

VS_GERICHTE A1 21 64 vom 13. Oktober 2021

VS Kantonsgericht, 2021-10-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 21 64](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_21_64)

FR: VS_GERICHTE A1 21 64 du 13 octobre 2021

IT: VS_GERICHTE A1 21 64 del 13 ottobre 2021

Regeste

A1 21 64 ARRÊT DU 13 OCTOBRE 2021 Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public Composition : Christophe Joris, président ; Thomas Brunner, juge ; Frédéric Fellay, juge suppléant, en la cause W _____ SA, recourante, représentée par Maître Baptiste Hurni contre X _____, par la Ville de A _____, autorité attaquée, ainsi que le consortium formé par Y _____ SA, et Z _____ AG, tiers concernés (adjudication) recours de droit administratif contre la décision du 25 mars 2021

Erwägungen

E. 1

La recourante est arrivée en troisième position du classement des offres. Elle développe cependant des griefs susceptibles de conduire à l'annulation et à la répétition de la procédure d'adjudication et a pris une conclusion (subsidaire) dans ce sens. Dans la mesure où elle pourrait, dans ce cas de figure, conformément aux intentions exprimées par le pouvoir adjudicateur dans sa réponse, soumettre une nouvelle offre et se procurer une nouvelle chance d'obtenir le marché, elle dispose de la qualité pour recourir (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. a de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA ; RS/VS 172.6] ; cf. ATF 141 II 307 consid. 6.6). Le recours a été régulièrement formé au surplus, de sorte qu'il convient d'entrer en matière (art. 15 et 16 de la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics [LcAIMP ; RS/VS 726.1] ; art. 15 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics [AIMP ; RS/VS 726.1-1] ; art. 80 al. 1 let. c et 48 LPJA).

E. 2

Dans sa réponse, le pouvoir adjudicateur a indiqué qu'il acceptait le recours en précisant qu'il allait annuler la décision d'adjudication, établir et lancer un nouvel appel d'offres. Il convient préalablement de déterminer ce que cela implique pour l'examen de la cause par le Tribunal.

E. 2.1

Le recours a effet dévolutif complet (art. 80 al. 1 let. e et 60 LPJA ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_697/2019 du 21 août 2020 consid. 1.3). Dès le dépôt du recours de droit administratif, la saisine passe ainsi au Tribunal. L'article 57 LPJA, applicable par renvoi de l'article 80 alinéa 1 lettre d LPJA, déroge à ce principe en prévoyant que l'autorité intimée peut procéder à un nouvel examen de la décision attaquée (al. 1). Elle doit dans ce cas communiquer sans délai sa nouvelle décision à l'autorité de recours et aux parties (al. 2). L'autorité de recours continue à traiter le recours dans la mesure où la nouvelle décision de l'autorité inférieure ne l'a pas rendu sans objet (al. 3).

E. 2.2

En l'espèce, le Tribunal n'a pas été informé du fait qu'une nouvelle décision, susceptible de rendre sans objet la présente procédure, aurait été prise par le pouvoir adjudicateur. Les parties ne font pas non plus état d'une telle décision. En l'absence de nouvelle décision de X _____, sa déclaration d'« acceptation du recours » doit être interprétée comme une demande adressée au Tribunal tendant à ce que le recours de W _____ SA soit admis. Dans ces conditions, seule une décision de fond peut être

- 5 - rendue, solution qui se justifie également attendu que la réponse du consortium adjudicataire n'emporte manifestement pas acquiescement au recours.

E. 3

La recourante reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir violé les principes de transparence, de non-discrimination et d'avoir versé dans l'arbitraire en ayant en substance attribué un marché ne correspondant aucunement à celui mis en soumission, ceci sans permettre aux soumissionnaires d'adapter leurs offres.

E. 3.1

La législation sur les marchés publics a pour effet notamment de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b AIMP). Le principe de non-discrimination, qui traduit cette préoccupation (cf. ég. art. 11 let. a AIMP), implique d'offrir à tous les candidats un accès identique au marché. Les concurrents admis à participer à un marché donné doivent ensuite être traités de manière non discriminatoire, ce qui implique, concrètement, que le pouvoir adjudicateur adopte les mêmes critères pour l'ensemble des concurrents. De même, sous peine de violer le principe de non-discrimination ainsi que celui de la bonne foi, l'adjudicateur doit se conformer, dans la suite de la procédure, aux conditions du marché qu'il a préalablement annoncées et ne saurait dès lors s'écarter des « règles du jeu » qu'il s'est fixées (Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, no 259 p. 161). Le principe de la stabilité de l'offre implique que l'objet du marché ne peut en principe plus être modifié, à tout le moins sur des points essentiels (ACDP A1 18 152 du 20 décembre 2018 consid. 2.4 ; Etienne Poltier, *op. cit.*, no 340 p. 214). La modification est substantielle lorsqu'elle est susceptible d'entraîner des répercussions sur le choix du cocontractant (Christoph Jäger, *Änderungen im Vergabeverfahren in : Jean-Baptiste Zufferey et al. [édit.], Marchés publics 2018, Zurich/Bâle/Genève*, no 26 p. 369). Il y a par ailleurs lieu d'admettre une modification substantielle lorsque le marché porte sur un « aliud » par rapport à l'objet initial (*ibidem*, no 27 p. 369). En pareils cas, la procédure doit faire l'objet d'une interruption, puis d'un renouvellement, le nouvel appel d'offres portant alors sur le projet modifié (cf. art. 35 let. c de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics [Omp ; RS/VS 726.100] ; Etienne Poltier, *op. cit.*, no 340 p. 214 et no 362 p. 229 ; Peter Galli et al., *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3e éd. 2013, no 804 p. 356). Si la modification d'un projet est de moindre ampleur, la correction peut en principe intervenir dans le cadre de la procédure en cours (Etienne Poltier, *op. cit.*, no 362 p. 229). Le pouvoir adjudicateur doit cependant en informer chaque soumissionnaire afin d'assurer le respect du principe de la transparence (Peter Galli et al., *op. cit.*, no 804 p. 356). Les participants doivent dans ce cas obtenir la possibilité

- 6 - d'adapter leur offre en fonction des nouvelles exigences (Etienne Poltier, *op. cit.*, no 349 p. 218.)

E. 3.2

En l'espèce, il appert du dossier que l'objet du marché a été effectivement modifié, et ceci de manière substantielle, consécutivement au choix de la variante « sans résine » envisagée dans le cadre du marché de génie civil (mais non dans le marché en question). Le rapport du bureau B _____ SA indique en effet, expressément, que les travaux prévus dans le cadre de l'appel d'offres « Assainissement et protection du béton », ici litigieux, « ne sont plus nécessaires » (chiffre 5.1 p. 12). Reprenant les explications figurant dans ledit rapport, la décision attaquée indique ainsi que « la pose d'une résine de protection devient inutile sur la quasi-totalité des surfaces » et que « seule l'application d'une résine dans les bassins de nitrification (avec les supports) est encore à l'étude ». Elle précise encore que les quantités estimées seront modifiées substantiellement. Dans ces conditions, il était nécessaire d'interrompre le marché et de renouveler celui-ci en supprimant les prestations abandonnées. La décision adjugeant « les travaux d'étanchéité pour un montant estimé à Fr. xxx'xxx (HT) » viole les principes évoqués au considérant précédent et doit donc être annulée. Cette issue s'impose d'ailleurs indépendamment de la qualification qu'il y a lieu de donner à la modification en cause, les soumissionnaires n'ayant aucunement eu la possibilité d'adapter leurs offres. Au surplus et à toutes fins utiles, l'on observera, au regard de la référence faite par le consortium adjudicataire au chiffre 1.11 du cahier de soumission, que ce droit réservé du maître d'ouvrage porte sur la mise en chantier partielle « des travaux prévus dans la présente offre ». Il n'habilite cependant pas le pouvoir adjudicateur à rendre une décision d'adjudication portant sur un marché modifié par rapport à celui mis en soumission, sur la base duquel les offres ont été évaluées, à peine de violer, comme c'est le cas ici, les règles fondamentales régissant la passation des marchés. 4.1 Les considérants qui précèdent conduisent à l'annulation de la procédure d'adjudication et de la décision du 18 mars 2021 l'ayant ponctuée (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). L'affaire est renvoyée à X _____ pour renouvellement de la procédure d'adjudication. Cette issue du litige s'impose au vu du dossier, autrement dit sans qu'il ne soit nécessaire d'administrer les différentes offres de preuve proposées par la recourante (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA). 4.2 La demande d'effet suspensif est classée, le présent arrêt la privant d'objet. 4.3 L'arrêt est rendu sans frais (art. 89 al. 4 LPJA). La recourante a principalement conclu à l'obtention du marché en sa faveur, ce qu'elle ne saurait obtenir attendu que la

- 7 - modification de l'objet du marché aurait justement dû conduire le pouvoir adjudicateur à interrompre la procédure et à la renouveler. Elle n'obtient donc que partiellement gain de cause et a en conséquence droit à des dépens réduits (art. 91 al. 1 LPJA). Cette indemnité réduite est fixée à 2500 fr. (TVA comprise ; art. 4, 27 et 39 LTar). En sus de l'indemnisation des débours de cette partie (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 de la recourante, activité ayant principalement consisté en la prise de connaissance du dossier et en la rédaction d'un recours de 16 pages et d'une détermination complémentaire d'une page. A cet égard et sous réserve de la réduction liée à l'admission seulement partielle du recours, le Tribunal ne voit pas de motifs objectifs justifiant de s'écarter du décompte déposé par Maître Hurni.