

# VS\_GERICHTE A1 21 188 vom 24. Januar 2022

VS Kantonsgericht, 2022-01-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs\\_gerichte\\_A1\\_21\\_188](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_21_188)

FR: VS\_GERICHTE A1 21 188 du 24 janvier 2022

IT: VS\_GERICHTE A1 21 188 del 24 gennaio 2022

## Regeste

A1 21 188 ARRÊT DU 24 JANVIER 2022 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, de siège social et Y \_\_\_\_\_ SA, de siège social, consortium recourant, représenté par Maître Frédéric Pitteloud, contre CONSEIL D'ÉTAT DU VALAIS, autorité attaquée et Z \_\_\_\_\_ SA, de siège social, tiers concerné (Adjudication & reg. profession) recours de droit administratif contre la décision du 1er septembre 2021

## Erwägungen

### E. 2

Dans un premier grief, le consortium recourant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu sous l'angle de son droit à obtenir une décision motivée. En outre, il estime que le pouvoir adjudicateur était tenu de l'interpeller préalablement à sa décision d'exclusion en raison de l'écart de prix important (> 3 mio) entre l'offre déposée et celle retenue.

#### E. 2.1

La jurisprudence a déduit de l'article 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse 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. Pour répondre à ces exigences, il suffit que le juge ou l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il 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. 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 (art. 29 al. 3 LPJA ; ATF 142 II 154 consid. 4.2, 141 V 557 consid. 3.2.1 et 139 IV 179 consid. 2.2 ; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2e éd. 2018, n. 1572 ss, p. 530 s.).

- 7 - 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'exclusion, 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. p.ex. ACDP A1 21 151 du 9 novembre 2021 consid. 3.2 ; A1 21 101 du 27 octobre 2021 consid. 2.1).

#### E. 2.2

En l'espèce, le Conseil d'Etat a décidé, le 3 septembre 2021, d'exclure le groupement recourant au motif que l'offre soumise ne respectait pas les exigences du maître d'ouvrage

(ci-après : MO) quant à la réalisation des travaux selon la méthode stipulée dans le CC au paragraphe 2.5.2.3. Cette motivation énonce la raison principale qui a incité le pouvoir adjudicateur à exclure le recourant. Bien que concise, elle paraît néanmoins suffisante au regard des exigences (limitées) que la jurisprudence a tirées de l'article 29 al. 2 Cst. en matière de motivation des décisions. En outre, le DMTE a indiqué, par courrier du même jour, que l'offre du consortium recourant n'avait pas été prise en considération car elle ne respectait pas le CC. A cet égard, il a relevé que le groupement avait proposé une creuse traditionnelle par section « calotte-stross-piédroits », ce qui ne correspondait pas à celle décrite dans le CC, soit une excavation du tunnel sous voûte parapluie injectée et un confortement à l'avancement avec des cintres métalliques et du béton projeté (CC, ch. 2.5.2.3). Ces précisions supplémentaires permettaient au recourant d'appréhender les motifs ayant conduit à son exclusion. Il ne fait d'ailleurs pas valoir qu'il aurait été entravé dans son droit de recours, se contentant d'indiquer que « tant la décision d'exclusion que le courrier l'accompagnant, sont plus que sommaires s'agissant de la motivation de l'exclusion, ce qui constitue une violation du droit d'être entendues des recourantes ». Partant, le grief doit être rejeté pour cette raison déjà. Mais il y a plus. En effet, la Cour de céans retient que, dans le cadre de la procédure de recours, le consortium a eu accès à l'intégralité du dossier de la cause. L'autorité adjudicatrice a en outre répondu de manière circonstanciée aux griefs formulés par le recourant (cf. détermination du 29 septembre 2021). En particulier, s'agissant des variantes, le Conseil d'Etat s'est référé à la publication au B.O. et a rappelé que les variantes d'exécution étaient admises pour autant qu'elles figuraient dans des documents séparés de l'appel d'offres. En outre, il s'est référé au chapitre 1.3.17 du CC pour retenir qu'une offre de base avec la méthode souhaitée par le MO était un préalable nécessaire au dépôt éventuel d'une variante d'exécution. Il a ensuite indiqué que l'offre déposée par le consortium recourant ne répondait pas aux exigences figurant sous

- 8 - le chapitre 2.5.2.3 car « à aucun moment, le pouvoir adjudicateur n'a mis en évidence que cette méthode [soit l'excavation sous voûte parapluie injectée et confortement à l'avancement avec des cintres métalliques et du béton projeté] ne devait s'appliquer qu'à une seule portion du tunnel [...] », ce qui ressortait des plans mis à disposition (pièces nos 16 et 17) et avait conduit à l'exclusion de l'intéressé (art. 23 al. 1 let. c Omp), laquelle était, au demeurant, justifiée par le respect des principes d'égalité de traitement entre concurrents et de transparence. Dans ces circonstances, il apparaît que le consortium recourant a été pleinement en mesure d'appréhender les motifs qui ont conduit à son exclusion et il a pu, par la suite, compléter son recours et exposer par écrit tous les arguments qu'il jugeait pertinents pour contester cette décision, si bien que le grief tiré d'une violation du droit d'être entendu doit être écarté pour ce motif également. Enfin, le consortium recourant estime qu'il aurait dû être interpellé avant qu'une décision d'exclusion ne soit rendue à son encontre en raison de l'écart important de prix entre l'offre déposée et celle retenue. Ce raisonnement perd de vue que l'exclusion critiquée n'a pas été décidée pour un motif de prix, mais en raison de l'absence d'offre de base que le recourant devait déposer s'il avançait une variante.

### **E. 3**

Le recourant soutient avoir déposé une offre conforme au CC. À le suivre, ce dernier n'imposait pas une méthode d'excavation sous voûte parapluie sur toute la longueur du tunnel. Partant, il conteste son exclusion sur la base de l'article 23 al. 1 let. c Omp.

#### **E. 3.1**

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, au ch. 2.5.2.3 intitulé « Tunnel » (cf. supra consid. B). L'appel d'offres précisait également que le projet figurait sur les plans annexés à la partie technique du CC (ch. 1.2.2). A cet égard, l'existence d'une voûte parapluie ressort des plans nos 7 et 8 (dos. p. 153 et 154). En particulier, le « profil en long 1:500 » contenu sur le plan n° 8 « Détails portails et tunnel 1:1'000/500/100 » prévoit une voûte parapluie sur le centre du tunnel (km 136.00 – 211.00) et non pas sur les 15 premiers mètres de part et d'autre de celui-ci comme proposé par l'intéressé. L'assertion du recourant selon laquelle les plans devaient coïncider avec la « méthode prévue » sans pour autant la rendre impérative n'emporte pas la conviction de la Cour de céans dès lors que ce plan précise qu'une excavation traditionnelle, avec libre choix de la méthode d'excavation, était

