

BGer 2P.85/2001 vom 6. Mai 2002

Bundesgericht, 2002-05-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2P.85_2001

FR: TF 2P.85/2001 du 6 mai 2002

IT: TF 2P.85/2001 del 6 maggio 2002

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 127 IV 148 consid. 1a p. 151).

E. 2.1

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 reconnus en principe qu'aux citoyens, à l'exclusion des collectivités publiques qui, en tant que détentrices de la puissance publique, ne sont pas titulaires des droits constitutionnels et ne peuvent donc pas attaquer, par la voie du recours de droit public, une décision qui les traite en tant qu'autorités. Cette règle s'applique aux cantons, aux communes et à leurs autorités, qui agissent en tant que titulaires de la puissance publique (ATF 125 I 173 consid. 1b p. 175; 121 I 218 consid. 2a p. 219 s.; 120 Ia 95 consid. 1a p. 96 et références).

La jurisprudence admet toutefois qu'il y a lieu de faire une exception pour les communes et autres corporations de droit public, lorsque la collectivité n'intervient pas en tant que détentrice de la puissance publique, mais qu'elle agit sur le plan du droit privé ou qu'elle est atteinte dans sa sphère privée de façon identique ou analogue à un particulier, notamment en sa qualité de propriétaire de biens frappés d'impôts ou de taxes ou d'un patrimoine financier ou administratif. Une seconde exception est admise en faveur des communes et autres corporations publiques lorsque, par la voie du recours de droit public, elles se plaignent d'une violation de leur autonomie, d'une atteinte à leur existence ou à l'intégrité de leur territoire garanties par le droit cantonal (ATF 125 I 173 consid. 1b p. 175; 121 I 218 consid. 2a p. 219 s.; 120 Ia 95 consid. 1a p. 96 et les références).

E. 2.2

L'arrêt attaqué a été rendu dans une procédure d'adjudication de marché public conduite par la commune recourante. A l'inverse d'un particulier, une commune ne peut pas demander des offres et adjuger des travaux en toute liberté. Elle est obligée d'appliquer les procédures légales relatives aux marchés publics et de se soumettre à cet égard à un contrôle judiciaire. Une commune, partie à une procédure judiciaire, qui n'est pas libre d'adjuger ses marchés comme elle l'entend, intervient en tant que détentrice de la puissance publique (arrêt du Tribunal fédéral non publié du 12 octobre 2001 2P.175/2001 cité in: H. Stöckli, Zur vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998, BR/DC 1/2002, p. 3 ss, 14); elle ne peut donc agir par la voie du recours de droit public comme un particulier; elle peut toutefois invoquer la violation de son autonomie garantie par le droit cantonal. Pour que le recours soit recevable à ce titre, il suffit que la recourante invoque, comme en l'espèce, une

violation de son autonomie, la question de savoir si elle est réellement autonome dans le domaine en cause étant une question de fond et non de recevabilité (ATF 124 I 223 consid. 1b 226 et les références citées). Le recours de droit public est donc recevable sous cet angle.

E. 2.3

Le recours de droit public exige en principe un intérêt actuel et pratique à l'annulation de la décision attaquée, respectivement à l'examen des griefs soulevés, qui fait généralement défaut lorsque l'acte de l'autorité a été exécuté ou est devenu sans objet. Tel n'est pas le cas en matière de marché public, même si le contrat est déjà conclu avec l'adjudicataire, voire déjà exécuté, puisque l'adjudicateur, en l'espèce, la commune recourante, est responsable des dommages qu'elle a causés par une décision dont l'illicéité a été constatée par l'instance de recours (art. 20 al. 1 LcMP ; cf. ATF 125 II 86 consid. 5 p. 97 s., arrêt du Tribunal fédéral 2P.246/2001 du 31 janvier 2002). Elle possède donc un intérêt actuel et pratique à l'annulation de l'arrêt litigieux qui pourrait fonder une action en responsabilité contre elle.

E. 2.4

Au surplus, déposé en temps utile contre un arrêt final pris en dernière instance cantonale (cf. l' art. 16 LcMP), qui ne peut être attaquée que par la voie du recours de droit public, le présent recours est recevable au regard des art. 84 ss OJ (cf. ATF 125 II 86 consid. 2 à 6 p. 92 ss).

E. 3

Invoquant l' art. 9 Cst. et le droit cantonal, la recourante soutient que l'interprétation et l'application du droit cantonal relatif aux marchés publics par le Tribunal cantonal porterait atteinte à son autonomie communale et à sa liberté économique et serait en outre arbitraire et contraire à la bonne foi. Le grief de la violation du principe de la bonne foi, au demeurant insuffisamment motivé (cf. art. 90 al. 1 lettre b OJ), ne joue pas de rôle en l'espèce.

E. 3.1

La Constitution fédérale garantit l'autonomie communale dans les limites fixées par le droit cantonal (art. 50 al. 1 Cst.). Selon la jurisprudence, une commune est autonome dans les domaines que le droit cantonal ne règle pas de façon exhaustive, mais laisse en tout ou en partie dans la sphère communale en conférant aux autorités municipales une appréciable liberté de décision (ATF 126 I 133 consid. 2 p. 136; 124 I 223 consid. 2b p. 226 s. et les références citées).

E. 3.2

Les art. 69 de la Constitution du canton du Valais et 2 al. 1 de la loi valaisanne du 13 novembre 1980 sur le régime communal confèrent autonomie aux communes dans le cadre de la constitution et des lois et leur accordent la compétence d'accomplir les tâches locales, notamment la gestion des finances municipales (art. 6 lettre a de la loi valaisanne du 13 novembre 1980 sur le régime communal) et les travaux de correction ou de construction relatifs aux cours d'eau qui sont exécutés sur leur territoire (cf. art. 19 de la loi valaisanne du 6 juillet 1932 sur les cours d'eau). La loi du 23 juin 1998 sur les marchés publics (LcMP, entrée en vigueur le 1er juillet 1998), à laquelle la commune recourante est soumise pour l'attribution du marché en cause, confère aux communes une grande liberté d'appréciation, notamment dans le choix de la procédure (art. 6 ss OcMP), des critères d'adjudication (art. 24 al. 1 OcMP) et finalement dans l'adjudication elle-même (art. 39 OCMP ; cf. aussi à cet égard, ATF 125 II 95 consid. 6 p. 98, arrêt du Tribunal fédéral 2P.175/2001 du 12 octobre

2001), de sorte qu'elle dispose d'une véritable autonomie en la matière qui lui permet de se plaindre tant des excès de compétence du Tribunal cantonal que de la violation par celui-ci des règles du droit cantonal applicable. Elle ne peut invoquer le grief de l'arbitraire que pour autant que son autonomie soit en cause (ATF 120 Ia 95 consid. 2 p. 100; 116 Ia 52 consid. 2 p. 54 et les références). En l'espèce, toutefois, ce grief ne revêt pas de portée propre par rapport au grief de violation de l'autonomie communale.

E. 4.1

En premier lieu, la recourante fait grief au Tribunal cantonal d'être tombé dans l'arbitraire en lui reprochant d'avoir divisé le critère "expérience" en deux sous-critères "références" et "machines", dont aurait découlé le nombre supérieur de point obtenu par A. _____ SA, alors que la société E. _____ SA ne se plaignait que de leur mauvaise application. Il aurait ainsi passé sous silence le fait que le critère "expérience" était précisé dans le document d'appel d'offres.

Dans l'arrêt litigieux, le Tribunal cantonal a examiné de son propre mouvement la licéité de la subdivision du critère "expérience" et constaté que la commune aurait substitué aux critères d'évaluation initiaux deux autres facteurs, celui des "références" et celui des "machines" sans réelle justification et de façon contraire aux principes qui régissent le domaine des marchés publics. La motivation de l'arrêt litigieux est à cet égard inattendue, d'autant que la clause n° 8 du document d'appel d'offres précisait que l'évaluation du critère d'expérience devait être effectuée selon " - une liste des travaux de références similaires réalisés ces 5 dernières années, - un inventaire du personnel et des machines pouvant être attribués à ce chantier et - le nom et l'expérience du responsable de chantier en cas d'adjudication". C'est donc en se fondant sur une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents que le Tribunal cantonal a considéré que les critères "références" et "machines" constituaient des critères nouveaux. Au demeurant, ces critères pouvaient être retenus par la recourante pour désigner l'offre économiquement la plus avantageuse (cf. art. 39 al. 1 OcMP). Au surplus, il n'y a pas lieu d'examiner l'éventuelle confusion, qui semble résulter du document d'appel d'offres, entre "conditions d'admission au marché" et "critères d'adjudication" et les conséquences qui s'en suivraient, puisqu'elle n'a fait l'objet de grief motivé ni en procédure cantonale ni devant le Tribunal fédéral et que la sanction de l'inobservation d'une condition d'admission, à supposer qu'il faille qualifier ainsi la clause n° 8, pourrait conduire à l'exclusion de l'offre en cause (cf. O. Rodondi, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in: RDAF 2001 I 387 p. 391).

Par conséquent, en considérant que les critères "références" et "machines" étaient des critères nouveaux qui n'apparaissaient pas dans les documents d'appel d'offres, le Tribunal cantonal a examiné de manière arbitraire, incomplète et inexacte le document d'appel d'offres de la recourante, violant ainsi son autonomie.

E. 4.2

Dans un deuxième grief, la recourante reproche au Tribunal cantonal d'avoir violé son autonomie et d'être tombé dans l'arbitraire en privilégiant sa propre appréciation des critères relatifs aux références pour des travaux antérieurs et aux capacités en machines.

Explicitant le rapport d'évaluation des offres du 20 novembre 2000 en procédure de recours devant le Tribunal cantonal, la commune recourante a dûment exposé les motifs pour lesquels elle avait attribué la note 5 à E. _____ SA, respectivement pour ses références

en matière de travaux similaires et pour les machines à disposition. Se fondant sans les travestir sur les documents déposés par les soumissionnaires, elle avait constaté le nombre moins élevé de digues construites dans les cinq ans et les capacités techniques inférieures des machines de E. _____ SA par rapport à son concurrent direct A. _____ SA. Dans l'arrêt litigieux, le Tribunal cantonal s'est écarté à tort des appréciations de la direction des travaux agissant pour la commune. En effet, en arguant que la notation des références et des machines de E. _____ SA n'était pas suffisamment motivée, alors que la liste des travaux et des machines que cette dernière avait fournie montrait, à son avis, qu'elle aurait été parfaitement à même de réaliser des travaux du genre de ceux mis en soumission, le Tribunal cantonal ne démontre pas en quoi la recourante, en tant que pouvoir adjudicateur disposant d'une grande liberté d'appréciation lors de l'adjudication (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98 et les références) a mal apprécié l'offre de l'intimée par rapport à celle de sa concurrente. Il se borne à substituer son appréciation à celle de la commune sur ces questions, jugeant en opportunité contrairement à l' art. 17 al. 2 LcMP .

Par conséquent, en substituant son appréciation à celle de la recourante dans l'appréciation des offres présentées par les soumissionnaires intéressés au marché en cause, le Tribunal cantonal a violé l'autonomie dont jouit la recourante dans ce domaine.

E. 4.3

Dans un troisième grief, la recourante reproche au Tribunal cantonal de critiquer, sous l'angle du critère du prix, l'attribution de la note maximale à la moyenne des offres diminuée de 20%, sans avoir établi l'incidence de la suppression de ce système sur le marché en cause. De l'avis de la recourante, cette incidence serait nulle en l'espèce.

Dans l'arrêt litigieux, le Tribunal cantonal s'en est pris à la diminution de 20%, ce facteur de réduction faussant nécessairement le résultat du moins pour le soumissionnaire ayant présenté l'offre la moins chère. Il n'a en revanche pas démontré que le résultat de l'adjudication aurait été différent sans cette diminution, ce que la recourante conteste, expliquant en outre avoir appliqué, motifs à l'appui, la méthode préconisée par le Département de l'équipement, des transports et de l'environnement du canton du Valais. Ni le Tribunal cantonal ni la société E. _____ SA n'ont démenti la validité des objections de la recourante à cet égard. Au demeurant, il résulte du dossier que la recourante a accordé au critère du prix le poids le plus élevé autorisé par l'ordre dans lequel elle a exposé les critères d'adjudication.

Par conséquent, en critiquant le mode de calcul des points accordés au prix de l'offre voire la pondération de ce critère dans la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse sans démontrer l'incidence de sa critique sur l'adjudication elle-même, le Tribunal cantonal a violé l'autonomie dont jouit la recourante à cet égard.

E. 5

Le recours devant être admis pour ces motifs déjà, il n'est pas nécessaire d'examiner le grief de la recourante tiré de la violation de sa liberté économique, d'autant qu'en principe, dans un recours pour violation de son autonomie, une commune ne peut pas invoquer la violation des droits constitutionnels des citoyens (ATF 114 Ia 80 consid. 2a p. 82 s.).

E. 6

Pour ces motifs, le recours doit être admis et l'arrêt attaqué doit être annulé.

Vu l'issue du recours, les frais judiciaires doivent être mis à la charge de la société E. _____ SA intimée qui succombe (art. 156 al. 1 OJ en relation avec les art. 153 et 153a OJ). La recourante qui a procédé avec l'aide d'un mandataire professionnel a droit à des dépens pour la procédure fédérale (art. 159 al. 1 OJ).

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