

BGer 2P.148/2006 vom 2. Oktober 2006

Bundesgericht, 2006-10-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2P.148_2006

FR: TF 2P.148/2006 du 2 octobre 2006

IT: TF 2P.148/2006 del 2 ottobre 2006

Regeste

Art. 8, 9, 29 et 50 Cst. (Soumission) | Droit fondamental

Erwägungen

E. 1.1

Rendu par la dernière autorité judiciaire cantonale, l'arrêt attaqué met définitivement fin au litige dans la mesure où il adjuge le marché à la Société. Dans cette mesure, le recours satisfait aux conditions des art. 86 et 87 OJ .

E. 1.2

Selon l' art. 88 OJ , le recours de droit public est ouvert aux particuliers et aux collectivités lésés par des arrêtés ou des décisions qui les concernent personnellement ou qui sont d'une portée générale. D.a Le recours de droit public est conçu pour la protection des droits constitutionnels des citoyens (art. 84 al. 1 lettre a OJ). Il doit permettre à ceux qui en sont titulaires de se défendre contre toute atteinte à leurs droits de la part de la puissance publique. De tels droits ne sont normalement reconnus qu'aux citoyens, à l'exclusion des collectivités publiques. Ainsi, les communes ne peuvent, en principe, pas agir par la voie du recours de droit public en matière de marchés publics, car elles n'ont pas la possibilité, comme le ferait un particulier, de demander des offres et d'adjuger des travaux en toute liberté, mais sont tenues d'appliquer les procédures et les principes prévus en la matière et de se soumettre à un contrôle juridictionnel. Il y a toutefois lieu de faire une exception lorsque, par la voie du recours de droit public, elles se plaignent d'une violation de leur autonomie garantie par la Constitution fédérale dans les limites fixées par le droit cantonal (cf. art. 50 al. 1 en relation avec l' art. 189 al. 1 lettre b Cst.); il suffit alors qu'elles allèguent une telle violation, la question de savoir si elles sont réellement autonomes dans le domaine en cause étant une question de fond et non de recevabilité. En ce cas, elles peuvent aussi se prévaloir, mais à titre accessoire seulement, de la violation des droits constitutionnels autrefois déduits de l' art. 4 aCst. (interdiction de l'arbitraire, égalité, bonne foi, ...), dans la mesure où ces moyens sont en relation étroite avec l'atteinte à leur autonomie (cf. ATF 131 I 91 consid. 1 p. 93; 129 I 313 consid. 4.1 et 4.2 p. 318/319; 125 I 173 consid. 1b p. 175 et les arrêts cités). En l'espèce, dès l'instant où la recourante se plaint d'une violation de son autonomie, elle est recevable à agir sous l'angle de l' art. 88 OJ ; par ailleurs, on peut admettre que les autres moyens qu'elle soulève sont directement en relation avec cette violation, si bien qu'il y a également lieu d'entrer en matière sur ceux-ci.

E. 1.3

Pour le surplus, formé en temps utile et dans les formes prescrites, le recours est recevable, sous réserve de la conclusion portant sur le renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouveau jugement au sens des considérants: de nature purement cassatoire, le recours de

droit public ne peut, en effet, sous réserve d'exceptions non réalisées en l'espèce, tendre qu'à l'annulation de la décision attaquée (cf. ATF 132 I 68 consid. 1.5 p. 71; 132 III 291 consid. 1.5 p. 294; 131 I 166 consid. 1.3 p. 169 et les arrêts cités).

E. 2

La Constitution du 24 mai 1874 du canton de Genève (Cst./GE) règle l'organisation des communes et des autorités communales aux art. 144 ss. Le principe de l'autonomie communale n'y est pas expressément mentionné, mais est consacré par l'art. 2 de la loi cantonale du 13 avril 1984 sur l'administration des communes (LAC) par la formule suivante: "l'autonomie communale s'exerce dans les limites de l'ordre juridique et plus particulièrement des compétences cantonales et fédérales, ainsi que du pouvoir de surveillance auquel la commune est soumise." Aux termes de l'art. 162 al. 1 Cst./GE, chaque commune doit être pourvue d'établissements pour l'instruction primaire et subvient, concurremment avec l'Etat, aux frais de leur création et de leur entretien. La loi cantonale du 6 novembre 1940 sur l'instruction publique (LIP) précise que les communes doivent avoir au moins une école enfantine et une école primaire (art. 34) et fournir les bâtiments, les terrains accessoires et le mobilier nécessaires à l'enseignement et à la gymnastique (art. 36). Le règlement cantonal du 19 novembre 1997 sur la passation des marchés publics en matière de construction (RMPC) s'applique notamment à la passation des marchés publics de construction de bâtiments (cf. art. 1er RMCP en relation avec son annexe 1) adjugés par les communes genevoises (cf. art. 3 RMCP en relation avec son annexe 2). Il pose un certain nombre de principes généraux applicables à tous les marchés publics (cf. art. 7 ss RMCP), mais laisse à l'adjudicateur une grande liberté d'appréciation, notamment dans le choix de la procédure (cf. art. 14 ss RMCP) et des critères d'adjudication (cf. art. 39 RMCP), ainsi que dans l'adjudication proprement dite (cf. art. 36, 37, 40, et 41 RMCP). En conséquence, il faut admettre que la recourante dispose d'une véritable autonomie pour organiser et conduire la procédure d'adjudication litigieuse, si bien qu'elle peut se plaindre tant des excès de compétence du Tribunal administratif que de l'application arbitraire des règles applicables en matière de marchés publics.

E. 3.1

Le Tribunal administratif a constaté que l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP), entré en vigueur le 9 décembre 1997 pour le canton de Genève, ne s'appliquait pas au présent litige, la valeur seuil prévue à l'art. 7 al. 1 lettre a dudit accord n'étant pas atteinte par le marché en cause. Il s'est, par ailleurs, estimé incompétent pour examiner la conformité de la décision d'adjudication litigieuse avec les dispositions légales ou réglementaires cantonales, car l'art. 50 RMCP prévoit que les décisions rendues dans le cadre de l'adjudication d'un marché non soumis à l'accord intercantonal ne sont pas sujettes à recours. Néanmoins, il a jugé qu'en matière de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures ou des travaux, l'art. 5 al. 2 LMI institue à la charge des communes une obligation de transparence afin, notamment, de garantir un degré de publicité adéquat favorisant l'ouverture du marché à la concurrence et permettant le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication. Lorsqu'un marché doit faire l'objet d'un appel d'offres selon la disposition précitée, le pouvoir adjudicateur est ainsi tenu, toujours selon le Tribunal administratif, d'énumérer par avance tous les critères d'aptitude et d'adjudication qui seront pris en considération et de spécifier clairement d'emblée l'ordre de priorité des critères, de telle sorte que la manière dont l'évaluation a été effectuée par le pouvoir adjudicateur puisse être contrôlée par l'autorité de recours. A la

lumière de ces principes, les premiers juges ont retenu trois irrégularités. Premièrement, ils ont constaté que le Consortium avait complété sa soumission après l'ouverture des offres, en déterminant le contenu de la variante finalement choisie par la Commune directement avec cette dernière, en violation du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires. Deuxièmement, ils ont estimé qu'en écartant l'offre de la Société, pourtant la meilleur marché, pour le seul motif que le planning proposé lui convenait moins que celui de son concurrent, la Commune avait privilégié ce critère d'une manière inadmissible et contraire au principe de la transparence. Enfin, ils ont jugé que la manière dont la Commune avait évalué le critère du planning consacrait un abus manifeste de son large pouvoir d'appréciation.

E. 3.2

Selon la recourante, la loi sur le marché intérieur ne constitue qu'une loi-cadre orientée vers la protection des soumissionnaires externes et l'unification du marché suisse, mais ne vise pas à s'immiscer dans les réglementations cantonales; elle se borne à garantir le respect de certains principes généraux, tels l'impartialité, la transparence et l'égalité de traitement entre soumissionnaires, et ne prévoit "en aucun cas, s'agissant d'une loi-cadre, des processus stricts et des protocoles à mettre en place". Aussi bien la recourante estime-t-elle qu'en "mentionnant globalement les principes émanant de la LMI mais sans réellement expliquer dans quelle mesure ils auraient été violés, le Tribunal administratif retient à tort une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement entre soumissionnaires [... et] exige en réalité l'application des processus définis par les Accords OMC et l'AIMP, respectivement de l'intégralité des règlements d'application fédéraux et cantonaux y relatifs, alors précisément que ces normes ne s'appliquent pas au marché public litigieux". Dans la mesure où la recourante chercherait par cette argumentation à mettre en cause la compétence des premiers juges de se saisir du litige, il est douteux que son grief, articulé sur un mode appellatoire et de manière confuse, réponde aux exigences de motivation déduites de l'art. 90 al. 1 lettre b OJ (cf. ATF 130 I 258 consid. 1.3 p. 261, 26 consid. 2.1 p. 31; 129 I 113 consid. 2.1 p. 120; 125 I 71 consid. 1c p. 76 et les arrêts cités), surtout lorsque le Tribunal fédéral est, comme en l'espèce, saisi d'un recours pour arbitraire fondé sur l'art. 9 Cst. (cf. ATF 128 I 295 consid. 7a p. 312; 125 I 492 consid. 1b p. 495 et les arrêts cités). La question peut cependant rester indécise. En effet, même si elle n'était pas soumise à l'Accord intercantonal sur les marchés publics, la procédure litigieuse n'échappait pas, contrairement à l'opinion de la recourante, à toute réglementation: elle devait notamment respecter les dispositions générales des art. 7 ss RMCP, ainsi que les art. 48 à 50 RMCP. Certes, les premiers juges ont estimé qu'ils ne pouvaient pas vérifier l'application de ces dispositions en vertu de l'art. 50 RMCP, qui exclut tout recours contre les décisions rendues dans le cadre de l'adjudication de marchés non soumis à l'accord intercantonal. Ils se sont toutefois déclarés compétents pour vérifier la conformité de l'attribution du marché litigieux avec les art. 3 et 5 LMI. Or, cette compétence découle effectivement de l'art. 9 al. 1 et 2 LMI, dans sa teneur en vigueur, s'agissant du présent cas, jusqu'au 30 juin 2006 (RO 1996 II 1741; cf. ATF 125 I 406 consid. 2 p. 408 ss; Evelyne Clerc, in: Commentaire Romand, Concurrence, ch. 3, 35, 46 et 79 ad art. 9 LMI). Le moyen tiré de l'incompétence du Tribunal administratif est donc mal fondé.

E. 3.3

La recourante conteste également avoir violé les principes de la transparence et de l'égalité de traitement entre soumissionnaires. Elle soutient que le projet de variante sur lequel s'est

porté son choix a été déposé en temps utile par le Consortium, en ce sens que "seuls ne figuraient pas au dossier les détails techniques de la variante", mais que le prix y était annoncé et que la présentation des autres critères (délais d'exécution, organisation, expérience, présentation et qualité des dossier) ne différait pas par rapport à la soumission principale. Quoi que laisse entendre la recourante, les "détails techniques" ne sont pas des éléments de peu d'importance quand il s'agit d'apprécier une offre portant sur la construction d'un ouvrage tel que celui en cause, même si son implantation est prévue pour être provisoire. Les premiers juges pouvaient dès lors sans arbitraire considérer que le Consortium avait déposé une offre de variante incomplète, d'autant que le cahier des charges précisait expressément ceci (p. 2): "Toute variante aux systèmes structures ou assemblages proposés devra être décrite et chiffrée séparément en complément du présent document. La proposition de variante ne désoblige pas le soumissionnaire de remplir totalement la soumission." Qu'avant l'ouverture des offres un fournisseur ou un sous-traitant du Consortium ait envoyé à ce dernier, comme le soutient la recourante, la description technique qui faisait défaut dans la soumission, ne change rien au fait qu'à l'échéance du délai fixé pour sa remise, l'offre du Consortium était incomplète. La recourante critique aussi l'appréciation selon laquelle l'offre de la Société était plus précise et, partant, meilleure, que celle déposée par le Consortium sur la question du planning. Elle se défend aussi d'avoir privilégié ce critère d'une manière excessive et contraire au principe de la transparence; à cet égard, elle souligne que la durée prévue des travaux allait "quasiment du simple au double" entre l'offre du Consortium (deux mois et trois semaines) et celle de la Société (cinq mois). Il est douteux que ce grief, formulé d'une manière appellatoire, soit recevable au regard de l' art. 90 al. 1 lettre b OJ . Quoi qu'il en soit, dans la mesure où elle fixe un agenda précis des travaux à effectuer, avec les dates du début et de la fin des différentes interventions et la mention, comme exigé, des effectifs prévus en matière de personnel, l'offre de la Société pouvait sans arbitraire être considérée, sur ce point, comme meilleure que celle du Consortium, qui se contente d'indiquer ceci pour les dates d'intervention, sans même préciser les effectifs prévus: "A convenir selon planning" (sur ce point, cf. mutatis mutandis arrêt du 17 juin 2005, 2P.219/2003, consid. 3). Au demeurant, le montage du pavillon préfabriqué devait, selon le cahier des charges (cf. ch. 10.3.1), se faire entre le 27 février et le 12 mai 2006. Or, la Société a expressément indiqué qu'elle était en mesure de respecter ce planning, soit d'entreprendre dès la date prévue à cet effet par le maître de l'ouvrage les travaux de montage, et de les mener à bien dans des délais respectivement de sept semaines pour l'ossature en bois et d'une semaine pour l'ossature en métal. De son côté, le Consortium a simplement indiqué que ces deux étapes du montage ainsi que l'étape précédente portant sur la préfabrication des structures en atelier exigeaient, au total, deux mois et demi de travail. En l'absence d'autres indications, rien ne permet donc d'affirmer que le Consortium pouvait finir plus tôt que sa concurrente les travaux ici mis en soumission qui ne pouvaient de toute façon, selon le propre planning de la Commune, pas débiter en chantier avant le 27 février 2006.

E. 3.4

La recourante fait encore valoir que la soumission de la Société aurait dû être écartée, car elle était incomplète au moment de son dépôt, contenant des attestations périmées qui n'ont été régularisées que plus tard. Comme les premiers juges n'ont pas examiné ce point, elle se plaint d'une violation de son droit d'être entendue. Toutefois, contrairement à ce qu'elle affirme, la recourante n'a pas soulevé ce moyen devant le Tribunal administratif, mais s'est contentée, dans la partie "En fait" de sa réponse au recours, de relever qu'elle avait "fait

preuve de beaucoup de souplesse vis-à-vis [de la Société], acceptant de sa part qu'elle fournisse des attestations conformes dans les jours suivant [sic] l'ouverture publique des soumissions". La recourante est dès lors malvenue de se plaindre d'un prétendu vice qu'elle n'a pas contesté, mais a semble-t-il elle-même considéré comme réparé en procédure cantonale. Quoi qu'il en soit, le droit d'être entendu n'oblige pas l'autorité judiciaire saisie d'un recours de répondre à chacun des motifs allégués; elle peut, au contraire, se limiter aux points essentiels pour la décision à rendre (cf. ATF 130 II 530 consid. 4.3 p. 540, 473 consid. 4.1 p. 477; 129 I 232 consid. 3.2 p. 236 et les arrêts cités). Or, les premiers juges pouvaient, d'une manière exempte d'arbitraire, implicitement considérer que la prétendue informalité affectant l'offre de la Société était peu grave et que, comme telle, elle n'était pas de nature à justifier la mise à l'écart de ce soumissionnaire, conformément à une saine et juste application du principe de la proportionnalité (cf. arrêt du 28 juin 2006, 2P.97/2005, consid. 2).

E. 3.5

Enfin, la recourante voit une application arbitraire de l'art. 63 al. 3 de la loi cantonale du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA) dans le fait que le Tribunal administratif a admis le recours et réformé la décision attaquée au lieu de lui renvoyer l'affaire pour nouvelle décision. Cette disposition a la teneur suivante: "si la juridiction administrative admet le recours, elle réforme la décision attaquée ou l'annule. Si elle le juge nécessaire, elle peut renvoyer l'affaire à l'autorité qui a statué pour nouvelle décision." Cette formulation laisse assurément une marge d'appréciation importante au Tribunal administratif pour décider, en cas d'admission du recours, s'il statue lui-même sur la cause ou s'il renvoie celle-ci à l'autorité précédente pour nouvelle décision. Cette marge d'appréciation reste dans les limites de l'art. 9 LMI, qui autorise le juge des marchés publics tenu d'annuler une décision de se passer d'un renvoi lorsque les faits sont établis et que la nouvelle décision peut être prise directement (cf. Clerc, op. cit., ch. 88 ad art. 9 LMI). Du moment que les premiers juges s'estimaient suffisamment renseignés et que la recourante n'établit pas qu'ils ne le fussent pas, on ne voit dès lors pas en quoi ils seraient tombés dans l'arbitraire en statuant directement eux-mêmes sur le recours, d'autant que la recourante avait elle-même particulièrement insisté sur l'importance à réaliser au plus vite les travaux, de manière à respecter le planning prévu.

E. 4

En tous points mal fondé, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Succombant dans une procédure d'adjudication où elle est intervenue comme pouvoir adjudicateur, la Commune doit supporter les frais de justice, car son intérêt pécuniaire est en cause (cf. art. 156 al. 2 OJ; arrêt du 31 mai 2000, 2P.342/1999, consid. 6 reproduit in Zbl 2001 p. 312 ss, p. 319). Vu son rôle limité en procédure fédérale, le Consortium est dispensé de payer des frais de justice. Quant à la Société, qui n'est plus représentée devant le Tribunal fédéral et s'est contentée de déposer une brève détermination concernant la requête d'effet suspensif, elle n'a pas droit à des dépens (cf. art. 159 al. 1 OJ).