Urteilskopf

125 II 86

10. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public du 20 novembre 1998 dans la cause Groupement G2IR3 contre Conseil communal de La Chaux-de-Fonds, Groupement STEP 2300 et Tribunal administratif du canton de Neuchâtel (recours de droit public)
Regeste (de):
Vergabe eines öffentlichen Auftrags durch eine Gemeinde; neues Recht der öffentlichen Beschaffung (üoeB; BoeB; BGBM, IVoeB); staatsrechtliche Beschwerde in der Sache; Bekanntgabe der Vergabekriterien und ihrer Rangfolge; Grundsatz der Transparenz.

Tragweite des am 1. Juli 1998 - nach der hier streitigen Vergabe - in Kraft getretenen Art. 9 Abs. 2 BGBM (E. 2).

Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde gegen kantonale und kommunale Vergabeentscheide im Lichte von Art. 84 und 88 OG. Aufgabe der alten Rechtsprechung (besonders BGE 119 Ia 424) zufolge grundlegender Änderung der Gesetzgebung in der Sache (E. 3 und 4).

Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vergabeentscheids, wenn der Vertrag zwischen dem Anbieter und der Vergabebehörde bereits abgeschlossen worden ist (Art. 9 Abs. 3 BGBM und Art. 18 Abs. 2 IVoeB). Aktuelles Interesse des übergangenen Anbieters an einer solchen Feststellung (E. 5).

Kognition des Bundesgerichts im Bereich der öffentlichen Beschaffung (E. 6).

Verpflichtung der Vergabebehörde zur Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und ihrer Rangfolge oder relativen Bedeutung (vgl. Art. 21 Abs. 2 BoeB). Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot (Art. 13 lit. f IVoeB). Grundsatz der Transparenz. Gutheissung der Beschwerde (E. 7 und 8).

Regeste (fr):
Marché public adjugé par une commune; nouveau droit des marchés publics (AMP; LMP; LMI et AIMPu); recours de droit public en la matière; énumération des critères d'adjudication selon l'ordre d'importance; principe de la transparence.

Droit applicable à l'adjudication du marché public en cause (consid. 1).

Portée de l'art. 9 al. 2 LMI, dont l'entrée en vigueur a été reportée au 1er juillet 1998, soit après l'adjudication litigieuse (consid. 2).

Recevabilité du recours de droit public contre les décisions d'adjudication cantonales et communales au regard des art. 84 et 88 OJ. Abandon de l'ancienne jurisprudence relative aux marchés publics (notamment ATF 119 Ia 424) à la suite de la modification notable de la législation en la matière (consid. 3 et 4).

Constatation de l'illicéité de la décision d'adjudication lorsque le contrat entre l'adjudicataire et le pouvoir adjudicateur a déjà été conclu (art. 9 al. 3 LMI et art. 18 al. 2 AIMPu). Intérêt actuel du soumissionnaire évincé à une telle constatation (consid. 5).

Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral dans le domaine des marchés publics (consid. 6).

Regesto (it):
Aggiudicazione di una commessa pubblica da parte di un comune; nuovo diritto degli appalti pubblici (AAP;

LAPub; LMI; CIAP); ricorso di diritto pubblico in tale ambito; enumerazione dei criteri di aggiudicazione in ordine d'importanza; principio della trasparenza.

Diritto applicabile alla commessa pubblica in questione (consid. 1).

Portata dell'art. 9 cpv. 2 LMI, la cui entrata in vigore è stata differita al 1o luglio 1998, ossia dopo l'aggiudicazione litigiosa (consid. 2).

Ammissibilità, in virtù degli art. 84 e 88 OG, del ricorso di diritto pubblico contro decisioni d'aggiudicazione cantonali e comunali. Abbandono della precedente giurisprudenza in tema di appalti pubblici (segnatamente DTF 119 Ia 429), in seguito alla rilevante modifica della legislazione in materia (consid. 3 e 4).

Constatazione dell'illiceità della decisione di aggiudicazione quando il contratto tra l'offerente e il committente è già stato concluso (art. 9 cpv. 3 LMI e art. 18 cpv. 2 CIAP). Interesse attuale dell'offerente escluso a una tale constatazione (consid. 5).

Potere d'esame del Tribunale federale in materia di appalti pubblici (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 87

BGE 125 II 86 S. 87

A.- En mars 1997, la Direction des Travaux publics de la commune de La Chaux-de-Fonds (ci-après: la commune ou le pouvoir adjudicateur) a lancé par voie de presse un appel d'offres public pour un marché de services portant sur l'assainissement et l'extension de sa station d'épuration (procédure dite sélective).

BGE 125 II 86 S. 88

Le 23 mai 1997, la commune a remis à chacun des neuf candidats ayant répondu à cet appel d'offres un dossier comprenant notamment «un cahier des charges et demande d'offres de prestations». Ce document précisait que l'offre de prestations devait être scindée en deux phases distinctes: établissement du projet d'exécution et devis général (phase A) et conduite de l'exécution de l'ouvrage (phase B). Le chiffre 9 dudit cahier des charges énumérait les critères d'adjudication qui seraient pris en considération. Sous la rubrique «prestations et références» figuraient les critères techniques suivants: 1. compétence, capacité et organisation des soumissionnaires 2. expérience dans l'étude et la réalisation d'assainissement et d'extension de stations d'épuration 3. aptitude pour une approche globale des solutions 4. présentation du dossier de l'offre 5. expérience de travail en groupement de bureaux d'ingénieurs 6. aptitude à la collaboration avec le maître de l'ouvrage et les exploitants de la station d'épuration 7. connaissance des lieux 8. application à l'assurance qualité (critère facultatif). La rubrique «offre financière» faisait état des critères financiers suivants: description des prestations offertes, bases de calcul des honoraires, montant des honoraires et propositions des soumissionnaires. Il était mentionné que «l'ordre d'énumération des critères n'est pas le reflet de l'importance accordée à chacun de ceux-ci par le mandant. Celui-ci se réserve le droit d'accorder en toute liberté des pondérations à ces critères dans l'évaluation des offres» (ch. 9 in fine du cahier des charges).

