

# VS\_GERICHTE A1 23 15 vom 7. Juni 2023

VS Kantonsgericht, 2023-06-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs\\_gerichte\\_A1 23 15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_23_15)

FR: VS\_GERICHTE A1 23 15 du 7 juin 2023

IT: VS\_GERICHTE A1 23 15 del 7 giugno 2023

## Regeste

A1 23 15 ARRÊT DU 7 JUIN 2023 Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public  
Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier et Dr. Thierry Schnyder, juges ; Ferdinand Vanay, greffier, en la cause X \_\_\_\_\_ SA, A \_\_\_\_\_, recourante, représentée par Maître Bryan Pitteloud, avocat, 1951 Sion contre HÔPITAL DU VALAIS, 1951 Sion, autorité attaquée, représenté par Maître Philippe Loretan, avocat, 1950 Sion, et Y \_\_\_\_\_, B \_\_\_\_\_, adjudicataire, représentée par Maître Matthias Amgwerd, avocat, 3003 Berne (marché public) recours de droit administratif contre la décision du 17 janvier 2023

## Erwägungen

### E. 25

novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics – AIMP ; RS/VS 726.1-1). En l'occurrence, le recours déposé le 27 janvier 2023 contre la décision d'adjudication datée du 17 janvier précédent intervient dans le délai légal (art. 16 al. 2 LcAIMP ; art. 80 let. b et 46 LPJA). 1.2 A qualité pour recourir céans quiconque est atteint par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. a LPJA). Dans les affaires de marchés publics, cet intérêt digne de protection dépend en principe des chances du recourant 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. 4.1, cité p. ex. in : arrêt du Tribunal fédéral 2C\_951/2019 du 16 juillet 2020 consid. 2.2.1 ; RVJ 2015 p. 72). Il n'existe toutefois pas de règle selon laquelle la qualité pour recourir devrait être automatiquement déniée à tout offreur dont l'offre a été classée à partir d'un rang déterminé, la question déterminante étant de savoir si les arguments formulés dans le recours sont de nature à permettre au soumissionnaire concerné de remporter le marché. D'ailleurs, tout soumissionnaire évincé a, quel que soit son rang, la qualité pour recourir lorsqu'il conclut à l'annulation de l'ensemble de la procédure d'appel d'offres en raison de vices formels particulièrement graves (Daniel Guignard, La

- 5 - qualité pour recourir, in : Jean-Baptiste Zufferey et al. [éd.], Marchés publics 2020, Zurich/Bâle/Genève 2020, nos 9 s. p. 453 s.). In casu, seules deux offres ont été déposées. La recourante dénonce céans des vices formels qui, s'ils étaient avérés, seraient de nature à justifier la mise en œuvre d'une nouvelle procédure d'adjudication, voire l'attribution du marché à elle-même. Dès lors, elle a rendu vraisemblable qu'elle dispose encore de réelles chances d'obtenir le marché, si bien que sa qualité pour recourir est admise, ce que ni l'adjudicateur, ni l'adjudicataire ne contestent. 1.3 Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que la recourante a motivés dans les formes des art. 80 al. 1 let. c et 48 al. 1 LPJA et ne statue que sur la légalité de la décision contestée, non sur son opportunité (art.

16 AIMP et 16 LcAIMP ; RVJ 2017 p. 30 consid. 4). 1.4 L'Hôpital du Valais a joint à sa réponse les pièces essentielles du dossier d'adjudication, à savoir notamment le cahier des charges, deux procès-verbaux d'ouverture des offres (« variantes » à 48 mois et à 60 mois), un rapport d'adjudication daté du 2 janvier 2023, plusieurs courriels échangés avec les deux soumissionnaires ainsi que les deux offres concurrentes. On peut considérer que le dépôt de ces pièces satisfait à la demande de la recourante, qui a requis l'édition du dossier complet de la cause et qui, à la suite du dépôt des pièces précitées, n'a pas élevé de griefs particuliers (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA). La recourante requiert aussi les auditions de son head of business development, C \_\_\_\_\_, ainsi que celles du président du conseil d'administration et du directeur général de l'Hôpital du Valais. On ne perçoit toutefois pas, au vu des allégués et des écritures déposées en cause, quelles circonstances particulières et importantes pour l'issue du litige la recourante entendrait faire établir par le moyen de preuve ainsi offert. A cela s'ajoute que l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), à l'instar de l'art. 19 al. 1 LPJA, ne confère aucun droit à être entendu oralement (ATF 140 I 68 consid. 9.6.1 ; RVJ 2009 p. 46 consid. 3b). En outre, la recourante, l'adjudicataire et l'adjudicateur ont tous pu faire valoir leurs points de vue respectifs dans la présente procédure. Il s'ensuit que les auditions requises apparaissent superflues et ne seront pas administrées (ATF 145 I 167 consid. 4.1 et 140 I 285 consid. 6.3.1). Enfin, à l'instar de la recourante, Y \_\_\_\_\_ Sàrl a eu la possibilité de consulter le dossier constitué céans, dès le 6 avril 2023, de sorte que sa demande en ce sens a été respectée.

- 6 - 2.1 L'affaire porte sur l'attribution d'un marché public. La recourante soutient que cette décision d'adjudication est contraire au droit. Elle reproche d'abord à l'adjudicateur d'avoir failli à son devoir d'information au cours de la procédure de passation du marché ainsi qu'à son obligation de motiver sa décision, en violation du droit d'être entendu (cf. infra, consid. 3). Ensuite, elle soutient que cette procédure a été menée en contrevenant au principe de la transparence, dès lors que le montant de l'offre de l'adjudicataire a été modifié après l'ouverture des offres et sans qu'elle en ait été informée, ni invitée à adapter ses prix (cf. infra, consid. 4). Elle invoque également, pour le même motif, une violation du principe de l'intangibilité des offres (cf. infra, consid. 5). 2.2 Avant d'examiner ces griefs, il convient de clarifier certains faits importants, à l'aune des pièces qui ont été déposées. La décision d'adjudication communiquée à la recourante indique que le marché a été adjugé à sa concurrente pour un prix de 2'875'590 francs. Bien que la décision ne le mentionne pas, ce montant correspond en réalité à celui qui figure effectivement dans l'offre déposée par Y \_\_\_\_\_ Sàrl (cf. formulaire de synthèse, annexe II/A1). Au chapitre 6 de cette offre, on lit que le contrat est proposé pour une durée de 5 ans (renouvelable) et que le prix mensuel net est de 44'500 fr., ce qui correspond à un prix TTC de 47'926 fr. 50 ( $47'926.5 \times 60$  [mois] = 2'875'590). On comprend ainsi que, lors de l'ouverture des offres, le 26 novembre 2022, le prix de l'offre de Y \_\_\_\_\_ Sàrl a été adapté et calculé sur 4 ans ( $47'926.5 \times 48$  [mois] = 2'300'472). L'offre de la recourante indique, quant à elle, un prix incluant un coût unique de 129'240 fr. TTC pour le matériel et les licences et une prestation de services de 2'362'507 fr. 20 TTC (cf. formulaire de synthèse, annexe II/A1). Dite prestation correspond à un coût mensuel net de 45'700 fr. (cf. offre de la recourante, ch. 4), soit 49'218 fr. 90 TTC, calculé sur 4 ans (48 mois). En outre, ces montants se réfèrent à une durée contractuelle minimale de 5 ans (cf. offre de la recourante, ch. 5 ; v. aussi modèle de contrat joint à cette offre, ch. 14). Comme on le voit, les deux offres chiffrent des montants qui ne peuvent pas être comparés tels quels, puisque portant sur une durée différente. Cette

confusion semble avoir été créée par le cahier des charges qui indique, de manière singulière, que le marché porte sur le renouvellement d'un contrat de liaison réseau informatique pour une durée de 5 à 10 ans (ch. 1.3), mais que « la durée du marché est, en principe, de 4 ans dès l'adjudication » (ch. 2.9.4) et que « le prix qui sera pris en compte pour l'adjudication est basé sur [...] la maintenance des équipements sur 4 ans, selon les exigences du

- 7 - cahier de spécifications » (ch. 2.8.4). C'est dans ce contexte que l'adjudicateur a rédigé deux « procès-verbaux d'ouverture des offres » : le premier date du 26 novembre 2022 et adapte le prix offert par Y \_\_\_\_\_ Sàrl à la baisse pour correspondre à une durée de 4 ans, tandis que le second a été établi le 5 décembre suivant et modifie à la hausse le prix offert par la recourante, afin qu'il couvre une durée de 5 ans. Le marché a été adjugé en évaluant le critère du prix selon cette seconde modalité. 3.1 Dans un premier moyen, la recourante invoque une violation de son droit d'être entendue. Elle relève que l'adjudicateur n'a pas respecté son obligation de la renseigner, non seulement à propos d'une modification du prix des offres en cours de procédure, mais aussi sur les motifs principaux pour lesquels le marché ne lui avait pas été attribué. 3.2 Aux termes de l'art. 34 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100), l'adjudicateur doit, sur demande, faire connaître dans les cinq jours au soumissionnaire les motifs principaux de sa non prise en considération (al. 2). Cependant, si l'offre de l'adjudicataire n'est pas la meilleure marché, la décision d'adjudication doit contenir, en plus de l'indication du nom de l'adjudicataire et du montant de l'adjudication, le tableau d'évaluation des offres. Le tableau d'évaluation mentionne au minimum les critères et les éventuels sous-critères d'adjudication, leurs pondérations ainsi que les notes obtenues par l'adjudicataire et le destinataire de la décision, respectivement le classement de ce dernier (al. 3). Ces dispositions répondent aux exigences de l'art. 13 let. h AIMP, qui demande que les dispositions d'exécution cantonales garantissent, en particulier, « la motivation sommaire des décisions d'adjudication ». 3.3 Contrairement à ce que soutient la recourante, l'adjudicateur l'a informée par téléphone et courriel du 5 décembre 2022 qu'elle allait examiner une variante « comportant une transposition des montants sur 5 ans (60 mois) » (cf. pièce no 15 jointe à la réponse de l'adjudicateur). Il le lui a également rappelé par courriel, le 18 janvier 2023, lorsque l'intéressée a requis des explications à la suite de la décision d'adjudication (cf. pièce no 21 jointe à la réponse de l'adjudicateur). Il s'ensuit que la recourante a été correctement informée de la manière dont le prix du marché a été en définitive calculé et qu'elle reproche à tort à l'adjudicateur un défaut illégal de communication à cet égard. 3.4 En outre, la décision d'adjudication mentionnait « la possibilité de demander les motifs essentiels de la décision » auprès du responsable du service informatique de l'Hôpital du Valais. Il ressort d'un échange de courriels déposés par l'adjudicateur

- 8 - (cf. pièce no 21 jointe à sa réponse) que C \_\_\_\_\_, employé de la recourante, a contacté ce responsable le lendemain pour lui demander des explications. Celui-ci a répondu, le même jour, que l'adjudication avait été décidée, « dans les grandes lignes », en raison de « la différence de prix », « calculé sur 60 mois tel que communiqué dans le fichier joint transmis par email le 5 décembre ». Le responsable du service informatique a indiqué également être disposé à rencontrer le susnommé afin de lui exposer plus en détail les motifs de la décision d'adjudication, rencontre qui s'est déroulée le 20 janvier suivant dans les locaux de l'adjudicateur et à l'issue de laquelle aucune requête d'explications écrites

supplémentaires n'a été émise. Dans ces conditions, force est de constater que l'adjudicateur s'est conformé aux exigences de l'art. 34 al. 2 et 3 Omp, étant précisé que l'offre de l'adjudicataire était la meilleure marché et que, pour cette raison, la décision d'adjudication n'avait pas à inclure le tableau d'évaluation des offres. Il s'ensuit que la recourante invoque à tort un défaut de motivation l'ayant empêchée de connaître les raisons de la non prise en considération de son offre. 4.1 Ensuite, la recourante soutient que la procédure de passation a été menée en violation du principe de la transparence, dès lors que le montant de l'offre de l'adjudicataire a été modifié après l'ouverture des offres et sans qu'elle en ait été informée, ni invitée à adapter ses prix. 4.2 Le principe de la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) exige en particulier que le pouvoir adjudicateur se conforme, dans la suite de la procédure, aux conditions du marché qu'il a préalablement annoncées. Sur cet aspect, ce principe se rapproche de celui de la bonne foi, qui prohibe les comportements contradictoires de l'autorité, mais aussi du principe de non-discrimination ; en effet, lorsque le pouvoir adjudicateur s'écarte des « règles du jeu » qu'il s'est fixées, il adopte un comportement qui se rapproche d'une manipulation, typiquement discriminatoire, du résultat du marché (Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, n. 259 p. 161). Le principe de transparence permet également de contrôler l'impartialité de la procédure d'adjudication, les candidats étant en mesure de s'assurer que les règles posées initialement ont été effectivement respectées depuis le lancement du marché jusqu'à son adjudication (Etienne Poltier, *op. cit.*, n. 264 p. 163). Dans le cadre de l'évaluation du critère du prix, le principe de transparence est un élément essentiel permettant de garantir aux soumissionnaires que leurs offres ont été appréciées de manière équitable. L'annonce préalable de la pondération du critère du prix est à cet égard une condition nécessaire, mais non suffisante, pour assurer la transparence de la

- 9 - procédure de passation du marché (ACDP A1 19 134 du 10 janvier 2020 consid. 5.6 ; Peter Galli et al., *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3e éd. 2013, n. 898 p. 405). 4.3 En l'occurrence, comme on l'a vu (cf. supra, consid. 2.2), le cahier des charges pouvait sembler contradictoire, dans la mesure où il indiquait une durée du contrat de 5 à 10 ans, une durée du marché « en principe » de 4 ans et un calcul du prix notamment sur la base de coûts de « maintenance des équipements sur 4 ans ». Il apparaît cependant que la volonté de l'adjudicateur de calculer le prix des offres sur une durée de 4 ans ressort de manière relativement explicite de ce document (cf. ch. 2.8.4 et 2.9.4). En définitive, c'est la recourante qui semble s'être le mieux conformée à ces exigences singulières, en proposant un contrat de 5 ans et en énonçant un prix calculé sur 4 ans. Cela explique sans doute pourquoi, à l'ouverture des offres le 26 novembre 2022, c'est le prix offert par l'adjudicataire sur 5 ans qui, dans un premier temps, a été adapté afin d'être comparé à celui fixé sur 4 ans par la recourante. Il n'apparaît pas que les circonstances imposaient une exclusion de l'offre de l'adjudicataire pour non-conformité aux règles fixées dans le cahier des charges, solution qui aurait été excessivement formaliste au vu du contenu ambigu de ce document. En outre, cette modification du prix de l'offre de Y \_\_\_\_\_ sàrl pouvait être aisément calculée, du moment que celle-ci avait chiffré le coût de ses services sur la base d'un prix mensuel. L'adjudicateur n'a donc pas violé le principe de la transparence en procédant de la sorte, la recourante ayant été manifestement informée de cette modification qui est transposée dans le procès-verbal du 26 novembre 2022, lequel comporte la signature de l'un de ses représentants. Toutefois, en cours de procédure, l'adjudicateur a décidé d'évaluer le critère du prix sur une période de 5 ans et il a ainsi formellement adjugé le

marché à Y \_\_\_\_\_ sàrl pour un prix de 2'875'590 francs. Comme on l'a vu, l'examen de cette « variante » a été annoncé aux soumissionnaires par téléphone et courriel du 5 décembre 2022, sans que ceux-ci ne se manifestent pour s'y opposer (cf. supra, consid. 3.3). La Cour souligne néanmoins que le cahier des charges ne mentionne à aucun moment un calcul du prix sur une durée de 5 ans. Au contraire, comme on vient de le voir, il énonce une durée du marché de 4 ans (ch. 2.9.4) et une prise en compte du coût de la maintenance des équipements sur 4 ans (ch. 2.8.4). Dans ces conditions, il apparaît qu'en notant les offres sur la base de prix pour une durée de 5 ans, l'adjudicateur a modifié les règles qu'il avait fixées pour la passation de ce marché. Ce procédé n'est pas conforme au principe de la transparence, car il ne permet pas d'exclure les manipulations. En effet, dès le moment où les différents prix offerts sont connus, le fait que ceux-ci puissent être évalués en

- 10 - suivant diverses modalités (p. ex. en fonction d'une durée variable du marché), à la totale discrétion de l'adjudicateur, ne permet pas de garantir que le marché a été attribué de manière impartiale et transparente. Les montants à considérer et les écarts entre ceux-ci sont, en effet, susceptibles de varier notablement selon que les coûts sont calculés sur une durée plus ou moins longue. C'est dire que l'adjudicateur se trouve en position d'influer considérablement sur la notation du critère du prix et, consécutivement, sur l'attribution du marché, ce qui est contraire au principe de la transparence. 4.4 Dans le cas particulier, cette constatation n'impose pas l'annulation de la décision d'adjudication et la reprise de toute la procédure ab ovo. En effet, il faut souligner que la notation du critère du prix calculé sur une période de 4 ans, conformément aux documents d'appel d'offres, ne permet pas d'adjuger le marché à la recourante, car son offre demeure notablement plus chère que celle de sa concurrente. En réalité, l'application de la méthode de notation au carré pour ce critère du prix, en tenant compte des montants reportés dans le procès-verbal du 26 novembre 2022, aboutit pour Y \_\_\_\_\_ sàrl à la même note de 5, tandis que la recourante obtient une note plus basse ( $(2'300'472 \cdot 2'491'747.2 / ) \cdot 2 \cdot 5 = 4.26$ ) que celle retenue dans le rapport d'adjudication (4.35 ; cf. rapport p. 8). Il s'ensuit qu'en suivant les règles qui ressortent des documents d'appel d'offres quant à la durée du marché et au calcul du prix, l'offre de l'adjudicataire est toujours en tête du classement et remporte le marché. 5. Enfin, pour les mêmes raisons que celles exposées au considérant précédent, le motif invoquant une violation du principe de l'intangibilité des offres ne saurait conduire à annuler la décision d'adjudication. A cet égard, la Cour relève que l'adaptation du prix offert par l'adjudicataire est nécessaire, afin de pouvoir comparer cette offre avec celle de la recourante sur une période de 4 ans. Elle observe qu'une telle adaptation ne pose pas de difficultés particulières, puisque Y \_\_\_\_\_ sàrl a énoncé un prix mensuel pour ses services. En soi, le prix offert par ce soumissionnaire n'est donc pas modifié ; seul le calcul sur une durée différente de l'offre l'est, ce qui permet de relativiser l'atteinte au principe de l'intangibilité des offres. En outre, cette adaptation repose sur un motif objectif qui ressort du cahier des charges, à savoir la durée du marché arrêtée à 4 ans. 6.1 Attendu ce qui précède, le recours est rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).

- 11 - 6.2 La demande d'effet suspensif est classée, le présent arrêt la privant d'objet. 6.3 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 5000 fr. (art. 25 LTar), limites que la Cour peut majorer jusqu'au quintuple, lorsque des circonstances particulières le justifient (art. 13 al. 3 LTar). En l'occurrence, compte tenu notamment de la valeur du marché à adjuger (sur la prise en compte de ce paramètre, voir arrêt du Tribunal fédéral 2D\_35/2016 du 21 avril 2017 consid. 2), il se justifie de fixer l'émolument de justice, qui comprend les frais de chancellerie (art. 3 al. 3 LTar), à 5000 francs. 6.4 L'issue du litige implique pour la recourante le refus des dépens (art. 91 al. 1 LPJA a contrario). Y \_\_\_\_\_ Sàrl, 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 de la recourante. Cette indemnité est fixée à 1800 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 des recourantes, qui a consisté essentiellement en la prise de connaissance du dossier et en la rédaction d'une réponse de 13 pages.

- 12 -

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