

VS_GERICHTE A1 23 153 vom 2. April 2024

VS Kantonsgericht, 2024-04-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 23 153](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_23_153)

FR: VS_GERICHTE A1 23 153 du 2 avril 2024

IT: VS_GERICHTE A1 23 153 del 2 aprile 2024

Regeste

A1 23 153 ARRÊT DU 2 AVRIL 2024 Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public
Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier et Dr Thierry Schnyder, juges en la cause X _____, Martigny, recourante, représentée par Maître Philippe Loretan, avocat, 1951 Sion contre CONSEIL COMMUNAL DE MONTHEY, Monthey, autorité attaquée, et Y _____, 3960 Carouge, tiers concerné (marchés publics) recours de droit administratif contre la décision du 28 août 2023

Erwägungen

E. 1

En vigueur depuis le 1er janvier 2024, la loi du 15 mars 2023 (LcAIMP ; RS/VS 726) concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 (AIMP) abroge implicitement la loi homonyme du 8 mai 2003 (aLcAIMP) relative au précédent concordat (aAIMP).

L'ordonnance du 29 novembre 2023 sur les marchés publics (OcMP ; RS/VS 726.100) se substitue tout aussi tacitement, dès le 1er janvier 2024, à l'ordonnance de même intitulé du 11 juin 2003 (aOcMP).

Ces nouvelles cantonales n'ont pas dispositions transitoires, à la différence de l'AIMP dont l'art. 64 al. 1 commande de poursuivre selon l'ancien droit les procédures d'adjudication lancées alors que l'AIMP n'était pas encore applicable, ce qui vaut a fortiori pour les instances de recours se rapportant à des adjudications décidées avant le 1er janvier 2024 (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2C_296/2022 du 22 mars 2023 cons. 1.3.2 ; ACDP A1 23 181 du 26 février 2024 cons. 1.1).

E. 1.20

pts (4 x 30%) à 1.50 pts (5 x 30%) ou de 0.30 pts et sa note globale de 4.30 pts à 4.60 pts (4.30 + 0.30). L'offre de la recourante surclasserait alors celle de Y _____ (4.56 pts).

E. 2

Un offreur évincé a qualité pour recourir contre une décision d'adjudication si ses griefs et ses conclusions ne sont pas d'emblée voués à l'échec et si leur admission pourrait raisonnablement lui laisser espérer l'attribution du marché litigieux à la suite d'une réforme en sa faveur de la décision attaquée, ou d'une nouvelle mise en soumission après annulation de cette décision, voire un constat de son illicéité (art. 80 al. 1 lit. a et 44 al. 1 lit. a LPJA ; 15 al. 1bis lit. e et 16 aLcAIMP; cf. p. ex. ACDP A1 23 181 précité cons. 1.3 ; v. aussi arrêt du Tribunal fédéral 2C_196/2023 du 7 février 2024 cons. 4.2 ; POLTIER, Droit des marchés publics, 2ème éd. 2023, p. 393 ss et les citations).

L'art. 44 al. 2 LPJA dénie toutefois la qualité pour recourir à celui qui a négligé d'agir dans une instance antérieure alors qu'il en avait la possibilité. L'appel d'offres étant lui-même une décision susceptible de recours au même titre que l'adjudication (art. 15 al. 1 bis lit. a aLcAIMP), l'omission d'un soumissionnaire d'utiliser cette voie de droit l'empêche de se plaindre valablement de l'échec de son offre si ce résultat tient à l'application de critères ou d'autres exigences dont il aurait pu obtenir la suppression ou la rectification en attaquant l'appel d'offres (cf. art. 80 al. 1 lit. a et 44 al. 2 LPJA ; cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2C_1055/2022 du 21 juillet 2023 cons. 1.5).

- 5 - La jurisprudence tempère cette forclusion en la restreignant aux affaires où l'irrégularité de clauses figurant dans des documents d'appel d'offres est assez manifeste pour que le procédé consistant à différer sa critique au stade du recours contre une exclusion de la procédure ou l'attribution du marché à un tiers doive être réputé contraire à la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst féd.) ou à la sécurité du droit (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2C_680/2020 du 10 mars 2021 cons. 1.2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1060/2017 du 29 octobre 2020 cons. 5.2 ; POLTIER, op. cit., p. 384).

E. 3

X _____ soutient que l'impératif de la transparence des procédures d'adjudication (cf. art. 1 al. 3 lit. c aAIMP) n'a pas été respecté parce que ni les documents d'appel d'offres, ni les réponses de l'adjudicateur aux questions des soumissionnaires (cf. art. 6 al. 1 lit. j 9 aOcMP) ne renseignaient suffisamment ces derniers sur les exigences techniques du marché et sur les avantages particuliers qui pouvaient procurer à une solution informatique une note 5 aux critères 2 et 3. L'élucidation de ces aspects de l'affaire nécessitait, d'autre part, que les concurrents puissent présenter de vive voix la solution qu'ils offraient, de façon à illustrer concrètement son fonctionnement ; l'adjudicateur avait omis à tort d'administrer cette preuve (cf. p. 6 ss du mémoire du 11 septembre 2023 ; p. 5 ss de son mémoire du 30 novembre 2023).

E. 4

X _____ allègue avoir « (réalisé) ces trois dernières années l'acquisition d'environ 70 communes et 9'000 places » dans le domaine de la gestion d'activités du genre de celles concernées par le marché en cause. On doit en inférer qu'elle a également acquis assez de connaissances pratiques en droit des marchés publics pour savoir qu'un soumissionnaire peut recourir contre un appel d'offres s'il lui paraît illégalement défectueux, faute de renseigner les soumissionnaires sur des volets du marché qui pourraient influencer l'issue d'une procédure d'adjudication.

À l'aune de l'art. 44 al. 2 LPJA en relation avec l'art. 16 aLcAIMP, voire avec l'art. 5 al. 3 Cst féd. (cf. cons. 2), X _____ ne peut donc plus valablement se plaindre de vices d'un appel d'offres auquel elle a donné suite. Des moyens de ce genre sont d'autant moins recevables dans un recours contre une adjudication à un tiers que X _____ souligne avoir déposé son offre après avoir vainement questionné l'adjudicateur sur des exigences techniques qui ne ressortaient pas assez clairement des documents remis aux soumissionnaires invités (cf. p. 7 du mémoire du 11 septembre 2023 ; 7 ss du mémoire du 30 novembre 2023).

La remarque s'étend à son grief concernant l'omission d'une démonstration du fonctionnement de la solution informatique offerte : le ch. 2.11 (p. 5) du CC annonçait

- 6 - clairement que l'adjudicateur « se réserv(ait) le droit de convoquer les soumissionnaires dont le dossier nécessit(ait) une clarification », ce qui revenait à écrire que, sauf dans cette hypothèse, les offres seraient examinées uniquement sur pièces.

E. 5

Le deuxième rang de X _____ dans la grille de notation et le faible écart entre son score et celui de Y _____ justifient, au vu des art. 80 al. 1 lit. a et 44 al. 1 lit. a LPJA un examen matériel du solde de ses moyens (cf. cons. 2) qu'elle a avancés à temps et dans les formes voulues (art. 16 al. 2 aLcAIMP ; art. 80 al. 1 lit. c et 48 LPJA), dans un contentieux où la cognition du Tribunal se limite au contrôle de la légalité de la décision attaquée, non de son opportunité, sans examen d'office de griefs non soulevés selon les standards légaux (art. 16 aAIMP ; cf. p. ex. ACDP A1 23 115 du 27 septembre 2023 cons. 3 citant RVJ 2017 p. 30 cons. 4).

E. 6

La recourante reproche au Conseil communal de lui avoir notifié sa décision du 28 août 2023 en faisant abstraction des formalités de l'art. 34 al. 3 aOcMP. Les renseignements dont cette erreur de procédure privait X _____ étaient dans le dossier municipal qu'elle a consulté au greffe. Cette notification irrégulière n'a donc occasionné qu'un préjudice transitoire, désormais réparé et qui n'est plus un motif d'annulation (art. 80 al. 1 lit. d et 31 LPJA).

E. 7

Les ch. 4.1 et 6 CC (p. 11) astreignaient les soumissionnaires à infirmer ou confirmer toutes les exigences techniques sur une page A4 au maximum (ch. 4.1) et à démontrer sur deux pages A4 au maximum l'ergonomie ou la facilité d'utilisation de leurs solutions informatiques (ch. 6). X _____ allègue avoir sollicité via une question à l'adjudicateur l'autorisation de présenter, en sus de la page A4 mentionnée au ch. 4.1 CC, un schéma de l'architecture de son application, ce qui lui a été accordé par une réponse où le mot « un » était souligné.

La recourante déduit de ces faits qu'une permission de l'adjudicateur était indispensable pour dépasser les nombres de pages spécifiés au ch. 4.1 et 6 CC. Or, Y _____ n'avait ni requis, ni reçu cette autorisation. Mais elle avait ajouté à la page A4 relative aux exigences techniques de nombreuses annexes « afin de démontrer de manière plus précise à quoi ressemblent les écrans s'agissant de la demande d'accès en ligne, la gestion des contrats, le contrôle des présences, les représentant légaux et enfants, la gestion des repas, les actualités ou encore les attestations fiscale ». X _____ reproche au Conseil communal d'avoir mieux noté Y _____ aux critères 2 et 3 en

- 7 - raison d'avantages décrits dans ces annexes illégalement jointes à son offre (p. 3 à 5 du mémoire du 30 novembre 2023).

Le Conseil communal rétorque que les annexes n'étaient pas interdites, le troisième soumissionnaire en ayant d'ailleurs aussi déposé (p. 1 du mémoire du 14 décembre 2023). Ces images et ces captures d'écran avaient servi à démontrer l'ergonomie et la facilité d'utilisation des solutions informatiques proposées, avantages dont X _____ avait moins bien réussi à établir l'existence. D'où ses notes aux critères 2 et 3 (p. 2 ss ch. 35 ss du mémoire du 12 octobre 2023).

E. 8

Le ch. 5.3 CC (p. 5) obligeait les soumissionnaires à présenter « sur deux pages A4 maximum » les avantages particuliers de sa solution. L'un des offreurs a questionné l'adjudicateur sur la possibilité de « mettre en annexe des visuels de la solution », son interlocuteur lui a répondu que oui (cf. pièce 4 du dossier communal). Au vu de cette indication, communiquée à tous les concurrents le 14 juillet 2023 (cf. dernière page de la pièce 4 précitée), la recourante, dont l'offre est datée du 20 juillet 2023, ne pouvait plus ignorer que les nombres de pages A4 mentionnés aux ch. 4 à 6 CC n'excluaient pas l'ajout de « visuels » ou d'autres annexes analogues à celles de l'offre de Y _____.

Corrélativement, elle se plaint en vain des notes meilleures que les siennes recueillies par l'intimée en raison d'avantages mis en évidence par des annexes dont la présence dans son offre ne se heurtait à aucune clause du CC et qui pouvaient ainsi légalement influencer sa note finale.

E. 9

L'impact de ces annexes sur l'issue de la procédure de première instance ressort de la notation du critère 3 (ergonomie et facilité d'utilisation de la solution applicative proposée).

Avant la notation définitive, l'adjudicateur a évalué les paramètres de ce critère, en appliquant à six rubriques une échelle de 1 pt (moins bien que demandé), 2 pts (comme demandé), 3 pts (tout à fait). Les six rubriques avaient pour titres (1) qualité des visuels fournis ; (2) les données semblent claires, intuitives ; (3) les données semblent être faciles d'accès ; (4) appréciation interface ; (5) aspect soigné; (6) explications faciles à comprendre. Les concurrentes de X _____ ont eu 3 pts à chacune de ces rubriques, et donc 18 pts en tout. X _____ a réalisé 17 pts, car elle a eu 2 pts à la rubrique (4) appréciation interface.

- 8 - Commentant cette évaluation préliminaire, son auteur expose que X _____ « a expliqué son application mobile, mais ne l'a pas démontrée avec des captures d'écran », ce qui empêchait de comparer favorablement son offre aux deux autres qui avaient « pu démontrer une partie de l'interface avec des captures d'écran en mode PC et en mode mobile ». Y _____ avait fourni « une multitude de captures d'écran en mode mobile avec plusieurs vues de son application », de sorte que l'on pouvait aisément « (se) projeter sur l'utilisation de celle-ci ». En revanche, les illustrations figurant dans l'offre de X _____ « ne permet(taient) de voir aucun détail de la version mobile » et « étaient insuffisantes pour se projeter. Le manque de captures d'écran en mode mobile ne nous permet pas de nous faire une idée de l'utilisation future que l'on aura de l'application en mode mobile avec la société X _____ ».

E. 10

Discutant sa note définitive de 4 au critère 3 (p. 21 à 25 de son mémoire du 30 novembre 2023), la recourante ne nie pas que les annexes de l'offre de Y _____ renseignaient mieux l'adjudicateur sur l'utilisation de sa solution informatique par des tiers non informaticiens. Elle reprend ses objections, rejetées au cons. 8, contestant la légalité de ces annexes et arguant de la nécessité d'une démonstration de fonctionnement, sans énoncer à cet égard d'argument nouveau, ce qui dispense de revenir là-dessus.

X _____ signale aussi que son offre mentionnait « que le système du logiciel est exploitable de différentes manières en fonction de l'acteur ciblé, à savoir à travers une

application desktop pour l'administration et une web application pour le personnel encadrant et les parents » et que cette offre indiquait les types de support (smartphone, tablette, ordinateur).

L'assertion est sans pertinence, attendu que le fait qu'une offre inclut telle prestation et détaille certaines de ses modalités n'implique pas encore que le destinataire de la prestation pourra facilement l'utiliser et qu'elle correspond effectivement aux buts que poursuit l'adjudicateur. Or, le critère 3 portait prioritairement sur ces questions.

Cela étant, X _____ échoue à établir que ce critère a été illégalement appliqué.

E. 11

Aux p. 16 ss du mémoire du 30 novembre 2023, la recourante voudrait que sa note 4 au critère 2 (qualité technique et fonctionnelle de la solution proposée) soit remplacée par une note 5, identique à celle de Y _____.

- 9 - Si X _____ avait raison sur ce volet de l'affaire, sa note du critère 2 progresserait de

E. 12

Comme ceux du critère 3, les paramètres du critère 2 ont été préliminairement évalués en appliquant à 16 rubriques l'échelle 1 à 3 rappelée au cons. 9. X _____ a eu des notes 2 à chacune de ces rubriques, et donc 32 pts. Y _____ a eu les mêmes notes à 14 rubriques (28 pts), et des notes 3 aux rubriques (5) « gestion des infos de l'enfant - accès facile au numéro de téléphone des parents ; régimes particuliers ; allergies ; médicaments, ... » et 8 « annotations d'infos utiles sur le déroulement de la journée de l'enfant ».

Le commentaire de ces chiffres parle, sous rubrique 5 et pour l'offre de Y _____, de « 2 captures d'écrans démontr(ant) qu'il est possible d'accéder aux informations des enfants depuis plusieurs vues. Pouvoir accéder à ces informations depuis plusieurs endroits génère moins de manipulations lors de l'utilisation de l'application, ce qui simplifie l'accès à l'information souhaitée et augmente l'ergonomie ». D'après ce commentaire, l'offre de X _____ propose « un dossier de l'enfant (où) figurent les informations nécessaires à la bonne gestion des enfants. Par exemple, en cas de fièvre on accède rapidement au téléphone des parents. Sur la photo de l'enfant figurent également des informations liées à d'éventuelles prises de médicaments ou rappel d'allergies. Ces informations sont similaires aux autres offres, sans se démarquer des autres concurrents. C'est pourquoi nous préférons la proposition de (Y _____) avec un accès aux mêmes informations depuis plusieurs endroits différents ».

A la rubrique 8, le commentaire crédite l'offre de Y _____ d'un avantage au motif que « dans le document « critère n° 2, en page 6, au point D8 Annotations d'infos utiles dans le déroulement de la journée de l'enfant », on lit qu'en plus des infos utiles, il est possible de les classer selon les besoins des structures (repas, sieste, info reçue...). Chaque groupe de garde a ses propres besoins, pouvoir par exemple faire un classement sur les régimes particuliers des enfants ou les cycles habituels de sieste, peut grandement faciliter la prise en charge des enfants et permettre un meilleur suivi ». En revanche, l'offre de X _____ proposait « dans le document « critère n° 2 », en page 6, au point 2.8 « Annotations d'infos utiles sur la journée de l'enfant » une multitude d'événements permettant de délivrer des informations sur le déroulement de la journée. Ces informations étant accessibles sur la version desktop, web et mobile (il est question

- 10 - ici de différents moyens d'affichage de la même vue) », comme dans l'offre de Y _____, mais sans le classement par catégorie que prévoyait celle-ci.

E. 13

La recourante affirme que son offre s'axe sur le logiciel SAINet qui comporte une catégorisation générique, « en ce sens qu'il est possible de sortir tout type d'output (vue et liste) en fonction des données disponibles, par exemple par catégorie d'événement si souhaité », et donc « d'agréger et de sortir tout type de liste utile au travail quotidien de l'ensemble des utilisateurs ». L'adjudicateur aurait donc reconnu à tort à l'offre de Y _____ une supériorité quant aux qualités techniques et fonctionnelles dont traite la rubrique 8 du tableau susmentionné (p. 19 et 20 du mémoire du 30 novembre 2023).

Le ch. D8 de cette offre était libellé : « Dans le contrôle des présences (entrées et sorties), il est possible d'enregistrer des remarques quotidiennes échangées entre les équipes éducatives et les représentants légaux à l'arrivée et au départ des enfants dans la structure. Remarque : une demande de changement (en cours) permettra de classer ces informations selon les besoins de chaque structure (exemple : repas, sieste, change, activités, informations reçues, informations à transmettre, etc. ».

Le rapprochement de ce texte et du commentaire de la rubrique 8 du tableau susvisé montre que le commentateur trouvait particulièrement intéressante la modification à venir qu'annonçait Y _____ parce que cette modalité de son offre était spécifiquement conçue de manière à être utilisée par chaque structure d'accueil d'enfants en fonction des caractéristiques des propres tâches de chacune. X _____ ne prétend nulle part qu'une pareille modification d'une solution informatique destinée à la gestion de crèches ou d'unités d'accueil analogues serait dépourvue d'intérêt pour une collectivité publique, ce que le Tribunal n'a pas motif de présumer.

Le Conseil communal n'a commis aucun abus ou excès de son pouvoir d'appréciation (art. 78 lit. a LPJA) en préférant une méthode de classement informatique des données conçue à l'aune des tâches spécifiques de ces institutions, plutôt que la méthode de classement utilisant la catégorisation générique pratiquée dans le système SAINet de la recourante.

E. 14

Personne ne soutient que, dans la fixation de la note du critère 2, le facteur d'appréciation de la rubrique 5 du tableau d'évaluation préliminaire de critère « gestion des infos de l'enfant - accès facile au numéro de téléphone des parents ; régimes particuliers ; allergies ; médicaments, ... » devrait peser plus lourd que le facteur

- 11 - d'appréciation de sa rubrique 8 « annotations d'infos utiles sur le déroulement de la journée de l'enfant ». Rien n'indique, non plus, que ce devrait être le cas.

Dans ces conditions, il est superflu de rechercher si les critiques de la recourante à propos de la rubrique 5 sont fondées : dans l'affirmative, l'intimée garderait de toute façon une partie de son avance dans le calcul des notes finales et la recourante ne pourrait avoir gain de cause.

E. 15

Le recours est rejeté en tant qu'il est recevable (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA), sans administration de plus amples preuves (art. 80 al. 1 lit. d, 56, 17 ss LPJA). La demande d'effet suspensif est classée.

E. 16

X _____ paiera un émolument de justice de 2000 fr. fixé en application des paramètres usuels de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, etc. ; les dépens lui sont refusés (art. 89 al. 1, 91 al. 1 et 3 LPJA ; art. 3 al. 3, 11, 13 al. 1, 25 LTar).

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