

# VD\_OMNI MPU.2024.0027 vom 19. August 2025

VD Tribunal cantonal, 2025-08-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2024.0027](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2024.0027)

FR: VD\_OMNI MPU.2024.0027 du 19 août 2025

IT: VD\_OMNI MPU.2024.0027 del 19 agosto 2025

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/Municipalité de Lausanne, B. \_\_\_\_\_ | Recours contre un appel d'offres portant sur l'attribution de la concession d'affichage sur le domaine public et privé communal. Question de savoir s'il s'agit d'une concession au sens de l'art. 9 A-IMP ou de l'art. 2 al. 7 LMI laissée indécise: dans le second cas, l'appel d'offres doit être considéré comme une décision incidente sujette à recours immédiat si elle de nature à causer un préjudice irréparable, condition qui est réalisée en l'espèce. Notion de barrières à l'entrée dans un marché (consid. 2b). En l'occurrence, le "prétendant" à la concession ignore à quel niveau se situe le prix de reprise des installations du concessionnaire sortant et ce prix aura une influence déterminante sur le montant de la redevance qui représente 60% de la note. Dans ces conditions, l'appel d'offres présente un caractère discriminatoire à l'égard des concurrents potentiels du concessionnaire sortant. Annulation de l'appel d'offres et renvoi à l'autorité intimée pour que, si elle entend poursuivre la procédure, elle corrige l'asymétrie d'information entre concessionnaires sortant et entrants, par exemple en donnant des indications dans le cahier des charges sur le prix de reprise et/ou en modifiant la pondération des critères. Recours admis.

## Erwägungen

### E. 1

L'autorité intimée conteste la recevabilité du pourvoi, en se fondant sur divers motifs. a) Elle fait tout d'abord valoir que l'appel d'offres querellé ne constitue pas un acte attaquant, en tous les cas pas immédiatement. En substance, il est clair que cette décision serait sujette à recours si l'art. 9 AIMP 2019 était applicable au marché considéré; en effet, à teneur de l'art. 53 al. 1 let. a AIMP 2019, l'appel d'offres est bien un acte attaquant (la jurisprudence retient d'ailleurs que, à défaut de contestation, celui-ci entre en force et ne peut plus être critiqué ultérieurement, notamment à l'occasion de la décision d'adjudication: dans ce sens, voir ATF 135 II 49, au consid. 1.4 non publié; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Bern, 2<sup>ème</sup> éd. 2023, N 811). On précisera d'ailleurs que cette solution s'applique également au cahier des charges, précisant les conditions de l'appel d'offres, lorsque celui-ci est mis à disposition en même temps - ce qui était le cas en l'espèce. Cet appel d'offres serait d'ailleurs susceptible de recours dans un délai de 20 jours (art. 56 al. 1 AIMP), comme indiqué dans la publication de celui-ci. Cependant, la concession ici en cause pourrait relever plutôt, selon l'autorité intimée, de l'art. 2 al. 7 LMI, auquel cas l'AIMP 2019 ne serait pas applicable; dans cette hypothèse, toujours selon elle, l'appel d'offres constituerait une décision incidente relevant de l'art. 74 al.

### E. 3

et 4 LPA-VD. Or, à teneur de l'art. 74 al. 4 LPA-VD, le recours immédiat contre une telle décision incidente n'est possible que dans deux hypothèses: selon la première, la décision

incidente est de nature à causer un préjudice irréparable au recourant; suivant la seconde, le pourvoi est recevable si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse. On ajoutera que les décisions incidentes, à défaut d'avoir été attaquées, peuvent être contestées avec la décision finale, en l'occurrence il s'agirait de l'adjudication de la concession. Enfin, le délai de recours est alors de 30 jours, qu'il s'agisse d'une décision finale ou incidente (art. 95 LPA-VD). L'autorité intimée admet sur ce point avoir repris une formule antérieure erronée en indiquant un délai de recours de 20 jours. b) A ce stade, il faut souligner que le champ d'application respectif des art. 9 AIMP 2019 et 2 al. 7 LMI, dispositions qui concernent toutes deux l'octroi de concessions, est controversé. Cette question s'inscrit dans la thématique plus générale des "marchés fermés", abondamment débattue sur le terrain politique (voir par exemple le rapport du Conseil fédéral du 18 octobre 2023 intitulé "Accès aux marchés fermés des cantons Procédure équitable. Rapport faisant suite au postulat 19.4379 CER-E"; ce rapport s'appuie sur un avis de droit du Professeur Bernhard Rütsche, qu'il cite largement ; voir au surplus Etienne Poltier, Droit des marchés publics, 2 e éd. Berne 2023, n° 325 ss et 327 ss ; le même: Deux énigmes autour de la notion de marché public, Analyse des art. 8 et 9 LMP/AIMP 2019, in : RDS 2022 I 123 ss, spéc. p. 146 s. et 152 ss). Malgré les incertitudes relevées sur ce thème, le rapport du Conseil fédéral précité ne propose pas de modifications de l'art. 2 al. 7 LMI et il laisse le soin à la jurisprudence de dessiner de manière plus précise le périmètre de ces deux dispositions. aa) Les "marchés fermés" sont des marchés dans lesquels la concurrence ne fonctionne pas. Tel est le cas lorsque le marché en question fait l'objet d'un monopole étatique; il en va de même lorsque l'activité économique en cause ne peut être exercée que pour autant que l'acteur économique puisse bénéficier d'un droit d'usage (le plus souvent privatif) du domaine public (ou d'autres biens publics, par exemple du patrimoine administratif). Dans de telles situations, l'Etat peut exercer lui-même l'activité économique en cause; il peut toutefois également la confier à un acteur privé. Dans cette hypothèse, la concurrence doit (pouvoir) s'exercer en vue d'obtenir ce marché ("concurrence pour le marché", par opposition à "concurrence dans le marché"; voir à ce sujet Nicolas Diebold/Bernhard Rütsche, Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Zürich 2023, § 1 N 117 ss; voir aussi § 1 N 266 ss évoquant diverses configurations où l'on se trouve en présence de marchés fermés). Les auteurs observent à ce stade que la question de la durée de l'octroi du droit d'exploiter est centrale; en effet, pendant celle-ci, l'acteur privé bénéficie d'un monopole qui prive les tiers d'un accès à ce marché (op. cit., N 122). Des durées courtes pourraient encourager la concurrence, mais simultanément dissuader les acteurs de se lancer, en raison de l'ampleur des investissements à réaliser; au contraire une durée trop longue affaiblirait la pression concurrentielle (sur cet aspect de l'amortissement des investissements, voir ATF 145 II 140, consid. 6.4). Au demeurant, le législateur fédéral a souhaité lever les barrières intercantionales et ouvrir les accès au marché intérieur, en écartant les discriminations potentielles à l'égard d'offreurs externes; il l'a fait de manière similaire à l'art. 2 al. 7 LMI (qui a trait notamment à l'octroi de concessions) et à l'art. 5 LMI (qui concerne les marchés publics et, désormais, certaines concessions assimilées à de tels marchés). Il s'agit donc de combattre les discriminations potentielles lors de l'attribution de marchés fermés également, qu'il s'agisse de marchés relevant de l'art. 2 al. 7 LMI ou désormais de l'art. 9 AIMP 2019 (voir Diebold/Rütsche, qui comparent les exigences posées en matière d'appel d'offres, soit au titre de l'art. 2 al. 7 LMI, op. cit., § 2 N 267 ss, respectivement pour les marchés publics § 2 N 561 ss et 585 ss). On ajoutera à ce propos que la LMI vise certes au premier chef les discriminations à l'égard des offreurs externes au

canton; toutefois, les offreurs internes ou, plus largement, l'ensemble des offreurs (suisses) peuvent se prévaloir du grief de discrimination à l'endroit d'une décision prise dans le cadre d'une procédure d'attribution pour l'accès à un marché fermé. A cet égard, ces auteurs soulignent la parenté entre le régime applicable dans le cadre respectivement de l'art. 2 al. 7 LMI ou de l'art. 9 AIMP 2019, même si la jurisprudence a mis en évidence certaines différences (voir précisément ATF 143 II 120 consid. 6, concernant précisément l'affichage à Lausanne; Diebold/Rütsche, op. cit., § 2 N 278 s.). bb) Pour distinguer le champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI de celui de l'art. 9 AIMP 2019, la doctrine propose d'analyser la nature de l'acte en cause: si la concession consiste uniquement en un acte d'aliénation (octroi du droit d'usage privatif du domaine public, par exemple) on se trouve dans le champ de l'art. 2 al. 7 LMI; par contre, si en attribuant la concession en cause, la collectivité publique entend acquérir des biens ou des services, on sera alors en présence d'une acquisition régie par le droit des marchés publics. La question à résoudre est plus délicate encore en présence d'actes mixtes, comportant une aliénation, accompagnée de l'acquisition de prestations. A ce stade, il faut toutefois mentionner l'hypothèse particulière dans laquelle les différentes prestations peuvent être dissociées de celles dans laquelle elles sont indissociables. Si les prestations peuvent être dissociées, il convient de soumettre l'acquisition en cause séparément à une procédure d'appel d'offres ; par contre, en présence de prestations indissociables, l'opération doit être analysée globalement. Dans cette dernière configuration, on pourrait considérer que le droit des marchés publics s'applique si la prestation correspondant à une acquisition revêt une certaine importance (dans ce sens, Tribunal cantonal de Neuchâtel, arrêt du 8 août 2024, CDP.2024.20, cons. 4.4). La doctrine considère plutôt qu'il s'agit de déterminer quelle est la prestation prépondérante, le critère décisif à ce propos devant être la valeur économique des prestations respectives: si tel est le cas de l'acquisition, alors l'opération relève dans son ensemble du droit des marchés publics et de l'art. 9 AIMP 2019; dans le cas contraire, c'est l'art. 2 al. 7 LMI qu'il convient d'appliquer (voir à ce propos Martin Beyeler, dans sa note à propos de cet arrêt, in DC 1/2025, p. 10 ss; sur la proposition de s'appuyer sur une distinction entre les opérations d'acquisition et les opérations d'aliénation, notamment en lien avec l'octroi de droit d'usage privatif du domaine public, voir le même : Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen, in Boillet/Favre/Martenet, Le droit public en mouvement, Zürich 2020, p. 470 ss., spéc. 479 ss; voir aussi Poltier, op. cit., N 264 ss et N 344 s. ; dans ce sens également : TAF, arrêt du 22 août 2022, B-6872/2017, location d'espaces publicitaires dans les gares par les CFF). cc) Dans le cas d'espèce, la Ville de Lausanne allègue que la part des prestations qu'elle acquiert (« gratuitement ») dans le cadre de la concession projetée est largement inférieure au reste des prestations, déployées commercialement. Elle relève également que l'ensemble des prestations couvertes par la concession (celles acquises par la Ville de Lausanne et les autres) sont indissociables, dans la mesure où une gestion rationnelle impose de les traiter ensemble, ce qui paraît plausible ; au demeurant, la plupart des villes semble procéder de la même manière. Ce constat (relatif à une gestion rationnelle) apparaît suffisant pour retenir le caractère indissociable des prestations. En d'autres termes, la concession ici en cause devrait être classée, selon l'autorité intimée, parmi les opérations relevant de l'art. 2 al. 7 LMI, plutôt que de l'art. 9 AIMP 2019. Dans ses déterminations du 11 juillet 2025, la recourante a tenté de démontrer que les prestations « gratuites » (correspondant à l'acquisition de prestations d'intérêt public : annonces culturelles, sportives, affichages lors des campagnes électorales) étaient quantitativement plus importantes que l'affichage commercial ; cependant, comme

l'indique l'autorité intimée, au-delà de la prise en compte purement quantitative des espaces mis à disposition, il y a lieu de tenir compte aussi de la durée pendant laquelle l'affichage (respectivement « gratuit » ou commercial) se déroule. Sur cette base, tout porte à croire que l'affichage commercial est prépondérant. Mais ce point peut demeurer indécis, le pourvoi devant être déclaré recevable dans l'une, comme dans l'autre hypothèse. En effet, si l'affichage commercial est considéré comme prépondérant, la concession ici en cause constituerait une « aliénation » et serait donc régie par l'art. 2 al. 7 LMI. Il en découlerait que l'appel d'offres lancé ici devrait être considéré comme une décision incidente (voir à ce propos Poltier, op. cit., N 811), décision relevant ainsi de l'art. 74 al. 4 LPA-VD. Il demeure que cet appel d'offres pourrait être considéré comme une décision incidente remplissant les conditions de l'art. 74 al. 4 LPA-VD, permettant ainsi le dépôt d'un recours immédiat, sans attendre dès lors le prononcé d'une décision finale d'adjudication. On relève à cet égard que le Tribunal fédéral avait été confronté à une cause similaire dans l'ATF 135 II 49, où il était saisi d'un recours contre un appel d'offres, lancé sur la base de l'art. 2 al.

#### **E. 7**

LMI (l'application de cette disposition était au demeurant contestée) : il était entré en matière malgré le caractère incident de l'acte attaqué (cons. 1.4, non publié, de cet arrêt : TF, 2C\_484/2008). Les considérations de cet arrêt apparaissent transposables au cas d'espèce : à défaut, cela contraindrait la recourante à déposer une offre, sinon vouée à l'échec, du moins potentiellement défavorisée par rapport à l'offre que la concessionnaire actuelle déposerait : le calcul de la redevance (voir aussi, sur cet aspect, consid. 2a ci-après), fondée sur les coûts assumés par chaque soumissionnaire, y compris l'investissement à opérer par lui (concrètement pour les supports destinés à l'affichage ; la concessionnaire actuelle – contrairement à la recourante – ne devrait pas, compte tenu des supports existants, avoir à consentir un tel investissement), devrait (a priori) aboutir à une redevance plus haute chez la concessionnaire actuelle que chez la recourante ; or ce critère est pondéré à 60 % par le cahier des charges (à quoi s'ajoute un critère portant sur les infrastructures et l'expérience du soumissionnaire, à hauteur de 10%). Il convient ainsi de retenir que l'appel d'offres ici en cause est de nature à entraîner un préjudice irréparable à la recourante, ce qui conduit à admettre la recevabilité du pourvoi contre cette décision incidente, en application de l'art 74 al. 4 let. a LPA-VD. b) L'autorité intimée fait en outre valoir que la recourante n'aurait pas démontré un intérêt digne de protection à la modification de la décision attaquée, de sorte que son pourvoi serait irrecevable, en application de l'art. 75 LPA-VD. A cet égard, l'autorité intimée invoque la jurisprudence prévalant en droit des marchés publics, suivant laquelle seule une entreprise, à la fois apte et ayant la volonté de soumettre une offre, ayant en outre une chance réelle d'obtenir le marché, peut se voir reconnaître la qualité pour recourir. Or, à ses yeux, la recourante ne remplirait pas ces conditions. Sur ce plan, il faut observer que la recourante est d'ores et déjà prestataire de services en matière d'affichage ailleurs en Suisse; il en découle qu'elle rend suffisamment plausible son intérêt – et son aptitude – à obtenir ce marché. Sa légitimation à recourir doit ainsi lui être reconnue. En cas de recours contre un appel d'offres, il n'est au surplus pas exigé de la partie qui recourt qu'elle démontre qu'elle ait des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cause, comme dans le cadre d'un recours contre l'adjudication, pour reconnaître sa qualité pour recourir. Il suffit qu'elle soit un soumissionnaire potentiel et qu'elle ait conclu respectivement à la mise en oeuvre d'une nouvelle procédure ou à la constatation de l'illicéité de l'appel d'offres entrepris (cf. TF 2C\_563/2016 du 30 décembre 2016 consid. 1.3.2 et la référence; ég. TAF B-2570/2017 du

20 juillet 2017 consid. 2.2). Si des critères d'aptitude ou de qualification sont contestés, il est par ailleurs suffisant qu'elle démontre qu'elle pourrait soumissionner, si ces critères ou restrictions sont supprimés (cf. CDAP, arrêts MPU.2024.0019, consid. 2a, du 7 janvier 2025 et MPU.2020.0044 du 11 mars 2021 consid. 1). c) L'autorité intimée invoque encore un autre élément: la recourante avait la possibilité d'être renseignée par le biais de la procédure de questions-réponses, prévue par le cahier des charges; on ne voit toutefois pas que cela puisse rendre le recours irrecevable. En effet, il n'est pas évident de discerner sur quelle base – et l'autorité intimée n'en fournit pas – ce processus pourrait priver le candidat potentiel d'une voie de droit prévue par la loi. d) Il convient ainsi d'entrer en matière et d'examiner le recours sur le fond. 2. La recourante fait principalement valoir le grief de violation du principe de non-discrimination, ce en s'appuyant notamment sur un avis délivré en 2012 par le Surveillant des prix, dont on citera ci-après quelques extraits. Cet avis, connu au demeurant de l'autorité intimée, puisqu'elle le cite dans son cahier des charges (avis de janvier 2012, intitulé " Affichage sur l'espace public. L'appel d'offres comme instrument efficace de la concurrence ? ") indique tout d'abord ce qui suit : "La Surveillance des prix a lancé un questionnaire relatif à l'affichage sur l'espace public dans les grandes capitales cantonales ainsi qu'à Winterthur et Lugano. Les résultats montrent que la SGA dispose d'une position dominante sur le marché de l'affichage sur les espaces publics. La relance de la concurrence espérée également par la Commission de la concurrence n'a pas eu lieu. Dans un premier pas, le Surveillant des prix recommande aux communes, compétentes pour l'attribution des contrats de concession, de veiller à une procédure d'appels d'offres correcte de manière à ce qu'à moyen terme, les prix aux clients soient mis sous pression. Si cela ne devait pas permettre d'atteindre le résultat escompté, il se réserve le droit de prendre d'autres mesures". L'avis se poursuit ainsi par des recommandations aux communes portant sur différents points (la suggestion d'arrêter des taxes de concession forfaitaires plutôt qu'une participation au chiffre d'affaires; la répartition, dans les grandes villes de l'attribution en plusieurs lots; la fixation de durées courtes pour l'attribution des concessions ou encore –ce qu'a retenu la ville de Lausanne – l'adoption de critères d'attribution portant sur le "prix de revente" des surfaces d'affichage); parmi les recommandations formulées, la recourante insiste sur l'une d'entre elles, ainsi formulée: "Droit de retour des infrastructures: Après l'expiration du délai de concession, il faudrait s'assurer, d'un point de vue concurrentiel, que le concessionnaire sortant ne dispose pas d'avantages par rapport à un nouveau prestataire, à part ses connaissances sur la demande déterminée par le marché. C'est pourquoi, à l'échéance de la concession, l'infrastructure devrait revenir au secteur public. Le droit de retour des infrastructures doit être réglé au moment de la mise au concours de la concession déjà". a) aa) De manière générale, le moyen soulevé à cet égard par la recourante appelle une approche économique. En substance, les soumissionnaires sont censés présenter des offres dans lesquelles ils doivent formuler une proposition de redevance; pour cela, ils doivent évaluer les investissements auxquels ils doivent procéder, les coûts de leurs différentes prestations (en particulier les "prestations gratuites" délivrées à la Ville de Lausanne entrent bien sûr dans ces coûts) y compris un retour sur investissement approprié. La redevance est dès lors potentiellement d'autant moins élevée que les coûts que supporte le concessionnaire seront importants. Dans ce contexte, la recourante se réfère à un poste de coût important, à savoir celui de l'investissement initial auquel elle devrait potentiellement consentir, avant de débiter l'exploitation de sa concession. Par comparaison, le concessionnaire actuel, s'il devait obtenir le renouvellement de la concession, n'aurait pas (ou pas dans la même mesure) à procéder à un tel investissement. En conséquence, les

candidats potentiels ne se trouvent pas sur un pied d'égalité avec le concessionnaire actuel.

bb) Cet aspect a été très largement évoqué en audience. La A. \_\_\_\_\_, tierce intéressée, a indiqué que l'amortissement qu'elle pratique sur les investissements consentis en tant que concessionnaire à Lausanne s'étendait sur une période de 20 ans (donc sur une durée plus longue que la concession). Cela étant, au cas où elle ne serait pas désignée comme concessionnaire, elle était prête (c'est dans son intérêt ; et cela se pratique couramment) à revendre ses supports pour le montant non amorti. Une fourchette de 2 à 4 millions de francs a été articulée à cet égard. Il va cependant de soi que, de son côté, la recourante, au cas où elle obtiendrait le marché, n'aurait pas de prise directe sur le principe, ni sur le coût d'une telle reprise par elle de ces investissements. Ainsi, outre le fait qu'elle devrait procéder à un tel investissement, alors que la concessionnaire sortante n'aurait pas à le consentir, elle ignore l'ampleur de ce poste de coût important, alors qu'elle devrait le connaître pour formuler une offre en connaissance de cause.

b) A cet égard, le droit de la concurrence a développé la notion de « barrières à l'entrée dans un marché », lesquelles limitent la concurrence potentielle (voir à ce propos Clerc/Këllezi, art. 4 II LCart, N 165 ss. in Martenet/Bovet/Tercier (édit.), Commentaire romand du droit de la concurrence, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2013). Au demeurant, il peut d'ailleurs y avoir des barrières à l'entrée, à la mobilité ou encore à la sortie d'un marché; plus ces barrières sont élevées, plus il est difficile à de nouveaux entrants d'entrer en temps utile sur le marché en réaction à un comportement abusif de l'entreprise dominante, et plus cette dernière peut agir sans tenir compte d'une concurrence potentielle. Ces obstacles sont extrêmement divers et peuvent être de nature réglementaire, structurelle ou stratégique. Il y a barrières réglementaires notamment en présence de monopoles légaux (ce qui est le cas en l'espèce, puisque l'on se trouve en présence d'un marché fermé). Par ailleurs, parmi les barrières structurelles, il faut mentionner la question dite des "coûts irrécupérables" (sunk costs). Ils représentent les investissements liés à l'entrée sur le marché et que le concurrent potentiel perdrait s'il devait quitter ce marché. Parmi ces coûts, on peut notamment citer les investissements dans des équipements qui ne permettent de fabriquer qu'un produit extrêmement spécifique (Clerc/Këllezi, op. cit., N 173 et 177, p. 332).

c) Dans le cadre de l'art. 2 al. 7 LMI (ou de l'art.

## **E. 9**

AIMP 2019), l'on se trouve en présence de marchés fermés. On a néanmoins souhaité mettre sur pied un mécanisme de concurrence pour l'accès à ce marché. Au plan économique, la question est de savoir comment mettre sur pied une concurrence effective dans ce contexte et une forme d'égalité d'accès à ce marché (sur la notion de concurrence effective, en lien avec le principe de non-discrimination, dans le cadre du droit des marchés publics: voir Diebold/Rütsche, op. cit., § 2 N 592 s.; voir aussi, au sujet de l'art 2 al. 7 LMI, N 278 s.).

d) En l'occurrence, le concessionnaire qui souhaite exploiter la concession d'affichage mise en concurrence à Lausanne doit procéder à un investissement conséquent avant son entrée sur ce marché. Il s'agit là incontestablement d'une barrière à l'entrée; cela constitue également une barrière à la sortie, dans la mesure où cet investissement est perdu en fin de concession (à moins d'avoir été amorti dans l'intervalle). Il en va en théorie de même pour le concessionnaire actuel, à moins que celui-ci ne puisse revendre ses installations aux concurrents qui prendraient sa place. Selon la A. \_\_\_\_\_, le procédé de revente serait toutefois usuel dans le domaine de l'affichage, ce qui a pour effet de réduire cette barrière à la sortie (soit le problème des « coûts irrécupérables »). On relève au passage que le droit positif prévoit fréquemment que la durée d'une concession est fixée de

manière que les investissements initiaux puissent être amortis pendant la durée de celle-ci (dans ce sens voir art. 18 de la Directive de l'Union européenne sur les concessions, 2014/23/UE ; cette solution prévaut aussi dans le domaine des concessions hydrauliques, l'art. 68 de la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques – RS 721.80 – prévoyant un droit de retour à la collectivité concédante de certaines des installations du concessionnaire à la fin de celle-ci, solution qui correspond à celle préconisée par le Surveillant des prix). e) Quoi qu'il en soit, il convient d'examiner de manière attentive le grief de violation du principe de non-discrimination soulevé par la recourante: on se trouve bien en l'espèce en présence de barrières à l'entrée élevées, de sorte que le concessionnaire actuel et d'autres prétendants ne se trouvent pas sur un pied d'égalité. aa) A cet égard, il faut souligner que le droit des marchés publics – les exigences mentionnées ci-après sont transposables dans le contexte de l'art. 2 al. 7 LMI, régi lui aussi par le principe de non-discrimination – pose diverses règles visant à assurer une « certaine » égalité entre concurrents : à titre d'exemple, l'appel d'offres, les conditions d'appel d'offres doivent être formulés de manière à ne pas (dé)favoriser un soumissionnaire par rapport à un autre ; les délais doivent être uniformes pour l'ensemble des concurrents. On peut parler à cet égard d'exigences d'égalité « formelle ». Dans certains cas, le droit positif admet une inégalité initiale, mais prévoit, à la charge du pouvoir adjudicateur, des mesures de compensation : ainsi, à l'art. 14 al. 1 (à l'al. 1 ; toutefois, on y envisage de renoncer à exclure un soumissionnaire préimpliqué si cela compromet une concurrence efficace) et 2 AIMP. Au sujet de l'al. 2, le message du Conseil fédéral relatif à la LMP (on se souvient que ce texte correspond largement à l'AIMP) se lit comme suit (FF 2017, p. 1763 ; le message cite en référence le TAF, arrêt du 6 oct. 2008, B-4621/2008, consid. 5.5.) : « Une situation qui est fréquente mais qui n'implique aucune préimplification au sens du droit des marchés publics consiste dans la mise au concours périodique de contrats de durée. Dans un tel cas, un soumissionnaire ayant déjà fourni les prestations concernées aura naturellement une longueur d'avance sur ses concurrents en matière d'information. Exclure de manière générale les adjudicataires précédents des procédures portant sur des prestations périodiquement mises au concours serait contraire au principe de l'égalité de traitement. Dans ce cas également, il est cependant recommandé de compenser dans la mesure du possible l'avantage en matière d'information, en établissant un rapport sur les prestations fournies et les expériences de l'adjudicataire précédent. » Force est d'en déduire que le principe de non-discrimination n'impose pas de neutraliser tous les avantages de l'adjudicataire précédent (tout spécialement, p.ex., dans les marchés informatiques). Dans la mesure où le principe précité a une portée similaire dans le domaine des concessions, il doit en aller de même s'agissant (de certains) des avantages du concessionnaire sortant. Il demeure que les concurrents de ce dernier devraient bénéficier de certaines mesures pour renforcer la concurrence, s'agissant notamment de la base d'information qui doit leur être fournie dans une telle configuration (voir à ce propos les arrêts cités par Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Zurich 2020, N 57 et 59 ; voir aussi Jäger, Vorbefassung, thèse Berne 2009, p. 122 ss et 236 ss, au sujet de la notion d'avantage concurrentiel et de l'appréciation d'un tel avantage dans un marché donné). L'art. 14 al. 2 (LMP/AIMP) met en place, à titre de mesure compensatoire de certains avantages concurrentiels, un mécanisme de transparence pour appuyer et rendre (plus) efficace la concurrence et le principe de non-discrimination qui lui est sous-jacent. bb) Dans le cas d'espèce, on l'a vu, le « prétendant » à la concession se trouve face à une barrière à l'entrée élevée s'il souhaite obtenir le marché ; c'est d'autant plus le cas qu'il ignore à quel niveau

se situe le prix de reprise des installations du concessionnaire sortant – si celui-ci, par hypothèse, est finalement écarté du marché. Il est toutefois vraisemblable que ce prix aura une influence déterminante sur le montant de la redevance qui représente lui-même 60% de la note finale. En présence de toutes ces difficultés, la cour de céans considère que l'appel d'offres présente un caractère discriminatoire à l'endroit des potentiels concurrents du concessionnaire sortant ; il y a là également une violation du principe de transparence. Il convient ainsi d'admettre le présent recours. Cela implique l'annulation de l'appel d'offres attaqué – non pas sous la forme d'une interruption prononcée par l'autorité de recours (selon la jurisprudence du TF, une telle mesure est une ultima ratio, que l'autorité de recours ne peut prendre que si elle se justifie en raison de circonstances exceptionnelles : ATF 141 II 353, consid. 6, spéc. 6.2), ce qui conduit à écarter la conclusion principale du pourvoi. Il convient bien plutôt d'admettre la conclusion subsidiaire de la recourante et (d'annuler et) de renvoyer la cause à la Ville de Lausanne pour qu'elle lance un nouvel appel d'offres dans le sens des considérants. L'autorité intimée n'en serait pas pour autant privée de la faculté d'interrompre, elle-même, la procédure d'appel d'offres, par exemple si elle renonce à autoriser l'affichage commercial sur son domaine public. En revanche, si elle entend poursuivre la procédure en cours, elle pourra le faire en usant de la très large marge d'appréciation que lui confère le droit en vigueur, pour autant qu'elle respecte les principes de non-discrimination et de transparence posés par l'art. 2 al. 7 LMI. On relèvera à ce propos ce qui suit : aaa) Concrètement, le chiffre 2.2 du cahier des charges, alinéa 4, dans lequel l'autorité intimée indique ne pas être concernée par une éventuelle convention de reprise des installations du concessionnaire sortant par le concessionnaire entrant et ajoutant que celle-ci n'aura aucun impact sur la procédure en cours occulte l'importance des investissements à réaliser par un concurrent potentiel du concessionnaire actuel. Il est correct de dire – comme l'a plaidé la A. \_\_\_\_\_ – qu'une convention ne saurait être conclue entre le concessionnaire sortant et l'entrant sur une telle reprise avant le dépôt des offres ; il s'agirait là en quelque sorte d'une offre (partiellement) concertée entre les parties à une telle convention, ce que le droit des marchés publics (et l'art. 2 al. 7 LMI) prohibe. Le concurrent potentiel du concessionnaire actuel ne peut dès lors s'adresser à ce dernier en vue d'une forme de précontrat ; et le concessionnaire actuel n'a pas non plus à l'informer sur un prix de reprise éventuel. Dans cette mesure, le concurrent potentiel se trouve dans une situation de déficit d'information important, qui le prétérite dans la préparation d'une offre fondée sur un calcul des coûts raisonnablement prévisibles, comportant l'investissement de départ à opérer. Dès lors, pour corriger l'asymétrie d'information entre concessionnaires sortant et entrants, ces derniers devraient pouvoir bénéficier de précisions quant au prix de reprise des installations du concessionnaire sortant. Il appartiendrait à l'autorité intimée de demander que le concessionnaire sortant formule ce prix, cette indication étant alors reportée dans le cahier des charges. bbb) Le Surveillant des prix propose quant à lui une autre solution, plus radicale, à savoir que les investissements du concessionnaire sortant passent, à la fin de la concession, dans la propriété du concédant, ce qui permet de rétablir une égalité de traitement entre concurrents ; d'ailleurs la ville de Genève a suivi cette recommandation (la ville de la Chaux-de-Fonds également semble-t-il, même si son appel d'offre a depuis lors été annulé). La recourante a renoncé à cette solution, pour des motifs d'opportunité ; en audience, l'autorité intimée ne s'y est pas déclaré favorable non plus. La Cour de céans ne saurait de son côté l'imposer, même si elle permettrait de respecter le cadre de l'art. 2 al. 7 LMI. ccc) La Ville de Lausanne est libre également, dans son nouvel appel d'offres, de modifier d'autres paramètres de l'acte

attaqué, par exemple la pondération des critères, dans la perspective d'aboutir à une concurrence efficace, plus respectueuse des principes rappelés par cette disposition. ddd) La Cour ne voit au surplus pas de motif d'aller plus loin et d'imposer (ni de l'empêcher d'appliquer) – au vu de la marge d'appréciation dont bénéficie le pouvoir adjudicateur, lequel dispose en l'occurrence en outre de la maîtrise du domaine public – des méthodes de « neutralisation » de l'avantage concurrentiel dont bénéficie le concessionnaire sortant. La recourante en a proposé, mais on ne voit pas que ses suggestions doivent être confirmées par le présent arrêt, au vu de la retenue que doit observer l'autorité de céans (de telles méthodes présentent de toute manière une grande complexité ; sur la complexité de méthodes de neutralisation et de leur application, voir Jäger, op. cit., p. 267 s.). 3. Le recours est dès lors admis ; cela conduit la Cour à annuler l'appel d'offres querellé et à renvoyer la cause à la Ville de Lausanne pour qu'elle procède dans le sens des considérants. a) L'autorité intimée, qui succombe, doit supporter l'émolument d'arrêt ; elle versera en outre à la recourante, intervenue à la présente procédure par un mandataire professionnel, une indemnité à titre de dépens (art. 49 et 55 LPA-VD). b) Pour sa part, la A.\_\_\_\_\_, qui ne l'emporte pas, ne se verra pas allouer de dépens.

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