

BGer 2D_19/2018 vom 19. Februar 2019

Bundesgericht, 2019-02-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_19_2018

FR: TF 2D_19/2018 du 19 février 2019

IT: TF 2D_19/2018 del 19 febbraio 2019

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 141 II 113 consid. 1 p. 116).

E. 1.1

Pour déterminer si, au moment où il se prononce, les conditions de recevabilité sont réunies, le Tribunal fédéral peut prendre en compte des faits postérieurs à l'arrêt attaqué, en dérogation à l'interdiction des faits nouveaux prévue à l' art. 99 al. 1 LTF (cf. arrêts 2C_553/2013 du 3 septembre 2013 consid. 1.1; 2C_811/2012 du 5 janvier 2012 consid. 1.1).

En l'espèce, l'adjudicataire a signalé au Tribunal fédéral qu'il avait signé le 6 mars 2018 avec l'Etat du Valais le contrat relatif au marché litigieux. Ce fait nouveau, non contesté, peut être tenu pour établi et il en sera tenu compte s'agissant de l'examen de la recevabilité du présent recours.

E. 1.2

L'arrêt attaqué est une décision finale (art. 90 LTF) qui concerne une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) et émane d'un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale, 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 a priori faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, à condition que la cause ne tombe pas sous le coup de l'exception figurant à l' art. 83 let. f LTF, ce qui suppose que l'on soit en présence d'un marché public qui atteigne la valeur prévue au ch. 1 de cette disposition et que l'arrêt attaqué soulève une question juridique de principe (ch. 2). Ces deux conditions sont cumulatives (ATF 137 II 313 consid. 1.1.1 p. 315 s.; 133 II 396 consid. 2.2 p. 398 s.).

En l'espèce, le recourant souligne à juste titre que l'arrêt querellé ne soulève pas de question juridique de principe. Il s'ensuit que c'est à bon droit qu'il a interjeté un recours constitutionnel subsidiaire (cf. arrêt 2D_42/2016 du 3 octobre 2017 consid.1.1).

E. 1.3

En sa qualité de partie à la procédure cantonale et de consortium soumissionnaire évincé positionné au deuxième rang dans le cadre d'une procédure ouverte d'adjudication, le consortium recourant, agissant par les sociétés qui le composent, dispose de la qualité pour recourir au sens de l' art. 115 LTF , notamment sous l'angle de l'intérêt juridique. Le recourant possède également un intérêt actuel à faire constater l'illicéité de l'adjudication, en vue d'une éventuelle action en dommages-intérêts, puisque l'Etat du Valais a déjà conclu, le 6 mars 2018, le contrat relatif au marché en cause avec l'adjudicataire (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.6 p. 31; 137 II 313 consid. 1.2.2 p. 317; arrêts 2D_42/2016 du 3 octobre 2017

consid. 1.2; 2C_384/2016 du 6 mars 2017 consid. 1.3.1, non publié in ATF 143 I 177 ; art. 18 al. 2 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics, modifié le 15 mars 2001 [AIMP; RS/VS 726.1-1]; art. 9 al. 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur [LMI; RS 943.02]).

E. 1.4

Il convient au reste, compte tenu de cette nouvelle information relative à la conclusion du contrat le 6 mars 2018, d'interpréter d'office la conclusion principale du recours tendant à l'attribution du marché, dans le sens que le recourant demande au Tribunal fédéral de constater l'illicéité de l'adjudication du 4 octobre 2017 (cf. arrêts 2D_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 1.3; 2D_42/2016 du 3 octobre 2017 consid. 1.2). Partant, la conclusion formulée le 14 mai 2018 par le recourant, soit après l'échéance du délai de recours, tendant au constat de l'illicéité de l'adjudication, doit être comprise comme la confirmation des conclusions déposées dans le recours et non comme une conclusion présentée passé ledit délai (cf. arrêt 2D_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 1.3). En revanche, la conclusion tendant à l'annulation de la décision d'adjudication du 4 octobre 2017 est irrecevable, car, eu égard à l'effet dévolutif du recours devant le Tribunal cantonal, l'arrêt de cette autorité se substitue aux prononcés antérieurs (cf. ATF 136 II 101 consid. 1.2 p. 104).

E. 1.5

Au surplus, le recours a été interjeté en temps utile (art. 117 et 100 al. 1 LTF) et dans les formes prescrites (art. 42 LTF). Il est par conséquent recevable.

E. 2.1

Le recours constitutionnel subsidiaire ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF). En vertu de l' art. 106 al. 2 LTF , applicable par renvoi de l' art. 117 LTF , les griefs y relatifs doivent être invoqués et motivés par le recourant, à savoir expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée, en précisant en quoi consiste la violation (cf. ATF 139 I 229 consid. 2.2 p. 232).

E. 2.2

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 constatés en violation d'un droit constitutionnel (art. 118 al. 2 LTF cum art. 116 LTF), ce que le recourant doit 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).

E. 3

Le recourant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) et d'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'appréciation anticipée des preuves. Il reproche au Tribunal cantonal d'avoir refusé de procéder à l'audition de H._____. Ce grief doit être examiné en premier lieu, car le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation entraîne, en principe, l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (cf. ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 p. 226).

E. 3.1

Garanti par l' art. 29 al. 2 Cst. , le droit d'être entendu comprend, notamment, le droit pour le justiciable d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (cf. ATF 143 III 65 consid. 3.2 p. 67; 142 II 218 consid. 2.3 p. 222). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299). Il n'y a arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'appréciation des preuves que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables (cf. ATF 142 II 355 consid. 6 p. 358; 140 III 264 consid. 2.3 p. 266).

E. 3.2

En l'espèce, le recourant a sollicité l'audition de H. _____, secrétaire des Commissions professionnelles paritaires valaisannes, en lien avec son allégation d'infraction par l'adjudicataire, et plus particulièrement par E. _____, au moment de l'adjudication, de la convention collective de travail (ci-après: CCT) applicable (CCT du second oeuvre).

A ce sujet, le Tribunal cantonal a relevé qu'il résultait des pièces déposées par E. _____ que celle-ci avait commis une violation grave de la CCT du second oeuvre durant la période courant de 2009 à 2013, mais que cette condamnation antérieure ne pouvait conduire à l'exclusion dans le cadre de la soumission litigieuse. Il a ajouté qu'aucun indice sérieux ne laissait supposer que E. _____ enfreignait la CCT lors de la soumission querellée et que l'exactitude de l'allégation du recourant selon laquelle E. _____ ferait actuellement l'objet d'une procédure menée par l'Inspection cantonale du travail pour travail au noir et le samedi ne ressortait pas du dossier. Pour le Tribunal cantonal, la seule existence d'une procédure ne suffisait quoi qu'il en soit pas à établir le bien-fondé des reproches que cette procédure devait examiner. De plus, si celle-ci devait tourner au désavantage de E. _____, le pouvoir adjudicataire pourrait, en exerçant sa large liberté d'appréciation, s'acquitter des obligations énumérées à l'art. 23 de l'ordonnance valaisanne sur les marchés publics du 11 juin 2003 (OMP/VS; RS/VS 726.100, dans sa version en vigueur du 1er janvier 2012 au 3 mai 2018 applicable à la passation du marché public litigieux; ci-après: aOMP/VS). Le Tribunal cantonal a également relevé qu'il ne lui appartenait pas d'évaluer la nécessité d'interpeller la Commission paritaire au sujet du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et de salaire. Si des manquements en matière de protection des travailleurs venaient finalement à être constatés, le pouvoir adjudicateur pourrait prendre des mesures pendant l'exécution des travaux. Pour ces motifs, les précédents juges ont rejeté la réquisition de preuve tendant à l'audition de H. _____.

E. 3.3

Selon l' art. 23 al. 1 let . e aOMP/VS, un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication lorsque, au moment du dépôt de son offre ou au moment de l'adjudication, il ne répond pas aux principes de l' art. 11 let . e, f, g AIMP (cité supra consid. 1.3). L'art. 11 AIMP concerne les principes à respecter lors de la passation de marchés et la lettre e en particulier se rapporte au respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail. L'art. 23 al. 2 aOMP/VS précise que,

lors de la passation de marchés, seules doivent être prises en considération les offres des soumissionnaires qui respectent les dispositions de protection des travailleurs de même que les conditions de travail fixées dans les conventions collectives de travail, les contrats types ou, en leur absence, les prescriptions usuelles dans la branche, applicables sur le lieu d'exécution des travaux ou au lieu de leur siège ou domicile en Suisse.

E. 3.4

En vertu de l'art. 15 al. 2 aOMPS/VS, le soumissionnaire qui - comme E. _____ en l'espèce - n'est pas inscrit sur une liste permanente (cf. ordonnance valaisanne du 11 juin 2003 concernant la tenue de listes permanentes, RS/VS 726.101) doit joindre à son offre le formulaire correspondant, rempli et signé, établi par le Service de protection des travailleurs et des relations du travail, ainsi que les attestations récentes y afférentes. Il s'engage à ce que lui-même et ses sous-traitants respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et de salaires (...). Selon l'art. 15 al. 4 première phrase aOMP/VS, avant l'adjudication du marché, l'adjudicateur réclamera au soumissionnaire susceptible de devenir adjudicataire les attestations nécessaires justifiant que celui-ci et ses sous-traitants respectent les CCT applicables. D'après l'art. 15 al. 5 aOMP/VS, dans les domaines régis par une CCT, l'adjudicateur peut solliciter les commissions paritaires (qui sont chargées du contrôle du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail au lieu d'exécution ou domicile de l'entreprise en Suisse; cf. art. 18 al. 3 de la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics [LcAIMP; RS/VS 726.1]) ou les organisations professionnelles constituées, afin qu'elles fassent valoir leur avis quant au respect par l'adjudicataire des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et de salaires.

E. 3.5

Le cahier des charges pour le marché public litigieux en l'espèce prévoyait que le formulaire relatif aux exigences sociales devait obligatoirement accompagner l'offre. Selon le formulaire pour les soumissionnaires non inscrits sur la ou les listes permanentes pour la profession concernée (formulaire B), le soumissionnaire répondait de la véracité et de l'exactitude de ses réponses, ainsi que des attestations qu'il avait l'obligation de remettre en annexe. Il respectait et s'engageait à respecter les conditions de travail et de salaires prescrites le cas échéant par la CCT ou par le contra-type de travail de la profession concernée. Il respectait aussi les charges et prestations sociales découlant de la CCT ou, à défaut, du contrat-type de travail applicable, ou, à défaut, du droit public fédéral et cantonal et les conditions usuelles de la profession.

E. 3.6

Il résulte des dispositions susmentionnées et du cahier des charges du marché litigieux que l'audition requise par le recourant portait sur des faits pertinents pour l'issue du litige, puisqu'elle avait pour but de renseigner sur le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs par le soumissionnaire qui a remporté le marché et que ledit respect constituait une condition à l'adjudication de ce marché (cf. aussi ATF 140 I 285 consid. 5.1 p. 294). A cet égard, la position du Département, figurant dans sa réponse, selon laquelle les aspects relatifs à d'éventuelles violations de la CCT par l'adjudicataire ne sont pas propres à remettre en cause l'adjudication, car ils "ne permettent pas de mettre en doute les capacités générales de l'adjudicataire de mener à bien le marché adjugé" est intenable.

En effet, un tel raisonnement revient à ignorer le principe du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, qui est distinct et doit être garanti indépendamment de l'aptitude de l'entreprise à réaliser le marché (cf. ATF 140 I 285 consid. 5.1 p. 294). En outre, en tant que secrétaire des Commissions professionnelles paritaires valaisannes, H._____ était à même de fournir des renseignements utiles sur le sujet (cf. supra consid. 3.4, art. 15 al. 5 aOMP/VS). La preuve offerte était partant pertinente.

E. 3.7

Le Tribunal cantonal a renoncé à l'audition requise en relevant qu'il n'y avait pas d'indication au dossier confirmant l'allégation du recourant quant à une éventuelle violation par E._____ des dispositions en matière de protection des travailleurs. Comme le souligne à juste titre le recourant, les juges cantonaux ne pouvaient toutefois pas à la fois refuser de donner suite à l'offre de preuve pertinente présentée et en même temps considérer que l'allégation à l'origine de ladite réquisition de preuve n'était pas prouvée ou démontrée. Un tel raisonnement est arbitraire (cf. arrêts 2C_634/2016 du 4 mai 2017 consid. 2.4; 2C_104/2016 du 28 novembre 2016 consid. 5.3; 2C_304/2011 du 13 septembre 2011 consid. 3.5).

Il est vrai, ainsi que l'a relevé le Tribunal cantonal, que l'éventuelle confirmation de l'existence d'une procédure en cours contre E._____ pour travail au noir et le samedi n'aurait pas encore signifié que cette entreprise violait les règles relatives à la protection des travailleurs au moment de l'adjudication. Le Tribunal cantonal ne pouvait toutefois pas se contenter de cette considération s'agissant d'une condition à l'adjudication du marché litigieux et alors qu'il ne résulte pas de son arrêt qu'il aurait tenu pour établi que E._____ respectait les dispositions relatives à la protection des travailleurs. Sur ce point, il est en effet seulement indiqué que E._____ a fourni, postérieurement à la soumission, une attestation du 25 août 2017 selon laquelle la Commission professionnelle paritaire confirme que l'entreprise est soumise à la CCT du second oeuvre, ce qui ne fournit pas d'information sur le respect de ladite CCT. De même, la mention du fait que E._____ s'est engagée, au moment de la soumission, à respecter la CCT ne suffit pas en tant que tel à confirmer ce respect. Il résulte par ailleurs de l'arrêt entrepris que E._____ avait commis une violation grave de la CCT durant la période courant de 2009 à 2013. Cet élément était à même de susciter un doute sur l'observation des dispositions en matière de protection des travailleurs par cette entreprise, qui aurait nécessité des éclaircissements. Au regard des faits retenus dans l'arrêt entrepris et en l'absence de confirmation quant au respect par E._____ des dispositions en matière de protection des travailleurs au moment de l'adjudication, l'appréciation anticipée des preuves effectuée par le Tribunal cantonal apparaît arbitraire.

E. 3.8

Les juges cantonaux ont également renoncé à l'audition requise en relevant que le pouvoir adjudicateur pourrait toujours contrôler au moment de l'exécution des travaux le respect de la CCT et prononcer des sanctions le cas échéant. Cet argument est insoutenable. Estimer qu'un contrôle

a posteriori du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs est suffisant vide de leur sens les exigences fixées, tant par les dispositions légales applicables que par le cahier des charges du marché litigieux en cause, quant au contrôle par l'adjudicateur du respect de ces règles

avant l'octroi du marché. Les précédents juges ont du reste expressément cité l'art. 23 aOMP/VS dans leur raisonnement, disposition qui se rapporte aux critères d'exclusion de la procédure d'adjudication.

E. 3.9

Sur le vu de ce qui précède, l'audition requise apparaissait nécessaire et le Tribunal cantonal ne pouvait pas, sans tomber dans l'arbitraire, y renoncer de manière anticipée. Le grief relatif à la violation du droit d'être entendu se révèle fondé. La violation ne peut pas être réparée devant le Tribunal fédéral, car elle est en lien avec l'établissement des faits (cf. ATF 142 III 48 consid. 4.3 p. 55).

E. 3.10

Le recours doit donc être admis, la décision attaquée annulée et la cause renvoyée à l'autorité précédente pour qu'elle procède à l'administration des preuves requise et prenne une nouvelle décision, qui ne pourra toutefois porter que sur le caractère licite ou non de la décision d'adjudication étant donné que le contrat a déjà été conclu (cf. art. 18 al. 2 AIMP).

E. 4

Le Département, pour le Conseil d'Etat du canton du Valais, qui s'adresse au Tribunal fédéral dans l'exercice de ses fonctions officielles et dont l'intérêt patrimonial est en cause, ainsi que l'adjudicataire, qui a conclu au rejet du recours, succombent et doivent supporter les frais de la présente procédure, solidairement entre eux (art. 66 al. 1, 4 et 5 LTF). Ils verseront en outre une indemnité à titre de dépens pour la procédure fédérale aux membres du consortium recourant, qui ont obtenu gain de cause avec l'assistance d'un mandataire professionnel (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

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