Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2C 890/2008
{T 0/2}

Arrêt du 22 avril 2009
IIe Cour de droit public

Composition
MM. et Mme les Juges Müller, Président,
Karlen et Aubry Girardin.
Greffier: M. Addy.

Parties
X._____ SA et Y._____ SA,
recourantes, représentées par Me Stéphane Riand, avocat,

contre

Z._____ AG, intimée,
représentée par Me Carole Gehrer, avocate,
Conseil d'Etat du canton du Valais, case postale, 1951 Sion,
représenté par Me Jean-François Dumoulin, avocat,

Objet
Marché de services (progiciel de gestion administrative des EMS du canton du Valais),

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour de droit public, du 31 octobre 2008.

Considérant en fait et en droit:

1.
1.1 Par un appel d'offres publié au Bulletin officiel du 7 septembre 2007, le Département de la santé publique, des affaires sociales et de l'énergie du canton du Valais (ci-après: le Département) a mis en soumission, selon la procédure ouverte, le marché portant sur la fourniture et l'assistance à l'installation d'une solution informatique de gestion administrative destinée aux établissements médico-sociaux (EMS). Les conditions du marché étaient détaillées dans le cahier des charges (Cdc), qui énumérait notamment à son chiffre 3.12 les trois critères d'adjudication suivants avec, entre parenthèses, l'indication de leur pondération respective: 1°adéquation entre l'offre et les besoins exprimés (50 %); 2°coûts d'investissement, soit licence et matériel, formation et support, ainsi que frais d'exploitation (35 %); 3°renseignements sur la situation du soumissionnaire et conditions économiques et techniques minimales (détaillées au ch. 12 Cdc) auxquelles celui-ci devait satisfaire relativement à sa participation à l'appel d'offres (15 %).

Parmi les six soumissions déposées qui ont été ouvertes le 26 octobre 2007, figurent celle de la société Z._____ AG, (ci-après: le Soumissionnaire 1), pour un prix de 1'754'690 fr. pour les investissements uniques et de 97'140 fr. pour les frais annuels d'exploitation, et celle émanant d'un consortium composé des sociétés X._____ et Y._____ SA, (ci-après: le Soumissionnaire 2), pour un prix de 2'114'295 fr. pour les investissements uniques et de 300'129 fr. pour les frais annuels d'exploitation. A l'invitation de l'adjudicateur, les candidats ont présenté oralement leur offre le 30 novembre 2007 pour le soumissionnaire 1, et le 6 décembre suivant pour le soumissionnaire 2.

1.2 Le Groupe de travail chargé d'évaluer les soumissions (ci-après cité: le Groupe de travail) a constaté une grande disparité dans la présentation des offres en lice. Il a dès lors pris l'initiative d'identifier et de réunir les points de l'appel d'offres auxquels chaque soumissionnaire avait répondu - soit les chapitres 7.2 à 7.14 du cahier des charges - pour former une base de comparaison, et y a intégré "divers éléments optionnels dont le prix avait été mentionné mais non inclus dans l'offre", ainsi que le chapitre concernant "le système de planification du personnel". Il a ensuite adapté la grille de notation initialement prévue à cette nouvelle présentation des offres et, procédant à l'évaluation des dossiers à la lumière des soumissions rentrées et des explications complémentaires fournies par les candidats lors des séances organisées en novembre et décembre 2007, a attribué les notes suivantes (cf. rapport du 30 janvier 2008, ad ch. 4.1):

Soumis-sionnaires	Fonctionnalité		Critères financiers			Qualité du soumissionnaire			Total des points
	Note	%	Points	Note	%	Points	Note	%	Points	
no 1	4.21	50	2.11	4.39	35	1.54	3.6	15	0.54	4.18
no 2	3.72	50	1.86	2.83	35	0.99	4.07	15	0.61	3.46

1.3 Par décision du 5 mars 2008, le Conseil d'Etat du canton du Valais a adjugé le marché au Soumissionnaire 1 pour un prix - corrigé - de 1'327'913 fr., après défalcation du coût des fonctionnalités offertes dans la sou-

mission, mais non retenues lors de l'adjudication en vertu des modifications intervenues dans la présentation des offres pour rendre possible leur comparaison.

2.
2.1 Arrivées en troisième position dans le classement des offres, les sociétés X._____ SA et Y._____ SA (Soumissionnaire 2; ci-après également citées: les recourantes) ont recouru contre la décision d'adjudication précitée. Elles ont notamment allégué que le prix d'adjudication retenu était incompréhensible au vu du montant initialement offert par le Soumissionnaire 1, que les critères d'adjudication avaient été mal appliqués, que les offres avaient été unilatéralement et arbitrairement recomposées par l'adjudicateur à leur détriment et que le principe d'égalité entre concurrents n'avait pas été respecté. Estimant que les éléments nécessaires à la compréhension des évaluations ne leur avaient pas été fournis, elles se sont également plaintes d'une violation des "règles de motivation" et ont demandé à pouvoir consulter le dossier dans sa totalité.

Le Conseil d'Etat et le Soumissionnaire 1 se sont opposés à ce que les sociétés recourantes puissent accéder à la totalité des pièces au dossier, en faisant notamment valoir que certains documents étaient protégés par le secret des affaires voire, s'agissant des progiciels et des logiciels, par les règles sur la propriété intellectuelle. Le Conseil d'Etat a requis le rejet du recours, tandis que le Soumissionnaire 1 a conclu à son irrecevabilité et, subsidiairement, à son rejet.

2.2 Le 27 mai 2008, la Cour de droit public du Tribunal cantonal (ci-après: le Tribunal cantonal) a remis une partie des pièces caviardées en copies aux recourantes, mais a refusé de leur communiquer le rapport d'évaluation (précité) du 30 janvier 2008 (pièce 35 du dossier), au motif qu'il s'agissait d'un document administratif interne. Après différents échanges d'écritures et de correspondances, le Tribunal cantonal a informé les parties, par ordonnance du 9 septembre 2008, qu'il avait "interrogé informellement" un membre du Groupe de travail durant l'instruction, notamment au sujet de la pièce 35; dans le même temps, il a porté à leur connaissance de manière détaillée les renseignements recueillis à cette occasion - résumés ci-avant sous ch. 1.2 - et leur a offert la possibilité de faire valoir leurs observations à ce sujet. Les recourantes ont soutenu que le tribunal avait violé leur droit d'être entendues en récoltant des renseignements par une voie informelle; pour le surplus, elles ont maintenu que les offres avaient été évaluées de manière irrégulière et ont confirmé leurs conclusions. Le Conseil d'Etat s'est référé à ses précédentes écritures, tandis que le Soumissionnaire 1 n'a pas déposé de détermination. L'instruction a
été clôturée le 25 septembre 2008.

2.3 Par arrêt du 31 octobre 2008, le Tribunal cantonal a rejeté le recours.

3.
Contre cet arrêt, X._____ SA et Y._____ SA forment un recours en matière de droit public, subsidiairement un recours constitutionnel subsidiaire. Elles concluent à l'annulation de le décision attaquée sous suite de frais et dépens, et au renvoi de la cause au Tribunal cantonal pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Le 17 septembre 2008, la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral a invité les parties à se déterminer sur la requête d'effet suspensif présentée à l'appui du recours, et leur a fait interdiction, à titre de mesures superprovisoires, d'exécuter la décision attaquée jusqu'à droit connu sur l'effet suspensif. Le Conseil d'Etat a conclu au rejet de la requête d'effet suspensif et à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet des recours. Le Soumissionnaire 1 a renoncé à se déterminer sur l'effet suspensif et conclut à l'irrecevabilité du recours en matière de droit public. Le Tribunal cantonal n'a pas présenté d'observations.

4.
Aux termes de l'art. 83 let. f LTF, le recours en matière de droit public n'est recevable contre les décisions en matière de marchés publics qu'à deux conditions, soit si la valeur du mandat à attribuer est supérieure ou égale aux seuils déterminants prévus à cet effet et si, cumulativement, la décision attaquée soulève une question juridique de principe (ATF 134 II 192 consid. 1.2 p. 194 s.). Il appartient au recourant d'établir la réalisation

de ces conditions, sous peine d'irrecevabilité (cf. ATF 133 II 396 consid. 2.2 p. 398 s.). C'est, par ailleurs, en fonction du contenu de l'objet litigieux soumis au Tribunal fédéral que s'apprécie l'existence d'une question juridique de principe (cf. ATF 134 II 192 consid. 1.3 p. 195), et l'admission de cette condition est soumise à des exigences particulièrement restrictives. Celles-ci font notamment défaut si la cause ne porte que sur l'application de principes jurisprudentiels au cas d'espèce (cf. ATF 134 III 115 consid. 1.2 p. 117) ou si, bien que la question litigieuse n'ait encore jamais été tranchée, son importance pratique n'est pas suffisante pour justifier l'intervention du Tribunal fédéral (cf. arrêts 2C 107/2007 du 22 janvier 2008, consid. 1.1 et 2C 116/2007 du 10 octobre 2007,
consid. 4.2).

En l'espèce, il est douteux que le cas soulève une question juridique de principe au sens restrictif où l'entend la jurisprudence. Quoi qu'il en soit, les recourantes n'entreprennent aucunement de démontrer la réalisation de cette condition, qu'elles ne mentionnent d'ailleurs même pas dans leur écriture. Partant, cette dernière est irrecevable en tant que recours en matière de droit public.

5.
Il reste à examiner les griefs soulevés par les recourantes sous l'angle du recours constitutionnel subsidiaire.

5.1 D'après l'art. 113 LTF, cette voie de droit est ouverte contre les décisions des autorités cantonales qui, comme en l'espèce, ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89 LTF, et ont été prises en dernière instance cantonale (art. 114 LTF en relation avec l'art. 86 LTF). Par ailleurs, en tant qu'il confirme la décision du Conseil d'Etat d'attribuer le marché au Soumissionnaire 1, l'arrêt attaqué revêt pour les sociétés recourantes (le Soumissionnaire 2) le caractère d'une décision finale au sens de l'art. 90 LTF, applicable par le renvoi de l'art. 117 LTF (cf. arrêt 2D 87/2008 du 10 novembre 2008, consid. 1.3). Enfin, la jurisprudence admet qu'en matière de marchés publics, le soumissionnaire évincé dispose d'un "intérêt juridique" à obtenir l'annulation ou la modification d'une telle décision, ce qui lui confère la qualité pour recourir au sens de l'art. 115 let. b LTF (cf. arrêt 2C 634/2008 du 11 mars 2009, consid. 2.1; Adrian Hungerbühler, Das Bundesgericht als Rechtsmittelinstanz in Vergabesachen, in Marchés publics 2008, éd. par Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli, Zurich 2008, ch. 31, p. 360).

Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le recours constitutionnel subsidiaire.

5.2 Saisi d'un tel recours, le Tribunal fédéral n'examine toutefois la violation des droits constitutionnels - qui seuls peuvent être invoqués (cf. art. 116 LTF) - que si ce grief a été invoqué et suffisamment motivé par le recourant (cf. art. 106 al. 2 LTF applicable par le renvoi de l'art. 117 LTF). Il n'a pas à vérifier d'office si l'arrêt entrepris est en tous points conforme au droit et à l'équité et n'entre pas en matière sur des critiques de nature appellatoire (cf. ATF 134 V 138 consid. 2.1 p. 143 et la jurisprudence citée). Par ailleurs, il statue sur la base des faits constatés par l'autorité précédente, à moins que ceux-ci n'aient été établis en violation du droit au sens de l'art. 116 LTF (cf. art. 118 al. 1 et 2 LTF). C'est dans cette mesure que seront examinés les griefs des recourantes.

5.3 Le seul grief d'ordre constitutionnel invoqué dans le recours est le droit d'être entendu garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. Les recourantes formulent plusieurs critiques à cet égard (motivation insuffisante, infra consid. 5.3.1 et 5.3.2; refus d'accès au dossier et de participation à un acte de procédure, infra consid. 5.3.3; refus de leur donner connaissance d'une pièce importante; infra consid. 5.3.4).
5.3.1 En premier lieu, elles font valoir que l'arrêt attaqué est insuffisamment motivé, car il ne permettrait pas de comprendre pour quel(s) motif(s) l'adjudicateur a réduit de 267'250 fr., par rapport à la soumission initiale, le prix offert par le Soumissionnaire 1 pour les prestations "formation" et "gestion de projet et mise en oeuvre", tandis que des "déductions similiaires" n'ont pas été admises pour le soumissionnaire 2. Elles relèvent que "la seule explication" proposée par l'Etat du Valais dans une écriture du 11 août 2008 serait que cette différence "concerne un sous-module lié à l'utilisation de lecteur code barre pour la saisie des prestations, alors même que cette fonctionnalité ne touche ni la formation, ni la gestion du projet".

Les premiers juges ont constaté que la différence litigieuse s'expliquait par le fait que les prestations adjugées ne comprennent pas les "modules énumérés à la p. 2 du courrier électronique du 12 mars 2008 de l'adjudicateur aux recourantes", si bien que le "total des des frais de formation, gestion de projet et mise en oeuvre offerts pour ces modules [avait]été exactement et légalement déduit du total des postes correspondants de l'offre intimée". Ils ont également indiqué que le Conseil d'Etat avait par inadvertance imputé la différence en cause à un seul module, ce qu'il convenait de rectifier d'office au vu du dossier (arrêt attaqué, consid. 10 d). Enfin, ils ont encore constaté que les soumissionnaires savaient, selon le ch. 3.2 Cdc, que l'adjudicateur se réservait le droit de n'attribuer qu'une partie des fonctionnalités et services offerts et qu'il pouvait redimensionner quasiment à son gré le marché après le dépôt des offres. Ils en ont déduit qu'au vu des dispositions cantonales applicables en matière de marchés publics, les recourantes devaient savoir qu'un tel redimensionnement ne serait pas assimilable à une modification importante du projet justifiant une répétition ou un renouvellement de la procédure et qu'il leur
incombait de rédiger leur soumission de manière à conserver leurs chances dans cette éventualité, car elles ne pourraient plus la modifier après l'ouverture des offres. Or, au contraire du Soumissionnaire 1 et des autres candidats en lice, qui avaient détaillé le prix de leur offre, les recourantes avaient proposé un prix global et forfaitaire pour l'ensemble des prestations concernées, si bien que l'adjudicateur n'avait pas pu réduire le prix proportionnellement aux fonctionnalités auxquelles il avait renoncé (arrêt attaqué, consid. 8, 9 et 10).

Il apparaît dès lors que, contrairement à ce que prétendent les recourantes, l'arrêt attaqué est parfaitement clair aussi bien sur les raisons justifiant l'écart entre le prix offert par le Soumissionnaire 1 et le prix finalement adjugé que sur celles pour lesquelles le prix (forfaitaire) offert par le Soumissionnaire 2 n'a pas été réduit. Le grief tiré de la violation de l'art. 29 al. 2 Cst. est donc sans fondement. En réalité, les critiques des recourantes portent sur la pertinence de la motivation retenue par l'arrêt attaqué, ce qui constitue une question distincte de celle du droit à une décision motivée. Dès le moment où, comme en l'espèce, on peut discerner les motifs qui ont guidé le raisonnement des premiers juges, le droit à une décision motivée est respecté, sans égard au bien-fondé de la motivation litigieuse (cf. arrêts 2D 87/2008 du 10 novembre 2008, consid. 4.1 et 4P.308/2005 du 1er juin 2006, consid. 3.2). Cet aspect de la décision ne peut éventuellement être remis en cause que par l'invocation d'autres droits constitutionnels, comme la protection contre l'arbitraire (art. 9 Cst.). Or, les recourantes ne formulent à cet égard aucun grief susceptible d'être pris en considération. Elles se contentent d'affirmer que la
déduction de 267'250 fr. opérée par les premiers juges serait "totalement disproportionnée" et constituerait également une "claire inégalité de traitement", mais sans qu'il soit possible de comprendre pourquoi, ce qui n'est pas suffisant pour démontrer l'arbitraire (cf. supra consid. 5.1).
5.3.2 En deuxième lieu, les recourantes soutiennent, toujours au titre de la violation du droit à une décision motivée, que le Tribunal cantonal n'aurait pas examiné leur grief selon lequel les modules financiers proposés par le Soumissionnaire 1 ne sont pas disponibles en version multilingue (français/allemand), contrairement aux exigences du cahier des charges.

Le Tribunal cantonal a cependant constaté que, le moment venu, le produit serait livré en version bilingue et que les éventuels coûts de traduction seraient assumés par le Soumissionnaire 1, si bien qu'il ne se justifiait pas d'annuler l'adjudication pour l'unique motif que la version actuelle du produit serait unilingue (arrêt attaqué, consid. 12). Là encore, le grief des recourantes tiré de la violation de l'art. 29 al. 2 Cst. tombe dès lors à faux, cette disposition constitutionnelle ne permettant pas, comme on l'a vu, de remettre indirectement en cause la justesse d'une motivation, mais seulement de se plaindre de l'absence d'une telle motivation (cf. supra consid. 5.3.1, ad 3ème paragraphe).
5.3.3 En troisième lieu, les recourantes font valoir que le Tribunal cantonal aurait violé leur droit d'être entendues, en refusant de leur donner connaissance de certaines pièces du dossier, notamment les réponses dites "SPAN" de leurs concurrents. Elles lui reprochent aussi d'avoir obtenu de manière informelle des informations auprès de l'Etat du Valais durant l'instruction, sans qu'elles aient eu la possibilité de participer à cet acte de procédure.

Il est vrai que les garanties découlant du droit d'être entendu comprennent notamment pour les justiciables le droit de prendre connaissance du dossier (cf. ATF 126 I 7 consid. 2b p. 10) et le droit de participer à l'administration des preuves essentielles (cf. ATF 133 I 270 consid. 3.1 p. 277). Ces droits ne sont toutefois

pas absolus, mais peuvent, dans certaines circonstances, être restreints. En particulier, le droit de consulter le dossier peut être limité pour garantir les intérêts importants de l'Etat ou de tiers; savoir si une telle limitation est justifiée dépend des intérêts en présence qu'il convient de peser (cf. ATF 129 I 249 consid. 3 p. 253 s; arrêt 7B 189/2005 du 13 décembre 2005, consid. 2.2).

En l'espèce, le Tribunal cantonal a refusé de communiquer aux recourantes les informations litigieuses pour des motifs liés à la protection du secret des affaires, en se référant à l'art. 26 al. 1 de la loi cantonale du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (RS/VS 172.6; LPJA) (cf. sa lettre du 27 mai 2008). Il appartenait dès lors aux recourantes de démontrer en quoi cette norme aurait été arbitrairement appliquée et, notamment, d'établir que leur intérêt à la communication des pièces litigieuses l'emportait sur celui de leurs concurrents à bénéficier de la protection du secret des affaires. Elles ne pouvaient, comme elles le font, simplement déduire de l'absence de communication des données litigieuses une violation du droit d'être entendu. Le moyen est infondé.

Par ailleurs, du moment que Tribunal cantonal a porté à la connaissance des recourantes les renseignements qu'il avait recueillis de manière informelle auprès d'un membre du Groupe de travail, et qu'il leur a donné la possibilité de s'exprimer sur le résultat de cette mesure d'instruction (cf. ordonnance du 9 septembre 2008), celle-ci n'apparaît pas contraire aux garanties (minimales) déduites de l'art. 29 al. 2 Cst. (cf. ATF 133 I 270 consid. 3.1 p. 277; 127 III 576 consid. 2c p. 578 s.; 124 II 132 consid. 2b p. 137 et les arrêts cités).
5.3.4 Enfin, dans un dernier grief, les recourantes laissent entendre, en se référant à la pièce 22, qu'elles n'auraient jamais été informées du fait que l'Etat du Valais se réservait le droit de redimensionner le marché. En tant qu'elle passe totalement sous silence les motifs retenus par les premiers juges pour justifier un tel redimensionnement (cf. supra consid. 5.3.1., ad 2ème paragraphe) et qu'elle s'écarte des faits retenus, sans démontrer que ceux-ci seraient arbitraires, une telle motivation n'est pas recevable (cf. supra consid. 5.2).

5.4 En conséquence, dans la mesure où il est recevable, le recours constitutionnel subsidiaire est en tous points mal fondés.

6.
Il suit de ce qui précède que le recours en matière de droit public est irrecevable et que, dans la mesure où il est recevable, le recours constitutionnel subsidiaire est manifestement mal fondé et doit être rejeté selon la procédure simplifiée de l'art. 109 al. 2 let. a LTF. Avec ce prononcé, la requête d'effet suspensif devient sans objet.

Succombant, les recourantes s'acquitteront, solidairement entre elles, d'un émolument judiciaire (art. 65 et 66 LTF), ainsi que d'une indemnité de dépens réduite en faveur du Soumissionnaire 1 (art. 68 al. 1 et 2 LTF), qui a renoncé à se déterminer sur la requête d'effet suspensif et s'est limité à de brèves observations sur la recevabilité du recours. En sa qualité d'organisation chargée d'une tâche de droit public, l'Etat du Valais n'a pas droit à des dépens (cf. art. 68 al. 3 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal prononce:

1.
Le recours en matière de droit public est irrecevable.

2.
Le recours constitutionnel subsidiaire est rejeté dans la mesure où il est recevable.

3.
Les frais judiciaires, arrêtés à 10'000 fr., sont mis à la charge des recourantes, solidairement entre elles.

4.
Les recourantes verseront en qualité de débiteurs solidaires une indemnité à titre de dépens de 5'000 fr. à

Z._____ AG.

5.
Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et à la Cour de droit public du Tribunal cantonal du canton du Valais.

Lausanne, le 22 avril 2009
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le Président: Le Greffier:

Müller Addy