Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.225/2005 /viz

Arrêt du 27 avril 2006
IIe Cour de droit public

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

Parties
Consortium 2, recourant,
représenté par le bureau d'ingénieurs A._____SA,

contre

Association intercommunale pour l'épuration des eaux usées de X._____, intimée,
représentée par Me Luc Epiney, avocat,
Conseil d'Etat du canton du Valais,
Palais du Gouvernement, 1950 Sion,
Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour de droit public, Palais de Justice, 1950 Sion 2,
Consortium 1, partie intéressée,
p.a. bureau d'ingénieurs B._____ Sàrl,

Objet
adjudication; plan général d'évacuation des eaux usées,

recours de droit public contre l'arrêt de la Cour de
droit public du Tribunal cantonal du canton du Valais
du 24 juin 2005.

Faits:
A.
Par un appel d'offres publié au Bulletin officiel du canton du Valais, l'Association intercommunale pour l'épuration des eaux usées de X._____ (ci-après: l'Association intercommunale), a mis en soumission un mandat portant sur l'établissement d'un plan général d'évacuation des eaux (PGEE). L'avis précisait que le marché, soumis à la procédure sélective, comprenait une première phase dite de pré-qualification, à laquelle s'appliquaient les critères détaillés dans un dossier qui pouvait être retiré auprès de la Commune de Y._____.
Le 6 septembre 2004, l'adjudicateur a retenu trois offres pour participer à la suite de la procédure. Les candidats sélectionnés ont chacun reçu les documents nécessaires à l'établissement des offres finales (chiffrées), soit un cahier d'adjudication (état août 2004), auquel étaient annexés un récapitulatif des coûts et des délais (annexe 0), un cahier des charges, état septembre 2002 (annexe 1), et des compléments au cahier des charges, état septembre 2004 (annexe 2).
Après avoir ouvert et examiné les offres, puis établi un tableau d'évaluation, l'adjudicateur a porté son choix sur l'offre déposée par le consortium piloté par le bureau d'ingénieurs C._____ SA (ci-après: le Consortium 1 ou l'adjudicataire). Par décision du 22 décembre 2004, le Conseil d'Etat valaisan a approuvé ce choix. L'adjudicateur a informé les deux autres soumissionnaires de leur éviction le 9 mars 2005.
B.
Le consortium piloté par le bureau d'ingénieurs A._____ SA (ci-après cité: le Consortium 2) a contesté en

temps utile son éviction du marché devant la Cour de droit public du Tribunal cantonal du canton du Valais (ci-après: le Tribunal cantonal). Pour l'essentiel, il soutenait que la décision d'adjudication (précitée) du 9 mars 2005 ne tenait pas suffisamment compte de la différence de prix entre son offre, d'un montant de 278'259 fr., et l'offre de l'adjudicataire, d'un montant de 349'689 fr. 80; or, le critère du prix devait, à son sens, jouer un rôle prépondérant lors de la seconde phase d'une procédure sélective, les critères techniques ou qualitatifs ayant déjà servi à évaluer la phase de pré-qualification; il en inférait qu'il aurait au moins fallu appliquer (au critère du prix) la courbe minimale du futur guide des cantons romands qui devrait être une asymptote de formule; pour le surplus, il critiquait la notation des critères 23, 25, 31, 32 et 41 du tableau d'évaluation.
L'adjudicateur a réfuté l'ensemble de ces critiques.
Par arrêt du 24 juin 2005, le Tribunal cantonal a rejeté le recours. Les juges ont notamment considéré que le critère du prix, correspondant aux sous-critères 41 et 42 du tableau d'évaluation (respectivement Prestations totales et Tarif moyen horaire pour travaux en régie), avait été correctement noté, et que son poids relatif dans l'adjudication, soit 30 % de la note finale, était admissible pour un marché complexe supposant une collaboration interdisciplinaire entre plusieurs spécialistes.
C.
Agissant par la voie du recours de droit public, le Consortium 2 demande au Tribunal fédéral d'annuler, sous suite de frais et dépens, l'arrêt précité du Tribunal cantonal, et de suspendre la procédure jusqu'à droit connu. A titre principal, il conclut à l'adjudication du marché à lui-même et, subsidiairement, à l'octroi d'une indemnité pour rupture de contrat. Il reprend presque mutatis mutandis les arguments avancés en procédure cantonale.
Le Tribunal cantonal a renoncé à se prononcer sur le recours, tandis que le Conseil d'Etat a conclu à son rejet avec suite de frais, en précisant toutefois qu'il ne s'opposait pas à l'octroi de l'effet suspensif dans l'intervalle.
L'Association intercommunale a conclu au rejet du recours sous suite de frais et dépens. Le Consortium 1 n'a pas procédé.
Par ordonnance du 28 septembre 2005, le Président de la IIe Cour de droit public a admis la requête d'effet suspensif.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
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.
Par ailleurs, les bureaux d'ingénieurs recourants formant le Consortium 2 disposent sans conteste d'un intérêt actuel et juridiquement protégé au sens de l'art. 88 OJ à faire annuler la décision attaquée en vue d'obtenir l'adjudication du marché litigieux, celui-ci n'ayant semble-t-il pas encore donné lieu à la conclusion d'un contrat entre l'adjudicateur et le Consortium 1.
Pour le surplus, déposé en temps utile et dans les formes prescrites, le recours est recevable, sous réserve que les exigences de motivation découlant de l'art. 90 al. 1 lettre b OJ soit respectées.
2.
2.1 La jurisprudence a déduit de l'art. 90 al. 1 lettre b OJ que 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. Les recourants ne sauraient se contenter de soulever de vagues griefs ou de renvoyer aux actes cantonaux (cf. ATF 130 I 258 consid. 1.3 p. 261, 26 consid. 2.1 p. 31).
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 (cf. ATF 128 I 295 consid. 7a p. 312; 125 I 492 consid. 1b p. 495 et la jurisprudence citée).
2.2 En l'espèce, les recourants n'invoquent aucune disposition d'ordre constitutionnel à l'appui de leurs griefs, ni d'ailleurs de norme juridique d'aucune sorte. Dès lors peut-on tout au plus retenir qu'ils se plaignent implicitement d'arbitraire dans l'appréciation des faits et l'application des principes et règles gouvernant les marchés

publics. Se présentant largement comme un fidèle calque des moyens développés en procédure cantonale, leur argumentation n'apparaît guère recevable. Sont à tout le moins clairement irrecevables les griefs concernant la notation des critères 23, 25, 31 et 32, les recourants ne faisant à cet égard qu'opposer leur point de vue à celui de l'autorité intimée, en procédant par de simples affirmations successives, nullement prouvées ni même seulement étayées par des faits précis. C'est ainsi qu'ils estiment, sans fournir d'autre élément d'explication, disposer d'une bien plus longue expérience de travail communautaire que l'adjudicataire (critère 23), avoir au moins les mêmes connaissances (que celui-ci) du contexte local (critère 25) et être au moins aussi expérimentés que lui en matière de PGEE (critère 31) et en matière d'eaux claires parasites (critère 32). Est pareillement irrecevable le
grief selon lequel le critère du prix aurait dû être noté selon une autre méthode: ici également, la motivation est clairement insuffisante, les recourants n'exposant ni en quoi ni pourquoi la méthode qu'ils préconisent est meilleure que celle appliquée; ils ne prennent du reste même pas la peine de présenter et d'analyser les méthodes qu'ils opposent.
En définitive, seul le moyen tendant à établir que le critère du prix n'aurait pas été suffisamment pris en considération mérite d'être examiné sous l'angle - restreint - de l'arbitraire.
3.
3.1 Comme en instance cantonale, les recourants font valoir que le critère du prix devait, dans la phase d'adjudication, avoir une importance déterminante (...) et au moins représenter un poids de 50 %; ils estiment en effet que, dans une procédure sélective, il doit être admis que la première phase est avant tout basée sur des critères qualitatifs et la deuxième essentiellement sur des critères de prix. Or, dans le cas particulier, ils constatent que le critère du prix n'a compté que pour 25 % dans l'adjudication.
On pourrait se demander si les recourants n'auraient pas dû, conformément au principe de la bonne foi, attirer l'attention de l'adjudicateur sur le problème qu'ils soulèvent avant de saisir la juridiction cantonale, car aussi bien les indices de pondération appliqués aux deux sous-critères du prix que la méthode utilisée pour noter ceux-ci ressortaient clairement, dans le cas d'espèce, du cahier d'adjudication qui leur a été remis le 20 septembre 2004 (cf. ATF 130 I 241 consid. 4.3 p. 246/247 et les références citées). Bien que cette question n'ait pas été examinée par le Tribunal cantonal et qu'elle pourrait, par conséquent, éventuellement justifier d'écarter le grief tiré de l'arbitraire par substitution de motifs (cf. ATF 130 I 241 consid. 4.4 p. 248 a contrario), on peut néanmoins la laisser ouverte, car le recours doit de toute façon être rejeté pour d'autres raisons.
3.2 Dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que la prise en compte d'un indice de pondération de 22,5 % pour le critère du prix se situe clairement à la limite inférieure de ce qui est admissible, même pour un marché complexe, sous peine de vider de sa substance la notion, centrale en matière de marchés publics, d'offre économiquement la plus avantageuse (ATF 130 I 241 consid. 6.3 p. 253 et l'arrêt cité).
En l'espèce, quoi qu'en disent les recourants, le critère du prix entre en considération à concurrence de 30 % dans l'adjudication, soit 25 % au titre des Prestations totales et 5 % au titre du Tarif moyen horaire pour travaux en régie. Par ailleurs, les travaux mis en soumission portent sur l'établissement d'un plan général d'évacuation des eaux, soit un mandat d'étude complexe où les aspects intellectuels et qualitatifs jouent sans conteste un rôle primordial et sont eux-mêmes de nature à influencer le coût final de réalisation de l'ouvrage projeté, d'un montant vraisemblablement supérieur aux honoraires d'ingénieurs ici litigieux. Pour modeste qu'elle soit, la pondération choisie apparaît dès lors admissible. Que le marché ait suivi la procédure sélective ne permet pas d'aboutir à une autre conclusion, étant à cet égard précisé que l'ATF 130 I 241 précité avait également pour toile de fond une telle procédure.
Certes, les critères d'aptitude, qui visent à évaluer les capacités financières, techniques et organisationnelles des soumissionnaires, ne devraient normalement pas être utilisés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse selon la doctrine majoritaire, qui parle à ce propos d'interdiction de double examen ou de double évaluation des critères d'aptitude (cf. Olivier Rodondi, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in: RDAF 2001, p. 387 ss, 410/411; Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 88/89; Etienne Poltier, Les marchés publics: premières expériences vaudoises, in: RDAF 2000 I p. 297 ss, 306/307; Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1999, p. 41/42 et les références citées). La question demeure cependant controversée dans la pratique, surtout pour les adjudications portant - comme en l'espèce - sur des marchés de service (cf. Poltier, op. cit., p. 307; Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., p. 89). Les juridictions cantonales semblent même plutôt

hostiles à établir une franche distinction
entre les critères d'aptitude et les critères d'adjudication pour ce genre de marchés, y compris lorsqu'ils sont soumis à la procédure sélective (cf. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich/Bâle/Genève 2003, nos 297 ss [Argovie, Vaud, Zurich], spécial. n°300 [Valais]).
Quoi qu'il en soit, les recourants ne démontrent pas que les critères retenus pour adjuger le marché auraient déjà servi lors de la phase de pré-qualification des soumissionnaires; comme en procédure cantonale, ils se bornent à soutenir, sur le mode de l'affirmation, que le critère du prix doit recevoir une pondération d'au moins 50 % dans l'adjudication d'un marché soumis à la procédure sélective. Cependant, il n'appartient pas au Tribunal fédéral, dans un recours pour arbitraire, de procéder lui-même à la démonstration que la procédure choisie n'aurait pas respecté l'interdiction de double examen des critères d'aptitude, encore moins d'en tirer des conséquences juridiques, d'autant que la distinction entre les critères d'aptitude et les critères d'adjudication n'est pas toujours une chose aisée (cf. ATF 129 I 313 consid. 8.1 p. 324), quand ce n'est pas sa justification même, comme on l'a vu, qui serait discutable pour ce genre de marchés (cf. les références citées supra à la jurisprudence cantonale). Les griefs des recourants concernant l'indice de pondération appliqué au critère du prix se révèlent dès lors infondés.
3.3 Selon la jurisprudence, si le critère du prix bénéficie - comme en l'espèce - d'une pondération relativement faible, il ne doit pas être corrélé avec une méthode de notation ayant pour effet d'en atténuer encore dans une mesure significative l'importance dans l'adjudication (cf. ATF 130 I 241 consid. 6.1 p. 250/251; 129 I 313 consid. 9.2 et 9.3 p. 327/328). Tel n'apparaît cependant pas le cas en l'occurrence.
De 71'430 fr. (349'689 fr. - 278'259 fr.), la différence de prix entre l'offre du Consortium 1 et l'offre du Consortium 2 est certes notable, mais n'est pourtant pas exceptionnelle, notamment si l'on tient compte de la valeur des travaux à réaliser sur la base du concept devant être élaboré par l'adjudicataire. Par ailleurs, cette différence s'est traduite sur le sous-critère 41 (Ṗrestations totales¨) par des notes de respectivement 5.04 points pour les recourants et 2.74 pour l'adjudicataire (sur un maximum de 6), soit un écart de 2,3 points entre les deux offres. Comme ce sous-critère comptait pour 25 % dans la note globale (correspondant à la moyenne pondérée des différents critères), son incidence sur celle-ci a finalement été de 0,575 point (2,3 x 0,25) sur un total de six points; autrement dit, sans même tenir compte du sous-critère 42 (Ṫarif moyen horaire pour travaux en régie¨), le critère du prix a permis aux recourants d'obtenir un avantage comparatif de l'ordre de 10 % par rapport à son concurrent sur la note finale, ce qui paraît acceptable, compte tenu notamment du fait que l'écart de prix entre les deux offres représentait environ 20 % du prix adjugé (71'430 fr. / 349'689 fr. x 100). Au reste, à supposer qu'on
applique la méthode de notation préconisée par les recourants, ceux-ci obtiendraient alors pour le critère 41, selon leur propre calcul, 6 points, contre 3,8 points pour le consortium adjudicataire soit, au final, un écart de 2,2 points, reflétant encore moins bien que la méthode critiquée la différence de prix entre les offres.
3.4 Pour l'ensemble de ces raisons, la décision attaquée échappe au grief d'arbitraire.
4.
Il suit de ce qui précède que le recours doit être rejeté.
Succombant, les recourants supporteront solidairement entre eux un émolument judiciaire (cf. art. 156 al. 1 et 7 OJ). Par ailleurs, dans la mesure où, même réunies, les communes formant l'Association intercommunale intimée représentent moins de trois mille habitants, elles doivent être assimilées à une petite collectivité publique; l'affaire en cause présentant une certaine complexité, il se justifie dès lors d'allouer à l'intimée une indemnité de dépens, par exception à l'art. 159 al. 2, 2ème phrase (Jean-François Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. V, Berne 1992, n. 3 ad art. 159, p. 161-162 et les références); les recourants sont tenus solidairement entre eux au paiement de cette indemnité (art. 156 al. 7 OJ par le renvoi de l'art. 159 al. 5 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 6'000 fr. est mis à la charge des recourants, solidairement entre eux.
3.
Les recourants sont solidairement condamnés à verser à l'Association intercommunale pour l'épuration des

eaux usées de X._____ un montant de 3'000 fr. à titre de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties, au Conseil d'Etat et à la Cour de droit public du Tribunal cantonal du canton du Valais.
Lausanne, le 27 avril 2006
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: