

BGer 2C_1020/2020 vom 12. April 2022

Bundesgericht, 2022-04-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_1020_2020

FR: TF 2C_1020/2020 du 12 avril 2022

IT: TF 2C_1020/2020 del 12 aprile 2022

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal fédéral examine d'office sa compétence (art. 29 al. 1 LTF) et contrôle librement la recevabilité des recours portés devant lui (ATF 140 IV 57 consid. 2).

E. 1.1

La recourante a déposé, dans la même écriture (cf. art. 119 al. 1 LTF), un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire. Celui-ci n'étant ouvert qu'à la condition que la décision attaquée ne puisse faire l'objet d'un recours ordinaire (cf. art. 113 LTF ; ATF 141 II 113 consid.1.2 pour les marchés publics cantonaux), il convient d'examiner en premier lieu la recevabilité du recours en matière de droit public.

E. 1.1.1

Dans le domaine des marchés publics, un recours en matière de droit public n'est recevable qu'aux conditions de l' art. 83 let . f LTF. Cette disposition a été modifiée le 1er janvier 2021. La recevabilité d'un recours doit en règle générale être examinée, à défaut de disposition contraire, selon les règles en vigueur lors du prononcé de la décision attaquée (cf. ATF 126 III 431 consid. 2b; arrêt 2D_32/2021 du 24 mars 2021 consid. 1.2.3; cf. aussi art. 132 al. 1 LTF). L'arrêt attaqué ayant été rendu le 3 novembre 2020, sa recevabilité sera examinée à l'aune de l'ancien droit.

Conformément à l'ancien art. 83 let . f LTF, un recours en matière de droit public n'est recevable qu'à la double condition que la valeur du mandat à attribuer soit supérieure ou égale aux seuils déterminants prévus à cet effet en vertu de l' art. 83 let . f ch. 1 LTF et que la décision attaquée soulève une question juridique de principe au sens de l' art. 83 let . f ch. 2 LTF. Il incombe à la partie recourante de démontrer la réalisation de ces deux conditions (cf. art. 42 al. 2 LTF ; ATF 141 II 113 consid. 1.2), qui sont cumulatives (cf. ATF 144 II 184 consid. 1.2).

E. 1.1.2

Le marché en cause concerne la pose de gaines techniques à usage médical pour un montant estimé dans l'appel d'offres du 1er novembre 2019 à 460'000 fr. Les valeurs seuils du marché public cantonal ouvrant la voie du recours en matière de droit public découlent de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1; par renvoi de l' art. 83 let . f ch. 1 LTF) dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2020 (cf. consid. 1.1.1). Selon l'ancien art. 6 al. 1 LMP , complété par l'art. 1 let. a et b de l'ordonnance du DEFR du 22 novembre 2017 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2018 et 2019 (RO 2017 7267; RS 172.056.12), la valeur seuil pour les fournitures et les services a été fixée à 230'000 fr. pour l'année 2019. Il s'ensuit que la valeur du marché litigieux dépasse la valeur seuil de l' art. 83 let . f ch. 1 LTF. Reste donc à examiner si la

recourante soulève une question juridique de principe.

E. 1.1.3

La jurisprudence se montre restrictive pour admettre l'existence d'une question juridique de principe (ATF 141 II 113 consid. 1.4; 138 I 143 consid 1.1.2). Celle-ci s'apprécie en fonction de l'objet du litige soumis au Tribunal fédéral. Ainsi, la question juridique formulée par la recourante doit être en lien avec les motifs qui ont fondé la décision de rejet du Tribunal cantonal (ATF 146 II 276 consid. 1.2.1). Pour que celle-ci soit admise, il ne suffit pas qu'elle n'ait encore jamais été tranchée par le Tribunal fédéral. Il faut de surcroît qu'il soit nécessaire, pour résoudre le cas d'espèce, de trancher une question juridique qui donne lieu à une incertitude caractérisée, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral, en tant qu'autorité judiciaire suprême chargée de dégager une interprétation uniforme du droit fédéral (cf. ATF 146 II 276 consid. 1.2.1; 145 I 239 consid. 4.3; 143 II 425 consid. 1.2; 141 II 113 consid. 1.4.1). 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. Si le recourant ne démontre pas l'existence d'une question juridique de principe (cf. art. 42 al. 2 LTF), celle-ci ne sera pas admise, à moins de paraître évidente (cf. ATF 146 II 276 consid. 1.2.1; ATF 145 I 239 consid. 4.3; ATF 141 II 113 consid. 1.4.1). S'agissant spécifiquement de l' art. 83 let . f ch. 2 LTF, il faut en outre que la question juridique en cause présente un lien avec le domaine des marchés publics (ATF 141 II 113 consid. 1.4.1; arrêt 2C_951/2019 du 16 juillet 2020 consid. 1.3.2).

E. 1.1.4

La question soulevée par la recourante concerne la certification ISO requise pour le canal GTUM. Elle se demande si le pouvoir adjudicateur peut se contenter d'une norme ISO en vigueur un mois avant l'établissement des d'offres mais qui a déjà été révisée, ou s'il aurait dû exiger une certification en lien avec la norme ISO révisée, qui correspond à l'état le plus récent de la technique et qui devrait être en vigueur lors de l'exécution du contrat.

La recourante soutient que cette question n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral et que sa réponse se révèle d'une haute importance pratique, d'autant plus lorsque le domaine concerné est celui de la santé. Selon elle, autoriser l'utilisation de pièces dont la certification ne correspond plus à l'état actuel de la technique peut se révéler hautement préjudiciable pour la santé des patients, surtout lorsqu'une nouvelle version de la norme sera en vigueur en droit suisse lorsque les travaux seront réalisés.

L'intimée conteste pour sa part que les points soulevés par la recourante puissent appeler une décision de principe. Elle relève notamment que la portée de la question avancée par la recourante est limitée à l'appel d'offres litigieux et ne dépasse pas l'intérêt de la présente cause. L'autorité intimée ne se détermine pas sur ce point.

E. 1.1.5

En l'espèce, le Tribunal cantonal a considéré que l'adéquation requise dans l'appel d'offres des canaux GTUM à la norme ISO 11197 était un critère d'aptitude, mais que le fait que l'adjudicataire ne se fonde pas sur la version 2019 de cette norme mais sur celle de 2009 ne justifiait pas son exclusion. La question soulevée est donc déterminante pour l'issue du litige. De plus, savoir quelle norme technique est pertinente lorsque celle-ci vient d'être modifiée n'a jamais été tranché par le Tribunal fédéral. Cette question a indéniablement une

portée générale en droit des marchés publics. En effet, dans une situation telle que celle en cause, le droit matériel laisse en principe une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur (cf. infra consid. 4.2). Dès lors, on ne peut exclure l'émergence d'interprétations ou de pratiques divergentes émanant des autorités fédérales ou cantonales compétentes, ce qui aurait pour corollaire de placer les soumissionnaires dans des situations particulièrement confuses. Or, ceci irait à l'encontre du principe de transparence (Etienne poltier, Droit des marchés publics, 2014, nos 259 ss et 263 p. 161 s.) et de l'objectif poursuivi par la révision du 21 juin 2019 de la LMP (cf. Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695, 1709) et la révision du 15 novembre 2019 de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP; ch. 2.1.5 du message), qui visent toutes deux à permettre aux soumissionnaires "de voir clair dans le droit des marchés publics". Il paraît donc essentiel que le Tribunal fédéral puisse, à l'aune d'un cas concret, préciser le cadre dans lequel doivent s'insérer les démarches de l'adjudicateur visant à déterminer la norme technique à prendre en compte en l'absence de précision dans les documents de l'appel d'offres.

E. 1.1.6

Il s'ensuit que la question soulève un problème juridique de principe au sens de l' art. 83 let . f ch. 2 LTF, de sorte que le recours en matière de droit public est ouvert. Il en résulte que le recours constitutionnel qui a été interjeté en parallèle est irrecevable (art. 113 LTF).

E. 1.2

Pour le surplus, le recours est dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF) rendue en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur (art. 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF). Il a en outre été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes prescrites (art. 42 LTF) par la société arrivée deuxième à la suite de l'appel d'offres et qui, en cas d'admission du recours, pourrait prétendre à l'octroi du marché, de sorte qu'elle a la qualité pour recourir (art. 89 al. 1 LTF). Il est par conséquent recevable.

E. 2.1

Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Conformément à l' art. 106 al. 2 LTF , il ne connaît toutefois de la violation des droits fondamentaux, ainsi que de celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal, que si ce grief a été invoqué et motivé par la partie recourante, c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée (cf. ATF 142 III 364 consid. 2.4; 141 I 36 consid. 1.3).

Il en découle que le Tribunal fédéral examine en principe librement l'application des dispositions de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP; RSV 726.1-1), pour autant que le grief tiré d'une violation de cet accord ait été formulé conformément à l' art. 106 al. 2 LTF . S'agissant des normes de procédures cantonales, le Tribunal fédéral ne les examine que lorsqu'une violation du droit fédéral est alléguée, notamment celle de droits fondamentaux. Le Tribunal fédéral n'examine toutefois le moyen tiré de la violation de droits fondamentaux et du droit cantonal que si ce grief a été invoqué et motivé de manière précise par le recourant (art. 106 al. 2 LTF).

E. 2.2

Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits constatés par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sous réserve des cas prévus à l' art. 105 al. 2 LTF . Selon l' art. 97 al. 1 LTF , le recours ne peut critiquer les constatations de fait que si les

faits ont été établis de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (ATF 142 II 355 consid. 6; 139 II 373 consid. 1.6). Conformément à l' art. 106 al. 2 LTF , la partie recourante doit expliquer de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées. A défaut, il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui qui est contenu dans l'acte attaqué (ATF 137 II 353 consid. 5.1).

En l'espèce, en tant que la recourante allègue des faits qui ne résultent pas de l'arrêt attaqué sans démontrer l'arbitraire ou le caractère manifestement inexact des constatations de l'autorité précédente, les éléments qu'elle avance ne peuvent pas être pris en considération (art. 105 al. 1 LTF). Il en va notamment ainsi des allégations selon lesquelles les canaux GTUM qu'elle propose, contrairement à ceux offerts par la société intimée, ont un système "d'appel infirmière" infaillible.

E. 3.1

Le marché public en cause vise l'installation électrique et la pose de canaux GTUM. Il est soumis à l'AIMP du 25 novembre 1994, encore en vigueur dans le canton du Valais. Il sied en effet de préciser que cet accord a été modifié le 15 novembre 2019 mais que ces modifications ne sont pas encore entrées en vigueur dans le canton du Valais.

Selon l'art. 1 al. 3 let. a et b AIMP, l'accord intercantonal poursuit notamment l'objectif d'assurer une concurrence efficace et l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires. A teneur de l'art. 11 AIMP, lors de la passation de marchés, l'adjudicateur doit veiller à respecter le principe de non-discrimination et d'égalité de traitement entre chaque soumissionnaire (let. a) et doit respecter une concurrence efficace (let. e). L'accord intercantonal prévoit également que les règles d'exécution cantonales doivent garantir, d'une part, une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables (art. 13 let . d AIMP) et, d'autre part, des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 13 let . f AIMP).

En ce qui concerne le droit cantonal, le marché en cause est soumis à l'Ordonnance sur les marchés publics du canton du Valais du 11 juin 2003 (OMP-VS; RSV 726.100). L'art. 23 al. 1 let. a de l'OMP-VS prévoit notamment qu'un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication en particulier lorsqu'au moment du dépôt de son offre ou au moment de l'adjudication, il ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigés.

E. 3.2

En présence d'un marché public portant sur des dispositifs destinés à un usage médical tels que les canaux GTUM, l'adjudicateur doit également veiller à ce que ces derniers respectent les exigences découlant de la loi du 15 décembre 2000 sur les produits thérapeutiques (LPTh; RS 812.21).

Au terme de l' art. 45 al. 1 LPTh , nul dispositif médical utilisé conformément à l'usage auquel il est destiné ne doit mettre en danger la santé de l'utilisateur, du consommateur, du patient ou de tiers. Ainsi, les dispositifs médicaux doivent satisfaire à des "exigences essentielles" pour pouvoir être mis sur le marché (art. 45 al. 2 LPTh). Lorsque ces exigences sont concrétisées par des normes techniques, elles sont présumées respectées si le dispositif médical est conforme auxdites normes (art. 4 al. 2 de l'ordonnance du 17 octobre 2001 sur les dispositifs médicaux; ODim; RS 812.213; dans sa version en vigueur jusqu'au

25 mai 2021). L' art. 4 al. 3 ODim précise en outre que l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic) publie dans la Feuille fédérale les titres des normes techniques propres à concrétiser les exigences essentielles.

Eu égard au contenu des normes techniques auxquelles les dispositifs médicaux doivent satisfaire, l' art. 4 al. 1 let. a ODim renvoie à la Directive 93/42/CEE du Conseil du 14 juin 1993 relative aux dispositifs médicaux (Directive 93/42/CEE; JO L 2169 du 12 juillet 1993, p. 1 à 43). Cette directive lie la Suisse en vertu du Chapitre 4 de l'Annexe I de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne relatif à la reconnaissance mutuelle des produits (ARM; RS 0.946.526.81), qui énumère les normes techniques posant une présomption de conformité. Selon l'art. 5 par. 1 de la directive 93/42/CEE, les dispositifs médicaux qui satisfont aux normes nationales adoptées conformément aux normes européennes dont les numéros de référence ont été publiés au Journal officiel des Communautés européennes (désormais: Journal officiel de l'UE) sont présumés conformes aux exigences essentielles.

En date du 12 décembre 2017, Swissmedic a fait paraître dans la Feuille fédérale (FF 2017 7408) les exigences essentielles auxquelles doivent satisfaire des dispositifs médicaux tels que des canaux GTUM. Il en ressort que lesdits dispositifs doivent satisfaire aux normes techniques figurant sur le site internet de l'Association suisse de normalisation (ASN). Selon ce site internet, c'est la version 2009 de la norme ISO 11197 qui s'applique. De même, dans sa décision d'exécution (UE) 2020/437 du 24 mars 2020 concernant les normes harmonisées relatives aux dispositifs médicaux élaborées à l'appui de la directive 93/42/CEE, publiée au Journal officiel de l'UE (JO L 90 I du 25 mars 2020, p. 1 à 28), la Commission européenne mentionne la version 2009 de la norme ISO 11197.

Il convient également de relever qu'en date du 26 mai 2017, le Règlement (UE) 2017/745 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2017 relatif aux dispositifs médicaux (JO L 117 du 5 mai 2017, p. 1 à 175) est entré en vigueur. Ce règlement, applicable à compter du 26 mai 2021, a abrogé la directive 93/42/CEE. Toutefois, dans la mesure où le Chapitre 4 de l'Annexe I de l'ARM n'a pas été adapté pour intégrer ce nouveau règlement, la directive 93/42/CEE reste applicable à ce jour en Suisse.

E. 4

Dans un premier moyen, la recourante prétend que l'arrêt attaqué ne respecterait pas les principes de la légalité (art. 5 Cst.) et de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.), et qu'il emporterait une violation de l' art. 45 LPTh .

Elle estime que le Tribunal cantonal aurait dû exclure la société intimée de la procédure d'appel d'offres au motif qu'elle ne possédait pas de certification selon la norme ISO 11197 la plus récente, alors qu'il s'agissait d'un critère d'aptitude. Selon elle, un produit certifié au moyen d'une version antérieure de cette norme ne refléterait pas l'état actuel de la technique et mettrait en danger de manière évidente la santé des patients. De plus, le fait que la nouvelle version de la norme ISO 11197 n'ait pas encore été formalisée dans le droit suisse et de l'UE, ou encore que l'appel d'offres en cause ne la mentionne pas explicitement, ne serait pas déterminant.

E. 4.1

Le principe de la légalité consacré à l' art. 5 al. 1 Cst. exige de façon générale que l'ensemble de l'activité étatique se fonde sur la loi et repose ainsi sur une base légale.

L'exigence de la base légale signifie que les actes étatiques doivent trouver leur fondement dans une loi au sens formel, qui soit suffisamment précise et déterminée et qui émane de l'autorité constitutionnellement compétente (cf. arrêts 2C_134/2018 du 24 septembre 2018 consid. 4.1; 2C_649/2010 du 5 avril 2011 consid. 3.2). Hormis en matière pénale et dans le domaine fiscal, le principe de la légalité ne constitue pas un droit constitutionnel distinct, mais uniquement un principe constitutionnel. Le recours en matière de droit public permet toutefois de se plaindre directement et indépendamment d'un droit fondamental de la violation de ce principe (cf. ATF 134 I 153 consid. 4; arrêt 2C_946/2020 du 18 février 2021 consid. 2.1).

Par ailleurs, une décision est arbitraire (art. 9 Cst.) lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou qu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une solution autre que celle de l'autorité cantonale semble concevable, voire préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable; il faut encore que cette décision soit arbitraire dans son résultat (ATF 144 I 318 consid. 5.4; 141 III 564 consid. 4.1; 140 I 201 consid. 6.1).

E. 4.2

En matière de marché public, le droit matériel laisse en principe une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, en particulier dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres (ATF 141 II 353 consid. 3). Si elle substitue son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, l'autorité judiciaire juge en opportunité, ce qui est interdit notamment par l'art. 16 al. 2 AIMP (ATF 141 II 353 consid. 3; cf. ATF 141 II 14 consid. 2.3) et par l'art. 78 al. 1 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA; RSV 172.6), applicable par renvoi de l'art. 15 al. 1 de la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics (LcAIMP; RSV 726.1). L'autorité judiciaire ne peut intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur (ATF 141 II 353 consid. 3; cf. arrêt 2D_52/2011 du 10 février 2012 consid. 3.2). En revanche, l'autorité judiciaire n'a pas à faire preuve de la même retenue lors du contrôle du respect des règles de procédure en matière de marchés publics (ATF 141 II 353 consid. 3; arrêt 2C_58/2018 du 29 juin 2018 consid. 5.2).

E. 4.3

En l'espèce, il ressort de l'arrêt attaqué que le Tribunal cantonal a retenu que l'adéquation des canaux GTUM à la norme ISO 11197 constituait un critère d'aptitude dès lors qu'il s'agissait d'une qualification technique essentielle à l'exécution du contrat.

E. 4.3.1

Selon la jurisprudence, les critères d'aptitude sont des exigences qui subordonnent l'accès à la procédure. Ces critères servent à s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché (cf. ATF 145 II 249 consid. 3.3; 141 II 353 consid. 7.1). Les entreprises soumissionnaires qui ne les remplissent pas voient leur offre exclue d'emblée (ATF 145 II 249 consid. 3.3; 141 II 353 consid. 7.1). Cette conclusion s'impose toutefois uniquement lorsque le vice n'est pas anodin; le motif d'exclusion doit revêtir une certaine gravité, (ATF 145 II 249 consid. 3.3; 143 I 177 consid. 2.3.1).

E. 4.3.2

Dans son écriture, la recourante ne conteste pas que la certification ISO 11197 ait été qualifiée de critère d'aptitude par le Tribunal cantonal (recours, p. 11). Ni l'intimée ni l'autorité intimée ne remettent en cause cette appréciation juridique, qui ne dénote du reste aucune violation manifeste du droit. Reste à déterminer si c'est à juste titre que ce critère a été considéré comme rempli par l'autorité adjudicatrice.

E. 4.3.3

En l'espèce, l'annexe 2.7 du cahier des charges du marché litigieux exige notamment que les canaux GTUM soient certifiés selon la norme ISO 11197 et précise que les installations électriques doivent être réalisées conformément aux règles reconnues de la construction et aux normes, règlements, directives en vigueur un mois avant l'établissement des offres. Dans ce contexte, la Suisse est tenue, conformément à l'ARM, de respecter la Décision d'exécution (UE) 2020/437 concernant les normes harmonisées relatives aux dispositifs médicaux, qui mentionne explicitement la version 2009 de la norme ISO 11197. Dès lors, le Tribunal cantonal a correctement raisonné en concluant que, dans la mesure où la version 2009 de la norme ISO 11197 était la seule reconnue par la législation pertinente un mois avant l'établissement des offres, l'autorité adjudicatrice était habilitée, conformément au cahier des charges de l'appel d'offres, à retenir que la société intimée remplissait ce critère d'aptitude. On ne distingue à cet égard aucune violation des dispositions pertinentes de l'ODim, de la LPT et de l'ARM.

E. 4.3.4

Par ailleurs, les normes techniques sont en constante évolution. Ce constat ne saurait occulter le fait que, comme cela vient d'être rappelé, le contenu de l'appel d'offres renvoie clairement à la version 2009 de la norme ISO 11197. Il n'est ainsi pas possible d'exclure de la procédure un soumissionnaire qui répond aux exigences de la version 2009 de ladite norme au motif qu'il n'aurait pas anticipé ou tenu compte de modifications non encore en vigueur de cette norme, et ce même si lesdites modifications offrent un meilleur niveau de sécurité. On comprend du reste mal en quoi le principe de la légalité pourrait être violé par un pouvoir adjudicateur qui, en conformité avec les dispositions nationales et internationales applicables, n'exige pas d'un soumissionnaire qu'il respecte des normes techniques non encore en vigueur.

E. 4.3.5

En outre, les allégations de la recourante selon lesquelles la nouvelle version de la norme ISO 11197 entrera prochainement en vigueur en Suisse ne sont pas non plus étayées. A cet égard, la version 2009 de la norme ISO 11197 a déjà fait l'objet de deux révisions publiées respectivement en 2016 et en 2019 par l'Organisation internationale de normalisation, dont aucune n'a cependant été reprise en droit positif suisse ou de l'UE, et rien ne laisse supposer que cela sera le cas dans un avenir très proche.

E. 4.4

Compte tenu de ce qui précède, les juges précédents n'ont pas violé le principe de la légalité ni versé dans l'arbitraire en considérant que l'autorité adjudicatrice était fondée à retenir que la société intimée remplissait le critère d'aptitude nécessaire à l'exécution du contrat du fait qu'elle était au bénéfice d'une certification ISO 11197 datant de 2009. Partant, ce grief est mal fondé.

E. 5

Dans un second moyen, la recourante prétend que l'arrêt attaqué ne respecterait pas les principes de l'égalité de traitement et de non-discrimination des soumissionnaires, prévus aux art. 11 let. a AIMP et 8 Cst.

Elle soutient qu'en estimant que tant ses canaux GTUM que ceux de la société intimée "remplissaient de façon équivalente les exigences de la norme EN ISO 11197 et, par extension, celles ressortant du dossier d'appel d'offres", le Tribunal cantonal a traité de manière semblable deux offres basées sur des versions différentes de la norme ISO 11197. Elle estime aussi qu'elle n'aurait pas dû obtenir la même note que la société intimée sur les deux autres critères d'adjudication.

E. 5.1

Une décision viole le principe de l'égalité consacré à l' art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente (ATF 142 V 316 consid. 6.1.1; 141 I 153 consid. 5.1 et la jurisprudence citée). Les situations comparées ne doivent pas nécessairement être identiques en tous points, mais leur similitude doit être établie en ce qui concerne les éléments de fait pertinents pour la décision à prendre (ATF 130 I 65 consid. 3.6).

E. 5.2

En l'espèce, la recourante soutient que son offre, certifiée selon la norme ISO 11197 de 2019, différerait substantiellement de celle de la société intimée de sorte que sa notation aurait dû être plus élevée et ce pour plusieurs critères.

Cette critique suppose de se demander si, en présence de normes techniques qui évoluent et, dans le domaine médical en particulier, qui répondent mieux aux exigences de sécurité, l'adjudicateur devrait favoriser ou mieux noter les entreprises qui anticipent et prévoient déjà une compatibilité de leurs produits avec les exigences techniques futures et, s'il ne le fait pas, viole l' art. 8 Cst.

E. 5.3

Sur ce point, rappelons d'emblée que le large pouvoir d'appréciation dont dispose l'entité adjudicatrice s'exerce notamment dans la phase de la comparaison des offres (cf. ATF 141 II 353 consid. 3). En présence d'un critère d'aptitude, qui ne se pondère ni ne se compense, l'adjudicateur doit déterminer si ce dernier est réalisé ou non, en traitant les soumissionnaires de manière égale et en respectant les principes à la base des marchés publics (cf. art. 1 al. 3 AIMP; cf. ATF 141 II 353 consid. 7.3). Si l'intérêt public à recevoir des offres reflétant l'état actuel de la technique est évident, il doit cependant être mis en balance avec l'intérêt des sociétés soumissionnaires à bénéficier de critères d'aptitude et d'adjudication clairs au moment de l'établissement de leurs offres (cf. supra consid. 1.1.5), ce afin d'anticiper tous risques que ces dernières ne soient exclues (cf. art. 23 a. 1 let. a OMP-VS).

E. 5.4

Dans le marché litigieux, il a été établi que la certification à la norme ISO 11197 constituait un critère d'aptitude et que le cahier des charges était clair sur le fait que les offres devaient respecter la version 2009 de ladite norme (cf. supra consid. 4.3.3). Ainsi, s'il n'est pas

contesté que l'offre de la recourante satisfait aux standards de la norme ISO 11197 dans sa version 2019, cet élément ne saurait être déterminant, car cette version de ladite norme n'est pas celle publiée en droit positif suisse et de l'UE et n'était donc pas visée par le cahier des charges. Dès lors, si l'adjudicateur souhaitait néanmoins favoriser des soumissionnaires proposant des produits certifiés selon une norme ISO publiée par l'Organisation internationale de normalisation au cours de la procédure d'appel d'offres, il lui incombait de le communiquer avec toute la diligence requise, dans le respect du principe de la bonne foi et de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Ne l'ayant pas fait, il ne pouvait favoriser la recourante, sous peine de violer le principe de l'égalité de traitement, à l'inverse de ce que celle-ci prétend.

E. 6

Dans un dernier moyen, la recourante estime que le Tribunal cantonal a versé dans l'arbitraire en se fondant uniquement sur la version de la norme ISO 11197 actuellement consacrée en droit positif suisse, alors qu'au moment où les travaux seront effectués, la version 2019 sera en vigueur.

Comme déjà mentionné (cf. supra consid. 4.1), une décision est arbitraire (art. 9 Cst.) lorsqu'elle contredit clairement la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou qu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. En l'espèce, la Cour de céans (cf. supra consid. 4.3.3) a confirmé que la certification à la norme ISO 11197 de 2009 était un critère d'aptitude figurant explicitement dans le cahier des charges du marché litigieux. Dès lors, et compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont jouit l'adjudicateur (cf. supra consid. 4.2), on ne discerne pas en quoi l'appréciation effectuée par l'autorité précédente serait insoutenable. En effet, outre que pour motiver son grief, la recourante se fonde uniquement sur l'allégation que la version 2019 de la norme ISO 11197 sera en vigueur lors des travaux, ce qu'elle n'est pas en mesure de prouver, elle perd de vue que se fonder sur les normes techniques en vigueur un mois avant l'établissement des offres, comme l'exige l'appel d'offres, ne saurait être arbitraire. Partant, ce grief est également mal fondé.

E. 7

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours en matière de droit public.

E. 8

Succombant, la recourante doit supporter les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF) et verser une indemnité de dépens à l'adjudicataire qui, représentée par un avocat, a pris des conclusions en rejet du recours (art. 68 al. 1 et 2 LTF). L'Hôpital du Valais, qui obtient gain de cause dans l'exercice de ses attributions officielles, n'a pas droit à des dépens (art. 68 al. 3 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.