

BGer 2D 63/2011 vom 16. Februar 2012

Bundesgericht, 2012-02-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_63_2011

FR: TF 2D 63/2011 du 16 février 2012

IT: TF 2D 63/2011 del 16 febbraio 2012

Regeste

Adjudication | Droit fondamental

Erwägungen

E. 1.1

La cause relève du droit des marchés public public (art. 82 let. a et 83 lettre f LTF). L'arrêt attaqué émane d'un tribunal cantonal supérieur statuant en dernière instance, sans qu'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral ne soit ouvert (art. 86 al. 1 lettre 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'art. 83 let. f LTF. Il découle a contrario de cette disposition que 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 135 II 49 ; 134 II 192 consid. 1.2 p. 194 s.; ATF 133 II 396 consid. 2.1 p. 398). Il incombe au recourant, sous peine d'irrecevabilité, de démontrer la réalisation de ces deux conditions (cf. ATF 133 II 396 consid. 2.2 p. 398 s.). La présente cause a trait, de l'aveu même de la recourante, uniquement à la constatation des faits et à l'appréciation des preuves, qu'elle juge arbitraires et contraires au principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires sur plusieurs points. C'est donc à bon droit qu'elle agit par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, la cause ne concernant pas une question juridique de principe.

E. 1.2

En tant que partie à la procédure cantonale, le recourant dispose de la qualité pour recourir s'il peut justifier d'un intérêt juridique à obtenir l'annulation ou la modification de la décision attaquée (cf. art. 115 lettres a et b LTF). Ces conditions sont remplies dans le cas de la recourante, dès lors que l'arrêt attaqué a annulé la décision de l'adjudicateur qui lui avait attribué le marché et que ce dernier n'a pu conclure aucun contrat d'entreprise en raison de l'effet suspensif accordé au recours devant le Tribunal cantonal, comme devant le Tribunal fédéral.

E. 1.3

Pour le surplus, déposé en temps utile (art. 100 al. 1 et 117 LTF) à l'encontre d'une décision émanant d'une autorité cantonale judiciaire supérieure (art. 113 LTF), le recours est en principe recevable comme recours constitutionnel subsidiaire.

E. 2.1

0.5 1

E. 2.2

E. 2.3

0.54

E. 2.4

3 (ou 1) 3 (ou 1) Cela a pour résultat que, soit la note de la recourante est réduite seulement à 0.75 ($0.5+1+0.5+3\times 15\%$) et celle de l'intimée n'est pas modifiée soit, avec la notation 1 des deux entreprises pour le sous-critère 2.4, ces notes sont fixées respectivement à 0.45 ($0.5+1+0.5+1\times 15\%$) et 1.05 ($1+1+4+1\times 15\%$). Dans les deux cas, l'écart entre la recourante et l'intimée pour le critère 2 est de 0.6 et non de 0.9, comme l'a admis le Tribunal cantonal. Au niveau total des points, cela signifie que c'est bien la recourante qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse au sens de l' art. 31 al. 1 OMP /VS, puisqu'avec la notation 3 au sous-critère 2.4, elle obtient un total de 9.02 points ($6.77+0.75+1.5$) contre 8.73 points ($5.88+1.35+1.5$) à Z. _____ SA, voire un total de 8.72 points ($6.77+0.45+1.5$) contre 8.43 points à l'intimée ($5.88+1.05+1.5$) avec la notation 1 au sous-critère 2.4. L'adjudication du marché du CFC 282.5 doit dès lors revenir à la recourante, conformément à la décision du 4 mai 2011 qui doit être confirmée.

E. 3.1

Dans ce domaine, la loi valaisanne du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LcAIMP; RSVS 726.1), ainsi que l'ordonnance cantonale du 11 juin 2003 sur les marchés publics (OMP/VVS; RSVS 726.100) 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; arrêt 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. Cela revient pratiquement à limiter le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral à l'arbitraire (arrêt 2D_15/2011, précité, 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).

E. 3.3

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). Le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique est spécifiquement garanti à l' art. 27 Cst. En vertu de ce principe, les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique (concurrents directs) sont prohibées (ATF 130 I 26 consid. 6.3.3.1 p. 53; arrêt 2D_15/20114, précité, consid. 3.3 et arrêt 2C_116/2011 du 29 août 2011 consid. 7.1).

E. 4.1

La recourante reproche tout d'abord à la juridiction cantonale d'avoir apprécié de manière arbitraire les pièces et les preuves en sa possession lorsqu'elle a tranché son grief relatif aux 10 points, attribués à Z._____ SA pour le critère 3 "expérience de l'entreprise", car l'intimée n'avait pas produit une liste de travaux correspondant au cahier de soumission qui précisait bien "références travaux semblables depuis 2000". Ce faisant, elle aurait violé les droits conférés aux soumissionnaires évincés par l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RS 172.056.5), plus particulièrement les principes de non-discrimination, de l'égalité de traitement et de l'impartialité de l'adjudication (art. 1er al. 3 AIMP).

E. 4.2

En l'espèce, l'adjudicateur a jugé excellente l'expérience de six entreprises soumissionnaires, parmi lesquelles X._____ SA et Z._____ SA, et leur a attribué le maximum de 10 points, soit la note 1.50. En confirmant cette appréciation, le Tribunal cantonal n'a pas suivi l'argumentation de la recourante qui visait à réduire l'expérience de l'intimée à 6 points, soit à la note 0.9. Il a certes reconnu que la liste de travaux produite par celle-ci ne comportait, contrairement à celle de l'adjudicataire, aucun établissement scolaire ni revêtement en bois ou en dérivés du bois, mais uniquement des travaux de charpente. Toutefois, il a estimé que l'on pouvait se fonder sur une appréciation globale de l'entreprise, car le cahier de soumission ne posait aucun élément particulier pour illustrer l'expérience d'un candidat. Un tel raisonnement n'est sans doute pas insoutenable dans le contexte dans lequel s'est faite l'évaluation des entreprises soumissionnaires. Il n'en demeure pas moins que les "références de l'entreprise pour travaux semblables après 2000" faisaient expressément partie des documents à remettre avec l'offre, au même titre que la liste du personnel et sa qualification, ainsi que des diplômes ou autres documents pour le cadre responsable du chantier. Alors qu'ils ont examiné en détail ces deux dernières productions pour admettre le recours de Z._____ SA, les premiers juges ne pouvaient donc pas, sans violer le principe de l'égalité de traitement, s'abstenir de déterminer l'importance des références produites et leur portée sur les travaux à effectuer, tout en tenant compte d'autres éléments comme le chiffre d'affaires annuel, le nombre de personnes employées ou les autres chantiers de construction en bois. Les références plus documentées et plus en rapport avec les travaux à effectuer produites par la recourante auraient en effet peut-être conduit à s'écarter de la note 1.5 attribuée par l'adjudicateur aux deux entreprises et rectifier à la baisse la note de l'intimée. Il n'est cependant pas nécessaire d'examiner cette question plus avant dans la mesure où le recours doit de toute façon être admis pour les motifs ci-après.

E. 5

La recourante allègue les mêmes violations que précédemment (cf. consid. 4.1) à propos de la notation des sous-critères 2.4 "qualification équipe d'exécution de l'ouvrage" et 2.1 "effectif total de l'entreprise".

E. 5.1

En ce qui concerne la qualification de l'équipe d'exécution, la Cour cantonale a réduit les points de la recourante de 3 à 1 parce que, sur les 6 personnes inscrites par X._____ SA pour son équipe de projet, elle ne produisait qu'un seul CFC (celui de E._____) et se bornait à signaler l'expérience pour F._____ et G._____, sans joindre de pièces, alors que les copies de titres devaient obligatoirement être jointes à l'offre.

E. 5.1.1

La recourante relève que le cahier de soumission ne prévoyait la production des diplômes ou autres documents que pour le cadre responsable du suivi du chantier, mais non pour les autres collaborateurs. Elle se plaint aussi d'une inégalité de traitement parce que, dans la procédure de recours, la juridiction cantonale a refusé de reconnaître les documents produits pour l'expérience professionnelle de G._____ et le CFC de H._____, mais a admis que Z._____ SA avait annoncé 9 personnes pour l'équipe affectée au projet et produit trois copies de diplômes pour les maîtrises de I._____, J._____ et K._____, alors que le diplôme de J._____ n'avait pas été fourni dans le cadre de soumission, mais lors des déterminations finales devant le Tribunal cantonal. Elle a ainsi traité de manière totalement opposée des situations identiques sans qu'aucun fait important ne le justifie, ce qui constituerait aussi une violation du principe de l'impartialité de l'adjudication.

E. 5.1.2

Il faut reconnaître avec la recourante que le cahier de soumission n'exigeait la production de diplômes que pour le responsable du chantier, soit le sous-critère 2.3, pour lequel la notation variait de 4 pour les diplômes et maîtrise dans la branche concernée, points obtenus par l'intimée, à 0.5 pour un CFC en dehors de la branche concernée, obtenu par la recourante. Ce sous-critère n'est cependant pas litigieux. Reste que si la production des diplômes n'était peut-être pas obligatoire pour les autres membres de l'équipe, elle servait de preuve pour les qualifications professionnelles de l'équipe affectée au projet, telles qu'indiquées dans l'offre, en particulier pour apprécier le sous-critère 2.4, prévoyant 3 points pour un rapport entre "diplômes + CFC et total supérieur à 1/3" et 1 point pour le rapport "diplômes + CFC et total inférieur à 1/3". Cela étant, l'art. 14 al. 1 OMP /VS prévoit expressément que, sous réserve d'erreurs manifestes, l'offre ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai de soumission. La juridiction cantonale n'avait donc pas à prendre en considération des diplômes ou CFC déposés après coup par l'intimée, ce qu'elle a d'ailleurs refusé de faire pour la recourante, en retenant que celle-ci avait omis de joindre à son offre les diplômes ou certificats de G._____ et H._____, sans prendre en considération l'organigramme de l'entreprise produit. Elle a en revanche considéré que l'intimée avait cité 9 personnes pour l'équipe affectée au projet, dont 3 disposaient d'une maîtrise (I._____ -J._____ -L._____), ce qui était documenté par des copies de diplômes, bien que toutes n'aient pas été produites dans le délai de soumission, et par un organigramme, de sorte qu'il y avait lieu de confirmer les 3 points que lui avait attribués l'adjudicateur. Cette façon de procéder a donc manifestement favorisé l'entreprise Z._____ SA, au détriment de la recourante, dont l'organigramme n'a pas été pris en compte. Au surplus, en retenant que l'intimée remplissait la condition "rapport entre

diplômes + CFC > 1/3" avec les 3 personnes mentionnées sur 9, la Cour cantonale a donné une interprétation extensive et discutable de ce sous-critère qui exige que le rapport précité soit supérieur à un tiers pour obtenir 3 points.

E. 5.1.3

Il s'ensuit que les motifs du Tribunal cantonal pour s'écarter de l'appréciation faite par l'adjudicateur du sous-critère 2.4 pour la seule recourante, aboutissent à un résultat arbitraire et contraire à l'égalité de traitement qui doit prévaloir entre soumissionnaires (cf. art. 1er al. 2 AIMP). Pour ce sous-critère, il y avait lieu en effet, soit de confirmer les 3 points attribués par l'adjudicateur aux deux entreprises, soit de réduire leur évaluation à 1, mais pour chacune d'elles.

E. 5.2

Pour le sous-critère 2.1 "effectif total de l'entreprise," le Tribunal cantonal a estimé que la recourante disposait de moins de 20 personnes en Valais, car il n'y avait pas lieu de tenir compte du personnel de sa société soeur, qui n'avait pas soumissionné. Il a ainsi réduit de 1 à 0.5 point l'évaluation de la recourante qui avait été faite par l'adjudicateur. A ce propos, la recourante soutient uniquement que la société soeur peut mettre à sa disposition de la main-d'oeuvre qualifiée que celle-ci gère et paie elle-même, mais ne démontre pas en quoi le Tribunal cantonal serait tombé dans l'arbitraire en admettant que le personnel d'une société qui n'était pas soumissionnaire n'avait pas à être pris en considération. Faute de répondre aux exigences de motivation de l' art. 106 al. 2 LTF et de la jurisprudence, ce grief n'a dès lors pas à être examiné.

E. 5.3

Dans ces conditions, la notation pour le critère 2 "qualification de l'entreprise" s'établit finalement comme suit: X. _____ SA Z. _____ SA

E. 6

Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis dans la mesure où il est recevable et l'arrêt attaqué annulé. Partant, la décision du Comité de direction du Groupement Y. _____ du 4 mai 2011, attribuant le marché du CFC 282.5 à la recourante est confirmée. L'affaire sera renvoyée au Tribunal cantonal pour qu'il fixe à nouveau les frais et dépens de la procédure qui s'est déroulée devant lui (art. 67 et 68 al. 5 LTF). Succombant, l'intimée doit supporter les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF) et verser à la recourante une indemnité à titre de dépens (art. 68 al. 1 et 2 LTF). En sa qualité d'organisation chargée d'une tâche de droit public, l'adjudicateur n'a en revanche 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.