

VS_GERICHTE A1 25 21 vom 27. Mai 2025

VS Kantonsgericht, 2025-05-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_25_21

FR: VS_GERICHTE A1 25 21 du 27 mai 2025

IT: VS_GERICHTE A1 25 21 del 27 maggio 2025

Regeste

A1 25 21 ARRÊT DU 27 MAI 2025 Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public
Composition : Christophe Joris, président ; Dr Thierry Schnyder et Frédéric Fellay, juges ;
Elodie Cosandey, greffière, en la cause X _____ SA, de siège à A _____,
recourante, représentée par Maître Sébastien Gobat, avocat à Berne contre Y _____, de
siège à B _____, autorité attaquée, représentée par Maître Jeanne Ançay, avocate à
Martigny, et Z _____ SÀRL, de siège à B _____, tiers concerné, représentée par
Maître Basile Couchepin, avocat à Martigny (Marché public ; adjudication) recours de droit
administratif contre la décision du 27 janvier 2025

Erwägungen

E. 1.1

Suite à la révision de l'accord de l'OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP),
l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) a été révisé et adopté le 15
novembre 2019 par l'autorité intercantonale pour les marchés publics. En vigueur depuis le
1er janvier 2024, la loi du 15 mars 2023 concernant l'adhésion du canton du Valais à
l'AIMP (LcAIMP) abroge implicitement la loi homonyme du 8 mai 2003 (aLcAIMP)
concernant le précédent concordat (aAIMP). L'ordonnance du 29 novembre 2023 sur les
marchés publics (OcMP) se substitue tout aussi tacitement, à partir du 1er janvier 2024, à
celle de même intitulé du 11 juin 2003 (aOcMP). Ces nouvelles cantonales ne contenant pas
de dispositions transitoires, elles ne dérogent pas à l'art. 64 al. 1 AIMP qui commande de
poursuivre selon l'ancien droit les procédures d'adjudication lancées alors que l'aAIMP
était encore applicable. Il convient donc aussi de juger selon le droit antérieur les recours
contre les décisions issues de telles procédures, même si ces décisions ont, comme en
l'espèce, été rendues sous l'empire de l'AIMP, soit pour le canton du Valais, après le 1er
janvier 2024, mais à la suite d'un appel d'offres publié en 2023 (cf. p. ex. arrêt du Tribunal
fédéral 2C_296/2022 du 22 mars 2023 consid. 1.3.2 ; ACDP A1 24 150 du 26 novembre
2024 consid. 1.1 ; A1 24 56 du 5 juillet 2024 consid. 1 ; A1 23 169 du 9 avril 2024 consid.
1).

E. 1.2

L'adjudication est une décision au sens de l'art. 5 LPJA. Elle peut être contestée cénans dans
un délai de dix jours dès sa notification (art. 15 et 16 aLcAIMP ; art. 15 aAIMP). En
l'occurrence, le recours et son complément des 4 et 5 février 2025 contestant la

- 8 - décision d'adjudication du 27 janvier 2025, reçue au plus tôt le lendemain, est
intervenue dans le délai légal (art. 16 al. 2 aLcAIMP ; art. 15 al. 4, 80 let. b et 46 LPJA ; art.
78 al. 1 CO).

