

A1 13 402

ARRÊT DU 7 MARS 2014

**Tribunal cantonal du Valais
Cour de droit public**

Composition : Jean-Pierre Zufferey, président ; Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, juges

en la cause

X _____ SA, recourante, représentée par Me A _____

contre

CONSEIL COMMUNAL DE B _____, autorité attaquée

(adjudication d'un marché de plâtrerie ; exclusion)

recours de droit administratif contre la décision du 14 novembre 2013

Faits

A. Le Conseil communal de B_____ a lancé, à une date qu'on ignore, un appel d'offres pour des travaux de plâtrerie/traitement de surfaces intérieures (CFC XXX) lors de la construction d'un EMS et d'une salle multiactivités.

Le dossier d'appel d'offres remis aux candidats annonçait sous ch. B1, intitulé « forme de l'offre » (p. 4), que celle-ci devait être complétée par un extrait récent du registre des poursuites et faillites, par une liste détaillée du personnel, ainsi que par un organigramme détaillé. Le dernier § de cette section annonçait que le soumissionnaire allait être évalué uniquement sur la base de son dossier d'offre, notamment en ce qui concernait la présentation de l'entreprise, ses références, son organisation et ses équipements, raison pour laquelle il était invité à fournir, à l'appui de sa soumission, les renseignements les plus précis et complets possibles. Six critères d'adjudication étaient énumérés à la page 6, avec leurs sous-critères et leur poids : (1) coût (62 %) ; (2) présentation de l'entreprise (10 %, dont 6 % englobant trois composants à 2 % chacun d'un sous-critère « ressources humaines » : 2.2.1 effectif et organigramme de l'entreprise, 2.2.2 qualification du personnel (diplômes certificats), 2.2.3 formation des apprentis) ; (3) références (10 %) ; (4) service de piquet (4 %) ; (5) protection de l'environnement (3 %) ; (6) organisation prévue pour le chantier (11 %,.) soit 6 % pour la qualification du responsable du chantier (6.1), 3 % pour l'effectif du personnel prévu, 1 % pour la qualification de ce personnel et 1 % pour la qualification et la fiabilité des sous-traitants éventuels.

Le questionnaire pour le soumissionnaire s'articulait selon les critères et sous-critères ci-dessus. X_____ SA a répondu, le 7 octobre 2013, à cet appel d'offres ; elle a rempli ce questionnaire sans en compléter la rubrique 2.2.2 (liste du personnel avec indication des diplômes et de l'expérience professionnelle des personnes citées). A la rubrique 2.2.3, X_____ SA a chiffré l'effectif de son entreprise à cinq personnes. A la rubrique 6 (organisation prévue pour le chantier), elle a listé quatre personnes qui allaient être affectées à celui-ci. X_____ SA a, en revanche, déposé un organigramme de son entreprise; il en ressortait que C_____ était son président avec signature individuelle, tandis que D_____ était administrateur, lui aussi avec signature individuelle. L'organigramme parlait aussi d'un « département faux plafonds » de dix personnes, dirigé par C_____, d'un « département électricité »

que dirigeait D_____ et d'un secrétariat comptant une personne (E_____). Les deux départements avaient les subdivisions suivantes, sans indication sur les personnes qui y travaillaient ou sur leurs attributions : « bureau d'études » et « tableaux électriques » pour le « département électricité », « personnel », « sous-traitants », « bureau d'études pour le « départements faux plafonds, cloisons, peinture », « comptabilité » pour le secrétariat.

B. X_____ SA a formulé la plus basse (774 664 fr.) des dix offres qui furent ouvertes le 14 octobre 2013. Le 14 novembre 2013, le Conseil communal l'informa de son exclusion et de l'attribution du marché du CFC xxx à un tiers. Il ajouta que l'exclusion ainsi annoncée se fondait notamment sur l'art. 23 al. 1 lit. a, c, d de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100). A teneur de ces dispositions, un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication en particulier lorsque, au moment du dépôt de son offre ou au moment de l'adjudication, il ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigés (lit. a), ou si son offre ne remplit pas les exigences figurant dans le document d'appel d'offres (lit. c), ou s'il n'est pas en règle avec le paiement de ses impôts ou de ses charges sociales (lit. d).

