

VD_OMNI RE.2017.0001 vom 28. Februar 2017

VD Tribunal cantonal, 2017-02-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_RE.2017.0001

FR: VD_OMNI RE.2017.0001 du 28 février 2017

IT: VD_OMNI RE.2017.0001 del 28 febbraio 2017

Regeste

Municipalité d'Yverdon-les-Bains, A. _____/Le Juge instructeur (GVI) du recours au fond, B. _____ | Recours contre deux décisions incidentes du juge instructeur refusant, d'une part, de lever l'effet suspensif accordé au recours du soumissionnaire évincé et, d'autre part, de lever l'interdiction d'exécuter le contrat d'entreprise conclu avant l'échéance du délai de recours contre la décision d'adjudication. Appréciation des chances de succès du recours du soumissionnaire évincé contre la décision d'adjudication et pesée des intérêts à prendre en compte. Les conséquences de la conclusion d'un contrat avant l'échéance du délai de recours contre la décision d'adjudication sont à ce jour incertaines (consid. 2 et 3). En l'espèce, confirmation des décisions incidentes du juge instructeur.

Erwägungen

E. 1

a) Les décisions sur mesures provisionnelles du magistrat instructeur de la CDAP de même que celles relatives à l'effet suspensif peuvent faire l'objet d'un recours incident au tribunal dans les dix jours dès leur notification (art. 94 al. 2, 2^{ème} phrase, de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative - LPA-VD; RSV 173.36). Le délai précité est en l'espèce respecté, autant pour le recours de la municipalité que pour celui de A. _____ contre les décisions incidentes des 6 et 14 février 2017. b) Aux termes de l'art. 75 LPA-VD, applicable par analogie par renvoi de l'art. 99 LPA-VD, a qualité pour former recours toute personne physique ou morale ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou ayant été privée de la possibilité de le faire, qui est atteinte par la décision attaquée et qui dispose d'un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Cet intérêt peut être juridique ou de fait. Le recourant doit être touché plus que quiconque ou la généralité des administrés dans un intérêt important, résultant de sa situation par rapport à l'objet litigieux. Un intérêt digne de protection existe lorsque la situation de fait ou de droit du recourant peut être influencée par le sort de la cause; l'admission du recours doit procurer au recourant un avantage de nature économique, matérielle ou autre (ATF 135 II 145 consid. 6.1; 133 II 400 consid. 2.4.2; 133 V 239 consid. 6.2; 131 V 298 consid. 3). L'intérêt doit être direct et concret; en particulier, la personne doit se trouver dans un rapport suffisamment étroit avec la décision; tel n'est pas le cas de celui qui n'est atteint que de manière indirecte et médiate (ATF 130 V 196 consid. 3; 130 V 514 consid. 3.1). S'agissant de la municipalité, il ne fait aucun doute qu'elle a un intérêt digne de protection. En ce qui concerne A. _____, cette dernière expose que l'arrêt du chantier imposé par les décisions incidentes attaquées implique pour elle l'immobilisation des ressources en personnel et en matériel qui ont été engagées dans la démolition; une douzaine de personnes seront ainsi privées d'activité; les décisions feraient peser sur elle des coûts non négligeables. Dès lors, il semble qu'un intérêt digne de protection pour recourir contre les décisions du 6 et 14

février 2017 peut également être reconnu à A._____. c) Par la décision incidente du 14 février 2017 du juge intime, celui-ci n'a que partiellement rendu une décision en faveur des recourants dans les présentes causes. Modifiée par la décision du 14 février 2017, celle du 6 février 2017 n'est pas devenue sans objet, de sorte que la cause RE.2017.0001 doit être poursuivie et jugée (cf. art. 83 al. 2 LPA-VD).

E. 2

Selon les art. 80 et 99 LPA-VD, le recours administratif ainsi que le recours de droit administratif au tribunal ont effet suspensif. Cet effet peut être levé si un intérêt public prépondérant le commande (art. 80 al. 2 LPA-VD). Sauf disposition contraire expresse, l'effet suspensif retiré par la loi ne peut pas être restitué (art. 80 al. 3 LPA-VD). 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 (LMP; RS 172.056.1) précise 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 §§ 2 et 7 de l'accord de Marrakech du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP; 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 (Etienne Poltier, Droit des marchés publics, 2014, n. 380, 421 et 424; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: effectivité et protection juridique, 1997, p. 542). Au niveau cantonal, l'art. 14 al. 1 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (A-IMP; RSV 726.91) prévoit que le marché ne peut être conclu avec l'adjudicataire qu'après l'écoulement du délai de recours et, en cas de recours, que si l'autorité juridictionnelle cantonale n'a pas accordé au recours l'effet suspensif (clause de " standstill ", reprise dans des termes identiques à l'art. 9 al. 1 de la loi cantonale du 24 juin 1996 sur les marchés publics - LMP-VD; RSV 726.01 -; cf. aussi Poltier, op. cit. , n. 382, 422 et 427). Le recours n'a pas d'effet suspensif, mais ce dernier peut être accordé à certaines conditions (cf. art. 17 A-IMP et 12 LMP-VD; ci-après consid. 2c). 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 procédait à un examen *prima facie* du bien-fondé du recours; le rôle de cet examen a toutefois une portée limitée et permet seulement de refuser l'effet suspensif aux recours qui paraissaient 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, consid. 3c et les références citées, publiée in RDAF 1998 I p. 34; cf. aussi 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 précité, consid. 3b; cf. aussi décision incidente du Tribunal fédéral administratif [TAF] du 6 décembre 2007 rendue en la cause B-5838/2007). Le Tribunal administratif fédéral (TAF) procède aujourd'hui comme suit dans le cadre de l'examen de la requête d'effet suspensif (cf. par exemple décisions incidentes du TAF du 24 août 2016 consid. 3.1 et 3.2 dans la cause B-3234/2016 [destinée à la publication dans ATAF] et du 11 avril 2016 consid. 3.1 et 3.2 dans la cause

B-1680/2016): il est effectué un examen *prima facie* de l'apparence du bien-fondé du recours. Si, au regard des seules pièces au dossier, le recours apparaît manifestement irrecevable ou mal fondé, l'effet suspensif n'est pas octroyé; en revanche, si le recours - qui ne semble pas d'emblée irrecevable - ne paraît pas dénué de chances de succès ou qu'il existe des doutes à ce propos, il y a lieu de procéder à une pondération des intérêts en présence. Selon cette jurisprudence, il convient, dans la pondération des intérêts, de tenir compte de celui du recourant au maintien de la possibilité d'obtenir l'adjudication, lequel présente également un intérêt public à garantir une véritable voie de droit. A ces intérêts s'opposent les intérêts publics que le pouvoir adjudicateur doit prendre en considération, notamment celui à une exécution aussi rapide que possible de la décision (cf. aussi Tribunal fédéral [TF] 2P.103/2006 du 29 mai 2006 consid. 4.2.1 et les références citées; dans le même sens, ATAF 2008/7 consid. 3.3). c) L'art. 17 al. 2 A-IMP de même que l'art. 12 al. 2 LMP-VD 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 (cf. Clerc, op. cit. , p. 552; CDAP RE.2008.0003 du 13 août 2008 consid. 2c), respectivement démunie de toutes chances de succès (cf. ATF 134 II 192 consid. 2.4). Ce n'est que de cette manière qu'une protection effective, comme prévu par l'art. XX AMP, peut être garantie (cf. aussi Poltier, op. cit. , n. 424 et 428; décision incidente du TAF du 24 août 2016 consid. 3.2 in fine dans la cause B-3234/2016). 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 (CDAP RE.2008.0003 du 13 août 2008 consid. 2c; ancien Tribunal administratif du canton de Vaud [TA] RE.2004.0032 consid. 2c; cf. aussi Jean-Baptiste Zufferey, Le "combat" entre l'effet suspensif et le contrat en droit des marchés publics, in : Mélanges Thomas Fleiner, 2003, p. 689 ss). Dans la pesée des intérêts, il faut non seulement comparer l'intérêt du recourant à obtenir l'effet suspensif aux intérêts qui lui sont opposés, notamment l'urgence invoquée par le pouvoir adjudicateur; comme exposé ci-dessus (consid. 2a et 2b), il y a aussi lieu de prendre en compte, en faveur de l'octroi de l'effet suspensif, l'intérêt public à garantir une véritable voie de droit. A cela s'ajoutent les intérêts publics à ce que le marché soit en définitive attribué à l'offre qui est effectivement la plus avantageuse et à éviter que l'adjudicateur soit obligé de verser, en cas d'exécution du marché moins favorable, une indemnisation au soumissionnaire qui avait, à tort, été évincé. Par ailleurs, 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 pour permettre de refuser l'effet suspensif (CDAP RE.2008.0003 du 13 août 2008 consid. 2c; TA RE.2004.0032 consid. 2c; Vincent Carron/Jacques Fournier, La protection juridique dans la passation des marchés publics, 2002, p. 100). Lors de l'examen des intérêts en présence, le juge instructeur dispose, pour octroyer ou refuser l'effet suspensif requis, d'une marge d'appréciation considérable; il n'est pas tenu de fonder sa décision sur de longues explications, mais doit arrêter celle-ci principalement sur la base des éléments du dossier (cf. TF 2P.103/2006 du 29 mai 2006 consid. 4.2). d) Enfin, il sera encore retenu que le pouvoir d'examen de la section du tribunal qui doit statuer sur le recours incident est limité à un contrôle en légalité, comprenant l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation (cf. art. 98 al. 1 let. a LPA-VD), de la décision du juge intimé. 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 (CDAP RE.2015.0012 du 15 décembre 2015 consid. 1c; RE.2012.0014 du 13 novembre 2012 consid. 3a; RE.2008.0003 du 13 août 2008 consid. 2c et les références citées).

E. 3

a) En l'espèce, le juge intimé a retenu correctement les principes relatifs au pouvoir d'examen en matière de marchés publics. Il a aussi retenu, à juste titre, que les conséquences juridiques d'un contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics sont encore incertaines (cf. consid. 2c et 2d de la décision du 6 février 2017). Le juge intimé a ensuite évoqué le principe de l'intangibilité de l'offre (cf. à ce sujet aussi ci-dessus let. B avec les ch. 4.9, 4.13, 4.14, 4.15 et 4.16 du dossier d'appel d'offres qui représentent des précisions de ce principe), comprenant également les principes d'égalité de traitement et de transparence. B._____ considère que le principe de l'intangibilité de l'offre a été violé. Le juge intimé a constaté que le prix offert par A._____ avait au final été corrigé à hauteur de 114'825 fr. 20. Dans ses écritures, la municipalité aurait simplement indiqué qu'elle s'était bornée à appliquer le prix unitaire offert par A._____ au ch. 300.50 à l'ensemble des surfaces de peinture à traiter, sans toutefois le démontrer. Faute de pouvoir connaître ces quantités, ce point était en l'état impossible à vérifier. A cela s'ajoutait que selon l'art. 32 al. 1, 2^{ème} tiret, let. b du règlement cantonal du 7 juillet 2004 d'application de la LMP-VD (RLMP-VD; RSV 726.01.1), une offre comportant des prix anormalement bas non justifiés pouvait également être exclue. Le juge instructeur a constaté que la différence de l'offre de la " recourante " (recte : A._____) était de 35% par rapport à la moyenne des prix offerts par les concurrents arrivés de la 2^{ème} à la 5^{ème} place avec des montants relativement proches (cf. consid. 3 de la décision du 6 février 2017). Le juge intimé en a conclu que le recours de B._____ n'apparaissait pas d'emblée dénué de chances de succès. En substance, A._____ se contente d'invoquer l'urgence du projet de construction et sa propre situation (cf. ci-dessus consid. 1b) comme intérêts prépondérants. Pour le reste, elle renvoie expressément aux arguments de la municipalité. Cette dernière fait valoir, comme premier argument, que le contrat a déjà été conclu et que, dans cette mesure, l'effet suspensif n'a plus d'objet. Si le contrat a effectivement déjà été conclu - on retiendra toutefois que la municipalité a jusqu'à présent refusé que ce contrat soit porté à la connaissance de B._____ -, il doit néanmoins être relevé que les décisions du juge intimé contiennent aussi une partie interdisant d'exécuter le contrat, respectivement de continuer les travaux en question. Quant aux conséquences de la conclusion d'un contrat avant l'échéance du délai de recours, contrairement aux dispositions légales claires (art. 14 al. 1 A-IMP et 9 al. 1 LMP-VD précités), il a déjà été évoqué que celles-ci sont encore incertaines. L'effet suspensif est en tout cas nécessaire pour éviter qu'un nouveau contrat soit signé après l'échéance du délai de recours, respectivement pendant la procédure judiciaire. Par ailleurs, le courrier d'accompagnement du

E. 4

Il résulte de ce qui précède que les recours contre les décisions incidentes du 6 et 14 février 2017 doivent être rejetés, ces dernières étant confirmées. Des frais judiciaires, arrêtés à 1'000 fr., sont mis à parts égales à la charge de A._____ et de la municipalité, respectivement de la commune d'Yverdon-les-Bains. B._____ a droit à des dépens, fixés à 700 fr., mis à la charge de la municipalité, respectivement de la commune d'Yverdon-les-Bains, et de A._____, solidairement entre eux (cf. art. 49, 51, 55 et 57

LPA-VD, art. 4, 10 et 11 du Tarif cantonal des frais judiciaires et des dépens en matière administrative - TFJDA; RSV 173.36.5.1).

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