Urteilskopf

129 I 313

28. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public dans les causes Commune municipale de N. contre Bureau d'architectes C. ainsi que Bureaux d'architectes A. et B. contre Bureau d'architectes C. et Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour de droit public (recours de droit public) 2P.268/2002 / 2P.269/2002 du 8 août 2003

Regeste (de):
Art. 87 Abs. 1 und 2, Art. 88 OG; Art. 9 BV; Art. 13 lit. d und f, Art. 18 Abs. 1 IVoeB; Rückweisungsentscheid in einem Verfahren betreffend öffentliches Beschaffungswesen; Beschwerdelegitimation einer Gemeinde; "Lehrlingsfaktor"; Risiko von Unterangeboten.

Es wird offen gelassen, ob es sich bei einem Rückweisungsentscheid, der eine Gemeinde dazu verpflichtet, mit dem Submissionsverfahren wieder von vorne zu beginnen, um einen Zwischenentscheid oder um einen Endentscheid handelt (E. 3 und 12). Legitimation einer Gemeinde zur staatsrechtlichen Beschwerde im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens (E. 4). Autonomie der Walliser Gemeinden beim Submissionsverfahren (E. 5).

Die Ausschreibungsunterlagen, die den Anbietern erst zugestellt worden sind, nachdem die Beschwerdefrist für diese Phase des Verfahrens schon abgelaufen war, können zusammen mit dem Vergabeentscheid angefochten werden (E. 6).

Nichtanwendbarkeit des "Lehrlingsfaktors", da dieser im Verhältnis zum Preisfaktor zu stark gewichtet wird (E. 8 und 9). Zum Risiko von Unterangeboten im Fall der Wiederaufnahme des Submissionsverfahrens von Anfang an (E. 10).

Regeste (fr):
Art. 87 al. 1 et 2, art. 88 OJ; art. 9 Cst.; art. 13 let. d et f, art. 18 al. 1 AIMPu; décision de renvoi dans une procédure de marchés publics; qualité pour recourir d'une commune; "critère des apprentis"; risque de sous-enchères.

Caractère final ou incident d'une décision de renvoi enjoignant à une commune de reprendre la procédure d'adjudication à son début; question laissée ouverte (consid. 3 et 12). Qualité pour agir d'une commune par la voie du recours de droit public en matière de marchés publics (consid. 4). Autonomie des communes valaisannes dans les procédures d'adjudication (consid. 5).

Des documents de l'appel d'offres remis aux soumissionnaires après le délai pour recourir contre cette phase de la procédure peuvent encore être contestés avec la décision d'adjudication (consid. 6).

Inadmissibilité du "critère des apprentis" en raison de sa prédominance par rapport au critère du prix (consid. 8 et 9). Du risque de sous-enchères en cas de reprise de la procédure à son début (consid. 10).

Regesto (it):
Art. 87 cpv. 1 e 2, art. 88 OG; art. 9 Cost.; art. 13 lett. d e f, art. 18 cpv. 1 CIAP; decisione di rinvio in una procedura di appalto pubblico; legittimazione ricorsuale di un comune; "criterio degli apprendisti"; rischio di offerte sottocosto.

Carattere finale o incidentale di una decisione di rinvio che ingiunge a un comune di riprendere dall'inizio una procedura d'aggiudicazione; questione lasciata aperta (consid. 3 e 12). Legittimazione di un comune a presentare un ricorso di diritto pubblico in materia di commesse pubbliche (consid. 4). Autonomia dei comuni vallesani nelle procedure d'aggiudicazione (consid. 5).

I documenti concernenti il bando di concorso rimessi agli offerenti dopo la scadenza del termine di ricorso per questa fase della procedura possono ancora venir contestati con la decisione d'aggiudicazione (consid. 6).

Inammissibilità del "criterio degli apprendisti" in ragione della sua preponderanza per rapporto al criterio del prezzo (consid. 8 e 9). A proposito del rischio di offerte sottocosto in caso di ripresa della procedura dall'inizio (consid. 10).

Sachverhalt ab Seite 314

BGE 129 I 313 S. 314

A.- Par un appel d'offres public, la Commune municipale de N. (ci-après: la Commune) a mis en soumission un mandat d'architecte portant sur les phases préparatoires d'un projet pour la rénovation et la transformation d'un bâtiment communal. L'avis indiquait que le marché, soumis à la procédure ouverte, était estimé à 8'000'000 fr.; les bureaux d'architecture intéressés étaient invités à s'inscrire jusqu'au mercredi 17 avril 2002 auprès du Service de l'Edilité qui leur mettrait à disposition, dès le 6 mai suivant, les documents utiles pour

BGE 129 I 313 S. 315

établir et produire les soumissions (ci-après: les documents de l'appel d'offres). Les offres devaient être remises jusqu'au mercredi 5 juin 2002 et leur ouverture était prévue pour le 10 juin suivant. L'appel d'offres précisait que le marché pouvait faire l'objet d'un recours, dans les dix jours dès sa publication, auprès de la Cour de droit public du Tribunal cantonal (ci-après cité: le Tribunal cantonal). Sous la rubrique "étendue du marché", les documents de l'appel d'offres remis aux candidats qui se sont inscrits mentionnaient un coût approximatif de 9'000'000 fr., honoraires compris; figuraient également sur ces documents les critères d'adjudication suivants, avec l'indication de leur pondération respective:
a) Expérience acquise dans le domaine 30%

b) Qualification professionnelle 25%

c) Montant de l'offre 20%

d) Organisation du soumissionnaire 15%

e) Formation d'apprentis et de stagiaires 10%
Par décision du 20 juin 2002, la Commune a adjugé le marché aux Bureaux d'architectes A. et B., qui avaient présenté une soumission commune.

