Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.219/2003 /fzc

Arrêt du 17 juin 2005
IIe Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Merkli, Président,
Hungerbühler et Wurzburger.
Greffier: M. Addy.

Parties
X._____ SA,
recourante,
représentée par Me Olivier Rodondi, avocat,

contre

Y._____ SA,
intimée,
Municipalité d'Aigle, 1860 Aigle,
représentée par Me Aba Neeman, avocat,
Tribunal administratif du canton de Vaud,
avenue Eugène-Rambert 15, 1014 Lausanne.

Objet
art. 29 Cst. (restauration du Château d'Aigle, attribution des travaux de maçonnerie),

recours de droit public contre l'arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud du 21 août 2003/
1er février 2005.

Faits:
A.
Par voie d'annonce publiée dans la Feuille des avis officiels du canton de Vaud du 28 février 2003, la Municipalité d'Aigle (ci-après: la Municipalité) a mis au concours, dans le cadre de la restauration du Château d'Aigle prévue par étapes de 2002 à 2011, des travaux de maçonnerie estimés à 80'000 fr. Selon les conditions générales figurant dans les documents d'appel d'offres remis aux soumissionnaires, les critères d'adjudication pris en compte par le maître de l'ouvrage pour ce marché étaient, par ordre d'importance, les suivants:

critères note coefficient produit (max)
- expérience de l'entreprise 1 à 5 5 25
- capacité de l'entreprise 1 à 5 4 20
- prix 1 à 5 3 15
- délais offerts 1 à 5 2 10
- engagement de l'entreprise dans la formation 1 à 5 1 5

A la séance d'ouverture des offres du 8 avril 2003, trois des six offres reçues par la Municipalité ont été éliminées, car elles ne répondaient pas aux conditions de soumission. Le 16 avril suivant, les trois autres offres ont été évaluées par la commission d'examen prévue à cet effet. L'entreprise Y._____ SA, domiciliée à B._____, s'est placée en première position, avec un total de 65 points, devant l'entreprise X._____ SA,

domiciliée à A._____, avec un total de 61 points; le troisième concurrent a obtenu 43 points.

Par décision du 28 avril 2003, la Municipalité a adjugé le marché à Y._____ SA (ci-après également citée: l'adjudicataire). Cette décision a été publiée dans la Feuille des avis officiels qui mentionnait également le prix de l'offre retenue (105'790 fr.), le prix de l'offre la plus basse, soit celle de X._____ SA (86'748 fr.), et le prix de l'offre la plus haute (108'953 fr.).
B.
L'entreprise X._____ SA a recouru contre la décision d'adjudication précitée auprès du Tribunal administratif du canton de Vaud (ci-après: le Tribunal administratif), en concluant à la réforme de cette décision, en ce sens que le marché litigieux lui fût attribué. Pour l'essentiel, elle reprochait à la Municipalité d'avoir apprécié et noté certains des critères d'adjudication (à savoir: "engagement dans la formation", "délais offerts", "capacité" et "prix") d'une manière arbitraire et contraire aux principes de la transparence et de l'égalité de traitement, ainsi qu'en violation de certaines dispositions du règlement cantonal du 8 octobre 1997 d'application de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RMP).

Le 18 août 2003, le Tribunal administratif a procédé à une inspection locale du Château d'Aigle en présence des parties et de leurs représentants qui ont pu s'exprimer sur les divers points litigieux et, notamment, sur l'urgence des travaux de restauration à réaliser, ainsi que sur le critère des "délais offerts". Sur ce dernier point, l'architecte de la Municipalité a exposé que les entreprises concurrentes auraient pu et dû détailler, sur une feuille annexée au questionnaire de soumission préformé qui leur avait été remis, le programme des travaux pour chacun des chantiers concernés par le marché; à ses yeux, la seule indication, comme l'avait fait X._____ SA, d'une durée des travaux de quarante jours, sans autre précision, était insuffisante, car elle ne tenait pas compte de la complexité du chantier qui nécessitait l'intervention de nombreux participants (inspecteur des monuments historiques, expert en crépis ou en restauration d'art,...). X._____ SA a expliqué que le délai qu'elle avait mentionné correspondait au nombre de jours qu'elle pouvait faire travailler son équipe sur le chantier compte tenu du prix offert dans sa soumission; elle a soutenu que, dans la mesure où Y._____ SA n'avait pas donné d'indication à ce
sujet, l'offre de cette dernière aurait dû être écartée ou, du moins, gratifiée d'une note minimale pour le critère en question (cf. compte-rendu d'audience du 20 août 2003).

Le 21 août 2003, le Tribunal administratif a rejeté le recours dont il était saisi; les parties ont reçu le dispositif de cet acte avec la précision que les considérants de l'arrêt leur seraient notifiés d'office ultérieurement.
C.
Par écriture du 22 août 2003, X._____ SA a demandé au Tribunal fédéral, par la voie du recours de droit public, d'annuler l'arrêt précité du Tribunal administratif et de lui attribuer les travaux de maçonnerie litigieux, subsidiairement de déclarer illicite leur adjudication à Y._____ SA. Au titre des mesures provisionnelles, elle a conclu à ce qu'il soit fait interdiction à la Municipalité de passer avec l'adjudicataire le contrat d'entreprise relatif au marché en cause. Cette demande d'effet suspensif a été rejetée par le Tribunal fédéral le 9 septembre 2003 et les travaux ont aussitôt démarré.
Après que le Tribunal administratif eut notifié aux parties les considérants de son arrêt le 1er février 2005, l'entreprise X._____ SA a complété son mémoire de recours et ramené ses conclusions à la seule constatation de l'illicéité de l'adjudication du marché litigieux à son concurrent. Pour l'essentiel, elle a invoqué l'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'appréciation et la notation de certains critères d'adjudication, en particulier celui des "délais offerts".

La Municipalité et le Tribunal administratif ont tous deux conclu au rejet du recours, tandis que Y._____ SA n'a pas déposé de détermination.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
1.1 Formé pour violation des droits constitutionnels des citoyens à l'encontre d'une décision finale prise en dernière instance cantonale, le présent recours de droit public remplit les conditions de recevabilité prévues aux art. 84 al. 1 lettre a et 86 OJ.

1.2 En principe, le recours de droit public, de nature purement cassatoire (cf. ATF 129 I 129 consid. 1.2.1 p. 131, 173 consid. 1.5 p. 176 et les arrêts cités), suppose chez son auteur l'existence d'un intérêt juridiquement protégé actuel et pratique à obtenir l'annulation de la décision attaquée (cf. art. 88 OJ), respectivement l'examen des griefs soulevés (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). Toutefois, lorsque, en matière de marchés publics, le contrat a déjà été conclu entre le maître de l'ouvrage et l'adjudicataire - comme en l'espèce -, la jurisprudence admet qu'il y a lieu de faire exception à la nature cassatoire du recours de droit public et de reconnaître au concurrent évincé le droit de 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 se borne alors 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).
1.3 C'est dans cette mesure que le recours, déposé en temps utile et dans les formes requises (cf. art. 89 ss OJ), est recevable. Il convient donc d'entrer en matière sur les griefs de la recourante, sous réserve que ceux-ci soient conformes aux exigences de motivation déduites 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 130 I 258 consid. 1.3 p. 261, 26 consid. 2.1 p. 31; 129 III 626 consid. 4 p. 629). En outre, dans un recours pour arbitraire fondé sur l'art. 9 Cst. (cf. art. 4 aCst.), 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, au contraire, préciser en quoi cet arrêt serait arbitraire au sens de la jurisprudence (cf. ATF 128 I 295 consid. 7a p. 312; 125 I 492 consid. 1b p. 495 et les arrêts cités).
2.2 Une décision est arbitraire lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou lorsqu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si elle apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain. De plus, il ne suffit pas que les motifs de l'arrêt attaqué soient insoutenables, encore faut-il que ce dernier soit arbitraire dans son résultat. Il n'y a en outre pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution que celle de l'autorité intimée paraît concevable, voire préférable (ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9, 173 consid. 3.1 p. 178; 128 I 273 consid. 2.1 p. 275).
3.
3.1 En procédure fédérale, la recourante ne conteste plus le critère de "l'engagement de l'entreprise dans la formation", pour lequel le Tribunal administratif lui a octroyé un point de plus que la Municipalité, soit, au total, le même nombre de points (cinq) que l'adjudicataire (cf. son mémoire complémentaire du 4 mars 2004). L'essentiel de son argumentation se concentre désormais sur la manière, qu'elle juge arbitraire et contraire aux principes de la transparence et de l'égalité de traitement, dont le Tribunal administratif a apprécié le critère "des délais offerts".
3.2 Le Tribunal administratif a retenu, en se fondant sur le questionnaire remis aux soumissionnaires, que le critère en question recouvrait deux aspects (ou sous-critères), à savoir, d'une part, le délai dans lequel l'entreprise adjudicataire était à même d'intervenir dès l'adjudication (ci-après: le délai d'intervention) et, d'autre part, le temps qu'elle estimait nécessaire pour réaliser les travaux (ci-après: la durée prévue des travaux).

S'agissant du délai d'intervention, les premiers juges ont considéré, à l'instar de la Municipalité, que les réponses fournies par les deux entreprises en lice étaient équivalentes et méritaient la même notation: certes, Y._____ SA avait indiqué qu'elle pouvait intervenir "tout de suite", alors que X._____ SA avait précisé qu'un délai de cinq jours lui était nécessaire; un délai d'intervention immédiat a toutefois été jugé invraisemblable, cinq jours apparaissant, en pratique, le délai minimum pour débuter un chantier, compte tenu, notamment, de certaines contraintes d'organisation difficilement évitables (comme la nécessité de trouver et d'affecter au chantier le personnel requis).

En revanche, les premiers juges se sont départis de l'appréciation de la Municipalité en ce qui concerne le sous-critère relatif à la durée des travaux: ils ont en effet estimé qu'en indiquant une durée de quarante jours, X._____ SA avait fourni une réponse plus précise que sa rivale qui s'était limitée à apposer la mention suivante: "selon votre programme - à discuter"; ils en ont déduit qu'il se justifiait de réduire d'un point la note concédée à Y._____ SA pour ce critère, ce qui, vu le coefficient applicable (deux), donnait à cette entreprise, au total, une note de quatre (2 x 2), contre six (3 x 2) pour la recourante. Malgré cette correction ainsi que le point supplémentaire qui lui a été accordé pour le critère relatif à "l'engagement de l'entreprise dans la formation" (cf. supra consid. 3.1), X._____ SA arrivait néanmoins encore en deuxième position (62 points contre 63 pour sa rivale).
3.3 La recourante n'élève pas de grief contre l'argumentation du Tribunal administratif se rapportant au délai d'intervention; il n'y a dès lors pas lieu d'examiner cette question (cf. supra consid. 2.1).

Par contre, comme en instance cantonale, la recourante soutient que, dans la mesure où Y._____ SA s'est bornée d'indiquer dans le questionnaire de soumission que la durée des travaux restait "à discuter", son offre aurait dû être purement et simplement écartée en vertu de l'art. 33 lettre k RMP, car elle était incomplète sur un point essentiel. Il est certain que cet élément constituait un critère d'appréciation important pour le marché en cause; c'est d'ailleurs essentiellement en considération de l'urgence des travaux à réaliser - soulignée à plusieurs reprises par la Municipalité elle-même - que les demandes d'effet suspensif présentées par la recourante en instances cantonale et fédérale ont été rejetées. Il est également manifeste que la réponse fournie par Y._____ SA à ce sujet était insuffisante, attendu que, comme le Tribunal administratif l'a lui-même relevé, la Municipalité n'était pas en mesure de faire un choix en connaissance de cause sur le vu d'une telle indication. Pour autant, on ne saurait, sans autre examen, considérer que le vice était à ce point grave que la Municipalité et, à sa suite, le Tribunal administratif, étaient tenus d'écarter la soumission concernée: il faut en effet tenir compte du principe
de la proportionnalité, qui exige de réserver une solution aussi extrême aux offres contenant des vices particulièrement graves (cf. Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 109).

