

VD_OMNI RE.2004.0032 vom 29. Oktober 2004

VD Tribunal cantonal, 2004-10-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_RE.2004.0032

FR: VD_OMNI RE.2004.0032 du 29 octobre 2004

IT: VD_OMNI RE.2004.0032 del 29 ottobre 2004

Regeste

X. _____ et Y. _____ c/Juge instructeur (EP), Y. _____, Ville de Z. _____, Municipalité de Y _____ | Si le recours d'un soumissionnaire évincé n'est pas d'emblée dépourvu de chances de succès, le juge de l'effet suspensif doit effectuer une pesée de tous les intérêts en présence.

Erwägungen

E. 9

juin 1992, consid. 1). L'octroi de l'effet suspensif constitue la règle dont il ne faut s'écarter que pour des motifs particulièrement qualifiés (Fritz Gygi, L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administrative, RDAF, 1976 p. 217 ss, 223); à défaut, le recourant serait privé de la possibilité de faire trancher le problème de fond avant de subir l'atteinte qu'il prétend être portée à ses intérêts par la décision attaquée (arrêt RE 1998/0030 du 20 octobre 1998). b) L'effet suspensif peut cependant être refusé lorsqu'un intérêt public ou privé prépondérant commande l'exécution immédiate de la décision (arrêt TA RE 1992/0018 du 4 juin 1992, consid. 3). Tel est notamment les cas lorsque les travaux litigieux sont nécessaires pour éviter une mise en danger concrète et immédiate de biens de police comme la santé, la sécurité ou pour des motifs relevant de la protection de l'environnement (arrêt TA RE 1998/0007 du 9 avril 1998, RE 1997/0028 du 5 septembre 1997, RE 1997/0025 du 5 septembre 1997, 1996/0062 du 6 février 1997). c) L'effet suspensif peut aussi être refusé lorsque le recours apparaît d'emblée manifestement mal fondé; mais cette conclusion doit s'imposer sur la base d'un état de fait clairement établi et doit résulter de l'application de règles de droit qui ne laissent pas un pouvoir d'appréciation à la section devant statuer sur le fond du recours; la solution juridique au recours doit s'imposer d'elle-même de manière évidente (arrêts TA RE 1991/0009 du 11 octobre 1991, RE 1992/0034 du 6 octobre 1992, consid. 2 et RE 1992/0040 du 9 novembre 1992). Ainsi, l'effet suspensif peut être refusé lorsqu'une règle claire ou une jurisprudence constante s'oppose à l'admission du recours sur la base d'un état de fait complet et non contesté; tel est notamment le cas si le recourant ne soulève que des questions de droit, où l'appréciation ne joue pas de rôle (voir les arrêts RE 2004/0020 du 14 juillet 2004, RE 2004/0004 du 12 février 2004, RE 2002/0011 du 12 mars 2002, arrêts RE 1991/0009 et RE 1992/0040 précités); par exemple l'effet suspensif peut être refusé, si la durée du retrait d'un permis de conduire correspond au minimum légal et si les faits à la base de la décision attaquée sont admis (ATF 115 Ib 157, v. aussi arrêts TA RE 1993/0044 du 14 septembre 1993 consid. 1; RE 1992/0017 du 27 mai 1992). 2. a) La réglementation sur les marchés publics traite de manière spéciale la question de l'effet suspensif en raison des caractéristiques de ce contentieux. En droit fédéral, l'art. 28 de la loi fédérale sur les marchés publics précise, comme l'art. 45 LJPA, que le recours n'a pas effet suspensif (al. 1)

mais que sur demande, la commission de recours peut accorder l'effet suspensif (al. 2). Dans les marchés publics, les conditions d'octroi de l'effet suspensif doivent être définies de manière conforme au but assigné aux mesures provisoires par l'art. XX de l'accord sur les marchés publics (RS 0.632.231.422); il s'agit de garantir une protection juridique effective et de préserver les possibilités commerciales du recourant. L'octroi de l'effet suspensif a ainsi un rôle déterminant pour assurer une protection juridictionnelle effective du concurrent (Evelyne Clerc , L'ouverture des marchés publics: effectivité et protection juridique, p. 542). Comme le contrat d'adjudication conclu ne peut en principe plus être annulé, la protection juridique est mieux assurée par l'annulation de la décision d'adjudication que par le versement d'éventuels dommages-intérêts (Evelyne Clerc, op. cit., p. 543). b) La décision sur l'effet suspensif résulte d'une pesée des intérêts; elle doit tenir compte d'une part, des divers intérêts privés opposés en jeu (intérêt du recourant et de l'adjudicataire) d'une part, et d'autre part de l'intérêt public invoqué par le pouvoir adjudicateur et les autres intérêts publics en cause liés à la réalisation des travaux. Dans le cadre de cette appréciation, la jurisprudence de la Commission fédérale de recours procède à un examen *prima facie* du bien-fondé du recours, mais le rôle de cet examen a une portée limitée et permet seulement de refuser l'effet suspensif aux recours qui paraissent d'emblée, et sans aucun doute possible, dépourvus de chances de succès (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 26 mars 1997 publiée à la RDAF 1998 I p. 34 consid. 3c p. 41, et les références citées, voir aussi Evelyne Clerc, op. cit., p. 546). Enfin, l'octroi de mesures provisoires joue un rôle central lorsque la décision attaquée concerne le rejet de candidatures dans la première phase d'une procédure sélective (RDAF 1998 I p. 34 consid. 3b p. 40). c) L'accord intercantonal (art. 17 al. 2) de même que la loi vaudoise sur les marchés publics (art. 12 al. 2) prévoient que l'autorité de recours peut d'office ou sur requête accorder l'effet suspensif à un recours s'il paraît suffisamment bien fondé et si aucun intérêt public ou privé ne s'y oppose. La condition du recours suffisamment motivé est comparable à celle de l'apparence du bon droit posée par la Cour de justice européenne et ne devrait être niée que si le recours apparaît d'emblée clairement mal fondé. (Evelyne Clerc, op. cit., p. 552). La portée de la réglementation cantonale est ainsi comparable aux solutions retenues par la jurisprudence fédérale en ce sens qu'elle implique, en dehors du cas de recours manifestement mal fondé, une pesée de l'ensemble des intérêts en présence. Dans la pesée des intérêts, il faut comparer l'intérêt du recourant à obtenir l'effet suspensif aux intérêts qui lui sont opposés, notamment l'urgence invoquée par le pouvoir adjudicataire. Plus l'examen *prima facie* du recours tend à démontrer que le recours a des chances de succès, plus l'intérêt public du pouvoir adjudicateur (l'urgence) à conclure le marché doit être important (Nicolas Michel et Evelyne Clerc , La protection juridique dans la passation des marchés publics, p. 99). d) Enfin, le pouvoir d'examen de la section des recours est limité à un contrôle en légalité de la décision attaquée (art. 36 let. a LJPA). Elle ne peut donc substituer sa propre appréciation à celle du magistrat instructeur et doit seulement vérifier si ce dernier a tenu compte de tous les intérêts importants à prendre en considération (v. arrêt RE 2000/0037 du 18 janvier 2001). 3. Il convient donc de déterminer dans un premier temps si les motifs du recours apparaissent d'emblée manifestement mal fondés. a) En l'espèce, le magistrat instructeur a procédé à un examen assez détaillé des griefs essentiels qui ont été soulevés par l'autorité adjudicatrice pour exclure les recourantes de la procédure de passation. aa) Il relève tout d'abord que l'absence d'une procuration en faveur des signataires de l'offre, qui n'étaient pas inscrits au registre du commerce, ne justifiait probablement pas une exclusion de la procédure d'évaluation

sans interpellier au préalable les sociétés recourantes pour réparer cette informalité. bb) Le magistrat instructeur relève ensuite que l'autorité adjudicatrice a insisté sur l'ambiguïté de l'offre qui émanerait selon elle de X. _____ SA et selon les recourantes d'un consortium formé par cette société et sa société-mère Y. _____ SA. Il précise que l'identité même du soumissionnaire est un élément essentiel de l'offre; en particulier, lorsque l'offre émane d'un consortium, la composition de la communauté des soumissionnaires ne peut être modifiée après le dépôt des offres, car il s'agit alors d'une modification de l'offre, prohibée par l'art. 31 al. 1 du règlement d'application du 8 octobre 1997 de la loi sur les marchés publics (RVMP (RSV 6.01)). Le juge instructeur se réfère à cet égard à une jurisprudence du Tribunal administratif concernant un cas d'annulation de la décision d'adjudication en raison d'une modification de l'offre portant sur la personne responsable de la conduite du projet au sein d'un consortium, modification qui avait par ailleurs été demandée par le pouvoir adjudicateur (arrêt GE 2001/0074 du 12 décembre 2001). La décision attaquée mentionne aussi un arrêt du Tribunal fédéral, résumé au DC 2003 p. 156, constatant qu'une modification de la communauté de soumissionnaires constituait un motif d'exclusion (ATF 2P.47/2003 du 9 septembre 2003, consid. 3.2). Le juge instructeur relève aussi que le dossier d'appel d'offres exigeait expressément la production du contrat de société simple prouvant la création du consortium et que ce contrat n'avait pas été transmis avec l'offre. Or la présence d'un tel document paraissait essentielle pour permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier l'aptitude du consortium à fournir les prestations requises. cc) Le juge intimé constate aussi que le pouvoir adjudicateur avait estimé que l'offre n'était pas assez précise en ce qui concerne les véhicules mis à disposition. Il relève que l'art. 12 du "Contrat pour la collecte et le transport des déchets urbains" fixe des exigences bien précises pour les véhicules utilisés, cette disposition prévoyant que, si l'entreprise doit constituer un parc de véhicules, elle doit produire une copie du contrat de vente conditionnel pour attester son intention de s'équiper du matériel roulant nécessaire destiné à remplir son mandat conformément aux exigences du contrat. Il précise aussi que les documents de l'appel d'offre comprennent un formulaire sous lettre C portant sur le nombre de camions pouvant effectuer les prestations. Le formulaire comporte un tableau sur lequel le soumissionnaire doit indiquer pour 4 camions, la marque, le nombre d'essieux, le poids imposable RPLP, la charge utile, le volume de la benne, l'euro-norme, l'année de fabrication et le carburant. Le magistrat instructeur estime qu'il faut déduire de ces documents que le soumissionnaire doit garantir la mise à disposition de véhicules déterminés pour l'accomplissement du mandat. Or, l'offre comportait deux possibilités; soit la mise à disposition de véhicules détenus par les sociétés recourantes, soit l'achat de véhicules neufs par X. _____ SA; mais dans les deux cas l'offre apparaissait trop imprécise car les recourantes ne désignaient pas expressément les véhicules qui seraient mis à disposition et n'avaient produit aucun contrat d'acquisition des véhicules. Cette lacune était importante car elle ne permettait pas à l'autorité d'effectuer une comparaison des offres. dd) Enfin, le juge instructeur a estimé que les informalités relevées étaient trop importantes et justifiaient une exclusion de la procédure de passation; les règles de forme violées servaient à sauvegarder des principes importants de la passation du marché comme l'égalité de traitement. La décision mentionne aussi les règles permettant à l'adjudicateur de vérifier l'adéquation de l'offre par rapport à l'objet du marché, l'exécution conforme de celui-ci, ainsi que celles garantissant que les offres puissent être objectivement comparées entre elles. b) Les sociétés recourantes ont soulevé différents moyens concernant ces griefs dans leur recours au fond du 5 juillet 2004 et le mémoire complémentaire qu'elles ont déposé le 5 août 2004. aa) En ce qui concerne

l'inscription des signataires de l'offre au registre du commerce, elles estiment qu'un bref délai aurait dû leur être accordé pour compléter l'offre et que le défaut de signature ou de procuration était sans conséquence sur le bon déroulement de l'offre. bb) S'agissant de l'existence d'un consortium, les recourantes relèvent que le formulaire d'appel d'offres contenait deux rubriques, l'une relative au soumissionnaire (A. Informations sur le soumissionnaire), et l'autre relative à la société membre du consortium (B. Informations sur la société membre du consortium). Or, la société X. _____ SA avait été indiquée comme soumissionnaire et la société Y. _____ SA comme membres du consortium. Les recourantes précisent que X. _____ SA est une filiale à 100% de Y. _____ SA. Ces deux sociétés exerçaient une activité commerciale similaire sous une direction identique, car tous les membres de la direction de X. _____ SA étaient également membres de la direction de Y. _____ SA. La société X. _____ SA avait été constituée le 17 décembre 2002 et elle avait repris l'essentiel des activités de X. _____ SA. Les recourantes précisent que les deux sociétés mettent en commun leurs véhicules au gré des mandats. Y. _____ SA bénéficiait toutefois d'une meilleure réputation dans le canton de Genève alors que X. _____ SA était plus active dans le canton de Vaud. Mais il s'agissait d'un seul et même groupe. La soumissionnaire était bien X. _____ SA et, sous la rubrique membre du consortium et filiale, la société-mère Y. _____ SA avait été mentionnée. Les recourantes estiment aussi que l'offre retenue présentait les mêmes caractéristiques concernant l'indication de la société-mère. cc) Pour les camions mis à disposition par les soumissionnaires, les recourantes précisent que X. _____ SA et Y. _____ SA sont propriétaires de tous les camions mentionnés dans la liste annexée à l'offre et qu'elles avaient produit tous les permis de circulation de ces véhicules. Elles rappellent que X. _____ SA s'était engagée à acquérir des camions neufs pour faire bénéficier les pouvoirs adjudicataires des dernières nouveautés en matière d'environnement. Il s'agissait de véhicules très spécifiques ne pouvant être utilisés que si l'entreprise obtenait le mandat de transport des déchets ménagers, car ils ne pouvaient être utilisés à aucune autre fin. Enfin, la vente conditionnelle impliquait souvent le paiement d'acomptes ce qui explique que les camions n'avaient pas été commandés avant le dépôt de l'offre. c) Le tribunal doit déterminer si les moyens ainsi soulevés sont manifestement mal fondés, ou à tout le moins ne sont pas suffisamment bien fondés au point d'exclure d'emblée l'octroi de l'effet suspensif sans procéder à la pesée d'intérêts requise par l'art. 16 al. 2 in fine LVMP. aa) Le magistrat instructeur semble admettre que l'absence de pouvoirs inscrits au registre du commerce des signataires de l'offre ne constitue pas une informalité pouvant justifier l'exclusion de l'offre; il en va d'ailleurs probablement de même pour les autres pièces mentionnées dans la décision attaquée au fond. Les moyens soulevés par les sociétés recourantes sur ce point ne semblent donc pas dénués de fondement. bb) En ce qui concerne l'identité du soumissionnaire, les précisions apportées par les recourantes concernant la structure des sociétés du même groupe montrent que des liens économiques et juridiques existent entre les sociétés X. _____ SA et Y. _____ SA. Il est vrai que les recourantes n'ont pas produit un contrat de société simple précisant formellement à l'égard du pouvoir adjudicateur le mode de collaboration envisagé. Il appartient à la section du tribunal qui doit statuer sur le fond du recours de décider s'il s'agit d'un vice de forme qui exclut ou non toute possibilité de réparation par l'octroi d'un délai. A cet égard, le tribunal constate que l'offre comporte toutes les indications nécessaires sur l'identité du soumissionnaire en mentionnant X. _____ SA comme soumissionnaire et Y. _____ SA comme membre du consortium et société-mère; il n'est ainsi pas évident de décider si la

production ultérieure du contrat de société simple constituerait une modification de l'offre prohibée par l'art. 31 RVMP car aucune des données figurant déjà dans l'offre ne serait modifiée par un tel document. La situation est ainsi différente de celle concernant le changement de la composition du consortium jugée par le Tribunal fédéral (DC 2003 p. 156 n° 50) et de celle du changement du chef de projet désigné dans l'offre (GE 2001/0074). Pour statuer, la section du tribunal qui sera chargée de juger le recours au fond dispose d'un pouvoir d'appréciation qui ne permet pas de qualifier le moyen de manifestement mal fondé. cc) En ce qui concerne les camions mis à disposition par les entreprises soumissionnaires, le tribunal constate que les documents de l'appel d'offres ne sont pas rédigés de manière claire. Le formulaire concernant les caractéristiques des camions mentionne bien "le nombre de camions pouvant effectuer les prestations". Le tableau figurant dans ce questionnaire prévoit quatre colonnes pour quatre camions dont les caractéristiques doivent être décrites; il est vrai que les sociétés recourantes n'ont pas rempli le tableau mais elles ont produit une liste de quinze camions pouvant effectuer les prestations requises. Le pouvoir adjudicateur n'a d'ailleurs pas prétendu que ces camions ne répondaient pas aux spécifications exigées pour le service de ramassage des déchets. Aussi, le document de l'appel d'offres ne précise pas non plus expressément qu'il doit s'agir des camions qui seront effectivement affectés à l'exécution du mandat. La section qui sera appelée à statuer sur le fond du recours devra donc examiner si la formulation du document de l'appel d'offres était suffisamment précise pour pouvoir exclure le soumissionnaire de la procédure de passation ou si une telle situation permettait d'accorder aux sociétés recourantes un délai pour désigner expressément les camions qui seront affectés au service ou produire les options d'achats sur les nouveaux camions qu'il était envisagé d'acquérir. Pour trancher, la section qui doit statuer sur le recours au fond dispose également d'un pouvoir d'appréciation et il est dès lors délicat de qualifier le moyen de manifestement mal fondé. e) Le magistrat instructeur n'a toutefois pas expressément examiné les moyens soulevés par la recourante sous l'angle restreint des conditions posées par la jurisprudence pour déclarer un recours manifestement mal fondé; il a estimé au contraire que l'effet suspensif ne pouvait se justifier que si le recours au fond avait de "réelles chances de succès aussi bien en ce qui concerne l'exclusion que l'adjudication". Or, si le recours n'apparaît pas d'emblée manifestement mal fondé, l'autorité juridictionnelle doit apprécier les chances de succès du recours dans le cadre d'une pesée générale de tous les intérêts en présence (Nicolas Michel et Evelyne Clerc, La protection juridique dans la passation des marchés publics, p. 99). En l'espèce la décision ne prend pas en considération les autres intérêts notamment ceux du soumissionnaire à obtenir une protection juridictionnelle effective par l'octroi de l'effet suspensif, ni l'intérêt du pouvoir adjudicateur, en particulier l'urgence, ni enfin l'intérêt des entreprises adjudicataires et l'intérêt public des collectivités concernées. e) Au vu de ce qui précède, il s'avère que le juge intimé a outrepassé son rôle en tranchant d'emblée la question de l'exclusion de l'offre des recourantes. La protection juridictionnelle effective dont doivent profiter celles-ci (Clerc, op. cit., p. 542) commandait plutôt que le juge au fond soit lui-même saisi de cette question. Cela étant, le recours au fond ne pouvant pas être tenu pour manifestement mal fondé, il incombait au juge intimé de procéder à une pesée des intérêts en cause avant de statuer sur l'effet suspensif. Les recours incident étant admis, les causes lui seront renvoyées à cet effet. 3. Obtenant gain de cause et ayant procédé par l'intermédiaire d'un avocat, les recourants ont droit à des dépens, dont il convient de fixer le montant à 1'000 fr., en les mettant à parts égales à la charge des parties privées qui succombent, à savoir les sociétés B. _____ SA et C. _____ SA, celles-ci

supporteront en outre un émolument de justice.

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