

# VD\_OMNI MPU.2025.0017 vom 26. Juni 2025

VD Tribunal cantonal, 2025-06-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_MPU.2025.0017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2025.0017)

FR: VD\_OMNI MPU.2025.0017 du 26 juin 2025

IT: VD\_OMNI MPU.2025.0017 del 26 giugno 2025

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/Conseil régional du district de Nyon, B. \_\_\_\_\_ | Concession d'exploitation d'un réseau de vélos en libre-service réattribuée dans une procédure de gré à gré comparatif au motif que la concession a une valeur ne dépassant pas le seuil de 150'000 fr. Recours du prestataire actuel qui n'a pas pu participer à la procédure de gré à gré comparatif et qui fait valoir que c'est la procédure ouverte qui aurait dû être appliquée, du moment que le marché a une valeur dépassant le seuil de 250'000 fr. Contrairement aux décisions d'adjudication rendues au terme d'une procédure de gré à gré exceptionnel, celles prononcées à l'issue d'une procédure de gré à gré "ordinaire" ne sont en principe pas sujettes à recours. Cela vaut toutefois pour autant que la procédure de gré à gré "ordinaire" ait été choisie de manière régulière, dans le respect notamment des valeurs seuils; une décision rendue au terme d'une telle procédure peut faire l'objet d'un recours pour le motif qu'un autre type de procédure aurait dû être appliqué (consid. 2a).

## Erwägungen

### E. 1

a) Le 1er janvier 2023 sont entrés 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 cantonale 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 abrogé respectivement l'ancienne loi cantonale 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 A-IMP et l'art. 16 a contrario LMP-VD, l'ancien droit reste applicable aux procédures d'adjudication qui ont été lancées avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. En l'occurrence, le recours est dirigé contre une décision d'adjudication rendue dans une procédure lancée après le 1er janvier 2023, de sorte que le nouveau droit est applicable. b) Sous l'ancien droit des marchés publics, la jurisprudence s'est penchée sur la délimitation entre marché public et concession, notamment dans des procédures portant sur la mise en place et l'exploitation d'un réseau de vélos en libre service. Selon l'ATF 145 II 32 (consid. 4.1 p. 39 s.), le fait que l'Etat octroie une concession exclusive pour l'utilisation du domaine public n'a pas pour conséquence de soumettre l'activité en cause aux règles des marchés publics. 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 (cf. ATF 135 II 49 consid. 4.4 p. 56; arrêt 2C\_198/2012 du 16 octobre 2012 consid. 5.1.3 et les références citées). 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, mais le transfert d'un droit ayant valeur pécuniaire pour l'accomplissement de tâches publiques; il paraît alors approprié, en tenant compte de toutes les circonstances, de qualifier l'entier du marché de marché public (ATF 144 II 177 consid. 1.3.2, 184 consid. 2.2). Les deux arrêts publiés aux ATF 144 II 177 et 184 portaient sur la distinction entre marché public et concession d'occupation du domaine public en vue de l'exploitation d'un système de vélos en libre service. c) aa) Selon le nouveau droit des marchés publics, la délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés, à certaines conditions, comme des marchés publics, plus exactement comme des marchés publics non soumis aux accords internationaux (Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, 2e éd., 2023, n. 346). Aux termes de l'art. 9 A-IMP, tel est le cas "lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte". L'art. 9 A-IMP évoque la rémunération ou l'indemnité, directe ou indirecte, que le délégataire ou concessionnaire perçoit en contrepartie de l'exercice de droits exclusifs ou spéciaux dans l'intérêt public. L'opération (délégation de tâche publique ou octroi d'une concession) doit en effet avoir un caractère onéreux, caractéristique qu'elle partage avec la notion de marché public au sens de l'art. 8 al. 1 A-IMP. Le délégataire reçoit souvent la compétence de prélever des émoluments (il peut s'agir de contributions causales) auprès des tiers auxquels il fournit des prestations (dans la terminologie de l'art. 9 A-IMP, il s'agit alors d'une indemnité indirecte; la rémunération directe correspond généralement à une subvention, plus précisément à une indemnité – par opposition à une aide financière à fonds perdu, au sens de l'art. 7 de la loi du 22 février 2005 sur les subventions [LSubv; BLV 610.15], qui opère la distinction entre ces deux notions). L'octroi d'une concession, au sens de l'acte juridique par lequel l'autorité (le concédant) confère à une personne morale ou physique (le concessionnaire) le droit d'exercer une activité dans un domaine juridiquement réservé à la collectivité publique, autrement dit faisant l'objet d'un monopole étatique de droit ou de fait ou entrant dans les tâches de l'Etat (ATF 145 II 303 consid. 6.1.2), est par ailleurs régi par l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02). bb) Le champ d'application respectif des art. 9 A-IMP 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). Malgré les incertitudes relevées sur ce thème, le rapport 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. 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 la "concurrence dans le marché";

voir à ce sujet Nicolas Diebold/Bernard Rütsche, *Wettbewerbsrecht und Marktregulierung*, Zurich 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 précités observent 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 A-IMP (voir Diebold/Rütsche, op. cit., qui comparent les exigences posées en matière d'appel d'offres, soit au titre de l'art. 2 al. 7 LMI [§ 2 n. 267 ss], soit 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; toutefois, les offreurs internes ou, plus largement, l'ensemble des offreurs 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, les auteurs précités soulignent la parenté entre le régime applicable dans le cadre de l'art. 2 al. 7 LMI, respectivement dans le cadre de l'art. 9 A-IMP, même si la jurisprudence a mis en évidence certaines différences (voir ATF 143 II 120 consid. 6; Diebold/Rütsche, op. cit., § 2 n. 278 s.). Pour distinguer le champ d'application de l'art. 2 al. 7 LMI de celui de l'art. 9 A-IMP, 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 cet égard, il faut distinguer l'hypothèse particulière dans laquelle les différentes prestations peuvent être dissociées de celle 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; en revanche, 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 consid. 4.4). La doctrine considère plutôt qu'il s'agit de déterminer quelle est la prestation prépondérante: 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 A-IMP; dans le cas contraire où l'aliénation est prépondérante, 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 l'arrêt du Tribunal cantonal de Neuchâtel du 8 août 2024, 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 droits d'usage privatif du

domaine public, voir le même auteur, Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen, in: Boillet/Favre/Martenet [édit.], Le droit public en mouvement, Zurich 2020, p. 470 ss., spéc. 479 ss; voir aussi Poltier, op. cit., n. 264 ss et n. 344 s.). d) En l'occurrence, la procédure de gré à gré (comparatif) porte sur la mise en place et l'exploitation d'un réseau de VLS, pour lequel l'autorité intimée octroie un droit exclusif d'exploitation. Elle ne porte pas sur l'octroi des droits d'usage exclusif du domaine public par les communes. On est ainsi en présence d'un acte mixte, où l'autorité intimée acquiert les prestations consistant à mettre en place et exploiter le réseau de VLS, en aliénant le droit exclusif de l'exploiter. L'octroi du droit d'exploiter doit permettre au concessionnaire d'effectuer les prestations acquises par l'autorité intimée. Il n'a donc guère de portée propre, de sorte que c'est l'acquisition des prestations qui apparaît comme prépondérante. Ainsi, l'opération, envisagée globalement, est soumise au droit des marchés publics. Cela ressort d'ailleurs de la jurisprudence fédérale précitée (ATF 144 II 177 consid. 1.3.5 et ATF 144 II 184 consid. 2.5 et 2.6) et n'est pas contesté par les parties à la présente procédure. Il s'ensuit que l'A-IMP est applicable, notamment en ce qui concerne les valeurs seuils (cf. Poltier, op. cit., n. 347 et la réf. en note de bas de page 621).

