Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.188/2003/svc

Arrêt du 1er décembre 2003
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Wurzburger, Président,
Hungerbühler et Merkli.
Greffière: Mme Rochat.

Parties
X._____,
recourant, représenté par Me Jörn-Albert Bostelmann, avocat, avenue Ritz 31, case postale 2040, 1950 Sion 2,

contre

Consortium N._____,
intimé, représenté par Me Christian Favre, avocat,
rue des Cèdres 28, case postale 2173, 1950 Sion 2,
Commune de Chermignon, Administration communale,
Tribunal cantonal du canton du Valais,
Cour de droit public, Palais de Justice, 1950 Sion 2.

Objet

marchés publics; adjudication

recours de droit public contre l'arrêt de la Cour de droit public du Tribunal cantonal du canton du Valais du
23 mai 2003.

Faits:
A.
Par avis publié dans le Bulletin officiel du canton du Valais no 41 du 11 octobre 2002, la Commune de Chermignon a mis en soumission les travaux d'établissement d'un cadastre souterrain (CS) et d'un système d'information du territoire (SIT). Le cadastre vise à déterminer, dans le terrain, les réseaux souterrains (réseau d'eau potable, réseau des eaux usées et réseau des eaux claires), le relevé géométrique de ces réseaux et l'établissement de leurs plans pour l'ensemble du territoire de la commune. Quant au SIT, il comporte la mise en place du système lui-même, ainsi que sa consultation sur Internet, y compris la fourniture des logiciels y relatifs. Selon le document de l'appel d'offres, les critères d'adjudication étaient fixés à 50% pour le prix, à 30% pour les références, à 10% pour l'assurance qualité et à 10% pour la qualification et le potentiel de l'entrepreneur.

Les 29 octobre et 15 novembre 2002, la Commune de Chermignon a adressé aux entreprises qui avaient commandé le document de l'appel d'offres plusieurs précisions, en leur remettant les pages 11 et 12 de l'offre, corrigées selon les compléments apportés aux positions 2.2 (repérage et calcul des coordonnées des points des conduites pour le réseau d'eau potable), 3.8 (repérage et relevé des conduites des eaux usées dans le terrain) et 4.9 (même position que la précédente pour les conduites des eaux de surface). En ce qui concerne le SIT, elle a invité les entreprises concernées à s'adresser directement au tiers, nommément désigné, susceptible de

leur communiquer les informations sur "les données techniques du réseau et de l'éventuel hébergement du SIT, situé sur notre serveur à Montana". Partant, le délai de dépôt des soumissions a été reporté au 29 novembre 2002 et celui de l'ouverture des offres au 4 décembre 2002.

Quatre offres ont été enregistrées, dont celle de X._____, à Crans, d'un montant net de 274'000 fr. et celle du Bureau d'ingénieurs N._____ & I._____ SA, à V._____, et A._____ Bureau d'Ingénieur et Géomètre SA, à V._____ (ci-après: le consortium N._____) s'élevant à 288'588 fr.60, qui ont tous deux été convoqués à une séance d'évaluation, le 21 janvier 2003.

Par décision du 18 février 2003, publiée dans le Bulletin officiel du canton du Valais no 8 du 21 février 2003, la Commune de Chermignon a adjugé les travaux mis en soumission au consortium N._____, qui avait obtenu un total de 86,7 points (39,7 pour le prix, 27 pour les références et le maximum de 10 points pour chacun des deux critères assurance qualité, d'une part, et qualification et le potentiel de l'entrepreneur, d'autre part), alors que X._____ totalisait 79,8 points, soit 44,8 pour le prix, 24 pour les références, 3 pour l'assurance qualité et 8 pour la qualification et le potentiel de l'entrepreneur.

B.

Après avoir pris connaissance de la grille d'évaluation des offres et du tableau récapitulatif des points obtenus par les entreprises soumissionnaires, X._____ a recouru auprès de la Cour de droit public du Tribunal cantonal contre la décision d'adjudication du 18 février 2003.

Par arrêt du 23 mai 2003, le Tribunal cantonal a rejeté le recours. Il a retenu en bref que l'autorité d'adjudication s'était conformée aux critères mentionnés dans l'appel d'offres et que l'interprétation personnelle du recourant sur la manière d'apprécier les critères d'adjudication n'était pas de nature à démontrer que ce dernier aurait dû remporter la soumission à la place du consortium adjudicataire.

C.

Agissant par la voie du recours de droit public, X._____ conclut, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de l'arrêt du Tribunal cantonal du 23 mai 2003. A titre subsidiaire, il invite le Tribunal fédéral à constater le caractère illicite de l'arrêt attaqué et présente une demande d'effet suspensif. Ses arguments et ses moyens seront examinés ci-après, dans la mesure utile.

Le Tribunal cantonal a renoncé à se déterminer sur le recours et la Commune de Chermignon conclut à son rejet. Quant au consortium N._____, il conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours dans la mesure où il est recevable.

D.

Par ordonnance du 21 août 2003, le Président de la IIe Cour de droit public a rejeté la demande d'effet suspensif contenue dans le recours.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 129 II 225 consid. 1 p. 227).

1.1 Sous réserve d'exceptions non réalisées en l'espèce, le recours de droit public est de nature purement cassatoire et ne peut tendre qu'à l'annulation de la décision attaquée (ATF 129 I 129 consid. 1.2.1 p. 131; 128 III 50 consid. 1b p. 53). Toutefois, conformément à l'art. 9 al. 3 de loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02), lorsqu'en matière de marchés publics, un recours se révèle fondé et que le contrat d'adjudication a déjà été conclu avec l'adjudicataire, le Tribunal fédéral doit se borner à constater dans quelle mesure la décision viole les règles sur la passation des marchés publics (ATF 125 II 86 consid. 5b p. 97/98). Ainsi, dans la mesure où la Commune de Chermignon aurait déjà conclu le contrat avec le consortium adjudicataire depuis l'ordonnance présidentielle du 21 août 2003, seules les conclusions subsidiaires de la recourante, tendant à faire constater l'illicéité de l'arrêt entrepris, sont recevables. A ce titre, le recourant conserve également un intérêt juridiquement protégé, au sens de l'art. 88 OJ (ATF 125 II 86 consid. 5b p. 97).

1.2 Pour le reste, le présent recours, déposé en temps utile (art. 89 OJ) est recevable, pour autant qu'il remplisse les exigences de motivation découlant de l'art. 90 al. 1 lettre b OJ.

2.

2.1 Selon la jurisprudence rendue en application 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 (ATF 128 I 295 consid. 7a p. 312; 125 I 492 consid. 1b p. 495 et les arrêts cités; 110 Ia 1 consid. 2a p. 3/4).
2.2 En l'espèce, le recourant ne se prévaut d'aucune violation d'une disposition légale ou constitutionnelle, mais formule essentiellement des critiques de nature appellatoire à l'encontre du Tribunal cantonal qui, selon lui, aurait dû sanctionner l'abus et l'excès du pouvoir d'appréciation de la Commune de Chermignon. Il développe ainsi, dans une argumentation confuse, sa propre interprétation des critères d'adjudication et évalue l'offre de son concurrent par rapport à la sienne, mais n'expose pas réellement en quoi consiste l'abus de pouvoir de l'adjudicataire. D'une manière générale, le présent recours n'est dès lors pas recevable sur les griefs appellatoires qu'il contient. A cet égard, le seul grief qui paraît suffisamment motivé par rapport aux exigences susmentionnées porte sur les critères d'adjudication pour le SIT, au sujet desquels le recourant soutient essentiellement qu'ils auraient été adaptés après coup à l'offre du consortium intimé. Il y a lieu dès lors d'entrer en matière sur ce grief.
3.
3.1 Le présent litige est régi par la loi valaisanne sur les marchés publics du 23 juin 1998 (aLcMP), abrogée après l'arrêt attaqué par la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LcAIMP), entrée en vigueur le 1er juin 2003, ainsi que par l'ordonnance du 26 juin 1998 sur les marchés publics (aOcMP), abrogée par celle du 11 juin 2003. Par ailleurs, l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP; RS 172.056.4), qui avait été ratifié le 3 septembre 1997 par la canton du Valais (RO 1997 p. 2140), n'est pas applicable à la présente cause, dans la mesure où les travaux prévus par la Commune de Chermignon sont globalement inférieurs aux seuils fixés à l'art. 7 al. 1 AIMP.
3.2 Selon l'art. 1er al. 2 aLcMP, le but de loi vise notamment à:
-:-
"a) garantir l'égalité de traitement et assurer l'impartialité de l'adjudication;
b) assurer la transparence des procédures de passation des marchés;
c) favoriser un développement social équilibré et de qualité;
d) assurer une saine concurrence;
e) permettre une utilisation optimale des fonds publics."
Sur ce dernier point, l'art. 39 al. 1 aOcMP précise que le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. S'il y a lieu de tenir compte du rapport prix/prestations, plusieurs autres critères peuvent être pris en considération, selon la nature du marché.
3.3 Le principe de la transparence exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions; à tout le moins doit-il spécifier clairement par avance l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, ainsi que leur pondération respective. En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres des soumissionnaires, la présentation des critères (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 101 et les références citées). Il n'exige pas toutefois la communication par avance de sous-critères ou catégories qui tendent uniquement à concrétiser les éléments qui sont inhérents au critère publié (arrêt 2P. 172/2002 du 10 mars 2003, consid. 2.3, non publié).

Décider si les critères utilisés par le pouvoir adjudicateur sont inhérents, ou non, au critère publié, ou encore, relèvent d'une grille d'évaluation en sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication

par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (cf. à cet égard, arrêt 2P.85/2001 du 6 mai 2002, consid. 4.1, reproduit in: SJ 2002 I 549).
3.4 Il ressort en l'espèce des documents d'appel d'offres que les principes et les buts du SIT communal étaient clairement définis aux chiffres 3.1 et 3.2. L'accent était mis sur la facilité de la mise en oeuvre et la simplicité d'emploi, en gardant une structure flexible et adaptable en tout temps aux besoins de la commune. Celle-ci déclarait également qu'elle analyserait l'offre en tenant compte des éléments suivants:
"- stabilité de l'entrepreneur et expérience dans la gestion d'un SIT;
- transmissibilité des données d'un SIT à un autre (communes voisines, services de l'Etat, etc...);
- possibilité d'échanges de données et livraisons à des tiers (architectes, bureaux d'ingénieurs, etc...);
- maintenance actuelle du SIT."
Par ailleurs, dans son courrier du 29 octobre 2002 adressé aux soumissionnaires, la commune a précisé le nom de la personne susceptible de donner tous les renseignements complémentaires dont ils auraient besoin au sujet des données techniques du réseau et de l'éventuel hébergement du SIT sur le serveur de Montana; elle n'a cependant pas fait une condition de cette éventualité.
3.5 Selon les critères d'évaluation retenus par la Commune de Chermignon et transmis au recourant le 26 février 2003, le prix du SIT comptait pour 14 points sur 50, avec maintenance sur dix ans, soit la durée du contrat. Sur cette base, le consortium N._____ a obtenu le maximum de 14 points, avec une offre globale de 14'300 fr. (10'500 fr. pour l'installation et 3'800 fr. pour la maintenance), alors que le recourant s'est vu attribuer 9 points pour son offre de 36'635 fr. (29'325 fr. pour l'installation et 7'310 fr. pour la maintenance). A cet égard, le recourant n'apporte aucun élément propre à démontrer que l'offre de son concurrent ne serait pas conforme à l'appel d'offres; en particulier, il n'explique pas pourquoi il avait compris que le SIT devait être incorporé au système informatique de l'administration communale, alors que le courrier de la commune du 29 octobre 2002 n'en parlait que comme une simple éventualité. Examinant aussi le rapport fonctionnalité/prix des solutions proposées, la commune a jugé plus simple et plus convivial le projet du consortium N._____.

Quant aux 30 points pour les références, 25 points ont été attribués au SIT, répartissant les références en fonction des exigences du cahier des charges. Or, cette répartition n'a certainement pas nui au recourant, dans la mesure où il a obtenu 21 points sur 25 et le consortium 22. Elle n'est en tout cas pas critiquable par rapport au large pouvoir d'appréciation dont dispose l'adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98).

En ce qui concerne l'assurance qualité qui représentait le 10% des critères d'adjudication, la Commune de Chermignon aurait certes pu préciser, pour éviter toute ambiguïté, que 10 points seraient attribués aux entreprises et sous-traitants certifiés et 5 points en cas de certification partielle ou en cours. Toutefois, force est de constater que le certificat "assurance qualité" faisait partie des documents à fournir par l'entrepreneur (voir ch. 1.42 de l'appel d'offres et ch. 3 de l'annexe "formulaire de renseignements" qui devait être jointe à l'offre). Le recourant, qui n'a obtenu que 3 points, ne saurait donc prétendre, après coup, qu'il aurait pu demander sa certification s'il avait su l'importance que la commune allait attacher à ce critère. Il ne dit d'ailleurs pas sur quels autres critères, la commune devait se fonder pour définir l'assurance qualité, alors que lui-même n'avait jamais réalisé de SIT avec les sous-traitants associés à son projet. Bien qu'à la limite du respect du principe de la transparence, tel que défini par la jurisprudence (supra consid. 3.3), la façon de procéder de la commune au sujet de la non-communication des sous-critères rattachés à l'assurance qualité reste donc admissible.

Pour ce qui a trait à la qualification et au potentiel de l'entrepreneur, le personnel et les qualifications comptaient pour 4 points, les équipements adéquats pour 3 points et les fournisseurs agréés également pour 3 points. Les 8 points obtenus par le recourant, soit 2 de moins que son concurrent, concernent le détecteur béton pour les canalisations et, par conséquent, les critères d'adjudication pour le cadastre souterrain sur lesquels il n'y a pas lieu d'entrer en matière pour les raisons exposées au consid. 2.2 ci-dessus.
3.6 Enfin, la commune a encore testé les solutions proposées par les deux soumissionnaires dans la séance du 21 janvier 2003 et a estimé que l'offre du consortium correspondait mieux à ses attentes. Il n'est donc pas permis d'en déduire qu'elle aurait été partiale dans son examen, ni qu'elle se serait écartée des critères qu'elle avait

déclaré vouloir privilégier dans l'appel d'offres.
4.
4.1 Au vu de ce qui précède, le Tribunal cantonal n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en confirmant la décision du pouvoir adjudicateur au sujet du SIT. Il pouvait, au demeurant, limiter son examen aux questions décisives (ATF 126 I 97 consid. 2b p. 103) et statuer sans procéder à l'expertise du SIT demandée par le recourant, qui ne portait pas sur des points essentiels pour la décision à rendre. Dans le cadre du pouvoir d'examen du Tribunal cantonal (art. 17 aLcMP) et du Tribunal fédéral (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98), les pièces du dossier suffisaient en effet largement pour examiner la conformité de l'offre du recourant et celle du consortium intimé par rapport à l'appel d'offres.
4.2 Il s'ensuit que le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable, avec suite de frais à la charge du recourant (art. 156 al. 1 OJ).

Le consortium N._____, qui a répondu brièvement au recours, a droit à une indemnité à titre de dépens (art. 159 al. 1 OJ). En revanche, aucun dépens ne sera alloué à la Commune de Chermignon (art. 159 al. 2 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
Un émolument judiciaire de 4'000 fr. est mis à la charge du recourant.
3.
Le recourant versera au consortium intimé une indemnité de 1'500 fr. à titre de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties, à la Commune de Chermignon et au Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour de droit public.
Lausanne, le 1er décembre 2003
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: