

VD_OMNI MPU.2023.0017 vom 2. Oktober 2023

VD Tribunal cantonal, 2023-10-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2023.0017

FR: VD_OMNI MPU.2023.0017 du 2 octobre 2023

IT: VD_OMNI MPU.2023.0017 del 2 ottobre 2023

Regeste

A. _____/Chancellerie d'Etat, B. _____ | Appel d'offres pour l'attribution d'une concession relative à la gestion opérationnelle et commerciale tant sous version papier que numérique de la Feuille des avis officiels (FAO) pour la période du 1er juillet 2023 au 30 juin 2026 avec reconduction possible pour deux périodes d'une année. Recours du soumissionnaire évincé et actuel concessionnaire contre la décision d'adjudication à un nouveau concessionnaire. Recours recevable tant sous l'angle du droit des marchés publics que sous celui de la LMI (consid. 1). Question de savoir si on se trouve en présence d'un marché public vu le chiffre d'affaires réalisé au moyen des avis officiels payants ou d'un transfert de concession compte tenu de la rétrocession versée à l'Etat laissée indécise (consid. 2). Violation du principe de transparence en lien avec plusieurs aspects du critère "montant de l'offre financière" (année déterminante pour le montant annuel de la rémunération versée à l'Etat, chiffre d'affaires réalisé par la publication des avis officiels, revenus réalisés grâce aux publicités commerciales) ne permettant pas de comparer les prestations des soumissionnaires (consid. 3 et 4). Impossibilité de remédier à cette violation (consid. 5). Admission du recours et annulation de la procédure d'adjudication (consid. 6).

Erwägungen

E. 1

Il convient d'abord d'examiner la recevabilité du recours, la question à double pertinence de savoir si l'on se trouve ou non en présence d'un marché public (ATF 144 II 184 consid. 1.3) pouvant à ce stade rester indécise vu ce qui suit. a) Le 1er 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'ancien règlement d'application du 7 juillet 2004 (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. En l'occurrence, dès lors que l'appel d'offres a été publié avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, seule l'application de l'ancienne législation sur les marchés publics entre éventuellement en considération. Pour les mêmes motifs, il n'y a pas lieu d'appliquer les dispositions du nouveau droit relatif à la délégation de tâches publiques et à l'octroi de concession (art. 9 A-IMP), la cause devant cas échéant être examinée uniquement en application de l'art. 2 al. 7 LMI. b) Selon l'art. 10 al. 1 let. d aLMP-VD, les décisions d'adjudication peuvent faire l'objet d'un recours dans les dix jours dès leur notification; la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36) est applicable pour le surplus. En l'espèce, le recours a été déposé auprès de

l'autorité compétente dans le délai de 10 jours dès la notification de la décision attaquée, si bien qu'il serait également recevable sous l'angle du droit des marchés publics. Il répond au surplus aux exigences formelles prévues par la loi (art. 79 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD). c) Il convient encore d'examiner si la recourante peut faire valoir un intérêt digne de protection à contester la décision attaquée, ce à quoi s'oppose l'adjudicataire qui conclut à l'irrecevabilité du recours. En matière de marchés publics, la jurisprudence du Tribunal fédéral, reprise par la CDAP, considère que 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. A défaut, il ne peut exister de rapport de causalité entre l'illicéité de la décision d'adjudication alléguée et le prétendu dommage. A moins que l'intérêt du soumissionnaire évincé à contester l'adjudication paraisse évident, il incombe à ce dernier de le démontrer. En outre, la simple participation du soumissionnaire à la procédure d'appel d'offres et la non-prise en considération de son offre ne sauraient à elles seules lui conférer la qualité pour agir, à défaut d'un intérêt pratique effectif à la contestation de l'adjudication (cf. ATF 141 II 307 consid. 6; 141 II 14 consid. 4; 140 I 285; ég. arrêts MPU.2021.0026 du 9 novembre 2021 consid. 1a; MPU.2021.0012 du 10 août 2021 consid. 1a; MPU.2020.0013 du 17 septembre 2020 consid. 1a et les références). En l'occurrence, la recourante soutient principalement que l'offre de l'adjudicataire aurait dû être exclue. Dès lors qu'elle est la seule autre soumissionnaire en lice, elle pourrait se voir attribuer le marché en cas d'admission de ce grief. En outre, elle conteste aussi l'évaluation de plusieurs critères d'adjudication – dont celui du montant de l'offre financière – ce qui, au vu de l'écart entre les deux offres, pourrait également conduire à l'adjudication du marché en sa faveur. On doit dès lors admettre qu'elle a qualité pour recourir sous l'angle du droit des marchés publics. d) Que l'on se trouve ou non en présence d'un marché public, le recours est donc recevable et il convient d'entrer en matière sur le fond.

E. 2

Les parties sont divisées sur la question de savoir si l'on se trouve en présence d'un marché public ou si l'opération litigieuse doit être qualifiée de transfert de concession. a) En l'absence d'une définition du marché public, la jurisprudence (ATF 144 II 182 consid. 2.2 et réf. citées) retient 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. En revanche, le simple fait que la collectivité publique permette à une entreprise privée d'exercer une activité déterminée n'a pas pour conséquence de soumettre cette activité aux règles des marchés publics. En effet, dans une telle situation, la collectivité ne charge pas l'entreprise privée d'exercer une activité, pas plus qu'elle ne se procure un bien, mais elle se limite à ordonner ou réguler une activité privée. Il en va en principe de même 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. Selon la jurisprudence, il en va toutefois différemment lorsque la concession octroyée est indissociablement liée à des contre-prestations d'une certaine importance qui devraient normalement faire l'objet d'un marché public. L'octroi d'une concession n'exclut donc pas d'emblée l'application du droit des marchés publics. Si l'octroi d'une concession exclusive est inclus dans un marché global, l'appréciation de certaines circonstances peut en effet conduire à qualifier l'entier du marché de "marché public". Tel est notamment le cas lorsque l'octroi d'une concession

exclusive ne vise pas en premier lieu un but de régulation (règles quant à l'utilisation du domaine public), mais accorde un droit (onéreux) tendant à exécuter des tâches publiques (sur la distinction entre marché public et concession, cf. également Etienne Poltier, Droit des marchés publics, 2^{ème} édition 2023, n. 340 ss, p. 166 ss). b) A titre liminaire, on observera qu'il n'est pas décisif que les documents mentionnent qu'il s'agit d'un appel d'offres soumis à la LMI auquel la législation sur les marchés publics ne serait applicable que par analogie. Le tribunal applique en effet le droit d'office. N'est pas non plus décisive la formulation du Décret du 17 mai 1920 réglant les questions relatives à la publication de la Feuille des avis officiels du Canton de Vaud (DFAO; BLV 170.551) selon lequel le Conseil d'Etat peut "adjuger" la publication et l'impression de cette feuille par voie de soumission ou "d'enchères publiques" et aux conditions qu'il détermine (art. 2). En l'occurrence, l'opération envisagée comprend notamment la tâche pour le concessionnaire de publier les textes de lois et règlements ainsi que les avis officiels, ce qui constitue indubitablement l'exécution d'une tâche publique. Cette prestation s'effectue en outre, s'agissant de la publication des avis officiels, moyennant perception par le concessionnaire d'un prix, la publication des textes légaux étant une prestation gratuite jusqu'à concurrence d'un certain volume. Certes, le concessionnaire peut également en contrepartie de la publication des avis officiels percevoir des abonnements auprès de tiers et encaisser les recettes provenant de la publicité commerciale. Cela étant, comme le relève le cahier des charges (ch. 2.1.), le "gros" du chiffre d'affaires de la FAO (en 2021: ***** fr.) provient du revenu des avis officiels payants, soit des montants versés par les autorités cantonales et communales au concessionnaire en contrepartie de la publication officielle de leurs avis. Or, il s'agit là à première vue de prestations caractéristiques d'un marché public et non du transfert d'une concession. Il est donc douteux que, comme le soutient l'autorité intimée, l'existence d'une rétrocession à l'Etat (par l'intermédiaire de la Chancellerie d'Etat) – laquelle est d'ailleurs comme on le verra en grande partie calculée, par le biais d'un système complexe, sur le chiffre d'affaires réalisé par le concessionnaire avec la publication des avis officiels – permette d'exclure l'application des règles sur les marchés publics. La qualification de l'opération litigieuse peut toutefois en l'espèce rester indéterminée pour les motifs qui suivent.

E. 3

Dans un grief qu'il convient d'examiner en premier lieu, la recourante soutient que l'offre de l'adjudicataire aurait dû être exclue au motif qu'elle se fonde sur de fausses informations s'agissant de ses éléments financiers. En substance, la recourante fait valoir que l'adjudicataire a fait une proposition financière " sans commune mesure avec les chiffres et autres informations que l'autorité intimée lui avait transmises " (recours, p. 14). Ainsi, le montant offert par l'adjudicataire pour le produit des annonces commerciales (sous-critère 1.1.) correspondrait à une augmentation de 47,88% du chiffre d'affaires par rapport à l'année 2022 alors même que ce sous-critère dépend pour une partie importante de la publication des avis officiels qui n'est pas extensible; pour les seuls revenus liés aux annonces publicitaires, l'augmentation serait encore plus importante. S'agissant du produit des abonnements (sous-critère 1.2), l'offre de l'adjudicataire prévoirait une augmentation de 40,15% du nombre des abonnés. Selon la recourante, ces données seraient incohérentes par rapport à la situation du marché où tant les recettes publicitaires que le nombre d'abonnés des journaux officiels sont en baisse depuis plusieurs années. Subsidiairement, la recourante soutient que l'autorité intimée aurait à tout le moins dû adapter le montant de l'offre financière de l'adjudicataire en fonction de l'état du marché. En réplique, la recourante a également critiqué le fait que l'offre de l'adjudicataire était fondée sur la troisième année de

validité du contrat. Dans ses écritures, l'autorité intimée soutient en substance qu'aucune base légale ne lui permettait d'exclure l'offre de l'adjudicataire. Elle fait valoir que l'écart entre les montants offerts par l'adjudicataire et par la recourante n'était pas tel qu'il se justifiait de " décortiquer " l'offre de l'adjudicataire et de l'exclure. Elle précise que les informations financières transmises par les soumissionnaires ont fait l'objet d'une évaluation par le comité qui les a jugées réalistes. Les doutes émis par le comité sur la capacité de l'adjudicataire à atteindre ses objectifs ne pouvaient justifier l'exclusion de l'offre, même si celle-ci est " optimiste et potentiellement risquée ". Cette offre était en outre la plus avantageuse pour l'Etat. Quant à l'adjudicataire, elle a exposé en substance qu'elle s'était fondée sur une hypothèse de croissance basée sur son expérience – notamment dans le Canton du Valais où elle a obtenu la gestion de la Feuille des avis officiels – et sur sa stratégie commerciale (développement de l'offre et de produits, force de vente plus étoffée, stratégie de croissance des abonnements digitaux notamment) pour augmenter tant le chiffre d'affaires que le nombre d'abonnements. En outre, elle a exposé qu'elle avait fondé son calcul sur une année " type " de référence comme étant la troisième année de contrat, les deux premières années de " montée en puissance " ne correspondant pas à l'année-type et prévoyant une rémunération moins élevée pour l'Etat.

E. 4

Pour déterminer si, comme le soutient la recourante, l'offre de l'adjudicataire aurait dû être exclue par l'autorité intimée en raison des données inexactes qu'elle contiendrait, il convient préalablement d'examiner une éventuelle violation du principe de transparence par le pouvoir adjudicateur. En effet, le principe de transparence constitue une condition préalable à l'existence d'une mise en concurrence: ce n'est que dans l'hypothèse où les offres pouvaient être valablement comparées que la question d'une éventuelle exclusion de l'offre de l'adjudicataire peut se poser. a) Que l'on se trouve en présence d'un marché public soumis à l'aLMP-VD ou d'un transfert de concession auquel l'art. 2 al. 7 LMI est applicable, l'interdiction de discriminer et son corollaire le principe de transparence s'appliquent (ATF 145 II 303 consid. 6.4.1). Ce dernier implique que le pouvoir adjudicateur décrive précisément ce qu'il attend des soumissionnaires. Il est important que les participants connaissent à l'avance toutes les informations minimales et utiles pour leur permettre de présenter une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur (cf. ATF 143 II 553 consid. 7.7; 141 II 353 consid. 8.2.3; 125 II 86 consid. 7c). La transparence des procédures de passation des marchés n'est toutefois pas un objectif, mais un moyen contribuant à atteindre le but central du droit des marchés publics qui est le fonctionnement d'une concurrence efficace, garanti par l'ouverture des marchés et en vue d'une utilisation rationnelle des deniers publics (ATF 141 II 353 consid. 8.2.3 et références ; voir également Poltier, op. cit., n. 482 ss, p. 236 ss). b) En l'occurrence, pour l'évaluation du critère 1 " montant de l'offre financière ", qui comptait pour 34% de l'évaluation totale, les soumissionnaires devaient renseigner trois chiffres dans l'annexe R1: " montant des annonces publicitaires ", " montant des abonnements " et " montant des autres produits " (cf. pièce 10 précitée, réponse à la question 20). Ces montants devaient également figurer sur la page de garde de l'offre. Selon les explications du pouvoir adjudicateur (cf. pièce 10, réponse à la question 21), ces montants correspondent à la rémunération annuelle due à l'Etat en fonction du chiffre d'affaires et du résultat de l'activité du concessionnaire. Selon le cahier des charges, cette rémunération se compose de différents éléments soit un montant de 1 fr. 50 pour chaque abonnement annuel payé intégralement (ch. 2.4.1); un montant de 2 ct. le mm dépassant le quota annuel de publicité de 2'000'000 de mm. (ch. 2.4.1); le fermage

annuel de ***** fr. payable par semestre et à l'avance (ch. 2.4.2.1); et un montant de 4% du chiffre d'affaires total annuel provenant de la publicité papier ainsi que des avis officiels et publicitaires confondus. Dans le cadre des réponses aux questions des soumissionnaires (cf. pièce 10 précitée, réponse à la question 6), le pouvoir adjudicateur a donné en exemple la rémunération de l'Etat obtenue pour l'année 2022 (soit un total de ***** fr., TVA non comprise), qui, outre les éléments qui précèdent, tient également compte du montant versé par l'Etat au concessionnaire en cas de dépassement du contingent de 700 pages (ch. 2.4.2.2 du cahier des charges). Pour pouvoir calculer les montants à indiquer dans l'annexe R1, les soumissionnaires devaient dès lors estimer, notamment en se fondant sur les données de l'appel d'offres, les bases de calcul des différents postes dont se compose la rémunération versée à l'Etat ainsi que les ventiler dans les trois sous-critères. S'agissant de cette répartition, le pouvoir adjudicateur a indiqué dans les réponses aux questions (cf. not. pièce 10 précitée, réponse à la question 22) que le sous-critère 1.1. " Montant des annonces publicitaires " correspondait aux revenus de l'activité "ordinaire" de la FAO – soit en particulier la publication des avis officiels et celle des publicités commerciales figurant dans les deux éditions hebdomadaires – tandis que le sous-critère 1.3. " Montant des autres produits " devait notamment inclure le fermage annuel de ***** fr. et le montant du revenu des autres produits, tel que les revenus publicitaires liés à la version on line et au supplément " FAO – Magazine Economie Vaudoise ". c) Les informations qui précèdent étaient à plusieurs égards problématiques du point de vue du principe de la transparence. D'abord, comme l'autorité intimée l'a confirmé lors de l'audience, aucune indication ne figure dans l'appel d'offres s'agissant de l'année civile ou comptable déterminante pour les montants figurant dans l'annexe R1 alors que l'appel d'offres porte sur une durée de trois ans, soit du 1^{er} juillet 2023 au 30 juin 2026. Les soumissionnaires ont d'ailleurs interprété ces exigences différemment. La recourante a ainsi procédé à une évaluation de la rémunération annuelle fondée sur le résultat de l'exercice précédent, en tenant compte d'une légère progression, tandis que les montants indiqués par l'adjudicataire correspondent à la rémunération qui serait versée à l'Etat lors de la troisième année de validité du contrat (soit du 1^{er} juillet 2025 au 30 juin 2026). Il ressort d'ailleurs de l'offre de l'adjudicataire que les montants de la rémunération qui serait versée par cette dernière à l'Etat lors de la première année et de la deuxième année de validité du contrat sont nettement inférieurs par rapport au montant figurant dans l'annexe R1 (d'environ respectivement ***** fr. et ***** fr.), ce qui tend déjà à relativiser déjà l'écart entre les deux offres (d'un montant de ***** fr.). Ainsi, non seulement les informations fournies dans le cadre de l'appel d'offres s'agissant de l'année à prendre en considération ne pouvaient pas permettre une concurrence transparente et équitable entre les soumissionnaires, mais l'on constate que le risque s'est effectivement produit puisque la recourante et l'adjudicataire ont fourni des chiffres qui ne permettent pas la comparaison des offres. L'offre de l'adjudicataire a ainsi été favorisée du fait que les montants indiqués correspondaient au résultat annuel le plus élevé dans la troisième année d'exploitation, ce qui n'était pas le cas pour la recourante. C'est d'autant plus le cas compte tenu de la pondération importante du critère du prix dans l'évaluation (34%) et de sa notation exponentielle selon la méthode dite au carré. Surtout, le montant de la rémunération versée à l'Etat tel qu'il est décrit par le cahier des charges dépend en grande partie de facteurs sur lesquels les soumissionnaires n'ont aucune influence. Tel est le cas du montant du fermage annuel de ***** fr., fixé par le cahier des charges et qui devait être inclus dans le sous-critère 1.3., mais aussi des revenus provenant de la publication des avis officiels qui, comme on l'a vu (cf. supra consid. 2b), constituent l'essentiel du chiffre

