

VS_GERICHTE A1 21 107 vom 20. September 2021

VS Kantonsgericht, 2021-09-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_21_107

FR: VS_GERICHTE A1 21 107 du 20 septembre 2021

IT: VS_GERICHTE A1 21 107 del 20 settembre 2021

Regeste

A1 21 107 ARRÊT DU 20 SEPTEMBRE 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 X _____ SA, représentée par Maître Daniel Guignard, contre SERVICE DE L'APPLICATION DES PEINES ET MESURES, 1951 Sion, autorité attaquée et Y _____ SA, tiers concerné, représentée par Maître Yannis Sakkas (Adjudication & reg. profession) recours de droit administratif contre la décision du 28 avril 2021

Erwägungen

E. 46

LPJA ; art. 78 al. 1 du Code suisse des obligations du 30 mars 1911 – CO ; RS 220). 1.2 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 (ATF 141 II 14 consid. 4.6 à 4.8 ; RVJ 2017 p. 30 consid. 2). Le cas d'espèce est particulier, dans la mesure où le prononcé attaqué est une décision qui exclut l'offre de X _____ SA. En pareil cas, le soumissionnaire dont l'offre a été exclue doit, avant de critiquer l'adjudication du marché à un concurrent, chercher au préalable à établir que l'exclusion de son offre était illégale (art. 72 LPJA ; arrêt du Tribunal

- 9 - fédéral 2D_34/2009 du 10 août 2009 consid. 4.3 ; ACDP A1 17 224 du 12 avril 2018 consid. 1.2). C'est ce qu'a fait la recourante, en formulant ceans des griefs qui, s'ils étaient admis, amèneraient à conclure que l'adjudicateur n'était pas en droit d'exclure son offre et que celle-ci aurait dû être évaluée au même titre que celle de Y _____ SA. Dans la mesure où cette irrégularité serait de nature à donner gain de cause à X _____ SA, la qualité pour recourir à l'encontre de la décision d'exclusion doit lui être reconnue (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. a LPJA, en relation avec les art. 15 et 16 LcAIMP). 1.3 Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que le recourant a motivés dans les formes prescrites par la loi (art. 80 al. 1 let. c et 48 al. 1 LPJA) et ne statue que sur la légalité de la décision attaquée, non sur son opportunité (art. 16 AIMP et 16 LcAIMP ; RVJ 2017 p. 30 consid. 4). 1.4 Le pouvoir adjudicateur a déposé ceans le dossier d'appel d'offres, les offres des soumissionnaires et les courriels échangés. Les demandes de la recourante en ce sens sont ainsi satisfaites (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA). 2. La recourante invoque une constatation inexacte des faits pertinents, expliquant que son offre remplit en tous points les exigences figurant dans le document d'appel d'offres. En particulier, elle invoque l'inexistence de demandes écrites relatives à la correction de la présentation de son offre financière et réfute avoir présenté un prix horaire en sus duquel des frais supplémentaires (kilomètres, facturation minimum de 3 heures et frais d'organisation par commande) demeureraient facturables. Partant, elle conteste son exclusion sur la base de l'article 23 al. 1

let. c Omp. 2.1 A teneur de cette disposition, un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication lorsque, au moment du dépôt de son offre ou au moment de l'adjudication, son offre ne remplit pas les exigences figurant dans le document d'appel d'offres (let. c). Savoir si ces exigences sont ou non remplies implique donc de se référer audit document et, en l'occurrence, aux exigences fixées pour le critère prix (ch. 4.3, p. 7). Ce chiffre imposait à chaque soumissionnaire de déposer une offre indiquant « le prix forfaitaire à l'heure (soit un prix pour horaire de jour, de nuit et de week-end ou de jour férié) pour chaque catégorie de missions et pour d'éventuelles extensions ponctuelles d'horaires imposées par des besoins imprévus ». De plus, les prix devaient inclure « tous les frais (matériel, personnel, véhicules, assurances, téléphone, taxes inhérentes à la prestation RPLP, etc.) relatifs aux prestations demandées. Aucun coût supplémentaire ne pou[vait] être demandé ».

- 10 - 2.2 La recourante se prévaut d'une constatation inexacte des faits fondée sur l'absence de demandes écrites du pouvoir adjudicateur de corriger la présentation de ses prix vu que seules des requêtes orales ont été formulées. Quand bien même il ressort du dossier que les explications requises par rapport au montant offert par la recourante l'ont été sous la forme d'entretiens téléphoniques – donc orales et non écrites comme mentionné à tort dans la décision attaquée –, l'on cherche en vain les conséquences de cette imprécision rédactionnelle sur l'issue du recours vu qu'une possibilité de clarifier son offre financière a été donnée à la recourante, ce qu'elle ne conteste pas. 2.3 La recourante conteste ensuite avoir présenté un tarif horaire en sus duquel des frais supplémentaires s'appliquaient (kilomètres, facturation minimum de 3 heures et frais d'organisation par commande). Cette allégation tombe à faux vu que la simple lecture de l'offre financière de la recourante du 28 décembre 2020 permet de retenir que « 100 Kilomètres [sont] inclus par jour de service à CHF 700 / mois » dans la prestation de convoyage et que, s'agissant de la mission de surveillance des détenus, en sus du tarif horaire par agent, des frais de déplacement supplémentaire pouvaient être facturés (1 fr.05/km) si la distance entre ses bases et le lieu de surveillance était supérieure à 10 kilomètres. En outre, ses services étaient facturés « 3h au minimum » et une taxe de frais d'organisation (40 francs) était perçue pour chaque commande. Le seul fait que, dans ses « calculations successives », la recourante ne fait plus état, dans le volet ■surveillance des détenus■, d'une taxe de frais d'organisation, ni de frais de déplacement supplémentaire, ne permet pas de retenir que l'offre initiale répondait aux exigences de l'appel d'offres, car l'admettre reviendrait à cautionner une modification ultérieure de l'offre proscrite par la législation (art. 14 al. 1 Omp ; cf. infra consid. 3.1). Cette manière de faire se heurterait également au principe de l'intangibilité des offres (Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd. 2013, n. 710), aux termes duquel une offre ne doit, en principe, s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2). Ainsi, une fois les délais de dépôt passés, le pouvoir adjudicateur ne peut accepter que certaines explications très limitées (art. 20 al. 1 Omp), destinées à préciser certains points de l'offre, mais non pas à la modifier, sous peine de porter atteinte à l'égalité de traitement entre concurrents (RVJ 2017 p. 23 consid. 2.3.3 et les réf. citées, notamment Peter Galli et al., op. cit., n. 713 ss). A cet égard, après avoir procédé à maintes « nouvelles calculations », la recourante a clarifié son offre financière initiale en précisant que le tarif horaire de 158 fr. (hors TVA) inclut la présence de deux agents (2 x 58 fr. = 116 fr.), la mise à disposition du véhicule (21 000 fr. / 700 = 30 fr.) et 100 km/journalier (8 400 fr. / 700 = 12 fr.). S'agissant du

- 11 - service de surveillance, elle a rappelé que « tous [ses] services [étaient] facturés minimum 3 heures départ/retour bureau ». Dans ces circonstances, l'autorité précédente n'a pas procédé à une constatation inexacte des faits en retenant que les exigences minimales requises par le dossier d'appel d'offres relatives à la présentation d'un prix forfaitaire à l'heure incluant tous les frais n'étaient pas remplies. 2.4 La recourante se base ensuite sur la note interne du SAPEM « Tableau explicatif des montants exprimés. Annexe au PV d'ouverture des offres relatives au dossier xxx n° xxx » aux termes de laquelle celui-ci a retenu que « sur la base du PV et de l'explication demandée auprès de X _____ SA suite à l'ouverture des offres en date du 5.01.21, [celle-ci] nous a détaillé les montants exprimés en tarif horaire forfaitaire tel que l'exigeait l'appel d'offre » pour démontrer qu'elle remplirait les exigences figurant dans le document d'appel d'offres et que son exclusion ultérieure serait contraire à la bonne foi. De plus, elle soutient qu'aucun frais supplémentaire ne ressortirait de ce tableau, ce qui permettrait de démontrer l'inexistence d'un tel poste. 2.4.1 Le principe de la bonne foi entre administration et administré, exprimés aux articles 9 et 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir, dans les relations de droit public, de toute attitude propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 138 I 49 consid. 8.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_39/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3.1 ; cf. également Etienne Poltier, op. cit., n. 52, p. 25 s). 2.4.2 En l'espèce, il apparaît que l'offre initiale violait gravement les exigences du document d'appel d'offres en prévoyant des frais supplémentaires clairement prohibés par ce dernier (« prix forfaitaire à l'heure [...]. Les prix doivent inclure tous les frais [...]. Aucun coût supplémentaire ne pourra être demandé », cf. ch. 4.3, p. 7) et ne permettait pas de comparer les offres rentrées si bien qu'il aurait été préférable, au regard du principe susvisé, de ne pas demander une correction de l'offre et de ne pas dresser un tableau comparatif manifestement incomplet. Quoi qu'il en soit, les interventions du SAPEM n'ont, pour autant, pas eu pour effet de rendre admissible l'amélioration de l'offre initiale en retranchant les frais supplémentaires que la recourante avait indiqués dans son offre initiale (kilomètres, facturation minimum de 3 heures et frais d'organisation par commande), car ce mode de faire équivaldrait à modifier de manière inadmissible une

- 12 - offre postérieurement au délai de dépôt des offres. A cet égard, il peut être renvoyé à ce qui a été développé ci-avant. En outre, malgré la demande de clarification de l'offre initiale, l'entité adjudicatrice demeurait libre d'examiner les motifs d'exclusion jusqu'au moment de l'adjudication. Au vu de ce qui précède, le pouvoir adjudicateur pouvait valablement retenir que l'offre initiale de la recourante ne répondait pas aux exigences de l'appel d'offres qui requéraient un prix forfaitaire à l'heure incluant tous les frais (matériel, personnel, véhicule, assurances, téléphone, taxes inhérentes à la prestation RPLP, etc.), ce qui entraînait l'exclusion de l'offre de l'intéressée. Le grief doit ainsi être rejeté. 3. La recourante reproche ensuite au pouvoir adjudicateur d'avoir fait preuve de formalisme excessif en décidant d'exclure son offre. A la suivre, « le non-retranchement de la mention [3h] n'a pas d'incidence sur la présentation des prix horaires forfaitaires offerts par la recourante, lesquels sont fermes, conformément aux exigences de l'appel d'offres ». 3.1 Il est conforme au but et à la nature de la procédure de marchés publics que la violation de certaines exigences de forme par un soumissionnaire puisse entraîner son exclusion du marché. Une telle conséquence ne se justifie toutefois pas en présence de n'importe quel

vice affectant l'offre. Il faut en particulier y renoncer lorsque celui-ci est de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif visé par la prescription formelle violée (arrêt du Tribunal fédéral 2D_33/2018 du 13 novembre 2018 consid. 3.2 ; Peter Galli, op. cit., n. 446). En effet, le principe qui interdit le formalisme excessif vaut également dans ce domaine du droit. Il s'agit d'un aspect particulier du déni de justice prohibé par l'article 29 al. 1 Cst. ; il est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 145 I 201 consid. 4.2.1 ; RVJ 2017 p. 23 consid. 2.2). Dans cette ligne, le droit cantonal valaisan prévoit que des erreurs évidentes, telles que des erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées (art. 19 al. 2 Omp) et que le pouvoir adjudicateur peut réclamer aux soumissionnaires des explications écrites relatives à leur aptitude et à leur offre (art. 20 al. 1 Omp). Cette interdiction du formalisme excessif ne saurait toutefois porter atteinte aux principes d'intangibilité des offres et d'égalité de traitement entre soumissionnaires qui limitent le droit de procéder à de telles corrections ou requêtes de précisions après le dépôt des offres. Ainsi, l'offre, écrite et complète, doit

- 13 - être adressée par pli postal et postée dans le délai imparti à l'adresse mentionnée dans l'appel d'offres. Elle ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai, sous réserve de l'article 19 al. 2 Omp. 3.2 En l'occurrence, la recourante se plaint à tort de la violation du formalisme excessif. Il faut en effet constater qu'elle a déposé une offre qui ne répond pas aux exigences du document d'appel d'offres vu qu'elle prévoit la facturation de frais supplémentaires (kilomètres, facturation minimum de 3 heures et frais d'organisation par commande) prohibés par ce dernier (cf. ch. 4.3, p. 7). Contrairement à ce que soutient la recourante, ce vice ne saurait être qualifié de véniel dans la mesure où il concerne un critère d'adjudication, à savoir le prix, pondéré à 30 %, et qu'il est susceptible d'engendrer des coûts supplémentaires et de modifier par là-même le tarif horaire. En outre, ce manquement ne saurait être corrigé après le dépôt des offres vu que cela reviendrait à modifier le contenu de l'offre déposée ce qui contreviendrait au principe de l'intangibilité des offres et serait, partant, illégal (cf. art. 14 al. 1 Omp ; RVJ 2017 p. 23 consid. 2.3.3 et les réf. cit. ; cf. supra consid. 2.3 et 3.1), ce d'autant plus que le CC mentionne explicitement que les offres ne respectant pas les critères d'aptitude ou les conditions du cahier des charges sont écartées. Partant, ce grief doit lui aussi être rejeté. 4. La recourante soutient encore, de manière toute générale, que Y _____ SA n'a aucune expérience dans le domaine querellé si bien qu'elle aurait dû être exclue et, au mieux, obtenir la note de 0. Dans la mesure où ce grief est étranger à la décision d'exclusion, objet du présent examen, il n'est pas recevable. En effet, l'intéressée a été valablement exclue de la procédure d'adjudication si bien qu'elle a perdu tout intérêt à contester la décision d'adjudication. Au surplus, le grief, insuffisamment motivé (art. 48 al. 2 LPJA, applicable par renvoi de l'article 80 al. 1 let. b LPJA), est contredit par les pièces au dossier qui font état de références dans le domaine de la surveillance et du transport (p. 356 s). 5.1 Entièrement mal fondé, le recours est rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). La requête d'effet suspensif, devenue sans objet, est classée. 5.2 Vu l'issue du litige, les frais de la cause sont mis à la charge de X _____ SA (art. 89 al. 1 LPJA), à qui les dépens sont refusés (art. 91 al. 1 LPJA a contrario). 5.3 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

- 14 - ou administratives (LTar ; RS/VS 173.8), l'émolument de justice est fixé à 3 000 fr., débours compris (art. 11 LTar). 5.4 Y _____ SA, qui obtient gain de cause et a pris une conclusion en ce sens, a droit à une indemnité de dépens (art. 91 al. 1 LPJA), à la charge X _____ SA. Cette indemnité est fixée à 3 500 fr. (TVA comprise ; art. 4, 27 et 39 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). En sus de l'indemnisation des débours de cette partie, fixés forfaitairement à 120 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 la valeur litigieuse du marché, supérieure à 100 000 francs, et de l'activité déployée par l'avocat de l'intéressée, travail qui a consisté essentiellement en la prise de connaissance du dossier, en la rédaction d'une réponse incluant une prise de position sur la requête d'effet suspensif (18 pages) et de diverses observations.

- 15 -

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