B.- Bien qu'il ait obtenu le même nombre de points que l'adjudicataire sur les critères d'adjudication a, b et d et que son offre fût de 100'000 fr. plus avantageuse (soit approximativement 18.5%), le Bureau d'architectes C. n'est arrivé qu'en cinquième position du classement. N'ayant pas d'apprentis à son service, il n'a en effet réalisé qu'un seul point (sur quatre) au titre du critère relatif à la formation des apprentis et des stagiaires (ci-après

cité: le critère des apprentis), alors que l'adjudicataire en a obtenu quatre.
Evincé du marché, le Bureau d'architectes C. a recouru devant le Tribunal cantonal, en concluant à l'annulation de la décision d'adjudication ainsi qu'à l'attribution du mandat à lui-même. Il a notamment fait valoir que le critère des apprentis était contraire à l'objectif d'adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse; il a également mis en cause les méthodes de calcul et les facteurs de pondération appliqués au motif qu'ils n'accordaient pas suffisamment d'importance au critère du prix. De son côté, la Commune a soutenu que les griefs invoqués étaient tardifs et donc irrecevables, car ils auraient dû être soulevés lors de la remise des documents de l'appel d'offres. Par arrêt du 27 septembre 2002, le Tribunal cantonal a admis le recours. Sur le fond, les juges ont estimé que le pouvoir adjudicateur

avait accordé trop d'importance au critère des apprentis dans son évaluation, au détriment du critère du prix, ce qui n'était pas conforme au principe voulant que l'adjudication revienne à l'offre économiquement la plus avantageuse. Ils ont annulé la décision attaquée et renvoyé la cause à la Commune en lui enjoignant de reprendre la procédure d'adjudication à son début.

C.- Agissant par la voie du recours de droit public (cause no 2P.268/2002), la Commune demande au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt précité du Tribunal cantonal. Invoquant la violation de son autonomie communale, elle se plaint d'arbitraire (art. 9 Cst.) dans la constatation des faits pertinents et dans l'application de certaines dispositions cantonales de procédure ou relatives aux marchés publics; elle fait également valoir que les principes de la bonne foi et de la sécurité du droit auraient été méconnus.
Dans une écriture séparée, les Bureaux d'architectes A. et B. forment un recours de droit public contre l'arrêt précité du Tribunal cantonal (cause no 2P.269/2002) dont ils requièrent également l'annulation. Pour l'essentiel, leur motivation se confond avec celle développée par la Commune. Le Tribunal fédéral a rejeté les recours après les avoir joints.

Erwägungen

Extrait des considérants:
No 2P.268/2002
Recevabilité du recours

3.

3.1 Le recours de droit public n'est recevable qu'à l'encontre des décisions qui, comme en l'espèce (cf. art. 16 de la loi valaisanne du 23 juin 1998 sur les marchés publics; LcMP), sont prises en dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 OJ). Par ailleurs, à l'exception de celles prises séparément sur la compétence ou sur les demandes de récusation (art. 87 al. 1 OJ), les autres décisions préjudicielles ou incidentes prises séparément ne peuvent faire l'objet d'un recours de droit public que s'il peut en résulter un préjudice irréparable (art. 87 al. 2 OJ). Le recours de droit public n'est donc en principe recevable que contre les décisions finales.

3.2 Constitue une décision finale celle qui met un point final à la procédure, qu'il s'agisse d'une décision sur le fond ou d'une décision qui clôt l'affaire pour un motif tiré des règles de procédure. Est en revanche une décision incidente celle qui est prise pendant le cours de la procédure et ne représente qu'une étape vers la décision

finale; elle peut avoir pour objet une question formelle ou matérielle, jugée préalablement à la décision finale (ATF 128 I 215 consid. 2 p. 215/216; 123 I 325 consid. 3b p. 327 et les arrêts cités). Le prononcé par lequel une juridiction cantonale renvoie une affaire pour nouvelle décision à une autorité de première instance ou à une autre autorité revêt, en principe, le caractère d'une décision incidente qui n'entraîne pour l'intéressé aucun dommage irréparable. Il s'agit en effet d'une simple étape avant la décision finale qui doit mettre un terme à la procédure (cf. ATF 122 I 39 consid. 1a/bb p. 42 et les références). Dans un arrêt 2P.185/2000 du 4 décembre 2000 (reproduit partiellement in RDAT 2001 II n. 64 p. 255, consid. 2b p. 258), le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si, en matière de marchés publics, une décision de renvoi prescrivant à l'adjudicateur d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre au meilleur prix était une décision finale ou partielle au sens de l'art. 87 OJ, car le recours était de toute façon manifestement mal fondé. En revanche, dans une autre affaire de marchés publics (arrêt 2P.146/2001 du 6 mai 2002), le Tribunal fédéral a jugé qu'un arrêt de renvoi ne laissant aucune latitude de jugement à l'autorité cantonale inférieure pouvait être attaqué par la voie du recours de droit public, car il avait pour les parties des effets équivalents à ceux d'une décision finale. Cette interprétation de l'art. 87 OJ découle d'une jurisprudence établie du Tribunal fédéral (cf. ATF 118 Ib 196 consid. 1b p. 198/199; ATF 117 Ib 325 consid. 1b p. 327; ATF 107 Ib 219 p. 221/222 et les références).

3.3 En l'espèce, le chiffre 2 du dispositif du jugement attaqué "admet le recours, annule la décision attaquée et renvoie l'affaire à la Commune pour nouvelle décision dans le sens du considérant 8b". Ce dernier enjoint à la commune recourante de procéder à une nouvelle adjudication qui lui permettra notamment "de recueillir d'autres offres et d'exercer son pouvoir d'appréciation de façon à remédier aux irrégularités (touchant la procédure d'adjudication) relevées plus haut", les premiers juges considérant qu'il ne leur était pas possible d'attribuer directement le marché au Bureau d'architectes C. En effet, cette entreprise arrivait en deuxième position dans le classement des offres selon leur montant, si bien qu'une attribution directe n'était pas de nature à garantir "le respect de la priorité du critère de l'offre la plus avantageuse." Bien qu'il prive la Commune de la faculté de choisir à quel stade de la procédure elle entend reprendre l'adjudication (sur l'admissibilité

d'un tel procédé cf. infra consid. 10), l'arrêt de renvoi litigieux lui ménage tout de même une certaine latitude de jugement, puisqu'aussi bien le choix des différents critères d'adjudication que leur pondération ou encore le choix des méthodes de calcul sont laissés à son entière appréciation. La situation n'est donc, de ce point de vue, pas comparable à l'état de fait qui est à la base de l'arrêt précité 2P.146/2001. D'un autre côté, en tant qu'il impose à la Commune d'entamer une nouvelle procédure d'adjudication - et non simplement de reprendre la procédure en cours à partir d'un certain stade - et de modifier la pondération, l'arrêt attaqué pourrait être considéré comme produisant pour les parties des effets comparables à une décision finale. La question souffre toutefois de rester indécise. En effet, selon la jurisprudence, une décision de renvoi contenant des injonctions à l'adresse d'une commune est réputée causer à cette dernière un dommage irréparable, car on ne saurait exiger d'une corporation publique qu'elle se soumette aux prescriptions de l'autorité de recours dans une nouvelle décision, puis qu'elle attaque ensuite sa propre décision (cf. ATF 128 I 3 consid. 1b p. 7; 120 Ib 207 consid. 1a p. 209; 116 Ia 41 consid. 1b p. 43/44). Nonobstant son éventuel caractère incident, l'arrêt litigieux peut donc être attaqué par la Commune par la voie du recours de droit public.

4.

4.1 Selon l'art. 88 OJ, le recours de droit public est ouvert aux particuliers et aux collectivités lésés par des arrêtés ou des décisions qui les concernent personnellement ou qui sont d'une portée générale. Le recours de droit public est conçu pour la protection des droits constitutionnels des citoyens (art. 84 al. 1 lettre a OJ). Il doit permettre à ceux qui en sont titulaires de se défendre contre toute atteinte à leurs droits de la part de la puissance publique. De tels droits ne sont reconnus en principe qu'aux citoyens, à l'exclusion des collectivités publiques qui, en tant que détentrices de la puissance publique, n'en sont pas titulaires et ne peuvent donc pas attaquer, par la voie du recours de droit public, une décision qui les traite comme autorités. Cette règle s'applique aux cantons, aux communes et à leurs autorités, qui agissent en tant que détentrices de la puissance publique. La jurisprudence admet toutefois qu'il y a lieu de faire une exception pour les communes et autres corporations de droit public, lorsque la collectivité en cause n'intervient pas en tant que détentrice de la puissance publique, mais qu'elle agit sur le plan du droit privé ou qu'elle est atteinte dans sa sphère privée de façon identique ou analogue

à un particulier, notamment en sa qualité de propriétaire de biens frappés d'impôts ou de taxes ou d'un patrimoine financier ou administratif. Une seconde exception est admise en faveur des communes et autres corporations publiques lorsque, par la voie du recours de droit public, elles se plaignent d'une violation de leur autonomie (art. 50 Cst.; cf. ATF 125 I 173 consid. 1b p. 175; ATF 121 I 218 consid. 2a) ou d'une atteinte à leur existence ou à l'intégrité de leur territoire garanties par le droit cantonal. Les collectivités concernées peuvent aussi se prévaloir, à titre accessoire, de la violation de droits constitutionnels dans la mesure où ces moyens sont en relation étroite avec la violation de leur autonomie (ATF 125 I 173 consid. 1b p. 175; ATF 123 III 454 consid. 2 p. 456; ATF 121 I 218 consid. 2a p. 219-220; 116 Ia 252 consid. 3b p. 255 et les arrêts cités).

4.2 L'arrêt attaqué a été rendu dans une procédure d'adjudication de marché public conduite par la commune recourante. A l'inverse d'un particulier, une commune ne peut pas demander des offres et adjuger des travaux en toute liberté. Elle est obligée d'appliquer les procédures légales relatives aux marchés publics et de se soumettre à cet égard à un contrôle judiciaire. Sa position dans une procédure judiciaire en matière de marchés publics ne se confond donc pas avec celle d'un simple particulier; c'est au contraire en tant que détentrice de la puissance publique qu'elle intervient (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2P.175/2001 du 12 octobre 2001, cité in ZBl 103/2002 p. 481 ss, consid. 1b p. 482). Aussi bien une commune ne peut-elle, en principe, pas agir par la voie du recours de droit public en matière de marchés publics, à moins qu'elle n'invoque la violation de son autonomie garantie par le droit cantonal. Pour que le recours soit recevable à ce titre, il suffit que la commune en cause allègue une telle violation, la question de savoir si elle est réellement autonome dans le domaine en cause étant une question de fond et non de recevabilité (cf. ATF 124 I 223 consid. 1b p. 226 et les références citées). En l'espèce, dans la mesure où la commune recourante se plaint effectivement d'une violation de son autonomie, elle est recevable à agir sous l'angle de l'art. 88 OJ; par ailleurs, on peut admettre que les autres moyens qu'elle soulève (cf. infra consid. 5.1, 6.1, 7.1, 8, 9 et 10) sont directement en relation avec cette violation, si bien qu'il y a également lieu d'entrer en matière sur ceux-ci.

4.3 Pour le surplus, déposé en temps utile et dans les formes prescrites (cf. art. 89 et 90 OJ) contre un arrêt qui ne peut être attaqué

que par la voie recours de droit public (cf. ATF 125 II 86 consid. 2 à 6 p. 92 ss), le présent recours est recevable.
Examen des griefs

5.

5.1 Pour l'essentiel, la Commune soutient que le Tribunal cantonal aurait porté une atteinte inadmissible à son autonomie, garantie à l'art. 69 de la Constitution du canton du Valais du 8 mars 1907, en interprétant et en appliquant d'une manière arbitraire des dispositions de droit cantonal en matière de procédure et de marchés publics. Elle se prévaut également de la violation de certains principes généraux du droit, en particulier de la bonne foi.

5.2 La Constitution fédérale garantit l'autonomie communale dans les limites fixées par le droit cantonal (art. 50 al. 1 Cst.). Selon la jurisprudence, une commune est autonome dans les domaines que le droit cantonal ne règle pas de façon exhaustive, mais laisse en tout ou en partie dans la sphère communale en conférant aux autorités municipales une appréciable liberté de décision (ATF 126 I 133 consid. 2 p. 136; ATF 124 I 223 consid. 2b p. 226/227 et les références citées). Les art. 69 de la Constitution du canton du Valais et 2 al. 1 de la loi valaisanne du 13 novembre 1980 sur le régime communal (LRC) confèrent autonomie aux communes dans le cadre de la constitution et des lois et leur accordent la compétence d'accomplir les tâches locales, notamment la gestion des finances municipales (art. 6 lettre a LRC) et les travaux de correction ou de construction relatifs aux cours d'eau qui sont exécutés sur leur territoire (cf. art. 19 de la loi valaisanne du 6 juillet 1932 sur les cours d'eau). Entrée en vigueur le 1er juillet 1998, la loi valaisanne du 23 juin 1998 sur les marchés publics (LcMP), à laquelle la commune recourante est soumise pour l'attribution du marché en cause, confère à l'adjudicateur une grande liberté d'appréciation, notamment dans le choix de la procédure (art. 6 ss de l'ordonnance valaisanne du 26 juin 1998 sur les marchés publics; OcMP), des critères d'adjudication (art. 24 al. 1 OcMP) et finalement dans l'adjudication elle-même (art. 39 OcMP; cf. aussi à cet égard, ATF 125 II 95 consid. 6 p. 98; arrêt du Tribunal fédéral 2P.175/2001 du 12 octobre 2001). En la matière, la commune recourante dispose ainsi d'une véritable autonomie qui lui permet de se plaindre tant des excès de compétence du Tribunal cantonal que de la violation par celui-ci des règles du droit cantonal applicables. Il convient donc d'entrer en matière sur les griefs allégués en relation avec cette autonomie et d'en examiner le bien-fondé.

6.

6.1 La Commune invoque une application arbitraire des art. 15 lettre b LcMP et 36 de la loi valaisanne du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA), ainsi qu'une "violation crasse" des principes de la bonne foi et de la sécurité du droit. A ses yeux, à l'exception du grief portant sur la méthode de calcul utilisée pour noter le critère du prix, le Tribunal cantonal ne devait pas entrer en matière sur les autres moyens soulevés par le Bureau d'architectes C. Ceux-ci auraient en effet déjà dû être présentés au stade de l'appel d'offres ou, au plus tard, lorsque les documents de l'appel d'offres ont été remis à l'intéressé, conformément aux dispositions cantonales précitées et à la jurisprudence y relative.

6.2 L'art. 15 LcMP énumère les décisions de l'adjudicateur qui sont susceptibles de recours, au rang desquelles figurent notamment la décision d'adjudication (lettre a) et l'appel d'offres (lettre b). La teneur de cette disposition correspond, à peu de choses près, aux recommandations émises au par. 33 des Directives pour l'exécution de l'Accord intercantonal sur les marchés publics, dans leur version approuvée en 1995 (publiées in JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/BENOÎT REVAZ, Le nouveau droit des marchés publics: introduction, sources légales et autres documents pratiques, Fribourg 1997, p. 171 ss; ci-après citées: les Directives AIMPu). Quant à l'art. 36 LPJA, il prévoit qu'une décision est exécutoire lorsqu'elle n'est plus attaquable par un moyen de droit. Le Tribunal cantonal a certes considéré que, conformément à la jurisprudence (cf. ATF 125 I 203), les documents de l'appel d'offres faisaient généralement partie intégrante de l'appel d'offres, si bien que les éventuels vices les affectant devaient être contestés à ce stade de la procédure déjà, sous peine de forclusion. Il a toutefois constaté que le délai de 10 jours pour recourir contre l'appel d'offres arrivait à échéance bien avant le 6 mai 2002, jour à partir duquel les documents de l'appel d'offres pouvaient, au plus tôt, être retirés par les soumissionnaires auprès de la Commune. Il en a déduit que ces derniers pouvaient "logiquement" penser que les griefs portant sur les documents de l'appel d'offres n'avaient pas à être soulevés lors de la procédure de l'appel d'offres déjà, mais devaient l'être dans le cadre de la décision d'adjudication. Par ailleurs, le Tribunal cantonal a rappelé qu'une notification irrégulière des voies de droit ne devait entraîner aucun préjudice pour une partie diligente: or, le soumissionnaire évincé n'avait pas fait preuve de négligence en considérant qu'il ne devait recourir contre les documents de l'appel

d'offres qu'avec la décision d'adjudication, car aussi bien le droit que la jurisprudence n'étaient pas limpides sur cette question. Ces considérations échappent à l'arbitraire car, quoi qu'en dise la Commune, la situation n'est pas identique à celle qui est à la base de l' ATF 125 I 203 précité. Il est en effet constant, en l'espèce, que les documents de l'appel d'offres ne pouvaient pas être retirés avant le 6 mai 2002; ils n'étaient donc disponibles qu'après l'échéance du délai pour recourir contre l'appel d'offres lui-même. Or, cette manière de faire prêtait effectivement à confusion, en ce sens qu'elle donnait clairement l'apparence que les documents en question n'étaient pas compris dans la phase même de l'appel d'offres; le délai de recours pour contester ces documents ne pouvait en effet pas commencer à courir avant que les soumissionnaires ne les eussent reçus. De surcroît, il apparaît que l'appel d'offres publié dans le Bulletin officiel indiquait que le marché était estimé à 8'000'000 fr., alors que les documents de l'appel d'offres remis après le 6 mai 2002 font état d'une estimation de 9'000'000 fr. Pour ce motif également, la Commune est mal venue de soutenir que, faute d'avoir été soulevés au stade de l'appel d'offres déjà, les griefs portant sur les documents de l'appel d'offres ne pouvaient plus être contestés avec la décision d'adjudication. Dès lors, les griefs tirés de la violation du principe de la bonne foi et de l'application arbitraire des art. 15 lettre b LcMP et 36 LPJA doivent être rejetés.

7.

7.1 La Commune se plaint également d'une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents qui toucherait à l'arbitraire. Elle fait ainsi valoir que le Tribunal cantonal aurait omis, "en violation crasse" de la maxime d'office inscrite à l'art. 17 al. 1 de la loi valaisanne sur la procédure et la juridiction administratives, de prendre en compte le fait que le marché portait sur un mandat d'architecte complexe: classé bâtiment historique, l'ouvrage à rénover présentait des difficultés particulières. Or, ces constatations seraient essentielles, selon la Commune, pour juger de la pertinence du taux de pondération qu'elle a décidé d'appliquer au critère du prix dans l'évaluation des offres (soit 20%), la relative modestie de ce taux s'expliquant par la complexité du mandat en cause: en accord avec l'art. 39 OcMP, elle estime en effet qu'elle pouvait et devait mettre davantage l'accent sur les compétences professionnelles des candidats (expérience, qualifications, organisation, ...) que sur le prix des offres.

7.2 Edicté par le Conseil d'Etat en vertu de la délégation de compétence découlant des art. 13 lettre f de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMPu; RS 172.056.4) et 2 de la loi valaisanne concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LcAIMP), l'art. 39 OcMP, intitulé "critères d'adjudication", a la teneur suivante: "1. Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans l'évaluation, le rapport prix/prestations doit être observé. Dans ce cadre, en dehors du prix, des critères différents selon la nature des marchés peuvent être pris en considération, tels que: la qualité, les délais, la rentabilité, la connaissance des conditions d'exécution, les coûts d'exploitation, le service après-vente, la formation d'apprentis, l'écologie, la convenance de la prestation, la valeur technique, l'esthétique, la créativité et l'infrastructure.

2. L'adjudication de biens largement standardisés peut également intervenir exclusivement selon le critère du prix le plus bas." En l'espèce, il est certain que le mandat mis en soumission par la Commune n'est pas assimilable à une prestation largement standardisée pour laquelle l'adjudication pourrait se faire, en application de l'art. 39 al. 2 OcMP, exclusivement ou de manière prépondérante selon le seul critère du prix (cf. aussi par. 28 al. 2 des Directives AIMPu). Ce n'est toutefois pas le raisonnement qu'ont suivi les juges cantonaux pour mettre à néant la décision d'adjudication, leur solution étant motivée par le fait que, dans son évaluation des offres, la Commune avait accordé trop de poids au critère des apprentis par rapport au critère du prix. Aussi bien, les critiques de la Commune portant sur le fait que la complexité du mandat n'aurait pas été suffisamment prise en compte par la Cour cantonale tombent à faux et sont dénuées de pertinence.

8. La Commune reproche au Tribunal cantonal d'avoir excédé son pouvoir d'appréciation. Elle estime que le jugement attaqué remet de manière infondée en cause le critère des apprentis qui serait pourtant "manifestement admis sur le principe" par la doctrine majoritaire.

8.1 A son art. 13, l'Accord intercantonal laisse aux cantons le soin d'édicter les dispositions d'exécution nécessaires pour garantir, entre autres choses, une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables (lettre d)

ainsi que des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (lettre f). Les critères d'adjudication (ou d'attribution) se rapportent directement à la prestation elle-même et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie. Ils doivent être distingués des critères d'aptitude (ou de qualification) qui visent à évaluer les capacités financières, économiques, techniques et organisationnelles des candidats (cf. art. 39 OcMP); bien qu'ils concernent la personne même du soumissionnaire, les critères d'aptitude doivent toutefois, selon la doctrine et la jurisprudence, également être directement et concrètement en rapport avec la prestation à accomplir, en ce sens qu'ils doivent porter sur des qualifications nécessaires pour mener à bien cette prestation (cf. OLIVIER RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in RDAF 2001 I p. 387 ss, 394/395; ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, Droit des marchés publics: présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 192; ETIENNE POLTIER, Les marchés publics: premières expériences vaudoises, in RDAF 2000 I p. 297 ss, 305/306; GAUCH/STÖCKLI/DUBEY, Thèses sur le nouveau droit

fédéral des marchés publics, Fribourg 1999, p. 19). Dans la pratique, la distinction entre critères d'aptitude et d'adjudication est parfois difficile à opérer, surtout lorsque l'adjudication se déroule en procédure ouverte (cf. Les débats relatifs à l'exposé de BERNARD POCHON, La gestion d'une procédure de première instance, in Les juridictions administratives face aux marchés publics, Colloque du 3 octobre 2000 de l'Université de Fribourg, p. 28 ss, 44 ss; ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, op. cit., p. 88/89; GAUCH/STÖCKLI/DUBEY, op. cit., p. 27).

8.2 Bien qu'il soit prévu dans toutes les législations cantonales (cf. DENIS ESSEIVA, La préparation de la procédure d'appel d'offres, in Les juridictions administratives face aux marchés publics, Fribourg 2000, p. 7 ss, 12), le critère des apprentis n'est pas mentionné dans les Directives AIMPu (cf. par. 19 et 28) qui, même si elles n'ont assurément pas de force contraignante, n'en constituent pas moins un texte important pour comprendre les principes auxquels les cantons se sont astreints et en définir la portée (cf. ATF 125 II 86 consid. 7a p. 99). La nouvelle version de ces directives élaborée à la suite des modifications apportées à l'Accord intercantonal le 15 mars 2001 (RO 2003 p. 196; RS 172.056.5) - adoptées par le canton du Valais le 10 juillet 2003 et entrées en vigueur le 5 août 2003 (RO 2003

p. 2373) -, ne fait pas davantage mention de ce critère (cf. par. 21 et 32 de ces nouvelles directives). En Valais, le législateur a rangé le critère des apprentis dans la catégorie des critères d'adjudication (cf. art. 39 al. 1 OcMP).

8.3 Contrairement à ce qu'affirme la Commune, tant la jurisprudence cantonale rendue sur le sujet que la doctrine marquent une certaine réserve à l'endroit du critère des apprentis; elles ne l'admettent en effet qu'en l'assortissant de diverses cautèles quand elles ne le jugent pas tout simplement étranger au système. Ainsi, la jurisprudence zurichoise n'accepte ce critère que si le nombre d'apprentis occupés par le soumissionnaire est mis en proportion du nombre total des employés travaillant dans l'entreprise, afin d'éviter que les grandes entreprises ne soient injustement favorisées au détriment des petites. Pour leur part, les cantons d'Argovie et de Fribourg ne reconnaissent ce critère qu'autant qu'il ne joue pas un rôle décisif dans l'adjudication, mais serve à départager des offres quasiment semblables. Même si elle le considère plutôt comme un critère étranger à l'adjudication, la pratique thurgovienne n'exclut également pas de l'admettre pour départager des offres équivalentes; elle a toutefois laissé la question ouverte (cf. les arrêts cantonaux résumés in GALLI/MOSER/LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 201/202; voir aussi ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, op. cit., p. 119). Quant à la doctrine, elle est d'avis qu'il s'agit plutôt d'un critère étranger à l'adjudication, à tout le moins s'il n'est pas destiné à apprécier la solidité financière du soumissionnaire (cf. ESSEIVA, op. cit., p.12; RODONDI, op. cit., p. 403; GAUCH/STÖCKLI/DUBEY, op. cit., p. 28). Sa nature est par ailleurs controversée: s'agit-il d'un critère d'aptitude ou alors, comme le prévoit la législation valaisanne, d'adjudication (sur cette question: cf. GALLI/MOSER/LANG, op. cit., p. 133; RODONDI, loc. cit.)? A noter qu'il ne figure pas au nombre des motifs d'exclusion mentionnés à l'art. 23 des Directives AIMPu, qui tirent leur fondement de l'inobservation du droit positif. Certes, la Commune met en avant le rôle central joué par la filière de l'apprentissage dans l'organisation socioprofessionnelle du travail en Suisse et l'importance voire la nécessité qu'il y aurait, dans ce contexte, à favoriser les entreprises qui occupent des apprentis. Toutefois, la doctrine s'interroge également sur la compatibilité de ce critère avec les règles et principes applicables en matière de marchés publics ainsi que sur la pertinence de ce moyen pour soutenir de manière effective la filière de l'apprentissage (cf. GAUCH/STÖCKLI/DUBEY, op. cit., p. 28 ad n. 109).

8.4 Point n'est cependant besoin de trancher définitivement ces questions, puisque le Tribunal cantonal n'a pas écarté d'une manière générale le critère des apprentis, comme le soutient la Commune, mais l'a seulement jugé inapproprié dans le cas d'espèce. Plus précisément, les premiers juges ont considéré que ce critère avait joué un rôle trop important dans l'adjudication, épousant de la sorte implicitement la thèse selon laquelle un tel critère n'est admissible qu'autant qu'il serve à départager des offres équivalentes ou semblables. Or, vu l'écho qu'elle rencontre dans la pratique et les arguments qui la sous-tendent, cette approche ne saurait être tenue pour arbitraire. Les premiers juges ne sont pas non plus tombés dans l'arbitraire en considérant que la Commune ne pouvait pas noter le critère des apprentis en additionnant, comme elle l'a fait, les apprentis de chacun des deux Bureaux d'architectes A. et B.: une telle façon de faire est en effet contraire au principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires (cf. art. 1 al. 2 lettre b AIMPu), car elle privilégie les entreprises qui s'associent pour présenter un projet au détriment de celles qui soumissionnent seules, et cela sans raison valable par rapport à la prestation mise en soumission (cf. la jurisprudence zurichoise citée supra consid. 8.3); du moins la Commune n'en énonce-t-elle pas.

9.

9.1 La Commune soutient également que les taux de pondération retenus pour les critères du prix et des apprentis et les méthodes de calcul auxquelles elle a recouru pour noter ces critères sont parfaitement adéquats, si bien que le Tribunal cantonal aurait excédé son pouvoir d'appréciation en invalidant sa décision d'adjudication. En particulier, elle insiste sur le fait que le critère des apprentis n'a compté que pour 10% dans l'évaluation des offres, ce qui serait conforme aux exigences fixées par la pratique; elle souligne également que la règle de notation qu'elle a appliquée au critère du prix est une méthode reconnue, puisque c'est celle qui est préconisée par le Guide romand pour l'adjudication des marchés publics (ci-après cité: le Guide romand).

9.2 Le taux de pondération appliqué en l'espèce au critère des apprentis peut effectivement, de prime abord, sembler relativement modeste. Mais il n'en est rien: ce seul critère a en effet permis à un soumissionnaire de l'emporter sur un concurrent qui avait pourtant présenté une offre 100'000 fr. meilleur marché, correspondant à une différence de prix de 18.5%. C'est que le taux de pondération appliqué au critère des apprentis ne doit pas être considéré isolément,

mais mis en relation avec l'évaluation dans son ensemble, ce qui suppose notamment de le confronter au taux de pondération et à la règle de notation qui ont été retenus pour apprécier le critère du prix. En l'espèce, le critère du prix a été pondéré selon un indice de 20%, soit un taux qui 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 d'offre économiquement la plus avantageuse (cf. DENIS ESSEIVA, in DC 2001 p. 153; voir aussi le Guide romand, Annexes, p. 7, qui semble même situer ce taux à 30%). La prise en compte d'un tel taux ne va donc pas de soi, même si elle n'apparaît pas d'emblée insoutenable. Mais le taux de pondération n'est pas seul en cause ici: la règle de notation utilisée par la Commune pour évaluer le critère du prix est également sujette à caution. Se présentant sous la forme d'une règle de trois, le calcul ici en cause est certes préconisé par le Guide romand, dans sa version de décembre 1999, selon la formule suivante (cf. les annexes à ce guide, p. 14): "(nombre de points en jeu) x (prix offert le plus bas) : (prix offert par le soumissionnaire concerné)." Cette méthode de calcul offre toutefois l'inconvénient d'affaiblir de manière significative le poids réel du critère du prix dans l'adjudication. En effet, par comparaison à l'offre la meilleur marché, l'offre la plus chère obtient encore, avec un tel système, un nombre de points non négligeable, ainsi que la doctrine n'a pas manqué de le souligner (cf.

ESSEIVA, La préparation de la procédure d'appel d'offres, op. cit., p. 9 ss; JACQUES PICTET/DOMINIQUE BOLLINGER, in DC 2000 p. 63 ss). Rendus attentifs au problème, les auteurs du Guide romand ont d'ailleurs publié un rectificatif suggérant "fortement" d'abandonner la "règle de trois" au profit de la méthode décrite dans le Guide pratique genevois sur la passation des marchés (cf. complément à l'annexe du 16 octobre 2001). A ce sujet, la présente affaire a valeur de cas d'école: il apparaît en effet qu'entre l'offre la plus chère, d'un montant de 980'000 fr., et celle la moins chère, d'un montant de 510'411 fr., l'écart de points (sur quatre points) n'est, avant pondération, que de 1,92 (4 - 2,08) soit, après pondération, de 0,384 (1,92 x 20 : 100). Au cas particulier, l'application de la "règle de trois", conjuguée au faible taux de pondération retenu pour le critère du prix, ont eu pour résultat que, bien que considérable, la différence de prix entre les offres litigieuses, de 100'000 fr., n'a rapporté au Bureau d'architectes

C. qu'une avance de 0,59 point sur 4 (3,78 - 3,19) par rapport aux Bureaux d'architectes A. et B. soit, après pondération, 0,12 point (0,59 x 20 : 100); à l'inverse, ces derniers ont obtenu 3 points de plus (sur 4 également) que le Bureau d'architectes C. grâce au seul critère des apprentis ce qui, malgré une pondération plus faible, leur a encore laissé un gain de 0,3 point sur leur concurrent, leur permettant de creuser, au final, un écart en leur faveur de 0,18 point (0,3 - 0,12) et d'emporter le marché.

9.3 L'on voit par là qu'indépendamment des indices de pondération pris en compte, par comparaison à celle choisie pour évaluer le critère des apprentis, la règle de notation appliquée au critère du prix a moins bien reflété la différence existant entre la meilleure et la moins bonne offre; tout se passe comme si, une fois traduit en points, l'écart de prix entre les deux offres avait été nivelé. Or, compte tenu du fait que le critère du prix ne pesait que pour 20% dans l'évaluation, ce nivellement a eu pour effet de le reléguer un peu plus encore à l'arrière-plan par rapport aux autres critères. Dès lors est-ce sans excéder son pouvoir d'appréciation que le Tribunal cantonal a invalidé l'adjudication en cause: même si, pris isolément, ni les taux de pondération retenus, ni les règles de notation appliquées, quoi que critiquables pour les raisons indiquées plus haut, n'étaient d'emblée inadmissibles, leur association a abouti à un résultat inacceptable qui a été sanctionné à juste droit par les premiers juges. La Commune fait donc fausse route et échoue dans la démonstration que le jugement attaqué serait arbitraire lorsqu'elle s'épuise à établir que, considérés pour eux-même, les facteurs de pondération et les règles de notation qu'elle a appliqués sont en soi admissibles.

10. Enfin, dans un dernier moyen, la Commune soutient que le Tribunal cantonal ne pouvait pas la contraindre à reprendre la procédure d'adjudication à son début: comme les offres sont désormais connues, cela provoquerait immanquablement, selon elle, des offres de sous-enchère qui fausseraient "complètement le marché à mettre en soumission, principalement du point de vue de la concurrence et de l'égalité de traitement". Elle estime donc que le Tribunal cantonal n'avait d'autre choix, s'il voulait annuler l'adjudication, que de lui renvoyer la cause en l'invitant "à appliquer une autre méthode de notation, voire d'utiliser d'autres taux de pondération." Il est vrai que l'injonction des premiers juges ordonnant à la Commune de reprendre la procédure à son début comporte le risque de

provoquer des offres anormalement basses; peut-être aurait-il été préférable, afin de parer à ce risque, de procéder à une nouvelle adjudication sur la base des offres existantes. Pour autant, la solution retenue échappe à

l'arbitraire. Il n'apparaît en effet pas que le Tribunal cantonal serait sorti du cadre de ses compétences en adressant une telle injonction à la Commune (cf. art. 18 AIMPu; EVELYNE CLERC, L'ouverture des marchés publics: effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, p. 560). Par ailleurs, la procédure peut effectivement être envisagée comme ayant été viciée dès son origine, les facteurs de pondération faisant partie des documents de l'appel d'offres. Au demeurant, il ne serait pas non plus pleinement satisfaisant, au regard du principe de la transparence, de réévaluer les offres en fonction de pondérations ou de règles de notation nouvelles dont les soumissionnaires n'avaient pas connaissance pour établir leur offre (cf. ATF 125 II 86 consid. 7d p. 102 s.). Enfin, pour délicat qu'il soit, le problème des offres anormalement basses n'est pas sans solution (cf. ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, op. cit., p. 120 ss, 232 ss; POLTIER, op. cit., p. 306; GAUCH/STÖCKLI/DUBEY, op. cit., p. 34 ss).

11. Il suit de ce qui précède que l'ensemble des moyens soulevés par la Commune sont infondés et que le recours doit être rejeté. No 2P.269/2002
Recevabilité du recours

12. Du moment que la Cour de céans est entrée en matière sur le recours de la Commune, la question de savoir si la décision attaquée revêt un caractère incident ou final au sens de l'art. 87 OJ peut rester ouverte. Il serait en effet contraire à l'économie de la procédure, à supposer que la décision soit incidente, de ne pas examiner les griefs soulevés par les Bureaux d'architectes A. et B., car ces moyens coïncident dans une large mesure avec les questions que le Tribunal fédéral doit de toute façon résoudre dans le cadre du recours de droit public formé simultanément par la Commune (cf. ATF 116 Ia 197 consid. 1b p. 199/200). Au surplus, déposé en temps utile et dans les formes prescrites contre un arrêt pris en dernière instance cantonale qui ne peut être attaqué que par la voie recours de droit public, le présent recours est recevable (cf. supra consid. 3.1 et 4.3).