d'affaires de la FAO. Comme l'a relevé à juste titre la recourante, les soumissionnaires n'ont aucun moyen d'influencer le volume du chiffre d'affaires lié à cette activité qui dépend uniquement du nombre d'avis publiés par les autorités administratives et judiciaires, soit de l'exécution d'une tâche publique. Ces deux éléments cumulés – soit le fermage annuel (***** fr.) et la rétrocession de 4% du chiffre d'affaires sur le montant du revenu des avis officiels (***** fr. en 2022 selon la réponse à la question 6) – constituent la majeure partie (90%) de la rémunération versée à l'Etat (en 2022: ***** + [***** x 0.04] = ***** fr. alors que la rémunération totale était de ***** fr. sans les montants facturés à l'Etat au titre de dépassement du contingent de 700 pages; cf. pièce 10, réponse à la question 6). Enfin, même si les soumissionnaires ne paraissent pas en avoir tenu compte, on relèvera également que l'utilisation plus ou moins importante du contingent " gratuit " de l'Etat de 700 pages dépend uniquement de l'activité législative des autorités mentionnées au ch. 2.4.2.2 du cahier des charges; les prestations des soumissionnaires ne jouent donc aucun rôle pour déterminer s'il y a une « ristourne » versée à l'Etat ou au contraire des prestations supplémentaires qui lui sont facturées, comme ce fut le cas en 2022, ce qui est également de nature à influencer la rémunération totale versée à l'Etat (cf. pièce 10, réponse à la question 6). Il était d'emblée contraire au principe de transparence de fonder principalement l'évaluation des montants offerts par les soumissionnaires sur des éléments où la concurrence ne joue aucun rôle. Le tribunal a d'ailleurs pu constater que les deux offres présentent des différences importantes sur ces éléments. Ainsi, l'adjudicataire, qui a produit une offre financière très détaillée, est partie de l'hypothèse que les revenus provenant des avis officiels payants augmenteraient très sensiblement (cf. tableau figurant en p. 14 de la réponse prévoyant une augmentation progressive des revenus provenant des avis officiels payants), ce qui explique en partie l'écart avec l'offre de la recourante. S'agissant de l'offre de la recourante, il n'est pas possible de connaître la part de la rémunération versée à l'Etat provenant des avis officiels payants et celle provenant des publicités commerciales figurant dans les éditions " ordinaires " de la FAO, ces deux montants se cumulant dans le " Montant des annonces commerciales " (sous-critère 1.1). On ne saurait toutefois lui en faire le grief, l'appel d'offres n'exigeant pas de distinguer le revenu provenant des avis officiels de celui provenant des publicités commerciales, ce qui, comme on le verra ci-dessous, n'est pas admissible. Quoi qu'il en soit, le pouvoir adjudicateur ne pouvait attribuer une note plus élevée à l'offre de l'adjudicataire pour ce motif puisque le volume du chiffre d'affaires lié aux avis officiels ne dépend pas des prestations des soumissionnaires. Il aurait au contraire dû se fonder sur les tarifs pratiqués par les soumissionnaires pour la publication des avis officiels, ceux-ci constituant l'élément caractéristique de l'opération (cf. supra consid. 2). Dans le cadre du critère 1, seules les rétrocessions provenant des abonnements payants (sous-critère 1.2), d'une part, et des recettes publicitaires, d'autre part, pouvaient éventuellement être considérées comme directement influencées par certaines prestations des soumissionnaires, soit leur projet de développement de la FAO et leur capacité à trouver des annonceurs. Certes, le sous-critère 1.2. permet de comparer les revenus provenant des abonnements (différence de ***** fr. entre les deux offres). S'agissant des revenus publicitaires, une telle comparaison s'avère impossible. D'abord, comme on l'a vu, le " montant des annonces commerciales " (sous-critère 1.1.) comprend à la fois le revenu (ristourne de 4% du chiffre d'affaires) provenant des annonces publicitaires et celui provenant des avis officiels. En outre, le " montant des autres produits " comprend le fermage annuel fixé par le cahier des charges (***** fr.), qui ne fait l'objet d'aucune

mise en concurrence. Si l'on neutralise ce montant, la différence entre les deux offres pour ce sous-critère (***** fr.) s'explique principalement par les revenus publicitaires liés au " Magazine de la FAO ". Il résulte des explications des parties fournies notamment lors de l'audience que l'adjudicataire prévoit de développer ce produit en augmentant le nombre de parutions tandis que la recourante a indiqué que l'Etat ne l'avait pas souhaité pendant la durée de la précédente concession, notamment pour éviter de concurrencer la presse régionale sur le marché publicitaire. Or, sur cet aspect aussi, les indications du cahier des charges (2.5) sont lacunaires puisqu'elles ne prévoient ni nombre de parutions ni objectifs du " Magazine de la FAO ". Certes, l'autorité intimée a exposé vouloir laisser une grande latitude aux soumissionnaires pour développer l'activité de la FAO; il n'en demeure pas moins que les exigences notamment liées au principe de transparence impliquent qu'un cadre minimum soit fixé à défaut de quoi le principe d'égalité entre les soumissionnaires ne peut être respecté. d) En conclusion, les conditions fixées par les documents d'appel d'offres ne permettaient pas aux soumissionnaires de présenter des offres pouvant être comparées en fonction des exigences du pouvoir adjudicateur, ce qui constitue une violation du principe de la transparence.

E. 5

Il convient d'examiner les conséquences de ce constat sur la procédure d'adjudication. a) Selon l'art. 13 al. 3 aLMP-VD, lorsque le recours est dirigé contre l'adjudication, celle-ci n'est annulée que si les irrégularités constatées ont une incidence sur le résultat de la procédure. Il convient donc de se demander en l'occurrence si la violation constatée du principe de la transparence a eu une influence causale sur l'issue du marché (cf. Poltier, op. cit., n. 489, p. 240). En outre, le renouvellement de la procédure n'est possible qu'à titre exceptionnel et suppose un motif important, notamment en raison de l'importance du principe de célérité (cf. ATF 141 II 353 consid. 6.1 et références). Même s'il existe un juste motif ou un motif important, il appartient en premier lieu au pouvoir adjudicateur de décider s'il convient d'interrompre ou non la procédure, soit définitivement soit en la répétant ou en la renouvelant. En ce domaine, celui-ci dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 141 II 353 consid. 6.3 et références). La liberté d'appréciation de l'adjudicateur dans le choix des conséquences à tirer de l'existence d'un juste motif ou d'un motif important est toutefois limitée par le respect de la bonne foi et des principes généraux applicables au droit des marchés publics, notamment l'interdiction de discrimination entre les soumissionnaires, la proportionnalité, la transparence et l'interdiction de la modification du marché sur des éléments essentiels (ATF 141 II 353 consid. 6.4). b) En l'occurrence, il convient d'abord de constater que la violation du principe de transparence a eu une influence déterminante sur l'adjudication du marché. Contrairement à ce que paraît soutenir l'autorité intimée, on ne saurait considérer la violation du principe de transparence comme réparée au motif que les soumissionnaires n'ont pas contesté en temps utile les conditions de l'appel d'offres dans la mesure où les manquements constatés rendent impossible une comparaison des offres pour le critère 1 ("montant de l'offre financière"). D'abord, l'appel d'offres ne contient pas d'indication suffisante sur la manière de déterminer l'année d'activité à prendre en considération. Ensuite, le montant de l'offre – soit la rémunération versée à l'Etat – repose principalement sur des facteurs qui ne dépendent pas des prestations des soumissionnaires. Enfin, même si l'on neutralisait ces éléments, une comparaison entre les offres du point de vue des seuls revenus liés aux abonnements et aux annonces publicitaires resterait impossible, les revenus liés aux annonces publicitaires – en particulier ceux liés au " Magazine de la FAO " – ne reposant sur aucune indication suffisamment précise de l'appel

d'offres. Autrement dit, l'appel d'offres ne permettait pas au pouvoir adjudicateur d'évaluer en connaissance de cause le critère 1. Or, compte tenu du faible écart entre les deux soumissionnaires pour les autres critères d'adjudication, l'évaluation de ce critère – qui comptait pour 34% de l'évaluation globale – avait une importance décisive et la recourante aurait potentiellement pu prétendre à l'adjudication. Il se justifie donc d'annuler la décision attaquée. En outre, un renvoi de la cause à l'autorité intimée afin qu'elle procède à une nouvelle évaluation des aspects financiers des offres ne permettrait pas de remédier aux lacunes constatées dans l'appel d'offres, ce qui implique que la procédure d'adjudication doit être entièrement renouvelée (arrêt TF 2D_12/2021 du 30 août 2021, consid. 4).

E. 6

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission partielle du recours et à l'annulation de la décision attaquée, la procédure d'adjudication devant être reprise depuis le début (" ab ovo "). Les frais de la cause seront partiellement mis à la charge de l'adjudicataire (art. 49 LPA-VD). La recourante, qui obtient gain de cause sur l'essentiel de ses conclusions avec l'assistance d'un mandataire professionnel, a droit à une indemnité légèrement réduite à titre de dépens, laquelle sera, compte tenu des circonstances, mise pour moitié à la charge de l'autorité intimée et pour moitié à la charge de l'adjudicataire (art. 55 LPA-VD).

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