

BGer 2C 785/2014 vom 12. Februar 2015

Bundesgericht, 2015-02-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_785_2014

FR: TF 2C 785/2014 du 12 février 2015

IT: TF 2C 785/2014 del 12 febbraio 2015

Regeste

Marché public; conduite forcée et turbinage d'eaux | Droit fondamental

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF). Il contrôle donc librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 138 I 435 consid. 1 p. 439; 136 I 43 consid. 1 p. 43; 136 II 101 consid. 1 p. 103).

E. 1.1

L'arrêt attaqué est une décision finale (art. 90 LTF). Il a été rendu par un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale en matière de marchés publics, sans qu'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral ne soit ouvert (art. 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF). Il 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'exception prévue 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 du mandat à attribuer soit supérieure ou égale aux seuils déterminants prévus à cet effet et que la décision attaquée soulève une question juridique de principe (ATF 138 I 143 consid. 1.1 p. 146 ss; 134 II 192 consid. 1.2 p. 194 s.; arrêt 2C_484/2008 consid. 1.3, non publié in ATF 135 II 49). Il incombe à la partie recourante, sous peine d'irrecevabilité, de démontrer la réalisation de ces deux conditions (cf. art. 42 al. 2 LTF ; ATF 138 I 143 consid. 1.1.2 p. 147 s.; 137 II 313 consid. 1.1.1 p. 315 s.).

E. 1.2

L'existence d'une question juridique de principe s'apprécie en fonction du contenu de l'objet litigieux soumis au Tribunal fédéral et doit n'être admise que de manière restrictive. Ainsi, lorsque le point soulevé ne concerne que l'application de principes jurisprudentiels à un cas particulier, il ne peut être qualifié de question juridique de principe. La seule circonstance que la question n'ait encore jamais été tranchée ne suffit pas non plus à réaliser cette condition. Il faut encore qu'il s'agisse d'une question juridique dont l'importance pratique est telle qu'elle nécessite d'être éclaircie par la plus haute instance judiciaire, disposant alors d'un plein pouvoir de cognition. A l'inverse, il peut arriver qu'une question déjà résolue par le Tribunal fédéral revête néanmoins la qualité d'une question juridique de principe. Tel est notamment le cas si la jurisprudence rendue sur le sujet n'est pas claire, n'est pas constante ou qu'elle suscite d'importantes critiques dans la doctrine (cf. ATF 135 II 49 et les nombreuses références citées).

E. 1.2.1

En l'occurrence, la recourante est d'avis que l'exigence énoncée au soumissionnaire d'utiliser un formulaire préimprimé pour fournir la liste de ses références constitue une question juridique de principe. En outre, elle estime également que, malgré l'ampleur et la complexité du marché en cause, les conditions du dossier d'appel d'offres ont été revues à la baisse, en ce que certains éléments, tels une certification ou un plan d'hygiène, n'ont pas été demandés aux soumissionnaires. On ne voit pas bien en quoi ces deux problèmes constitueraient des questions juridiques de principe. La première question relève tout au plus d'un cas de formalisme excessif et la seconde, pour autant qu'il faille y déceler un problème, d'un éventuel cas de mauvaise application des minima exigés par un appel d'offres. La recourante ne fait valoir aucune disposition légale à ce propos. Au contraire, de son aveu même, la présente cause a notamment trait au droit d'être entendu et à l'interdiction de l'arbitraire, qui ont déjà fait l'objet d'une abondante jurisprudence.

E. 1.2.2

Il n'y a dès lors aucune question juridique de principe dont le Tribunal fédéral puisse se saisir qui ouvre le recours en matière de droit public. Celui-ci est par conséquent irrecevable. Seule reste donc ouverte la voie du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF).

E. 1.3

Formé contre un arrêt final (art. 90 LTF par renvoi de l' art. 117 LTF) émanant d'un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale (art. 114 ainsi que 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF), le présent recours constitutionnel subsidiaire a par ailleurs été déposé en temps utile (art. 117 et 100 al. 1 LTF) et dans les formes prescrites (art. 117, 42 et 106 al. 2 LTF) par l'entreprise évincée qui était partie à la procédure cantonale et peut justifier d'un intérêt juridique à obtenir l'annulation ou la modification de la décision attaquée (cf. art. 115 let. a et b LTF). Il est par conséquent recevable, sous réserve de ce qui suit.

E. 1.4

La conclusion tendant à l'annulation de la décision de la commune de B. _____ du 30 avril 2014 est irrecevable, car, eu égard à l'effet dévolutif du recours devant le Tribunal cantonal, l'arrêt de celui-ci se substitue aux prononcés antérieurs (ATF 136 II 101 consid. 1.2 p. 104; arrêts 2C_1019/2013 du 2 juin 2014 consid. 2.2; 2C_408/2012 du 25 septembre 2012 consid. 1.2).

E. 2

Le Tribunal fédéral n'examine la violation des droits fondamentaux que si ce grief a été invoqué et motivé par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF par renvoi de l' art. 117 LTF). Cette dernière disposition reprend le principe d'allégation (cf. ATF 133 II 249 consid. 1.4.2 p. 254). En application de ce dernier, la partie recourante ne peut, dans un recours pour arbitraire fondé sur l' art. 9 Cst. , se contenter de critiquer l'arrêt attaqué comme elle le ferait dans une procédure d'appel où l'autorité de recours peut revoir librement l'application du droit. Elle doit au contraire préciser en quoi cet arrêt serait arbitraire, ne reposerait sur aucun motif sérieux et objectif, apparaîtrait insoutenable ou heurterait gravement le sens de la justice (cf. ATF 133 II 396 consid. 3.1 p. 399 s. et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 118 al. 1 LTF). Il peut néanmoins rectifier ou compléter les constatations de cette autorité si les faits ont été établis en violation d'un droit constitutionnel (art. 118 al. 2 LTF en relation avec l' art. 116 LTF), ce que la partie recourante doit également démontrer d'une manière circonstanciée et

précise, conformément aux exigences de motivation posées à l' art. 106 al. 2 LTF (par renvoi de l' art. 117 LTF ; cf. ATF 133 III 439 consid. 3.2 p. 444 s.).

E. 3

La recourante invoque en particulier une appréciation arbitraire des faits, l'interdiction du formalisme excessif et une violation du principe d'égalité de traitement. Selon elle, deux des quatre critères d'adjudication ont été évalués arbitrairement par l'autorité précédente.

E. 3.1

La loi valaisanne du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics (RSVS 726.1; ci-après: LcAIMP/VS), ainsi que l'ordonnance valaisanne du 11 juin 2003 sur les marchés publics (RSVS 726.100; ci-après: OMP/VS) confèrent à l'adjudicateur une grande liberté d'appréciation, notamment dans le choix des critères d'adjudication et dans l'adjudication elle-même (art. 31 ss OMP /VS; arrêts 2D_63/2011 du 16 février 2012 consid. 3.1; 2C_52/2011 du 10 février 2012 consid. 2.2). De son côté, le Tribunal fédéral reconnaît également à l'adjudicateur une grande liberté et s'impose une certaine retenue lorsqu'il s'agit de tenir compte de circonstances locales ou de trancher de pures questions d'appréciation (ATF 121 I 279 consid. 3d p. 284). De même, l'évaluation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication n'est revue qu'avec une retenue particulière, parce qu'elle suppose souvent des connaissances techniques et qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres présentées par les soumissionnaires (arrêt 2D_15/2011 du 31 octobre 2011 consid. 2.3 et les arrêts cités).

E. 3.2

Une décision est arbitraire (art. 9 Cst.) lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou qu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une solution autre que celle de l'autorité cantonale semble concevable, voire préférable (ATF 132 III 209 consid. 2.1 p. 211). Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable; il faut encore que cette décision soit arbitraire dans son résultat (ATF 137 I 1 consid. 2.4 p. 5 et les arrêts cités). S'agissant plus précisément de l'appréciation des preuves et de l'établissement des faits, il y a arbitraire lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 136 III 552 consid. 4.2 p. 560 et les arrêts cités). L'inégalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.) apparaît comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 137 I 167 consid. 3.5 p. 175; 129 I 346 consid. 6 p. 357).

E. 3.3

Le formalisme excessif est un aspect particulier du déni de justice prohibé par l' art. 29 al. 1 Cst. Il est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 132 I 249 consid. 5 p. 253; 130 V 177 consid. 5.4.1 p. 183; 128 II 139 consid. 2a p. 142 et les arrêts cités). Il est conforme au but et à la nature de la procédure de marchés publics que la violation de certaines exigences de formes par un soumissionnaire puisse entraîner son exclusion du marché. Selon la jurisprudence, une telle conséquence ne

se justifie toutefois pas en présence de n'importe quel vice. Il faut en particulier y renoncer lorsque celui-ci est de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif visé par la prescription formelle violée (cf. arrêts 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.1 ; 2D 50 /2009 du 25 février 2010, consid. 2.4 et les arrêts cités). Cela est conforme à l'interdiction du formalisme excessif.

E. 3.4

En l'occurrence, pour le critère relatif aux références, la recourante a reçu la note de 4, comme l'adjudicataire. Tel que cela ressort de l'arrêt contesté, le cahier des charges prévoyait que " la liste des références (s'établit) selon l'annexe A13, document qui pose le principe que le candidat fournit 5 références dont il précise ce qu'elles doivent démontrer, en ajoutant que le soumissionnaire photocopiera la page vierge y relative afin de fournir ses références ". Le Tribunal cantonal a retenu que la recourante n'avait déposé que trois références documentées sur la formule mise à disposition. Les autres références produites figuraient sur une liste jointe " couvrant une page A4 de travaux de canalisations réalisées entre 1987 et 2013 accompagnée de neuf descriptifs "maison" sur lesquels (la recourante) a appliqué la mention Annexe A13 ". L'autorité précédente a jugé que cette manière de procéder n'était pas conforme à ce que demandait l'adjudicateur et que la note obtenue était justifiée. Elle a également refusé d'abaisser la note obtenue par l'adjudicataire, relevant que celui-ci " s'est servi de la formule demandée pour présenter ses cinq références, qui y faisait allusion à des travaux réalisés pour la commune de B. _____ et que celle-ci était sans autre difficulté à même d'évaluer malgré la description parfois sommaire qu'en donnent les formules du consortium ". Une telle façon d'apprécier les faits est arbitraire. En effet, si la page A4 qui présente une soixantaine de références ne permet effectivement pas de juger de la pertinence des travaux précédemment effectués par la recourante, celle-ci a tout de même fourni treize références (et non pas neuf) complètes (neuf références relatives à des travaux de canalisation et quatre relatives à des travaux de captages de source), en plus des trois références admises par le Tribunal cantonal. Certes, elle n'a pas systématiquement utilisé le formulaire idoine. Toutefois, elle a clairement indiqué sur les documents fournis que ceux-ci constituaient l'annexe A13. Ne pas en tenir compte constitue un cas de formalisme excessif, en ce que les informations qui y figurent correspondent entièrement aux informations attendues par l'adjudicateur et que seules la mise en page et la présentation diffèrent de l'annexe A13 figurant dans le cahier des charges. Par ailleurs, le Tribunal cantonal commet également une violation du principe de l'égalité de traitement en ce qu'il confirme une notation égale entre la recourante et le consortium adjudicataire. Ce dernier a certes produit les cinq références demandées sur le formulaire ad hoc. Cependant, comme le motive à suffisance la recourante, les références produites sont gravement lacunaires, puisque, pour au moins trois d'entre elles, plus de la moitié des informations demandées quant au marché exécuté ne sont pas fournies. L'une de ces trois références ne répond même pas à plus de 10 % de ce catalogue de questions. L'argumentation des juges cantonaux à ce propos n'est nullement soutenable. S'il est exact que les cinq références du consortium se rapportent à des travaux effectués en faveur de l'adjudicateur, deux l'ont été il y a plus de 20 ans (l'un en 1991 et l'autre en 1983). Il n'est pas possible pour la commune, après un tel laps de temps, d'évaluer en connaissance de cause les références produites. Il faut au surplus mentionner que les trois autres références ne sont pas datées et qu'il n'est pas du tout exclu qu'elles soient également anciennes. Compte tenu de ce qui précède, l'arrêt contesté est arbitraire dans sa motivation. Il est par ailleurs également arbitraire dans son résultat. Si le Tribunal cantonal avait apprécié à leur juste valeur les moyens de preuve à sa disposition, il

n'aurait pas confirmé les notes pour le critère des références, mais aurait soit augmenté celles de la recourante, soit réduit celles du consortium intimé. Or un seul demi-point de différence suffit déjà, en tenant compte de la pondération accordée à ce critère qui est de 20 %, pour faire passer la recourante devant le consortium adjudicataire.

E. 3.5

Il s'ensuit que, dans la mesure où il est recevable, le recours doit être admis et l'arrêt attaqué annulé pour arbitraire, formalisme excessif et inégalité de traitement. La cause est renvoyée au Tribunal cantonal pour qu'il statue à nouveau, sur la base du dossier complet et pas uniquement en fonction de certaines pièces remises par le pouvoir adjudicateur. Dans cette mesure, il est inutile d'examiner la pertinence des autres griefs invoqués par la recourante.

E. 4

Au vu de l'issue du litige, les frais seront mis à la charge de la commune de B._____, dont l'intérêt patrimonial est en cause (cf. art. 66 al. 1 et 4 LTF). Celle-ci supportera également les dépens dus à la recourante (cf. art. 68 al. 1 LTF). Ayant renoncé à déposer des conclusions et à se déterminer sur le fond du recours, les intimées 2 ne doivent pas supporter d'émolument judiciaire et n'ont pas à verser des dépens en faveur de la recourante (cf. ATF 125 II 86 consid. 8 p. 103).

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