

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2C_354/2013

Arrêt du 11 septembre 2013

Ile Cour de droit public

Composition

MM. les Juges fédéraux Zünd, Président,
Donzallaz et Kneubühler.
Greffier: M. Dubey.

Participants à la procédure

1. A. _____ SA,
2. B. _____ SA,
3. C. _____ AG,

toutes les trois représentées par Me Gaëtan Coutaz, avocat,
recourantes,

contre

1. Conseil d'Etat du canton du Valais,
2. Y. _____ SA,
3. Z. _____ SA,

toutes les deux représentées par Me Damien Bender, avocat,
intimés.

Objet

Adjudication d'un mandat complet d'ingénieur pour un bâtiment scolaire,

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour de droit public, du 1er mars 2013.

Faits:

A.

Dans le Bulletin officiel du 6 avril 2012, le Département des transports, de l'équipement et de l'environnement du canton du Valais (DTEE) a publié un appel d'offres en procédure ouverte en vue de l'adjudication d'un marché de services. Il s'agissait d'un mandat complet d'ingénieur civil (statique, parasismique, génie civil, CFC 292) pour l'étude et la réalisation d'une école de commerce et de culture générale avec salle de gymnastique et petits auditorios pour la HES-SO Valais dans le complexe de la Gare sud CFF de Sierre. Ce mandat était destiné à concrétiser un projet architectural choisi sur concours.

Le dossier d'appel d'offres remis aux candidats fixait cinq critères d'adjudication. Parmi ceux-ci, le critère de l'approche technique était évalué en fonction de trois sous-critères: le concept statique et parasismique, le sous-sol et le rez-de-chaussée. Cette approche technique était soumise à sept experts, dont les architectes D. _____ et E. _____. Les soumissionnaires devaient établir un concept tenant compte de la morphologie du bâtiment et du fait que le sous-sol était destiné à abriter le "volume salle de sports", que le rez-de-chaussée était conçu comme un espace ouvert, modulable, incluant deux auditorios et que les quatre étages se caractérisaient par une "superposition de structures offrant une certaine flexibilité des classes".

Le 22 mai 2012, sept offres ont été ouvertes parmi lesquelles celle du consortium regroupant A. _____ SA, B. _____ SA et C. _____ AG, pour un prix de 471'345 fr., ainsi que celle du consortium composé par le bureau d'ingénieurs civils Y. _____ SA et le Z. _____ SA, pour un prix de 485'739 fr.

Le 6 juin 2012, le groupe d'experts a analysé les concepts techniques et parasismiques des candidats. Les notes attribuées ont été motivées par un rapport du collège d'experts daté du 11 juin 2012.

Le 15 juin 2012, le Service des bâtiments, monuments et archéologie (ci-après: le Service cantonal) a proposé au Conseil d'Etat du canton du Valais d'adjuger le marché au consortium Y. _____ SA et le Z. _____ SA (ci-après: l'adjudicataire). Le consortium A. _____ SA, B. _____ SA et C. _____ AG (ci-après: le soumissionnaire évincé) arrivait en avant dernière place. Selon la grille de notation de 1 à 5, les deux consortiums obtenaient un nombre identique de points pour les critères des références, des compétences, et de la constitution de l'équipe, cumulant une pondération de 20%. Le critère du prix, pondéré à 40%, faisait figurer une note de 4.33 pour l'adjudicataire et de 4.39 pour le soumissionnaire évincé. Enfin, l'adjudicataire avait obtenu une note de 5 pour l'approche technique pondéré à 40%, contre une note de 2 pour le soumissionnaire évincé.

B.

Le 20 juillet 2012, le Conseil d'Etat a adjugé le marché à l'adjudicataire. Le 27 juillet 2012, cette décision a été communiquée au soumissionnaire évincé, qui a demandé des renseignements plus détaillés et le tableau de notation, remis le 8 août 2012. A cette occasion, le Service cantonal lui a exposé en détail le mode d'évaluation du critère du prix constitué par le montant de l'offre en rapport avec le nombre d'heures. Il lui a également remis une copie de la page 4 du rapport du groupe d'expert sur l'approche technique concernant l'appréciation de son concept.

C.

Le 10 août 2012, les trois sociétés membres du consortium évincé ont interjeté recours auprès du Tribunal cantonal du canton du Valais. Elles concluaient à ce que le marché leur soit adjugé. Elles se sont plaintes de l'insuffisance des explications fournies le 27 juillet 2012. Elles ont critiqué la note attribuée à leur approche technique, qui se fondait sur une fausse appréciation de leur concept statique et parasismique et sur les bonnes relations qu'entretenaient le Bureau d'ingénieurs civils Y. _____ SA, société membre du consortium adjudicataire, et les architectes D. _____ et E. _____, membres du groupe d'experts qui avaient noté ce critère. Elles ont aussi soutenu que l'adjudicataire n'avait pas les effectifs lui permettant de mener à bien le projet, puisque la Commune de Sierre lui avait déjà adjugé un marché de prestations analogues pour un parking et une passerelle dans le même complexe de la gare CFF de Sierre.

D.

Par arrêt du 1er mars 2013, le Tribunal cantonal a rejeté le recours. Il a retenu en substance que la structure et les qualifications de l'adjudicataire correspondaient aux critères d'aptitude énoncés par le dossier d'appel d'offres et que la conjonction de deux marchés n'étaient pas évoquée. Le fait que le directeur de Y. _____ SA, société membre de l'adjudicataire, ait fonctionné comme membre du jury du concours ayant primé le projet D. _____ et E. _____ ne faussait pas l'égalité des chances ni la garantie d'une concurrence efficace en raison de la différence de position qu'impliquait la participation à un jury de concours et le mandat d'étude et de pilotage des travaux. Enfin, les sociétés évincées s'étaient bornées à critiquer sommairement le concept statique et parasismique de l'adjudicataire sans expliquer pourquoi l'ouvrage spécialisé auquel elles se référaient devait primer dans l'appréciation de ce sous-critère sur l'ouvrage de l'auteur du guide de l'Office fédéral des eaux et de la géologie, également spécialiste en sismologie. Quoi qu'il en soit, même si, pour ce sous-critère, la meilleure note avait été attribuée aux sociétés évincées et la plus mauvaise à l'adjudicataire, la différence serait trop faible pour entraîner à elle seule l'annulation de la décision du Conseil d'Etat.

E.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, et celle subsidiaire du recours constitutionnel, les sociétés évincées demandent au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler la décision d'adjudication du 27 juillet 2012 et de leur attribuer le marché. A titre subsidiaire, elles concluent au renvoi du dossier à l'adjudicateur pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Le Conseil d'Etat du Valais, par l'intermédiaire du Service cantonal, conclut au rejet du recours. L'adjudicataire et le Tribunal cantonal ont renoncé à se déterminer.

Le 17 juin 2013, les sociétés évincées ont déposé de nouvelles observations.

Considérant en droit:

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF). Il contrôle donc librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 136 I 43 consid. 1 p. 43; 136 II 101 consid. 1 p. 103).

1.1. L'arrêt attaqué a été rendu par un tribunal supérieur statuant en dernière instance cantonale en matière de marchés publics, sans qu'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral ne soit ouvert (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF). Il peut donc en principe faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, à condition qu'il ne tombe pas sous le coup de l'exception prévue à l'art. 83 let. f LTF. Selon cette disposition, le recours en matière de droit public n'est recevable contre les décisions en matière de marchés publics qu'à la double condition que la valeur du mandat à attribuer soit supérieure ou égale aux seuils déterminants prévus à cet effet et que la décision attaquée soulève une question juridique de principe (ATF 135 II 49; 134 II 192 consid. 1.2 p. 194 s.; 133 II 396 consid. 2.1 p. 398). Il incombe à la partie recourante, sous peine d'irrecevabilité, de démontrer la réalisation de ces deux conditions (cf. art. 42 al. 2 LTF; ATF 133 II 396 consid. 2.2 p. 398 ss).

1.2. L'existence d'une question juridique de principe s'apprécie en fonction du contenu de l'objet litigieux soumis au Tribunal fédéral et doit n'être admise que de manière restrictive. Ainsi, lorsque le point soulevé ne concerne que l'application de principes jurisprudentiels à un cas particulier, il ne peut être qualifié de question juridique de principe. La seule circonstance que la question n'ait encore jamais été tranchée ne suffit pas non plus à réaliser cette condition. Il faut encore qu'il s'agisse d'une question juridique dont l'importance pratique est telle qu'elle nécessite d'être éclaircie par la plus haute instance judiciaire. A l'inverse, il peut arriver qu'une question déjà résolue par le Tribunal fédéral revête néanmoins la qualité d'une question juridique de principe. Tel est notamment le cas si la jurisprudence rendue sur le sujet n'est pas claire, n'est pas constante ou qu'elle suscite d'importantes critiques dans la doctrine (cf. ATF 135 II 49 et les nombreuses références citées).

1.2.1. Selon les recourantes, le refus par l'instance précédente d'ordonner une expertise judiciaire sur les qualités parasismiques du projet de l'adjudicataire poserait une question juridique de principe. Il s'agirait en effet, selon elles, non pas de savoir si une offre est meilleure qu'une autre, mais bien de s'assurer de la fiabilité objective du projet, ce qui devrait être pris en considération d'office par l'instance précédente au moyen d'une expertise dans l'intérêt public. A cet égard, les recourantes perdent de vue que la question de l'appréciation anticipée des preuves en procédure cantonale, dont s'est d'ailleurs saisie l'instance précédente, ne peut faire l'objet que d'un contrôle en arbitraire et ne constitue dès lors pas une question juridique de principe.

1.2.2. Le question relative à la participation du directeur d'une société du consortium adjudicataire au jury du concours d'architectes ayant primé le projet D._____ E._____ pose la question de la préimplication. Or, dans un arrêt 2C_66/2011 du 1er septembre 2011, le Tribunal fédéral a jugé que l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 (AIMP; RO 2003 196) ne contient aucune disposition explicite relative à la préimplication (arrêt 2C_66/2011 du 1er septembre 2011, consid. 2.1.4 in SJ 2012 I 207). Dans ces conditions, la question relève du droit cantonal de procédure ou des marchés publics - selon que la question relève de la récusation ou de la préimplication - de sorte qu'elle ne constitue pas une question juridique de principe.

1.2.3. Les recourantes soutiennent que la possibilité matérielle d'exécuter deux marchés publics simultanément est une question fréquente et importante en matière de marchés publics qui n'a jamais été abordée par la jurisprudence. Il s'agirait par conséquent d'une question juridique de principe. Il est vrai qu'en examinant les critères d'aptitude de manière abstraite sans s'assurer que l'exécution de son propre marché entre en collision avec l'exécution d'un autre marché public attribué au même adjudicataire, le pouvoir adjudicateur prend un risque. Il peut écarter ce risque en posant des exigences déjà dans les documents d'appel d'offres. Il n'en demeure pas moins que cette question aurait dû, cas échéant, faire l'objet d'un recours immédiat, ce qui n'a pas été fait, contre les documents d'appel d'offres sous peine de forclusion ultérieure. Le pouvoir adjudicateur peut également se prémunir de ce risque en fixant précisément les délais d'exécution ainsi que les pénalités de retard dans le contrat d'entreprise ou de mandat passé après l'adjudication. Tel n'est toutefois pas l'objet du présent litige.

Il n'y a par conséquent aucune question juridique de principe dont le Tribunal fédéral puisse se saisir

qui ouvre le recours en matière de droit public. Celui-ci est par conséquent irrecevable.

1.3. Seule reste ouverte par conséquent la voie du recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF), pour application contraire aux droits constitutionnels du droit cantonal (art. 116 LTF).

1.4. Les recourantes, soit l'ensemble des membres du consortium, disposent de la qualité pour recourir: elles étaient parties à la procédure cantonale et peuvent justifier d'un intérêt juridique à obtenir l'annulation ou la modification de la décision attaquée (cf. art. 115 let. a et b LTF), rendue par une autorité cantonale de dernière instance (art. 114 LTF).

2.

Les recourantes formulent une série de griefs liés à l'établissement des faits, à la violation de leur droit d'être entendues et à l'appréciation anticipée d'offres de preuves.

2.1. Selon l'art. 118 al. 1 et 2 LTF, le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente. Il peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis en violation du droit au sens de l'art. 116 LTF. Lorsque la partie recourante - comme c'est le cas en l'espèce - s'en prend à l'appréciation des preuves et à l'établissement des faits, la décision n'est arbitraire que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a procédé à des déductions insoutenables (cf. ATF 136 III 552 consid. 4.2 p. 560; 134 V 53 consid. 4.3 p. 62; 129 I 8 consid. 2.1 p. 9).

2.2. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (ATF 132 V 368 consid. 3.1 p. 370), de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282 ; 132 II 485 consid. 3.2 p. 494). Le droit de faire administrer des preuves suppose que le fait à prouver soit pertinent, que le moyen de preuve proposé soit nécessaire pour constater ce fait et que la demande soit présentée selon les formes et délais prescrits (ATF 119 Ib 492 consid. 5b/bb p. 505). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 130 II 425 consid. 2.1 p. 429).

2.3. Le Tribunal fédéral n'examine la violation de droits fondamentaux que si ce grief a été invoqué et motivé par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF par renvoi de l'art. 117 LTF). Il appartient donc à la partie recourante d'invoquer le grief de violation des droits constitutionnels et de le motiver d'une manière suffisante (cf. art. 106 al. 2 LTF, ATF 136 I 65 consid. 1.3.1 p. 68). Les critiques de type appellatoire concernant l'établissement des faits ou l'appréciation - le cas échéant anticipée (cf. ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148) - des preuves opérés par l'autorité précédente ne sont pas recevables (ATF 137 II 353 consid. 5.1 p. 356 et les arrêts cités).

3.

Les recourantes considèrent que le Tribunal cantonal devait ordonner une expertise pour évaluer les aspects techniques du dossier, tant ces derniers lui "échappent". Leur droit d'être entendues aurait été violé par le refus d'ordonner une telle expertise.

3.1. Dans l'arrêt attaqué, l'instance précédente a constaté que l'appréciation de l'approche technique proposée par les soumissionnaires avait été confiée par le pouvoir adjudicateur à un consultant indépendant, la société F._____ AG, que ces experts-consultants s'étaient inspirés, pour l'examen des concepts statiques et parasismiques, d'un guide de l'Office fédéral des eaux et de la géologie intitulé " Conceptions parasismiques des bâtiments - Principes de base à l'attention des architectes, maîtres d'ouvrage et autorités ". Elle a jugé que les recourantes se bornaient à présenter une opinion divergente de celle des consultants, sans chercher à dire en quoi l'opinion de deux autres spécialistes devait l'emporter sur celle de l'auteur du guide édité par la Confédération ni exposer en quoi la position des consultants s'était écartée indûment des principes contenus dans ce guide. Enfin, les recourantes n'avaient pas produit le rapport d'expertise privée qu'elles avaient annoncé et qu'elles voulaient demander à G._____.

Du moment que l'examen des qualités statiques et parasismiques a été mené par un consultant indépendant, s'appuyant sur le guide publié en la matière par l'Office fédéral des eaux et de la géologie et que les recourantes n'ont pas apporté d'éléments concrets permettant de mettre en doute l'opinion des consultants indépendants, l'instance précédente pouvait sans arbitraire ni violer le droit d'être entendues des recourantes, décider de manière anticipée qu'il n'y avait pas lieu d'effectuer une expertise judiciaire neutre.

3.2. L'instance précédente pouvait aussi, sans arbitraire ni violation du droit d'être entendues des recourantes, refuser d'administrer une expertise judiciaire qui pouvait conduire à la rectification des notations des autres sous-critères servant à évaluer le poste " approche technique ". En effet, elle a démontré dans les considérants 8.3 à 8.5 de son arrêt qu'une correction des notations conduirait à une différence de note globale minimale qui ne justifiait pas d'annuler la décision d'adjudication. Il est vrai que les recourantes se plaignent de l'arbitraire dans la fixation de la note finale. Leurs critiques à cet égard sont toutefois de nature appellatoire. Elles se bornent en effet à qualifier d' "étrange " le considérant 8 de l'arrêt attaqué, affirmant qu'en attribuant des notes similaires aux deux parties pour les renvoyer dos-à-dos, le Tribunal cantonal " commet une erreur semble-t-il arbitraire ". Faute de répondre aux exigences accrues de motivation de l'art. 106 al. 2 applicable par le biais de l'art. 117 LTF, ces griefs sont irrecevables.

3.3. Il s'ensuit que les griefs d'établissement arbitraire des faits et de violation du droit d'être entendu en relation avec le refus d'ordonner une expertise judiciaire sont par conséquent rejetés dans la mesure où ils sont recevables.

4.

Les recourantes se plaignent de ce que l'instance précédente a arbitrairement refusé l'édition du dossier de marché public attribué par la Commune de Sierre au même adjudicataire. Elles soutiennent qu'elles auraient ainsi pu démontrer que l'adjudicataire n'était pas en mesure de réaliser les deux projets simultanément.

L'instance précédente a constaté à ce sujet que le groupement adjudicataire répondait aux critères d'aptitude énoncés par l'appel d'offres et que le document d'appel d'offres n'annonçait pas que les critères d'aptitude seraient examinés compte tenu des caractéristiques du marché à attribuer et de celles d'un autre marché, précisant à cet égard qu'ajouter pareille exigence hors document d'appel d'offres serait contraire au principe de la transparence (arrêt attaqué consid. 4.2).

Dans ces conditions, en jugeant que la production du dossier du marché public attribué par la commune à l'adjudicataire n'était pas de nature à influencer sur la décision à rendre, l'instance précédente n'a pas violé l'interdiction de l'arbitraire dans l'appréciation anticipée des preuves ni violé le droit d'être entendues des recourantes.

5.

Les recourantes soutiennent enfin que le Tribunal cantonal a écarté leur grief relatif à la participation de H._____ dans le jury du concours architectural de manière arbitraire. Faute d'exposer de manière détaillée en quoi leurs droits constitutionnels ont été violés, les recourantes ne satisfont pas aux exigences accrues de motivation de l'art. 106 al. 2 LTF (art. 117 LTF). Le grief est par conséquent irrecevable.

6.

Les considérants qui précèdent conduisent à déclarer irrecevable le recours en matière de droit public et à rejeter le recours constitutionnel subsidiaire dans la mesure où il est recevable.

Succombant, les recourantes supportent les frais judiciaires, solidairement entre elles (art. 66 al. 1 et 5 LTF) et n'ont pas droit à des dépens (cf. art. 68 al. 1 LTF a contrario). Il n'y a pas lieu de condamner les recourantes à verser des dépens à la société adjudicataire qui a renoncé à se déterminer, le pouvoir adjudicateur ne pouvant quant à lui, en sa qualité d'organisation chargée d'une tâche de droit public, prétendre à des dépens (art. 68 al. 2 et 3 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 dans la mesure où il est recevable.

3.

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

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour de droit public.

Lausanne, le 11 septembre 2013
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: Zünd

Le Greffier: Dubey