

VD_OMNI MPU.2024.0014 vom 17. Juli 2024

VD Tribunal cantonal, 2024-07-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2024.0014

FR: VD_OMNI MPU.2024.0014 du 17 juillet 2024

IT: VD_OMNI MPU.2024.0014 del 17 luglio 2024

Regeste

A. _____/Direction générale de l'enseignement postobligatoire, B. _____ |
Confirmation de la décision de la DGEP d'adjudication de l'exploitation du restaurant et des cafétérias du Gymnase de Burier. Question laissée indécise de savoir si l'on est en présence d'un marché public ou de l'attribution d'une concession, le recours étant mal fondé quelle que soit la réglementation applicable. La recourante formule des griefs dirigés contre l'appel d'offres, qui auraient dû être le cas échéant soulevés dans le cadre d'un recours dirigé contre l'appel d'offres. L'admission des autres griefs de la recourante ne lui permettrait pas de se voir attribuer la concession. Le recours est rejeté.

Erwägungen

E. 1

L'objet du litige porte sur l'attribution d'une concession pour l'exploitation du restaurant et des cafétérias d'un établissement d'enseignement secondaire supérieur contre le versement par le concessionnaire d'une redevance à l'Etat. La question de savoir si l'on se trouve en présence d'un marché public (au sens de l'art. 1 de l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics [A-IMP; BLV 726.91], de la loi sur les marchés publics du 14 juin 2022 [LMP-VD; BLV 726.0], ainsi que de son règlement d'application du 29 juin 2022 [RLMP-VD; BLV 726.01.1]) ou de l'attribution d'une concession (au sens de l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur [LMI; BLV 943.02]) – ce que paraissent indiquer les pièces produites – peut rester indécise. En effet, le recours apparaît quelle que soit la réglementation applicable mal fondé pour les motifs qui suivent.

E. 2

Déposé auprès de l'autorité compétente tant du point de vue de l'A-IMP que de la LMI le 20 juin 2024 soit dans le délai de 20 jours (cf. art. 52 al. 1 et 56 al. 1 A-IMP et art. 4 al. 1 LMP) dès la notification de la décision d'adjudication rendue le 5 juin 2024, respectivement de 30 jours selon la LMI (art. 95 LPA-VD), le recours satisfait au surplus aux exigences formelles prévues par la loi (art. 55 A-IMP et art. 79 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; BLV 173.36], applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD). La recourante, classée en seconde position, dispose en outre – sous réserve de ce qui sera exposé sous consid. 4 ci-dessous – de la qualité pour recourir contre la décision attaquée.

E. 3

Le contrat avec B. _____ ayant été conclu, la recourante ne peut plus prétendre obtenir la concession. En matière de marchés publics, l'autorité de recours ne peut dans un tel cas que constater le caractère illicite de la décision et statuer sur une éventuelle demande en dommages-intérêts, lesquels sont limités aux dépenses que le soumissionnaire a dû engager

en relation avec la préparation et la remise de son offre (art. 58 al. 2 à 4 A-IMP; art. 4 al. 3 LMP-VD). Compte tenu du sort du recours, il n'est toutefois pas nécessaire d'interpeler la recourante sur ce point.

E. 4

Dans un premier grief, la recourante reproche à l'autorité intimée d'avoir indiqué, dans le dossier d'appel d'offres (annexe R1), que le chiffre d'affaires pour l'ensemble de l'exploitation s'élevait à 1'260'000 francs, alors que les résultats d'exploitation portant sur les années antérieures établiraient que cette valeur a été surestimée. En substance, la recourante soutient que le chiffre d'affaires qu'elle a réalisé en tant que concessionnaire depuis 2017 se situe en moyenne à 20% environ au-dessous de cette estimation. Elle considère dès lors que les soumissionnaires ont été induits en erreur et conduits à élaborer une redevance trop optimiste. a) Les documents de l'appel d'offres qui contiennent les conditions fixées par l'adjudicateur pour la qualification des candidats font partie intégrante de l'appel d'offres, si bien qu'en vertu du principe de la bonne foi, les éventuels vices les affectant doivent être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure, à l'instar de ce qui est prévu pour recourir contre l'appel d'offres lui-même (cf. ATF 130 I 241 consid.

