

# **VS\_GERICHTE A1 20 122 vom 6. Oktober 2020**

VS Kantonsgericht, 2020-10-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs\\_gerichte\\_A1\\_20\\_122](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_20_122)

FR: VS\_GERICHTE A1 20 122 du 6 octobre 2020

IT: VS\_GERICHTE A1 20 122 del 6 ottobre 2020

## **Regeste**

A1 20 122 ARRÊT DU 6 OCTOBRE 2020 Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public Composition : Christophe Joris, président, Thomas Brunner, juge, Frédéric Fellay, juge suppléant, Patrizia Pochon, greffière, en la cause X \_\_\_\_\_ SA, et Y \_\_\_\_\_ SA, toutes deux recourantes, représentées par Maître M \_\_\_\_\_ contre CONSEIL D'ÉTAT DU VALAIS, à Sion, autorité attaquée et Z \_\_\_\_\_ SA, tiers concerné, représentée par Maître N \_\_\_\_\_ (Adjudication & reg. profession) recours de droit administratif contre la décision du 24 juin 2020

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Le consortium recourant invoque une violation de son droit d'être entendu. Il reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir violé son devoir de motivation quant à la notation obtenue pour le critère « concept ». En outre, il reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir augmenté de 500 heures le nombre d'heures de travail prévu dans l'offre à la suite d'un « obscur contrôle » rendant la décision « incompréhensible ».

#### **E. 2.1**

La jurisprudence a déduit de l'article 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), qui garantit le droit d'être entendu, le devoir pour l'autorité de motiver sa décision afin que le destinataire puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (cf. aussi art. 29 al. 3 LPJA). Pour répondre à ces exigences, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 142 I 135 consid. 2. et 138 I 232 consid. 5.1 ; ACDP A1 18 46 du 9 novembre 2018 consid. 2.2). Il n'est en revanche pas nécessaire que l'autorité se prononce expressément sur tous les points soulevés par les parties et réfute individuellement chacun de leurs arguments (ATF 142 II 154 consid. 4.2 et 137 II 266 consid. 3.2). En outre, une violation du droit d'être entendu peut être réparée lorsque l'intéressé jouit de la possibilité de s'exprimer librement devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure et qui peut ainsi contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée, à condition toutefois que l'atteinte aux droits procéduraux de la partie lésée ne soit pas particulièrement grave (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2, 136 V 117 consid. 4.2.2.2, 133 I 201 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_46/2020 du 5 mai 2020 consid. 6.2). Le principe de la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) qui prévaut en droit des marchés publics ne prévoit en matière de motivation de la décision d'adjudication, rien de plus que les exigences topiques mentionnées par les dispositions précitées, en ce sens qu'il implique que ladite décision aboutisse à un résultat

que les soumissionnaires puissent comprendre (cf. ACDP A1 18 73 du 7 décembre 2018 consid. 3.1, A1 16 253 du 8 août 2017 consid. 4.2.1 et A1 11 15 du 17 mars 2011 consid. 2b). Plus spécifiquement, l'article 13 let. h AIMP demande que les dispositions d'exécution cantonales garantissent, en particulier, « la motivation sommaire des décisions d'adjudication ». L'article 34 al. 2 Omp répond à cette exigence en prescrivant que « sur demande, l'adjudicateur doit faire connaître dans les cinq jours au soumissionnaire les motifs principaux de sa non-prise en considération ».

- 10 -

## E. 2.2

En l'espèce, la lettre que le SIP a adressée au consortium recourant, le 1er juillet 2020, l'informait qu'une décision avait été rendue pour le marché en cause. En soi, ce courrier ne comportait aucune motivation au sens indiqué ci-dessus, ni même d'indication de voie de droit, et ne permettait pas à son destinataire de comprendre les motifs qui avait conduit le pouvoir adjudicateur à adjuger le marché à une autre entreprise, ni de contester la décision d'adjudication utilement. Le dossier ne renseigne pas davantage sur les pièces ultérieurement transmises par le SIP au recourant. A cet égard, il apparaît hautement vraisemblable que les documents annexes (grille d'évaluation incluse) lui aient été remis vu qu'il a été en mesure de contester ces notes obtenues pour le critère « concept » et le nombre d'heures tels qu'ils ressortent desdits documents. Le recourant ne fait d'ailleurs pas valoir qu'il aurait été entravé dans son droit de recours, faute d'avoir obtenu les pièces justificatives du dossier, se contentant d'indiquer que la notation du critère « concept » n'était pas compréhensible, tout comme l'ajout « obscur » de 500 heures de travail supplémentaires. Quoiqu'il en soit, la Cour de cassation retient que, dans le cadre de la procédure de recours, le recourant a eu accès au dossier de la cause, y compris à la grille d'évaluation des offres. L'autorité adjudicatrice a en outre répondu de manière circonstanciée aux griefs formulés par le recourant (cf. déterminations des 3 août 2020 et 21 septembre 2020). En particulier, s'agissant du concept technique de l'installation, le Conseil d'Etat a précisé que l'appel d'offres indiquait notamment à son ch. 2 que le « recours à la nappe phréatique n'était pas possible » (dos. p. 57) en raison de la présence d'un secteur de protection des eaux souterraines, ce dont le consortium recourant n'avait pas tenu compte vu que le concept présenté par ce dernier précisait que « les eaux souterraines [allaient être] le seul vecteur énergétique pour la [production d'énergie] pour le chauffage, l'eau chaude sanitaire, la ventilation contrôlée et la climatisation des locaux » (dos. p. 98). En outre, contrairement aux projets présentés par les deux autres soumissionnaires, aucun concept pour la partie sanitaire n'avait été intégré à l'offre du consortium. Dans ces circonstances, celui-ci a été pleinement en mesure d'identifier sur quels points son offre a été jugée inférieure à celle de l'adjudicataire et il a pu, par la suite, compléter son recours et exposer par écrit tous les arguments qu'il jugeait pertinents pour contester la décision d'adjudication, si bien que le grief tiré d'une violation du droit d'être entendu doit être écarté. Quant à la note obtenue pour le critère concept, le consortium recourant soulève en vain que les critiques formulées par le pouvoir adjudicateur ne seraient qu'un « détail ». En effet, ce dernier dispose d'un large pouvoir d'appréciation et pouvait, sans verser dans l'illégalité, retenir que l'offre des deux autres soumissionnaires respectait davantage l'appel d'offres et

- 11 - méritait une note supérieure (4 « bon et avantageux » contre 3 « suffisant »). Le recourant est d'autant plus malvenu de critiquer cette notation étant donné que le pouvoir

adjudicateur était libre de lui attribuer une note inférieure, car le concept présenté ne répondait pas à ses attentes, ce dont il s'est toutefois abstenu de faire usage. L'on ne saurait ensuite suivre le consortium recourant lorsqu'il soulève l'existence d'une violation du principe de transparence et de son droit d'être entendu résidant dans l'ajout de 500 heures d'ingénieur lesquelles relèveraient de « prestations spéciales : phase 6 » et ne feraient pas partie des prestations de base couvertes par l'appel d'offres. En effet, la simple lecture du CC permet d'en inférer le contraire (dos. p. 61). De plus, le montant de 57 216 fr. correspondant à ce poste a été comptabilisé par le consortium recourant dans le prix de l'offre déposée de 636 313 fr. (468 745 fr. [total prestations du mandataire CFC 294], soit 411 529 fr. et 57 216 fr. ; 167 568 [total prestations du mandataire CFC 295]) ; dos. p. 84 et 91 s.). L'adjudicataire en a d'ailleurs fait de même (dos. p. 64 et 77 s.). Le consortium recourant se méprend ainsi lorsqu'il allègue que son offre prévoyait un total de 5 208 heures de travail (all. 3, dos. p. 4) pour un prix de 636 313 fr. vu qu'un total de 5 708 heures ressort de l'offre déposée (dos. p. 91 et 92). En tout état de cause, il incombait au consortium recourant de se renseigner auprès du pouvoir adjudicateur au sujet de la « phase 6 », avant le dépôt de son offre, si la nature de la prestation ne lui semblait pas claire (art. 9 Omp). En n'ayant pas agi de la sorte, l'intéressé est dorénavant forclos pour s'en prévaloir céans. Il en va de même en ce qui concerne la pondération des critères et la méthode de notation utilisées telles qu'elles ressortent de l'appel d'offres. N'ayant pas contesté cette décision en temps utile (art. 15 al. 1 bis let. a AIMP), le consortium ne saurait remettre ces points en cause céans. En définitive, la prise en considération des heures querellées ressort du document d'appel d'offres et s'applique à l'ensemble des soumissionnaires si bien que l'on cherche en vain l'existence d'une violation des principes de la transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement.

### **E. 2.3**

En l'absence de vice particulièrement grave justifiant l'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure (ATF 141 II 353 consid. 6.1 ; Peter Galli et al., op. cit., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd. 2013, n. 799, p. 353 s.), les chances réelles du consortium recourant de remporter l'adjudication sont nulles sous cet aspect également. L'intéressé ne dispose dès lors d'aucun intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée, ce d'autant plus qu'une évaluation à la hausse de son concept technique n'est pas plausible, faute pour son offre de satisfaire pleinement aux conditions contenues dans l'appel d'offres et, qu'en sus, il

- 12 - n'a formulé aucune critique à l'égard des notes obtenues par le 2e candidat, lequel le devance de 0.65 points (4.04 contre 3.39) et dont le prix est largement inférieur au sien (542 004 fr. contre 636 313 fr.).

### **E. 3**

Compte tenu de ce qui précède, le consortium formé par X \_\_\_\_\_ SA et Y \_\_\_\_\_ SA n'a pas la qualité pour recourir. Partant, son recours de droit administratif est irrecevable (art. 80 al. 1 let. e et 59 LPJA).

### **E. 4**

Cette décision rend la demande d'effet suspensif du recours sans objet. 5.1 X \_\_\_\_\_ SA et Y \_\_\_\_\_ SA supporteront, solidairement entre elles, les frais de justice (art. 88 al. 2 et 89 al. 1 LPJA), sans allocation de dépens (art. 91 al. 1 a contrario LPJA). Elles verseront, en outre, solidairement entre elles, des dépens à Z \_\_\_\_\_ SA qui en a

expressément requis (art. 91 al. 1 LPJA). 5.2 Vu les critères et limites des articles 13 al. 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) et, en particulier, les principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, l'émolument de justice, qui comprend les frais de chancellerie (art. 3 al. 3 et 11 LTar), est fixé à 1 500 francs. 5.3 Les dépens dus par X \_\_\_\_\_ SA et Y \_\_\_\_\_ SA à Z \_\_\_\_\_ SA sont fixés à 1 800 fr. (TVA comprise ; art. 4, 27 et 39 LTar). En sus de l'indemnisation des débours de cette partie, fixés forfaitairement à 50 fr. (pour les frais de copies [50 cts par page : ATF 118 Ib 349 consid. 5] et de port [selon le tarif postal ; cf. RVJ 2002 p. 315]), ce montant tient compte de l'activité déployée par le mandataire de cette société, qui a consisté essentiellement en la prise de connaissance du dossier et en la rédaction d'une détermination de 4 pages.

- 13 -

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