

VD_OMNI RE.2012.0012 vom 8. Oktober 2012

VD Tribunal cantonal, 2012-10-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_RE.2012.0012

FR: VD_OMNI RE.2012.0012 du 8 octobre 2012

IT: VD_OMNI RE.2012.0012 del 8 ottobre 2012

Regeste

Commune d'Aigle/Le Juge instructeur (BE) du recours au fond, X. _____, Y. _____, Z. _____ | Situation dans laquelle le magistrat instructeur n'abuse pas de son pouvoir d'appréciation en refusant l'effet suspensif dans une procédure d'appel d'offre à caractère fonctionnel.

Erwägungen

E. 1

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'ancien 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 jurisprudence du Tribunal administratif fédéral a précisé qu'il convient de procéder à un examen *prima facie* du bien-fondé du recours, le rôle de cet examen ayant toutefois une portée limitée et permettant seulement de refuser l'effet suspensif aux recours qui paraissent manifestement irrecevables ou qui sont, d'emblée et sans aucun doute possible, dépourvus de chances de succès (décisions incidentes du Tribunal administratif fédéral B-7337/2010 du 1er février 2011, B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 2.2 et B 6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1). En revanche, si la recevabilité du recours paraît *prima facie* vraisemblable ou douteuse et que le recours ne paraît pas dénué de chances de succès ou qu'il existe des doutes à ce propos, il convient de procéder à une pondération des intérêts en présence (décisions incidentes du Tribunal administratif fédéral B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 2.2 et B 6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1), à savoir les intérêts des recourants d'un côté, opposés à ceux du pouvoir adjudicateur de l'autre. Le Tribunal administratif fédéral a précisé qu'il convenait de reconnaître un poids important (qualifié de « considérable ») à l'intérêt public à une exécution aussi rapide que possible de la décision d'adjudication (ATAF 2008/7 consid. 3.3 et les réf. cit.), en veillant toutefois à ne pas rendre illusoire la garantie d'une protection juridique efficace (ATAF 2007/13 consid. 2.2

et les réf. cit.). 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 ou irrecevable, une pesée de l'ensemble des intérêts en présence. Dans la pesée des intérêts, il faut donc comparer l'intérêt des recourants à obtenir l'effet suspensif et à maintenir la possibilité d'obtenir l'adjudication, aux intérêts qui lui sont opposés, notamment ceux du pouvoir adjudicateur visant à conclure rapidement le contrat d'adjudication. 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 (Benoît Bovey , Recours, effet suspensif et conclusion du contrat, in *Marchés publics* 2010 p. 339; voir aussi Nicolas Michel et Evelyne Clerc , La protection juridique dans la passation des marchés publics, p. 99). d) Enfin, il faut souligner le fait que le pouvoir d'examen du tribunal est limité à un contrôle en légalité de la décision attaquée. 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. 2

a) La commune recourante se plaint du fait que la qualité pour recourir des recourantes au fond dans le dossier MPU.2012.0021 n'aurait pas été examinée de manière approfondie. Il relève en particulier que la qualité pour recourir de l'X._____ n'avait pas été tranchée de façon définitive dans l'arrêt GE.2001.0136 en raison de la teneur des statuts qui ne prévoyaient pas expressément la défense des intérêts des membres de l'association dans les procédures de nature administratives ou judiciaires. La commune recourante estime aussi que la qualité pour recourir de l'architecte Z._____ serait plus que douteuse dans la mesure où ce dernier n'aurait pas démontré ou justifié d'un intérêt digne de protection au sens de la jurisprudence, mais faisait seulement état d'un intérêt général et abstrait concernant la procédure d'appel d'offre litigieuse qui aurait pour effet de limiter les possibilités d'intervention des architectes et ingénieurs. La commune recourante admet toutefois la qualité pour recourir de la Y._____. b) Selon la jurisprudence du tribunal, lorsque plusieurs recourants agissent par une même écriture et sont représentés par le même mandataire, il suffit que l'un des recourants ait la qualité pour recourir pour déclarer le recours recevable, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si les autres recourants ont également qualité pour recourir (voir arrêt AC.2010.0154 du 31 octobre 2011 consid. 1d). c) En l'espèce, il n'est pas contesté que la Y._____, recourante de la procédure au fond MPU.2012.0021, a qualité pour recourir selon la jurisprudence du tribunal (voir l'arrêt GE.2000.0136 du 24 janvier 2001 consid. 1c/bb). Ainsi, il n'était pas nécessaire pour le juge intimé d'examiner de manière détaillée la qualité pour recourir de l'X._____, ni celle de l'architecte Z._____ pour déterminer si l'effet suspensif pouvait ou non être

retiré au recours.

E. 3

a) La commune recourante se plaint du fait que le juge intimé se serait limité à considérer que le recours au fond n'apparaissait pas manifestement mal-fondé alors que la réglementation applicable en matière de marché public précise que l'effet suspensif n'est justifié que lorsque le recours paraît suffisamment fondé. Elle relève aussi que les recourants au fond contestent essentiellement le choix de la procédure d'appel (appel d'offre fonctionnel), alors que ce type de procédure aurait été admis par la jurisprudence de tribunal administratif dans les affaires GE.2003.0038 du 4 juillet 2003 et GE.2005.0086 du 21 avril 2006. La commune recourante relève aussi que le pouvoir adjudicateur demeure libre du choix de la procédure en l'absence d'une norme contraignante sur cette question. Il serait donc erroné de se fonder sur les deux arrêts du tribunal administratif précités pour estimer, a priori, que le recours ne serait pas dénué de toute chance de succès car ces deux arrêts auraient déjà tranché la question de principe. Selon la commune recourante, la procédure au fond aurait en réalité pour but d'obtenir un réexamen ou un renversement de cette jurisprudence alors que les recourants au fond admettraient la licéité du procédé d'appel d'offre fonctionnel et qu'ils se contenteraient de soulever des griefs tout à fait généraux relevant du procès d'intention à l'encontre des entreprises totales ou générales. b) Il est vrai que le tribunal administratif a admis la légalité de la procédure d'appel d'offre à caractère fonctionnel (arrêt de principe GE.2003.0038 du 4 juillet 2003 consid.3 c/aa). Mais ce dernier arrêt, particulièrement bien documenté, précise que la doctrine et la jurisprudence ont posé des conditions à l'admissibilité de ce type d'appel d'offre, qui soulève des difficultés importantes au stade de l'épuration et de l'évaluation des offres. En effet, le maître de l'ouvrage est fréquemment amené à préciser ses besoins pour décider de l'adjudication, de sorte que des négociations sont le plus souvent indispensables avant l'adjudication afin d'éviter tout malentendu et pour garantir une adjudication optimale. Or, si de simples adaptations du programme des prestations destinées à ajuster ce dernier en fonction d'une meilleure connaissance de la situation sont admissibles; des modifications plus importantes, qui touchent les bases de l'offre, ne sont en revanche pas admissibles (arrêt précité GE.2003.0038 consid.3c/cc). c) Par ailleurs, la procédure d'appel d'offre fonctionnelle admise dans l'affaire GE.2003.0038 concernait un projet de logement pour étudiants qui avait déjà fait l'objet d'un permis de construire entré en force. En l'espèce, l'appel d'offre comprend non seulement la réalisation du projet de construction, mais également toute la procédure préalable d'établissement du projet de construction et de demande de permis de construire avec l'obtention du permis de construire. Or, la procédure de demande de permis de construire nécessite une enquête publique (voir l'art. 109 de la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions du 4 décembre 1985, LATC; RSV700.11), au cours de laquelle les tiers intéressés peuvent intervenir, le cas échéant s'opposer ou même recourir encore contre la décision délivrant le permis de construire. La décision finale sur le permis de construire pourrait aussi entraîner des modifications significatives du projet par rapport aux bases de l'offre. Il appartiendra à la section du tribunal devant juger l'affaire au fond de déterminer si l'inclusion de la procédure de demande de permis de construire dans une procédure d'appel d'offre à caractère fonctionnel est admissible ou non en raison des incertitudes que cette procédure peut entraîner sur la définition de l'offre. Mais en l'état de la procédure, dans le cadre d'un examen *prima facie* du bien fondé du recours, la section du tribunal considère que le recours au fond ne paraît pas d'emblée, et sans aucun doute possible, dépourvu de chance de succès. L'appréciation

du magistrat intimé à cet égard n'est donc pas critiquable.

