Urteilskopf

130 I 241

21. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public dans la cause Consortium 2 contre Consortium 1 et Conseil d'Etat ainsi que Tribunal cantonal du canton du Valais (recours de droit public) 2P.121/2003 du 28 juin 2004

Regeste (de):
Art. 9 BV; selektives Verfahren; Verwirkung des Rechts, Unregelmässigkeiten anzufechten; Grundsatz von Treu und Glauben; Motivsubstitution.

Grundsätzlich können die Unterlagen, die den Bewerbern während der zweiten Phase des selektiven Verfahrens abgegeben werden, noch mit dem Entscheid über den Zuschlag angefochten werden, unter Vorbehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben (E. 4.1-4.3). Bei der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung des Willkürverbotes kann das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid nicht gestützt auf eine substituierte Begründung bestätigen, wenn die letzte kantonale Instanz diese Gründe ausdrücklich abgelehnt hat (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 4.4). Regeste b

Regeste (fr):
Art. 9 Cst.; procédure sélective; péremption du droit de contester des irrégularités; principe de la bonne foi; substitution de motifs.

En principe, les documents remis aux soumissionnaires lors de la seconde phase de la procédure sélective peuvent encore être contestés avec la décision d'adjudication, sous réserve du respect du principe de la bonne foi (consid. 4.1-4.3). Dans un recours de droit public fondé sur l'arbitraire, le Tribunal fédéral ne peut confirmer un arrêt attaqué par un motif substitué qui a expressément été écarté par l'autorité mise en cause (rappel de jurisprudence; consid. 4.4). Regeste b

Regesto (it):
Art. 9 Cost.; procedura selettiva; perenzione del diritto d'impugnare delle irregolarità; principio della buona fede; sostituzione di motivi.

I documenti rimessi agli offerenti durante la seconda fase della procedura selettiva possono ancora venir contestati, in linea di principio, con la decisione d'aggiudicazione, riservato il rispetto del principio della buona fede (consid. 4.1-4.3). Nell'ambito di un ricorso di diritto pubblico fondato sull'arbitrio, il Tribunale federale non può confermare la sentenza contestata con un motivo di sostituzione che è stato esplicitamente scartato dall'ultima istanza cantonale (richiamo della giurisprudenza; consid. 4.4) Regesto b

Regeste b

Grundsatz der Transparenz und Anspruch auf rechtliches Gehör; Wahl der Bewertungsmethode; Gewichtung und Bewertung des Preiskriteriums. Tragweite des Grundsatzes der Transparenz (E. 5.1 und 5.3). Es widerspricht diesem Prinzip, mehrere Zuschlagskriterien mit einem Beurteilungselement zu evaluieren, dessen Massgeblichkeit lediglich im Zusammenhang mit einem einzigen Zuschlagskriterium angekündet worden war (E. 5.2). Eine Bewertungsmethode, die eine starke Abschwächung der Gewichtung des Preiskriteriums für den Zuschlag bewirkt, ist unzulässig, wenn diesem Kriterium bereits an sich ein geringer Ausgangswert beigemessen wird (E. 6). Ein Bewerber, der eine deutlich günstigere Offerte als seine Konkurrenten unterbreitet, muss die Gelegenheit erhalten, seinen günstigen Preis zu begründen, bevor er deswegen benachteiligt wird (E. 7.3). Wird eine Bewertungsmethode angewendet, die von vornherein die zu tiefen Angebote gegenüber den zu hohen be-

nachteiligt, ist dies den Bewerbern vor dem Zuschlag mitzuteilen (E. 7.4).

Sachverhalt ab Seite 243

BGE 130 I 241 S. 243

Le Département des transports, de l'équipement et de l'environnement du canton du Valais (ci-après cité: le Département cantonal ou le maître de l'ouvrage) mit en soumission, dans le cadre de l'aménagement de la route nationale A9, un mandat d'étude portant sur des prestations d'ingénieur pour la réalisation d'une tranchée couverte. Soumis à la procédure sélective, le marché donna lieu, dans sa première étape, à la présélection de cinq candidats. En faisaient notamment partie le "Consortium 1" et le "Consortium 2" qui reçurent les documents contenant une description du mandat ainsi que les conditions particulières du maître de l'ouvrage (ci-après: les documents remis aux soumissionnaires). Y figuraient notamment l'énumération et la description des critères d'adjudication, avec la mention de leur pondération respective, à savoir 35 % pour le critère "compréhension du projet et sa démarche" (critère A), 35 % pour le critère "approche technique" (critère B) et 30 % pour le critère "prix" (critère C). Ce dernier se décomposait de la manière suivante:
%

Pts

C. PRIX

30

- Montant de l'offre corrigée des ingénieurs

0.65

19.50

- Devis global de l'ouvrage (pour la variante proposée au § 5.1), composé selon les parties d'ouvrages décrites sous § 4.1, vu sous l'angle des installations propres à l'exécution du chantier (matériels, machines, etc.) et de l'exécution de l'ouvrage (terrassements, soutènements, bétons, étanchéité, etc.)

0.25

7.50

- Risque sur le coût de l'ouvrage par rapport aux prestations de l'ingénieur (présence sur le chantier, revendications, soumission, suivi, etc.)

0.10

3.0

TOTAL

100

A l'ouverture des offres, les honoraires d'ingénieur se montaient à respectivement 4'364'256 fr. pour le Consortium 1 et 2'987'837 fr. pour le Consortium 2, pour un coût de l'ouvrage devisé à 81'809'394 fr. dans le premier projet, contre 45'190'000 fr. dans le second. Le Conseil d'Etat adjugea le marché au Consortium 1 (ci-après également cité: l'adjudicataire) pour un montant d'honoraires

BGE 130 I 241 S. 244

d'ingénieur, après correction des offres, de 4'600'262 fr. (décision du 12 juillet 2002). Le Consortium 2 recourut contre cette décision, en soutenant, pour l'essentiel, que le principe de la transparence avait été violé et que le marché n'avait pas été attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse. Le Département cantonal objecta que le diagramme utilisé pour évaluer les honoraires d'ingénieur ne pouvait plus, à ce stade de la procédure, être remis en cause, car il avait été adressé à tous les soumissionnaires deux semaines avant l'échéance du délai pour déposer les offres, sans que cela ne provoquât de réaction de leur part. Pour sa part, le Consortium 1 fit valoir que le devis calculé par son concurrent évincé n'était pas "réaliste", un prix de 45'190'000 fr. pour la réalisation de l'ouvrage projeté n'étant possible que si une solution "nouvelle, géniale, innovante et inconnue jusqu'ici" était proposée, ce qui n'était pas le cas en l'occurrence. Le Consortium 2 contesta avoir sous-estimé l'évaluation du coût de l'ouvrage dans son offre. A titre de moyen de preuve, il demanda que l'Office fédéral des routes fût invité à donner son avis sur le projet qu'il avait proposé dans sa soumission, en particulier sur la crédibilité du coût estimé de l'ouvrage. Par arrêt du 26 mars 2003, la Cour de droit public du Tribunal cantonal du canton du Valais (ci-après: la Cour cantonale) rejeta le recours dont elle était saisie, en épousant l'argumentation développée par le Département cantonal et le Consortium 1. Agissant par la voie du recours de droit public, le Consortium 2 conclut à l'annulation de l'arrêt de la Cour cantonale et de la décision d'adjudication précités. Subsidiairement, il invite le Tribunal fédéral à annuler l'arrêt attaqué et à constater l'illicéité de la décision d'adjudication. Le Tribunal fédéral a admis le recours, annulé l'arrêt attaqué et constaté que le marché litigieux avait été adjugé au Consortium 1 en violation du droit fédéral au sens des considérants.

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. Le présent litige est soumis à l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMPu; RS 172.056.4). La nouvelle version de cet accord, du 15 mars 2001 (AIMPu 2001; RS 172.056.5), entrée en vigueur le 5 août 2003 pour le canton du

BGE 130 I 241 S. 245

Valais (RO 2003 p. 2373), n'est pas applicable (cf. art 22 al. 1 AIMPu 2001 a contrario). Au surplus, le cas est

régi par la loi valaisanne du 23 juin 1998 sur les marchés publics (aLcMP) ainsi que par l'ordonnance du 26 juin 1998 sur les marchés publics (aOcMPu), textes abrogés et remplacés dès le 1er juin 2003 respectivement par la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LcAIMPu; cf. art. 22 LcAIMPu) et par l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (OcMPu). (...)

4.

4.1 Le recourant fait valoir que les méthodes de calcul choisies par l'adjudicateur pour noter le critère du prix sont arbitraires (art. 9 Cst.) et contreviennent aux principes généraux qui gouvernent les marchés publics tels que la transparence de la procédure, l'égalité de traitement entre les concurrents, l'utilisation parcimonieuse des deniers publics et l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. Comme devant l'instance précédente, le Département cantonal et le Consortium 1 contestent au recourant le droit de mettre en cause le diagramme d'évaluation des honoraires d'ingénieur distribué aux soumissionnaires deux semaines avant l'échéance du délai fixé pour la remise des offres. Se référant à l' ATF 125 I 205, ils soutiennent en effet que cette question devait faire l'objet d'un recours "à cette époque déjà", conformément aux règles de la bonne foi et de la sécurité du droit.

4.2 Dans l'arrêt cité par les intimés, il est certes exact que le Tribunal fédéral a jugé que, dans le cadre de la procédure sélective, les documents de l'appel d'offres qui contiennent les conditions fixées par l'adjudicateur pour la qualification des candidats font partie intégrante de l'appel d'offres, si bien que les éventuels vices les affectant doivent être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure, dans le délai de dix jours dès leur remise, à l'instar de ce qui est prévu pour recourir contre l'appel d'offres lui-même (cf. ATF 125 I 203 consid. 3a p. 205 ss). Cette jurisprudence concernait toutefois les documents remis aux soumissionnaires dans le cadre de la première étape de la procédure sélective, soit celle destinée à qualifier les candidats qui seront ensuite admis, dans une seconde phase de la procédure, à

présenter une offre proprement dite. Or, à l'image de la procédure ouverte, cette première étape se caractérise effectivement par un appel d'offres public qui, en Valais, était susceptible de recours, au moment déterminant, en vertu de l'art. 15 let. b aLcMP, disposition calquée sur le § 33 des (anciennes) Directives du 25 novembre 1994 pour l'exécution de l'AIMPu (pour la situation actuelle, cf. art. 15 LcAIMPu en relation avec l'art. 15 AIMPu 2001). Le présent cas est cependant différent, puisque le document litigieux, soit le diagramme d'évaluation des honoraires d'ingénieur, n'a été remis aux soumissionnaires qu'après leur qualification pour participer à la seconde étape de la procédure sélective qui, elle, se déroule en dehors de toute publication d'un (nouvel) appel d'offres (sur la distinction entre ces deux étapes, cf. art. 9 let. b aLcMP et art. 10 LcAIMPu). La situation se rapproche donc de celle décrite à l' ATF 129 I 313, où le Tribunal fédéral a jugé qu'une juridiction cantonale pouvait, sans arbitraire, estimer que des documents étaient encore attaquables avec la décision d'adjudication lorsqu'ils avaient été remis aux soumissionnaires après le délai fixé dans l'avis officiel pour recourir contre l'appel d'offres public. Or, c'est semble-t-il bien ce qu'a considéré la Cour cantonale, puisqu'elle n'a pas dénié au recourant le droit de critiquer le diagramme d'évaluation des honoraires d'ingénieur; la seule conséquence qu'elle a tirée du fait qu'il avait eu connaissance de ce document "bien avant le délai d'échéance du dépôt des offres fixé définitivement au 30 novembre 2001" était qu'il ne pouvait pas se plaindre d'une violation du principe de la transparence.

4.3 Même s'il n'a pas l'obligation de saisir immédiatement le juge, le soumissionnaire qui constate une irré-

gularité dans le déroulement de la procédure d'appel d'offres n'en demeure pas moins tenu, en principe, de la signaler sans attendre à l'adjudicateur, au risque d'adopter un comportement contraire aux principes de la bonne foi et de la sécurité du droit (cf. ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in ZBl 104/2003 p. 1 ss, 10). Rappelée sous la forme d'un obiter dictum à l' ATF 125 I 205, cette règle est conforme à l'exigence de célérité à laquelle obéit la procédure relative à la passation des marchés publics, en ce sens qu'il est préférable de corriger immédiatement une irrégularité contenue dans l'appel d'offres et les documents y relatifs plutôt que de procéder à

BGE 130 I 241 S. 247

l'adjudication du marché et de s'exposer au risque, si le vice est ensuite constaté par un juge, de devoir reprendre la procédure à son début. La forclusion tirée du principe de la bonne foi ne peut toutefois être opposée à une partie que pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées ou, à tout le moins, qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. Or, l'on ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres. Il convient, au contraire, de ne pas se montrer trop strict à cet égard et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes. Cette solution offre par ailleurs l'avantage de garantir une certaine effectivité à la protection juridique dont doivent bénéficier les soumissionnaires, l'expérience enseignant que, par crainte de compromettre leurs chances d'obtenir un marché, très rares sont ceux qui, en pratique, contestent l'appel d'offres ou les documents de l'appel d'offre avant l'adjudication (cf. VINCENT CARRON/JACQUES FOURNIER, La protection juridique dans la passation des marchés publics, Fribourg 2002, p. 74/75). En l'espèce, on ne peut raisonnablement pas reprocher au recourant de n'avoir pas immédiatement contesté ou émis des réserves au sujet du diagramme d'évaluation des honoraires d'ingénieur, car il ne sautait pas aux yeux, à sa seule lecture, que ce document consacrait une méthode de notation ne reflétant que dans une très faible mesure les écarts de prix entre les différentes offres. Ainsi, la courbe de ce diagramme dépend essentiellement d'un prix moyen dont ni la détermination, en cinq étapes, ni, surtout, la portée exacte, ne se laissent aisément appréhender (cf. infra consid. 6.2). Ce n'est, en réalité, qu'en appliquant concrètement le modèle aux chiffres ressortant des différentes soumissions, et en comparant la courbe ainsi obtenue avec d'autres modèles (soit les méthodes préconisées par PICTET et BOLLINGER ou par le Guide romand), que le problème soulevé par le recourant apparaît dans toute son ampleur (cf., à cet égard, le graphique comparatif qu'il a produit en procédure cantonale). Par conséquent, le recourant n'était pas forclos, en instance cantonale, à mettre en cause le diagramme d'évaluation des honoraires d'ingénieur.

BGE 130 I 241 S. 248

4.4 Au demeurant, ainsi qu'on l'a vu (cf. supra consid. 4.2, 2e paragraphe in fine), la Cour cantonale n'a pas suivi l'intimé qui demandait, pourtant de manière explicite, que le recourant ne fût plus admis à contester le diagramme litigieux. Or, le Tribunal fédéral ne saurait, dans un recours pour arbitraire, confirmer l'arrêt attaqué par un motif substitué qui a expressément été écarté par l'autorité mise en cause (cf. ATF 94 I 305 consid. 4 p. 311/312; arrêt 2P.231/2003 du 28 janvier 2004, consid. 2.2 in fine).

5.

5.1 Le principe de la transparence - ancré à l'art. 2 let. b aLcMP - exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions; à tout le moins doit-il spécifier clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective. En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 101 et les références citées). Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et sous-critères utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul ...) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (cf. arrêt 2P.172/2002 du 10 mars 2003, consid. 2.3). Le point de savoir si, dans un cas d'espèce, les critères utilisés sont inhérents au critère publié ou relèvent d'une grille d'évaluation, en sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier

des charges et les conditions du marché (cf. à cet égard, arrêt 2P.85/2001 du 6 mai 2002, consid. 4.1, publié in SJ 2002 I p. 549).

5.2 Le recourant soutient que l'adjudicateur a violé le principe de la transparence, car il a utilisé à plusieurs reprises le sous-critère "présence sur le chantier" pour évaluer l'offre aussi bien sous l'angle de la "compréhension du projet et de sa démarche" (critère d'adjudication A) que sous l'angle de son "approche technique" (critère B), alors que la "présence sur le chantier" n'avait été annoncée dans les documents remis aux soumissionnaires qu'en relation avec le critère du prix (critère C), plus précisément sous le sous-critère "risque sur le coût de l'ouvrage par rapport aux prestations de l'ingénieur". Le Tribunal cantonal a considéré que ce n'était là qu'un simple élément d'appréciation - et non un sous-critère - qui n'avait, au surplus, servi qu'à apprécier le critère du prix. Cette constatation des faits est arbitraire. En effet, il ressort des pièces, plus particulièrement des différents tableaux que l'adjudicateur a distribués aux soumissionnaires lors d'une séance d'information le 24 juillet 2002, que la "présence sur le chantier" est un élément qui a été utilisé pour analyser les prestations du géologue/géotechnicien et du géomètre (soit le critère A) ainsi que pour évaluer les offres sous l'angle de la protection de l'environnement (soit le critère A) et sous l'angle de l'approche technique de la tranchée couverte (soit le critère B). Certes, comme le fait remarquer le Département cantonal, les documents remis aux soumissionnaires, en particulier la description du mandat, ne manquent pas de spécifier que "l'offre doit préciser les heures de présence hebdomadaire des différents domaines de compétence sur le chantier, en dehors des séances avec le (maître de l'ouvrage)". Du moment, toutefois, qu'au titre des critères d'adjudication et de leur pondération, il n'était fait allusion à la "présence sur le chantier" qu'en relation avec un sous-critère d'une importance mineure rattaché au critère principal du prix (10 % de ce critère), le recourant pouvait raisonnablement partir de l'idée que cet élément serait utilisé pour noter ce seul critère. Sa transposition pour évaluer d'autres critères heurte, par conséquent, le principe de la transparence.

5.3 Selon le recourant, les règles de notation utilisées pour évaluer le critère du prix contreviennent également au principe de la transparence.

Dans les documents remis aux soumissionnaires, l'adjudicateur a indiqué la pondération accordée à ce critère, soit 30 points sur 100 (ou 30 %), répartis de la manière suivante: 19,5 points pour le sous-critère du "montant de l'offre corrigée des ingénieurs" (les honoraires d'ingénieurs), 7,5 points pour celui du "devis global de l'ouvrage" (le coût estimé de l'ouvrage) et 3 points pour celui du "risque sur le coût de l'ouvrage par rapport aux prestations de l'ingénieur". Aussi bien, le recourant ne peut se plaindre d'une violation du principe de la transparence en relation avec le critère du prix que s'il démontre que l'un des sous-critères le composant aurait, après le dépôt des offres, été modifié de manière substantielle. Sur ce point, son argumentation tend, pour l'essentiel, à soutenir que les diagrammes utilisés par l'adjudicateur pour évaluer, premièrement, les honoraires d'ingénieur et, secondement, le coût estimé de l'ouvrage, ont eu pour effet de "gommer" fortement les écarts réels de prix entre les offres, au point de modifier, d'une manière arbitraire, le poids effectif du critère (principal) du prix par rapport à l'indice de pondération qui avait initialement été annoncé aux soumissionnaires (30 %). Telle qu'alléguée, la violation du principe de la transparence n'a donc pas de portée propre et se confond, en réalité, avec les griefs - également invoqués par le recourant - tirés de l'application arbitraire des règles et principes qui gouvernent les procédures de marchés publics, telles l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'utilisation parcimonieuse des deniers publics, la concurrence efficace ou l'égalité de traitement entre soumissionnaires. En d'autres termes, il convient d'examiner si le diagramme d'évaluation des honoraires d'ingénieur (cf. infra consid. 6) et le diagramme d'évaluation du coût de l'ouvrage (cf. infra consid. 7), consacrent l'un et l'autre des méthodes de calcul admissibles pour noter les deux sous-critères (du critère principal du prix) auxquels ils se rapportent.

6.

6.1 Le choix d'une méthode de notation parmi les nombreuses solutions qui s'offrent à l'adjudicateur relève du large pouvoir d'appréciation qui lui est reconnu, le juge ne devant sanctionner que l'abus ou l'excès de ce pouvoir (cf. arrêts 2P.111/2003 du 21 janvier 2004, consid. 3.3; 2P.172/2002 du 10 mars 2003, consid. 3.2). Dans une affaire valaisanne, la Cour de céans a jugé que le modèle proposé par le Guide romand, dans sa version de décembre 1999,

bien que critiquable parce qu'il affaiblit de manière considérable le poids réel du critère du prix dans l'adjudication, n'est pourtant pas d'emblée inadmissible; sa prise en compte conduit en revanche à un résultat inacceptable si cet inconvénient est aggravé par le fait que le critère du prix ne bénéficie, par rapport aux autres critères d'adjudication, que d'un faible indice de pondération (ATF 129 I 313 consid. 9.2 et 9.3 p. 327/328). Dans la ligne de cette jurisprudence, le Tribunal fédéral a récemment jugé que n'était pas arbitraire une méthode d'évaluation qui relativisait pourtant le critère du prix de manière presque aussi importante que la règle de notation exposée dans le Guide romand, car ce critère comptait pour une part appréciable dans l'adjudication, soit à raison de 60 % (arrêt 2P.111/2003 du 21 janvier 2004, consid. 3.3).

6.2 En l'espèce, le diagramme d'évaluation des honoraires d'ingénieur se présente sous la forme d'une courbe qui permet, après avoir déterminé un prix moyen, d'attribuer une note aux différentes offres en fonction de leur écart par rapport à ce prix moyen. Ce dernier s'obtient par un calcul en cinq étapes qui consiste, premièrement, à établir le prix moyen des offres déposées (PM1), deuxièmement, à écarter les prix supérieurs à 25 % à cette

moyenne, troisièmement, à calculer sur cette base un nouveau prix moyen (PM2), quatrièmement, à écarter les prix inférieurs de 15 % à cette nouvelle moyenne et, enfin, cinquièmement, à calculer le prix moyen à proprement parler (PM3) qui doit servir de base à l'évaluation des offres. Pour obtenir la note maximale de 6, l'offre doit être d'au moins 40 % inférieure au prix moyen (PM3), tandis qu'un prix équivalent à ce prix moyen reçoit une note de 4,8 qui décroît régulièrement à mesure que le prix de l'offre augmente jusqu'à atteindre 0 lorsque ce prix est de 160 % plus élevé que le prix moyen. Appliquée au marché en cause, cette méthode d'évaluation a abouti à la prise en compte d'un prix moyen (PM3) de 4'164'111 fr. qui a donné lieu à l'attribution d'une note de 4,65 (sur six) au Consortium 1 (pour des honoraires d'ingénieur de 4'364'256 fr.) et d'une note de 5,64 au Consortium 2 (pour des honoraires de 2'987'837 fr.). Traduites en points (sur 100), ces notes correspondent, compte tenu d'un maximum de 19,5 points pour le sous-critère considéré, à 15,13 points pour le Consortium 1 et à 18,35 points pour le Consortium 2, soit un écart de 3,22 points. Au regard de la considérable différence de prix entre les deux offres en cause, qui se chiffre à 1'376'419 fr. (4'364'256 fr. - 2'987'837 fr.), un tel écart de points

est pour le moins modeste. Il illustre bien le fait, critiqué par le recourant, que la méthode choisie par l'adjudicateur pour noter les honoraires d'ingénieur a eu pour effet de fortement atténuer, une fois convertis en points, les réels écarts de prix entre les différentes offres en compétition. Une telle règle de notation suppose donc, pour être admissible, que le critère du prix, considéré dans son ensemble, ait bénéficié d'un facteur de pondération d'une certaine importance (cf. supra consid. 6.1). Tel n'est cependant pas le cas. En effet, le prix à prendre en compte, à côté des autres critères d'adjudication, pour attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse concerne, en l'occurrence, les honoraires d'ingénieur pour les prestations énumérées par le maître de l'ouvrage dans les documents remis aux soumissionnaires, soit: le génie civil et l'approche architecturale de différentes parties de l'ouvrage (tranchée couverte, portails, murs, locaux techniques, canalisations, câbles ...), les éléments de génie civil portant sur les installations de sécurité et les installations électromécaniques, ainsi que les prestations géotechniques (mécanique des sols, hydrogéologie) et géométriques. En revanche, le sous-critère "devis global de l'ouvrage", n'a rien à faire avec le prix du marché à adjuger dans le présent cas: destiné à tenir compte du coût estimé du projet, il représente, certes, un critère valable, d'ordre financier, pour adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse; dans l'examen "du rapport prix/prestations (qui) doit être observé", au sens de l'art. 39 al. 1 aOcMPu, ce critère devait toutefois être pris en considération, nonobstant sa composante financière, "en dehors du prix", au même titre que d'autres critères du même ordre tels que la "rentabilité" ou les "coûts d'exploitation" de l'ouvrage projeté. Le Département cantonal objecte qu'il est "à craindre que les honoraires définitifs qui seront versés (à l'adjudicataire) soient en rapport avec les coûts réels de construction, ce qui laisse envisager de nombreuses et pénibles revendications en tout genre". Cet argument ne convainc toutefois pas, car les honoraires d'ingénieur ne sont pas calculés au prorata du coût de l'ouvrage, mais sont, au contraire, forfaitaires, à l'exception de quelques prestations payées au "temps effectif", comme l'examen de variantes en cours de travaux (cf. description du mandat). Il n'y a donc pas de relation, même indirecte, entre le coût du projet et les honoraires d'ingénieur.

6.3 Il s'ensuit que le critère du prix a tout au plus bénéficié, au cas particulier, d'un indice de pondération de 22.5 %, décomposé à raison de 19.5 % pour les honoraires d'ingénieur et de 3 % pour le "risque sur le coût de l'ouvrage par rapport aux prestations de l'ingénieur", soit un taux qui, même pour un marché complexe, se situe clairement à la limite inférieure de ce qui est admissible pour le critère du prix, sous réserve de vider de

sa substance la notion, centrale en matière de marchés publics, d'offre économiquement la plus avantageuse (cf. ATF 129 I 313 consid. 9.2 p. 327). Or, le diagramme d'évaluation des honoraires d'ingénieur se modélise par une courbe dont la pente, qui reflète la fermeté de la notation, est encore moins marquée que celle que l'on obtiendrait en appliquant la méthode - pourtant controversée - qui était proposée par le Guide romand jusqu'à ce que son remplacement par une autre méthode ne soit "fortement suggéré" (cf. complément à l'annexe de ce guide du 16 octobre 2001; ATF 129 I 313 consid. 9.2 p. 327). Par conséquent, en admettant une règle de notation qui affaiblit considérablement le critère du prix - tant en soi que par rapport au poids que lui reconnaissaient les documents d'appel d'offres -, les autorités intimées sont tombées dans l'arbitraire.

7. Il s'agit maintenant d'examiner les griefs, de même nature que ceux évoqués précédemment, que le recourant formule à l'endroit de l'autre diagramme mis en cause, soit celui utilisé pour évaluer le coût de l'ouvrage.

7.1 Selon les indications figurant dans la description du mandat, pour se conformer à ce sous-critère, les soumissionnaires doivent déterminer de manière "approximative les quantités et le devis de l'ouvrage avec une précision de $\pm$ 10 % sur les quantités". Le diagramme d'évaluation concerné s'articule autour d'un prix moyen qui sert de référence pour noter les différentes offres. Déterminé par l'adjudicateur, ce prix de référence correspond à une estimation faite sur la base du coût moyen de quatre ouvrages similaires qui ont été réalisés dans le passé en Valais et en Suisse romande. Plus les estimations se rapprochent de ce prix de référence, meilleure est la note qu'elles obtiennent, et inversement. La notation se fait toutefois différemment selon que le prix estimé de l'ouvrage par les soumissionnaires est supérieur ou inférieur au prix de référence. Ainsi, aux offres dont l'estimation est égale ou inférieure au prix de référence, la note maximale de 6 est attribuée, à condition toutefois

que le prix estimé ne soit pas inférieur de plus de 20 % au prix de référence; passé cette limite, les notes attribuées subissent en effet une forte et régulière dégression, jusqu'à atteindre 0 quand le devis est plus de 50 % inférieur au prix de référence. En revanche, pour les soumissions dont le prix estimé dépasse le prix de référence, la dégression des notes est nettement moins forte: elle va, selon une pente régulière, jusqu'à 10 % pour les offres dont le devis est supérieur de 20 % au prix de référence (ce qui correspond encore à une note de 5,4), et continue ensuite, selon une pente tout aussi régulière mais un peu plus forte, jusqu'à atteindre 100 % (soit une note de 0) à partir d'un prix estimé 100 % plus élevé que le prix de référence. La particularité de cette méthode de notation tient donc au fait qu'elle pénalise fortement les soumissions qui font état d'une estimation inférieure de plus de 20 % au prix de référence, tandis que les estimations supérieures à ce prix ne subissent qu'une pénalité moindre. A titre d'exemple, un ouvrage dont le prix estimé est de 40 % supérieur au prix de référence obtient encore une note de 4 points environ (sur 6 points), alors qu'un prix estimé de 40 % inférieur à ce même prix de référence est seulement gratifié d'une note de 1,8 points environ.

7.2 Le Département cantonal a justifié le choix de cette méthode d'évaluation en ces termes: "plus les prix sont bas pour la réalisation d'un ouvrage et plus ils s'écartent d'un prix moyen estimé pour des travaux analogues, plus les risques de dépassement deviennent importants, avec les fâcheuses conséquences qui s'ensuivent (nombreuses revendications diverses, délais dépassés ...). Au contraire, lorsque les prix sont proches du prix moyen ou même légèrement supérieurs à celui-ci, les risques de dépassement par rapport au devis initial sont bien plus faibles". En outre, une estimation aussi basse laisse "craindre que les honoraires définitifs qui seront versés soient en rapport avec les coûts réels de construction". Dans ces conditions, il n'était pas possible, toujours selon le Département cantonal, "d'établir un rapport de confiance solide sur la base de telles données financières objectivement peu crédibles". Même si le Département cantonal ne le dit pas expressément, il apparaît que la méthode de notation choisie vise, en définitive, à prévenir les risques de sous-enchère en pénalisant, à l'avance, les offres qui s'écartent de plus de 20 % du prix moyen estimé par l'adjudicateur.

7.3 On peut se demander si la solution choisie par l'adjudicateur, consistant à pénaliser le soumissionnaire dans la notation plutôt que d'écarter son offre, est admissible. La législation valaisanne en vigueur semble en effet ne pas le permettre, puisqu'elle prévoit l'exclusion des offres qui ne couvrent pas le prix de revient (art. 23 let. g OcMPu), en accord apparemment avec la jurisprudence cantonale rendue en application de l'art. 38 aOcMPu (cf. les arrêts cités par GALLI / MOSER / LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich/Bâle/Genève 2003, n. 540 et 544). La doctrine semble également plutôt pencher dans le sens d'une exclusion du soumissionnaire dont l'offre est anormalement basse, en considération de son défaut d'aptitude lié au risque qu'il ne puisse pas exécuter correctement le mandat, par exemple à cause d'un risque accru d'insolvabilité (cf. ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 121 et 122; GAUCH/STÖCKLI/DUBEY, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1999, p. 36; ETIENNE POLTIER, Les marchés publics: premières expériences vaudoises, in RDAF 2000 I p. 297 ss, 306). Cette question peut toutefois rester indécise, car la règle de notation choisie se révèle insoutenable pour un autre motif. En effet, cette méthode revient, en réalité, à considérer comme anormale et à pénaliser, à l'avance et sans aucun discernement, toute offre nettement plus basse que l'estimation faite par l'adjudicateur (cf. ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, op. cit., p. 122). Or, la possibilité devrait à tout le moins être offerte au soumissionnaire visé, avant toute décision d'adjudication, de s'expliquer et de justifier le prix avantageux qu'il offre, surtout lorsqu'il obtient de bonnes notes sur les critères techniques. C'est seulement si les renseignements obtenus de sa part ne sont pas convaincants ou laissent apparaître un risque d'insolvabilité que son offre peut ensuite, dans un second temps, être écartée ou pénalisée (cf. ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, op. cit., p. 121; GALLI/MOSER/LANG, op. cit., n. 536 et 547; POLTIER, op. cit., p. 306). Inscrite à l'art. XIII ch. 4 let. a de l'Accord sur les marchés publics, conclu à Marrakech le 15 avril 1994, et entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1996 (AMP; RS 0.632.231.422), cette règle, qui n'est qu'une modalité du droit d'être entendu, a été formalisée en Valais à l'art. 38 aOcMPu, disposition qui précise que l'adjudicateur peut demander au soumissionnaire dont l'offre est anormalement basse une expertise ainsi que des garanties particulières. Comme le recourant n'a pas été invité, dans le cas d'espèce,

à justifier le coût de son projet avant que la décision d'adjudication ne soit rendue, son droit d'être entendu a été violé. Certes, il a pu s'exprimer devant la Cour cantonale. Vu la gravité du vice, il ne pouvait toutefois pas être réparé devant l'autorité intimée. Au demeurant, la Cour cantonale n'a pas donné d'argument convaincant permettant d'écarter, par appréciation anticipée des preuves, l'attestation produite en cause par le recourant, aux termes de laquelle un consortium d'entrepreneurs se disait prêt, "sous réserve du contrôle du devis", à réaliser les travaux aux prix unitaires figurant dans la soumission.

7.4 Par ailleurs, le diagramme d'évaluation litigieux consacre une méthode de notation si singulière qu'il devait, sous peine de violer le principe de la transparence, être communiqué aux soumissionnaires avant l'adjudication. En effet, même si l'on peut, à la limite, se montrer d'accord avec l'objectif de privilégier les estimations qui s'approchent d'un certain prix de référence, on ne peut en revanche pas accepter, sans autre examen, que celles qui lui sont inférieures soient systématiquement et davantage pénalisées que celles qui lui sont supérieures. Certes, les désagréments pratiques exposés par le Département cantonal, en particulier le risque de dépasser le devis, sont peut-être moins grands dans le second que dans le premier cas. Une telle solution est toutefois

arbitraire, car elle heurte gravement l'objectif premier des marchés publics, soit celui d'adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. En effet, entre deux soumissions, dont l'une est, par hypothèse, 30 % meilleur marché qu'un certain prix moyen, et l'autre, 30 % plus chère que ce même prix moyen, les chances que le coût final s'approchera (voire même sera en-dessous) du prix moyen demeurent importantes dans le premier cas, tandis qu'elles sont quasiment nulles dans le second. Dans le cas particulier, où le prix de référence de l'ouvrage a été arrêté à 64'683'405 fr., la méthode choisie a eu pour conséquence que le recourant, pour un projet estimé à 45'190'000 fr. (soit environ 30 % moins cher que le prix de référence), a obtenu 4,97 points (sur 7,5 points), tandis que l'adjudicataire en a reçu 6,2 pour un projet estimé à 81'809'394 fr. (soit environ 26 % plus cher que le projet de référence). Bien qu'elle puisse sembler modeste, la différence, de 1,23 points, est en réalité importante. En effet, le total des points obtenus par les concurrents est de 81,89 points (sur 100 points) pour le Consortium 1 et de 80,35 points pour le Consortium 2: au final, seul un écart de 1,54 points a donc permis à l'adjudicataire d

'em porter le marché. Si, au lieu d'être durement pénalisé par l'estimation du coût de l'ouvrage proposé, le recourant avait, au contraire, reçu une note supérieure - même très légèrement supérieure - à son concurrent, le résultat de l'adjudication aurait ainsi été tout autre.

7.5 Les griefs, formulés en relation avec le diagramme d'évaluation du coût de l'ouvrage, tirés de l'interdiction de l'arbitraire, de la violation du droit d'être entendu et de la violation du principe de la transparence, sont donc fondés.

8. En résumé, il apparaît que la soumission du recourant a été évincée, bien qu'elle fût notablement plus avantageuse que celle de l'adjudicataire sur le plan du prix et qu'elle en fût très proche sur les plans de la compréhension du projet et de sa démarche ainsi que de l'approche technique: sur ces critères, la différence de points n'est, en effet, que de 2,01 points sur 100. Un tel résultat est insoutenable et justifie l'admission du recours et l'annulation de la décision attaquée. Dans la mesure où le contrat a déjà été passé entre les parties, il est constaté que le mandat a été attribué au Consortium 1 en violation du droit fédéral. (...)