

Urteilkopf

150 II 123

12. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public dans la cause Association patronale A. et Association B. - Section Vaud contre C. Sàrl et consorts (recours en matière de droit public)
2C_196/2023 du 7 février 2024

Regeste

Art. 89 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 1 BGG; Art. 56 Abs. 4 BöB; Art. 56 Abs. 5 IVöB 2019; Art. 75 lit. a des Waadtländer Gesetzes über das Verwaltungsverfahren (LPA-VD); Zulässigkeitsvoraussetzungen einer egoistischen Verbandsbeschwerde gegen Zuschlagsverfügung bei freihändiger Vergabe.

Zusammenfassung des angefochtenen kantonalen Urteils (E. 3).

Darstellung der Rechtsprechung zur Beschwerdelegitimation bei freihändiger Vergabe (E. 4.2) und zur Beschwerdelegitimation von Verbänden im Interesse ihrer Mitglieder (egoistische Verbandsbeschwerde; E. 4.4), die auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens anwendbar ist (E. 4.5). Aus einer kombinierten Anwendung dieser Rechtsprechungen folgt, dass Berufsverbände nur dann gegen Zuschlagsverfügungen betreffend freihändige Vergaben Beschwerde führen können, wenn sie glaubhaft machen, dass die Mehrheit oder zumindest eine grosse Anzahl ihrer Mitglieder nicht nur in der Lage, sondern auch konkret bereit wäre, für die umstrittenen öffentlichen Aufträge ein Angebot einzureichen, was die vor der Vorinstanz beschwerdeführenden Verbände nicht dargelegt haben (E. 4.6 und 4.7).

Sachverhalt ab Seite 124

BGE 150 II 123 S. 124

A. Le 27 août 2020, la Direction générale des immeubles et du patrimoine de l'État de Vaud (DGIP; ci-après: la Direction générale) a publié sur la plate-forme "simap" un concours de projets pour le Gymnase du Chablais à Aigle. Elle précisait chercher un système constructif en bois présentant un caractère prototypique, étant précisé que celui-ci serait appliqué dans un premier temps au Gymnase du Chablais, mais destiné par la suite à plusieurs établissements d'enseignement obligatoire. À une date indéterminée, les lauréats du concours ont été désignés.

B. Le 9 janvier 2023, la Direction générale a publié sur la plate-forme "simap" les décisions d'adjudication de gré à gré suivantes, lesquelles avaient été rendues le 19 décembre 2022 en lien avec la construction d'un autre gymnase, à savoir le Gymnase d'Echallens:

- adjudication de gré à gré de prestations d'architecte à C. Sàrl à U. (GE) pour un prix total de 4'736'400 fr. avec 7,7 % de TVA;
- adjudication de gré à gré de prestations d'ingénieur à D. SA au V. (VD) pour un prix total de 738'800 fr. avec 7,7 % de TVA;

BGE 150 II 123 S. 125

- adjudication de gré à gré d'autres prestations d'ingénieur dites CVCS-MCR-Sméo à E. SA à W. (VD) pour un prix total de 1'186'500 fr. avec 7,7 % de TVA;
- adjudication de gré à gré de prestations d'ingénieur civil à F. SA à X. (GE) pour un prix total de 1'051'500 fr. avec 7,7 % de TVA;
- adjudication de gré à gré de prestations d'ingénieur à G. SA à Y. (VD) pour un prix total de 883'110 fr. avec 7,7 % de TVA.

La Direction générale exposait dans ses différentes publications que les adjudicataires susmentionnés étaient les lauréats du concours du Gymnase du Chablais, concours dans le cadre duquel ils avaient rendu un dossier en décembre 2022, tout en remettant à la même période un dossier d'avant-projet pour le Gymnase d'Echallens reposant sur des exigences identiques. L'offre d'honoraires des adjudicataires pour ce second gymnase tenait compte des conditions contractuelles négociées pour le premier bâtiment, des synergies identifiées entre les deux projets et d'une réduction substantielle des heures à prestations égales. Le fait que la réalisation des deux projets soit assurée par les mêmes mandataires renforcerait en outre la probabilité que les deux ouvrages soient livrés à temps en fonction des oppositions rencontrées.

Par acte du 19 janvier 2023, l'Association B. - Section Vaud et l'Association patronale A. ont déposé auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal de l'État de Vaud (ci-après: le Tribunal cantonal) un recours commun contre les cinq décisions d'adjudication de gré à gré du 19 décembre 2022 susmentionnées. Les deux associations concluaient à l'annulation desdites décisions et demandaient que

les prestations de service adjudgées de gré à gré en lien avec la construction du Gymnase d'Echallens fassent l'objet de procédures conformes à la législation en matière de marchés publics.

Par arrêt du 24 février 2023, le Tribunal cantonal a déclaré irrecevable le recours précité pour défaut de qualité pour recourir.

C. Par acte du 29 mars 2023, l'Association patronale A. (ci-après: la recourante 1) et l'Association B. - Section Vaud (ci-après: la recourante 2), agissant par l'intermédiaire de leurs mandataires communs, déposent devant le Tribunal fédéral à la fois un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire contre l'arrêt du Tribunal cantonal du 24 février 2023. (...) Sur le fond, elles concluent à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause au Tribunal

BGE 150 II 123 S. 126

cantonal pour examen sur le fond de leur recours formé contre les cinq décisions d'adjudication de gré à gré rendues par la Direction générale.

(...)

Le Tribunal fédéral a déclaré le recours constitutionnel irrecevable et rejeté le recours en matière de droit public.

(*extrait*)

Erwägungen

Extrait des considérants:

3. En l'occurrence, le Tribunal cantonal a déclaré irrecevable le recours des associations recourantes pour défaut de qualité pour recourir en application de l'art. 75 let. a de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36), qu'il a interprété en combinaison avec l'**art. 89 al. 1 LTF**. Il a retenu que, selon la jurisprudence rendue en lien avec ces dispositions, les associations de droit privé n'étaient en principe pas autorisées à former un recours contre des décisions qui, comme en l'espèce, ne les touchaient pas directement. Une exception à ce principe n'était admise que lorsque l'association recourante avait pour but statutaire la défense des intérêts dignes de protection de ses membres, que ces intérêts étaient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre desdits membres et, enfin, que ces derniers auraient eux-mêmes joui de la qualité pour s'en prévaloir à titre individuel et, partant, auraient disposé de la qualité pour recourir contre l'acte attaqué. Selon le Tribunal cantonal, cette toute dernière condition ne serait pas remplie en l'espèce, car rien ne permettrait de retenir que la majorité des membres des associations professionnelles recourantes - ou du moins une grande partie d'entre eux - auraient eu qualité pour recourir à titre individuel en la cause. En effet, les associations intéressées n'avaient pas allégué, ni à plus forte raison démontré que la majorité ou au moins une grande partie de leurs membres auraient pu et voulu participer aux marchés concernés dans l'hypothèse ou des procédures d'appel d'offres auraient été ouvertes.

4. Les recourantes prétendent en premier lieu qu'en déclarant leur recours irrecevable, l'arrêt attaqué violerait l'**art. 89 al. 1 LTF** et la jurisprudence fédérale y relative.

4.1 Aux termes de l'**art. 111 al. 1 LTF**, la qualité de partie à la procédure devant toute autorité cantonale précédente doit être reconnue à

BGE 150 II 123 S. 127

quiconque a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral. Dès le premier échelon et à tous les niveaux de la procédure cantonale, les conditions pour être partie ne peuvent ainsi pas être appliquées de manière plus restrictive qu'elles ne le sont pour recourir devant le Tribunal fédéral, étant précisé que les cantons demeurent libres de concevoir cette qualité de manière plus large (**ATF 144 I 43** consid. 2.1; **ATF 138 II 162** consid. 2.1.1). Or, en vertu de l'**art. 89 al. 1 LTF**, tout particulier a qualité pour former un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral lorsqu'il a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est particulièrement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Pour satisfaire aux critères de l'**art. 89 al. 1 LTF**, la partie recourante doit se trouver dans une relation spéciale, étroite et digne d'être prise en considération avec l'objet de la contestation. Elle doit en outre retirer un avantage pratique de l'annulation ou de la modification de la décision contestée qui permette d'admettre qu'elle est touchée dans un intérêt personnel se distinguant nettement de l'intérêt général, de manière à exclure l'action populaire (cf. **ATF 144 I 43** consid. 2.1; **ATF 137 II 30** consid. 2.2.3 et 2.3; **ATF 133 II 249** consid. 1.3.1). Il incombe à la partie recourante d'alléguer les faits propres à fonder sa qualité pour agir lorsqu'ils ne ressortent pas à l'évidence de la décision attaquée ou du dossier de la cause (**ATF 139 II 499** consid. 2.2; **ATF 133 II 249** consid. 1.1).

4.2 Appliquée au domaine des marchés publics, cette réglementation implique que le cercle des entreprises ayant qualité pour recourir contre une décision d'adjudication se limite en principe à celles qui ont encore une chance d'obtenir le marché contesté en cas d'admission du recours, respectivement qui auraient eu une chance de l'obtenir dans l'hypothèse où un contrat aurait déjà été conclu avec le

soumissionnaire retenu (cf. **ATF 141 II 14** consid. 4.1 et 4.6, **ATF 141 II 307** consid. 6.3; aussi arrêt 2C_585/2021 du 29 novembre 2022 consid. 1.3.2). Il en découle que, lors d'une adjudication de gré à gré, la qualité pour recourir n'appartient en règle générale qu'aux entreprises qui démontrent être des soumissionnaires potentiels pour le marché public en question, en rendant plausible non seulement qu'elles auraient la capacité réelle de réaliser les prestations demandées par le pouvoir adjudicateur, mais aussi qu'elles auraient déposé une offre si un appel d'offres avait été publié en procédure ordinaire. Ce principe a été posé une première fois dans l'arrêt dit *Microsoft* publié à

BGE 150 II 123 S. 128

l' **ATF 137 II 313** (cf. consid. 3.3.2). Celui-ci a été récemment confirmé sur ce point précis par le Tribunal fédéral dans l' **ATF 150 II 105** (cf. consid. 5.3, qui s'écarte de l'arrêt *Microsoft*, mais sur d'autres aspects). Ces exigences ont en outre été codifiées dans le nouveau droit sur les marchés publics - entré en vigueur pour le canton de Vaud après le prononcé des décisions d'adjudication contestées et, partant, non directement applicable en la cause (cf. art. 64 al. 1 de l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics [BLV 726.91; ci-après: AIMP 2019]) - qui prévoit désormais clairement que seules les personnes qui rendent vraisemblable qu'elles "peuvent et veulent fournir les prestations demandées ou des prestations équivalentes" jouissent de la faculté de recourir contre les adjudications de gré à gré (cf. art. 56 al. 5 AIMP 2019; aussi **art. 56 al. 4 LMP**; **ATF 150 II 105** précité consid. 5.9.2 et Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics [ci-après: Message LMP], FF 2017 1695, 1829; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2^e éd. 2023, n. 836 s.; YASMINE SÖZERMAN, Procédure de gré à gré - Fardeau de la preuve et autres questions choisies, in *Aktuelles Vergaberecht* 2022, p. 269 ss n. 78; TRUËB/CLAUSEN, in *Wettbewerbsrecht*, vol. II, Kommentar, Matthias Oesch et al. [éd.], 2^e éd. 2021, n^{os} 10 et 14 ad **art. 56 LMP**; FLORIAN ROTH, in *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, Hans Rudolf Trüb [éd.], 2020, n^{os} 31 ss ad **art. 56 LMP**).

4.3 En l'occurrence, les recourantes, qui sont des associations professionnelles, n'ont elles-mêmes pas pour objectif de déposer des offres dans le cadre de procédures de soumission. Elles ne prétendent d'ailleurs nullement le contraire. Il est ainsi incontesté qu'elles n'entendaient pas recourir pour elles-mêmes contre les cinq décisions d'adjudication de gré à gré litigieuses. Reste à savoir si, comme elles l'affirment, l'autorité précédente aurait dû leur reconnaître la faculté d'agir dans l'intérêt de leurs membres, lesquels seraient, d'après elles, en tant qu'architectes et ingénieurs diplômés, forcément aptes à fournir les prestations demandées aux entreprises adjudicataires choisies par le canton ou, du moins, des prestations équivalentes et, partant, constitueraient par définition des soumissionnaires potentiels en la cause.

4.4 Selon une jurisprudence désormais ancienne (cf. en premier lieu **ATF 28 I 235** consid. 1; récemment **ATF 145 V 128** consid. 2.2), une association, sans être elle-même touchée par la décision entreprise, ni pouvoir se prévaloir d'un droit de recours légal, peut être admise

BGE 150 II 123 S. 129

à agir par la voie du recours en matière de droit public (nommé alors recours corporatif égoïste) pour autant qu'elle ait pour but statutaire la défense des intérêts dignes de protection de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel. En revanche, elle ne peut prendre fait et cause pour l'un de ses membres ou pour une minorité d'entre eux (cf. **ATF 142 II 80** consid. 1.4.2; **ATF 137 II 40** consid. 2.6.4; **ATF 133 V 239** consid. 6.4). La possibilité d'un recours corporatif égoïste répond avant tout à un objectif d'économie et de simplification de la procédure, dès lors qu'il est plus rationnel de traiter un recours émanant d'une association plutôt que de nombreux recours formés individuellement par de multiples parties. Cette solution tend également, dans une certaine mesure, à rétablir un certain équilibre dans l'accès à la justice, en faveur de parties qui, prises individuellement, craindraient d'engager une telle démarche. Ces objectifs ne sauraient toutefois être invoqués pour suppléer au défaut des conditions de recevabilité requises par la jurisprudence précitée (cf. arrêts 8C_91/2015 du 16 décembre 2015 consid. 6.4.2; 1A.364/1999 du 12 avril 2002 consid. 2; aussi MOOR/POLTIER, *Droit administratif*, vol. II, 3^e éd. 2011, p. 751, et ISABELLE HÄNER, *Die Stellung von Verbänden in der Gerichtsverfassung - unter besonderer Berücksichtigung der Ausübung des Verbandsbeschwerderechts*, in *Akteure der Gerichtsbarkeit*, Schindler/Sutter [éd.], 2007, p. 297 ss, spéc. 315).

4.5 En matière de marchés publics, il a toujours été admis que les associations professionnelles devaient satisfaire aux conditions qui précèdent dans la mesure où elles entendraient recourir dans l'intérêt de leurs membres et, notamment, contester l'attribution d'un marché public opérée sans procédure d'appel d'offres (cf. Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur le marché intérieur, FF 1995 I 1193, 1253; aussi MANUEL JAQUIER, Le "gré à gré exceptionnel" dans les marchés publics, 2018, n. 813 s.). On relèvera à cet égard que, lors de la procédure de consultation portant sur la révision de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) adoptée en 2005, l'Union suisse des arts et métiers (USAM), l'Union suisse des professions libérales (USPL) et la Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA) ont proposé d'introduire un droit de recours légal en faveur des diverses organisations professionnelles en cas de décision restreignant indûment l'accès au marché. Cette proposition a néanmoins été rejetée aux motifs que ces

organisations n'étaient pas directement concernées par de telles restrictions et qu'elles ne pouvaient pas se prévaloir de l'intérêt public au bon fonctionnement du marché intérieur. Il a alors été rappelé qu'elles pouvaient toujours faire appel à la procédure du recours corporatif égoïste pour se défendre contre d'éventuelles ingérences inadmissibles dans la liberté économique d'une majorité de leurs membres (cf. Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur [ci-après: Message LMI 2005], FF 2005 421, 437). Le législateur s'en est ainsi tenu à conférer un droit de recours légal uniquement à la Commission fédérale de la concurrence (COMCO), qui peut donc faire constater qu'une décision (cantonale ou communale), relevant le cas échéant des marchés publics, restreint indûment l'accès au marché (cf. **art. 9 al. 2^{bis} LMI**; Message LMI 2005, FF 2005 421, 445).

4.6 Il en découle que les associations professionnelles qui souhaitent recourir contre des décisions d'adjudication de gré à gré ne peuvent le faire qu'en rendant plausible que la majorité ou à tout le moins un grand nombre de leurs membres seraient à la fois aptes et disposés à soumissionner pour les marchés concernés, comme le souligne d'ailleurs la doctrine la plus récente, quoi qu'en disent les recourantes (cf. POLTIER, op. cit., n. 840). Il s'agit là non seulement d'une application combinée des règles régissant, d'un côté, la qualité pour recourir des associations et, de l'autre, la qualité pour recourir en matière de marché public (cf. supra consid. 4.2 et 4.4), mais aussi d'une concrétisation du choix conscient du législateur de ne pas accorder inconditionnellement la qualité pour recourir aux associations professionnelles et patronales dans ce dernier domaine (cf. supra consid. 4.5). Or, en l'espèce, il ressort de l'arrêt attaqué que les associations professionnelles recourantes n'ont jamais déclaré en cours de procédure, ni *a fortiori* rendu vraisemblable qu'une majorité ou du moins une grande portion de leurs membres aurait été concrètement intéressée par les marchés publics qu'elles contestent. Elles n'ont par exemple jamais fourni à l'autorité précédente une liste de membres leur ayant fait part de leur intérêt réel à soumissionner pour les prestations adjudugées en cas d'admission du recours et ayant pu disposer de la qualité pour recourir à titre individuel contre les décisions contestées. Il leur appartenait pourtant d'alléguer les faits propres à fonder leur qualité pour agir, ce d'autant plus que, selon l'arrêt attaqué, plusieurs des marchés litigieux avaient en l'occurrence été attribués à certains de leurs membres et qu'il n'était pas évident qu'une

BGE 150 II 123 S. 131

grande partie de ceux-ci aurait véritablement été prête à soumissionner en la cause. Le seul fait que les associations intéressées se composent d'architectes, d'ingénieurs et d'entrepreneurs ne suffit pas à cet égard. Il n'était dès lors pas contraire au droit fédéral de déclarer le recours des associations recourantes irrecevable pour défaut de qualité pour recourir à l'aune de l'**art. 75 let. a LPA-VD**, appliqué en combinaison avec les **art. 89 al. 1 let. b et 111 LTF**.

4.7 Les critiques formulées dans le recours ne convainquent pas du contraire. Les associations recourantes reprochent essentiellement au Tribunal cantonal d'avoir considéré à tort que la majorité de leurs membres n'étaient pas aptes à soumettre une offre dans les marchés litigieux; elles soulignent que, dans la mesure où ces derniers sont tous architectes, ingénieurs ou ingénieurs spécialisés diplômés, ils étaient forcément tous capables de déposer un dossier en vue de la réalisation des prestations adjudugées de gré à gré en l'espèce. Ce faisant, les recourantes perdent de vue qu'indépendamment de savoir si leurs membres auraient pu, sur le principe, soumissionner pour les marchés en question, elles n'ont de toute façon jamais allégué, ni *a fortiori* rendu plausible qu'ils auraient concrètement été aptes et prêts à participer auxdits marchés et à déposer une offre à cette fin en cas de procédure de soumission ordinaire, ce qui autorisait, comme on l'a vu, le Tribunal cantonal à déclarer leur recours irrecevable sans violer le droit fédéral. La Cour de céans reconnaît à cet égard qu'il est certes compliqué - sans pour autant être impossible - pour des associations professionnelles de rendre vraisemblable qu'un grand nombre de leurs membres auraient voulu et pu obtenir un marché public précédemment adjudugé de gré à gré avant de pouvoir le contester au fond, et que cette exigence peut avoir pour effet pratique de poser à la recevabilité du recours corporatif concret des conditions assez difficiles à remplir (voir, pour un tel constat, POLTIER, op. cit., n. 840). Une telle conséquence, que les recourantes déclarent admettre s'agissant d'autres décisions relevant des marchés publics (p. ex. décisions d'adjudication après appel d'offres), ne justifie toutefois pas de déroger aux conditions habituelles de recevabilité du recours corporatif dans le cas d'espèce, ni à celles de la qualité pour recourir contre une décision de gré à gré, d'autant moins que ces dernières sont désormais codifiées par la loi (cf. supra consid. 4.2).

Relevons pour le reste que les décisions d'adjudication de gré à gré litigieuses au fond pouvaient être attaquées de manière individuelle par les membres des associations recourantes véritablement

BGE 150 II 123 S. 132

intéressées par les marchés adjudugés. Comme on l'a dit, il suffisait à ces dernières de rendre vraisemblable qu'elles étaient aptes à fournir les prestations demandées et qu'elles auraient eu l'intention de soumissionner en cas de procédure d'appel d'offres. Le simple fait qu'elles aient pu renoncer à contester les décisions litigieuses au fond par crainte de perdre toute chance d'obtenir le marché auprès de l'adjudicateur concerné, comme l'invoquent les recourantes, ne permet pas de fonder la recevabilité du recours corporatif égoïste, dès lors que, selon la jurisprudence, le droit de recours des associations n'a pas pour vocation

première de permettre à leurs membres de conserver l'anonymat (cf. supra consid. 4.4). A cela s'ajoute que, comme l'a relevé le Tribunal cantonal, les associations professionnelles ne sont elles-mêmes pas dénuées de moyens d'action contre d'éventuelles adjudications de gré à gré non conformes au droit, dans la mesure où elles peuvent dénoncer le cas à la Commission de la concurrence, qui, elle, a le droit de recourir en matière de marchés publics pour en faire constater l'illégalité (cf. **art. 9 al. 2bis LMI**; cf. supra consid. 4.5). En matière de marchés publics, le rôle d'une association professionnelle consiste enfin moins à s'en prendre à des adjudications individuelles qu'à contester les éventuelles nouvelles normes légales adoptées en amont qui seraient susceptibles de porter atteinte aux intérêts de ses membres. Or, à ce dernier égard, il convient de rappeler que le recours abstrait devant le Tribunal fédéral est soumis à des exigences de recevabilité moins strictes que le recours concret, comme l'existence d'un simple intérêt virtuel au recours (cf. notamment **ATF 138 I 435** consid. 1.6), de sorte que la qualité pour recourir des associations professionnelles est plus largement reconnue dans le cadre d'un recours corporatif dirigé directement contre une norme cantonale relevant du domaine des marchés publics (cf. p. ex. arrêt 2C_661/2019 du 17 mars 2021 consid. 1.4.1).

4.8 Il s'ensuit qu'il ne peut être reproché au Tribunal cantonal d'avoir violé les **art. 89 al. 1 et 111 LTF** en refusant d'entrer en matière sur le recours des recourantes, étant précisé que celles-ci ne prétendent pas qu'un tel résultat procéderait le cas échéant d'une application arbitraire de la LPA-VD, qui se montrerait plus généreuse s'agissant de la qualité pour recourir des associations professionnelles.