

VD_OMNI RE.2008.0003 vom 13. August 2008

VD Tribunal cantonal, 2008-08-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_RE.2008.0003

FR: VD_OMNI RE.2008.0003 du 13 août 2008

IT: VD_OMNI RE.2008.0003 del 13 agosto 2008

Regeste

X. _____ SA/Le Juge instructeur (BE) du recours au fond, Département de l'économie, Comité de direction du Syndicat d'améliorations foncières, Y. _____ SA | Principes applicables à l'effet suspensif en matière de marché public. La condition du recours suffisamment bien fondé est comparable à celle de l'apparence de bon droit posée par la Cour de justice des communautés européennes et ne devrait être niée que si le recours apparaît d'emblée clairement mal fondé. En dehors du cas du recours manifestement mal fondé, la décision sur la requête d'effet suspensif implique une pesée de l'ensemble des intérêts en présence. Dans une telle pesée, il faut notamment comparer l'intérêt du recourant à obtenir l'effet suspensif aux intérêts qui lui sont opposés, notamment l'urgence invoquée par le pouvoir adjudicateur. L'urgence n'est toutefois pas à elle seule déterminante, car dans le processus de planification, l'autorité doit inclure le temps raisonnablement nécessaire à une éventuelle procédure de recours contre la décision d'adjudication des travaux. En l'espèce, le premier juge a procédé à une pesée complète et consciencieuse des intérêts en présence, permettant de refuser l'effet suspensif au recours. Dans un contrôle limité à l'examen de la légalité de la décision attaquée, la section des recours a confirmé le refus de l'effet suspensif.

Erwägungen

E. 1

a) Selon l'art. 45 de la loi du 18 décembre 1989 sur la juridiction et la procédure administratives (LJPA), le dépôt du recours ne suspend pas l'exécution de la décision attaquée, sauf décision contraire prise, d'office ou sur requête, par le magistrat instructeur. L'effet suspensif a pour but de maintenir une situation donnée de manière à ne pas vider le recours principal de son objet par une exécution prématurée de la décision attaquée (arrêt TA RE.1992.0019 du 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 RE.1992.0018 du 4 juin 1992 consid. 3). Tel est notamment le cas lorsque les travaux litigieux sont nécessaires pour éviter une mise en danger concrète et immédiate de biens de police comme la santé et la sécurité, ou pour des motifs relevant de la protection de l'environnement (arrêts RE.1998.0007 du 9 avril 1998 ; RE.1997.0028 du 5 septembre 1997 ; RE.1997.0025 du 5 septembre 1997 ; RE.1996.0062 du 6 février 1997). c) L'effet suspensif peut aussi être refusé lorsque le recours apparaît d'emblée manifestement mal

fondé; cette conclusion doit toutefois s'imposer sur la base d'un état de fait clairement établi et 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 RE.1992.0040 du 9 novembre 1992 ; RE.1992.0034 du 6 octobre 1992 ; RE.1991.0009 du 11 octobre 1991). Ainsi, l'effet suspensif peut être refusé lorsqu'une règle claire ou une jurisprudence constante s'opposent 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 ; RE.1992.0040 et RE.1991.0009 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 RE.1993.0044 du 14 septembre 1993; RE.1992.0017 du 27 mai 1992).

E. 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 du 16 décembre 1994 sur les marchés publics précise, comme l'art. 45 LJPA, que le recours n'a pas effet suspensif (al. 1), mais que sur demande, l'effet suspensif peut être accordé (al. 2). En matière de 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 du 15 avril 1994 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 effet suspensif résulte d'une pesée des intérêts; elle doit tenir compte d'une part, des divers intérêts privés opposés en jeu (intérêts du recourant et de l'adjudicataire), et d'autre part de l'intérêt public invoqué par le pouvoir adjudicateur et des autres intérêts publics en cause liés à la réalisation des travaux. Dans le cadre de cette appréciation, la jurisprudence de l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics 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 ; voir aussi décision incidente du TAF du 6 décembre 2007 rendue en la cause B-5838/2007). c) L'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (art. 17 al. 2) de même que la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (art. 12 al. 2) prévoient que l'autorité de recours peut d'office ou sur requête accorder l'effet suspensif si le recours apparaît suffisamment bien fondé et si aucun intérêt public ou privé ne s'y oppose. La condition du recours suffisamment bien fondé 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 du 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 adjudicateur. 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 du tribunal est limité à un contrôle en légalité de la décision attaquée (art. 36 let. a LJPA). Il 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 (voir les arrêts RE.2007.0024 du 27 décembre 2007 consid. 1c, RE.2005.0032 du 24 octobre 2005 consid. 1c, RE.2003.0023 du 2 septembre 2003 consid. 1c, RE.2002.00233 du 28 octobre 2002 consid. 1c et RE.2000.0037 du 18 janvier 2001 consid. 1c).

E. 3

a) L a recourante dénonce pour l'essentiel une violation des principes d'égalité entre concurrents, d'impartialité et de transparence de la procédure, garantis par l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (ci-après: AIMP ou accord intercantonal), en vigueur - dans sa version révisée de 2001 - depuis le 1^{er} septembre 2004 (voir BGC janvier 2004 p. 7'071ss et FAO 2004 159). Elle estime qu'une saine application de la réglementation et des principes concernés aurait dû conduire les autorités du syndicat à exclure l'adjudicataire de la procédure en raison de sa participation étroite à l'établissement de l'offre. Elle invoque à cet égard la réglementation cantonale d'application de la loi vaudoise sur les marchés publics qui fixe des restrictions particulières pour les personnes et les entreprises participant à la préparation des documents d'appel d'offres. b) Aux termes de l'art. 1^{er} al. 3, l'accord intercantonal a notamment pour objectifs d'assurer une concurrence efficace entre soumissionnaires (let. a), de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires, d'assurer l'impartialité de l'adjudication (let. b), d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés (let. c), et de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (let. d). L'accord intercantonal n'énonce pas de motifs d'exclusion. Il pose simplement certains principes généraux de procédure (art. 11 AIMP) et des règles spéciales pour certains types de procédures (art. 12ss AIMP). En particulier, il rappelle le principe selon lequel la passation des marchés doit se faire dans le respect des principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de concurrence efficace (art. 11 let. a et b AIMP). Il prévoit en outre que les règles d'exécution cantonales doivent garantir, d'une part, une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables (art. 13 let. d AIMP) et, d'autre part, des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 13 let. f AIMP). L'art. 7 du règlement vaudois du 7 juillet 2004 d'application de la loi sur les marchés publics du 24 juin 1996 précise à cet égard les cas d'incompatibilité qui conduisent à l'exclusion de la personne qui participe à la procédure de passation des marchés publics (al. 1) ou de celle qui participe à la préparation des documents d'appel d'offres (al. 2). Cette disposition régit de manière précise une situation particulière dans laquelle les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement entre

concurrents posés à l'art. 11 al. 1 let. a et b AIMP ne sont pas respectés. La participation à la préparation des documents d'appel d'offres pourrait en effet placer le soumissionnaire concerné dans une position dominante par rapport aux autres concurrents, en raison du fait qu'il a une meilleure connaissance des éléments de l'appel d'offres, mais aussi parce qu'il a entretenu des relations privilégiées avec le pouvoir adjudicateur qui ont pu créer un rapport de confiance, à l'inverse des autres soumissionnaires. c) En l'espèce, le juge intimé a procédé à une pesée consciencieuse de l'ensemble des intérêts à prendre en considération. Il a en particulier apprécié l'intérêt pratique à l'admission du recours. Il a aussi pris en considération le fait que la société recourante avait pu prendre connaissance de l'ensemble des études déjà effectuées par l'entreprise adjudicataire et qu'elle ne s'était pas opposée aux critères d'évaluation des offres et leur pondération respective. Le juge intimé a aussi apprécié l'urgence invoquée par le syndicat sans toutefois donner à cet aspect un poids déterminant ; il a relevé en effet avec raison que l'urgence n'était en général pas décisive, lors que dans un processus de planification, l'autorité devait inclure le temps raisonnablement nécessaire à une éventuelle procédure de recours contre la décision d'adjudication des travaux. Au surplus, il n'appartient pas à la section des recours de substituer son appréciation à celle du juge intimé sur les éventuelles chances de succès des moyens soulevés par le recours au fond. Il suffit de constater que ce dernier ne s'est pas écarté d'une appréciation raisonnable résultant de la pesée de l'ensemble des intérêts en jeu à laquelle il a procédé.

E. 4

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours incident doit être rejeté et la décision attaquée maintenue. Un émolument de justice de 500 fr. est mis à la charge de la société recourante. Le Service du développement territorial obtient gain de cause en ayant consulté un homme de loi. Toutefois, comme il bénéficie d'une ressource en personnel juridique suffisante, il n'a pas droit à l'allocation de dépens.

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