

VS_GERICHTE A1 23 30 vom 26. Juli 2023

VS Kantonsgericht, 2023-07-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 23 30](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_23_30)

FR: VS_GERICHTE A1 23 30 du 26 juillet 2023

IT: VS_GERICHTE A1 23 30 del 26 luglio 2023

Regeste

A1 23 30 ARRÊT DU 26 JUILLET 2023 Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public
Composition : Christophe Joris, président, Jean-Bernard Fournier et Dr Thierry Schnyder, juges, Elodie Cosandey, greffière, en la cause X _____, Y _____, et Z _____, toutes trois de siège social à A _____, recourantes contre COMMUNE DE B _____, au C _____, autorité attaquée, représentée par Maître Léonard Bruchez, avocat, à Sion, et D _____, de siège social à E _____, tiers concerné (Marché public ; exclusion) recours de droit administratif contre la décision du 8 février 2023

Erwägungen

E. 20

septembre 2021 consid. 1.2). C'est ce qu'a fait le groupement recourant, en formulant céans des griefs qui, s'ils étaient admis, amèneraient à juger que l'adjudicateur n'était pas en droit d'exclure son offre et que celle-ci aurait dû être évaluée au même titre que celle des autres soumissionnaires. Sous cet angle, la qualité pour recourir à l'encontre de la décision d'exclusion peut être reconnue à X _____ & Co (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 que sur la légalité de la décision attaquée, non sur son opportunité (art. 16 AIMP et 16 LcAIMP ; RVJ 2017 p. 30 consid. 4). 2. Le pouvoir adjudicateur a déposé céans le dossier d'appel d'offres (y compris les plans d'intention), les documents d'évaluation (y compris la feuille de contrôle des présences à la visite obligatoire), ainsi que les offres des soumissionnaires. Les demandes du groupement recourant en ce sens sont ainsi satisfaites (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA). Concernant l'édition du dossier A1 22 189, il convient de rappeler que, nonobstant les garanties procédurales de l'article 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), l'autorité peut mettre un terme à

- 9 - 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 ; Emilia Antonioni Luftensteiner, Le pouvoir d'examen en fait, en droit et opportunité des autorités judiciaires fédérales in Les grands principes de la procédure administrative, Frédéric Bernard et François Bellanger [éd.], Genève / Zurich 2023, p. 113). En l'occurrence, le dossier A1 22 189 portait sur un recours contre l'appel d'offres formé par l'un des membres du groupement recourant à présent contre la décision d'exclusion du 8 février 2023, de sorte que ce dernier au moins en connaît déjà le contenu. Quant à l'arrêt rendu par la Cour de céans à l'issue de l'examen de ce précédant dossier, il fait partie intégrante de la jurisprudence cantonale, laquelle peut être

consultée librement sur le site officiel du Tribunal cantonal (cf. <https://jurisprudence.vs.ch>). Par conséquent, l'on ne décèle pas ce que la production de l'entier de ce dossier pourrait apporter de plus pour la résolution du litige, la situation étant suffisamment établie par les actes de la cause. 3. Au fond, le consortium recourant se plaint de certains critères arrêtés dans l'appel d'offres, estimant qu'ils étaient de nature à contrevenir aux principes d'égalité de traitement, d'interdiction de la discrimination et de concurrence saine et efficace. Ces reproches ont déjà été examinés dans le cadre du recours contre l'appel d'offres. Au terme de son analyse, la Cour de céans a rejeté ce recours par arrêt du 15 mai 2023. Cette décision n'a pas été attaquée devant le Tribunal fédéral et elle est donc devenue définitive. Dès lors, le groupement recourant ne saurait ici remettre en question une nouvelle fois ces critères céans. 4. Le groupement recourant critique néanmoins également, sous le chapitre « faits » de son mémoire, l'appréciation faite par le pouvoir adjudicateur en lien avec les conséquences de l'utilisation de l'annexe Q6 du Guide romand eu lieu et place de celle mise à disposition avec les documents d'appel d'offres, la pertinence des références produites ainsi que le défaut d'inscription au REG. Dans la mesure où ces critiques concernent directement l'évaluation de l'offre et la question de savoir si elle remplit en tant que telle les critères d'aptitude au marché en soumission, il convient d'entrer en matière sur ces dernières. 4.1 A teneur de l'article 23 al. 1 let. c OcMP, 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 - 10 - audit document et, en l'occurrence, aux exigences fixées dans les conditions particulières du cahier des charges aux chiffres 2, 3.6 et 4.8 (cf. supra consid. A). Il était ainsi notamment prévu une exclusion des offres ne respectant pas les conditions de participation ou les critères d'aptitude, ne comportant pas les annexes nécessaires à l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication annoncés, ne démontrant pas une capacité suffisante pour prendre en charge le mandat par la référence à un marché assumé, dans les dix ans ou en cours, en nom propre et sans recourir à des sous-traitants, dans le cadre de la réalisation d'un centre aquatique et spa-wellness (annexe Q6 à déposer) ou n'obtenant pas une note minimale de 3 aux critères 3.2 (qualification des personnes-clés) et 4.1 (références). Selon l'échelle de notes disponible dans les documents d'appel d'offres, une telle note signifiait que le critère était rempli de manière satisfaisante, à savoir que le candidat ou soumissionnaire avait fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé et dont le contenu répondait aux attentes minimales, mais qui ne présentait aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats ou soumissionnaires (ch. 4.9 CC). L'appel d'offres précisait également, quant aux annexes liées aux éléments d'appréciation de l'offre, qu'elles étaient « à télécharger exclusivement sur le site www.simap.ch » avec la mention en bas de page : « Attention les annexes ont été modifiées, ne pas les télécharger sur le Guide romand » (Dossier d'appel d'offres, p. 2). 4.2 Il est conforme au but et à la nature de la procédure de marchés publics que la violation de certaines exigences de forme par un soumissionnaire puisse entraîner son exclusion du marché. Une telle conséquence ne se justifie toutefois pas en présence de n'importe quel vice affectant l'offre. Il faut en particulier y renoncer lorsque celui-ci est de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif visé par la prescription formelle violée (arrêt du Tribunal fédéral 2D_33/2018 du 13 novembre 2018 consid. 3.2 ; Peter Galli et al., op. cit., n. 446). En effet, le principe qui interdit le formalisme excessif vaut également dans ce domaine du droit. Il s'agit d'un aspect particulier du déni de justice prohibé par l'article 29

al. 1 Cst. ; il est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 145 I 201 consid. 4.2.1 ; RVJ 2017 p. 23 consid. 2.2 ; ACDP A1 21 82 du 26 octobre 2021 consid. 4.1). 4.3 En l'occurrence, en ce qui concerne le critère des références, le groupement recourant admet ne pas avoir rempli l'annexe Q6 mise directement à disposition par le pouvoir adjudicateur, mais celle du Guide romand. Il explique avoir agi de la sorte pour

- 11 - des raisons pratiques, en lien avec la différence de format des deux documents. Même si les documents d'appel d'offres indiquaient expressément qu'il fallait utiliser les annexes préparées dans le cadre de l'appel d'offres, exclure l'offre litigieuse pour ce seul motif confinerait à du formalisme excessif. En effet, dans cette situation, la question est bien plus de savoir si les documents remplis permettent d'évaluer l'offre, ce qui est le cas en l'espèce. En revanche, la conséquence de ce choix n'est pas anodine, l'annexe Q6 ayant été modifiée pour y ajouter des prérequis supplémentaires quant aux références à fournir. L'attention des soumissionnaires avait d'ailleurs été attirée sur le fait que les annexes avaient été modifiées en page 2 du dossier d'appel d'offres, de sorte qu'en faisant preuve de la diligence requise, le consortium recourant aurait pu prendre connaissance de ces prérequis supplémentaires et fournir, le cas échéant, des références les respectant, tout en remplissant l'annexe Q6 du Guide romand. Force est de constater toutefois qu'aucune référence en lien avec la réalisation d'un projet de piscine de taille similaire et comprenant la direction de travaux n'a été fournie par les membres du groupement recourant. Certes, les projets G _____ et H _____ comprenaient un ensemble de locaux avec fitness, spa-wellness et piscine, mais dans ces deux cas, le montant des prestations exécutées est inférieur au tiers du montant mis en soumission dans le cadre du présent litige. L'on ne saurait, au surplus, admettre sans plus ample information – et le groupement recourant ne le soutient pas – qu'une piscine d'hôtel a une taille similaire à celle d'un centre sportif. Par conséquent, le consortium recourant n'ayant pas fourni de références répondant à toutes les exigences stipulées sur l'annexe Q6, il n'aurait de toute manière pas pu obtenir la note minimale de 3 pour ce critère, ce qui est éliminatoire. 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 les documents d'appel d'offres, ce qui entraînait l'exclusion de l'offre de l'intéressé (art. 23 al. 1 let. c OcMP). Le grief doit ainsi être rejeté. 4.4 Ces considérations conduisent déjà au rejet du recours, un seul motif d'exclusion étant suffisant pour justifier la décision du pouvoir adjudicateur du 8 février 2023. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner si une inscription à une liste permanente au sens de l'ordonnance du 11 juin 2003 concernant la tenue de ces listes (OLP ; RS/VS 726.101) est assimilable à l'inscription au REG telle que requise dans les documents d'appel d'offres.

- 12 - 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 mis à la charge, solidairement entre elles, de X _____, Y _____ et Z _____ (art. 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 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). 5.4 La commune n'a pas le droit à des dépens. Aucun motif particulier ne justifie, en effet, de déroger à l'article 91 al. 3 LPJA en vertu duquel aucune indemnité pour les frais de procédure n'est, en règle générale, allouée aux autorités et organismes chargés de tâches de droit public qui obtiennent gain de cause (ACDP A1 21 286 du 6 septembre 2022 consid. 5 et A1 20 25 du 6 juillet 2020 consid. 7.4 ; RVJ 1992 p. 75).

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