- 9 - uniquement envisageable aux extrémités dudit tunnel (km 98.00 – 136.00 et 211.00 – 246.00). Ainsi, l'offre déposée par le recourant qui prévoit « une creuse par section "calotte-stross-piédroits" avec réalisation d'une voûte parapluie sur les 15 premiers mètres de chaque extrémité et un confortement à l'avancement avec des cintres métalliques et du béton projeté » ne remplit visiblement pas les impératifs ressortant du CC. A cet égard, il sied de relever que le ch. 2.5.2.3 du CC ne laisse pas la liberté d'interprétation alléguée par le recourant. Certes, ce passage indique que « la méthode prévue est l'excavation sous voûte parapluie injectée et conformément à l'avancement avec des cintres métalliques et du béton projeté » sans pour autant préciser que cette méthode est « impérative ». Il n'en demeure pas moins que sa rédaction, lue conjointement aux plans annexés à l'appel d'offres et faisant partie intégrante de celui-ci, ne laisse pas de doute quant aux attentes de l'adjudicateur de se voir remettre une offre de base incluant cette méthode. Elle laisse toutefois ouverte la possibilité pour les soumissionnaires de déposer une variante d'exécution, ce que le pouvoir adjudicateur a confirmé céans. Cela n'a d'ailleurs pas échappé au consortium recourant étant donné que la pièce n° 14 produite par ses soins (dos. p. 134) reproduit deux types de manière d'excaver le tunnel, à savoir la « méthode d'exécution selon CC » et la « méthode proposée par le consortium ». Ce dernier était dès lors pleinement conscient d'offrir une méthode d'exécution alternative à celle du CC. Il ne saurait dès lors soutenir céans que le CC n'obligeait pas les soumissionnaires à prévoir une voûte parapluie sur la plus grande partie de la longueur du tunnel projeté. Le pouvoir adjudicateur n'a dès lors pas versé dans l'illégalité en retenant que l'offre déposée ne répondait pas aux exigences figurant dans le document d'appel d'offres, ce qui entraînait l'exclusion de l'offre de l'intéressé (art. 23 al. 1 let. c Omp). Le grief doit ainsi être rejeté.

### **E. 3.2**

A titre subsidiaire, le consortium soutient que, dans l'hypothèse où son offre ne devait pas être jugée conforme au CC, alors il y aurait lieu de la considérer comme étant une variante. A cet égard, il estime que la validité d'une variante ne saurait être tributaire du dépôt d'une offre de base, ce d'autant plus qu'en l'absence d'un « document papier original du descriptif du maître d'ouvrage » celui-ci ne pouvait être rempli. Cet argument tombe à faux. En effet, sous l'onglet « Variantes » (ch. 1.3.17), le CC indiquait ce qui a été rapporté supra, au consid. B. La publication au BO stipulait, quant à elle, que « les variantes de projet sont exclues, par contre les variantes d'exécution seront prises en considération pour autant

qu'elles figurent dans des documents séparés de l'appel d'offre ». Dans ces circonstances,

- 10 - les soumissionnaires pouvaient valablement en inférer que le dépôt d'une variante était conditionné au dépôt « préalable » d'une offre de base, rédigée sur un document séparé. A cet égard, l'absence de « document papier original du descriptif du maître de l'ouvrage » ne permet pas de déduire que cette exigence n'existait pas, mais uniquement que les soumissionnaires devaient, avant le dépôt d'une éventuelle variante, laquelle devait figurer dans des documents séparés, formuler une offre conforme au CC (Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, n. 287 et 306, p. 179 et 191 s. ; Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich/Bâle/Genève 2013, n. 750, p. 331 s. ; ACDP A1 18 173 du 29 mars 2019 consid. 2.1.4). Il s'ensuit qu'en l'absence d'offre de base valable, le pouvoir adjudicateur pouvait, sans verser dans l'illégalité, écarter la variante proposée par le recourant, laquelle ne permettait aucune comparabilité entre les offres rentrées.

#### **E. 4**

Le recourant reproche enfin au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir soumis l'appel d'offres aux traités internationaux. Ce faisant, il méconnaît toutefois qu'en l'espèce ce n'est pas la régularité de la procédure d'adjudication qui est l'objet du présent examen, mais la décision d'exclusion en tant que telle, si bien que son grief est irrecevable. 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 solidairement mis à la charge X \_\_\_\_\_ SA et Y \_\_\_\_\_ SA (art. 88 al. 2 et 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 ou administratives (LTar ; RS/VS 173.8), ainsi que de la valeur litigieuse du marché, l'émolument de justice est fixé à 5 000 fr., débours compris (art. 11 LTar). 5.4 Il n'est pas alloué de dépens à l'adjudicataire qui n'en a pas requis (art. 91 al. 1 LPJA).

- 11 -

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