Cela étant, à supposer que le vice ne fût pas suffisamment grave pour que la Municipalité fût tenue d'écarter l'offre de Y._____ SA, il lui incombait alors néanmoins, conformément aux principes de l'égalité entre concurrents et de la transparence, de convoquer tous les soumissionnaires à une séance de clarification, surtout si, comme elle le pensait, l'offre de X._____ SA méritait également d'être explicitée et commentée sur ce même point (cf. Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., p. 109 ss, spécialement 111, 123 et 124). Dans la mesure où une telle démarche n'a pas été entreprise, la solution des premiers juges, consistant à ramener de seulement trois à deux le nombre de points attribués pour le critère litigieux à Y._____ SA, n'apparaît pas soutenable. Car si l'on peut admettre que la note trois décernée pour ce critère à X._____ SA restait dans les limites du large pouvoir d'appréciation reconnu au maître de l'ouvrage (cf. ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98 s.; voir aussi ATF 130 I 241 consid. 6.1 p. 251), un écart d'un point seulement (sur cinq) pour ce même critère par rapport à la note de son concurrent apparaît en revanche clairement insuffisant, compte tenu de l'importance dudit critère pour le marché en cause et de
la nette différence qualitative des offres à ce sujet: bien que relativement sommaire, la réponse de la recourante était en effet acceptable - surtout, comme l'ont souligné les premiers juges, en l'absence de toute indication spécifique du maître de l'ouvrage à cet égard (cf. arrêt attaqué, consid. 4b/bb p. 10) -, tandis que la réponse de Y._____ SA était à ce point vague et indéterminée qu'elle ne se distinguait pas, en réalité, d'une répon-

se laissée en blanc, à moins que l'on considère qu'elle invitait la Municipalité à engager une discussion avec l'adjudicataire après l'adjudication, auquel cas elle ne méritait pas davantage d'être prise en considération, car elle ouvrait la voie à toutes les manipulations.

Dans ces circonstances, la seule appréciation admissible pour une telle réponse était la note minimale prévue par les conditions générales du marché, soit la note un qui, vu son coefficient (deux), aurait conduit à l'éviction du marché de l'adjudicateur: avec deux points en moins, ce dernier n'avait en effet plus que 61 points et il passait en deuxième position derrière la recourante qui, avec 62 points, pouvait prétendre à l'attribution des travaux litigieux.
3.4 Par conséquent, l'arrêt attaqué est arbitraire non seulement dans sa motivation, mais également dans son résultat, ce qui justifie de l'annuler (cf. supra consid. 2.2) et, comme la question est en état d'être jugée, de constater l'illicéité de l'adjudication (cf. supra consid. 1.2).

Dans cette mesure, l'examen des autres griefs soulevés par la recourante est superflu. Il appartiendra au Tribunal administratif de revoir la question des frais et dépens pour la procédure qui s'est tenue devant lui.
4.
Succombant dans une procédure d'adjudication où elle intervient comme pouvoir adjudicateur, la Municipalité d'Aigle doit supporter les frais de justice et verser une indemnité de dépens à la recourante (cf. art. 156 al. 2 a contrario et 159 al. 1 OJ; ATF 130 I 258 consid. 6 p. 268). N'ayant pas procédé devant le Tribunal fédéral, Y._____ SA est dispensée de payer un émolument de justice et n'a pas à verser de dépens.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est admis et la décision attaquée annulée.
2.
Il est constaté que le marché litigieux a été adjugé à l'entreprise Y._____ SA en violation du droit au sens des considérants.
3.
Les frais de justice, d'un montant de 4'000 fr. sont mis à la charge de la Municipalité d'Aigle.
4.
La Municipalité d'Aigle versera à la recourante un montant de 4'000 fr. à titre de dépens.
5.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties et au Tribunal administratif du canton de Vaud.
Lausanne, le 17 juin 2005

Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: