

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

2C 50/2022

Arrêt du 6 novembre 2023

Ile Cour de droit public

Composition  
Mmes et MM. les Juges fédéraux  
Aubry Girardin, Présidente, Donzallaz,  
Hänni, Hartmann et Ryter.  
Greffier : M. Jeannerat.

Participants à la procédure  
A. \_\_\_\_\_ AG,  
représentée par Maîtres Yasmine Sözermann et Nathan Borgeaud, avocats,  
recourante,  
contre  
B. \_\_\_\_\_ AG,  
représentée par Maîtres Benoît Merkt et  
Johana Cau, avocats,  
intimée,

Direction générale du numérique et des systèmes d'information du canton de Vaud, avenue de Longemalle  
1, 1020 Renens VD,  
représentée par Me Thibault Blanchard, avocat,  
autorité intimée.

Objet  
Marchés publics

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton  
de Vaud, Cour de droit administratif et public, du 14 décembre 2021 (MPU.2021.0017).

Faits :

A.

A.a. A. \_\_\_\_\_ AG est une société anonyme fondée le 4 octobre 2010 dont le siège se situe à Aarau. Durant la période sous examen, son capital-actions était détenu par les cantons d'Argovie (60%), Schaffhouse (20%) et Zoug (20%). Elle a pour but d'exploiter, de gérer et de développer le système A. \_\_\_\_\_, une application informatique couvrant l'ensemble des processus des services des automobiles cantonaux.

B. \_\_\_\_\_ AG est pour sa part une société anonyme créée le 25 septembre 1998 et domiciliée dans le canton de St-Gall, qui a pour but de développer et fournir des services et applications informatiques innovants et des services de conseils principalement aux autorités publiques. Comme la société A. \_\_\_\_\_ AG, son actionnariat était, durant la période sous examen, entièrement constitué de collectivités publiques (cantons et communes; cf. pièce no 104 du bordereau de pièces produites par A. \_\_\_\_\_ AG à l'appui de ses déterminations devant l'autorité précédente; art. 105 al. 2 LTF).

Ces sociétés sont en concurrence sur le marché relatif à la fourniture de services et logiciels informatiques aux

services des automobiles cantonaux. Ainsi, à l'issue d'une procédure d'appel d'offres lancée en février 2019, le canton de Zurich a choisi de renoncer aux services de A. \_\_\_\_\_ AG et a confié les prestations informatiques de son service des automobiles à B. \_\_\_\_\_ AG.

A.b. Depuis le 1er janvier 2005, l'Etat de Vaud utilise l'application A. \_\_\_\_\_ pour gérer les ressources et le fonctionnement de l'ensemble des activités du Service des automobiles et de la navigation (ci-après: Service des automobiles). Cette application était à l'origine mise à disposition par le canton d'Argovie lui-même. En 2007, le Grand Conseil argovien a toutefois pris la décision d'externaliser la gestion et le développement de son logiciel A. \_\_\_\_\_ à une société anonyme de droit privé. Cette décision a été mise en oeuvre par la création, en 2010, de la société A. \_\_\_\_\_ AG, mentionnée plus haut, dont les cantons d'Argovie, de Schaffhouse et de Zoug sont devenus actionnaires et qui a continué à fournir des prestations informatiques à d'autres cantons intéressés (Lucerne, Vaud et Zurich).

A la suite d'une adjudication de gré à gré, un premier contrat entre l'Etat de Vaud et la société A. \_\_\_\_\_ AG a été conclu le 15 décembre 2010 pour une valeur de 17'787'828 fr. sur une durée de six ans. Le contrat a été prolongé en mars 2019 pour cinq années supplémentaires jusqu'en 2024, également à la suite d'une adjudication de gré à gré, pour un montant annuel de 2'913'173 fr., soit une somme totale de 14'667'855 fr. (art. 105 al. 2 LTF).

B.

B.a. Par décision du 28 avril 2021, la Direction générale du numérique et des systèmes d'information du canton de Vaud (ci-après: la Direction générale) a décidé d'acquérir la nouvelle version de l'application A. \_\_\_\_\_, la version dite V20, et de prolonger la collaboration avec A. \_\_\_\_\_ AG jusqu'au 31 décembre 2034. Une adjudication de gré à gré a été publiée le 5 mai 2021 sur la plateforme "simap.ch". La publication précisait que le montant de l'adjudication s'élevait à 45'891'000 fr. et mentionnait comme objet du marché "A. \_\_\_\_\_ - Prolongation de collaboration (2022-2034)". Le motif de l'adjudication de gré à gré n'était en revanche pas indiqué.

Interpellée par B. \_\_\_\_\_ AG, la Direction générale a expliqué en substance, par courriel du 12 mai 2021, que l'application A. \_\_\_\_\_ était très fonctionnelle, qu'elle ne nécessitait pas d'être hébergée et exploitée par le canton et que ses coûts d'exploitation et de maintenance étaient partagés entre six cantons/clients. La version actuelle de l'application, soit la version V09, avait cependant atteint la fin de son cycle opérationnel et s'appuyait sur des langages et technologies qui devaient être adaptés, de sorte qu'une refonte technologique était nécessaire pour répondre aux défis de la digitalisation croissante de l'administration vaudoise. Si la version V20 nécessitait un financement des différents cantons/clients amenant une augmentation de 20% du coût annuel jusqu'en 2034, l'alternative consistant à changer de système ou de fournisseur avait été écartée pour des raisons techniques et économiques. En effet, d'une part, un changement d'application nécessiterait une réinternalisation au sein de l'informatique cantonale (avec les conséquences que cela implique), une reprise voire un redéveloppement des interfaces existantes avec des solutions tierces, des changements de processus internes et une formation conséquente du

personnel. D'autre part, le surcoût lié au passage à un autre système informatique, incluant les coûts d'investissement (acquisition, projet, migration et formation), l'exploitation et la maintenance sur une durée s'étendant jusqu'à 2034, avait été estimé à 24,5 mio de fr., soit une augmentation d'environ 35% en comparaison avec l'investissement et la maintenance à réaliser sur l'application actuelle. L'adjudication de gré à gré à A. \_\_\_\_\_ AG avait ainsi été décidée sur la base de l'art. 8 al. 1 let. c et g RLMRVD.

B.b. B. \_\_\_\_\_ AG a recouru contre la décision d'adjudication du 28 avril 2021 auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud (ci-après: Tribunal cantonal), en faisant valoir que les conditions permettant d'adjuger un marché de gré à gré n'étaient pas réalisées.

Par arrêt du 14 décembre 2021, le Tribunal cantonal a admis le recours, annulé la décision de la Direction générale du 28 avril 2021, et renvoyé la cause à cette autorité pour qu'elle procède à un appel d'offres conformément à la procédure ordinaire en matière de marchés publics. Le Tribunal cantonal a retenu, en substance, que la définition du marché litigieux n'avait pas été réalisée conformément au droit applicable et que ledit marché ne remplissait pas les conditions d'une adjudication de gré à gré.

C.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public et celle du recours constitutionnel subsidiaire, A.\_\_\_\_\_ AG (ci-après: la recourante) demande au Tribunal fédéral de réformer l'arrêt du Tribunal cantonal du 14 décembre 2021 en ce sens que la décision de la Direction générale du 28 avril 2021 est confirmée. B.\_\_\_\_\_ AG conclut à ce que les recours soient déclarés irrecevables et, subsidiairement, qu'ils soient rejetés dans la mesure de leur recevabilité. La Direction générale estime que le recours en matière de droit public est recevable et qu'il devrait être admis. Subsidiairement, cette autorité conclut à la recevabilité du recours constitutionnel subsidiaire et à son admission. Le Tribunal cantonal a renoncé à se déterminer, renvoyant à l'arrêt attaqué. La Commission de la concurrence a également renoncé à prendre position.

Considérant en droit :

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF). Il contrôle librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 147 I 89 consid. 1).

1.1. La recourante a déposé, dans la même écriture (cf. art. 119 al. 1 LTF), un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire. Celui-ci n'étant ouvert qu'à la condition que la décision attaquée ne puisse faire l'objet d'aucun recours ordinaire (cf. art. 113 LTF; ATF 141 II 113 consid. 1.2), il convient d'examiner en premier lieu la recevabilité du recours en matière de droit public.

1.2. L'arrêt attaqué annule la décision de la Direction générale du 28 avril 2021 adjugeant de gré à gré le marché litigieux à la recourante et renvoie la cause à ladite autorité pour qu'elle procède à un appel d'offres. Il clôt ainsi la procédure d'adjudication de gré à gré entamée par la Direction générale en ordonnant l'ouverture d'une procédure d'adjudication distincte. Même s'il prononce formellement un renvoi à l'autorité adjudicatrice, l'arrêt attaqué n'a donc pas un caractère incident, au sens de l'art. 93 LTF, et doit être qualifié de décision finale, susceptible de recours au sens de l'art. 90 LTF, dès lors qu'il met un terme définitif à la procédure de gré à gré litigieuse (cf. en ce sens ATF 141 II 353 consid. 1.1; 135 III 566 consid. 1.1).

1.3. Dans le domaine des marchés publics, en vertu de l'art. 83 let. f LTF, le recours en matière de droit public n'est recevable qu'à la double condition que la décision attaquée soulève une question juridique de principe (ch. 1) et que la valeur estimée du marché à adjuger ne soit pas inférieure à la valeur-seuil déterminante visée à l'art. 52 al. 1 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1) et fixée à l'annexe 4 ch. 2 de cette même loi (ch. 2). Ces deux conditions sont cumulatives (ATF 141 II 14 consid. 1.2).

1.3.1. La Cour de céans relève en premier lieu qu'aucun participant à la procédure ne conteste plus que les règles des marchés publics s'appliquent en la présente cause, qui concerne l'acquisition par l'Etat de Vaud de la nouvelle version d'un logiciel informatique, appelé A.\_\_\_\_\_, auprès d'une société qui a été fondée et qui est détenue par d'autres cantons dans l'unique but d'exploiter, gérer et développer ledit logiciel pour tout canton intéressé. C'est d'ailleurs sur la base du droit des marchés publics que la Direction générale a décidé, en date du 28 avril 2021, d'acquérir ce produit et de prolonger à cette fin sa collaboration avec la recourante jusqu'en 2034 par le biais d'une procédure d'adjudication de gré à gré publiée le 5 mai 2021 sur la plateforme "simap.ch". Au regard de cette volonté initiale de l'Etat de Vaud de suivre les règles sur les marchés publics et de l'absence de tout grief de la recourante remettant en question l'application de celles-ci, il n'appartient pas au Tribunal fédéral de se demander d'office (cf. infra consid. 2.1) si le projet de la Direction générale pourrait éventuellement s'assimiler à une démarche politique de coopération intercantonale susceptible d'échapper auxdites règles, comme le

prévoit aujourd'hui expressément l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019; RS/VD 726.91; cf. art. 10 al. 2 let. b AIMP 2019; aussi, sur la problématique, notamment, ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2e éd. 2023, n. 370 ss, MARTIN LUDIN, Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatsphäre, 2019, n. 669 ss, et MARTIN BEYELER, Staatsbetriebe: Einkauf und Absatz unter dem künftigen Vergabenrecht, in: Jusletter du 22 décembre 2014, n. 63 ss). Il convient donc d'appliquer le droit

des marchés publics en la cause et, partant, d'examiner si le recours en matière de droit public déposé par la recourante remplit les conditions de recevabilité spécifiques à ce domaine fixées à l'art. 83 let. f LTF.

1.3.2. En l'occurrence, le marché en cause concerne l'acquisition d'une nouvelle version de l'application informatique actuellement utilisée pour la gestion des ressources et du fonctionnement des activités du Service des automobiles vaudois, ce pour un prix estimé à 45'891'000 fr. impliquant une collaboration avec la recourante jusqu'en 2034. Il s'ensuit que la valeur du marché litigieux dépasse largement la valeur seuil de l'art. 83 let. f ch. 2 LTF, que l'annexe 4 ch. 2 LMP fixe à 150'000 fr. pour les marchés de fournitures et de services. Reste donc à examiner si la recourante soulève une question juridique de principe, ce qu'il lui incombe de démontrer, sous peine d'irrecevabilité (cf. art. 42 al. 2 LTF; ATF 141 II 113 consid. 1.2), à moins que l'existence d'une telle question ne s'impose avec évidence (arrêt 2D 25/2018 du 2 juillet 2019 consid. 1.1, non publié in ATF 145 II 249).

1.3.3. La jurisprudence se montre restrictive pour admettre l'existence d'une question juridique de principe (ATF 141 II 113 consid. 1.4; 138 I 143 consid. 1.1.2). Celle-ci s'apprécie en fonction de l'objet du litige soumis au Tribunal fédéral. Ainsi, la question juridique doit être en lien avec le domaine des marchés publics (ATF 141 II 113 consid. 1.4.1; arrêt 2C 951/2019 du 16 juillet 2020 consid. 1.3.2) et avec les motifs qui ont fondé la décision attaquée (ATF 146 II 276 consid. 1.2.1). Il faut de surcroît qu'il soit nécessaire, pour résoudre le cas d'espèce, de trancher une question juridique qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral, en tant qu'autorité judiciaire suprême chargée de dégager une interprétation uniforme du droit fédéral (cf. ATF 146 II 276 consid. 1.2.1; 145 I 239 consid. 4.3; 143 II 425 consid. 1.3.2; 141 II 113 consid. 1.4.1). Cela étant dit, une question juridique déjà tranchée par le Tribunal fédéral peut malgré tout revêtir une importance de principe si un nouvel examen de la jurisprudence s'impose en raison de critiques importantes de la doctrine (ATF 134 III 354 consid. 1.3) ou lorsque l'instance précédente

s'écarte de la jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêts 2C 109/2022 du 30 janvier 2023 consid. 1.2.2; 2C 662/2021 et 2C 663/2021 du 18 mars 2022 consid. 1.2.1 in fine; 2C 352/2020 du 26 mai 2020 consid. 2.1; 2C 712/2019 du 1er septembre 2019 consid. 2.1). Il appartient au seul Tribunal fédéral de décider s'il entend confirmer ou infirmer sa jurisprudence (cf. Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, p. 4108).

1.3.4. Dans le cas d'espèce, la question juridique soulevée par la recourante concerne la répartition du fardeau de la preuve de l'absence de solutions de rechange adéquates à l'application A.\_\_\_\_\_, soit, plus largement, le point de savoir à qui il appartient de prouver un tel état de fait susceptible de justifier l'engagement d'une procédure d'adjudication de gré à gré en l'espèce à l'aune de l'art. 8 al. 1 let. c de l'ancien règlement d'application de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics abrogé au 31 décembre 2022 (aRLMP-VD). La recourante relève que le Tribunal fédéral a déjà indirectement traité cette question en lien avec le droit fédéral dans son arrêt 2C 783/2010 du 11 mars 2011, publié à l'ATF 137 II 313 (ci-après: arrêt ou jurisprudence Microsoft), en fixant le principe selon lequel il incombait aux tiers intéressés de démontrer l'existence de solutions de rechange adéquates, et non au pouvoir adjudicateur de prouver l'absence de telles solutions (consid. 3.5.2). Il ressort toutefois de l'arrêt attaqué que le Tribunal cantonal a délibérément refusé de suivre cette jurisprudence - qu'il a considérée "exorbitante" - et mis le fardeau de la preuve à la charge de la Direction générale en tant qu'autorité adjudicatrice, au motif que l'arrêt Microsoft avait été critiqué par la doctrine, que certains tribunaux ne l'appliquaient pas et qu'il ne serait pas conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après: la CJUE). Selon la recourante, cette question appellerait ainsi un éclaircissement urgent de la part du Tribunal fédéral. L'autorité intimée partage cet avis.

1.3.5. Dans son arrêt Microsoft, le Tribunal fédéral était appelé à se prononcer sur la recevabilité d'un recours déposé devant le Tribunal administratif fédéral contre une adjudication de gré à gré fondée sur l'art. 13 al. 1 let. c de l'ancienne ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics abrogée au 31 décembre 2020 (aOMP; RO 1996 518), disposition dont la teneur était similaire à celle de l'art. 8 al. 1 let. c aRLMP-VD. Dans ce cadre, il a effectivement posé le principe selon lequel il incombait en règle générale à l'entreprise qui contestait une telle adjudication de prouver les faits propres à démontrer son illégalité, soit, concrètement,

l'existence de solutions de rechange adéquates. La doctrine a néanmoins fortement critiqué cette jurisprudence, dont différentes juridictions se sont sciemment écartées (cf. infra consid. 5.7). Cette situation d'insécurité juridique caractérisée, qui représente un risque pour l'interprétation uniforme du droit en Suisse, justifie d'admettre que la présente cause soulève un problème juridique de principe au sens de l'art. 83 let. f ch. 1 LTF. Le recours en matière de droit public est donc ouvert.

1.4. Pour le surplus, le recours, qui a été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes prescrites (art. 42 LTF), est dirigé à juste titre contre un arrêt rendu en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF). Il a enfin été formé par la société destinataire de l'arrêt attaqué qui a un intérêt digne de protection à son annulation, dans la mesure où celui-ci annule une décision de la Direction générale lui adjugeant un marché de gré à gré, et qui a, partant, qualité pour recourir au sens de l'art. 89 al. 1 LTF.

1.5. Le recours en matière de droit public est donc recevable, ce qui entraîne l'irrecevabilité du recours constitutionnel subsidiaire déposé parallèlement par la recourante (cf. art. 113 LTF a contrario).

2.

2.1. Saisi d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il examine librement la violation du droit fédéral et international (cf. art. 95 let. a et b LTF). Cela ne signifie pas que le Tribunal fédéral examine, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser. Compte tenu de l'obligation de motiver imposée par l'art. 42 al. 2 LTF, il ne traite que les questions qui sont soulevées devant lui par les parties, à moins qu'une violation du droit non invoquée ne soit manifeste sur la base des faits constatés dans l'arrêt attaqué (cf. ATF 140 III 115 consid. 2; 140 III 86 consid. 2; 133 III 545 consid. 2.2). Par ailleurs, sauf dans les cas cités expressément à l'art. 95 LTF, le recours ne peut pas être formé pour violation du droit cantonal en tant que tel. Il est néanmoins possible de faire valoir que la mauvaise application du droit cantonal constitue une violation du droit fédéral ou du droit international (cf. ATF 145 I 108 consid. 4.4.1 et les arrêts cités).

2.2. Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits constatés par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sous réserve des cas prévus à l'art. 105 al. 2 LTF. Selon l'art. 97 al. 1 LTF, le recours ne peut critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (ATF 142 II 355 consid. 6; 139 II 373 consid. 1.6).

3.

Le litige consiste à déterminer si le Tribunal cantonal est à juste titre entré en matière sur le recours de la société intimée et a annulé à bon droit la décision d'adjudication de gré à gré du 28 avril 2021 de la Direction générale en considérant que celle-ci n'était pas habilitée à procéder par cette voie simplifiée pour acquérir la nouvelle version de l'application A. \_\_\_\_\_ que la recourante projette de développer et, ainsi, de prolonger la collaboration déjà mise en place avec cette dernière jusqu'au 31 décembre 2034. Avant d'examiner cette question, il apparaît cependant utile de présenter le cadre légal topique applicable.

3.1. La décision d'adjudication de gré à gré du 28 avril 2021 porte sur l'acquisition d'une application informatique pour la gestion des ressources et du fonctionnement des activités du Service des automobiles de l'Etat de Vaud. Celui-ci ayant opté pour une procédure relevant du droit des marchés publics (cf. supra consid. 1.3.1), cette adjudication est régie avant tout par le droit cantonal et intercantonal sur les marchés publics en vigueur en 2021 dans le canton de Vaud. Elle est ainsi soumise à l'ancienne loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (aLMP-VD) et à son règlement d'application (aRLMP-VD), ainsi qu'à l'ancien Accord intercantonal sur les marchés publics des 25 novembre 1994 et 15 mars 2001 (AIMP 2001; RO 2003 196). Certes, l'aLMP-VD et l'aRLMP-VD ont été entièrement révisés et remplacés au 1er janvier 2023 par une loi et un règlement homonymes adoptés les 14 et 29 juin 2022 (RS/VD 726.01), à l'instar de l'AIMP 2001, dont la nouvelle version de 2019 - l'AIMP 2019 - est également entrée en vigueur au 1er janvier 2023 pour le canton de Vaud (RS/VD 726.91). Toutefois, en présence d'une question d'application du droit matériel, il convient de

statuer sur la base des dispositions en vigueur au moment des faits pertinents de la cause, soit lors de l'adjudication du 28 août 2021 (cf. notamment arrêt 2C 492/2017 du 20 octobre 2017 consid. 7.3), ce qui n'était pas le cas des derniers actes normatifs cités. Ce principe est rappelé par l'actuel art. 64 al. 1 AIMP 2019, qui prévoit que les procédures d'adjudication qui ont été lancées avant l'entrée en vigueur de cette nouvelle convention intercantonale sont régies par l'ancien droit jusqu'à leur clôture.

3.2. En l'occurrence, selon l'art. 7a al. 1 aLMP-VD, applicable jusqu'à la fin 2021 dans le canton de Vaud et reprenant l'art. 12bis al. 1 AIMP 2001, les marchés soumis aux traités internationaux, tels que celui d'espèce, doivent en principe être passés soit selon la procédure ouverte, soit selon la procédure sélective (cf. 1re phrase). Ce n'est que dans les cas particuliers déterminés par les traités eux-mêmes, que les marchés en question peuvent être passés selon la procédure de gré à gré, aux conditions définies dans un règlement du Conseil d'Etat (cf. 2e phrase). Or, aux termes de l'art. 8 al. 1 let. c aRLMP-VD, l'adjudicateur peut notamment adjuger un marché directement sans lancer d'appel d'offres pour des marchés soumis aux procédures ouvertes et sélectives, si un seul soumissionnaire entre en considération en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle, et s'il n'existe pas de solution de rechange adéquate. Ce cas d'adjudication de gré à gré, qui se situe au centre du présent litige, correspond aujourd'hui à celui prévu à l'art. 21 al. 2 let. c AIMP 2019 et à l'art. 21 al. 2 let. c LMP pour les marchés publics cantonaux, respectivement fédéraux.

3.3. De manière générale, l'interprétation du droit cantonal et intercantonal doit s'effectuer à la lumière des normes juridiques supérieures qu'il est censé transposer, tel l'Accord international sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP 1994; cf. arrêt 2C 1131/2013 du 31 mars 2015 consid. 3.3). Le Tribunal fédéral dispose d'ailleurs d'un libre pouvoir d'interprétation lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition du droit cantonal consacrant une notion qui résulte déjà de l'AMP (art. 95 let. a et b LTF; cf. ATF 141 II 113 consid. 1.4.3 in fine), étant précisé que cet accord a lui-même fait l'objet d'une révision en date du 30 mars 2012, entrée en vigueur le 1er janvier 2021 pour la Suisse (AMP 2012; RS 0.632.231.422). Il s'ensuit que la Cour de céans peut en particulier interpréter librement la condition de "solution de rechange adéquate" justifiant le recours à une procédure d'adjudication de gré à gré au sens de l'art. 8 al. 1 let. c aRLMP-VD, dans la mesure où elle correspond matériellement à la procédure d'appel d'offres limitée envisagée par l'ancien art. XV ch. 1 let. b AMP 1994 et actuellement prévue à l'art. XIII ch. 1 let. b AMP 2012, qui prévoit qu'"une entité contractante pourra recourir à l'appel d'offres limité (...) dans les cas où les marchandises ou les services ne pourront être fournis que par un fournisseur particulier et qu'il n'existera pas de marchandise ou de service de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisant", soit parce que le marché concerne une oeuvre d'art (i), soit en raison de la protection de brevets, de droits d'auteur ou d'autres droits exclusifs (ii) ou d'une absence de concurrence pour des raisons techniques (iii).

3.4. Quant au droit fédéral des marchés publics et sa pratique y relative, qui mettent en principe également en oeuvre le droit international, ils peuvent constituer une source d'interprétation pour l'application du droit cantonal et intercantonal (cf. ATF 130 I 156 consid. 2.7.1). Il en va de même du droit européen des marchés publics et de la jurisprudence y relative dans la mesure où tant l'AMP que le droit suisse des marchés publics portent la marque des directives européennes adoptées dans ce domaine (cf. ATF 141 II 113 consid. 5.3.2 et les références citées; Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695, p. 1725).

#### 4.

Le Tribunal cantonal a en l'occurrence annulé la décision de la Direction générale du 28 avril 2021, par laquelle celle-ci annonce sa volonté d'acquérir la nouvelle version de l'application A.\_\_\_\_\_, dite V20, par le biais d'une procédure d'adjudication de gré à gré et de prolonger à cette fin sa collaboration avec la recourante jusqu'en 2034. Il a en particulier retenu que cette décision ne pouvait pas se fonder sur l'art. 8 al. 1 let. c aRLMP-VD, dans la mesure où l'autorité adjudicatrice n'avait pas recherché activement s'il existait une ou des solutions de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisantes à cette application pour le Service

des automobiles vaudois ou, à tout le moins, n'avait pas démontré l'absence de telles solutions.

Dans ses écritures, la recourante conteste l'arrêt attaqué en soutenant que les juges cantonaux auraient considéré à tort qu'il appartenait à la Direction générale de prouver l'inexistence de solution de rechange adéquate potentiellement substituable à la nouvelle version de l'application A.\_\_\_\_\_ avant de procéder à une adjudication de gré à gré en lien avec ce produit. L'intéressée affirme que le Tribunal cantonal aurait violé la règle - fixée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Microsoft - selon laquelle il incombe à l'entreprise qui conteste une adjudication de gré à gré portant sur un produit pour lequel seul un soumissionnaire entre en considération de démontrer sa capacité à fournir une solution de rechange équivalente satisfaisante, ce que l'intimée n'avait en l'occurrence pas réussi à faire. La recourante estime qu'en application de cette règle de répartition du fardeau de la preuve, le Tribunal cantonal aurait dû déclarer le recours de l'intimée irrecevable pour défaut d'intérêt pratique, dans la mesure où celle-ci n'avait pas démontré avoir une quelconque chance d'obtenir le marché adjugé en cas de procédure d'appel d'offres, ou, à tout le moins, le rejeter sur le fond dès lors que l'intéressée n'était pas non plus

parvenue à établir que la Direction générale aurait violé les règles sur la passation de marchés publics de gré à gré en postulant l'inexistence de solution de rechange à la nouvelle version de l'application A.\_\_\_\_\_.

5.

Il s'agit ainsi d'examiner en priorité si le Tribunal cantonal aurait effectivement dû refuser d'entrer en matière sur le recours de l'intimée, comme le prétend la recourante en premier lieu. En cas de réponse positive, il serait en effet inutile de se demander si l'adjudication de gré à gré présentement litigieuse viole le droit, comme l'a retenu l'autorité précédente, mais le conteste la recourante.

5.1. La Cour de céans relève d'emblée qu'il n'y a en l'occurrence pas lieu d'examiner si le Tribunal cantonal aurait dû déclarer le recours de l'intimé irrecevable en application de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RS-VD 173.36) ou à l'aune des quelques règles de procédure contenues dans l'AIMP 2001, dès lors que, dans ses écritures, la recourante n'invoque aucune application arbitraire de la loi précitée, pas plus que la violation desdites règles intercantionales (cf. art. 106 al. 2 LTF; supra consid. 2.1). Il s'agit ainsi uniquement de vérifier si le recours de l'intimée devant le Tribunal cantonal aurait dû être déclaré irrecevable en application du droit fédéral, ce que le Tribunal fédéral examine d'office (art. 106 al. 1 LTF).

5.2. 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 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; 138 II 162 consid. 2.1.1). Sous cet angle, une partie recourante peut assurément se plaindre devant le Tribunal fédéral du fait qu'un tribunal cantonal a violé l'art. 111 al. 1 LTF en lui déniait la qualité pour recourir devant lui (cf. notamment ATF 144 I 43 consid. 2). On doutera en revanche qu'elle puisse invoquer cette disposition pour contester l'admission de la qualité pour recourir d'une partie adverse devant une autorité cantonale sans se plaindre simultanément d'une application arbitraire du droit cantonal. Comme on l'a dit, l'art. 111 al. 1 LTF ne fait qu'imposer une réglementation minimale aux législateurs et tribunaux cantonaux, lesquels restent libres de se montrer plus

généreux s'agissant de la qualité pour recourir au niveau cantonal. Cette question peut néanmoins demeurer ouverte pour les motifs qui suivent.

5.3. En vertu de l'art. 89 al. 1 LTF, a qualité pour former un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral quiconque 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). 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 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; 141 II 307 consid. 6.3; aussi arrêt 2C 585/2021 du 29

novembre 2022 consid. 1.3.1). Il en découle que, lors d'une adjudication de gré à gré, la qualité pour recourir n'appartient en principe qu'aux entreprises qui démontrent être des soumissionnaires potentiels pour le marché en question, en rendant plausibles non seulement leur capacité réelle, mais aussi leur intention de déposer une offre en rapport avec

l'objet du marché défini par l'adjudicateur (cf. ATF 137 II 313 consid. 3.3.2). Ce principe, souligné dans l'arrêt Microsoft, a d'ailleurs été codifié dans le nouveau droit sur les marchés publics - entré en vigueur après le prononcé des décisions d'adjudication contestées (cf. supra consid. 3.1) - qui prévoit désormais expressément que seules les personnes qui prouvent qu'elles peuvent et veulent fournir les prestations demandées ou des prestations équivalentes peuvent faire recours contre les adjudications de gré à gré (cf. art. 56 al. 4 LMP et art. 56 al. 5 AIMP 2019; YASMINE SÖZERMAN, Procédure de gré à gré - Fardeau de la preuve et autres questions choisies, in: *Aktuelles Vergaberecht* 2022, p. 269 ss., n. 78; FLORIAN ROTH, in: Hans Rudolf Trüb [éd.], *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, 2020, n. 31 ss ad art. 56 LMP).

5.4. En l'occurrence, le Tribunal cantonal a constaté que l'intimée était active sur le marché de la fourniture de logiciels informatiques destinés aux services des automobiles cantonales et que, comme la recourante, elle avait développé une application informatique spécifique pour ce genre de services administratifs, laquelle était utilisée par plusieurs cantons, dont le canton de Zurich, qui a d'ailleurs abandonné l'application de la recourante pour celle-ci. Sur la base de ce constat, qui lie la Cour de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF), il faut admettre que l'intimée constitue de prime abord une entreprise apte et disposée à déposer une offre dans l'hypothèse où la Direction générale organiserait une procédure d'appel d'offres en vue de l'acquisition d'une nouvelle application informatique pour la gestion et le fonctionnement du Service des automobiles de l'Etat de Vaud et que, sous cet angle, l'intéressée remplissait les exigences ordinaires relatives à la qualité pour recourir contre une adjudication de gré à gré.

5.5. La recourante ne remet pas en cause le constat qui précède. Elle soutient en revanche que, dans la mesure où la Direction générale avait justifié son choix d'acquérir la nouvelle version de l'application A. \_\_\_\_\_ par le biais d'une adjudication de gré à gré au motif spécifique qu'il n'existerait aucune solution de rechange satisfaisante à ce produit au sens des art. 8 al. 1 let. c aRLMP-VD, il aurait incombé à l'intimée de démontrer - déjà au stade de la recevabilité de son recours - qu'une telle assertion ne correspondait pas à la réalité et qu'elle-même pourrait véritablement proposer une offre de rechange adéquate en rapport avec l'objet du marché, comme l'a souligné le Tribunal fédéral dans son arrêt Microsoft. Elle considère qu'à défaut, il n'était pas possible de reconnaître la qualité de soumissionnaire potentiel à l'intimée et, partant, de lui reconnaître une quelconque qualité pour recourir en la cause.

5.6. Dans l'arrêt Microsoft invoqué par la recourante, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la problématique de la qualité pour recourir lors d'une adjudication de gré à gré, après qu'une autorité fédérale avait adjugé de cette manière un marché public dans le domaine des services informatiques sur la base de l'art. 13 al. 1 let. c aOMP, dont la teneur était similaire à celle de l'art. XIII ch. 1 let. b AMP 1994 et, par voie de conséquence, à celle de l'art. 8 al. 1 let. c aRLMP-VD (cf. ATF 137 II 313 consid. 3.5.2). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a relevé que le point de savoir s'il se justifiait d'adjuger un marché déterminé de gré à gré dans le cas particulier d'une éventuelle absence de solutions de rechange adéquates s'appréciait d'un point de vue à la fois fonctionnel (aptitude à couvrir le besoin de l'adjudicateur de manière fonctionnelle) et économique (solution à peu près aussi avantageuse que le produit acheté; cf. ATF 137 II 313 consid. 3.6.1) et que la réponse à cette question constituait par nature un fait de double pertinence lors d'un éventuel recours: si la légalité de l'adjudication contestée dépendait de l'absence réelle de toute solution de rechange adéquate, cette problématique revêtait, par la force des

choses, déjà une certaine importance lorsqu'il s'agissait de déterminer si une entreprise jouissait de la qualité pour contester ladite adjudication en tant que soumissionnaire potentiel alternatif (ATF 137 II 313 consid. 3.3.3). Le Tribunal fédéral a ainsi considéré, dans la jurisprudence Microsoft en question, que l'absence de solution de rechange adéquate et, partant, de soumissionnaire potentiel n'avait pas forcément à être traitée dans le cadre du jugement au fond, mais pouvait en soi déjà être examinée au stade de la recevabilité du recours, étant précisé que, dans un cas comme dans l'autre, le fardeau de la preuve ne devait pas incomber à l'adjudicateur, mais à l'entreprise recourante, ce pour les motifs suivants (cf. ATF 137 II 313 consid. 3.5.2).

Premièrement, le Tribunal fédéral a estimé que l'existence de solutions de rechange adéquates était un fait générateur de droit pour l'entreprise non choisie, dans la mesure où elle conduisait à l'illicéité de la procédure d'adjudication de gré à gré et, en conséquence, ouvrait la possibilité de participer à une procédure de soumission. La charge de la preuve de ce fait devait dès lors revenir à cette entreprise, conformément à l'art. 8 du Code civil (RS 210), lequel prévoit que chaque partie doit en principe prouver les faits dont elle entend déduire un droit. Deuxièmement, contraindre un adjudicateur à démontrer l'absence de solution de rechange adéquate reviendrait à lui imposer la preuve d'un fait négatif, ce qui ne devrait être admis qu'avec réserve. Troisièmement, même s'il incombait à l'adjudicateur de prouver ce fait négatif, la bonne foi exigerait en pratique de toute manière que la partie adverse coopère de manière intensive à l'administration de la preuve, étant précisé que le juge pourrait alors tenir compte d'un éventuel refus de collaborer dans l'établissement des faits. Quatrièmement, l'attribution du fardeau de la preuve au pouvoir adjudicateur contredirait l'essence même de la procédure de gré à gré, car, pour déterminer si des solutions de rechange adéquates existent, celui-ci devrait précisément demander des offres et ainsi réaliser une forme de procédure ouverte ou sélective, ce qui viderait de son sens la procédure de gré à gré (cf. ATF 137 II 313 consid. 3.5.2).

5.7. Cette jurisprudence a cependant fait l'objet d'une réception mitigée.

5.7.1. Elle a tout d'abord été abondamment commentée en doctrine. Si quelques auteurs en font état sans la critiquer (cf. Aeschbacher/Krebs, in: Hans Rudolf Trüb [éd.], *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, 2020, n. 15 ad art. 21 LMP; aussi Olivier Rodondi, *Les marchés de gré à gré*, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [éd.], *Marchés publics* 2014, p. 177 ss, n. 46 ss), la majorité de la doctrine estime que la règle posée dans cet arrêt va à l'encontre du principe selon lequel celui qui se prévaut d'une circonstance exceptionnelle doit démontrer qu'il en remplit les conditions (cf. notamment Manuel Jaquier, *Le "gré à gré exceptionnel" dans les marchés publics - Etude de droit suisse et européen*, 2018, p. 142 ss; Gianni Fröhlich-Bleuler, *Die Vergabe von IT-Verträgen*, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [éd.], *Aktuelles Vergaberecht* 2016, p. 269 ss, n. 69 s.; Peter Galli et al., *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3e éd., 2013, n. 300 s.). Elle considère par ailleurs qu'il n'est pas admissible que la charge de la preuve repose uniquement sur les épaules des entreprises qui souhaiteraient soumissionner, à la décharge totale de l'adjudicateur (cf. Jaquier, op. cit., p. 142; Martin Beyeler, *Freihänder: BVGer schwenkt Warnlampe!*, in: *Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen*, 2016, vol. 1, p. 25 ss, spéc. 27; Schneider Heusi/Mazzariello, *Die freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung*, in: *Jusletter* du 23 mai 2011, n. 29 ss). Selon elle, avant d'adjuger un marché de gré à gré, le pouvoir adjudicateur devrait procéder activement à des recherches pour s'assurer que le marché ne connaît pas de services ou travaux de rechange raisonnablement satisfaisants et vérifier la licéité d'une adjudication de gré à gré, de telles recherches n'exigeant d'ailleurs pas l'organisation d'une procédure de marchés publics (cf. notamment Yasmine Sözerman, op. cit., n. 106; Manuel Jaquier, op. cit., p. 143).

5.7.2. Ensuite, certains tribunaux ont marqué leur réticence. A l'instar du Tribunal cantonal vaudois dans l'arrêt attaqué, d'autres juridictions précédentes se sont en effet écartées de la jurisprudence Microsoft. Ainsi, le Tribunal administratif fédéral a estimé, dans un arrêt postérieur à celle-ci, que c'était à l'adjudicateur de démontrer les faits fondant l'exception de l'adjudication de gré à gré, y compris la condition de l'absence de solution de rechange adéquate (cf. arrêt B-1570/2015 du 7 octobre 2015 consid. 2.3). La Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève a fait de même, en retenant qu'il appartenait dans le cas d'espèce à l'adjudicateur de démontrer que le marché litigieux présentait des caractéristiques imposant l'utilisation d'un logiciel au détriment d'autres logiciels (cf. arrêt ATA/761/2020 du 18 août 2020 consid. 7). Le fait que d'autres juridictions cantonales aient suivi sans objection la jurisprudence Microsoft, à l'instar du Tribunal administratif du canton de Zurich (arrêt VB.2015.00780 du 8 novembre 2016 consid. 3.2) ou encore du Tribunal administratif du canton de Berne (arrêt 100.2020.399U du 22 avril 2021, consid. 2.5), n'enlève rien au fait que certaines autorités judiciaires ont montré leur désaccord avec la position du Tribunal fédéral.

5.8. Se pose ainsi la question de savoir s'il convient de confirmer ou d'infirmar la jurisprudence Microsoft,

sachant que, depuis son prononcé datant du 11 mars 2011, le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion d'examiner si une modification de sa jurisprudence s'imposait au regard des critiques de la doctrine et des applications divergentes des juridictions précédentes. Il est à cet égard rappelé qu'un changement de jurisprudence ne se justifie en principe que lorsque la nouvelle solution procède d'une meilleure compréhension de la ratio legis de la norme à appliquer, repose sur des circonstances de fait modifiées ou répond à l'évolution des conceptions juridiques; sinon, la pratique en cours doit être maintenue. Un revirement de jurisprudence doit par conséquent reposer sur des motifs sérieux et objectifs qui, dans l'intérêt de la sécurité du droit, doivent être d'autant plus importants que la pratique considérée comme erronée, ou désormais inadaptée aux circonstances, est ancienne (ATF 145 III 303 consid. 4.1.2; 145 I 227 consid. 4).

5.9. En l'occurrence, il faut constater que les critiques formulées par la doctrine contre l'arrêt Microsoft sont pertinentes et que cette jurisprudence, qui n'a d'ailleurs jamais été confirmée par le Tribunal fédéral, n'est plus en adéquation avec les diverses conceptions juridiques à la base du droit de marché public.

5.9.1. Tout d'abord, en fondant son raisonnement sur l'art. 8 CC, qui incorpore le principe de la répartition du fardeau de la preuve en droit privé (cf. ATF 141 III 242 consid. 3.2), l'arrêt Microsoft perd de vue les spécificités propres aux procédures de passation des marchés publics. Les marchés publics sont en effet soumis à des impératifs de transparence et de concurrence visant à garantir l'intérêt économique des collectivités publiques (cf. p. ex. les art. 2 LMP et AIMP 2019; 6ème phrase du préambule de l'AMP 2012). Ces impératifs, qui doivent être respectés d'entrée de cause et à tous les stades de la procédure, doivent également prévaloir lorsque l'adjudicateur choisit la procédure applicable à un marché public et envisage d'opter pour la procédure de gré à gré. L'adjudicateur est ce faisant tenu de définir son besoin de manière transparente et dans le respect de la concurrence et d'établir, de façon objective, les spécifications techniques attendues pour chaque marché à adjuger. Or, dans ce cadre, contrairement à ce qu'allègue la Direction générale, le pouvoir adjudicateur est bien le seul qui est à même de déterminer si d'autres solutions répondent de façon satisfaisante, tant sous l'angle fonctionnel qu'économique, aux spécifications techniques requises. En effet, comme le souligne à juste titre l'intimée dans sa réponse, les tiers ne bénéficient en principe pas d'une description desdites spécifications.

5.9.2. Ensuite, dans la mesure où elle comporte par essence des risques d'entorses à la concurrence et de discriminations entre soumissionnaires potentiels, la procédure de gré à gré ne devrait être utilisée que de manière restrictive, la procédure principale devant demeurer celle de l'appel d'offres. Ce principe se reflète aussi bien dans la législation cantonale (cf. p. ex. art. 8 aRLMP-VD qui figure dans le chapitre des "procédures particulières") que sur le plan fédéral (cf. Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics [ci-après: Message LMP], FF 2017 1695, p. 1770, selon lequel les cas d'application de la procédure de gré à gré "ne doivent être invoqués que de manière restrictive"). On notera à cet égard que, lors de la dernière révision du droit des marchés publics suisse, la Confédération et les cantons ont choisi de ne codifier que partiellement l'arrêt Microsoft, alors même qu'ils déclaraient vouloir tenir compte des jurisprudences déjà rendues dans le domaine (Message LMP, FF 2017 1695 p. 1715). Il est désormais expressément prévu que les entreprises qui recourent contre des adjudications de gré à gré doivent prouver - sous l'angle de la vraisemblance - qu'elles

peuvent et veulent fournir les prestations demandées ou, simplement, des prestations équivalentes (cf. art. 56 al. 5 AIMP 2019 et art. 56 al. 4 LMP; aussi Message LMP, FF 2017 1695, p. 1829; cf. supra consid. 5.3). Le nouveau droit tend de cette manière à limiter la qualité pour recourir aux véritables soumissionnaires potentiels. Il ne consacre en revanche pas la manière dont l'arrêt Microsoft a réparti le fardeau de la preuve en cas de contestation relative à une adjudication de gré à gré portant sur un produit qu'une seule entreprise est capable de fournir et qui est justifiée par une prétendue absence de solution de rechange adéquate (cf., aussi, SÖZER-MAN, op. cit., n. 133). Rien n'indique au surplus dans les travaux préparatoires que le législateur fédéral ou les cantons aient eu à un quelconque moment l'intention de subordonner la qualité pour recourir contre une telle décision, respectivement son annulation sur le fond à la condition que la partie recourante établisse par elle-même l'existence de solutions de rechanges adéquates (cf. Message LMP, FF 2017 1695, p. 1772, qui ne renvoie précisément pas à l'arrêt Microsoft, mais à l'arrêt précédent du Tribunal administratif fédéral, lequel n'aborde pas la question de la

répartition du fardeau de la preuve). On peut supputer l'existence d'un silence qualifié sur ce point (cf., sur cette notion, ATF 147 V 423 consid. 4.2 et 139 I 57 consid. 5.2).

5.9.3. Il faut enfin relever que la règle de répartition du fardeau de la preuve posée dans l'arrêt Microsoft se trouve toujours plus à contre-courant des engagements internationaux de la Suisse et du droit européen, dont l'AMP et, partant, le droit suisse s'inspirent. Les droits international et européen partent en effet du principe que la procédure de gré à gré - appelée respectivement "procédure d'appel d'offres limité" et "procédure négociée sans publication préalable" - ne devrait être utilisée que de manière restrictive (cf. la phrase introductive de l'art. XIII AMP 2012 et art. 32 par. 1 de la Directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics [JO L 24 p. 94], selon lequel le recours à la procédure négociée sans publication préalable n'est possible que "dans certains cas et circonstances visés aux paragraphes 2 à 5"). A l'échelle de l'Union européenne, le préambule de la Directive 2014/24/UE prévoit dans ce sens expressément que les pouvoirs adjudicateurs désireux de recourir à une procédure négociée sans publication préalable devraient justifier l'absence de solutions de remplacement ou rechange raisonnables, telles que le recours à d'autres canaux de distribution (cf. consid. 50). Cette exigence fait écho à la

jurisprudence, encore récemment réitérée, de la CJUE selon laquelle "c'est à celui qui entend se prévaloir d'une dérogation prévue à l'article 32 de ladite directive [à savoir d'une procédure négociée sans publication préalable] qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant cette dérogation existent effectivement" (arrêt de la CJUE du 16 juin 2022, *Obshtina Razlog*, aff. C-376/21, par. 69; aussi, en lien avec des directives antérieures, arrêts de la CJUE, respectivement de la CJCE du 27 octobre 2011, *Commission c. Grèce*, aff. C-601/10, par. 32, et du 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, aff. C-385/02, par. 19).

5.9.4. En résumé, il paraît justifié d'imposer au pouvoir adjudicateur qui a attribué un marché public sans lancer d'appel d'offres de devoir démontrer, en cas de contestation, la nécessité de recourir à la procédure de gré à gré, respectivement l'absence de solutions de rechange économiquement et fonctionnellement adéquates, afin d'éviter que des limitations artificielles de concurrence ne soient favorisées par le recours à cette procédure spéciale et exceptionnelle d'adjudication. Quoi qu'en disent la Direction générale et la recourante, cette exigence, qui est du reste conforme au droit européen, auquel l'AMP, comme le droit suisse, est corrélé, ne revient en pratique pas à imposer l'organisation d'une procédure d'appel d'offres ordinaire pour apporter cette preuve. Le pouvoir adjudicateur doit uniquement procéder à des recherches actives pour s'assurer que le marché concerné ne connaît effectivement pas de travaux, de services ou de marchandises de remplacement. Relevons qu'il s'agit là d'un examen auquel l'autorité adjudicatrice doit de toute manière procéder avant d'opter pour une procédure d'adjudication de gré à gré, dès lors que le principe de légalité lui impose d'éclaircir l'existence réelle de conditions lui permettant de mettre en place ce type de procédure exceptionnelle.

5.10. Par conséquent, il sied d'abandonner partiellement la jurisprudence Microsoft et d'imputer dans le cas d'espèce au pouvoir adjudicateur la charge de la preuve de l'absence de solution de rechange lorsqu'une procédure de gré à gré fondée sur l'art. 8 al. 1 let. c aRLMP-VD, respectivement sur les actuels art. 21 al. 2 let. c LMP et AIMP 2019, est contestée. Dans ce cadre, le tiers qui recourt ne doit pas lui-même apporter cette preuve, que ce soit au stade de l'examen de recevabilité de son recours ou de l'examen de son bien-fondé subséquent. Il peut se limiter à prétendre de manière crédible et vraisemblable être un fournisseur potentiel de la prestation en cause pour contester l'adjudication de gré à gré, ce qu'a fait la recourante en la cause (cf. supra consid. 5.3 et 5.9.2).

5.11. Sur le vu de ce qui précède, il ne peut être reproché au Tribunal cantonal d'avoir violé le droit en entrant en matière sur le recours de la recourante.

6.

Reste à examiner si, sur le fond, le Tribunal cantonal a retenu à bon droit que la Direction générale n'était pas habilitée à acquérir la nouvelle application A.\_\_\_\_\_ après une adjudication de gré à gré fondée sur l'art. 8 al. 1 let. c aRLMP-VD, au motif que l'absence de solutions de rechange adéquates à ce produit n'était pas établie, et, partant, s'il a annulé à juste titre cette adjudication, ce que conteste la recourante.

6.1. Savoir à qui appartient la charge de la preuve de l'existence ou de l'absence de solutions de rechange adéquates est une question de droit que le Tribunal fédéral examine librement (cf. supra consid. 5). En revanche, savoir si un fait est ou non prouvé, soit en l'occurrence s'il existe véritablement ou non des solutions de rechange adéquates, est une question de fait que le Tribunal fédéral ne contrôle que sous l'angle de l'arbitraire et si le grief a été dûment invoqué (cf. supra consid. 2).

6.2. En l'occurrence, dans l'arrêt attaqué, les juges cantonaux ont constaté que la Direction générale n'avait pas énuméré exhaustivement les caractéristiques techniques de la solution informatique attendue; elle s'était contentée de mentionner diverses exigences et applications qui devraient être reprises dans la nouvelle application. Le Tribunal cantonal a par ailleurs retenu que, si la Direction générale affirmait, dans son courriel du 12 mai 2021 et dans ses écritures ultérieures, qu'un changement de fournisseur informatique impliquait un travail, des risques et des dépenses disproportionnés, elle ne démontrait pas avoir concrètement et sérieusement envisagé si d'autres logiciels informatiques pouvaient répondre à ses besoins. Elle n'avait notamment pas approché les deux seuls autres prestataires actifs sur le marché en cause, dont l'intimée faisait partie.

6.3. Il découle ainsi de l'arrêt attaqué que la Direction générale a surtout justifié l'application de la procédure de gré à gré par le fait que le produit de la recourante satisfaisait à ses attentes, tout en énonçant certaines préoccupations en cas de changement de solution informatique. Ces éléments ne sauraient toutefois établir l'absence de toute autre application informatique susceptible de répondre aux besoins effectifs du Service des automobiles de l'Etat de Vaud, alors même que l'exemple zurichois tend à indiquer que l'application de l'intimée peut être compétitive, puisqu'à la suite d'un appel d'offres lancé en 2019, ce canton a choisi de remplacer l'application de la recourante par celle de l'intimée (cf. supra let. Aa in fine). Dans la mesure où il est ainsi démontré, d'une manière qui lie la Cour de céans (cf. art. 105 al. 1 LTF), que la Direction générale n'a pas procédé à une analyse concrète d'autres solutions informatiques susceptibles de répondre à ses besoins tant sous l'angle fonctionnel qu'économique, il ne peut être reproché au Tribunal cantonal d'être tombé dans l'arbitraire en retenant que l'inexistence de solution de rechange adéquate à l'application A.\_\_\_\_\_ n'était en l'occurrence nullement établie,

ni d'avoir dès lors mal appliqué le droit en considérant que l'autorité intimée ne pouvait pas se fonder sur l'art. 8 al. 1 let. c aRLMP-VD pour justifier l'adjudication de gré à gré litigieuse à la recourante.

6.4. La recourante argue en vain que la solution informatique proposée par l'intimée ne permettrait pas de répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur, dès lors qu'elle impliquerait une réinternalisation au sein de l'informatique cantonale, le redéveloppement de certaines interfaces spécifiques aux besoins de l'administration vaudoise, des coûts de migration informatique évalués à 24'500'000 fr. - soit plus de 50% de la valeur de l'adjudication de gré à gré - et des inconvénients majeurs pour le personnel du Service des automobiles. En effet, pour déterminer si l'adjudication de gré à gré présentement litigieuse est conforme au droit, il importe peu de savoir si l'intimée pourrait finalement obtenir le marché à la place de la recourante à la suite d'une procédure d'appel d'offres en dépit des éventuels inconvénients inhérents aux particularités techniques de son application informatique. Il s'agit uniquement d'examiner si aucune autre application informatique que la nouvelle version de A.\_\_\_\_\_ n'est véritablement apte à répondre aux besoins du Service des automobile vaudois sous l'angle fonctionnel et économique, ce que la Direction générale n'a pas été capable d'établir. Le point de savoir si l'intimée offre un moins bon

produit devra être tranché dans le cadre de la procédure d'appel d'offres. Il suffit à ce stade que l'intéressée apparaisse comme une entreprise susceptible de fournir une solution de rechange adéquate à l'acquisition de la nouvelle version A.\_\_\_\_\_, pour laquelle une adjudication de gré à gré a donc été envisagée à tort au regard de l'art. de l'art. 8 al. 1 let. c aRLMP-VD.

6.5. Sur le vu de ce qui précède, il ne peut être reproché aux juges précédents d'avoir considéré que la Direction générale ne pouvait pas se fonder sur l'art. 8 al. 1 let. c aRLMP-VD pour justifier l'adjudication de gré à gré opérée le 28 avril 2021 en faveur de la recourante et d'avoir dès lors annulé cette décision, étant précisé que nul ne prétend plus devant la Cour de céans que celle-ci pourrait se fonder sur un autre motif d'adjudication de gré à gré prévu par le droit cantonal ou l'AMP 2012.

7.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours en matière de droit public et à l'irrecevabilité du recours constitutionnel subsidiaire.

8.

Succombant, la recourante et l'autorité adjudicatrice, soit pour elle l'Etat de Vaud, dont l'intérêt patrimonial est en cause et qui a conclu à l'admission du recours, doivent supporter solidairement les frais judiciaires (art. 66 al. 1, 4 et 5 LTF). Elles verseront solidairement une indemnité de dépens à la société intimée (art. 68 al. 1, 2 et 4 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.

2.

Le recours en matière de droit public est rejeté.

3.

Les frais judiciaires, arrêtés à 20'000 fr., sont mis solidairement à la charge de la recourante et de l'Etat de Vaud.

4.

Une indemnité de dépens de 22'000 fr., solidairement à charge de la recourante et de l'Etat de Vaud, est allouée à la société intimée.

5.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires de la recourante, aux mandataires de l'intimée, au mandataire de la Direction générale du numérique et des systèmes d'information du canton de Vaud, à la Commission de la concurrence COMCO et au Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public.

Lausanne, le 6 novembre 2023

Au nom de la IIe Cour de droit public  
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : F. Aubry Girardin

Le Greffier : E. Jeannerat