E. 4.2

p. 245; 125 I 203 consid. 3a p. 205 ss; arrêt CDAP MPU.2023.0024 du 7 novembre 2023 consid. 3a). Il convient toutefois de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes, car l'on ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres (cf. ATF 130 I 241 consid. 4.3 p. 247). Cette exigence est applicable mutatis mutandis en application du principe de la bonne foi si l'on considère qu'il s'agit d'une attribution de concession régie par la LMI qui a comme en l'espèce fait l'objet d'un appel d'offres. b) En l'occurrence, la recourante reconnaît elle-même qu'elle a décelé d'emblée que le chiffre d'affaires prévisionnel de 1'260'000 fr., communiqué par l'autorité intimée à l'annexe R1, n'était pas réaliste. Elle a d'ailleurs relevé cette problématique dans les réponses qu'elle a fournies à l'annexe R14 (cf. réponse 2). S'agissant de critiques formulées contre l'appel d'offres et les documents y relatifs, il appartenait à la recourante de recourir directement à l'encontre de l'appel d'offres, en soutenant notamment que l'annexe R1 était entachée d'un vice susceptible d'induire les autres soumissionnaires en erreur et de fausser le calcul de la redevance. N'ayant pas agi à ce stade, la recourante est désormais forclose. Les griefs qu'elle formule en relation avec le critère 1 sont par conséquent tardifs. En outre, la recourante ne soutient pas ni à plus forte raison ne démontre que les éléments contenus dans l'appel d'offres n'auraient pas permis une comparaison entre les offres conforme au principe de transparence (arrêt MPU.2023.0017 du 2 octobre 2023 consid. 4). Le constat d'une violation du principe de transparence pourrait en outre uniquement conduire, compte tenu de l'importance du critère du montant de la redevance (24%) à l'annulation de l'ensemble de la procédure d'adjudication – que ne réclame pas la recourante – et non à neutraliser ce critère en attribuant 0 pt à chacun des soumissionnaires comme le demande la recourante. Ce grief doit donc être rejeté dans la mesure où il est recevable.

E. 5

La recourante conteste ensuite l'évaluation du sous-critère 2.1 (Nombre, planification et disponibilité des moyens et ressources pour l'exécution du marché), pondéré à 13%, pour lequel elle a obtenu la note de 3.5. Elle soutient en substance qu'il était erroné de tenir compte d'une mise à disposition de 2.8 ETP alors que l'annexe R6 énumérait l'ensemble des membres d'équipe pour 6.45 ETP; que c'est à tort que l'autorité intimée a retenu que le planning ne respectait pas les heures d'ouvertures alors qu'elle a respecté le contrat et qu'elle cultive la polyvalence, si bien que différents collaborateurs peuvent assumer la fermeture d'un point de vente; que le responsable de groupe n'est pas comptabilisé dans le nombre d'ETP car il ne contribue pas physiquement au bon déroulement quotidien de l'exploitation. Elle considère qu'elle aurait dû se voir attribuer la note de 5 et non de 3.5 pour ce sous-critère d'évaluation. a) 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). Il n'existe à première vue pas de motifs pour admettre plus largement la qualité pour recourir contre l'octroi de concessions fondée sur la LMI (arrêt MPU.2021.0019 du 6 octobre 2021 consid. 1c). b) Or, en l'occurrence, compte tenu de la pondération du sous-critère 2.1, qui résultait de l'appel d'offres, la note maximale attribuée à l'offre de la recourante ne lui permettait pas d'être classée devant l'offre de l'adjudicataire compte tenu des résultats de l'évaluation des autres critères d'adjudication. La recourante n'obtiendrait en effet qu'une note pondérée de 0,65 en lieu et place de 0,46 soit une différence de 0,19 alors que 0,6 point au total la sépare de B. _____ dans l'évaluation. Autrement dit, même à supposer que ses griefs à l'encontre de l'évaluation soient entièrement admis, la recourante n'aurait eu aucune chance d'obtenir la concession convoitée, ce qui scelle déjà le sort du recours. Par surabondance, on relèvera encore que l'autorité intimée n'a de toute manière pas excédé son important pouvoir d'appréciation en se fondant sur les informations contenues dans l'appel d'offres de la recourante – notamment s'agissant du planning – et non sur la manière dont celle-ci avait exécuté le précédent contrat. Ce grief doit également être rejeté dans la mesure où il est recevable.

E. 6

Manifestement mal fondé, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable et la décision attaquée confirmée, selon la procédure simplifiée (art. 82 LPA-VD). La recourante, qui succombe, supportera les frais de la cause (art. 49 LPA-VD) arrêtés à 2'000 francs, pour tenir compte du fait que le présent arrêt intervient avant l'échange des écritures (art. 3 et 6 du Tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative [TFJDA; BLV 173.36.5.1]). L'allocation de dépens ne se justifie pas (art. 55 LPA-VD).

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