient qualité pour recourir. Pour ce motif déjà, le recours doit être déclaré irrecevable. c) Il n'est donc pas nécessaire d'examiner de surcroît si le contenu des statuts des associations recourantes correspond aux exigences de la jurisprudence. On relèvera simplement à cet égard qu'il est sans pertinence pour leur qualité pour recourir que, comme elles s'en prévalent, les associations recourantes aient modifié le texte de leurs statuts pour pouvoir recourir contre certaines décisions rendues en matière de marchés publics. Le texte de leurs statuts ne saurait en effet permettre aux recourantes de contourner les exigences fixées par la loi, qui ne reconnaît pas aux associations professionnelles la qualité pour recourir. d) On relèvera enfin que, si des associations professionnelles telles que les recourantes ne disposent en général pas de la qualité pour recourir pour se plaindre seules d'une absence de mise en concurrence, elles ne sont pas dénuées de moyens d'action et peuvent en particulier solliciter la Commission de la concurrence. En effet, l'art. 9 al. 2 bis de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02), qui a notamment été adopté parce que la loi ne confère pas aux associations professionnelles la qualité pour recourir, octroie expressément à cette autorité le droit de recourir en matière de marchés publics pour faire constater qu'une décision, telle qu'une adjudication de gré à gré, restreint indûment l'accès au marché (Jaquier, op. cit., n. 816 ss, p. 542 ss; Poltier/Clerc, op. cit., n. 91 ss ad art. 9 LMI). Force est toutefois de constater qu'en l'espèce, la Commission de la concurrence n'a pas contesté en temps utile les décisions d'adjudication litigieuses.

E. 4

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours est irrecevable, ce qui rend la requête d'effet suspensif sans objet. Les recourantes, qui succombent, supporteront un

émolument de justice arrêté en l'espèce à 1'000 francs (art. 49 LPA-VD). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (art. 55 LPA-VD).

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