Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.161/2002 /svc

Arrêt du 6 septembre 2002
IIe Cour de droit public

Les juges fédéraux Wurzburger, président,
Hungerbühler, Yersin,
greffier Dubey.

C._____ SA,
J._____ SA,
F._____ SA, 2000 Neuchâtel, recourantes,
toutes les trois représentées par Mes Blaise Péquignot
et Richard Calame, avocats, Trésor 9 (place des Halles),
case postale 2232, 2001 Neuchâtel,

contre

O._____ SA, intimée, représentée par Me Pierre Vallat, avocat, ch. de la Gare 27, case postale 1732, 2900 Porrentruy 1,
Gouvernement de la République et Canton du Jura,
rue du 24-Septembre 2, 2800 Delémont,
Président de la Chambre administrative du Tribunal cantonal du canton du Jura, Le Château, 2900 Porrentruy.

Adjudication du marché public portant sur les travaux "Lot T._____" de l'A16 (Transjurane); restitution de l'effet suspensif,

recours de droit public contre la décision du Président de la Chambre administrative du Tribunal cantonal du canton du Jura du 11 juillet 2002.

Faits:
A.
En juillet 2001, le canton du Jura a mis en soumission les travaux de génie civil de l'infrastructure du tracé de la Transjurane (A16), tronçon ouest de l'évitement de R._____ (lot T._____).

Selon les documents de l'appel d'offres, le marché était adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse résultant d'une "analyse multicritère effectuée conformément à la méthode proposée par le Guide romand pour l'adjudication des marchés public (ci-après: le Guide romand; publié en décembre 1999 par la Conférence Romande des Travaux Publics)". Le critère prix comptait à raison de 60% dans l'évaluation globale des offres; les neuf autres critères, énumérés dans l'ordre décroissant de leur poids, comptant à raison de 40%.

Sept entreprises, dont O._____ SA ainsi que le Consortium C._____ SA, J._____ SA et F._____ SA (ci-après: le Consortium), ont déposé une offre. Selon le tableau d'évaluation des soumissionnaires, O._____ SA accède au premier rang avec un total de 336 points dont 151 pour les critères techniques et 185 pour le prix. Le Consortium, qui arrive au septième rang, obtient un total de 296 points, dont 89 pour les critères techniques et 207 pour le prix. Par courrier du 14 décembre 2001, le canton du Jura a sollicité de l'Office fédéral des routes l'autorisation d'adjuger les travaux à O._____ SA pour le montant de 14'601'819 fr. 55; cette autorisation a été accordée après examen des conditions particulières et lecture des dossiers complets remis par

les trois soumissionnaires arrivés en tête du classement. Le 9 avril 2002, le canton du Jura a adjugé les travaux à O._____ SA.
B.
Par recours du 26 avril 2002, le Consortium a demandé à la Chambre administrative du Tribunal cantonal du canton du Jura (ci-après: la Chambre administrative) l'annulation de la décision d'adjudication et la restitution de l'effet suspensif au recours. La relation entre le prix, critère principal (60%), et les autres critères (40%) n'avait pas été respectée lors de la notation des offres, en violation du principe de la transparence, en raison de l'application critiquable de la méthode de notation des prix préconisée par le Guide romand pour l'adjudication des marchés publics; d'autres méthodes devaient, à son avis, lui être préférées. Enfin la notation des autres critères était insoutenable et entachée d'arbitraire, en particulier celles de l'expérience et référence d'ouvrages, du programme des travaux, de la gestion de la qualité, de l'organigramme de la direction de chantier, de la qualité de l'inventaire proposé et enfin de la créativité et gestion de l'environnement.
Par arrêt du 28 mai 2002, la Chambre administrative a rejeté la requête du Consortium tendant à pouvoir consulter l'offre de O._____ SA dans son intégralité.

