Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 37/2013
{T 0/2}

Arrêt du 17 janvier 2013
IIe Cour de droit public

Composition
M. le Juge fédéral Zünd, Président.
Greffier: M. Dubey.

Participants à la procédure
Etat de Vaud (CHUV), Service juridique et législatif,
recourant,

contre

1. X._____ SA,
représentée par Me Xavier Pétremand, avocat,
2.Y._____ SA,
représentée par Me Olivier Rodondi, avocat,
intimées.

Objet
Marché public, attribution du marché par la dernière instance cantonale,

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public, du 28 novembre 2012.
Considérant en fait et en droit:

1.
Par décision du 13 septembre 2012, le CHUV a adjugé un marché public portant sur l'extension du restaurant, des bureaux et du centre d'oncologie à la société Y._____ SA qui avait obtenu le premier rang des évaluations pour une offre s'élevant à 5'909'240 fr. devant la société X._____ SA, deuxième du classement avec une offre s'élevant à 6'651'310 fr.

2.
Par arrêt du 28 novembre 2012, le Tribunal cantonal du canton de Vaud a réformé la décision du 13 septembre 2012 en ce sens que le marché litigieux est attribué à X._____ SA pour le prix de 6'651'310 fr.

3.
Agissant par la voie du recours en matière de droit public et celle subsidiaire du recours constitutionnel, le canton de Vaud (CHUV) demande, en substance, au Tribunal fédéral de réformer l'arrêt rendu le 28 novembre 2012 par le Tribunal cantonal en ce sens que le recours de X._____ SA est rejeté.

4.
La cause relève du droit des marchés publics (art. 82 let. a et 83 let. f LTF). L'arrêt attaqué peut donc en principe faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, à condition qu'il ne tombe pas sous le coup de l'une des exceptions prévues à l'art. 83 let. f LTF. Selon cette disposition, le recours en matière de

droit public n'est recevable contre les décisions en matière de marchés publics qu'à la double condition que la valeur estimée du mandat à attribuer soit égale ou supérieure aux seuils déterminants prévus à cet effet et que la décision attaquée soulève une question juridique de principe (cf. ATF 134 II 192 consid. 1.2 p. 194 s.), ce qu'il appartient au recourant de démontrer (cf. ATF 133 II 396 consid. 2.2 p. 398 s.) et qu'il n'a pas fait en l'espèce. Le recours en matière de droit public est par conséquent irrecevable. Par conséquent seule reste ouverte la voie du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 LTF).

5.
5.1 D'après l'art. 115 LTF, a qualité pour former un recours constitutionnel quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a) et a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (let. b). Le recours constitutionnel peut être formé pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF).

La notion d'intérêt juridiquement protégé au sens de l'art. 115 al. 1 let. b LTF correspond en principe à celle qui a été définie par la jurisprudence relative à l'art. 88 OJ pour admettre la qualité pour agir par la voie d'un recours de droit public (ATF 133 I 185 consid. 3 p. 190 et 6.3 p. 200). Elle est étroitement liée aux motifs de recours prévus par l'art. 116 LTF, en ce sens que la partie recourante doit être titulaire d'un droit constitutionnel dont elle invoque une violation (BIAGGINi, in Commentaire bâlois, Bundesgerichtsgesetz, 2008, no 8 ad art. 115 LTF; SEILER, in Bundesgerichtsgesetz [BGG], 2007, no 4 ad art. 115 LTF). De tels droits ne sont reconnus en principe qu'aux citoyens, à l'exclusion des collectivités publiques qui, en tant que détentrices de la puissance publique, ne sont pas titulaires des droits constitutionnels et ne peuvent donc pas attaquer, par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, une décision qui les traite en tant qu'autorités. Cette règle s'applique aux cantons, aux communes et à leurs autorités ainsi qu'aux autres corporations de droit public, qui agissent en tant que titulaires de la puissance publique. La jurisprudence admet toutefois qu'il y a lieu de faire une exception pour les
communes et autres corporations de droit public, lorsqu'elles n'interviennent pas en tant que détentrice de la puissance publique, mais qu'elles agissent sur le plan du droit privé ou qu'elles sont atteintes dans leur sphère privée de façon identique ou analogue à un particulier, notamment en leur qualité de propriétaire de biens frappés d'impôts ou de taxes ou d'un patrimoine financier ou administratif. Une seconde exception est admise en faveur des communes et autres corporations publiques lorsque, par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, elles se plaignent de la violation de garanties qui leur sont reconnues par les Constitutions cantonales ou fédérale telles que leur autonomie, l'atteinte à leur existence ou à l'intégrité de leur territoire (ATF 132 I 140 consid. 1.3.1 p. 143; 129 I 313 consid. 4.1 p. 318).

5.2 A l'inverse d'un particulier, un canton, comme le recourant en l'espèce, dont le CHUV constitue l'un des services du Département en charge de la santé du canton de Vaud (art. 2 al.1 de la loi cantonale du 16 novembre 1993 sur les Hospices cantonaux (LHC; RSVD 810.11), ne peut pas demander des offres et adjuger des travaux en toute liberté. Il est obligé d'appliquer les procédures légales relatives aux marchés publics et de se soumettre à cet égard à un contrôle judiciaire. Sa position dans une procédure judiciaire en matière de marchés publics ne se confond donc pas avec celle d'un simple particulier; c'est au contraire en tant que détenteur de la puissance publique qu'il intervient.

Enfin, un canton ne peut pas se prévaloir d'autonomie au sens de l'art. 50 Cst. qui ne garantit que l'autonomie communale.

Il s'ensuit que le recourant n'a en l'espèce pas qualité pour recourir contre l'arrêt du 28 septembre 2012.

6.
Le recours est ainsi manifestement irrecevable (art. 108 al. 1 let. a et b LTF) et doit être traité selon la procédure simplifiée de l'art. 108 LTF, sans qu'il y ait lieu d'ordonner un échange d'écritures. La requête d'effet suspensif est devenue sans objet. Succombant, la recourante doit supporter les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF) et n'a pas droit à des dépens (art. 68 LTF).

Par ces motifs, le Président prononce:

1.
Le recours est irrecevable.

2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 1'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.
Le présent arrêt est communiqué au recourant, aux mandataires des intimées au Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public.

Lausanne, le 17 janvier 2013
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: Zünd

Le Greffier: Dubey