

BGer 2D 35/2017 vom 5. April 2018

Bundesgericht, 2018-04-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_35_2017

FR: TF 2D 35/2017 du 5 avril 2018

IT: TF 2D 35/2017 del 5 aprile 2018

Regeste

Marché public; adjudication | 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 141 II 113 consid. 1 p. 116).

E. 1.1

La présente cause relève du droit public (art. 82 let. a LTF). Dans le domaine des marchés publics, un recours en matière de droit public n'est recevable, en vertu de l' art. 83 let. f LTF, 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 141 II 113 consid. 1.2 p. 116 s.; 140 I 285 consid. 1.1 p. 288 s.). Il incombe à la partie recourante de démontrer la réalisation de ces deux conditions (cf. art. 42 al. 2 LTF ; ATF 141 II 113 consid. 1.2 p. 117; 141 II 14 consid. 1.2 p. 20 s.), qui sont cumulatives (arrêts 2D_42/2016 du 3 octobre 2017 consid.1.1; 2C_384/2016 du 6 mars 2017 consid. 1.2, non publié in ATF 143 I 177). Dès lors que le consortium recourant indique à juste titre que l'arrêt querellé ne soulève pas de question juridique de principe, 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. 1.2

Le consortium recourant, agissant par les sociétés qui le composent, dispose de la qualité pour recourir: il a participé à la procédure cantonale et en tant que soumissionnaire évincé, positionné au troisième rang dans le cadre d'une procédure ouverte d'adjudication, il peut justifier d'un intérêt juridique à obtenir l'annulation ou la modification de la décision attaquée (cf. art. 115 LTF). En effet, le consortium recourant fait notamment valoir devant le Tribunal fédéral qu'il a été privé arbitrairement de quatre points dans l'évaluation de son offre. Or, s'il devait obtenir gain de cause sur ce grief, il pourrait passer au premier rang et emporter le marché (concernant l'intérêt à recourir, cf. ATF 141 II 14 consid. 4.6 à 4.8 p. 31 à 33).

E. 1.3

En outre, la conclusion du contrat relatif au marché en cause entre l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire le 30 août 2017 ne supprime pas l'existence d'un intérêt actuel à faire constater l'illicéité de l'adjudication, en lien avec une éventuelle 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]). En l'occurrence, le consortium recourant allègue n'avoir pris connaissance de la conclusion du contrat précité qu'après le dépôt du recours constitutionnel subsidiaire (élément non remis en question par les autres parties à la procédure; cf. observations du 13 décembre 2017). Dans ces circonstances, il convient d'interpréter la conclusion principale du recours, tendant à l'attribution du marché, dans le sens que le consortium recourant demande au Tribunal fédéral de constater l'illicéité de l'adjudication du 12 octobre 2016 (cf. mutatis mutandis, arrêt 2D_42/2016 du 3 octobre 2017 consid. 1.2). Au demeurant, la conclusion plus subsidiaire du recours tendant au constat de l'illicéité de l'arrêt attaqué doit également être interprétée dans ce sens. Sur le vu de ce qui précède, la conclusion formulée le 31 octobre 2017 par le consortium 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. Le consortium intimé conclut ainsi à tort à l'irrecevabilité du recours.

E. 1.4

Pour le surplus, le recours est dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF par renvoi de l' art. 117 LTF). Il a été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF par renvoi de l' art. 117 LTF) et dans les formes prescrites (art. 42 et 106 al. 2 LTF par renvoi de l' art. 117 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). Celui-ci ne peut donc se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit remettre en cause les considérants de la décision attaquée sous des aspects relevant des droits constitutionnels (ATF 134 II 349 consid. 3 p. 351 s.).

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 ; cf. consid. 2.1 ci-dessus).

E. 3

Dans un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu (ATF 138 I 232 consid. 5.1 p. 237), le consortium recourant invoque une violation de son droit d'être entendu. Il estime que la décision attaquée est insuffisamment motivée concernant l'absence de communication, au préalable, de la méthode de notation du prix.

E. 3.1

Le droit d'être entendu tel que garanti à l' art. 29 al. 2 Cst. implique notamment pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Selon la jurisprudence, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 141 III 28 consid. 3.2.4 p. 41; 138 I 232 consid. 5.1 p. 237). La motivation peut également être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 p. 564 s. et références).

E. 3.2

En l'occurrence, le Tribunal cantonal a expliqué pour quelles raisons il estimait que la méthode d'évaluation du prix ne devait pas être communiquée aux soumissionnaires avant le dépôt des offres, en constatant que la méthode utilisée était usuelle et en exposant la jurisprudence y relative. En cela, cette motivation est suffisante pour permettre au consortium recourant de discerner les motifs qui ont guidé le Tribunal cantonal et d'attaquer la décision en connaissance de cause. Par ailleurs, dans la mesure où le grief lié à la motivation insuffisante concerne l'établissement des faits ou l'appréciation des preuves, il se confond avec celui de l'arbitraire et sera examiné ci-après.

E. 4

En lien avec l'absence de communication au préalable de la méthode d'évaluation du critère du prix, le consortium recourant reproche à l'autorité précédente d'avoir arbitrairement retenu que la méthode utilisée pour l'adjudication en cause était la méthode couramment pratiquée par l'administration. En cela, il s'en prend à l'appréciation des preuves, en relation avec le principe de la transparence.

E. 4.1

En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que 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 (cf. ATF 141 IV 369 consid. 6.3 p. 375; 140 III 264 consid. 2.3 p. 266; 136 III 552 consid. 4.2 p. 560; arrêt 2C_722/2017 du 13 décembre 2017 consid. 2.1).

E. 4.2

Dans l'arrêt entrepris, le Tribunal cantonal mentionne, sans indiquer les éléments sur lesquels il fonde son affirmation, que la méthode linéaire utilisée dans le cadre de la présente soumission est la méthode usuelle de l'administration cantonale. Le consortium recourant reproche au Tribunal cantonal de s'être limité aux seules déclarations de l'administration et d'avoir écarté, sans raison valable, le document "Les Marchés publics de A à Z" édité par l'Etat du Valais, qui mentionne le recours à une autre méthode d'évaluation du prix pour les marchés de travaux.

E. 4.3

En l'occurrence, le document précité (consultable sur le site internet <https://www.vs.ch/web/marches-publics/manuels>), dans sa version de mai 2014, donne des recommandations sur les méthodes de notation, en présentant différentes possibilités d'évaluation, sans prétendre être exhaustif. Il ne comporte aucune injonction quant à la méthode à utiliser, mais précise que le Guide romand des marchés publics propose l'usage de la méthode dite au cube pour les marchés de travaux et de fourniture. Ce document ne

renseigne en revanche pas sur la méthode couramment utilisée par l'administration cantonale du Valais (cf. en particulier p. 59 à 60). Par ailleurs, le consortium recourant n'allègue pas que l'autorité précédente aurait négligé d'autres éléments de preuves propres à démontrer que l'administration n'utilisait pas régulièrement la méthode linéaire. Le Tribunal cantonal pouvait donc sans arbitraire se fonder sur les informations reçues de l'administration (cf. notamment mémoire de réponse du 16 novembre 2016 p. 6 et annexes; art. 118 al. 2 LTF) pour retenir que l'usage de cette dernière méthode était usuel.

E. 4.4

Le consortium recourant s'appuie sur le document "Les Marchés publics de A à Z" précité pour motiver une violation arbitraire du principe de la transparence et conclure au caractère arbitraire de la décision attaquée du fait que l'Etat du Valais s'écarterait de la méthode de notation du prix indiquée dans ce document. Une telle critique tombe à faux, du fait que, comme déjà mentionné, ledit document n'impose pas le recours à une méthode d'évaluation plutôt qu'à une autre et que l'on ne peut pas en déduire une pratique de l'administration. Le document invoqué ne permet donc aucunement de considérer que la décision querellée serait arbitraire ou violerait arbitrairement le principe de la transparence, selon lequel le pouvoir adjudicateur doit énumérer par avance les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions (cf. art. 5 al. 2 LMI ; art. 1 al. 3 let . c AIMP; ATF 143 II 553 consid. 7.7 p. 565 s.; 141 II 353 consid. 8.2.3 p. 374; 130 I 241 consid. 5.1 p. 248). Le Tribunal cantonal ayant retenu sans arbitraire que la méthode linéaire était une méthode couramment utilisée par l'administration (cf. supra consid. 4.3), il pouvait de façon soutenable considérer que la méthode en question ne devait pas être communiquée au préalable aux soumissionnaires et qu'ainsi le principe de la transparence avait été respecté (cf. ATF 130 I 241 consid. 5.1 p. 248; arrêt 2C_1196/2013 du 21 février 2014 consid. 2.4). Par ailleurs, le document en cause indique que l'adjudicateur ne doit pas communiquer aux soumissionnaires la méthode de notation du prix (p. 60).

E. 5

Le consortium recourant estime également qu'il a été pénalisé arbitrairement de quatre points. Il reproche à l'autorité précédente d'avoir évalué de façon arbitraire trois critères d'adjudication en lien avec les travaux réalisés en sous-traitance, à savoir les critères: "références pour des travaux similaires", "organisation pour le chantier et qualifications des personnes clés" et "cohérence et pertinence de l'offre (structuration, transparence et cohérence des documents de l'offre) ".

E. 5.1

A titre préliminaire, il convient de relever qu'en matière de marchés publics, l'autorité judiciaire a pour fonction de contrôler la correcte application du droit par le pouvoir adjudicateur en principe librement. Toutefois, lorsque le droit matériel laisse une grande liberté d'appréciation à ce dernier, ce qui est en particulier le cas dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres (cf. ATF 141 II 353 consid. 3 p. 362), le juge doit veiller à ne pas s'immiscer de façon indue dans la liberté de décision de l'autorité chargée de l'adjudication. L'autorité judiciaire ne peut ainsi intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur, ce qui en pratique peut s'assimiler à un contrôle restreint à l'arbitraire (ATF 141 II 353 consid. 3 p. 363 et les références citées). En l'occurrence, le Tribunal cantonal a confirmé l'appréciation de l'autorité adjudicatrice s'agissant de l'évaluation des critères de l'appel d'offres. Saisi d'un recours constitutionnel

subsidaire, le Tribunal fédéral devrait ainsi examiner si, ce faisant, les juges précédents ont renoncé de manière insoutenable à sanctionner un abus ou un excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur, ce qui, comme on vient de le voir, équivaut aussi à un contrôle sous l'angle de l'arbitraire. Une telle figure revient donc en pratique au contrôle d'un "arbitraire au carré". Or, selon la jurisprudence, le Tribunal fédéral s'interdit de restreindre son pouvoir d'examen à l'arbitraire au carré (" Willkür im Quadrat"; cf. ATF 116 III 70 consid. 2b p. 71 s.; 112 Ia 350 consid 1 p. 351; arrêt 2D_42/2016 du 3 octobre 2017 consid. 5.1 et autres références citées). Il conviendra donc de vérifier librement si le Tribunal cantonal a correctement estimé qu'il n'y avait pas d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation de la part de l'autorité adjudicatrice, autrement dit s'il a correctement appliqué la notion d'arbitraire (ATF 125 I 492 consid. 1a/cc p. 494; arrêt 2D_42/2016 du 3 octobre 2017 consid. 5.1 et autres références citées).

E. 5.2

Une décision est arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou contredit de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait concevable, voire préférable. Le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si sa décision apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain. Il ne suffit pas que les motifs de la décision soient insoutenables; encore faut-il que celle-ci soit arbitraire dans son résultat (ATF 141 III 564 consid. 4.1 p. 566; s'agissant plus précisément de l'appréciation des preuves et de l'établissement des faits, cf. supra consid. 4.1).

E. 5.3

Les juges cantonaux ont retenu qu'il était justifié de prendre en compte la part de sous-traitance lors de l'évaluation des trois critères en cause. Ils relèvent que l'offre du consortium recourant comportait la part de sous-traitance la plus élevée de toutes les offres déposées. Celle-ci était proche du maximum de 20% fixé dans les conditions générales du marché et ne désignait pas les sous-traitants en charge des travaux. Une diminution de la note à ce titre n'était ainsi pas critiquable.

E. 5.4

Le consortium recourant fait valoir que cette triple sanction pour les mêmes motifs est choquante dans la mesure où la sous-traitance était autorisée jusqu'à une part de 20%, sans restriction. Si le pouvoir adjudicateur entendait tenir compte négativement de la part de sous-traitance dans la note, il aurait dû l'indiquer dans l'appel d'offres, ce qu'il n'a pas fait. Selon le consortium recourant, un tel comportement viole le principe de la transparence et est arbitraire. Il conteste également que l'on puisse lui reprocher de ne pas avoir désigné les sous-traitants qui réaliseront les travaux, alors que l'appel d'offres n'exigeait une désignation définitive de ceux-ci qu'au moment de la conclusion du contrat et non du dépôt des offres. Le consortium recourant relève que le Tribunal cantonal n'a à tort pas pris en compte le fait que la liste des sous-traitants éventuels pour les travaux spéciaux avait été déposée avec son offre. Il souligne enfin que les sous-traitants précités étaient connus du bureau spécialisé d'appui au maître d'ouvrage qui assistait l'autorité adjudicatrice et que les travaux similaires pour les références qu'il avait présentées avaient été réalisés par un des sous-traitants figurant dans cette liste.

E. 5.5

En l'occurrence, sous l'angle de l'arbitraire, l'appréciation du Tribunal cantonal ne prête pas le flanc à la critique. En effet, il ressort des faits de l'arrêt entrepris que les deux travaux de références, qui pouvaient être considérés comme similaires, présentés par le consortium recourant pour le critère "références pour des travaux similaires", ont été réalisés par un sous-traitant. Or, pour un tel critère, il n'est pas choquant d'attribuer une note moins bonne au consortium recourant qui n'a pas lui-même réalisé les travaux de références, en particulier, lorsque, comme en l'espèce, il ne garantit pas que le même sous-traitant se chargera des travaux à venir. La liste de sous-traitants potentiels déposée par le consortium recourant ne permettait pas à cet égard de supprimer toute incertitude et le Tribunal cantonal pouvait ainsi estimer qu'en mettant la note de 4 sur 6 au recourant l'autorité adjudicatrice n'avait pas excédé son pouvoir d'appréciation. Par ailleurs, le fait que l'offre publique n'exclut pas le recours à des sous-traitants ne rend pas arbitraire une prise en compte de cet élément dans l'évaluation, notamment sous l'angle de la transparence. En particulier, pour le critère précité "références pour des travaux similaires", le consortium recourant devait s'attendre à être désavantagé dans la notation en présentant des travaux de référence réalisés par le biais d'un sous-traitant, sans pouvoir garantir que ce dernier se chargerait des travaux à venir. Au demeurant, la possibilité de faire appel à des sous-traitants et de les désigner au moment du dépôt de l'offre ne rend pas insoutenable la pénalisation du soumissionnaire qui, comme en l'espèce, recourt de façon importante à la sous-traitance, ni ne s'oppose à la prise en compte de cet élément pour l'évaluation de plusieurs critères. Sous cet angle, les notations des critères "organisation pour le chantier et qualifications des personnes clés" et "cohérence et pertinence de l'offre (structuration, transparence et cohérence des documents de l'offre)" ne peuvent être qualifiées de choquantes. Par ailleurs, même si une triple sanction devait apparaître excessive, il faudrait relever que le consortium recourant ne conteste pas la notation de l'adjudicataire et que la perte d'un seul des quatre points revendiqués ne lui permettrait donc pas de se placer au premier rang (4.44 points contre 4.41 pour le consortium recourant). Le grief d'évaluation arbitraire des critères d'adjudication doit partant être écarté.

E. 6

Le constat qui précède permet de conclure au rejet du recours, sans qu'il soit besoin d'examiner les griefs relatifs à la non-conformité de l'offre du consortium adjudicataire et à la violation de l'égalité de traitement, en lien avec l'engagement a minima de deux coffrages-outils requis par l'appel d'offres. En effet, donner raison au consortium recourant sur ce point conduirait certes à écarter l'offre de l'adjudicataire, mais sans pour autant lui permettre d'obtenir le marché, puisqu'il occupe le troisième rang et qu'il ne remet pas en question l'évaluation du soumissionnaire placé devant lui au deuxième rang. L'admission du grief "non-conformité de l'offre du consortium adjudicataire" formulé par le consortium recourant ne conduirait ainsi pas à une modification de la décision en sa faveur, de sorte qu'il n'y a pas à l'examiner.

E. 7

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours constitutionnel subsidiaire. Les frais judiciaires seront mis solidairement à la charge des membres du consortium recourant qui succombe (art. 66 al.1 LTF). Les membres du consortium intimé, qui ont obtenu gain de cause avec l'aide d'un mandataire professionnel, ont droit à une équitable indemnité de partie à charge des membres du recourant solidairement entre eux (art. 68 al.

1 et 2 LTF). 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.