Par décision du 11 juillet 2002, le Président de la Chambre administrative a rejeté la demande de restitution de l'effet suspensif. Il a considéré que le recours était manifestement dépourvu de chances de succès. Le pouvoir adjudicateur avait dûment annoncé l'application de la méthode d'évaluation des prix préconisée par le Guide romand pour l'adjudication des marchés publics et l'avait correctement appliquée; le Consortium n'avait au demeurant pas recouru contre les documents d'appel d'offres à cet égard. La jurisprudence cantonale avait en outre considéré que le pouvoir adjudicateur n'abusait ou n'excédait pas son pouvoir d'appréciation en faisant application de la méthode préconisée par le Guide romand pour la notation du prix. Il n'y avait dès lors pas lieu d'examiner quelle méthode était la plus opportune. A la lecture des pièces figurant au dossier, la notation du critère "programmes des travaux" s'expliquait par l'absence de programme prévisionnel que l'entreprise devait fournir afin de déterminer la durée des phases, la crédibilité des délais annoncés en fonction des effectifs prévus et la durée totale des travaux. La notation du critère "gestion de la qualité" s'expliquait par l'absence de garantie de la qualité des
matériaux et de la conformité de leur mise en oeuvre pourtant dûment requise par les conditions particulières du document d'appel d'offres. L'absence d'une liste indiquant le type et la valeur d'achat des machines et l'absence d'indication quant à l'atelier de pose des enrobés justifiaient également la notation du critère "inventaire". Enfin, les documents fournis par le Consortium ne permettaient pas d'établir la clarté et la simplicité de l'organigramme du projet, du cheminement des informations, des niveaux de décisions et de répartition des tâches, des responsabilités ainsi que les travaux exécutés par des sous-traitants. Il en résultait que même s'il fallait accorder un point de plus à la notation des critères litigieux restants, le Consortium obtenait un total de 316 points qui le laissait moins bien placé que O._____ SA.
C.
Agissant par la voie du recours de droit public, le Consortium demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'accorder l'effet suspensif à son recours de droit public et d'annuler la décision du Président de la Chambre administrative du 11 juillet 2002. Il se plaint de la violation du principe de l'interdiction de l'arbitraire dans la constatation des faits et l'application du droit cantonal ainsi que de la violation des art. 1 al. 2 lettre c et 17 al. 2 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (ci-après: l'accord intercantonal sur les marchés publics; AIMPu; RS 172.056.4).

Dans l'invitation à déposer la réponse du 23 juillet 2002, le Président de la IIe Cour de droit public a interdit toute mesure d'exécution jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif.

Le Président de la Chambre administrative du Tribunal cantonal, le Gouvernement du canton du Jura et la société O._____ SA, sous suite de frais et dépens, concluent au rejet du recours dans la mesure où il est recevable.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 128 II 13

consid. 1a p. 16).
1.1 Même si la législation fédérale sur les routes nationales contient des règles concernant la procédure d'adjudication de travaux publics (art. 44 ss de l'ordonnance du 18 décembre 1995 sur les routes nationales [ORN; RS 725.111]), c'est à juste titre que la décision attaquée se fonde sur le droit cantonal; le recours de droit administratif est dès lors irrecevable dans ce domaine (arrêt du Tribunal fédéral 2P.429/1996 du 17 mars 1997 in: RDAT 1997 II 105 consid. 2 p. 106; cf. également Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, thèse Fribourg 1997, p. 565 s.). La voie du recours de droit public est ainsi ouverte.
1.2 La décision attaquée, relative à une requête de restitution d'effet suspensif, est de nature incidente (ATF 120 Ia 260 consid. 2b p. 264; 117 Ia 247 consid. 1 p. 248; 116 Ia 177 consid. 2a p. 179; 105 Ia 318 consid. 2 p. 320-322). Le recours de droit public n'est recevable à l'encontre d'une telle décision que si elle cause au recourant un dommage irréparable au sens de l'art. 87 OJ, par quoi on entend exclusivement le dommage juridique qui ne peut être réparé ultérieurement, notamment par le jugement final (ATF 126 I 207 consid. 2 p. 210; 122 I 39 consid. 1a/bb p. 42; 117 Ia 247 consid. 3 p. 249, 396 consid. 1 p. 398, et les arrêts cités). Tel est bien le cas en l'espèce, dès lors que le refus de restitution de l'effet suspensif renvoie le recourant, une fois le contrat conclu, à faire valoir des dommages-intérêts qui peuvent, comme en l'espèce, se limiter à l'indemnisation des frais d'élaboration de l'offre et de la procédure de recours.
1.3 Au surplus, déposé en temps utile contre un arrêt pris en dernière instance cantonale, le présent recours est en principe recevable au regard des art. 84 ss OJ.
2.
Invoquant l'art. 17 AIMPu, le recourant reproche essentiellement à l'autorité intimée d'avoir considéré à tort que son recours était dépourvu de chances de succès.
2.1 En vertu de l'art. 25 al. 3 de la loi cantonale du 21 octobre 1998 concernant les marchés publics, applicable en l'espèce (art. 3 AIMPu), mais dont le contenu est identique à l'art. 17 AIMPu, le recours contre les décisions de l'adjudicateur n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, l'autorité de recours peut, d'office ou sur demande, accorder l'effet suspensif à un recours, pour autant que celui-ci paraisse suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose.

Contrairement à l'art. 55 PA, l'art. 17 al. 1 AIMPu - comme l'art. 28 al.1 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172056.1) - exclut tout effet suspensif automatique du recours et formule de façon positive la condition relative au sort du recours. Cela ne signifie toutefois pas que l'effet suspensif ne puisse être prononcé qu'exceptionnellement ni que les conditions de son prononcé doivent être sensiblement plus restrictives ou plus larges que celles imposées par l'art. 55 PA. Il faut toutefois tenir compte de la volonté du législateur (en l'espèce les cantons concordataires) qui a voulu éviter qu'en raison d'un effet suspensif automatique du recours les soumissionnaires ne disposent d'un moyen de pression important, paralysant le cas échéant l'activité des pouvoirs adjudicateurs (Evelyne Clerc, op. cit., p. 541 et 551 ss).

Le Tribunal fédéral examine en principe librement l'interprétation et l'application des dispositions concordataires faites par les autorités cantonales (ATF 115 Ia 212 consid. 2a; 112 Ia 75 consid. 1b; 109 Ia 335 consid. 5 p. 339 et les références citées). Toutefois, l'art. 17 al. 2 AIMPu relatif à la restitution de l'effet suspensif étant une "Kann-Vorschrift", il confère volontairement à l'autorité compétente une certaine liberté d'appréciation, qui résulte également de la nature même de l'affaire. Elle n'est en particulier pas tenue de consacrer beaucoup de temps à éclaircir les circonstances du cas; elle se fonde en général sur les documents qui sont dans le dossier, sans avoir à ordonner des compléments de preuves. Dans son appréciation, les prévisions sur le sort du procès au fond n'entrent en considération que si elles ne font pas doute (ATF 117 V 185 consid. 2b p. 191; 110 V 40 consid. 5b p. 45; 106 Ib 115 consid. 2a p. 116; 99 Ib 215 consid. 5 p. 220). L'autorité compétente se limite donc à un examen prima facie de l'affaire. Dans ces conditions, le Tribunal fédéral se borne à sanctionner l'abus ou l'excès de ce pouvoir d'appréciation, ce qui correspond pratiquement à un examen limité à l'arbitraire, et ne prononce
l'annulation de l'arrêt de l'autorité compétente que si elle a omis de tenir compte d'intérêts ou de points de vue essentiels ou les a manifestement mal évalués. Il s'en tient à cet égard à l'examen des pièces figurant au dossier (arrêt du Tribunal fédéral 2P.165/2002 du 6 septembre 2002 et 2P.93/2001 du 3 juillet 2001; ATF 106 Ib 115 consid. 2a p. 116; 99 Ib 215 consid. 5 p. 220-221).

