

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2C_287/2007 /viz

Arrêt du 10 septembre 2007
Ile Cour de droit public

Composition
MM. les Juges Merkli, Président,
Hungerbühler, Wurzbürger, Müller et Yersin.
Greffier: M. Addy.

Parties
X. _____ SA,
recourante,
représentée par Me François Membrez, avocat,

contre

Direction des travaux publics, des transports
et de l'énergie du canton de Berne,
Reiterstrasse 11, 3011 Berne,
Tribunal administratif du canton de Berne,
Cour des affaires de langue française,
Speichergasse 12, 3011 Berne.

Objet
Marchés publics (recevabilité),

recours en matière de droit public contre la décision
du Tribunal administratif du canton de Berne, Cour
des affaires de langue française, du 11 mai 2007.

Faits :

A.

Le 13 mars 2006, l'Office des ponts et chaussées du canton de Berne (ci-après: OPC) a mis en soumission la pose d'une conduite d'eau potable destinée à équiper les tunnels de la Roche Saint-Jean et du Raimeux, situés sur la route nationale N16. Parmi les six entreprises invitées à présenter une offre figuraient les sociétés Y. _____ SA, (ci-après: la Société 1) et X. _____ SA, (ci-après: la Société 2). L'OPC a remis aux soumissionnaires plusieurs documents à compléter, dont une formule comprenant une série de prix, qui, selon le chiffre 2.1 des "Conditions particulières" de l'invitation, devait être remplie "entièrement et sans modification".

Le Société 1 et la Société 2 ont déposé des offres d'un montant respectivement de 158'208 fr. 20 et 153'885 fr. 20. Afin de pouvoir les comparer, l'OPC a procédé à un nouveau calcul du montant des soumissions sur la base de critères homogènes. Après corrections, l'offre de la Société 1 se montait à 137'718 fr. 85, celle de la Société 2 à 145'965 fr. 85. Le 9 mai 2006, l'OPC a adjugé les travaux à la Société 1; sa décision précisait qu'elle ne pouvait pas faire l'objet d'un recours auprès de la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie du canton de Berne (ci-après: la Direction des travaux publics).

B.

La Société 2 a contesté la décision précitée auprès de la Direction des travaux publics. Par décision du 8 janvier 2007, cette autorité a déclaré le recours irrecevable. Elle a estimé, d'une part, que la décision attaquée n'était pas susceptible de recours et, d'autre part, que l'offre de la Société 2 aurait de toute manière dû être exclue de la procédure, car elle était incomplète. En effet, selon le chiffre 2.1. des "Conditions particulières" jointes à l'invitation, la série de prix devait être remplie entièrement et sans modifications; or, contrairement aux autres soumissionnaires, la Société 2 n'avait pas détaillé les positions 4.1, 4.2, 13.1 et 13.2 de son offre, se contentant de signaler de façon très approximative que ces éléments étaient "inclus dans [le] prix du tube", respectivement dans le "prix de la coupe", manière de faire qui avait obligé l'autorité adjudicatrice à procéder à des extrapolations et des corrections.

C.

La Société 2 a recouru contre la décision précitée (du 8 janvier 2007) de la Direction des travaux publics auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (ci-après: le Tribunal administratif).

Par jugement du 11 mai 2007, le Tribunal administratif a déclaré irrecevable le recours dont il était saisi à raison des motifs suivants: la motivation principale de la décision attaquée était l'irrecevabilité du recours formé par la Société 2; à titre subsidiaire, la Direction des travaux publics avait toutefois également estimé que, même s'il avait été recevable, le recours aurait de toute façon dû être rejeté sur le fond, parce que l'offre de la Société 2 était incomplète et aurait dû être écartée de la procédure; or, dans son mémoire de recours au Tribunal administratif, la Société 2 critiquait certes la motivation principale; elle émettait également des griefs à l'encontre de la procédure, affirmant notamment que les principes de la transparence et de l'égalité de traitement avaient été violés; en revanche, elle ne faisait valoir aucun grief à l'encontre de la motivation subsidiaire concernant l'exclusion de son offre en raison de son caractère incomplet; or, la Cour cantonale a estimé, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, que si la décision attaquée se fonde alternativement sur plusieurs motivations indépendantes et suffisantes pour sceller le sort du litige, chacune d'entre elles doit, sous peine d'irrecevabilité, être attaquée, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

D.

Agissant dans un seul et même acte par les voies du recours en matière de droit public et du recours constitutionnel subsidiaire, la Société 2 conclut, dans le recours en matière de droit public, à l'annulation du jugement du 11 mai 2007, à la constatation de l'illicéité de l'adjudication du 9 mai 2006 et à l'allocation d'indemnités de 5'293 fr. 90 et de 5'810 fr. 40. Dans le recours constitutionnel subsidiaire, elle conclut à l'annulation du jugement du 11 mai 2007 et au renvoi de la cause au Tribunal administratif pour examen du fond. Elle fait valoir que, dans son recours au Tribunal administratif, elle avait soulevé la question de l'exclusion de son offre. De plus, il serait arbitraire, selon elle, de transposer au niveau cantonal, où le Tribunal administratif applique le droit d'office, la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle le recourant doit, à peine d'irrecevabilité, attaquer chacune des motivations - indépendantes et suffisantes pour sceller le sort du litige - de la décision attaquée.

Le Tribunal administratif conclut au rejet des recours dans la mesure où ils sont recevables. La Direction des travaux publics renonce à se déterminer.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.

1.1 Aux termes de l'art. 83 lettre f LTF, le recours en matière de droit public est irrecevable contre "les décisions en matière de marchés publics:

1. si la valeur estimée du mandat à attribuer est inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics,

2. si elles ne soulèvent pas une question juridique de principe".

Selon une interprétation littérale et systématique de l'art. 83 lettre f LTF, il faut admettre que le recours en matière de droit public est exclu dès que l'une des deux situations visées par cette disposition est réalisée. Cette interprétation correspond du reste au but de la norme qui tend à décharger le Tribunal fédéral. La doctrine partage également de manière quasi unanime ce point de vue (cf. Heinz Aemisegger, *Der Beschwerdegang in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten*, in: Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), *Die Reorganisation der Bundesrechtspflege - Neuerungen und Auswirkungen auf die Praxis*, St. Gallen 2006, p. 138; Peter Karlen, *Das neue Bundesgerichtsgesetz*, Bâle 2006, p. 50; Jean-Baptiste Zufferey, *Les nouvelles voies de recours au niveau fédéral en matière de marchés publics*, in: DC, *Cahier spécial 06, Droit des Marchés publics*, Zurich 2006, p. 17; eod. loc.: Robert Wolf, *Die neue Rechtsmittelordnung im Bund*, p. 13; Hansjörg Seiler, in: Seiler/von Werdt/Güngerich, *Bundesgerichtsgesetz*, 2007, n. 50 ad art. 83, qui renvoie au Procès-verbal de la Commission des affaires juridiques du Conseil national des 1/2 juillet 2004; Matthias Suter, *Der neue Rechtsschutz in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor dem Bundesgericht*, Saint-Gall 2007, n. 447. Contra, voir l'opinion isolée et non étayée de François Bellanger, *Le recours en matière de droit public*, in: *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, éd. par François Bellanger et Thierry Tanquerel, p. 43 ss, p. 54 et in: *Les recours au Tribunal fédéral*, éd. par Bénédicte Foëx/Michel Hottelier et Nicolas Jeandin, Genève 2007, p. 133 ss, p. 143). En d'autres termes, les décisions en matière de marchés publics ne peuvent faire l'objet d'un recours en matière de droit public que si les valeurs seuils mentionnées à l'art. 83 lettre f LTF sont atteintes (chiffre 1) et si, simultanément, se pose une question juridique de principe (chiffre 2).

1.2 Par ailleurs, au titre des dispositions générales de procédure, l'art. 42 al. 2 LTF prévoit que les motifs du recours doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit (première

phrase). En outre, si le recours n'est recevable que lorsqu'il soulève une question juridique de principe ou porte sur un cas particulièrement important au sens de l'art. 84, il faut exposer en quoi l'affaire remplit la condition exigée (disposition précitée, deuxième phrase).

1.3 En l'espèce, la recourante n'explique pas en quoi le recours en matière de droit public qu'elle a déposé toucherait une question de principe, de sorte que ledit recours doit être déclaré irrecevable. Dans cette mesure, il n'est pas nécessaire d'examiner si la cause échappe aux motifs d'irrecevabilité prévus à l'art. 83 lettre f LTF, soit de déterminer si elle pose une question de principe, ce qui paraît en l'espèce douteux, et si elle atteint les valeurs seuils requises par cette norme.

2.

Dirigé contre une décision cantonale qui ne peut faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89 LTF, et déposé par une personne ayant un intérêt juridique à son annulation, le recours constitutionnel subsidiaire est en revanche recevable (art. 113 et 115 LTF).

2.1 La recourante prétend d'abord que le premier juge aurait commis une erreur de fait, en constatant qu'elle n'avait pas critiqué dans son recours au Tribunal administratif la motivation (subsidiaire) développée par la Direction des travaux publics pour rejeter sa réclamation, soit le fait que son offre était incomplète. Elle se réfère aux chiffres 8 et 9 ainsi qu'aux pages 6 à 9 de son recours du 12 janvier 2007 au Tribunal administratif.

Le Tribunal fédéral est en principe lié par les faits retenus par l'autorité précédente (cf. art. 118 al. 1 LTF), sauf s'ils ont été établis en violation d'un droit constitutionnel au sens de l'art. 116 LTF (cf. art. 118 al. 2 LTF). Pour s'écarter de la constatation incriminée du Tribunal administratif, il faudrait donc que celle-ci soit arbitraire. Tel n'est cependant pas le cas en l'espèce. En effet, aux chiffres 8 et 9 de la partie "fait" de son recours au Tribunal administratif, la recourante s'en est prise uniquement aux corrections apportées par l'autorité adjudicatrice à son offre afin de pouvoir comparer celle-ci avec les offres concurrentes. Puis, aux pages 6 à 9 du recours, elle n'a discuté que de la recevabilité de son recours devant la Direction des travaux publics et des raisons pour lesquelles le marché aurait dû lui être adjugé, ainsi que du bien-fondé de l'indemnité réclamée.

2.2 La recourante soutient également que la question de la conformité de son offre aux conditions générales du marché, soit de son caractère complet ou non, aurait dû être examinée d'office par le Tribunal administratif. La décision attaquée ne pourrait être annulée à raison de ce grief que si elle violait un droit constitutionnel de la recourante (cf. art. 116 Cst.), soit, en l'occurrence, si elle se révélait arbitraire (cf. art. 9 Cst.).

Il est exact que le Tribunal administratif a plein pouvoir d'examen et applique le droit d'office (cf. art. 80 de la loi bernoise du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA]). Toutefois, selon l'art. 32 LPJA, applicable par renvoi de l'art. 81 LPJA, un recours doit, à peine d'irrecevabilité, contenir les motifs invoqués (cf. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, Bern 1997, rem. 5 ad art. 81). La doctrine ajoute que le Tribunal administratif ne se prononce en principe que dans le cadre des griefs invoqués ("Rügeprinzip"; cf. Merkli/Aeschlimann/Herzog, op. cit., rem. 4 ad art. 25).

Dans ces conditions, il faut admettre que le Tribunal administratif pouvait sans arbitraire se passer d'examiner si l'offre de la Société 2 était complète ou non et si son exclusion de la procédure se justifiait de ce chef. Dès lors que la décision portée devant lui était de toute façon fondée au regard de l'une de ses motivations non contestée régulièrement par la recourante, il pouvait en effet déclarer irrecevable le recours dont il était saisi sans tomber dans l'arbitraire, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les exigences de motivation des mémoires de recours en cas de pluralité de motivations des décisions attaquées (cf. ATF 133 IV 119). La décision du Tribunal administratif échappe donc au grief d'arbitraire et le recours constitutionnel subsidiaire doit être rejeté.

3.

En résumé, il y a lieu de déclarer le recours en matière de droit public irrecevable et de rejeter le recours constitutionnel subsidiaire. Un émoulement judiciaire sera mis à la charge de la recourante qui succombe (cf. art. 65 et 66 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours en matière de droit public est irrecevable.

2.

Le recours constitutionnel subsidiaire est rejeté.

3.

Un émoulement judiciaire de 2'000 fr. est mis à la charge de la recourante.

4.

Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire de la recourante, à la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie et au Tribunal administratif du canton de Berne, Cour des affaires de langue française.

Lausanne, le 10 septembre 2007
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: