

BGer 2P.73/2004 vom 22. November 2004

Bundesgericht, 2004-11-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2P.73_2004

FR: TF 2P.73/2004 du 22 novembre 2004

IT: TF 2P.73/2004 del 22 novembre 2004

Regeste

soumission | Droit fondamental

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

E. 1.1

Le recours de droit public formé pour violation des droits constitutionnels (art. 84 al. 1 lettre a OJ) n'est recevable qu'à l'encontre des décisions prises en dernière instance cantonale qui revêtent un caractère final (c'est-à-dire qui mettent fin à la procédure, par opposition aux décisions préjudicielles ou incidentes; cf. art. 86 al. 1 et 87 OJ). Il suppose, en principe, un intérêt juridique personnel à l'annulation de la décision attaquée, respectivement à l'examen des griefs soulevés. L'intérêt au recours doit être actuel et pratique, en ce sens qu'il doit encore exister au moment où statue le Tribunal fédéral, lequel se prononce sur des questions concrètes et non théoriques (ATF 127 III 41 consid. 2b p. 42; 125 I 394 consid. 4a p. 397; 125 II 86 consid. 5b p. 97 et les références citées).

E. 1.2

Non susceptible de recours au plan cantonal, l'arrêt attaqué a eu pour conséquence d'écartier définitivement X. _____ de la procédure d'adjudication concernant le marché litigieux. Le prénommé dispose donc d'un intérêt personnel et juridiquement protégé à obtenir l'annulation dudit arrêt afin d'être réintégré dans la procédure en vue d'obtenir le marché. Certes, le Service cantonal a déjà procédé à l'adjudication, sans qu'on sache si le recourant a également attaqué cette décision; on ignore également si le contrat a déjà été conclu avec l'adjudicataire. Peu importe toutefois. En effet, à supposer que tel soit le cas, il y aurait de toute façon lieu de faire exception à la nature cassatoire du recours de droit public et d'admettre que le recourant dispose d'un droit à faire constater l'illicéité de la "décision contestée" au sens de l'art. 9 al. 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) (cf. ATF 125 II 86 consid. 5b p. 97). Par "décision contestée", il ne faut pas entendre la décision - ici attaquée - de dernière instance cantonale confirmant l'exclusion du recourant de la procédure; si le recours est admis, cette décision doit certes être annulée, ne serait-ce que pour permettre de corriger la répartition des frais. Mais seule la décision d'adjudication peut faire l'objet d'une constatation quant à sa licéité. Autrement dit, en cas d'admission du recours, en plus d'annuler la décision attaquée, le Tribunal fédéral doit constater l'illicéité de la décision d'adjudication, pour autant que cette question soit en état d'être jugée; si tel n'est pas le cas, il doit se borner à annuler la décision attaquée, à charge pour les autorités cantonales concernées de constater l'éventuelle illicéité de la

décision d'adjudication (cf. ATF 130 I 258 consid. 1.2 p. 261).

E. 1.3

C'est dans le sens et la mesure de ce qui précède qu'il convient d'interpréter les conclusions du recourant et d'entrer en matière sur le recours, sous réserve que les griefs soulevés répondent aux exigences de motivation de l' art. 90 al. 1 lettre b OJ .

E. 2

Selon la jurisprudence déduite de l' art. 90 al. 1 lettre b OJ , l'acte de recours doit, à peine d'irrecevabilité, contenir un exposé succinct des droits constitutionnels ou des principes juridiques violés et préciser en quoi consiste la violation. Lorsqu'il est saisi d'un recours de droit public, le Tribunal fédéral n'a donc pas à vérifier de lui-même si l'arrêt entrepris est en tous points conforme au droit et à l'équité. Il n'examine que les griefs d'ordre constitutionnel invoqués et suffisamment motivés dans l'acte de recours. Le recourant ne saurait se contenter de soulever de vagues griefs ou de renvoyer aux actes cantonaux (ATF 125 I 71 consid. 1c p. 76; 115 Ia 27 consid. 4a p. 30; 114 Ia 317 consid. 2b p. 318). En outre, dans un recours pour arbitraire fondé sur l' art. 9 Cst. , l'intéressé ne peut se contenter de critiquer l'arrêt attaqué comme il le ferait dans une procédure d'appel où l'autorité de recours peut revoir librement l'application du droit. Il doit préciser en quoi cet arrêt serait arbitraire, ne reposerait sur aucun motif sérieux et objectif, apparaîtrait insoutenable ou heurterait gravement le sens de la justice (cf. ATF 128 I 295 consid. 7a p. 312; 125 I 492 consid. 1b p. 495 et les arrêts cités).

E. 3.1

Au terme d'une longue démonstration où il s'emploie à établir la portée respective des art. 7 al. 2 AIMPu (clause de minimis) et 45 al. 1 lettre a ORN (valeur seuil à partir de laquelle l'appel d'offres public est obligatoire) et le rapport existant entre ces deux dispositions, le recourant arrive à la conclusion que "le marché relatif à la pose de glissières sur le tronçon neuchâtelois de la N5 n'a jamais été soumis à une procédure ouverte, alors que les valeurs seuils de l'ensemble dudit marché étaient largement dépassées". Il en déduit que "seule une soumission partielle" était à même de préserver ses droits, si bien qu'il pouvait, comme il l'a fait, soumissionner directement auprès du Service cantonal pour le marché en cause. En ne lui reconnaissant pas un tel droit ou, du moins, en n'ordonnant pas les mesures d'instruction utiles pour démontrer que les valeurs seuils étaient effectivement atteintes, le recourant soutient que les premiers juges seraient tombés dans l'arbitraire (art. 9 Cst.), voire auraient commis un déni de justice formel (art. 29 et 30 Cst. ; art. 6 CEDH). Il est douteux que cette motivation soit recevable, car elle procède d'une argumentation sinieuse et absconse qui présente, au surplus, un caractère appellatoire difficilement compatible avec les exigences découlant de l' art. 90 al. 1 lettre b OJ (cf. supra consid. 2). Le recourant s'applique en effet davantage à reprendre les arguments exposés en instance cantonale qu'à établir en quoi les premiers juges y auraient répondu de manière arbitraire. Quoi qu'il en soit, pour peu qu'on puisse la comprendre, la motivation en question est mal fondée. En effet, dans la mesure où le recourant entendrait remettre en cause des choix, opérés par le passé, d'attribuer de gré à gré les travaux relatifs à la pose des glissières de sécurité pour certains tronçons de l'autoroute N5, son argumentation tombe à faux: déterminé par la décision attaquée, l'objet de la présente contestation porte seulement, comme n'a pas manqué de le souligner la Cour cantonale, sur la mise à l'écart de l'intéressé de la procédure de soumission portant sur le lot no 3590. Or, l'appel d'offres en relation avec ces travaux a bien suivi une procédure ouverte,

ainsi que le demande le recourant. Le fait que d'autres adjudications passées ne se soient, le cas échéant, pas déroulées conformément à la législation applicable, n'est en tout cas pas de nature à entacher la légalité de la procédure ici litigieuse.

E. 3.2

En réalité, il semble que le recourant cherche à mettre en cause au travers de sa contestation le fait que la partie des travaux qui l'intéressent, soit l'aménagement des glissières de sécurité, aient été inclus dans un lot destiné à une entreprise générale. Citant un avis de doctrine relatif à la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1), il soutient que la "division des travaux en lots suppose que ceux-ci soient adjugés séparément et par corps de métier" (Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1996, p. 6). Ce passage fait toutefois référence au droit allemand des marchés publics que les auteurs précités prennent justement à titre d'exemple pour montrer qu'il existe d'autres manières de procéder que celle choisie par le législateur suisse qui n'a témoigné que peu d'égards pour les petites et moyennes entreprises (op. cit. p. 5). Au demeurant, la présente procédure n'est pas soumise à la loi fédérale sur les marchés publics, mais à l'Accord intercantonal sur les marchés publics et à la loi cantonale. Or, ces textes n'interdisent pas non plus l'attribution de travaux à des entreprises générales; ils ne font qu'énoncer certaines obligations que doit respecter le pouvoir adjudicateur qui entend recourir à cette solution. Ainsi, les directives pour l'exécution de l'accord, dans leur version approuvée en 1995 (publiées in: Jean-Baptiste Zufferey/Benoît Revaz, Le nouveau droit des marchés publics: introduction, sources légales et autres documents pratiques, Fribourg 1997, p. 171 ss), prévoient au paragraphe 10 que si l'adjudicateur passe un marché d'entreprise générale ou totale avec un entrepreneur qui fait appel à des sous-traitants, il établit ou garantit par contrat que tous les entrepreneurs participant à l'exécution du marché satisfont aux conditions de l'art. 11 lettres a, e, f et g AIMPu (non-discrimination et égalité de traitement de chaque soumissionnaire; respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail; égalité de traitement entre hommes et femmes; traitement confidentiel des informations); quant à la loi cantonale, elle impose simplement au pouvoir adjudicateur de veiller à ce que chaque sous-traitant remplisse les conditions prévues par cette loi en ce qui concerne les critères d'aptitude et le respect des conditions de travail (art. 34 al. 1 en liaison avec l' art. 35 LCMP).

E. 3.3

Se référant à un arrêt grison commenté par Peter Gauch (in: DC 4/1997, p. 123), le recourant soutient encore que, dans tous les cas, le recours à une entreprise générale n'est possible que si cette dernière "est obligée de suivre les règles découlant de la procédure de soumission pour chaque sous-traitant avec qui elle va contracter"; il en infère que le Service cantonal devait subordonner l'adjudication du marché à la condition que l'entreprise générale adjudicataire s'engage à respecter les principes valables en matière de marchés publics, singulièrement à choisir les sous-traitants selon de "véritables procédures ouvertes". Le Tribunal administratif a rejeté cet argument, au motif qu'il soulevait une question sortant de l'objet de la contestation; les juges cantonaux ont en effet considéré que le seul point qu'ils avaient à examiner et à trancher était celui de savoir si le Service cantonal pouvait, ou non, écarter l'offre de X. _____ en raison du fait qu'elle était partielle. Dans la mesure où le recourant ne discute pas ce point (formel) de l'arrêt attaqué, son grief n'est pas recevable. Quoi qu'il en soit, contrairement à ce que prétend le recourant,

Peter Gauch (loc. cit.) ne se rallie pas sans autre examen à l'arrêt grison précité qu'il considère en réalité comme une interprétation audacieuse de l'ordonnance sur les soumissions du canton des Grisons ("eine kühne Auslegung der anwendbaren Submissionsverordnung"); cet auteur estime plutôt qu'une restriction aussi importante à la liberté de soumissionner devrait clairement ressortir de la norme en cause pour être valable. Or, à supposer qu'elle soit seulement possible, semblable restriction n'existe pas dans le cas d'espèce. En effet, pour peu qu'on admette que le pouvoir adjudicateur doive veiller au respect de certaines obligations spécifiques en cas de recours à une entreprise générale (notamment les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail; cf. supra consid. 3.2 in fine), les marchés passés par l'adjudicataire et ses sous-traitants n'en deviendraient pas pour autant des marchés publics (cf. Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 114); au reste, le respect de telles obligations spécifiques n'a pas besoin d'être posé comme condition d'adjudication, mais peut être garanti par contrat (cf. paragraphe 10 précité des directives), c'est-à-dire après que l'adjudication a été faite.

E. 4

Il suit de ce qui précède qu'en tous points mal fondé, le recours doit être rejeté. Le recourant, qui succombe, supportera les frais judiciaires (art. 156 al. 1 OJ). Bien qu'il obtienne gain de cause et qu'il soit représenté par un mandataire qualifié, l'Etat de Neuchâtel n'a pas droit à des dépens, car il était en mesure de procéder sans le concours d'un avocat (cf. consid. 13, non publié, de l' ATF 125 I 209).

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