E. 1.3

La législation sur les marchés publics ne prévoit aucune règle quant à la qualité pour recourir contre une décision d'adjudication, de sorte qu'il convient de faire application des règles de la LPJA en la matière (ATF 141 II 307 consid. 6.3 ; 131 I 153 consid. 5.1 ; POLTIER, Droit des marchés publics, 2e éd., 2023, n° 821, p. 388 s. ; GUIGNARD, La qualité pour recourir, in *Marchés publics* 2020, n° 1, p. 451). Selon l'art. 44 al. 1 let. a LPJA, applicable à la procédure de recours de droit administratif par renvoi de l'art. 80 al. 1 let. a LPJA, a qualité pour recourir notamment celui qui est atteint par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Dans les affaires de marchés publics, l'intérêt digne de protection du recourant dépend en principe de ses chances 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. 4.6 à 4.8 ; RVJ 2017 p. 30 consid. 2). D'après la jurisprudence, tel est notamment le cas pour le soumissionnaire qui, classé en deuxième position, a des chances sérieuses de se voir attribuer le marché, ainsi que pour le soumissionnaire, devancé de peu par le deuxième, quand il n'apparaît pas clairement qu'en cas d'admission du recours, le classement resterait le même. Il en va différemment pour le soumissionnaire en quatrième position, sauf dans le cas où la différence entre les première et quatrième places est, en termes absolus et relatifs, minime (ATF 141 II 14 consid. 4.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_585/2021 du 29 novembre 2022 consid. 1.3.2 et 2C_951/2019 du 16 juillet 2020 consid. 2.2.1 ; ACDP A1 24 150 précité consid. 1.3.1). En l'espèce, la recourante est placée en troisième position dans l'évaluation des offres déposées avec un score inférieur de 6.80 points par rapport à celui de l'adjudicataire (406.80 contre 400.00), de sorte que l'on ne peut pas exclure qu'elle accéderait au premier rang si ses griefs devaient être admis. En effet, l'attribution d'un seul point supplémentaire à la notation de ses références suffirait déjà, comme elle le soutient, à s'emparer de la première place du classement avec 415.00 points. Partant, la qualité pour recourir doit lui être reconnue.

E. 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 aAIMP et 16 aLcAIMP ; RVJ 2017 p. 30 consid. 4). A cela s'ajoute qu'en matière de marchés

- 9 - publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, en particulier dans la phase de l'évaluation et de la comparaison des offres, si bien que l'appréciation du Tribunal ne saurait se substituer d'emblée à celle du pouvoir adjudicateur, seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation devant être sanctionné (cf. ATF 143 II 120 consid. 7.2 et 141 II 353 consid. 3 ; POLTIER, op. cit., n° 856, p. 403). En revanche, l'autorité judiciaire n'a pas à faire preuve de la même retenue lors du contrôle des règles de procédure en matière de marchés publics (ATF 141 II 353 consid. 3 et les réf. cit.).

E. 2

Le pouvoir adjudicateur a déposé ceans le dossier de la cause comprenant notamment les documents d'appel d'offres, les offres de la recourante et de l'adjudicataire, les références de tous les soumissionnaires ainsi que les détails de l'évaluation des offres. La demande de la recourante est donc, sur ce point, satisfaite (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA). Quant aux autres offres de preuves formulées, il convient de rappeler que l'autorité peut

mettre un terme à 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 146 IV 218 consid. 3.1.1 et 145 I 167 consid. 4.1). Or, en l'espèce, l'on ne voit pas quels éléments nouveaux et déterminants pour l'issue du litige l'interrogatoire de J _____ et K _____, tous deux membres de l'entreprise assumant la direction des travaux, pourrait apporter. En effet, le dossier de la cause contient toutes les informations nécessaires sur les étapes de création de la recourante, son organisation ainsi que sur le F _____ AG pour pouvoir répondre aux griefs soulevés céans. Il en va de même de la demande d'accès à tous les échanges et contacts que le pouvoir adjudicateur aurait pu avoir en lien avec les références de la recourante ou avec des tiers impliqués ou non dans le projet, ce d'autant plus que cette requête est formulée en des termes très généraux sans indication des faits qu'elle serait susceptible de prouver. Par conséquent, la Cour de céans estime que tous les éléments de fait nécessaires à la résolution du litige ressortent du dossier et les différents moyens de preuve requis ne seront donc pas administrés.

E. 3

Dans un premier grief de nature formelle, la recourante reproche au pouvoir adjudicateur de n'avoir pas motivé suffisamment sa décision d'adjudication, en particulier en ce qui concerne la notation du critère en lien avec les références.

E. 3.1

et 143 IV 40 consid. 3.4.3). Elle n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui lui paraissent pertinents (ATF 147 IV 249 consid. 2.4). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté, même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1). Le principe de la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c aAIMP) qui prévaut en droit des marchés publics, ne prévoit, en matière de motivation de la décision d'adjudication, rien de plus que les exigences topiques mentionnées par les dispositions précitées, en ce sens qu'il implique que ladite décision aboutisse à un résultat que les soumissionnaires puissent comprendre (cf. ACDP A1 21 151 du 9 novembre 2021 consid. 3.2 et A1 19 134 du 10 janvier 2020 consid. 4.2). Plus spécifiquement, l'art. 13 let. h aAIMP demande que les dispositions d'exécution cantonales garantissent, en particulier, « la motivation sommaire des décisions d'adjudication ». L'art. 34 al. 2 aOcMP répond à cette exigence en prescrivant que « sur demande, l'adjudicateur doit faire connaître dans les cinq jours au soumissionnaire les motifs principaux de sa non-prise en considération ». De plus, si l'offre de l'adjudicataire n'est pas la meilleur 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 (art. 34 al. 3 aOcMP).

E. 3.2

En l'occurrence, la lettre que le pouvoir adjudicateur a envoyée à la recourante, le 27 janvier 2025, l'informe qu'une décision d'adjudication a été rendue pour le marché en cause, qu'après évaluation et contrôle arithmétique, c'est l'offre de Z _____ Sàrl qui a obtenu la meilleure pondération aux critères d'évaluation et qu'elle a la possibilité de faire recours dans les 10 jours. En soi, ce courrier d'information ne comporte aucune motivation au sens indiqué ci-dessus, puisque sa destinataire n'a aucun moyen de

- 11 - comprendre pourquoi elle n'a pas remporté le marché, ni de contester la décision d'adjudication utilement. A réception de cette lettre, le 28 janvier 2025, une représentante de la recourante s'est adressée au pouvoir adjudicateur pour obtenir des informations supplémentaires sur les points obtenus et leur répartition par critère. Celui-ci lui a répondu le jour même en lui fournissant le tableau d'évaluation ayant servi de base à la décision d'adjudication indiquant respectivement le montant des offres, les notes moyennes et les notes pondérées obtenues tant par la recourante que par l'adjudicataire pour chacun des critères. En outre, sur demande de la recourante, le pouvoir adjudicateur lui a encore apporté des explications complémentaires le 4 février 2025 quant à la notation du critère n° 5. A cette occasion, il lui a également transmis le tableau complet d'évaluation concernant tous les soumissionnaires avec le montant des offres, les notes moyennes et les notes pondérées, seules les raisons sociales des candidats non retenus étant caviardées. Quoiqu'en dise la recourante, les documents et explications donnés par le pouvoir adjudicateur avant l'échéance du délai de recours répondent aux exigences minimales de motivation précitées. En effet, la recourante a été en mesure de comprendre les raisons principales pour lesquelles elle n'avait pas remporté le marché et les attaquer en temps utile et de manière circonstanciée céans. Partant, le grief est rejeté.

E. 4

Bon et avantageux Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes et qui présente quelques avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité et la surqualification.

E. 4.00

60.00

E. 4.1.1

La législation sur les marchés publics a pour but notamment de garantir l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b et 11 al. 1 let. a aAIMP). Cela implique corrélativement d'offrir à tous les candidats un accès identique au marché. Il s'ensuit concrètement que le pouvoir adjudicateur doit adopter les mêmes critères (d'aptitude et d'adjudication) et les mêmes pondérations pour l'ensemble des concurrents. L'échelle d'évaluation des offres, pour l'application de ces critères, doit en outre être la même pour l'ensemble des candidats. Enfin, l'entité adjudicatrice doit appliquer cette échelle à tous de la même manière (cf. POLTIER, op. cit., nos 490 à 492, p. 240 ss ; ACDP A1 24 150 précité consid. 4.1). Le principe de transparence des procédures de passation des marchés, consacré par l'art. 2 al. 1 let. b AIMP, suppose que le pouvoir adjudicateur donne toute information utile aux fournisseurs potentiels, afin que ceux-ci puissent présenter leurs offres en connaissance de cause (ACDP A1 24 150 précité consid. 4.1 et la réf. citée). Il exige notamment que les critères d'aptitude et d'adjudication soient énoncés dans l'appel d'offres (ATF 143 II 553 consid. 7.7) et, plus généralement, que le

pouvoir adjudicateur décrit précisément ce qu'il attend des soumissionnaires, qu'il leur communique l'ordre et la pondération des critères avant le dépôt des offres, qu'il se conforme aux conditions préalablement annoncées et, à moins de violer le principe de non-discrimination ainsi que celui de la bonne foi (art. 9 Cst.), qu'il ne s'écarte pas des règles du jeu qu'il a lui-même fixées. Il est important que les participants connaissent à l'avance toutes les informations minimales et utiles pour leur permettre de présenter une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur (ATF 143 II 553 consid. 7.7 ; POLTIER, op. cit., no 482 p. 236 s.).

E. 4.1.2

En droit des marchés publics, ne peut être désigné comme soumissionnaire (ou fournisseur de prestations) que celui qui promet directement et personnellement une prestation au pouvoir adjudicateur, que ce soit en tant que soumissionnaire individuel ou dans le cadre d'une communauté de soumissionnaires (BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, n° 1374, p. 723). Les groupes de sociétés ne bénéficient pas d'un statut particulier à cet égard (idem, n° 1379, p. 725). Dès lors, si un soumissionnaire veut s'appuyer sur la situation factuelle ou juridique d'une société du groupe, il doit, en principe, intégrer concrètement dans son offre la société du groupe en question en tant que partenaire du consortium, sous-traitant ou fournisseur (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1600/2014 du 2 juin 2014 consid. 4.4.3).

- 13 - Celui qui exécute plus ou moins directement ce que le soumissionnaire doit à l'adjudicateur est un sous-traitant. En revanche, celui qui transmet au soumissionnaire et réalise pour ce dernier ce dont celui-ci a besoin pour pouvoir s'exécuter lui-même est un fournisseur. Le sous-traitant participe à l'exécution vis-à-vis du pouvoir adjudicateur, alors que le fournisseur permet et soutient cette exécution (BEYELER, op. cit., n° 1367, p. 720). A cet égard, un soumissionnaire peut s'appuyer sur les capacités professionnelles, économiques et financières d'une société du groupe, en particulier de la société mère, pour autant qu'il apporte la preuve (par exemple par des engagements correspondants) qu'il dispose effectivement des moyens en question de cette société du groupe (GALLI / MOSER/ LANG/ STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd., 2013, n° 648, p. 281).

E. 4.1.3

L'expérience pertinente des soumissionnaires ou la présentation par ceux-ci de travaux de référence est considérée, dans la pratique, comme un critère objectif pour évaluer la qualité de leurs prestations. Ces critères sont d'ailleurs mentionnés à titre d'exemples à l'art. 31 al. 1 aOcMP (ACDP A1 23 90 du 28 septembre 2023 consid. 3.1.3). Par définition, de tels critères favorisent les entreprises établies. Dans la mesure où les exigences y relatives sont justifiées par les besoins du marché à adjuger, leur utilisation est admissible et appropriée, même si elle implique, pour les entreprises nouvellement créées, qu'elles doivent acquérir l'expérience nécessaire et la confiance de la clientèle – exactement comme dans les relations commerciales privées – en exécutant d'abord des marchés plus petits ou plus simples (cf. ACDP A1 23 90 précité consid. 3.1.3 et le réf. cit.). Toutefois, la jurisprudence permet également au pouvoir adjudicateur de tenir compte des objets qui ont été exécutés par un prédécesseur légal du soumissionnaire ou par une division commerciale appartenant auparavant à une autre société. Une situation comparable peut aussi exister si un grand nombre d'employés – y compris ceux qui occupent des postes de direction – ont quitté leur

ancien employeur pour fonder une nouvelle entreprise (arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2018.00450 du 15 novembre 2018 consid. 6.3.1 et 6.3.2, cité in ZUFFEREY / BEYELER / SCHERLER [éd.], *Marchés publics* 2020, n° 114, p. 113 s). De même, une entreprise peut présenter comme sienne la référence d'une autre entreprise lorsqu'à la suite d'une vente, le projet lui a été transféré et qu'elle a terminé les travaux en tant que cocontractante (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7208/2014 du 13 mars 2016, cité in ZUFFEREY / BEYELER / SCHERLER [éd.], *Marchés publics* 2018, n° 84, p.123). Ainsi, en ce qui concerne l'influence éventuelle de restructurations telles que des rachats ou des scissions, on peut généralement supposer que les références de la société dans son ensemble ou de l'unité commerciale concernée sont transférées au successeur légal en question (arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2016.00513 du

- 14 - 23 mars 2017, cité in ZUFFEREY / BEYELER / SCHERLER [éd.], *Marchés publics* 2020, n° 115, p. 114). Un cas aussi particulier, dans lequel il serait possible de créditer une référence externe, exige que le soumissionnaire fournisse des preuves pour démontrer l'existence d'une situation spéciale justifiant la prise en compte d'une telle référence, de manière à la rendre apparente pour l'autorité contractante d'après les documents présentés avec l'offre (arrêt de la Cour d'appel du canton de Bâle-Ville VD.2016.128 du 30 mai 2017, cité in ZUFFEREY / BEYELER / SCHERLER [éd.], *Marchés publics* 2020, n° 120, p. 116). En effet, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de poser des questions ou de compléter d'office les documents ou informations incomplets ou insuffisants fournis par les soumissionnaires (ibid.). Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur peut déterminer le degré de similarité des projets de référence à l'objet du marché par rapport à leur type et leur étendue. Ainsi, des montants de contrats trop bas ou trop élevés peuvent conduire à nier la comparabilité des références proposées avec le marché en soumission (SCHNEIDER HEUSI, *Referenzen, Labels, Zertifikate* in ZUFFEREY / BEYELER / SCHERLER [éd.], *Marchés publics* 2016, n° 35, p. 406). L'adjudicateur doit motiver son évaluation des références. Une simple attribution de points ou de notes individuelles, sans évaluation du contenu, n'est pas suffisante. L'adjudicateur doit au contraire être en mesure de documenter et d'exposer en détail les arguments relatifs à l'attribution (idem, n° 36, p. 408).

E. 4.2.1

En l'espèce, les documents d'appel d'offres remis aux candidats pour préparer les soumissions mentionnaient non seulement les critères et sous-critères d'adjudication du marché, mais également le barème des notes qui serait appliqué (cf. CC, ch. 3.224, p. 15-16). Mis à part en ce qui concernait le critère n° 2 (prix), tous les critères devaient être évalués selon le barème suivant : Note Notation Description 0

Candidat qui n'a pas fourni l'information ou le document non éliminatoire demandé par rapport à un critère fixé. 1 Insuffisant Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond pas aux attentes. 2 Partiellement suffisant Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond que partiellement aux attentes. 3 Suffisant Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé et dont le contenu répond aux attentes minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats.

- 15 -

E. 4.2.2

Relativement à la note qui aurait plus précisément dû être attribuée à la recourante pour ce critère, il convient de rappeler que, selon les documents d'appel d'offres, il était requis de fournir trois ou quatre références de marchés comparables en terme de complexité, d'importance et de nature, achevées depuis moins de 10 ans. En outre, selon le tableau d'évaluation déposé par le pouvoir adjudicateur, il apparaît que la note de 1 devait être octroyée lorsqu'il n'y avait aucune référence comparable à la réalisation

- 17 - envisagée, la note de 4 en présence de trois références similaires et la note de 5 si le soumissionnaire avait fourni trois références dont un ou plus d'EMS. Pour ce qui est de la recourante, elle a proposé trois références, à savoir l'extension de l'EMS C _____, à V _____, exécuté de 2019 à 2020, pour un montant de 1'085'500 fr., la rénovation du Collège E _____, à W _____, exécuté de 2021 à 2023 pour un montant de 1'415'000 fr. ainsi que l'Ecoquartier D _____ – U _____, à Lausanne, exécuté de 2021 à 2023 pour un montant de 1'700'000 francs. Elle a donc produit trois références comparables dont une concernant un EMS, ce qui aurait dû lui valoir, selon le tableau d'évaluation du pouvoir adjudicateur, la note de 5. Cette note porte le total des points de la recourante à 460.00 (contre 406.80 points pour Z _____ Sàrl), ce qui lui fait largement prendre la première place du classement. A tout le moins, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas sanctionner ce critère avec une note inférieure à 2, car l'on ne saurait retenir que les références présentées sont insuffisantes, de sorte que le total des points de la recourante s'élève au minimum à 415.00 points, ce qui lui permet déjà d'arriver au premier rang.

E. 4.2.3

A cela s'ajoute que, à l'examen de l'offre de Z _____ Sàrl, il s'avère que celle-ci a déposé quatre références, mais aucune concernant un EMS. Or, dans son courriel du 4 février 2025, le pouvoir adjudicateur a indiqué que, concernant le critère n° 5, l'entreprise Z _____ Sàrl avait fourni trois références conformes dont une ou plus concernant un EMS ce qui lui avait valu la note maximale de 5. Cette justification est donc erronée. Par la suite, dans sa détermination du 25 février 2025, la Fondation a exposé que Z _____ Sàrl était la seule à avoir produit quatre références et toutes de qualité dont une pour laquelle le maître de l'ouvrage était la Ville de B _____, ce qui lui avait permis d'obtenir la note maximale avec la justification « 4 références dont 1 objet similaire ». Cette explication s'éloigne toutefois de celle originalement prévue dans le tableau d'évaluation pour juger les références des différents soumissionnaires. Si l'on peut aisément comprendre que présenter au moins une référence avec des composantes médico-sociales sur les trois requises peut, dans le contexte du marché litigieux, répondre aux attentes avec beaucoup d'avantages particuliers et être qualifié de très intéressant, il n'en va pas de même concernant le fait d'avoir simplement déjà travaillé pour la Ville de B _____. En effet, la Ville de B _____ n'est pas le pouvoir adjudicateur du marché litigieux et l'on ne voit pas quelles particularités poserait spécifiquement le fait de réaliser des travaux sur la commune de B _____ par opposition à n'importe quelle autre ville. Comme ce motif ne ressort absolument pas des

- 18 - documents d'appel d'offres ou des documents d'évaluation des offres et n'a été soulevé qu'à l'occasion de la procédure de recours, il semble plutôt qu'il s'agisse d'une manière de justifier, a posteriori, la note attribuée à Z _____ Sàrl pour le critère n° 5. Or, un tel procédé n'est pas acceptable sous l'angle de la garantie de l'égalité de traitement et de la non-discrimination des soumissionnaires. L'attribution d'une note de 5 sur la base de la référence aux travaux effectués pour la Ville de B _____ est d'autant moins

justifiée que le montant des prestations exécutées à cette occasion, à savoir des travaux lié à la transformation et la rénovation de la salle de gym de B _____, s'élevait seulement à 450'000 fr., soit moins du quart de l'objet du marché litigieux. Il est donc également douteux que cette référence puisse être qualifiée de comparable en terme d'importance. Compte tenu de ces éléments, il s'avère que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas attribuer à Z _____ Sàrl une note supérieure à 4 pour ses références sans abuser de son pouvoir d'appréciation. En ramenant la note de l'adjudicataire à 4 pour le critère n° 5, son total de points passe de 406.80 points à 391.80 points, ce qui la relègue à la troisième place du classement et creuse encore l'écart avec la recourante.

E. 4.2.4

Finalemt, Z _____ Sàrl ne saurait être suivie lorsqu'elle soutient que la recourante aurait dû obtenir la note de 0 pour le critère n° 4 concernant l'organisation qualité de base du candidat, faute d'avoir fourni la moindre information la concernant spécifiquement à ce sujet. En effet, force est de constater que la recourante a dûment rempli l'annexe Q4 et que les quatre personnes clés de l'entreprise qu'elle y a cité appartiennent bien toutes à l'organisation interne de X _____ SA. La recourante a en outre fourni des explications circonstanciées sur ses liens avec le F _____ AG. A cet égard, la déclaration de groupe figurant en annexe à l'offre constitue un engagement concret liant les différentes sociétés du groupe et garantissant la location de personnel entre ces dernières (cf. clé USB remise par le pouvoir adjudicateur, pièce 4c, p. 13 ss). La fourniture de la main d'œuvre mentionnée à l'annexe Q4 est donc assurée. Quant à l'annexe Q5, la recourante n'a précisément pas pu faire valoir de démarche ou de certification dans le domaine du développement durable et de la responsabilité sociétale. Sa note de 1 pour ce sous-critère est donc exclusivement fondée sur ses réponses au questionnaire de l'annexe Q5 selon le barème de notation de l'annexe T5 tel qu'annoncé. Il convient encore de préciser que, contrairement à ce que semblent retenir la recourante, l'adjudicataire et la Fondation dans leur détermination céans, l'appel d'offres n'érigait aucun critère d'adjudication en critère d'aptitude susceptible d'entraîner

- 19 - l'exclusion du marché en cas de non-respect. Cette incompréhension paraît se fonder sur le chiffre 3.228.200 des conditions particulières du marché (CC, p. 17). Selon ce point intitulé « Offre qui ne répond pas aux attentes minimales », « l'adjudicateur écartera les offres qui ne remplissent pas les critères d'aptitude fixés ou, en cas de notation des critères d'aptitude, les offres qui n'ont pas reçu au moins la note 2 sur l'un ou l'autre des critères d'aptitude (annexes Q), s'ils ont été fixés par l'adjudicateur en cas de procédure ouverte ou sur invitation ». Il est toutefois ici uniquement question d'écarter les offres qui n'ont pas reçu au moins la note de 2 pour l'un des critères d'aptitude (annexes Q), pour autant que de tels critères aient été fixés par le pouvoir adjudicateur. Ce dernier pouvait donc ériger une ou plusieurs des annexes Q en critère d'aptitude, mais encore fallait-il qu'il le précise expressément dans les documents d'appel d'offres, ce qu'il n'a pas fait. L'on ne peut pas partir du principe que, à défaut de spécification par le pouvoir adjudicateur, n'importe laquelle des annexes Q sanctionnée par une note inférieure à 2 entraînerait l'exclusion. Cela ne semble d'ailleurs pas avoir été le souhait initial du pouvoir adjudicateur puisque, dans un tel cas de figure, il aurait dû exclure quatre des six offres ouvertes pour le marché dont il est question céans, ce qu'il n'a pas fait non plus.

E. 5

Référence (Annexe Q9) 15 %

E. 5.00

75.00 Total pondéré 100 %

391.80

460.00 Force est donc de constater que l'admission de ce grief conduit la recourante à arriver au premier rang et à remporter le marché (460.00 points contre 391.80 points). Il en va

- 20 - de même en lui attribuant seulement une note de 2 pour ses références (415.00 points contre 391.80 points).

E. 6.1

Attendu ce qui précède, le recours est admis. Rien n'indiquant que l'adjudicateur ait déjà conclu un contrat définitif avec Z _____ Sàrl, la décision d'adjudication du 27 janvier 2025 est réformée en ce sens que les travaux de plâtrerie (CFC 271), d'enduits (CFC 283) et de peinture (CFC 285) liés à la construction de l'EMS « X _____ » sont attribués à X _____ SA (art. 18 al. 1 aAIMP et 37 al. 1 aOcMP ; RVJ 2019 p. 49 consid. 5).

E. 6.2

La demande d'effet suspensif est classée, le présent arrêt la privant d'objet.

E. 6.3

Vu l'issue du litige, les frais de la cause, fixés principalement sur le vu des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, à 3000 fr., sont mis à la charge de Z _____ Sàrl qui succombe (art. 89 al. 1 LPJA ; art. 3 al. 3, 11, 13 al. 1 et 25 LTar) ; celle-ci n'a pas droit à des dépens (art. 91 al. 1 a contrario LPJA).

E. 6.4

La recourante, 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 Z _____ Sàrl. Cette indemnité est arrêtée, en l'absence de décompte LTar, à 3000 fr. (débours [les copies étant calculées à 0,50 cts l'unité] et TVA compris ; cf. art. 4, 27 et 39 LTar), eu égard notamment au travail effectué par son mandataire, qui a consisté principalement en la rédaction du recours de droit administratif du 4 février 2025 (19 pages) ainsi que de son complément du 5 février 2025 (11 pages).

- 21 -

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