

BGer 2D_21/2018 vom 19. Februar 2019

Bundesgericht, 2019-02-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_21_2018

FR: TF 2D_21/2018 du 19 février 2019

IT: TF 2D_21/2018 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, pour autant cependant 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

Le recours a été interjeté en temps utile (art. 117 et 100 al. 1 LTF) et dans les formes prescrites (art. 42 LTF). Compte tenu des nouvelles informations fournies par l'adjudicataire relatives à la signature du contrat pour le marché litigieux le 6 mars 2018, il convient 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 27 septembre 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).

E. 2

Reste à examiner la qualité pour recourir. D'après l' art. 115 LTF , a qualité pour former un recours constitutionnel subsidiaire quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a) et a un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (let. b).

E. 2.1

En l'occurrence, le recourant a participé à la procédure devant l'instance précédente, de sorte que la première condition de l' art. 115 LTF est réalisée. La seconde doit en revanche être examinée plus en détails. Le recourant formule deux séries de griefs de droit constitutionnel. D'une part, il se plaint d'arbitraire dans l'application des règles régissant la passation des marchés publics; il estime dans ce contexte que l'adjudicataire aurait dû être exclu. D'autre part, le recourant fait valoir que le Tribunal cantonal a violé son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) et l'interdiction de l'arbitraire dans l'administration - anticipée - des preuves en refusant l'audition de H._____.

Il convient de déterminer si le recourant dispose de la qualité pour recourir en lien avec l'un et/ou l'autre de ces griefs (cf. arrêt 2D_24/2017 du 14 mai 2018 consid. 2).

E. 2.2

En matière de marchés publics, le soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue qui dépose un recours constitutionnel subsidiaire dispose d'un intérêt juridique au sens de l' art. 115 let. b LTF lorsqu'il aurait, en cas d'admission du recours, une chance réelle de remporter le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1 p. 27, in JdT 2015 I 81 et les arrêts cités). Selon la jurisprudence, tel est notamment le cas pour le soumissionnaire qui, classé en deuxième position, a des chances sérieuses de se voir attribuer le marché, ainsi que pour le soumissionnaire, devancé de peu par le deuxième, quand il n'apparaît pas clairement qu'en cas d'admission du recours, le classement resterait le même (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1 p. 27; arrêts 2D_33/2018 du 13 novembre 2018 consid. 1.2; 2D_24/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.2; 2D_50/2009 du 25 février 2010 consid. 1.2).

Par ailleurs, le soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue conserve le droit d'obtenir un jugement en constatation du caractère illicite de l'adjudication qui ouvre la voie de l'action en dommages-intérêts (cf. ATF 141 II 307 consid. 6.3 p. 313; 141 II 14 consid. 4.6 p. 31; 137 II 313 consid. 1.2.2 p. 317; art. 18 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994, 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]). Selon la jurisprudence, l'action en dommages-intérêts suppose toutefois que, sans la conclusion du contrat, la partie recourante ait eu une réelle chance d'obtenir l'adjudication, à défaut de quoi l'illégalité de la décision ne peut être la cause du dommage. Il faut distinguer à cet effet selon les conclusions et les griefs de la partie recourante. Par exemple, le soumissionnaire classé en quatrième position qui conteste l'adjudication ou réclame l'interruption de la procédure, mais discute seulement la qualification ou le classement du premier, est privé de la qualité pour recourir parce que ses conclusions ne pourraient être accueillies même si ses critiques étaient fondées, car l'adjudication reviendrait alors au soumissionnaire classé

deuxième. En revanche, celui qui discute la qualification ou le classement de ses trois devanciers a, en principe, qualité pour recourir (cf. arrêt 2D_24/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.2.1). A moins que l'intérêt du soumissionnaire évincé à contester l'adjudication paraisse évident, il incombe à ce dernier de le démontrer (cf. art. 42 al. 1 et 2 LTF ; cf. arrêt 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2.1).

E. 2.3

En l'occurrence, le recourant fait valoir qu'il aurait pu obtenir l'adjudication si l'offre de l'adjudicataire avait été écartée.

Il résulte de l'arrêt entrepris que le recourant a été classé en troisième position dans l'évaluation des six offres déposées. L'entreprise I. _____ SA l'a en effet devancé. Selon le dossier, celle-ci a obtenu la note pondérée de 4.27 avec une offre d'un montant de 1'459'129 fr. 64, alors que le recourant a reçu la note de 3.64, avec une offre d'un montant de 1'815'870 fr. Cet écart n'est pas négligeable. En outre, compte tenu des griefs du recourant, on ne peut de toute façon pas considérer que, sans la conclusion du contrat, il aurait eu une réelle chance d'obtenir l'adjudication. En effet, le recourant fait uniquement valoir qu'il existe des motifs d'exclusion à l'encontre de l'adjudicataire. Il ne discute en revanche nullement devant le Tribunal fédéral de la qualification ou du classement de l'entreprise arrivée deuxième, pas plus qu'il ne remet en cause les notes qui lui ont été attribuées. Il ne critique pas non plus l'appel d'offres en tant que tel. Ainsi, la seule conséquence d'une admission du recours serait au mieux de faire remonter le recourant en deuxième position dans le classement; il ne remporterait en revanche toujours pas le marché. Cette situation est en tous points similaire à celle du soumissionnaire arrivé en quatrième position qui, s'il discute seulement la qualification ou le classement du premier, ne dispose pas de la qualité pour recourir.

Il s'ensuit que le recourant, contrairement à ce qu'il soutient, ne dispose pas d'un intérêt juridique en lien avec ses critiques concernant le fond de la décision attaquée devant le Tribunal fédéral.

E. 2.4

Il sied encore d'examiner s'il dispose de la qualité pour recourir s'agissant de la violation alléguée de son droit d'être entendu.

En effet, le recourant qui n'a pas la qualité pour agir au fond peut néanmoins faire valoir, comme intérêt juridiquement protégé, la violation d'une garantie de procédure ("Star-Praxis"; cf. ATF 137 II 40 consid. 2.2 p. 42; 135 II 430 consid. 3.2 p. 436 s.; 133 I 185 consid. 6.2 p. 198 s.). Ce principe s'applique aux marchés publics (cf. arrêts 2C_459/2017 du 9 mars 2018 consid. 1.4.1; 2C_1014/2015 du 21 juillet 2016 consid. 3; 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2.5.1; 2D_59/2013 du 4 juillet 2014 consid. 1.2). Le recourant ne doit toutefois pas, par ce biais, invoquer, même indirectement, des moyens qui ne peuvent être séparés du fond du litige; les griefs qui reviennent de facto à critiquer l'arrêt attaqué sur le plan matériel sont ainsi exclus (cf. ATF 137 I 128 consid. 3.1.1 p. 130; 135 II 430 consid. 3.2 p. 437). Le recourant ne saurait notamment, au titre de la violation de son droit d'être entendu, remettre en cause l'appréciation des preuves ou se plaindre du refus d'administrer une preuve résultant de l'appréciation anticipée de celle-ci, de tels griefs supposant nécessairement d'examiner, au moins dans une certaine mesure, le fond du litige lui-même (cf. ATF 120 Ia 157 consid. 2a/ bb p. 160; 114 Ia 307 consid. 3c p. 313; cf. aussi arrêt 2C_1014/2015 du 21 juillet 2016 consid. 3). En outre, la "Star-Praxis" n'a pas pour

corollaire d'exempter le recourant de la condition de présenter un intérêt actuel et pratique à l'admission de son recours (cf. ATF 131 I 153 consid. 1.2 p. 157). En d'autres termes, la " Star-Praxis " ne consiste pas à reconnaître un intérêt juridique à recourir dans l'absolu; pour qu'il soit à même de s'en prévaloir, le recourant doit disposer d'un intérêt actuel et digne de protection à invoquer de tels griefs formels; cet intérêt se mesure à l'aune de l'objectif poursuivi par le dépôt de son recours ainsi qu'à la lumière des effets et de la portée possible d'une admission du recours (cf. arrêt 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2.5.2).

E. 2.5

En l'occurrence, le recourant se plaint de ce que le Tribunal cantonal a refusé l'audition de H. _____, secrétaire des Commissions professionnelles paritaires valaisannes, qu'il a requise en lien avec son allégation de violation par l'adjudicataire des dispositions relatives à la protection des travailleurs. Ce grief, fondé sur les art. 9 et 29 Cst. (interdiction de l'arbitraire dans l'appréciation des preuves et droit d'obtenir qu'il soit donné suite à des offres de preuves pertinentes), revient à critiquer l'arrêt attaqué sur le plan matériel, puisqu'il est directement lié à l'un des motifs d'exclusion que fait valoir le recourant à l'encontre de l'adjudicataire; il ne peut pas être séparé du fond du litige et est partant irrecevable de ce point de vue. Dans la mesure où le recourant n'a pas démontré qu'il aurait eu une chance de se voir adjuger le marché public en cause en cas d'exclusion de l'adjudicataire et où il n'a donc pas d'intérêt juridique sur le fond du litige, tant en lien avec l'adjudication qu'avec une éventuelle demande de dommages et intérêts (cf.

supra consid. 2.3), l'admission de son grief formel ne lui apporterait au demeurant aucun avantage pratique (cf. arrêt 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2.5.3). Pour ce motif également, le recourant ne peut pas se plaindre, in casu, de la violation de ses droits de partie à la procédure cantonale.

E. 2.6

Il découle de ce qui précède que le recourant ne dispose ni de la qualité pour recourir sur le fond, ni de la qualité pour recourir pour violation de ses droits de partie. Son recours doit partant être déclaré irrecevable.

E. 3

Les frais judiciaires seront mis solidairement à la charge des membres du consortium recourant qui succombe (art. 66 al. 1 et 5 LTF). Les membres du consortium intimé, qui ont, avec l'aide d'un mandataire professionnel, pris position en tant qu'adjudicataires, ont droit à une équitable indemnité de partie, à charge des membres du consortium recourant solidairement entre eux (art. 68 al. 1 et 2 LTF ; cf. arrêt 2D_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 7). L'Etat du Valais n'a pas droit à des dépens (art. 68 al. 3 LTF).

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