

# VS\_GERICHTE A1 20 82 vom 12. März 2021

VS Kantonsgericht, 2021-03-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs\\_gerichte\\_A1\\_20\\_82](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_20_82)

FR: VS\_GERICHTE A1 20 82 du 12 mars 2021

IT: VS\_GERICHTE A1 20 82 del 12 marzo 2021

## Regeste

Par arrêt du 12 mars 2021 (2D\_15/2021), le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours en matière de droit public interjeté par le Conseil d'Etat du Valais contre ce jugement. A1 20 82 ARRÊT DU 8 FÉVRIER 2021 Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, juges ; Patrizia Pochon, greffière, en la cause le consortium formé par X \_\_\_\_\_ SA et Y \_\_\_\_\_ SA, recourant, représenté par Maître M \_\_\_\_\_ contre CONSEIL D'ETAT DU CANTON DU VALAIS, autorité attaquée et Z \_\_\_\_\_ SA, tiers concerné, représentée par Maître N \_\_\_\_\_ (Adjudication & reg. profession) recours de droit administratif contre la décision du 29 avril 2020

## Erwägungen

### E. 16

LcAIMP ; RVJ 2017 p. 30 consid. 4). A cela s'ajoute qu'en matière de marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, en particulier dans la phase de l'évaluation et de la comparaison des offres, si bien que l'appréciation du Tribunal ne saurait se substituer d'emblée à celle du pouvoir adjudicateur, seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation devant être sanctionné (cf. ATF 143 II 120

- 8 - consid. 7.2 et 141 II 353 consid. 3, cités p. ex in : arrêt du Tribunal fédéral 2D\_9/2019 du 22 juillet 2019 consid. 3.3 ; Etienne Poltier, op. cit., n. 420, p. 268). En revanche, l'autorité judiciaire n'a pas à faire preuve de la même retenue lors du contrôle des règles de procédure en matière de marchés publics (ATF 141 II 353 consid. 3 et les réf. cit.). 1.5 Le pouvoir adjudicateur a déposé le dossier d'adjudication du marché querellé, la demande du consortium en ce sens est ainsi satisfaite (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA). 2. Le consortium affirme que l'offre de Z \_\_\_\_\_ SA aurait dû être exclue, car elle ne remplirait pas les conditions d'aptitude nécessaires pour exécuter le marché, faute de disposer de suffisamment de personnel qualifié. 2.1 En matière de marchés publics, on distingue les critères d'aptitude ou de qualification (« Eignungskriterien »), qui servent à s'assurer que le soumissionnaire dispose des capacités suffisantes afin de réaliser le marché (art. 13 al. 1 let. d AIMP ; art. 12 al. 1 Omp), des critères d'adjudication ou d'attribution (« Wettbewerbs- » ou « Zuschlagskriterien ») qui se rapportent en principe directement à la prestation requise et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée (ATF 141 II 353 consid. 7.1 et 140 I 285 consid. 5). Les entreprises soumissionnaires qui ne remplissent pas un des critères d'aptitude posées voient leur offre exclue, sans compensation possible (ATF 141 II 353 consid. 7.1 et 139 II 489 consid. 2.2.4). Cette conclusion s'impose toutefois uniquement lorsque le vice n'est pas anodin ; le motif d'exclusion doit revêtir une certaine gravité (ATF 143 I 177 consid. 2.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_717/2020 du 11 janvier 2021 consid. 1.3.4). Lorsque les

manquements du soumissionnaire aux exigences d'aptitude ne sont que légers, il serait en effet disproportionné de l'exclure de la procédure d'adjudication (ATF 143 I 177 consid. 7.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_969/2018 du 30 octobre 2019 consid. 1.2.3). Les critères d'aptitude doivent pouvoir être contrôlés par l'adjudicateur avant la décision d'adjudication, ce qui exclut notamment que des éléments essentiels pour l'exécution du mandat ne soient acquis par l'adjudicataire que par la suite (ATF 145 II 249 consid. 3.3 et 143 I 177 consid. 2.3.2). Il s'ensuit que le principe selon lequel un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication, en particulier lorsque, au moment du dépôt de son offre ou au moment de l'adjudication, il ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigés (art. 23 let. a de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics – Omp ; RS/VS 726.100) ou, lorsque son offre ne remplit pas les exigences figurant dans le document d'appel d'offre (art. 23 let. c Omp), doit être tempéré au regard de ce qui a été relevé ci-avant.

- 9 - 2.2 En l'occurrence, le CC exigeait des soumissionnaires, sous le chapitre des critères d'aptitude (p. 9), une organisation de l'entreprise, dans le domaine spécifique, présentant au minimum un « ingénieur, maîtrisé fédéral, technicien qualifié », un contremaître, un chef d'équipe, cinq ouvriers avec CFC et cinq « autres ». A cet égard, l'organigramme général de l'entreprise, ainsi qu'une copie des diplômes du personnel cadre (annexe 2) devaient être fournis. En outre, le CC précisait que si les compétences spécifiques demandées n'étaient pas assurées, respectivement non confirmées, l'offre était jugée non valable / inapte et, de ce fait, exclue. Le pouvoir adjudicateur soutient ceans que Z \_\_\_\_\_ SA satisfait aux critères d'aptitude « puisqu'elle figure sur la liste permanente des entreprises agréées à participer aux procédures de marché public et qu'elle remplit largement les critères d'aptitude spécifiques pour réaliser ce type de travaux [...] en particulier, [elle] dispose d'un nombre suffisant d'employés spécialisés dans les travaux d'installation de chauffage, [lesquels] présentent toutes les formations professionnelles et exigées pour la prestation demandée [...] » si bien qu'elle n'avait pas à être exclue. En outre, s'agissant de la note de 5 octroyée pour le critère d'adjudication « organisation du soumissionnaire », elle se justifiait car l'intimée « fondée en 1972 [recte 1990, cf. extrait du registre du commerce de dite société], bénéficiaire d'une solide expérience et réunit l'ensemble des compétences nécessaires dans [le] domaine [du chauffage] ». Ce raisonnement ne convainc pas. Quand bien même l'adjudicateur exerce un large pouvoir d'appréciation dans le domaine des marchés publics en général, il ne pouvait pas faire abstraction du contenu figurant à l'annexe 2 (2A et 2B), requis par le CC et déposé par Z \_\_\_\_\_ SA, lequel met en lumière que le « département chauffage » de l'intimée, co-dirigé par A \_\_\_\_\_, B \_\_\_\_\_ et C \_\_\_\_\_, comprend un dessinateur en chauffage au bénéfice d'un CFC en la personne de C \_\_\_\_\_, ainsi que six « monteurs en chauffage », deux « aides monteurs en chauffage » et trois « apprentis monteurs en chauffage ». Les réquisits spécifiques du CC relatifs à la présence d'un « ingénieur, maîtrisé fédéral, technicien qualifié », contremaître et chef d'équipe ne sont ainsi pas remplis. Le résultat est identique si l'on se réfère à l'organigramme opérationnel prévu pour l'exécution du chantier (annexe 3A). En effet, même si dans cette constellation l'intimée dispose d'un contremaître en chauffage avec brevet fédéral (D \_\_\_\_\_), il n'en demeure pas moins que ce dernier ne saurait être valablement compté une seconde fois, comme l'a fait l'adjudicateur, au titre d'« ouvrier avec CFC ». L'on ne saurait pas davantage déduire de la présence de D \_\_\_\_\_ que l'intimée dispose valablement d'un technicien étant donné que celui-ci intervient en qualité de contremaître. Or le CC requiert expressément, au

- 10 - chapitre des critères d'aptitude, l'intervention, tant d'un « ingénieur, maîtrisé fédéral ou technicien qualifié » que d'un contremaître, sur le marché à exécuter (p. 9). En outre, le fait que Z \_\_\_\_\_ SA dispose d'un projeteur d'installation sanitaire diplômé (B \_\_\_\_\_) comme remplaçant ne lui est également d'aucun secours vu que le marché attribué a trait exclusivement au domaine spécifique du « chauffage » (lot n° 8), les installations sanitaire (CFC 25) faisant l'objet d'un lot différent (n° 10). A cela s'ajoute que l'on ne saurait inférer de l'attestation du 17 juillet 1979, comme l'a fait le pouvoir adjudicateur, que A \_\_\_\_\_ soit porteur d'une maîtrise fédérale. En effet, conformément à l'article 40 de la loi fédérale du

## **E. 20**

septembre 1963 sur la formation professionnelle (applicable au présent cas vu qu'elle a été en vigueur du 15 avril 1965 au 31 décembre 1979 ; RO 1965 p. 325), le candidat qui a subi l'examen de maîtrise avec succès reçoit un diplôme (al. 2), signé par le président de la commission d'examen et par le directeur de l'office fédéral (al. 3 ab initio). Or, rien de tel ne figure au présent dossier étant donné que sur la pièce précitée, l'Etat du Valais, par son Département de l'instruction publique, mentionne uniquement que l'intéressé « porteur du certificat de capacité de monteur en chauffages centraux a subi avec succès les examens exigés pour l'inscription au Registre professionnel du canton du Valais ». Quoiqu'il en soit, il peut être relevé que A \_\_\_\_\_ n'interviendra pas sur le marché querellé, son nom étant absent de l'organigramme spécifique lié au chantier, si bien que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas se prévaloir de sa présence pour confirmer son choix. Enfin, ce dernier passe sous silence que l'intimée n'a pas rempli les informations relatives à l'effectif du personnel attribué au marché à exécuter (CC, p. 9 « Critères d'aptitudes », cf. dossier de soumission, annexe 7), quand bien même le CC requérait expressément que cette donnée soit fournie par le soumissionnaire. Cette omission aurait, pour le moins, dû l'amener à faire preuve davantage de prudence à l'égard de l'intimée. En définitive, le pouvoir adjudicateur a versé dans l'illégalité en retenant que Z \_\_\_\_\_ SA remplissait les critères d'aptitude nécessaires à l'exécution du marché querellé vu que cette société ne dispose d'aucun « ingénieur, maîtrisé fédéral, technicien qualifié » dans le domaine du chauffage. En outre, un chef d'équipe, un cinquième ouvrier avec CFC et un second aide monteur font également défaut, ce qui ne permettra pas à l'intimée de mener à bien l'adjudication litigieuse. Ce grave manquement aurait dès lors dû conduire le pouvoir adjudicateur à écarter l'offre de Z \_\_\_\_\_ SA, ce d'autant plus qu'il s'agit d'un marché d'envergure dont la valeur avoisine x xxx xxx francs (Etienne Poltier, op. cit., n. 297, p. 186 ; Peter Galli et al., op. cit., n. 435 ss, p. 197 ss et n. 603 ss, p. 263 ss). Par conséquent, le recours doit être admis pour ce motif déjà.

- 11 - 3. Le consortium se plaint également de la note de 4 attribuée à Z \_\_\_\_\_ SA pour le critère « Références liées à l'objet ». A le suivre, l'adjudicataire ne disposerait pas d'une expérience suffisante en lien avec des chantiers de même ampleur si bien que, faute de présenter des « avantages particuliers par rapport aux autres candidats », sa notation devrait être revue à la baisse. En l'occurrence, le CC indiquait que le candidat devait fournir trois références qui, si possible, avaient un rapport avec le type de marché à exécuter en terme de complexité et d'importance. En outre, elles devaient démontrer l'aptitude, les compétences et l'expérience nécessaire du candidat pour accomplir le marché. De plus, elles devaient être achevées depuis moins de 5 ans, ou être en cours d'exécution, mais proches de l'achèvement, et refléter le même type d'organisation proposé pour le marché. Or, il ressort

du dossier de soumission de l'adjudicataire (annexe 7) que celle-ci n'a fourni qu'une seule référence relative à une installation de chauffage, ce qui permet de douter de ses capacités à exécuter le marché litigieux. En effet, s'agissant des références 2 et 3, l'intimée n'a pas rempli la case « type de marché exécuté », si bien qu'il n'est pas possible de déterminer en quoi avaient consisté les travaux entrepris. De surcroît, comme le soulève le consortium, la valeur des travaux exécutés (xxx xxx fr.) dans le cadre de la seule référence valablement fournie n'atteint de loin pas celle du marché litigieux (x xxx xxx fr.). Dans ces circonstances, le pouvoir adjudicateur a versé dans l'illégalité en octroyant la note de 4 « bon et avantageux » aux références fournies par l'intimée. 4.1 Attendu ce qui précède, le recours est admis et la décision d'adjudication est annulée (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). Compte tenu des informalités constatées ci-dessus et en vertu du principe de la transparence et d'égalité de traitement, l'annulation de toute la procédure d'adjudication est nécessaire sans qu'il n'existe de mesure moins incisive (ATF 141 II 353 consid. 6). L'affaire est renvoyée au Conseil d'Etat pour reprise ab initio de la procédure d'adjudication des travaux de chauffage (CFC – 240), pour autant qu'il ait toujours l'intention d'attribuer ce marché. 4.2 L'émolument de justice est fixé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties, ainsi que de leur situation financière ; il oscille entre un minimum et un maximum arrêtés eu égard aux principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations (art. 13 al. 1 et 2 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). Dans les procédures de recours de droit administratif, il est perçu un émolument de 280 à 5 000 fr. (art. 25 LTar), limites que la Cour peut majorer jusqu'au quintuple, lorsque des circonstances particulières le justifient

- 12 - (art. 13 al. 3 LTar). En l'occurrence, compte tenu notamment de la valeur élevée du marché à adjuger, il se justifie de fixer l'émolument de justice, qui comprend les frais de chancellerie (art. 3 al. 3 LTar), à 4 000 francs. Etant donné que le comportement du pouvoir adjudicateur a conduit à l'annulation de la décision et à la reprise de la procédure ab initio, il se justifie de mettre seulement une partie de ces frais à la charge de Z \_\_\_\_\_ SA qui succombe (art. 89 al. 1 LTar). Celle-ci en supportera dès lors la moitié (2 000 fr.), le solde de 2 000 fr. étant remis (art. 89 al. 4 LPJA). 4.3 L'issue du litige implique pour le consortium le droit à des dépens (art. 91 al. 1 LPJA), à la charge, par moitié chacun, de l'Etat du Valais et de Z \_\_\_\_\_ SA, à qui les dépens sont refusés. Cette indemnité est fixée à 2 500 fr. (TVA comprise ; art. 4, 27 et 39 LTar). En sus de l'indemnisation des débours de cette partie, fixés forfaitairement à 150 fr. (pour les frais de copies [50 cts par page : ATF 118 Ib 349 consid. 5] et de port [selon le tarif postal; cf. à ce sujet, RVJ 2002 p. 315]), ce montant tient compte de l'activité déployée par le mandataire du recourant, qui a consisté essentiellement en la prise de connaissance du dossier et en la rédaction d'un recours de 6 pages et de plusieurs écritures (5, 4 et 1 pages).

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