

VS_GERICHTE A1 24 172 vom 14. Januar 2025

VS Kantonsgericht, 2025-01-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 24 172](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_24_172)

FR: VS_GERICHTE A1 24 172 du 14 janvier 2025

IT: VS_GERICHTE A1 24 172 del 14 gennaio 2025

Regeste

A1 24 172 ARRÊT DU 14 JANVIER 2025 Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier et Dr Thierry Schnyder, juges ; Raquel Rio, greffière, en la cause X _____ SA, recourante, représentée par Maître Timothée Bonvin-Zermatten, avocat, à Sion contre COMMUNE DE Z _____, autorité attaquée, et Y _____ SA, tiers concerné, représentée par Maître Jérôme Lorenzetti, avocat, à Sion (marchés publics) recours de droit administratif contre la décision du 23 juillet 2024

Erwägungen

E. 1

AIMP ; cf. art. 18 al. 1 LcAIMP ; pour l'application du nouveau droit cf. ég. ACDP A1 24 56 du 5 juillet 2024 consid. 1.2 et 1.3).

E. 1.1

L'adjudication est une décision au sens de l'art. 5 LPJA qui peut être contestée céans dans un délai de 20 jours dès sa notification (art. 52 al. 1, 53 al. 1 let. e, 56 al. 1 et 64 al.

E. 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_576/2022, 2C_623/2022 du

E. 1.3

Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que le recourant a motivés dans les formes des articles 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. 56 al. 3 et 4 AIMP ; RVJ 2017 p. 30 consid. 4).

- 8 -

E. 1.4

Déposé le 16 août 2024 contre la décision d'adjudication du 23 juillet 2024, reçue le

E. 3

août 2023 consid. 1.3 ; RVJ 2023 p. 24 consid. 2 ; ACDP A1 23 110 du 7 novembre 2023 consid. 1.2).

E. 3.1

L'AIMP a notamment pour but d'assurer l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires (art. 2 al. 1 let. c AIMP). Lors de la passation des marchés publics, l'adjudicateur doit veiller à l'égalité de traitement des soumissionnaires dans toutes les phases de la procédure (art. 11 al. 1 let. c AIMP). Le principe de l'égalité de traitement implique qu'un soumissionnaire ne doit pâtir d'aucun désavantage ni bénéficier d'aucun avantage par rapport aux autres soumissionnaires. Il faut par exemple éviter qu'un soumissionnaire n'obtienne un avantage par rapport aux autres en matière d'information (Message type concernant la révision de l'Accord Intercantonal sur les marchés publics [AIMP 2019] du 15 novembre 2019 (ci-après : Message type concernant la révision de l'AIMP), version 1.3 du 8 septembre 2022, p. 26 et 43).

E. 3.2

En l'occurrence, le document « tableaux financiers » mentionne que le total des coûts comprend la location des machines, les « clics par page » et les frais de mise en œuvre. La recourante et l'adjudicataire ont complété ce fichier en inscrivant des prix pour la location des machines, en fonction de chaque catégorie d'appareil (imprimantes, MFPs petites, MFPs moyennes et MFPs grandes). Elles ont également articulé des montants pour la mise en œuvre du marché. Elles n'ont pas complété les champs « prix clic par page », mais elles ont toutefois inscrit les prix unitaires y afférents dans la

- 10 - colonne « commentaires éventuels » (cf. offre de l'adjudicataire, document « tableaux financiers » ; cf. ég. p. 347-349 du dossier). Par conséquent, le prix final articulé dans ces deux offres, lequel consistait en une addition des trois « paramètres » susmentionnés, était inexact, car une partie des prestations n'avait pas été considérée. Les autres offres étaient également lacunaires sur ce point, à l'exception de celle déposée par D _____ AG. En effet, seul ce soumissionnaire avait compris que le montant à consigner pour les « clics par page » découlait de la multiplication des prix proposés par le volume mensuel d'impression figurant à l'annexe 1 « inventaire des fonctionnalités » (cf. offre de D _____ AG, document « tableaux financiers » ; cf. ég. p. 128 du dossier). Face à ce constat, l'adjudicatrice a requis des soumissionnaires qu'ils complètent un tableau Excel afin qu'elle puisse comparer et évaluer correctement les offres. Dans sa détermination, l'adjudicatrice explique avoir agi conformément à l'art. 39 AIMP (rectification des offres ; cf. p. 96 du dossier). D'après cet article, l'autorité adjudicatrice peut, en collaboration avec les soumissionnaires, rectifier les offres en ce qui concerne les prestations et les modalités de leur exécution (art. 39 al. 1 AIMP). L'alinéa 2 précise qu'une rectification n'est effectuée que (a) si elle est indispensable pour clarifier l'objet du marché ou les offres ou pour rendre les offres objectivement comparables sur la base des critères d'adjudication ou (b) si des modifications des prestations sont objectivement et matériellement nécessaires.

E. 3.3

Une rectification des offres peut se révéler indispensable en particulier lorsque le marché porte sur des prestations complexes. Elle sert à dissiper les malentendus et à combler les lacunes manifestes des documents d'appel d'offres. Par ailleurs, elle offre à l'adjudicateur un moyen d'améliorer, dans certaines limites, la définition de l'objet du marché au cours de la procédure d'adjudication, contribuant ainsi à l'assouplissement de cette dernière, et lui

permet de rendre les offres comparables. Le principe de l'économicité des acquisitions peut impliquer qu'une modification des prestations offertes conduise à une adaptation des prix. Dans ce cadre, le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires doit toujours être respecté. La rectification des offres est soumise aux exigences légales et doit respecter les principes de proportionnalité et d'équité (Message type concernant la révision de l'AIMP, p. 79-80).

E. 3.3.1

En l'occurrence, les inexactitudes contenues dans les offres représentaient, à tout le moins pour celles déposées par la recourante et l'adjudicataire, des vices de forme

- 11 - mineurs, qui ne justifiaient pas une exclusion et qui pouvaient être aisément corrigés (art. 44 al. 1 let. b AIMP a contrario). En effet, les deux sociétés avaient communiqué l'ensemble des prix unitaires requis, mais avaient omis de les multiplier par les volumes d'impression communiqués et d'ajouter ce montant au prix total. Partant, le procédé de la commune n'apparaît pas critiquable, dans la mesure où les prix communiqués par les soumissionnaires étaient hétérogènes et qu'un éclaircissement en ce sens était nécessaire pour rendre les offres objectivement comparables (art. 39 al. 2 let. a AIMP).

E. 3.4

La Cour relève que, par le biais du tableau Excel transmis le 19 juin 2024, l'adjudicatrice n'a toutefois pas seulement cherché à éclaircir les prix des offres, puisqu'elle a également abaissé la durée de location de 35 machines.

E. 3.4.1

Dans la règle, lorsque l'objet du marché a été défini par l'entité adjudicatrice, il ne peut en principe plus être modifié, à tout le moins sur des points essentiels. Néanmoins, les besoins de celle-ci sont susceptibles d'évoluer, de sorte que certaines prestations peuvent par la suite apparaître inutiles, alors que d'autres, qui n'ont pas été mises en concurrence, se révèlent nécessaires. Si les modifications qui en découlent portent sur des points essentiels, une simple correction des documents d'appel d'offres n'est pas possible ; dans un tel cas la procédure doit faire l'objet d'une interruption, puis d'un renouvellement. En revanche, le pouvoir adjudicateur a la faculté de modifier son projet – avant l'ouverture des offres – sur des points d'importance secondaire, mais il doit alors respecter certaines exigences formelles. Selon la doctrine, une modification doit être considérée comme essentielle lorsqu'elle est de nature à modifier le cercle des soumissionnaires potentiels. La question se pose aussi de savoir si des modifications portant sur des points secondaires sont possibles après l'ouverture des offres et à quelles conditions ; c'est à cela que l'art. 39 AIMP apporte une réponse (POLTIER, Droit des marchés publics, 2e éd., 2023, nos 619 à 621, p. 304-305).

E. 3.4.2

En l'espèce, la réduction de la durée de location de 35 machines (sur 52 au total) représente une modification importante des modalités d'exécution du marché, dans la mesure où elle influe notamment sur le prix total. Cependant, ce changement n'altère a priori pas le cercle des soumissionnaires potentiels et il ne constitue dès lors pas un point essentiel du marché. Cet ajustement, intervenu après l'ouverture des offres, doit néanmoins respecter les conditions de l'art. 39 AIMP. Or, la Cour relève que cette précision n'était pas indispensable pour clarifier l'objet du marché ou les offres ou pour rendre les offres

objectivement comparables (art. 39 al. 2 let. a AIMP a contrario). En particulier, elle est totalement indépendante de la problématique de l'évaluation du prix. A aucun moment l'adjudicatrice a expliqué pour quel motif elle s'est écartée, pour 35

- 12 - appareils, soit plus de la moitié du parc actuel, de la durée de location de 48 mois prévue dans les documents d'appel d'offres. L'adjudicatrice n'a également pas rendu vraisemblable que cette adaptation des modalités d'exécution du marché était objectivement et matériellement nécessaire (art. 39 al. 2 let. b AIMP a contrario). Ce nonobstant, le recours à la procédure de rectification n'a jamais été critiqué par les parties, alors même que des objections auraient pu être formulées consécutivement au courriel du 19 juin 2024. Le bien-fondé de cette modification des modalités du marché s'avère donc discutable.

E. 3.5

La Cour constate encore que la procédure menée par l'autorité adjudicatrice est entachée de plusieurs non-conformités. Tout d'abord, l'adjudicatrice n'a pas consigné les résultats de la rectification des offres dans un procès-verbal, alors qu'elle y était tenue (art. 39 al. 4 AIMP ; cf. ég. détermination du 12 septembre 2024, allégués nos 50 et 51, p. 95 du dossier). Cette obligation vise justement à garantir le respect des prescriptions légales et le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires (Message type concernant la révision de l'AIMP, p. 80). La Cour relève ensuite que si des contacts directs peuvent être engagés avec les soumissionnaires à l'occasion de la rectification, ceux-ci doivent toutefois être documentés (Message type concernant la révision de l'AIMP, p. 79). Ce nonobstant, aucune trace de l'échange intervenu entre le responsable du service informatique de l'adjudicatrice et la recourante, avec laquelle l'adjudicatrice reconnaît s'être entretenue, ne figure au dossier (cf. détermination du 12 septembre 2024, allégué n° 41, p. 95 du dossier). Si la teneur de cette communication n'est pas connue de la Cour, il sied de relever que, à l'aune du principe de la transparence et de l'égalité de traitement, cet échange devait être transcrit et porté à la connaissance des autres candidats.

E. 3.5.1

La recourante et l'adjudicataire devaient clarifier leur offre uniquement s'agissant des prix « clic par page ». Comme le relève l'adjudicatrice, tous les prix unitaires initialement offerts devaient demeurer inchangés (« les prix unitaires n'étaient pas corrigés » ; cf. détermination du 12 septembre 2024, ch. 3.1, p. 96 du dossier). Or, les prix unitaires saisis par la recourante dans le tableau Excel pour la location des machines diffèrent manifestement de ceux communiqués pour ce poste dans son offre « initiale » (cf. colonne « location mensuelle TTC », p. 144 du dossier ; cf. offre de la recourante, document « Proposition de renouvellement de votre parc d'impression multifonctions », p. 8 à 13 ; cf. ég. document « tableaux financiers », p. 347-348). Le montant total de la location des machines consigné dans le fichier Excel est quant à lui identique à celui proposé « à l'origine », à savoir 185'396 fr. 31 (cf. p. 144, 347, et 348

- 13 - du dossier). Or, en considérant la diminution de la durée de location de 35 machines, le montant total de la location des appareils devait obligatoirement être modifié, ce que les soumissionnaires, habitués à remplir ce type de document, pouvaient aisément comprendre.

E. 3.5.2

Cette dernière observation ne saurait toutefois être reprochée à la recourante. En effet, celle-ci affirme que le responsable du service informatique de l'adjudicatrice lui a indiqué

que « le prix global de la location initialement proposé » devait demeurer inchangé, en augmentant le prix mensuel des machines « dont la durée était finalement inférieure à 48 mois » (cf. mémoire de recours, allégué n° 42, p. 9 du dossier). Si cet élément ne peut pas être démontré, cette thèse apparaît néanmoins plausible, étant précisé que l'adjudicatrice a admis que le responsable du service informatique de la commune a entretenu un contact avec la recourante à propos de la manière de compléter le tableau Excel transmis le 19 juin 2024. Cet entretien expliquerait par ailleurs les modifications « grossières » des montants saisis par la recourante dans la colonne « location mensuelle TTC » dudit tableau. De plus, de par sa position, l'adjudicatrice dispose d'une certaine « autorité » vis-à-vis des soumissionnaires et on peut aisément comprendre qu'un soumissionnaire se conforme aux instructions données, quand bien même celles-ci apparaissent quelque peu contradictoires. En outre, en vertu du principe de l'intangibilité des offres, une modification des prix initialement offerts est généralement prohibée par le droit des marchés publics, élément qui pouvait encore conforter la recourante dans son choix de ne pas adapter le prix de l'offre communiqué à l'origine.

E. 3.5.3

Par ailleurs, l'inexactitude des chiffres inscrits dans la colonne « location mensuelle TTC » du tableau Excel transmis par la recourante ressort d'une rapide lecture dudit document. Ces imprécisions devaient interpeller l'adjudicatrice, à qui il incombe d'office de corriger les erreurs de calcul manifestes (cf. art. 38 al. 1 AIMP ; cf. ég. Message type concernant la révision de l'AIMP, p. 78). L'adjudicatrice disposait de toutes les informations nécessaires pour corriger le tableau Excel déposé. A tout le moins, conformément à l'article 38 al. 2 AIMP, elle devait solliciter de la recourante des clarifications. Ce nonobstant, elle a fait fi des évidentes incohérences des montants articulés par la recourante et elle a attribué le marché à l'adjudicataire. Cela apparaît d'autant plus choquant que la recourante avait présenté à l'origine l'offre la plus basse et que, comme le relève l'adjudicatrice elle-même, les prix unitaires formulés initialement devaient être maintenus. De plus, puisque seul le montant des prix « clic par page » était clarifié par la recourante et l'adjudicatrice, la différence de prix induite par ce paramètre,

- 14 - à savoir 4381.48 fr. en « faveur » de l'adjudicataire, ne justifiait pas à elle seule l'attribution du marché à cette dernière (cf. p. 144 et 145 du dossier). Par conséquent, avant d'adjuger le marché, l'adjudicatrice devait éclaircir l'irrégularité flagrante du prix de la location des machines proposé par la recourante, ce d'autant que le critère du prix apparaissait décisif, dès lors que la recourante avait obtenu des notes équivalentes ou supérieures à celles de l'adjudicataire s'agissant des autres critères d'adjudication. Pour tous ces motifs, l'adjudicatrice a contrevenu au principe d'égalité de traitement. Par conséquent, ce grief s'avère bien fondé. 4. L'admission de ce grief entraîne l'admission du recours et l'annulation de la décision attaquée. Elle dispense la Cour de céans d'examiner le mérite des autres moyens soulevés. La Cour relève cependant que si la recourante a, à l'origine, proposé une offre plus basse que celle de Y _____ SA, ce constat n'implique pas nécessairement que son offre demeure la meilleure marché en considération de la réduction de la durée de location de certaines machines. En effet, si elle a proposé des prix unitaires plus bas que ceux articulés par Y _____ SA pour ce qui est des MPFs moyennes et grandes (88 fr. 58 et 159 fr. 57 versus 159 fr. 98 et 111 fr. 34), elle a néanmoins offert des prix plus élevés que Y _____ SA pour les imprimantes et les MPFs petites (32 fr. 42 et 34 fr. 66 versus 17 fr. 29 et 30 fr. 26). La Cour ne connaît pas la «

catégorie » (imprimantes, MFPs petites, MFPs moyennes et MFPs grandes) des machines concernées par la réduction de la durée de location et elle ne dispose donc pas des informations nécessaires pour statuer sur l'attribution du marché. Par conséquent, l'affaire est renvoyée à la commune de Z _____ qui procèdera aux calculs requis et prononcera une nouvelle décision (art. 58 al. 1 AIMP ; art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). La Cour précise encore que les prix unitaires articulés par Y _____ SA dans son tableau Excel correspondent à ceux figurant dans son offre « initiale », à l'exception du montant de 156 fr. 74 (cf. tableau Excel déposé par Y _____ SA, colonne « location mensuelle TTC », appareils nos 11 et 37, p. 145 du dossier), pour lequel la commune de Z _____ sollicitera de Y _____ SA des clarifications. 5. Le présent arrêt rend sans objet la demande d'effet suspensif. 6. Vu l'issue de la cause, les frais sont remis (art. 89 al. 4 LPJA). La recourante, qui obtient gain de cause et qui a pris une conclusion en ce sens, a droit à une indemnité de dépens à la charge du pouvoir adjudicateur dont le comportement fautif est à l'origine de l'admission du recours (art. 91 al. 1 et 2 LPJA). Eu égard à l'activité déployée par son mandataire, qui a principalement consisté en la rédaction d'un recours auprès du Tribunal de céans du 16 août

- 15 - 2024 (17 pages), des courriers des 1er octobre (une page) et 22 octobre 2024 (une page) et d'une réplique du 22 novembre 2024 (quatre pages), ils seront arrêtés à 2000 fr. (TVA et débours compris ; art. 91 al. 1 LPJA ; art. 4, 27 ss et 39 LTar).

E. 7

août 2024, le recours intervient dans le délai légal. La recourante a présenté l'offre la plus basse avant la demande de compléments formulée par la commune le 19 juin 2024 et a ensuite terminé à la 2ème place du classement. Elle dispose donc d'un intérêt digne de protection à contester la décision qui ne lui octroie pas le marché. Il convient dès lors d'entrer en matière. La Cour constate que la conclusion n° 6.1, laquelle requiert le versement de dommages-intérêts par la commune, est irrecevable. En effet, à travers cette conclusion, la recourante soulève en réalité la question de la responsabilité de la commune en raison d'un acte illicite. Cette prétention est traitée par la loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents du 10 mai 1978 (LRCPA) et ne relève pas de la compétence de la Cour de céans, mais des tribunaux civils ordinaires, étant du reste précisé que les dommages-intérêts invoqués ont trait à une précédente procédure d'adjudication et sont indépendants de la préparation et de la remise de l'offre ici litigieuse (cf. art. 4 et 19 LRCPA ; ACDP A1 11 228 du 12 avril 2012 let. Q. ; RVJ 2003 p. 123). 2. 2.1 Faisant usage d'un droit que la loi lui reconnaît (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA), la recourante a sollicité l'administration de plusieurs moyens de preuve. Ceux-ci ne seront pris en considération que s'ils apparaissent utiles à l'établissement des faits pertinents. En effet, l'autorité de décision peut se livrer à une appréciation anticipée de l'utilité du moyen de preuve offert et renoncer à l'administrer lorsque le fait dont les parties veulent établir la réalité n'est pas important pour la solution du cas, lorsque sa preuve résulte déjà de constatations versées au dossier ou lorsque cette autorité arrive à la conclusion que ces preuves ne sont pas décisives pour la solution du litige, voire qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1 et 140 I 285 consid. 6.3.1 ; ACDP A1 24 16 du 29 août 2024 consid. 2.1). 2.2 A titre de moyens de preuve, la recourante a d'abord requis l'édition par la commune de l'intégralité du dossier relatif à l'appel d'offres publié le 10 mai 2024. L'autorité attaquée ayant déposé l'entier de ces documents, la demande de la recourante en ce sens est satisfaite. Elle a ensuite sollicité la transmission des dossiers d'«

appel d'offres 2023 » et de la cause A1 23 93. On ne voit pas en quoi ces écrits, qui concernent une précédente procédure d'adjudication, sont nécessaires à l'examen de la présente affaire qui consiste à analyser la légalité de l'adjudication intervenue le 23 juillet 2024. Du reste, la recourante était libre de produire céans les pièces des dossiers en question, qui se trouvent en sa possession, si elle le jugeait opportun. La recourante a finalement requis

- 9 - la déposition de A _____ et l'audition des parties, lesquelles n'apparaissent pas pertinentes. En effet, le Tribunal estime que, tel que constitué, le dossier de la cause est suffisamment complet pour établir les faits pertinents et résoudre les questions juridiques que pose le présent litige, si bien que les mesures d'instruction précitées s'avèrent d'emblée inutiles. Cela est d'autant plus vrai que les parties ont eu à plusieurs reprises l'occasion de s'exprimer par écrit et d'exposer par ce biais tous les faits et arguments qu'elles jugeaient pertinents. De plus, vu le sort du litige, la recourante ne dispose en réalité d'aucun intérêt à ce que ces mesures soient mises en œuvre. Partant, la Cour renonce à l'administration de ces moyens de preuve (art. 80 al. 1 let. d, 56 et 17 al. 2 LPJA). 3. Dans un premier grief, la recourante affirme que la commune a faussé la concurrence et violé le principe d'égalité de traitement. Elle considère tout d'abord que les documents d'appel d'offres étaient approximatifs et qu'ils se trouvaient à l'origine de la divergence des offres reçues. Elle affirme ensuite que la commune a donné des instructions différentes aux soumissionnaires quant à la manière de compléter le tableau Excel transmis le 19 juin 2024. En effet, elle soutient que la commune lui a « demandé » de maintenir le prix total initialement formulé, sans l'adapter à la diminution de la durée de location de certaines machines, alors que les autres soumissionnaires ont réduit leur prix en considération de ce nouveau paramètre.

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