

VS_GERICHTE A1 11 230 vom 23. Februar 2012

VS Kantonsgericht, 2012-02-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 11 230](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_11_230)

FR: VS_GERICHTE A1 11 230 du 23 février 2012

IT: VS_GERICHTE A1 11 230 del 23 febbraio 2012

Regeste

A1 11 230 ARRÊT DU 23 FÉVRIER 2012 Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public Composition : MM. les juges Jean-Pierre Zufferey, président, Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, assistés du greffier Ferdinand Vanay statuant sur le recours de droit administratif formé le 28 octobre 2011 par la société simple X_____, représentée par Me A_____ contre la décision de la commune de Y_____, représentée par Me B_____, du 17 octobre 2011, notifiée le 19 octobre 2011, attribuant le mandat d'ingénierie civile et de géotechnique à Z_____.

Erwägungen

E. 1

a) La décision attaquée est une décision, au sens de l'art. 5 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RS/VS 172.6), qui peut être contestée césans dans un délai de dix jours dès sa notification (art. 15 et 16 de la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics – LcMP ; RS/VS 726.1 ; art. 15 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 – AIMP). Déposé le

- 5 - 28 octobre 2011 contre la décision d'adjudication communiquée le 19 octobre précédent, le recours intervient dans le délai légal. b) La législation spéciale sur les marchés publics ne prévoit aucune règle quant à la qualité pour recourir contre une décision d'adjudication, de sorte qu'il convient de faire application des règles de la LPJA en la matière (cf. ATF 131 I 153 consid. 5.1 p. 159 ; P. Galli/A. Moser/E. Lang/E. Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, vol. I, n° 850 p. 399). Selon l'art. 44 al. 1 let. a LPJA, applicable à la procédure de recours de droit administratif par renvoi de l'art. 80 al. 1 let. a LPJA, a qualité pour recourir notamment celui qui est atteint par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Dans les affaires de marchés publics, l'intérêt digne de protection du recourant dépend en principe de ses chances d'obtenir l'adjudication, en cas d'admission des griefs qu'il formule. Un soumissionnaire dispose d'un tel intérêt en particulier s'il est en bonne place au classement des offres selon la grille d'évaluation (cf. p. ex. ACDP A1 2011 71 du 13 janvier 2012 consid. 2a, A1 2010 6 du 30 avril 2010 consid. 2.2 et les références). Ce critère n'a cependant plus d'influence sur la qualité pour recourir dès l'instant où est soulevé un vice de procédure (cf. J.-B. Zufferey/C. Maillard/N. Michel, Droit des marchés publics, p. 134). c) Il est ici incontesté que X_____, soumissionnaire à qui le marché en cause n'a pas été attribué, est atteint par la décision de la commune adjugeant le mandat à son concurrent Z_____. La démarche de la recourante césans est en outre sous-tendue par un intérêt digne de protection puisqu'elle soulève en particulier une violation du principe de transparence, grief de nature formelle qui, s'il était admis, conduirait à l'annulation de la décision

d'adjudication et justifierait la reprise ab initio du processus de passation. Partant, la qualité pour agir de X_____, qui arrive en deuxième position dans la grille d'évaluation, est admise. d) Sous réserve des développements sous considérant 2b ci-après, le recours est pour le reste recevable (80 al. 1 let. c et 48 LPJA). Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs de la recourante (cf. ACDP A1 2008 140 du 9 janvier 2009 consid. 1c, A1 2008 125 du 4 septembre 2008 consid. 1b). Il ne contrôle que la légalité de la décision attaquée, non son opportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP ; art 16 LcMP).

E. 2

a) Aux termes de l'art. 15 al. 1bis let. a AIMP, l'appel d'offres est une décision sujette à recours. Le candidat qui entend soulever des griefs relatifs au contenu de l'appel d'offres doit le faire dans les dix jours, sous peine de déchéance (cf. art. 15 et 16 al. 2 LcMP, dispositions que signalaient les documents d'appel d'offres transmis le 15 juillet 2011 aux groupements sélectionnés, sous point « 3.3 Voies de droit »). Il n'est ainsi plus possible de se plaindre, dans le cadre d'un recours déposé contre une décision d'adjudication, d'informalités touchant l'appel d'offres dûment publié ou communiqué, à peine d'adopter un comportement contraire au principe de la bonne foi et de voir ces griefs taxés d'irrecevables (ATF 125 I 203 consid. 3a p. 205 ss ; ACDP A1 2011 127 du 25 novembre 2011 consid. 3.1 et les références, destiné à publication in RVJ 2012 ; RVJ 2008 p. 49, consid. 3 ; BR/DC 2/2011 S24 et S25 p. 117 ss). La forclusion tirée de ce principe ne doit toutefois être opposée à une partie que pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées ou, à tout le moins, qu'elle aurait dû constater en faisant

- 6 - preuve de l'attention commandée par les circonstances ; il convient de ne pas se montrer excessivement restrictif à cet égard et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes (ATF 130 I 241 consid. 4.3 p. 246 s. ; F. Bellanger, Les jurisprudences récentes en droit des marchés publics, in *Marchés publics* 2010, n° 24 p. 412 et les références). b) X_____ critique céans les critères d'adjudication figurant dans le document d'appel d'offres. Elle conteste l'insertion d'un sous-critère de pertinence relatif au montant de l'offre. Ce sous-critère figure expressément dans le tableau représenté sous point 8.2 de l'appel d'offres listant les critères d'adjudication et leur pondération (v. aussi supra let. A). La manière dont il est prévu de coter le prix constitue un élément capital de l'appel d'offres. On pouvait donc attendre de la recourante qu'elle examine ce point avec une attention soutenue à réception du document d'appel d'offres du xxxxx 2011 et qu'elle fasse part à l'autorité adjudicatrice de ses critiques éventuelles quant à l'introduction du sous-critère précité dans un délai de dix jours. Ayant renoncé à procéder de la sorte, X_____ n'est plus recevable à soulever ce grief céans, comme elle l'a fait le xxxxx 2011, de sorte que celui-ci doit être déclaré irrecevable. La recourante soutient encore que les sous-critères « phasage des travaux » et « infrastructure du chantier » sont similaires et que leur prise en compte a faussé le résultat de l'adjudication. Ces sous-critères sont eux aussi mentionnés sous point 8.2 de l'appel d'offres du xxxxx 2011. Le grief que X_____ formule céans n'est donc pas recevable, pour les mêmes motifs que ceux qui viennent d'être évoqués. Ces critiques sont au demeurant injustifiées. Il n'est en effet pas rare que le critère du prix de l'offre soit évalué non seulement en fonction du montant des honoraires, mais aussi selon leur adéquation au mandat ou aux travaux à adjuger. Cette manière de faire permet d'objectiver les montants proposés ; elle est tout à fait admissible du moment qu'elle ne vide pas de sa substance la notion d'offre économiquement la plus avantageuse en gommant

les différences de prix entre les offres proposées (cf. à ce sujet ATF 130 I 241 consid. 6.3 p. 253 ; ACDP A1 2011 29 du 10 juin 2011 consid. 7e/aa ; P. Galli/A. Moser/E. Lang/E. Clerc, op. cit., nos 573 ss, p. 248 ss). Quant aux sous-critères « phasage des travaux » et « infrastructure du chantier », ils ne sont pas semblables. Le premier analyse les étapes de la réalisation du projet et leurs incidences sur la circulation au niveau de la RC

C _____, ainsi que sur les travaux de structure du parking ; le second porte sur l'installation du chantier, son accès et la gestion du trafic professionnel qui y est lié. c) X _____ invoque aussi une violation du principe de transparence, reprochant à la commune adjudicatrice d'avoir évalué les offres sur la base de « sous-sous-critères » qui ne figuraient pas dans les documents d'appel d'offres et qui étaient étrangers au critère principal ou le dénaturaient. La commune de Y _____ taxe ce grief de tardif, car le document d'appel d'offres précisait expressément que les critères d'adjudication pouvaient être divisés en différents éléments d'appréciation. Ceux-ci étaient en outre tous mentionnés au point 7.32 du document d'appel d'offres. Admettre la tardiveté de ce grief supposerait de considérer que l'on pouvait attendre de la recourante qu'elle le formule déjà au stade d'un recours visant l'appel d'offres. Or, cela apparaît moins évident que pour les griefs précédemment examinés (cf. supra

- 7 - consid. 2b), en particulier parce que l'utilisation effective des éléments d'appréciation comme base de notation ressort moins de l'appel d'offres proprement dit que de la grille d'évaluation du xxxxx 2011. La Cour peut cependant laisser indécise la question de la recevabilité de ce grief qui, quoi qu'il en soit, doit être rejeté (cf. infra consid. 3).

E. 3

: Analyse de l'avant-projet - analyse de la situation - analyse de l'avant-projet existant présenté d'un point de vue structurel en plan et en façades - déterminer les points sensibles du projet - proposer des pistes de réflexion aux points jugés sensibles

- 8 - En outre, au point 8.2, l'adjudicateur indiquait se réserver le droit de fixer autant d'éléments d'appréciation qu'il était nécessaire pour départager les candidats. c) Contrairement à ce qu'affirme X _____, il ne s'agit pas de nouveaux critères d'évaluation, mais d'éléments ayant servi à préciser les trois sous-critères sus-mentionnés, auxquels ils se rapportent directement. Le principe de transparence ne commandait pas à la commune adjudicatrice de communiquer par avance ces éléments d'appréciation qui, relativement à chaque sous-critère, ont été pondérés de manière égale. La recourante se trompe lorsqu'elle affirme que l'élément « analyse de la situation » n'a rien à voir avec l'analyse de l'avant-projet. On peut en effet admettre qu'un examen des mérites de l'avant-projet commence par une analyse générale de la situation actuelle et des buts à atteindre. X _____ estime aussi que l'élément « analyse de l'avant-projet existant présenté d'un point de vue structurel en plan et en façades » fait partie de l'appréciation globale de l'avant-projet et ne peut être dilué au travers de « sous-sous-critères » secondaires. Cet avis ne démontre toutefois pas que cet élément serait étranger au sous-critère auquel il se rapporte ou qu'il le dénaturerait. Enfin, la recourante critique l'absence d'évaluation d'éléments qu'elle juge importants, tels que la sécurité à la sortie du parking, sur la RC C _____, ou le fonctionnement des services communaux durant les travaux. On ne saurait cependant considérer ces critères comme absolument essentiels à l'évaluation des offres. A cet égard, il faut d'abord souligner que, lorsqu'il élabore l'appel d'offres en vue de déterminer celle qui sera économiquement la plus avantageuse, l'adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant aux choix des éléments qu'il

estime importants et qu'il entend soumettre à évaluation, le juge ne devant sanctionner que l'abus ou l'excès de ce pouvoir (cf. ATF 125 II 86 consid. 7c p. 101 ; RVJ 2000 p. 47, consid. 4c). Ensuite, il faut retenir que les éléments que mentionne la recourante ne sont pas inhérents aux critères et sous-critères annoncés sous chiffre 8.2. En d'autres termes, les soumissionnaires ne pouvaient pas absolument s'attendre à ce qu'ils soient utilisés comme éléments d'appréciation, d'où suit que leur absence d'évaluation ne heurte pas le principe de transparence.

E. 4

a) La recourante relève encore que son offre prévoit une refonte complète de l'avant-projet, notamment par la réalisation des dalles du parking de manière inclinée, ce qui induit une diminution du volume excavé et se traduit par des économies substantielles qu'elle chiffre à 1,5 millions de fr., tout en augmentant le nombre de places de parc disponibles et en préservant la ligne architecturale voulue par la commune. Puisque l'offre de son concurrent Z_____ ne table pas sur de tels résultats, elle en déduit qu'il ne s'agit pas de l'offre économiquement la plus avantageuse. b) Le groupement adjudicataire voit dans l'offre proposée par X_____ une variante qui s'écarte délibérément de l'avant-projet validé par la commune. Celle-ci confirme, dans sa réponse au recours, qu'elle avait déjà arrêté les bases de son projet en collaboration avec son architecte et un bureau d'ingénieur civil avant d'introduire la procédure d'appel d'offres, laquelle avait pour but de désigner un ingénieur mandataire et non de choisir un nouveau projet. Il est exact que l'un des sous-critères relatifs au critère n° 1 exigeait des candidats qu'ils analysent l'avant-projet, en déterminent les

- 9 - points sensibles et proposent des pistes de réflexion à ce sujet (cf. pt 8.2 et 7.32 du document d'appel d'offres). Le pt 7.5 excluait toutefois les variantes, ce qui signifie que X_____ ne pouvait pas s'attendre à ce que la proposition d'amélioration qu'elle exposait sur le plan n° 2 de son offre puisse être étudiée pour elle-même dans l'évaluation du prix de l'offre. Procéder de la sorte aurait en effet conduit l'adjudicateur à modifier après-coup ce critère du prix, puisque le document d'appel d'offres liait ledit critère aux honoraires fixés pour le mandat d'ingénieur à adjuger en l'espèce (cf. pt. 8.2, 7.2 et 6.2) et non au coût global du projet, dont les bases avaient déjà été précédemment arrêtées après attribution des mandats d'architecte et d'ingénieur civil. Comme le signale la commune, les réflexions de la recourante ont été considérées dans l'évaluation du sous-critère « analyse de l'avant-projet », ce qui est conforme à ce qui avait été annoncé dans le document d'appel d'offres. c) X_____ critique aussi la notation de ce sous-critère, arguant qu'elle aurait dû obtenir la note maximale, compte tenu de la variante qu'elle avait proposée. On peut observer, en examinant le tableau d'évaluation, que la recourante a obtenu la note maximale 5 (très intéressant) pour le seul élément visant l'analyse de l'avant-projet existant d'un point de vue structurel et en façades. En revanche, les trois autres éléments d'appréciation relatifs à ce sous-critère ont été notés à 4 (bon) pour l'identification des points sensibles du projet, respectivement à 3 (suffisant) pour l'analyse de la situation et les pistes de réflexion proposées aux points jugés sensibles. Il a déjà été dit que l'utilisation de ces éléments d'appréciation n'était pas critiquable du point de vue du principe de transparence (cf. supra consid. 3c). X_____ n'avance pas de motifs objectifs susceptibles de mettre en évidence de l'arbitraire dans cette notation. En particulier, les mérites reconnus à l'analyse structurelle de l'avant-projet que la recourante avait faite n'induisaient pas un traitement similaire pour les autres éléments d'appréciation, sauf à

vider ceux-ci de toute substance. Il s'ensuit que ce grief doit être rejeté.

E. 5

communiqué le présent arrêt à Me A_____, pour la recourante, à Z_____, et à Me B_____, pour la commune de Y_____.

Sion, le 23 février 2012

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