

VS_GERICHTE A1 21 220 vom 23. Februar 2022

VS Kantonsgericht, 2022-02-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 21 220](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_21_220)

FR: VS_GERICHTE A1 21 220 du 23 février 2022

IT: VS_GERICHTE A1 21 220 del 23 febbraio 2022

Regeste

A1 21 220 ARRÊT DU 23 FÉVRIER 2022 Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public Composition : Thomas Brunner, vice-président, Jean-Bernard Fournier, juge, Frédéric Fellay, juge suppléant, Elodie Cosandey, greffière, en la cause W _____ SA et X _____ SA, toutes deux de siège social à A _____, recourantes, représentées par Maître Nadège Dubi, contre COMMUNE DE B _____, à B _____, autorité attaquée, représentée par Maître Blaise Marmy, Y _____ SA, de siège social à C _____, et Z _____ SA, de siège social à D _____, toutes deux tiers concernés (Marché public ; adjudication) recours de droit administratif contre la décision du 30 septembre 2021

Erwägungen

E. 11

juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100). En l'espèce, le consortium formé par W _____ SA et X _____ SA remplit cette exigence, vu que ses membres ont recouru conjointement. 1.3 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. Un soumissionnaire dispose d'un tel intérêt en particulier s'il est en bonne place au classement des offres selon la grille d'évaluation (ATF 141 II 14 consid. 4.6 à 4.8 ; RVJ 2017 p. 30 consid. 2). En l'occurrence, le consortium est placé en deuxième position dans l'évaluation des quatre offres déposées avec un score inférieur de 0.05 points par rapport à celui de l'adjudicataire (4.75 contre 4.80), de sorte que l'on ne peut pas exclure qu'il passerait au premier rang si ses griefs devaient être admis. Partant, la qualité pour recourir 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). 1.4 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

- 7 - que sur la légalité de la décision attaquée, non sur son opportunité (art. 16 AIMP et

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 consid. 7.2 et 141 II 353 consid. 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.). 2. Le pouvoir adjudicateur a

déposé ceans le dossier d'appel d'offres, les documents d'évaluation, ainsi que les offres des soumissionnaires. Les demandes des recourantes en ce sens sont ainsi satisfaites (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA). Concernant l'interrogatoire des parties, il convient de rappeler que, nonobstant les garanties procédurales de l'article 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du

E. 18

avril 1999 (Cst. ; RS 101), l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_610/2020 du 16 septembre 2021 consid. 2.1). A cela s'ajoute que la procédure administrative est en principe écrite et que le recourant n'a pas de droit inconditionnel à faire valoir son point de vue par oral (arrêt du Tribunal fédéral 8C_743/2020 du 30 juin 2021 consid. 5.2.1 ; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2e éd. 2018, n. 1537 et 1539, p. 522). En l'occurrence, les recourantes ont pu s'exprimer par écrit dans leur recours du 11 octobre 2021 ainsi que dans leur écriture du 28 janvier 2022. Il en va de même des autres parties à la procédure, l'adjudicataire s'étant déterminé le 10 décembre 2021 et le pouvoir adjudicateur le 14 décembre suivant. Par conséquent, ce moyen de preuve n'apparaît pas décisif et n'est pas de nature à influencer sur la présente décision, la situation étant suffisamment établie par les actes de la cause. 3. Les recourantes affirment que l'adjudicateur aurait dû procéder à l'adjudication sur la base d'une appréciation globale mêlant les critères d'aptitude et d'adjudication. Partant de cette prémisse, elles se plaignent de la note de 3.33 qui leur a été attribuée pour le critère d'aptitude « Références ». A les suivre, elles auraient dû obtenir le maximum de points pour ce critère, prenant ainsi la première place du tableau d'évaluation des offres.

- 8 - 3.1.1 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 posés voient leur offre exclue, sans compensation possible (ATF 145 II 249 consid. 3.3 ; 141 II 353 consid. 7.1 ; 139 II 489 consid. 2.2.4), alors que la non-réalisation d'un critère d'adjudication n'est pas éliminatoire, mais peut être compensée par une pondération avec d'autres critères d'adjudication (ATF 141 II 353 consid. 7.1 et 140 I 285 consid. 5.1). 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_6/2020 du 20 novembre 2020 consid. 4.3). La jurisprudence a précisé qu'il n'est par principe pas prohibé de prendre en considération les mêmes critères tant au stade de l'examen de l'aptitude qu'à celui de l'adjudication, pour autant que ces critères puissent faire l'objet d'une certaine gradation. Dans un tel cas de figure, le respect d'un seuil minimum vaudrait en effet critère d'aptitude, tandis que le dépassement (graduel) de cette exigence minimale serait évalué comme un critère d'adjudication (ATF 140 I 285

consid. 5.1 ; 139 II 489 consid. 2.2.4). Il convient d'ajouter que, lorsque les manquements du soumissionnaire aux exigences d'aptitude ne sont que légers, il serait disproportionné de l'exclure de la procédure d'adjudication (ATF 143 I 177 consid. 2.3.1). En principe, les faits postérieurs à la remise des dossiers de soumissions ne devraient pas être pris en considération pour déterminer si un soumissionnaire est apte à obtenir le marché. Le contraire reviendrait à discriminer les autres soumissionnaires (ATF 143 I 177 consid. 2.5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_58/2018 du 29 juin 2018 consid. 5.3). 3.1.2 En droit des marchés publics des cantons et des communes, le principe de transparence est consacré par les articles 5 al. 2 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI ; RS 943.02) et 1er al. 3 let. c AIMP. Il exige notamment que les critères d'aptitude et d'adjudication soient énoncés dans l'appel d'offres

- 9 - (ATF 143 II 553 consid. 7.7 ; 141 II 353 consid. 6.4 ; 125 II 86 consid. 7). Une modification ultérieure de ces critères est en principe interdite (ATF 143 II 553 consid. 7.7 ; 130 I 241 consid. 5.1 ; ATF 125 II 86 consid. 7). 3.2.1 En l'espèce, se référant à un avis de doctrine ainsi qu'au guide romand, les recourantes soutiennent que, dans le cadre d'une procédure ouverte, l'entité adjudicatrice, après avoir éliminé les entreprises qui ne remplissent pas les exigences minimales d'aptitude, est tenue d'évaluer les offres de manière globale, compte tenu tant des critères d'aptitude que d'adjudication. Outre le fait que le guide romand se contente de formuler des recommandations à suivre pour organiser des appels d'offres (cf. guide romand, introduction, p. 2) et n'impose pas le recours à une méthode d'évaluation plutôt qu'à une autre, l'appréciation des recourantes ne correspond pas à la jurisprudence exprimée supra (consid. 3.1.1). Au contraire, le Tribunal fédéral différencie clairement le rôle des critères d'aptitude et celui des critères d'adjudication, tout en admettant que certains peuvent avoir un caractère mixte et entrer en considération tant au stade de l'examen de l'aptitude que de celui de l'adjudication. Cela doit toutefois ressortir des documents d'appel d'offres, afin de respecter le principe de transparence. Même dans un tel cas de figure, cela ne signifie de toute manière pas que le pouvoir adjudicateur doive faire une moyenne des résultats de ces deux évaluations (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_107/2007 du

E. 22

janvier 2008 consid. 2.1). Contrairement à ce que soutiennent les recourantes, il n'existe donc pas de règle générale imposant à l'adjudicateur de procéder à l'adjudication sur la base d'une appréciation globale mêlant les critères d'aptitude et d'adjudication. 3.2.2 Ceci posé, il convient de constater que les documents d'appel d'offres remis aux candidats pour préparer les soumissions distinguaient clairement les critères d'aptitude (ch. 5.3) de ceux d'adjudication (ch. 5.4) ; en particulier, il n'y avait aucun doute possible sur le fait que les critères d'aptitude servaient seulement à vérifier que les candidats avaient les qualifications nécessaires pour prendre part au marché, mais ne seraient pas pris en considération pour noter les soumissions au stade de l'adjudication proprement dite, seuls les critères d'adjudication, totalisant à eux seuls 100 % de la note, étant pris en compte dans le résultat final. En effet, il était clairement indiqué, quant aux critères d'aptitude, que « les critères suivants sont évalués avant de procéder à l'évaluation des critères d'adjudication. [...] Le soumissionnaire qui n'obtient pas la note moyenne de 2.5 est écarté de la procédure ». Le marché a donc été régulièrement adjugé. 3.3 L'on rappellera finalement qu'en vertu du principe de la bonne foi et sauf exceptions non pertinentes en l'espèce, le soumissionnaire qui désire contester certains éléments de l'appel d'offres, ou des documents de l'appel

d'offres qui font partie intégrante de ce dernier,

- 10 - doit le faire immédiatement, sous peine de forclusion, dans le délai prévu par la législation topique (ATF 130 I 241 consid. 4.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_1060/2017 du 29 octobre 2020 consid. 5.2 non publié dans l'ATF 147 II 264 et 2C_841/2016 du 25 août 2017 consid. 1.2.2). Dans ces conditions, si les recourantes n'étaient pas satisfaites des modalités de passation du marché, elles étaient tenues, dans le délai de dix jours dès leur remise (cf. art. 16 al. 2 LcAIMP), de recourir contre les documents de l'appel d'offres en contestant la non-prise en considération des critères d'aptitude dans le résultat final, ce qu'elles n'ont pas fait. Leurs critiques apparaissent dès lors tardives. 4.1 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. 4.2 Vu l'issue du litige, les frais de la cause sont mis à la charge, solidairement entre elles, de W _____ SA et X _____ SA (art. 89 al. 1 LPJA), à qui les dépens sont refusés (art. 91 al. 1 LPJA a contrario). 4.3 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 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), l'émolument de justice est fixé à 2000 fr., débours compris (art. 11 LTar). 4.4 Y _____ SA et Z _____ SA obtiennent gain de cause. Toutefois, elles n'étaient pas assistées par un mandataire professionnel et n'ont pas invoqué de motif particulier justifiant de leur allouer des dépens (art. 91 al. 1 LPJA a contrario).

- 11 -

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