B.- Huit soumissionnaires ont déposé dans le délai fixé leurs offres de prestations et références d'une part et leurs offres financières d'autre part. Trois d'entre eux ont été d'emblée écartés, car ils ne présentaient pas toutes

les qualifications requises. La commune a ensuite procédé à une première évaluation technique des cinq offres retenues: à chaque critère technique correspondaient des notes allant de 0 à 3, lesquelles étaient pondérées avec un pourcentage déterminé (l'ensemble de ces pourcentages donnant 100%). Le nombre de points obtenus par chaque soumissionnaire résultait de l'addition de chaque note multipliée par l'indice de pondération y relatif. La commune a ensuite dépouillé les offres financières.

C.- Il ressort de la grille d'évaluation de chaque soumissionnaire et du tableau comparatif du 23 septembre 1997 établi par la commune que, s'agissant de l'évaluation technique, le Groupement G2IR3 (consortium composé de plusieurs sociétés) a obtenu 2,6 points, ce qui l'a placé au 3ème rang. Quant au Groupement

STEP 2300 (autre consortium composé de plusieurs entreprises), il s'est vu attribuer 2,85 points et a ainsi été placé au 2ème rang. S'agissant de l'offre financière, le Groupement G2IR3 a obtenu la note 4, ce qui l'a placé au 1er rang financier. Quant au Groupement STEP 2300, il a reçu la note 1 et s'est donc vu attribuer le 4ème rang financier. Un classement général a ensuite été établi: la note finale a été obtenue en combinant la note technique (pondérée avec un coefficient de 60%) et la note financière (pondérée avec un coefficient de 40%). En fin de compte, le Groupement G2IR3 a obtenu la note globale de 3,16, ce qui l'a placé au 1er rang combiné. Quant au Groupement STEP 2300, il a obtenu la note globale de 2,11 et s'est donc vu attribuer le 4ème rang combiné.

D.- Par décision du 8 décembre 1997, le Conseil communal de la Ville de La Chaux-de-Fonds a adjugé le marché public global pour l'étude et la réalisation du projet d'assainissement et d'extension de la station d'épuration au Groupement STEP 2300 pour le montant forfaitaire et global de 2'100'000 fr. Il a estimé que l'offre faite par ce groupement présentait le meilleur rapport qualité/prix, soit le meilleur rapport entre le coût global et l'ensemble des prestations à fournir (adjudication selon le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse). Il n'a pas été retenu l'offre correspondant au prix le plus bas. Un poids prépondérant a été accordé à la qualité des prestations offertes, aux expériences faites et, enfin, aux garanties offertes pour l'assistance nécessitée ultérieurement pour l'entretien des installations. Deux soumissionnaires évincés, dont le Groupement G2IR3, ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel qui, par arrêt du 20 février 1998, a confirmé la décision attaquée.

E.- Agissant par la voie du recours de droit public, le Groupement G2IR3 demande au Tribunal fédéral de constater le caractère illicite de la décision d'adjudication et partant d'annuler l'arrêt du 20 février 1998 du Tribunal administratif.

F.- Par ordonnance présidentielle du 29 avril 1998, la requête d'effet suspensif au recours a été rejetée. Par télécopie du 13 octobre 1998, la commune de La Chaux-de-Fonds a informé le Tribunal fédéral qu'aucun contrat n'avait encore été signé avec l'adjudicataire. Par lettre du 23 octobre 1998, elle a toutefois précisé que, bien que le document contenant toutes les clauses n'ait pas encore été signé par les parties, le contrat avait déjà

été conclu (oralement) avec l'adjudicataire, qui a d'ailleurs reçu, le 30 juillet 1998, un montant de 182'000 fr. à titre d'acompte pour le travail déjà accompli pour la phase A, la convention devant être confirmée prochai-

nement par écrit.

Erwägungen

Considérant en droit:

I. Droit applicable

1. Avant d'examiner la recevabilité du présent recours de droit public, il convient de déterminer quel est le droit applicable au cas d'espèce, étant entendu que la réglementation sur les marchés publics a subi ces dernières années de profondes mutations tant sur le plan international que national. a) Parmi les accords GATT/OMC figure notamment l'Accord sur les marchés publics conclu à Marrakech le 15 avril 1994, entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1996 (RS 0.632.231.422; RO 1996 p. 609 ss; ci-après: AMP). Tombent dans le champ d'application de cet accord certains types de marchés publics passés par les entités adjudicatrices limitativement énumérées à l'Annexe 1 (entités du gouvernement fédéral) et à l'Annexe 2 (entités des gouvernements sous-centraux, c'est-à-dire les cantons suisses) de l'appendice I à l'AMP, à condition toutefois que les valeurs seuils soient atteintes. En revanche, les marchés publics des communes (suisses) sont pour l'heure exclus du champ d'application de cet accord. A noter toutefois que les pouvoirs publics et les entreprises publiques suisses, y compris au niveau local (communal), actifs dans les domaines de l'eau (potable), de l'énergie, des transports urbains, des aéroports et des installations portuaires sont visés par l'Annexe 3 de l'appendice I à l'AMP (cf. Message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC [Cycle d'Uruguay][Message 1 GATT], in FF 1994 IV 1 ss, plus spécifiquement p. 345/348, 355/358 et 395. Voir aussi EVELYNE CLERC, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Thèse Fribourg 1997, p. 292/295; PETER GALLI/DANIEL LEHMANN/PETER RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurich 1996, n. 6, p. 3; MARKUS METZ/GERHARD SCHMID, Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens, in ZBl 99/1998, p. 49 ss, n. 1, p. 50; ATTILIO R. GADOLA, Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, in PJA 1996 p. 967 ss, p. 969). En l'espèce, le marché public adjugé par la commune de La Chaux-de-Fonds

portant sur l'assainissement et l'extension de sa station d'épuration (traitement d'eaux usées et de boues) n'est pas couvert par l'AMP. b) Le 1er juillet 1996 est entrée en vigueur la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1); celle-ci ne s'applique qu'aux marchés publics de la Confédération (cf. art. 2 LMP). Dès lors, le marché litigieux n'est pas soumis à cette loi. c) Quant à la loi fédérale du 6 octobre 1996 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02), elle s'applique à tous les marchés publics cantonaux et communaux (à l'exclusion des marchés de la Confédération), indépendamment des valeurs seuils et des types de marchés (CLERC, op.cit., p. 435/436). L'art. 5 al. 1 LMI (en vigueur dès le 1er juillet 1996) dispose notamment que les marchés publics des cantons et des communes sont régis par le droit cantonal ou intercantonal; ces dispositions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse de manière contraire à l'art. 3 LMI. Ainsi, le marché public en question tombe sous le coup de cette disposition qui fixe les règles minimales que doivent respecter les pouvoirs adjudicateurs cantonaux et communaux lors de la passation des marchés publics (sur les voies de droit prescrites par l'art. 9 LMI, cf. consid. 2a ci-dessous). d) Le 25 novembre 1994, la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP) et la Conférence

des chefs de départements cantonaux de l'économie publique (CDEP) ont adopté l'Accord intercantonal sur les marchés publics, qui a été approuvé par le Département fédéral de l'économie publique le 14 mars 1996 (RS 172.056.4; ci-après: AIMPu). Cet accord est entré en vigueur pour le canton de Neuchâtel le 24 décembre 1996 (RO 1996 p. 3258). A la suite de cet accord, le groupe de travail de DTAP/CDEP a édicté en 1995 des Directives pour l'exécution de l'AIMPu (ci-après: les Directives). En l'occurrence, le marché public litigieux est un marché de services d'ingénierie, d'architecture et de consultation technique qui est soumis à l'art. 6 lettre c AIMPu (cf. aussi Annexe 4 de l'appendice I à l'AMP en relation avec le chiffre 867 du Central product classification [CPC]de l'ONU; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, op.cit., p. 253). Aucune des exceptions de l'art. 10 AIMPu n'est réalisée en l'espèce. Le pouvoir adjudicateur est une commune au sens de l'art. 8

al. 1 lettre b AIMPu. Enfin, la valeur estimée du marché public est largement supérieure au seuil de 403'000 fr. fixé par l'art. 7 al. 1 lettre b AIMPu pour les marchés de services. En conséquence, l'adjudication du présent marché public est soumise aux règles de cet accord intercantonal.

II. Recevabilité du recours de droit public

2. a) A teneur de l'art. 9 LMI, les restrictions à la liberté d'accès au marché, en particulier en matière de marchés publics, doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours (al. 1); le droit cantonal prévoit au moins une voie de recours devant une instance cantonale indépendante de l'administration. La décision rendue par cette instance est définitive; le recours de droit public devant le Tribunal fédéral est réservé (al. 2); si, en matière de marchés publics, un recours à l'échelon cantonal ou un recours de droit public est fondé et qu'un contrat a déjà été passé avec le soumissionnaire, l'instance cantonale ou le Tribunal fédéral se borne à constater dans quelle mesure la décision contestée viole le droit fédéral (al. 3). La loi fédérale sur le marché intérieur est entrée en vigueur le 1er juillet 1996. S'agissant de la disposition relative à la protection juridictionnelle en matière de marchés publics (art. 9 al. 1 à 3 en relation avec l'art. 5 LMI), la date de l'entrée en vigueur a été reportée au 1er juillet 1998 (RO 1996 p. 1742). A noter que la règle matérielle de l'art. 5 LMI est, quant à elle, applicable à compter du 1er juillet 1996 (CLERC, op.cit., p. 441). Selon l'art. 11 al. 1 LMI, un délai transitoire de deux ans a été en outre accordé aux cantons et communes pour leur permettre d'adapter leurs prescriptions à celles de la LMI et d'édicter les dispositions d'organisation nécessaires (exigence d'une instance cantonale de recours indépendante de l'administration au sens de l'art. 9 al. 2 LMI). Dès lors que l'entrée en vigueur de l'art. 9 al. 2 i.f. LMI a été reportée, le recours de droit public au Tribunal fédéral réservé par cette disposition devrait rester fermé jusqu'au 1er juillet 1998 (CLERC, op.cit., p. 476/477; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, op.cit., n. 58 ss, plus spéc. n. 60a p. 19/20; THOMAS COTTIER/BENOÎT MERKT, Die Auswirkungen des Welthandelsrechts der WTO und des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt auf das Submissionsrecht der Schweiz, in: Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Berne 1997, p. 35 ss, en particulier p. 55 et 76). Il en irait différemment si la LMI était entrée intégralement en vigueur avec un délai transitoire de deux ans pour la mise sur pied d'une voie de recours au niveau cantonal. Durant ce délai, le Tribunal fédéral

aurait dû connaître, souvent en première instance, des recours dirigés contre des décisions relatives à des marchés publics cantonaux ou communaux (Clerc, ibidem). b) L'art. 15 AIMPu dispose que les décisions de

l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès d'une autorité juridictionnelle cantonale. Celle-ci statue de manière définitive (al. 1); le recours, dûment motivé, doit être déposé dans les dix jours dès la notification de la décision d'adjudication (al. 2); en l'absence de dispositions d'exécution cantonale, le Tribunal fédéral est compétent pour connaître de tous recours concernant l'application du présent accord (al. 3). L'art. 15 al. 1 AIMPu contraint donc les cantons à mettre sur pied une voie de recours juridictionnelle contre les décisions en matière de marchés publics couverts par l'AIMPu. Le législateur neuchâtelois s'est conformé à cette exigence en adoptant la loi du 26 juin 1996 portant adhésion à l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMPu), entrée en vigueur le 31 octobre 1996, qui prévoit à son article 2 que le «Tribunal administratif est l'autorité juridictionnelle cantonale compétente au sens de l'art. 15 al. 1 AIMPu pour connaître des recours contre les décisions de l'adjudicateur». c) L'art. 9 al. 2 i.f. de la loi fédérale sur le marché intérieur ouvre certes la voie du recours de droit public contre toutes les décisions cantonales qui limitent le libre accès au marché, notamment en matière de marchés publics. Mais, comme on vient de le voir, cette disposition, dont l'entrée en vigueur a été reportée au 1er juillet 1998, ne saurait obliger le Tribunal fédéral à entrer en matière sur le présent recours, étant donné que le marché public litigieux a été mis en soumission et adjugé avant cette date. Par ailleurs, l'Accord intercantonal sur les marchés publics ne peut pas non plus contraindre le Tribunal fédéral à se saisir d'un recours de droit public en la matière, selon le principe de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal ou intercantonal. Peu importe que l'AIMPu ait été approuvé le 14 mars 1996 par le Département fédéral de l'économie publique, en application des art. 7 al. 2 et 102 ch. 7 Cst.; cette approbation n'a qu'une valeur déclarative (ATF ATF 109 Ia 335 consid. 1; ATF 90 I 41 consid. 3a). Quoi qu'il en soit, le Tribunal fédéral doit dans tous les cas examiner d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 124 III 134 consid. 2; ATF 123 II 419 consid. 1).

3. a) Au regard de l'art. 84 al. 1 OJ, la voie du recours de droit public n'est ouverte que si l'acte attaqué émane d'une autorité cantonale agissant en vertu de la puissance publique et qui affecte d'une

façon quelconque la situation de l'individu, en lui imposant une obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer, ou qui règle d'une autre manière obligatoire ses rapports avec l'Etat, sous la forme d'un arrêté de portée générale, soit sous celle d'une décision particulière (ATF 121 I 173 consid. 2a p. 174; ATF 120 Ia 19 consid. 2a p. 22, 56 consid. 3a p. 58, 321 consid. 3a p. 325 et les arrêts cités). b) Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les décisions cantonales (ou communales) d'adjudication de travaux publics au terme d'une procédure de soumission n'ont pas le caractère d'un acte de puissance publique au sens de l'art. 84 al. 1 OJ et ne peuvent dès lors pas être attaquées par la voie du recours de droit public. De plus, comme le soumissionnaire évincé n'a en principe aucun intérêt juridiquement protégé à l'adjudication, il est aussi dépourvu de la qualité pour recourir au fond (art. 88 OJ) contre la décision d'adjudication de première instance ou contre celle de l'autorité de recours (ATF 119 Ia 424 consid. 3b et les arrêts cités). Toutefois, même s'il n'a pas qualité pour agir au fond, un recourant peut se plaindre de la violation de garanties de procédure équivalant à un déni de justice formel. Dans un tel cas, l'intérêt juridiquement protégé exigé par l'art. 88 OJ découle non pas du droit de fond, mais du droit de participer à la procédure. Un tel droit existe lorsque le recourant avait qualité de partie en procédure cantonale. En pareil cas, il peut se plaindre de la violation des droits de partie que lui reconnaît la procédure cantonale ou qui découlent directement de l'art. 4 Cst. (ATF 119 Ia 424 consid. 3c et les arrêts cités). En ce qui concerne la procédure de première instance devant l'autorité d'adjudication, les droits que le soumissionnaire peut ainsi invoquer se rapportent uniquement au déroulement formel de cette procédure, à l'exclusion des conditions d'adjudication figurant dans la réglementation concernant les soumissions ou dans les documents relatifs à l'appel d'offres en cause; il convient donc de distinguer entre les aspects formels et les aspects matériels de la décision d'adjudication (ATF 119 Ia 424 consid. 4b). Force est de constater que le droit des marchés publics sous l'empire duquel a été rendue la jurisprudence précitée s'est notablement modifié (voir consid. 1 ci-dessus), de sorte que, de l'avis unanime de la doctrine, la jurisprudence y relative ne peut plus être maintenue

telle quelle (CLERC, op.cit., p. 369 et 564; GADOLA, op.cit., p. 969, GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, op.cit., n. 611, p. 179; COTTIER/MERKT, op.cit., p. 75; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bâle 1998, par. 19, n. 48 ss,

BGE 125 II 86 S. 95

p. 405 ss; NICOLAS MICHEL, Droit public de la construction, Fribourg 1996, n. 1996 ss, p. 403). A la lumière des nouvelles conceptions et des nouvelles règles en matière de marchés publics, il y a donc lieu de considérer désormais les décisions d'adjudication comme des actes de puissance publique au sens de l'art. 84 al. 1 OJ susceptibles d'être attaquées tant dans leurs aspects formels que matériels. A noter d'ailleurs que le nouveau droit sur les marchés publics désigne expressément l'adjudication comme une décision sujette à recours (cf. art. 15 et 18 AIMPu; art. 5 al. 1 et 9 LMI; art. 29 lettre a LMP). Au surplus, il ressort explicitement des travaux préparatoires relatifs à la loi fédérale sur le marché intérieur que désormais, et contrairement à la pratique actuelle, les adjudications des cantons et des communes pourront faire l'objet d'un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral (Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994, in FF 1995 p. 1193 ss, plus spéc. p. 1253).
c) En tant que le recourant se plaint essentiellement d'une mauvaise application de l'Accord intercantonal sur les marchés publics, il est en principe recevable à former un recours de droit public pour violation de concordats prévus expressément par l'art. 84 al. 1 lettre b OJ et l'art. 113 al. 1 ch. 3 Cst.

4. D'après la jurisprudence relative à l'art. 88 OJ rendue sous l'empire du droit antérieur, comme le soumissionnaire évincé n'a en principe aucun intérêt juridiquement protégé à l'adjudication, il est aussi dépourvu de la qualité pour recourir au fond (art. 88 OJ) contre la décision d'adjudication de première instance ou contre celle de l'autorité de recours, le recourant pouvant seulement se plaindre d'une violation de ses droits de partie équivalant à un déni de justice formel (voir ci-dessus, consid. 3b). Or cette jurisprudence est dépassée dans la mesure où l'intérêt juridiquement protégé au sens de l'art. 88 OJ découle désormais du droit de fond, à savoir de la loi fédérale sur le marché intérieur et de l'Accord intercantonal sur les marchés publics. Cette nouvelle législation tend en effet à protéger les soumissionnaires, ceux-ci pouvant se prévaloir des garanties de concurrence, d'impartialité, d'égalité et de transparence qui régissent la procédure de passation des marchés publics. Il s'ensuit que les soumissionnaires évincés ont dorénavant qualité pour agir au sens de l'art. 88 OJ non seulement pour soulever des griefs se rapportant au déroulement formel de la procédure de soumission publique, mais encore pour contester le bien-fondé de la décision d'adjudication (aspect matériel). Il y a donc lieu d'examiner la qualité pour agir du recourant sous l'angle des dispositions de l'art. 84 al. 1 lettre b OJ

BGE 125 II 86 S. 96

en relation avec l'art. 88 OJ et de la jurisprudence ordinaire y relative. Un particulier a qualité pour former un recours de droit public pour violation d'un concordat si la disposition concordataire dont il invoque la violation lui confère directement des droits; en conséquence, le recours est exclu si les cantons parties au concordat n'ont convenu que des droits et obligations réciproques, sans créer de droits en faveur des particuliers (ATF 115 Ia 212 consid. 2a; 109 Ia 335 consid. 2; 99 Ia 216 consid. 3; ZBl 83/1982 p. 138, consid. 1d). En l'espèce, il ne fait pas de doute que l'Accord intercantonal sur les marchés publics confère directement des droits aux soumissionnaires évincés (cf. art. 16 al. 3 AIMPu, selon lequel les dispositions du présent accord peuvent être invoquées directement par les soumissionnaires). Le recourant est personnellement atteint par la décision attaquée dans ses intérêts juridiquement protégés, de sorte qu'il a qualité pour recourir au fond en vertu de l'art. 88 OJ.

5. a) Le recours de droit public n'a en principe qu'un effet cassatoire (ATF 124 I 231 consid. 1d; ATF 123 I 87 consid. 5 p. 96; ATF 122 I 120 consid. 2a, 351 consid. 1f p. 355; ATF 121 I 326 consid. 1b; ATF 120 Ia 220 consid. 2b et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral peut cependant exceptionnellement donner des instructions lorsqu'une situation conforme à la Constitution, au concordat ou à l'accord international ne peut être rétablie par la seule annulation de l'acte attaqué (cf. ATF 118 Ia 184 consid. 1d; Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2e éd., Berne 1994, p. 362). En matière de marchés publics, il y a lieu d'observer que les contrats avec les soumissionnaires choisis sont souvent conclus, voire exécutés, avant que les tribunaux aient pu se prononcer sur la validité de la procédure de soumission. Pour éviter qu'un recours ne retarde ou ne renchérisse l'exécution des travaux, l'art. 9 al. 3 LMI exclut l'annulation de la décision d'adjudication au cas où le contrat serait déjà conclu; le Tribunal fédéral doit alors se borner à constater dans quelle mesure la décision viole les règles sur la passation des marchés publics. Le législateur fédéral a ainsi limité le pouvoir de décision du Tribunal fédéral à la seule constatation de l'illicéité lorsque le contrat est déjà conclu (CLERC, op.cit., p. 570 s. Sur les critiques de l'art. 9 al. 3 LMI, voir PHILIPPE GERBER, La nature cassatoire du recours de droit public, thèse Genève 1997, p. 171 ss). A noter que l'art. 18 al. 2 AIMPu. contient une règle semblable à celle de l'art. 9 al. 3 LMI. Il s'agit là de dispositions qui conduisent à déroger au principe de l'effet cassatoire du recours de droit public. Jusqu'à présent,

le Tribunal fédéral n'a d'ailleurs eu que rarement l'occasion de rendre de véritables arrêts en constatation dans d'autres domaines (cf. les arrêts cités par KÄLIN, op. cit., p. 402; ANDREAS AUER, La juridiction constitutionnelle en Suisse, Bâle 1983, n. 510, p. 262). Ainsi, dans la mesure où le contrat a déjà été conclu avec l'adjudicataire, le Tribunal fédéral ne pourra pas annuler la décision attaquée au cas où le recours s'avérerait bien fondé, mais se bornera à constater le caractère illicite de la décision attaquée. b) Le recours de droit public exige en principe un intérêt actuel et pratique à l'annulation de la décision attaquée, respectivement à l'examen des griefs soulevés. L'intérêt au recours doit encore exister au moment où statue le Tribunal fédéral, lequel se prononce sur des questions concrètes et non théoriques (art. 88 OJ; ATF 123 II 285 consid. 4; ATF 120 Ia 165 consid. 1a p. 166; ATF 118 Ia 46 consid. 3c p. 53, 488 consid. 1a p. 490 et les arrêts cités). L'intérêt actuel nécessaire fait défaut en particulier lorsque l'acte de l'autorité a été exécuté ou est devenu sans objet (ATF 120 Ia 165 consid. 1a p. 166; ATF 106 Ia 151 consid. 1a p. 152/153). En matière de marchés publics, l'intérêt actuel du soumissionnaire évincé est évident tant que le contrat n'est pas encore conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, car le recours lui permet d'obtenir la correction de la violation commise et la reprise du processus de passation. Mais il y a lieu d'admettre qu'un soumissionnaire évincé a aussi un intérêt actuel au recours lorsque le contrat est déjà conclu avec l'adjudicataire, voire exécuté, car il doit pouvoir obtenir une constatation d'illicéité de la décision pour pouvoir agir en dommages-intérêts. L'art. 9 al. 3 LMI prévoit en effet expressément que si, en matière de marchés publics, un recours à l'échelon cantonal ou un recours de droit public est fondé et qu'un contrat a déjà été passé avec le soumissionnaire, l'instance cantonale ou le Tribunal fédéral se borne à constater dans quelle mesure la décision contestée viole le droit fédéral. Il s'agit là d'une exception au principe de la nature cassatoire du recours de droit public (consid. 5a ci-dessus). Le Tribunal fédéral devrait aussi disposer d'une compétence de constatation de l'illicéité lorsqu'un recours est basé sur l'AIMPu, dès lors qu'une telle décision est un préalable indispensable à une demande en dommages-intérêts (CLERC, op.cit., p. 568 et la note de bas de page n. 1277. Voir aussi décision du 8 juillet 1998 en la cause ARGE X contre le canton des Grisons, où le Tribunal fédéral a relevé en passant qu'un soumissionnaire évincé pouvait en principe déduire de l'art. 9 al. 3 LMI et 18 AIMPu un droit à obtenir une décision constatant l'illicéité

d'une adjudication lorsque le contrat avait déjà été conclu avec un tiers). L'art. 18 al. 2 AIMPu dispose d'ailleurs clairement que si le contrat est déjà conclu et que le recours est jugé bien fondé, l'autorité de recours constate le caractère illicite de la décision. Certes, cette règle concordataire ne saurait l'emporter en elle-même sur les dispositions de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ). Mais on ne conçoit guère une solution différente pour le recours de droit public selon qu'il est fondé sur la LMI ou l'AIMPu. En l'espèce, le marché public a été adjugé au Groupement STEP 2300 et, à la suite du rejet de la requête d'effet suspensif au recours de droit public, le pouvoir adjudicateur a passé oralement un contrat avec l'adjudicataire, contrat dont l'exécution a commencé et qui devrait être confirmé prochainement par écrit. Le groupement recourant conserve donc un intérêt juridique à recourir, car si le Tribunal fédéral admet le recours, il constatera le caractère illicite de la décision attaquée.

6. Saisi d'un recours de droit public fondé sur l'art. 84 al. 1 lettre b OJ, le Tribunal fédéral examine en principe librement l'interprétation et l'application des dispositions concordataires faites par les autorités cantonales (ATF 115 Ia 212 consid. 2a; ATF 112 Ia 75 consid. 1b; ATF 109 Ia 335 consid. 5 p. 339 et les références citées). Cela vaut notamment pour ce qui concerne les règles assurant la régularité de la procédure d'adjudication. Le Tribunal fédéral s'impose toutefois une certaine retenue lorsqu'il s'agit de tenir compte de circonstances locales ou de trancher de pures questions d'appréciation (ATF 121 I 279 consid. 3d p. 284; ATF 120 Ia 74 consid. 5 p. 79; ATF 119 Ia 411 consid. 2c p. 416, 445 consid. 3c p. 451). Il en va de même lorsqu'il s'agit de problèmes de nature essentiellement technique (ATF 119 Ia 378 consid. 6a p. 383; ATF 103 Ia 272 consid. 6c p. 278). En ce qui concerne plus particulièrement les marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation lors de l'adjudication (voir notamment, MICHEL, op.cit., n. 1975 p. 398 et 2021 p. 407). L'appréciation du Tribunal fédéral ne saurait donc se substituer à celle du pouvoir adjudicateur; seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné. Le Tribunal fédéral ne peut donc revoir l'appréciation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication qu'avec une retenue particulière, parce qu'une telle appréciation suppose souvent des connaissances techniques, qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres soumises par les soumissionnaires et qu'elle comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur (cf. jurisprudence en matière d'examens applicable ici

par analogie: ATF 121 I 225 consid. 4b p. 230; ATF 118 Ia 488 consid. 4c p. 495). Sur ce point, le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est pratiquement restreint à l'arbitraire. Comme en matière d'examens, le Tribunal fédéral se bornera le plus souvent - faute de connaissances techniques suffisantes - à vérifier que les règles de procédure relatives à la passation du marché public en question aient été respectées.

III. Examen du fond

7. a) Aux termes de l'art. 13 lettre f AIMPu, les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir «des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse». Contrairement à l'exigence posée par l'art. 3 AIMPu, le canton de Neuchâtel n'a pas encore édicté de dispositions d'exécution sur ce point. L'art. 16 al. 3 AIMPu précise toutefois que même en l'absence d'une réglementation d'exécution cantonale, les dispositions de l'AIMPu peuvent être invoquées directement à l'appui du recours. Encore faut-il, selon CLERC (op.cit., p. 538), qu'elles soient suffisamment claires et précises pour être invoquées directement. Or tel est bien le cas en l'espèce. L'art. 13 lettre f AIMPu constitue une règle suffisamment

précise pour être directement applicable, surtout si cette disposition est mise en relation avec les Directives qui, en attendant la réglementation d'exécution cantonale, ont une portée importante. Même si elles n'ont pas force juridiquement contraignante (CLERC, op.cit., p. 538), elles expliquent comment comprendre les principes auxquels les cantons se sont astreints. En cas de doute, le texte de l'AMP, comme celui de la LMP peuvent aussi fournir des éléments d'argumentation (cf. Jean-Baptiste Zufferey/Benoît Revaz, Le nouveau droit des marchés publics, Fribourg 1997, p. XVI et XVII). Selon le § 28 al. 1 des Directives, 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 particuliers peuvent être pris en considération, comme la qualité, les délais, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'écologie, la convenance de la prestation, la valeur technique, l'esthétique, l'assurance qualité, la créativité et l'infrastructure. b) Le groupement recourant se plaint pour l'essentiel d'une violation de l'Accord intercantonal sur les marchés publics. Il reproche en bref au pouvoir adjudicateur d'avoir omis de mentionner à l'avance tous les critères d'adjudication qui seraient pris en compte dans

l'évaluation des offres. Il prétend avoir présenté l'offre économiquement la plus avantageuse au sens de l'art. 13 lettre f AIMPu, de telle sorte qu'il aurait droit à l'adjudication du marché public en question. c) Si, en l'espèce, le pouvoir adjudicateur a énuméré les critères d'adjudication dans la documentation relative à l'appel d'offres, il ne les a toutefois pas classés par ordre d'importance; il s'est même expressément réservé le droit d'attribuer en toute liberté une valeur relative différente à chacun de ces critères lors de l'examen des offres (chiffre 9 i.f. du cahier des charges). Il est vrai que ni l'art. 13 lettre f AIMPu, ni aucune autre disposition dudit accord, n'impose expressément que les critères d'adjudication soient énumérés selon leur ordre d'importance. L'art. XII chiffre 2 lettre h AMP ne l'exige pas non plus explicitement. En revanche, l'art. 21 al. 2 LMP précise que les critères d'adjudication doivent figurer par ordre d'importance dans les documents relatifs à l'appel d'offres. Il en va de même du § 14 al. 1 lettre i des Directives. La nouvelle réglementation sur les marchés publics a notamment pour but essentiel d'améliorer la transparence des procédures de passation des marchés (voir, préambule de l'AMP et art. XVII AMP; art. 1 al. 2 lettre c AIMPu; art. 1 al. 1 lettre a LMP), de manière à garantir une authentique concurrence entre les soumissionnaires et partant à permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics. La concurrence permet la comparaison des prestations et de choisir ainsi l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation. Seule une concurrence vraiment efficace assure une utilisation économique des fonds publics (Message relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC [Cycle d'Uruguay][Message 2 GATT], in FF 1994 IV p. 995 ss, spéc. p. 1218, concernant la loi fédérale sur les marchés publics). Pour PIERRE TERCIER (La libéralisation du marché de la construction, in: Journées du droit de la construction, Fribourg 1997, vol. I, p. 2 ss, plus spéc. p. 16 et 24/25), la transparence des procédures de passation des marchés n'est pas un objectif, mais un moyen contribuant à atteindre le but central de la nouvelle législation qui est le fonctionnement d'une concurrence efficace, garanti par l'ouverture des marchés et en vue d'une utilisation rationnelle des deniers publics. La transparence est une condition indispensable au contrôle du respect de l'application de la loi et du bon déroulement des procédures. Elle est une exigence essentielle; il est important en effet que les participants puissent connaître à

l'avance les diverses étapes de la procédure et leur contenu. A quoi on pourrait ajouter qu'il est aussi important que les participants connaissent à l'avance toutes les informations minimales et utiles pour leur permettre de

présenter une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur. Le principe de transparence n'est toutefois pas défini par la nouvelle réglementation sur les marchés publics (sur la portée du principe de la transparence, voir GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, op.cit., n. 218 à 222, p. 72/73). La doctrine suisse semble vouloir ériger la règle, selon laquelle les critères d'adjudication doivent figurer par ordre d'importance (art. 21 al. 2 LMP), en principe général qui serait applicable à toutes les procédures de passation de marchés publics, y compris au niveau cantonal et communal (cf. MICHEL, op.cit., n. 1976, p. 398 s.; METZ/SCHMID, op.cit., p. 67 s.; TERCIER, op.cit., p. 24; PETER GAUCH/PIERRE TERCIER, Die Liberalisierung des öffentlichen Baumarktes und viele Fragen, in: Baurechtstagung 1997, vol. I, p. 2 ss, plus spéc. p. 24/25; PETER GAUCH, Vergabeverfahren und Vergabegrundsätze nach dem neuen Vergaberecht des Bundes, in DC 4/1996, p. 103; PETER GAUCH, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz. Ein Beitrag zum neuen Vergaberecht, in: recht 1997, p. 178/179. Voir aussi GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, op.cit., n. 221 p. 73, pour qui la règle selon laquelle les critères d'adjudication doivent figurer par ordre d'importance contenue à l'art. 21 al. 2 LMP serait l'un des aspects du principe de transparence). Il convient dès lors d'admettre que le pouvoir adjudicateur est tenu d'énumérer 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 par avance l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'entre eux, afin de prévenir tout risque d'abus et de manipulations de la part de l'adjudicateur. Comme on l'a vu plus haut, le marché doit normalement être adjugé à celui qui présente l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 13 lettre f AIMPu). Mais cette formulation est vague et laisse donc une marge d'appréciation considérable aux entités adjudicatrices qui doivent intégrer dans leur pondération tous les éléments permettant de juger de la relation «qualité-prix». Il existe dès lors un danger réel d'excès ou d'abus du pouvoir d'appréciation de la part des collectivités publiques concernées. Or l'obligation qui leur est faite d'indiquer préalablement les critères d'adjudication et leur ordre de priorité ou leur importance contribue précisément à réduire ce risque d'abus (TERCIER, op. cit., p. 24/25; GAUCH/TERCIER,

op.cit., p. 24; GAUCH, Vergabeverfahren, op.cit., p. 103; GAUCH, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz, op. cit., p. 178/179; PETER GAUCH, Das neue Beschaffungsgesetz des Bundes, in RDS 114/1995, p. 313 ss, p. 320/321). Le marché public doit donc être attribué dans des conditions de transparence et de concurrence optimums. Or le jeu de la concurrence entre les soumissionnaires risquerait d'être faussé, si le pouvoir adjudicateur avait la possibilité, comme en l'espèce, de modifier librement au cours de la procédure de passation d'un marché (après le dépôt des soumissions) les critères d'adjudication, de même que leurs valeurs respectives. Certes, il n'est pas interdit au pouvoir adjudicateur d'attacher une importance plus grande à certains critères d'adjudication par rapport à d'autres, voire de ne pas tenir compte du tout de certains critères. Il est toutefois nécessaire qu'il le fasse savoir à l'avance à tous les soumissionnaires. En tant que la commune de La Chaux-de-Fonds n'a pas fait figurer les critères d'adjudication par ordre d'importance dans le cahier des charges ni n'a indiqué par avance les pondérations respectives qu'elle entendait attribuer à ces critères, sa décision d'adjudication s'avère contraire au principe de la transparence consacré par l'art. 1er al. 2 lettre c AIMPu et en particulier à l'art. 13 lettre f AIMPu. En fait, la formule choisie au chiffre 9 in fine du cahier des charges prive la procédure d'évaluation de toute transparence et permet toutes les manipulations puisque l'adjudicateur peut pondérer à sa guise les critères d'adjudication. Cela exclut du reste tout contrôle réel de l'évaluation (même si, comme on l'a vu plus haut, le pouvoir d'appréciation de l'autorité de recours est sur ce point limité). d) Certes, dans sa décision d'adjudication, la commune de La Chaux-de-Fonds a souligné qu'elle avait voulu accorder un poids prépondérant à la qualité des prestations offertes, aux expériences faites et, enfin, aux garanties offertes pour l'assistance nécessitée ultérieurement pour l'entretien des installations. Or s'agissant de ce dernier critère, force est de constater qu'il ne figure pas expressément sur la liste des critères d'adjudication contenue au chiffre 9 du cahier des charges. Ainsi que le relève l'autorité intimée dans ses déterminations, il est vrai que le critère en question est mentionné dans le cahier des charges sous la rubrique «honoraires» (chiffre 8.1.4). Mais dans

la mesure où le pouvoir adjudicateur considérait ce critère comme un élément déterminant pour l'adjudication en cause, on pouvait attendre de lui qu'il le place en évidence sur la liste des critères d'adjudication figurant au chiffre 9 du cahier des

charges, afin de prévenir toute équivoque à cet égard. A cela s'ajoute que, selon la grille d'évaluation technique, un critère au moins (équipement informatique) a été pris en compte par le pouvoir adjudicateur dans l'examen des offres, alors même que l'on ne trouve aucune trace de ce critère dans le cahier des charges. C'est donc à juste titre que le groupement recourant se plaint de ce que la procédure de passation du marché public en question est entachée d'irrégularités. Dès lors, le recours doit être admis, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs soulevés par le recourant.

8. Au vu de ce qui précède, le recours doit être admis. Le contrat ayant déjà été passé avec l'adjudicataire, il n'est pas possible d'annuler la décision attaquée (voir ci-dessus, consid. 5). Aussi la conclusion du recourant tendant à l'annulation de la décision attaquée est-elle devenue sans objet. Pour le surplus, il convient de constater que la décision attaquée est illicite dans le sens des considérants. Dès lors que son intérêt pécuniaire est en cause, la commune de La Chaux-de-Fonds doit supporter les frais judiciaires (art. 156 al. 2 OJ). La commune versera en outre au groupement recourant une indemnité équitable à titre de dépens (art. 159 al. 2 OJ). Ayant renoncé à se déterminer sur le fond, le Groupement STEP 2300, qui n'a pas pris de conclusions, n'a pas à allouer de dépens au recourant qui obtient gain de cause.