C'est à la lumière de ces principes qu'il convient d'examiner les griefs du recourant.
2.2 Sur le fond, le recourant reproche à l'autorité intimée une violation du principe de la transparence de la procédure d'adjudication institué par le concordat intercantonal sur les marchés publics. Il soutient notamment que la méthode, respectivement la formule retenue pour la notation du prix - dite de la "règle de trois" -, conduit dans le cas d'espèce à un classement insoutenable et ne correspond pas à une pondération effective du critère "prix" au taux de 60% annoncé. Il a fait observer à l'autorité intimée, chiffres à l'appui, que même une différence de prix considérable restait pratiquement sans incidence sur le classement final, quand bien même le critère "prix" était énoncé comme critère principal (60%), tandis que les trois autres méthodes linéaires proposées par la doctrine le plaçait systématiquement en tête du classement. L'insuffisance de la règle de trois était au surplus démontrée par la doctrine et la jurisprudence. De l'avis du recourant, par conséquent, en considérant que le recours était dépourvu de chances de succès, l'autorité intimée aurait violé l'art. 17 AIMPu.

Le Président de la Chambre administrative a déclaré le grief relatif à la méthode de notation du prix d'emblée dépourvu de chance de succès, notamment en considération de la jurisprudence cantonale jurassienne selon laquelle un pouvoir adjudicateur n'abusait ou n'excédait pas son pouvoir d'appréciation en faisant application de la méthode préconisée par le Guide romand pour l'adjudication des marchés publics pour la notation du prix. Il n'y avait dès lors pas lieu d'examiner quelle méthode était la plus opportune.

La décision de l'autorité intimée n'est pas insoutenable. Il ne saurait en effet être question, au stade de la décision sur une éventuelle restitution de l'effet suspensif, de discuter de griefs tendant à renverser une jurisprudence confirmant la pratique maintes fois appliquée en l'espèce par les pouvoirs adjudicateurs du canton du Jura, les conditions justifiant un changement de jurisprudence au regard de l'art. 8 Cst. et de la sécurité du droit nécessitant pour le moins un examen approfondi et l'exposé de motifs objectifs et sérieux (cf. ATF 127 V 353 consid. 3a p. 355; 126 I 122 consid. 5 p. 129; III 315 consid. 4c/bb p. 318) incompatibles avec un examen de la cause limité à l'apparence du bon droit. Cette retenue se justifie d'autant qu'en ce qui concerne plus particulièrement les marchés publics, le Tribunal fédéral reconnaît aux pouvoirs adjudicateurs une grande liberté d'appréciation que les instances cantonales doivent également respecter sous peine de tomber dans l'arbitraire (arrêts du Tribunal fédéral 2P.85/2001 et 2P.146/2001 du 6 mai 2002; ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98).
2.3 Par conséquent, en considérant que les griefs du recourant relatifs à la méthode de notation du prix des offres n'étaient pas suffisamment fondés, le Président de la Chambre administrative n'a pas violé l'art. 17 AIMPu. Cette constatation scelle le sort du recours, qui doit être rejeté sans qu'il soit nécessaire d'examiner la violation alléguée du droit cantonal, en particulier le point de savoir si le recourant devait invoquer ce grief au plus tard dans les dix jours dès la publication des documents de l'appel d'offres qui énonçaient la méthode de notation des prix choisie, de sorte que son recours ne serait pas suffisamment fondé pour ce motif aussi.
3.
Au surplus, le recourant n'invoque aucune violation de son droit d'être entendu s'agissant du refus qui lui a été opposé de consulter l'offre de l'adjudicataire. Il ne présente aucune motivation non plus concernant la notation des critères techniques, de sorte que son recours ne satisfait pas sur ces points aux exigences strictes de l'art. 90 al. 1 lettre b OJ.
4.
Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours, dans la mesure où il est recevable.

Succombant, le recourant doit supporter les frais judiciaires (art. 156 al. 1, 153 et 153a OJ) et n'a pas droit à des dépens (art. 159 al. 1 OJ). Il versera en outre une indemnité de dépens à O._____ SA qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un avocat (art. 159 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 5'000 fr. est mis à la charge de C._____ SA, J._____ SA et F._____ SA, solidairement entre elles.

3.
C._____ SA, J._____ SA et F._____ SA, solidairement entre elles, verseront à O._____ SA une indemnité de 3'000 fr. à titre de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties, au Gouvernement de la République et canton du Jura et au Président de la chambre administrative du Tribunal cantonal du canton du Jura.
Lausanne, le 6 septembre 2002
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le président: Le greffier: