

VS_GERICHTE A1 15 122 vom 24. März 2016

VS Kantonsgericht, 2016-03-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 15 122](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_15_122)

FR: VS_GERICHTE A1 15 122 du 24 mars 2016

IT: VS_GERICHTE A1 15 122 del 24 marzo 2016

Regeste

A1 15 122 ARRÊT DU 24 MARS 2016 Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public
Composition : Thomas Brunner, président, Christophe Joris, juge, et Frédéric Fellay,
suppléant en la cause W_____ SA, recourante, représentée par Maître M_____
contre X_____ SA, autorité attaquée, représentée par Maître N_____ et le
consortium formé des sociétés Y_____ SA, et Z_____ SA, représentées par
Maître O_____ (adjudication ; fourniture, montage et mise en service d'un groupe
hydroélectrique

Erwägungen

E. 28

mai 2015 consid. 1.2). 1.2 Régulièrement formé, le recours est au surplus recevable (art. 16 al. 2 Lmp, 80 al. 1 let. b et c, 46 et 48 LPJA). 1.3 Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs invoqués ; il n'examine que ceux motivés conformément aux réquisits légaux et ne contrôle que la légalité de la décision attaquée, non son opportunité (art. 80 al. 1 let. c et 48 al. 2 LPJA, 16 AIMP et 16 Lmp ; ACDP A1 13 30 du 17 avril 2013 cons. 1.3) 2. La recourante critique la désignation, tant dans la décision querellée que dans la publication d'adjudication au Bulletin officiel, de Y_____ SA comme adjudicataire du marché, alors que l'offre retenue émanait d'un consortium. Elle ne prétend cependant pas que cette erreur du pouvoir adjudicateur lui aurait porté préjudice ou affecterait d'une quelconque manière la régularité matérielle du prononcé attaqué. L'adjudication litigieuse n'est donc pas à invalider de ce chef, comme le demande la recourante sans réaliser le caractère excessivement formaliste (art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 - Cst. ; RS 101) et disproportionné (art. 5 al. 2 Cst.) que représentait, dans les circonstances d'espèce, une telle issue. 3.1 Le pouvoir adjudicateur se voit reprocher de ne pas avoir annoncé les sous-critères relatifs au critère publié « aspects techniques » pondéré à 40 % et le poids respectif de ces sous-critères (« partie hydraulique », 15 %, « partie électrique », 15 %, « contrôle -CMD », 5 % et « calcul de production », 5 %). Ce prétendu manquement ne contrevient pas au droit valaisan des marchés publics, qui n'instaure une obligation d'information préalable qu'au regard des critères d'adjudication et de leur pondération (art. 2 al. 1 let. j Lmp ; ACDP A1 13 2 du 21 juin 2013 consid. 2.1). Pour le reste, la recourante ne prétend pas que les sous-critères litigieux seraient exorbitants au critère principal concerné ou d'un poids leur conférant un rôle équivalent à celui d'un critère publié. Dans ces conditions, il ne saurait non plus y avoir violation du principe de transparence (art. 1 al. 3 let. c AIMP). Celui-ci n'impose en effet pas la communication, par avance, de sous-critères ou de catégories qui ne tendent qu'à concrétiser le critère publié et auxquels l'adjudicateur n'accorde pas une importance prépondérante (arrêt du Tribunal fédéral 2D_50/2009 du 25 février 2010 consid. 2.4 et les références ;

- 9 - ACDP A1 15 163 du 8 janvier 2016 consid. 2 ; RVJ 2004 p. 56 consid. 3b.). Le grief est ainsi à rejeter. 3.2 La recourante prétend que les soumissionnaires avaient été requis de transmettre un calcul de production postérieurement au dépôt des offres et en infère que les sous- critères techniques avaient été arrêtés après coup. Cette argumentation tombe à faux du moment que ce calcul était expressément exigé sous chiffre 5.15 du cahier des charges et qu'aux dires non contredits de l'adjudicateur, ce dernier avait simplement invité la recourante de lui en donner le détail de manière à comprendre son calcul. Pour le reste, le fait que X_____ SA n'ait pas d'emblée versé en cause le tableau détaillé de notation ne laisse nullement présager d'une fixation par après des sous- critères, comme le soutient encore W_____ SA. 4.1 Arguant d'une violation des règles en matière de récusation, la recourante dénonce un risque de collusion et prétend que le consortium adjudicataire aurait bénéficié d'un avantage concurrentiel au regard de la sous-traitance d'une partie des travaux à la filiale de la société ayant préparé la soumission et évalué les offres pour le compte de l'adjudicateur. 4.2 Le consortium intimé met en doute la recevabilité du grief, de son point de vue tardif car invoqué pour la première fois dans la réplique. Cette objection amène le Tribunal à rappeler que la partie qui a connaissance d'un motif de récusation doit l'invoquer aussitôt, sous peine d'être déchue du droit de s'en prévaloir ultérieurement (ATF 136 I 207 consid. 3.4). L'idée est d'empêcher qu'une partie ayant connaissance d'un motif de récusation attende l'issue de la procédure et ne l'invoque que si celle-ci lui est défavorable (ATF 139 III 120 consid. 3.2.1 ; F. Aubry Girardin in : Commentaire de la LTF, 2e éd. 2014, n° 11 ad art. 36 ; S. Breitenmoser/M. Spori Fedail in VwVG, 2009, n° 98 ad art. 10 ; cf. ég. T. Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2011, n° 1521 p. 507). En l'espèce, une telle attitude ne peut pas être reprochée à la recourante. Personne ne soutient, en effet, que cette dernière aurait appris la sous- traitance litigieuse antérieurement à la décision d'adjudication ou qu'elle aurait pu en avoir connaissance en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. Il suit de là que le moyen de violation de règles en matière de récusation ne pouvait pas être soulevé dans la procédure d'adjudication, mais uniquement en instance de recours. Qu'il ait dès lors été articulé au stade de la réplique ne change rien au fil des événements. Pour le reste, les articles 80 alinéa 1 lettre d, 56 et 23 alinéa 2 LPJA astreignent le Tribunal à prendre en considération les allégations importantes qu'une partie a avancées en temps utile et les allégations tardives qui paraissent décisives.

- 10 - Or, les allégations relatives à une prétendue violation des normes de récusation revêtent précisément un caractère décisif (RVJ 1990 p. 62 consid. 2b). Dans ces conditions, le point de savoir si, comme le prétend l'adjudicateur dans ses ultimes remarques, P_____ et V_____ ont informé la recourante de la sous-traitance lors de la séance 17 juin 2015, peut demeurer indécis. L'on ne saurait de toute manière donner plus de crédit à cette version des faits, qui table sur une assertion non étayée, qu'aux explications avancées le 20 janvier 2016 par la recourante, qui évoque un malaise ressenti lors de cette discussion, déclare s'être concentrée, dans les cinq jours qui lui restaient pour former recours, sur les faits du dossier plutôt que sur des impressions non fondées à ce moment-là et qui assure n'avoir eu la confirmation d'un risque de collusion qu'ultérieurement. 4.3.1 La recourante prétend que l'adjudicataire a pu obtenir des informations préalables au sujet de l'interprétation souhaitée par H_____ SA de certains articles de la soumission, de sorte que son offre aurait dû être exclue. Elle n'explique cependant pas sur quels aspects concrets l'adjudicataire aurait bénéficié d'un avantage concurrentiel pas plus qu'elle ne propose de moyens de preuve à cette fin. L'intéressée ne reproche pas davantage au consortium intimé d'avoir manqué, dans le contexte de cette problématique, à son obligation de collaborer à

l'établissement des faits pertinents. Dans ces conditions, le moyen tiré d'une préimplication ne saurait être accueilli. Selon la doctrine et la jurisprudence, il n'y a, en effet, pas lieu d'exclure le soumissionnaire préimpliqué tant et aussi longtemps que la preuve de l'existence d'un avantage concurrentiel résultant de sa participation à la configuration du marché n'est pas rapportée (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 du 25 janvier 2005 consid. 5.7.3 et les références ; arrêt du Tribunal cantonal vaudois MPU.2014.0003 du 4 août 2014 consid. 3a ; M. Beyeler, *Ziele und Instrumente des Vergaberechts*, 2008, p. 77 ; J. Dubey, *La pratique judiciaire depuis 2006 in : Marchés publics 2008*, n° 18 p. 384). 4.3.2 Au demeurant, les éventuelles connaissances du marché que peut avoir un sous-traitant n'ont pas à être de soi imputées au soumissionnaire. Cette imputation nécessite que préexiste, entre les entreprises concernées, une relation caractérisée se traduisant, par exemple, par un lien de dépendance ou par une collaboration particulièrement intensive (C. Jäger, *Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht*, 2009, p. 163. s). Le consortium intimé a, ici, été spécialement interpellé sur ces aspects lors de l'instruction du recours. Or, il ne ressort pas des explications circonstanciées qu'il a fournies, le 20 janvier 2016, que l'on se trouverait dans une situation où il se justifierait d'imputer à l'adjudicataire les éventuelles connaissances du

- 11 - sous-traitant. Dans son écriture du 12 février 2016, la recourante s'est d'ailleurs bornée à invoquer une confusion des sphères de la société-mère et de la filiale. Or, cette seule circonstance ne permet toutefois pas de retenir que, dans le cadre des échanges commerciaux intervenus entre le consortium et R_____ SA lors de l'élaboration de l'offre, l'adjudicataire pût obtenir des informations de nature à fausser l'égalité des chances : sa demande à R_____ SA se limitait à de la fourniture de câbles, accessoirement à quelques travaux de montage. En définitive, une annulation de l'adjudication du chef d'une prétendue préimplication du consortium ou une exclusion de ce dernier n'entrent pas en ligne de compte. 4.4.1 Il convient ensuite d'examiner les questions de récusation, thème qui, tout en état voisin de la problématique de préimplication, ne se confond pas avec celle-ci (cf. O. Diggelmann/M. Enz, *Vorbefassung im Submissionsrecht : Was verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz in : ZBl 100/2007* p. 583). Au nombre des principes généraux à observer lors de la passation des marchés compte celui du respect des conditions de récusation des personnes concernées (art. 11 let. e AIMP). Cette disposition n'institue pas un régime spécial, mais se conçoit comme un renvoi aux règles de procédure pertinentes du droit cantonal (P. Galli/A. Moser/E. Lang/M. Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3e éd. 2013, n° 1077 p. 497), étant précisé que la Constitution fédérale (art. 29) garantit un standard minimum qui s'impose aux cantons. Aux termes de l'article 10 alinéa 1 LPJA, les personnes appelées à rendre ou à préparer une décision doivent se récuser, notamment si elles ont un intérêt personnel dans l'affaire (let. a). Une obligation de récusation est également donnée s'il existe des circonstances de nature à faire suspecter leur impartialité (let. e). La garantie d'impartialité tend notamment à éviter que des circonstances extérieures à la cause ne puissent influencer la décision en faveur ou au détriment d'une partie. A cet égard, si la seule affirmation de partialité ou les sentiments subjectifs des parties à l'égard d'une personne récusable ne suffisent pas, il n'est pas nécessaire que la personne soit effectivement prévenue ; une apparence de prévention suffit, pour autant qu'elle résulte de circonstances objectives. Celles-ci peuvent résider soit dans des éléments d'ordre fonctionnel ou organique, soit dans le comportement même de la personne concernée (cf. p. ex. ATF 131 I 24 consid. 1.1 et B. Bovay, *Procédure administrative*, 2e éd., 2015, p. 156 s). La participation d'auxiliaires ou d'experts au

dépouillement des offres est assujettie aux mêmes règles de récusation que celles qui s'appliquent aux membres de l'autorité adjudicatrice proprement dite, faute de quoi le caractère équitable de la procédure

- 12 - administrative ne serait pas garantie au sens de l'article 29 alinéa 1 Cst. féd. (cf. J. Dubey, op. cit., n° 24 p. 385 ; M. Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, 2004, n° 235 p. 166). Les aides du pouvoir adjudicateur ont, en effet, souvent une influence décisive sur l'issue de la procédure, notamment lorsqu'ils formulent une recommandation à son attention (C. Jäger, op. cit., p. 65 ; P. Hänni/ M. Scruzzi, Zur Ausstandspflicht im Rahmen von Submissionsverfahren, Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau vom 16. Juli 1998 in ZBl 1999 p. 387 ss, in BR 1999 p. 136).

4.4.2 Dans un arrêt 2P.139/2002 non publié du 18 mars 2003, le Tribunal fédéral a nié une violation des règles en matière de récusation dans un cas où figurait, parmi les membres de l'autorité de décision, un employé de la société sous-traitante de l'entre-prise adjudicataire : il avait été alors considéré qu'une obligation de récusation n'entraîne en ligne de compte que si la personne concernée avait un intérêt direct à l'adjudication, intérêt que le recourant n'avait en l'occurrence pas démontré. Ce précédent a été critiqué par la doctrine (cf. D. Eisseiva in, DC 2003 p. 149 s et D. Lutz, Ausstand und Vor- befassung in : Sonderheft Vergaberecht 2004, p. 48), qui a notamment rappelé, à juste titre, qu'un intérêt indirect suffit à entraîner une récusation, pour autant qu'il soit marqué (cf. à ce propos R. Kiener/B. Rüttsche/M. Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2e éd. 2015, n° 539 p. 135 ; S. Breitenmoser/M. Spori Fedail, op. cit., n° 43 ad art. 10). Cet arrêt 2P.139/2002 réservait quoi qu'il en soit une obligation de récusation pour un actionnaire majoritaire ou un haut cadre de l'entreprise sous-traitante (consid. 4.4). Le fait qu'un organe de direction d'une société soumissionnaire participe à l'évaluation des offres consacre une violation grave des règles en matière de récusation car, en raison de son cumul de fonctions, la personne concernée peut, en effet, influencer directement ou indirectement sur l'évaluation de sa société ou des concurrents (P. Galli/A. Moser/ E. Lang/M. Steiner, op. cit., n° 1078 p. 497 ; J.-B. Zufferey/C. Maillard/N. Michel, Droit des marchés publics, 2002, p. 263 ; P. Hänni/M. Scruzzi, op.cit., p. 136 ; cf. ég. arrêt du Tribunal fédéral 2P.152/2002 du 12 décembre 2002 consid. 2.3).

4.4.3 Il est en l'occurrence constant que H_____ SA, par son directeur de l'unité d'affaires production, P_____, et par V_____, ingénieur qui lui est subordonné, a établi le cahier des charges, évalué les offres et émis une recommandation à l'attention du conseil d'administration de X_____ SA. L'adjudicateur conteste tout risque de collusion et écarte toute violation des règles en matière de récusation en faisant valoir que L_____ - à la fois directeur général de la société-mère, président de la filiale et administrateur de X_____ SA - n'a pas

- 13 - participé à la décision d'adjudication et en excipant du fait que H_____ SA et R_____ SA sont des entités juridiques distinctes. Ces circonstances ne permettent pas d'écarter une apparence de prévention de P_____ et de V_____. Comme le relève avec raison la recourante, R_____ SA est intégrée à l'organigramme (pièce 1 annexée à la détermination du 12 février 2016 de la recourante) de la société mère. Quatre membres du conseil d'administration de la filiale (L_____, AA_____, BB_____ et Q_____) sont simultanément membres du conseil d'administration de H_____ SA, d'après les informations disponibles sur l'index central des raisons de commerce - zefix. Ces sociétés ont les mêmes adresses de siège et commerciales et le même site internet. La filiale figure au même titre que les autres unités d'affaires de la société mère.

L'unité « Production » que dirige P_____ en est une. Ce dernier dispose d'une procuration collective et fait partie de la direction générale de H_____ SA. A ce titre, il siège, notamment, aux côtés du directeur de la filiale, Q_____. Sur cet arrière-plan, il s'impose d'admettre que les sphères de ces sociétés se confondent. Cette situation s'avère propre à éveiller un soupçon de partialité de P_____, organe de la société-mère, ou de V_____, dans l'évaluation des offres dont l'une annonçait une sous-traitance à l'entreprise R_____ SA. Certes, aucun élément ne permet de retenir que ces personnes ont concrètement favorisé l'adjudication du marché au consortium intimé. Il reste, cependant, qu'une apparence de prévention suffit à entraîner une obligation de récusation. Le consortium intimé semble quant à lui se prévaloir de l'ampleur négligeable de la sous-traitance. Selon ses explications du 20 janvier 2016 et les pièces déposées à cette occasion, les travaux de raccordement confiés à R_____ SA seront tout de même rémunérés à hauteur de 8 652 francs. De plus, ce montant ne concerne pas la fourniture de matériel que Y_____ SA a, par courriel du 15 avril 2015, demandé à R_____ SA et que celle-ci a listé dans un devis du 24 avril 2015 de 24 800 francs. En tout état de cause, la récusation spontanée de L_____ démontre que l'éventualité d'un conflit d'intérêts ne procédait pas que du seul sentiment subjectif de la recourante. 4.4.4 Les règles en matière de récusation sont de nature formelle. Il s'ensuit qu'une décision prise en violation de ces règles doit être annulée indépendamment de sa validité matérielle, ce d'autant que le Tribunal ne dispose pas du pouvoir d'appréciation dont bénéficie, par contre, l'adjudicateur (P. Galli/A. Moser/E. Lang/M. Steiner, op. cit., n° 1087 p. 501). Le vice ne peut pas être réparé par la régularité de la procédure de recours contre la décision finale ni par l'exactitude de celle-ci (B. Bovay, op. cit., p. 164 ; P. Moor/E. Poltier, Droit administratif, vol. II, 3e éd. 2011, p. 274). Les opéra-

- 14 - tions (analyse, évaluation, recommandation,...) auxquelles P_____ et V_____ ont participé devront être, le cas échéant, répétées par de nouveaux membres qui ne pourront provenir de H_____. Cela étant, il ne saurait être question d'exclure le consortium de la procédure et encore moins d'attribuer le marché à la recourante, comme le requiert cette dernière. 5.1 Le recours est donc à admettre partiellement, l'adjudication du 10 juin 2015 à annuler et l'affaire à renvoyer à X_____ SA pour nouvelle décision au sens du considérant 4.4.4 (art. 18 al. 1 AIMP ; art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). L'arrêt rend sans objet la demande d'effet suspensif. 5.2 Cette issue du litige s'impose au vu du dossier (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA). Elle dispense le Tribunal d'examiner les autres griefs du recours. 5.3 Selon une conception courante, les dépens peuvent, même sans que la loi ne le prévoit expressément, être compensés quand aucune des parties n'a entièrement gain de cause (p. ex. B. Bovay, op. cit., p. 653 s ; ACDP A1 09 21 du 4 février 2011 consid. 8b). C'est le cas ici, la recourante n'obtenant pas le marché tandis que le consortium et l'adjudicataire ont conclu au rejet pur et simple du recours et à la confirmation de la décision attaquée, ce qu'ils n'obtiennent pas non plus. 5.4 Sur le vu des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations et compte tenu des critères d'appréciation et des limites des articles 13 alinéa 1 et 25 de la loi du 11 février 2009 fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives (LTar ; RS/VS 173.8), l'émolument de justice est fixé à 2400 fr., débours compris (art. 11 LTar). Il sera réparti à parts égales (800 fr.) entre l'adjudicateur, les deux sociétés formant le consortium intimé (solidairement entre elles, cf. art. 88 al. 5 LPJA), et la recourante.

Prononce

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