## **E. 2**

a) En invoquant l'art. 4 LMP-VD, l'autorité intimée soutient que la décision attaquée n'est pas sujette à recours. L'art. 53 al. 1 A-IMP énumère les décisions sujettes à recours, au nombre desquelles figure l'adjudication (let. e). Aux termes de l'art. 4 al. 1 LMP-VD, les décisions énoncées à l'art. 53 al. 1 A-IMP peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal cantonal dans les procédures suivantes indépendamment de la valeur du marché : procédure ouverte (let. a); procédure sélective (let. b); procédure sur invitation (let. c); procédure de gré à gré au sens de l'art. 21 al. 2 A-IMP (let. d). Selon l'autorité intimée, il découle de l'art. 4 al. 1 let. d LMP-VD, qui soumet à recours, indépendamment de la valeur du marché, les décisions rendues dans une procédure de gré à gré exceptionnel (art. 21 al. 2 A-IMP), a contrario que les décisions rendues dans une procédure de gré à gré comparatif (art. 21 al. 1 A-IMP), comme en l'occurrence, ne sont pas sujettes à recours. Il ressort toutefois des travaux préparatoires de la LMP-VD que le législateur a fermé toute voie de droit contre une décision d'adjudication rendue à l'issue d'une procédure de gré à gré "ordinaire" (au sens de l'art. 21 al. 1 A-IMP, par opposition à la procédure de gré à gré exceptionnel de l'art. 21 al. 2 A-IMP), pour autant que cette dernière ait été valablement – c'est-à-dire en respectant les valeurs seuils du gré à gré – appliquée dans un cas donné (Exposé des motifs et projet de loi sur les marchés publics [LMP-VD], tiré à part p. 16). En outre, l'art. 9 al. 2 LMI dispose que le droit cantonal prévoit au moins une voie de recours devant une autorité indépendante de l'administration; dans le domaine des marchés publics, cela vaut notamment lorsqu'il est fait grief que, selon les dispositions applicables, le marché doit faire l'objet d'un appel d'offres public (let. c dans sa nouvelle teneur entrée en vigueur le 1er janvier 2021). Cette disposition vise notamment tous les cas d'adjudication de gré à gré dans lesquels le recourant estime le choix de la procédure retenue irrégulier (Poltier, op. cit., n. 817). Après avoir défini la qualité pour recourir contre une décision d'adjudication de gré à gré, l'art. 56 al. 5 A-IMP dispose que ne peuvent être invoqués que l'application indue de la procédure de gré à gré et le grief selon lequel l'adjudication est entachée de corruption (2e phrase). Il découle de ces dispositions que celui qui dispose de la qualité pour recourir (voir consid. 2b ci-après) peut contester une décision d'adjudication rendue au terme d'une procédure de gré à gré "ordinaire", au motif que, compte tenu des valeurs seuils, ce n'est pas cette procédure qui aurait dû être choisie, mais bien la procédure ouverte. C'est bien ce que

la recourante fait valoir en l'occurrence, quand elle soutient que la valeur de la concession d'exploitation du réseau VLS dépassait le seuil de 250'000 fr. b) Aux termes de l'art. 56 al. 5 A-IMP, 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. Cette disposition codifie la jurisprudence selon laquelle la qualité pour recourir n'appartient en principe qu'aux entreprises qui démontrent être des soumissionnaires potentiels pour le marché en question, en rendant plausibles non seulement leur capacité réelle, mais aussi leur intention de déposer une offre en rapport avec l'objet du marché défini par l'adjudicateur (ATF 150 II 105 consid. 5.3; 150 II 123 consid. 4.2). En l'occurrence, l'autorité intimée fait valoir que la recourante n'a pas qualité pour recourir. Elle relève en effet que la recourante lui a fait savoir qu'elle ne pouvait poursuivre l'exploitation du réseau VLS que moyennant une augmentation de la subvention de \*\*\*\*\* à \*\*\*\*\* fr. par an. Cela représentant près de \*\*\*\*\* fois le montant de la subvention prévue par la décision d'adjudication attaquée, force serait d'admettre que la recourante ne peut ni ne veut exploiter le réseau aux conditions prévues dans le cahier des charges. La recourante n'a pas manifesté sa volonté de ne pas soumissionner pour le renouvellement de la concession d'exploitation du réseau de VLS. Au contraire, lors de son échange de courriels avec \*\*\*\*\* de B. \_\_\_\_\_ le 22 octobre 2024, \*\*\*\*\* a indiqué que A. \_\_\_\_\_ avait l'intention de participer – notamment – à l'appel d'offres de Nyon, certes "sous réserve du cahier des charges". Selon les déclarations du mandataire de la recourante en audience, celle-ci aurait en outre fait part de son intérêt à poursuivre l'exploitation du réseau de VLS au-delà du 30 juin 2025 dans le cadre de la procédure civile engagée devant le Tribunal d'arrondissement de La Côte. La recourante conteste le choix de la procédure de gré à gré. En arguant que la valeur du marché est supérieure à 250'000 fr., elle soutient que le marché litigieux aurait dû faire l'objet d'une procédure ouverte. Or, si tel est le cas et que la décision attaquée doit être annulée, il est possible que l'autorité intimée lance un appel d'offres en procédure ouverte à d'autres conditions que celles de la procédure de gré à gré comparatif menée auparavant. En tous les cas, si elle décide de lancer un appel d'offres en procédure ouverte, l'autorité intimée n'est pas liée par les conditions de la précédente procédure (de gré à gré comparatif). Dans ces conditions, il y a lieu d'admettre que la recourante est légitimée à contester la décision d'adjudication du 28 mars 2025. Dans son arrêt MPU.2024.0019 du 7 janvier 2025, la Cour de céans a de même admis qu'une personne morale était un soumissionnaire potentiel et avait partant qualité pour recourir contre un appel d'offres nonobstant le fait qu'elle ne satisfaisait éventuellement pas à un critère d'aptitude; elle a en effet considéré qu'en cas d'admission du recours, le pouvoir adjudicateur serait amené à lancer de nouveaux appels d'offres qui ne reprendraient pas nécessairement les conditions d'aptitude de celui qui aurait été annulé (arrêt précité consid. 2a). c) S'agissant du délai de recours de 20 jours (art. 56 al. 1 A-IMP), la recourante affirme avoir agi dans ce délai dès qu'elle a eu connaissance, par le courriel du conseil de l'autorité intimée du 10 avril 2025, du communiqué de presse du \*\*\*\*\*. Le recours étant daté du 17 avril 2025, le délai de 20 jours est d'ailleurs respecté aussi si l'on prend comme point de départ le communiqué de presse lui-même. d) La recourante a au demeurant eu connaissance, par le courriel de B. \_\_\_\_\_ du 22 octobre 2024, du fait que l'autorité intimée avait demandé une offre à cette dernière. On ne voit cependant pas que, en l'absence de publication d'un appel d'offres en procédure ouverte, la recourante ait dû – au sens d'une incombance – se renseigner auprès de l'autorité intimée sur l'existence d'une éventuelle procédure sur invitation ou de gré à gré (comparatif), de sorte qu'elle serait privée du droit de contester l'adjudication. Il

est en effet très douteux qu'elle ait pu contester la décision (incidente) d'engager une procédure sur invitation ou de gré à gré (comparatif) à ce stade de la procédure, l'énumération de l'art. 53 al. 1 A-IMP étant exhaustive. Comme on l'a vu ci-dessus (consid. 2a), c'est ainsi généralement en s'en prenant à l'adjudication que le choix de la procédure peut être contesté. e) Le recours satisfait par ailleurs aux conditions de l'art. 79 al. 1 2e phrase LPA-VD, de sorte qu'il est formellement recevable. Il y a ainsi lieu d'entrer en matière.

### **E. 3**

L'art. 23 al. 4 RLMP-VD prescrit de publier sur la plateforme simap.ch les adjudications dans les procédures de gré à gré au sens de l'art. 21 al. 2 AIMP, y compris pour les marchés non soumis aux accords internationaux. A contrario, il n'y a pas d'obligation de publier les adjudications prononcées dans les procédures de gré à gré "ordinaire". La décision attaquée n'est donc pas viciée à cet égard. La recourante ne soulève d'ailleurs pas de grief sur ce point.

### **E. 4**

Pour les contrats de durée déterminée, la valeur du marché est calculée en additionnant les rémunérations à verser sur toute la durée du contrat, y compris les rémunérations liées aux éventuelles options de prolongation. La durée de ces contrats ne peut, en règle générale, pas dépasser cinq ans. Dans les cas dûment motivés, une durée plus longue peut être prévue. [...] L'art. 15 A-IMP est une disposition générale applicable aux marchés publics, au sens de l'art. 8 al. 1 A-IMP. En ce qui concerne la délégation de tâches publiques ou l'octroi de concessions, l'art. 9 A-IMP évoque la rémunération ou l'indemnité, directe ou indirecte, que le délégataire ou concessionnaire perçoit en contrepartie de l'exercice de droits exclusifs ou spéciaux dans l'intérêt public. La contre-prestation d'une concession consiste dans le droit exclusif octroyé au concessionnaire (cf. ATF 144 II 177 consid. 1.3.5; 144 II 184 consid. 2.5). Déterminer la valeur de la concession revient à "valoriser" le droit exclusif concédé (Domenico Di Cicco, *Le prix en droit des marchés publics*, 2022, n. 450). L'A-IMP n'indique pas comment se détermine la valeur d'un marché portant sur la délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession. En doctrine, deux auteurs (Di Cicco, *op. cit.*, n. 451; Jean-Michel Brahier, *Les seuils et les multiples problèmes qui s'y rattachent*, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [édit.], *Marchés publics 2024*, p. 271 ss, 326 n. 164) se réfèrent pour ce faire à l'art. 8 de la directive 2014/23/UE, qui prévoit une méthode détaillée pour calculer "la valeur estimée des concessions". Aux termes de son art. 8 par. 2, la valeur d'une concession correspond au chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, eu égard aux travaux et services qui font l'objet de la concession ainsi qu'aux fournitures liées auxdits travaux et services. L'art. 8 par. 3 établit une liste non exhaustive des éléments devant être pris en compte pour estimer la valeur du marché. Au nombre de ceux-ci figurent notamment les recettes provenant du paiement de redevances et d'amendes par les usagers des ouvrages ou des services, autres que celles collectées pour le compte du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice, les paiements effectués par le pouvoir adjudicateur, l'entité adjudicatrice ou toute autre autorité publique ou tout avantage financier sous quelque forme que ce soit octroyé par l'un de ceux-ci au concessionnaire, y compris la compensation due pour respect d'une obligation de service public et les subventions publiques d'investissement, ainsi que la valeur des subventions ou de tout autre avantage financier, sous quelque forme que ce soit, octroyés par des tiers pour l'exploitation

de la concession. Selon Brahier, on peut également effectuer une étude de coûts, en totalisant l'ensemble des coûts de fonctionnement et d'investissement que devra supporter le concessionnaire sur la durée, y compris les frais financiers et la marge attendue; on pourra ensuite comparer ces coûts aux recettes attendues (loc. cit.). La Cour de justice de l'Union européenne a été saisie de questions préjudicielles portant sur l'interprétation de l'art. 8 de la directive 2014/23/UE en lien avec la publication d'un appel d'offres destiné à sélectionner un concessionnaire en vue de la mise en place et de la gestion d'un système public de location et de partage de véhicules électriques sur le territoire d'une commune. Elle a considéré que cette disposition doit être interprétée en ce sens que, pour déterminer si le seuil d'applicabilité de cette directive est atteint, le pouvoir adjudicateur doit estimer le "chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors TVA", en tenant compte des redevances que les usagers verseront au concessionnaire, ainsi que des apports et des coûts que supportera le pouvoir adjudicateur. Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut également considérer que le seuil prévu pour l'application de la directive 2014/23 est atteint dès lors que les investissements et les coûts à supporter par le concessionnaire, seul ou avec le pouvoir adjudicateur, pendant toute la durée d'application du contrat de concession dépassent manifestement ce seuil d'applicabilité (arrêt du 10 novembre 2022 dans l'affaire C-486/21, point 84) . b) En l'occurrence, l'autorité intimée relève d'abord que le marché litigieux porte uniquement sur l'octroi du droit exclusif d'exploiter le réseau VLS, à l'exclusion de l'octroi des droits d'usage du domaine public par les communes. Dès lors, la valeur de l'usage du domaine public ne serait pas comprise dans la valeur du marché. A supposer d'ailleurs qu'elle le soit, le montant resterait en deçà de 150'000 fr.: le réseau se composera de \*\*\*\*\* stations environ, de la taille d'une place de parc, soit environ \*\*\*\*\* m2. Si l'on tient compte d'un tarif de \*\*\*\*\* fr. le m2 par an (comme prévu pour les emprises permanentes sur le domaine public par exemple dans la commune de \*\*\*\*\*), la valeur de l'usage du domaine public est de \*\*\*\*\* fr. pour les deux ans (\*\*\*\*\* ). L'autorité intimée se réfère pour le reste à l'art. 16 de la concession actuelle et du projet de contrat de concession, dont il ressort que le réseau VLS est financé par les utilisateurs, le sponsoring, le parrainage, la publicité, ainsi que la subvention versée par l'autorité intimée et les communes partenaires. Concernant le montant de la subvention (75'000 fr. par année), l'autorité intimée relève, d'une part, qu'il est intégralement reversé au partenaire social et, d'autre part, qu'il ne suffit pas à compenser le surcoût lié à l'obligation de collaborer avec le partenaire social, comme cela ressort aussi bien de l'offre de B. \_\_\_\_\_ que de celle de \*\*\*\*\*. Par conséquent, le montant de la subvention ne constituerait pas un élément de rémunération, au sens de l'art. 15 al. 3 A-IMP, et n'aurait pas à être pris en compte dans l'estimation de la valeur du marché. Concernant la rémunération par les utilisateurs, l'autorité intimée se réfère au "business plan" de l'adjudicataire et de \*\*\*\*\* , dont il ressort que les investissements et les frais d'exploitation budgétés excèdent les recettes. Elle en déduit que l'opération est déficitaire et relève de l'"opération commerciale". Selon elle, il n'y aurait pas lieu de tenir compte du revenu généré par l'exploitation dans la détermination de la valeur du marché. L'autorité intimée ajoute que, même si l'opération était bénéficiaire, elle ne dépasserait pas le seuil de 250'000 fr. applicable à la procédure ouverte. De son côté, la recourante soutient que c'est l'exploitation d'un service complémentaire de trotinettes en libre service, en partenariat avec les communes, qui est rentable (service réservé au ch. 2.4 du cahier des charges). B. \_\_\_\_\_, "\*\*\*\*\*", aurait soumissionné pour le réseau de VLS en vue d'exploiter ce service complémentaire, comme elle le fait dans d'autres endroits comme à la \*\*\*\*\*. Selon la

recourante, le service de trotinettes en libre service n'a pas été inclus dans le présent marché en vue de contourner les dispositions de l'A-IMP sur les valeurs seuils. c) Dans son cahier des charges du 15 août 2024, l'autorité intimée a indiqué que "L'offre du candidat ne doit pas dépasser le seuil de la procédure de gré à gré pour les fournitures de services, c'est-à-dire CHF 150'000 (hors TVA)". Elle a considéré ce faisant que seul le montant de la subvention, soit la rémunération versée par elle, entrait dans le calcul de la valeur du marché, à l'exclusion des recettes provenant des usagers des VLS. Cette approche n'est pas conforme à l'art. 15 al. 3 2e phrase A-IMP, aux termes duquel "tous les éléments des rémunérations sont pris en compte", ce qui inclut aussi bien celles obtenues directement du pouvoir adjudicateur que celles provenant de tiers (cf. Poltier, op. cit., n. 401 dans le contexte des marchés de fournitures ou de services). On ne saurait d'ailleurs renoncer à prendre en compte les recettes attendues au motif que, selon le "business plan" tant de B. \_\_\_\_\_ que de \_\_\_\_\_, celles-ci sont inférieures à la somme des investissements et des charges d'exploitation, de sorte que l'opération serait déficitaire. En effet, cette approche n'est pas seulement en porte-à-faux avec la solution proposée par les auteurs précités pour les concessions en se référant au droit européen, elle est également en contradiction avec les règles applicables aux marchés publics "ordinaires", où l'on se fonde sur la valeur "brute" (chiffre d'affaires plutôt que bénéfice) elle-même basée sur une estimation des coûts (cf. Poltier, op. cit., n. 397). Il y a donc lieu de prendre en compte les recettes attendues pour déterminer la valeur du marché. Or, selon le "business plan" aussi bien de B. \_\_\_\_\_ que de \_\_\_\_\_, celles-ci sont supérieures à \_\_\_\_\_ fr. sur l'ensemble de la durée de la concession. Ainsi, que l'on tienne compte ou non du montant de la subvention (celle-ci constitue plus précisément une indemnité au sens de l'art. 7 al. 1 et 2 LSubv; elle entre donc a priori dans la "rémunération", directe, obtenue par l'adjudicataire au sens de l'art. 9 A-IMP), la limite de 250'000 fr. qui représente la valeur-seuil déterminante pour la procédure ouverte est largement dépassée. Lorsqu'elle a établi son cahier des charges, l'autorité intimée ne disposait certes pas de ces "business plans", mais elle connaissait les recettes du concessionnaire actuel ou pouvait les connaître en s'adressant à lui. Le résultat n'est pas différent si l'on détermine la valeur du marché en se fondant sur les coûts (somme des investissements et des charges d'exploitation): les "business plans" prévoyant un déficit, la somme des investissements et des charges d'exploitation est supérieure aux recettes attendues. En adoptant cette approche, la valeur du marché dépasse donc encore davantage la limite de 250'000 fr. De plus, le cahier des charges prévoit que la concession d'exploitation est octroyée pour une durée de deux ans, compte tenu du projet de réseau VLS du "\_\_\_\_\_", dont la mise en oeuvre est planifiée en 2027. Le cahier des charges ajoute toutefois: "si la situation devait évoluer dans le sens contraire et si aucun motif d'intérêt public ne s'y oppose, la présente concession d'exploitation pourrait devenir renouvelable à son échéance". L'existence de cette option conduit à augmenter encore la valeur du marché. S'agissant du caractère apparemment déficitaire de l'opération, il faut relever que le "business plan" de B. \_\_\_\_\_, déficitaire en l'état, réserve toutefois des recettes supplémentaires liées au sponsoring et à la publicité. On a vu en outre que, selon la recourante, l'adjudicataire serait motivé par l'exploitation d'un service complémentaire de trotinettes en libre service, lequel est réservé par le cahier des charges établi par l'autorité intimée. Par ailleurs, il est largement admis par les parties que l'exploitation du réseau de VLS de l'autorité intimée représente un avantage dans la perspective de la mise au concours de l'installation du réseau VLS du "\_\_\_\_\_". Tout cela permet d'exclure les hypothèses d'un opérateur privé fournissant sa prestation à titre gratuit (voir sur ce point Poltier, op. cit.,

n. 253 ss) ou contre une subvention (voir à cet égard Poltier, op. cit., n. 258 ss), auxquels cas l'opération, dépourvue de caractère onéreux, n'est pas régie par le droit des marchés publics. Au vu de ce qui précède, l'autorité intimée ne pouvait opter pour la procédure de gré à gré comparatif au motif que le marché avait une valeur inférieure à 150'000 fr. Il apparaît que la valeur du marché dépassait non seulement la limite déterminante pour la procédure sur invitation (150'000 fr.), mais également le seuil à partir duquel la procédure ouverte est applicable (250'000 fr.).

## **E. 5**

Comme argumentation subsidiaire, l'autorité intimée invoque le gré à gré exceptionnel en raison de l'urgence (art. 21 al. 2 let. d A-IMP). Elle allègue comme événement imprévisible le fait que la recourante n'a plus été disposée à continuer d'exploiter le réseau VLS aux conditions convenues. Elle fait valoir que c'est seulement "dans le courant de l'année 2024" qu'elle a réalisé que la collaboration avec la recourante ne serait plus possible au-delà du 30 juin 2025. Selon elle, compte tenu du fait que la procédure aurait duré "au moins 12 mois", il n'était pas possible d'organiser un appel d'offres en procédure ouverte ou sur invitation de façon à ce que les prestations puissent être exécutées à partir du 1er juillet 2025. a) Aux termes de l'art. 21 al. 2 A-IMP: "L'adjudicateur peut adjuger un marché de gré à gré sans considération des valeurs seuils lorsqu'une des conditions suivantes est remplie: [...] d. en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle que, même en réduisant les délais, une procédure ouverte, sélective ou sur invitation ne peut être menée à bien; [...]". L'application de l'art. 21 al. 2 let. d A-IMP suppose que quatre conditions soient réunies cumulativement: 1) le pouvoir adjudicateur se trouve dans une situation d'extrême urgence ou d'urgence impérieuse, 2) la survenance d'un événement imprévisible, 3) un lien de causalité entre cet événement et les motifs d'extrême urgence et 4) l'adjudicateur recourt à la procédure de gré à gré dans la seule mesure nécessaire à pallier la situation d'urgence (Manuel Jaquier, Le "gré à gré exceptionnel" dans les marchés publics, 2018, p. 245 ss). Selon la jurisprudence fédérale, la clause d'urgence ne doit être admise que de façon très restrictive (ATF 141 II 113 consid. 5.3.2). b) En l'occurrence, il n'apparaît pas que ces conditions restrictives soient réalisées. En effet, on voit mal que le refus de la recourante de poursuivre l'exploitation aux conditions convenues ait constitué "dans le courant de l'année 2024" un événement imprévisible: il ressort du dossier que dans le courant de 2023 déjà, des pourparlers s'étaient engagés entre la recourante et l'autorité intimée concernant la poursuite de l'exploitation du réseau de VLS; la recourante avait notamment fait une offre en avril 2023 (cf. let. B ci-dessus). Par courriel du 5 février 2024, la recourante a fait savoir à l'autorité intimée qu'elle allait résilier le contrat avec effet au 31 décembre 2024, résiliation à laquelle elle a finalement procédé le 29 juin 2024. A compter de ce moment-là, compte tenu du fait que le contrat avait été conclu jusqu'au 30 juin 2025 et que l'autorité intimée pouvait en obtenir l'exécution jusqu'à cette date par la voie judiciaire, comme elle l'a fait, celle-ci disposait d'une année environ pour mener une procédure d'adjudication. Cela constitue la limite haute de la durée (comprise entre 3 et 12 mois) d'une procédure ouverte selon les indications figurant sur le site Internet de la Direction générale des affaires institutionnelles et des communes (à l'adresse <<https://publication.vd.ch/publications/dgaic/aide-memoire/finances-communales/marches-publics>< [consulté le 23 juin 2025]) et cette limite haute ne vaut assurément pas lorsque les délais sont réduits, comme le prévoit l'art. 21 al. 2 let. d A-IMP. Même en se plaçant au moment de la résiliation du contrat par la recourante – alors que celle-ci avait été annoncée auparavant, comme il a été dit –, on ne saurait dire dans ces conditions que l'autorité intimée se trouvait dans une situation

d'extrême urgence qui lui permettait d'opter pour la procédure de gré à gré exceptionnel. On relève d'ailleurs qu'en vertu de l'art. 23 al. 4 RLMP-VD, une décision d'adjudication en procédure de gré à gré exceptionnel doit être publiée sur la plateforme simap.ch, ce qui n'a pas été le cas en l'occurrence. Il n'est pas nécessaire d'examiner plus avant la question de la conséquence de ce défaut de publication, puisque la décision d'adjudication du 28 février 2025 n'a pas été rendue en procédure de gré à gré exceptionnel, l'art. 21 al. 2 let. d A-IMP n'étant en particulier pas applicable, comme on l'a vu.

## **E. 6**

Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis et la décision attaquée, annulée. La cause est renvoyée à l'autorité intimée, à qui il appartiendra, si elle entend réattribuer la concession d'exploitation pour le réseau VLS, de lancer un appel d'offres en procédure ouverte. Avec le présent arrêt, la requête de l'autorité intimée et de l'adjudicataire tendant à la levée de l'effet suspensif provisoirement accordé est sans objet. L'autorité intimée et l'adjudicataire, qui succombent, doivent supporter un émolument judiciaire (cf. art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). La recourante, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel, a droit à des dépens, à la charge de l'autorité intimée et de l'adjudicataire (cf. art. 55 al. 1 et 2, 91 et 99 LPA-VD).

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