E. 4

La commune recourante invoque en outre les impératifs et risques financiers qui justifieraient le retrait de l'effet suspensif. Elle précise que la subvention cantonale résulte du budget 2012 voté au mois de décembre 2011 par le Grand conseil et que rien ne garantissait le report de la subvention pour le budget 2013. La situation serait encore plus complexe en ce qui concerne la subvention fédérale. Le problème résulterait du fait qu'un fond total de l'ordre de 4'400'000 francs a été voté par le Parlement fédéral dans le cadre de l'application de la loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra familial pour enfants; ce programme, d'une durée totale de 12 ans, initié en février 2003, prendra définitivement fin en janvier 2015. Ainsi, compte tenu du nombre de projets déposés et des besoins supplémentaires nécessités par l'accueil extra familial, quelques 2'400'000 francs auraient déjà été dépensés, de sorte qu'il resterait seulement 2'000'000 francs environ pour les années 2012 à 2014 pour financer les quelques 4'000 places d'accueil encore nécessaires annuellement. En outre, dans la logique de l'aide fédérale, la date du début de la construction ferait foi ; ainsi un retard supplémentaire du projet pourrait amener la commune à craindre un épuisement du fond qui rendrait toute aide fédérale impossible et non renouvelable, ce qui représenterait une perte d'environ un demi million de francs. La commune estime qu'on ne saurait suivre le juge instructeur dans la procédure au fond lorsqu'il considère que rien ne démontrerait que les subventions cantonales et fédérales ne pourraient être versées en 2013, et la preuve d'un fait négatif serait impossible à rapporter. En l'espèce, le tribunal doit considérer à l'instar du juge intimé que le dossier de la cause ne comporte aucune indication des organes compétents au niveau cantonal et fédéral précisant que le report de subvention pour l'année 2013 n'était pas possible. Sans doute, un retard dans l'élaboration du projet et dans l'ouverture du chantier entraînerait des démarches administratives auprès des organes de subventions pour obtenir les reports de ces subventions, mais rien indique qu'un report de crédit alloué dans le budget 2012, voté par le Grand Conseil, serait légalement impossible et la commune recourante n'a pas produit les documents émanant de l'Office fédéral des assurances selon lesquels le subventionnement envisagé n'était plus assuré en cas de retard du projet. Le tribunal ne saurait donc reprocher au juge intimé d'avoir considéré qu'il n'était pas établi que les subventions cantonales et fédérales ne pourraient être versées en 2013. La commune recourante invoque aussi les impératifs liés à l'entrée en vigueur de la nouvelle législation scolaire ainsi que les intérêts publics supérieurs devant impérativement être respectés pour l'accueil des élèves de la région d'Aigle à la rentrée scolaire du mois d'août 2013 qui imposeraient la levée de l'effet suspensif. Toutefois, il ressort des dispositions administratives annexées à l'appel d'offre, que le planning devait garantir la remise des ouvrages avec le permis d'habiter en main pour le 31 mars 2014 au plus tard. Ainsi, l'échéance de la rentrée scolaire n'est en l'état pas assurée ni prévue par le pouvoir adjudicateur. Enfin, l'instructin du recours au fond permettra de statuer à bref délais dès lors qu'une audience a d'ores et déjà été apointée au 11 octobre 2012.

E. 5

Compte tenu de l'ensemble de ces circonstances, le tribunal arrive à la conclusion, dans le cadre d'un contrôle limité en légalité, que le juge intimé est resté dans les limites d'une pesée consciencieuse des intérêts à prendre en considération en refusant la demande de levée de l'effet suspensif présentée par la commune d'Aigle. La décision attaquée doit donc

être maintenue, les frais de justice et dépens étant mis à la charge de la partie dont les conclusions ont été écartées (art. 49 al. 1 et 55 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 [LPA-VD ; RSV173.36]).

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