X_____ SA ayant demandé, le 21 novembre 2013, des précisions sur ces motifs, le Chef du Service communal « Administration et RH » l'informa, le 22 novembre 2013, que l'art. 23 al. 1 lit. a Omp avait été appliqué en raison de l'insuffisance de l'effectif de l'entreprise (cinq personnes dont un directeur et un administrateur) ; d'autre part, son offre n'avait pas été conforme à la lit. c, étant donné qu'elle ne mentionnait pas le délai pour l'exécution du travail ; X_____ SA était aussi la cible de 14 poursuites en cours, p. ex. pour des créances de la Confédération, de la CNA, d'une caisse de compensation et d'une commission professionnelle de plâtrerie/peinture. Enfin, l'offre de X_____ SA ne couvrait pas le prix de revient ; elle vérifiait, de ce chef, le motif d'exclusion de l'art. 21 al. 1 lit. g Omp (offre anormalement basse).

C. Recourant céans le 25 novembre 2013, X_____ SA a conclu à l'annulation de la décision communale du 14 novembre 2013, à « la réintégration de (son offre) dans celle des sociétés soumissionnaires » et à un « examen de l'adjudication CFC XXX, compte tenu de (son) l'offre ».

L'effet suspensif que sollicitait la recourante lui a été octroyé à titre préprovisionnel le 29 novembre 2013.

Le 16 décembre 2013, le Conseil communal a proposé de rejeter le recours, sans lui accorder d'effet suspensif.

L'instruction s'est close, le 22 janvier 2013, après que X_____ SA eut répliqué la veille en restant sur sa position.

Droit

1. Si le recours de X_____ SA était fondé, l'autorité attaquée devrait évaluer sur le fond son offre et la comparer aux autres, sans qu'on doive présumer d'emblée que cette offre, qui est la moins chère de toutes, ne pourrait arriver en tête du classement. La recourante a, partant, qualité pour agir, réquisit qui, en droit des marchés publics, postule que le soumissionnaire attaquant son exclusion et/ou l'adjudication du marché à autrui ait, s'il gagne le procès, une chance sérieuse d'obtenir le marché litigieux ; sinon, il ne peut revendiquer valablement cette qualité, faute d'un intérêt digne de protection dans l'acceptation de l'art. 80 al. 1 lit. a et 44 al. 1 lit. a de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RS/VS 172.6) en relation avec les art. 15 et 16 de la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics (Lmp ; RS/VS 726.1 ; cf., p. ex. ACDP A1 13 2 du 21 juin 2013 cons. 1.1).

X_____ SA a, au surplus, procédé régulièrement (art. 80 al. 1 lit. b-c, 46, 48 LPJA).

2. Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que le recourant a motivés dans les formes des art. 80 al. 1 lit. c et 48 al. 1 LPJA et ne statue que sur la légalité de la décision contestée, non sur son opportunité (art. 16 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 - AIMP ; RS/VS 726.1 ; cf. art. 16 Lmp ; ACDP A1 13 2 précité cons. 1.1.3).

3. Selon l'art. 14 al. 1 Omp qui, à l'instar de son art. 23, a été édicté au vu d'une délégation législative (cf. art. 2 lit. a-c Lmp), l'offre doit être écrite et complète et postée dans le délai imparti à l'adresse mentionnée dans l'appel d'offres. Elle ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai, sous réserve de l'art. 19 al. 2 de cette ordonnance (contrôle des offres). Une offre ne satisfaisant pas à ces exigences peut être exclue en vertu de l'art. 23 al. 1 lit. c Omp, qui ne doit pas s'interpréter de façon trop rigide ou excessivement formaliste.

Dans ce contexte, il a été jugé que l'absence d'une attestation explicitement demandée dans le document d'appel d'offres et propre à garantir pendant la durée du contrat l'aptitude du candidat à fournir des prestations conformes au cahier des charges était un manquement grave et devait conduire à l'exclusion de l'offre incomplète, conformément aux conditions du marché qui avaient été précisées par l'adjudicateur (ATF 2C_197/2010 du 30 avril 2010 cons. 6.4 et les citations).

3.1 Si cette solution se justifie quand manquent des attestations qui ont pour but de corroborer des indications du soumissionnaire ou de permettre à l'adjudicateur de se renseigner sur des aspects de cette offre, elle est a fortiori admissible quand l'offre est dépourvue d'indications sur des éléments-clefs du marché à adjuger. Le délai d'exécution de travaux de génie civil et le personnel affecté au déroulement de ces travaux sont des éléments de ce genre.

3.2 L'adjudicateur avait prévu, à leur sujet, les rubriques « durée estimée des travaux » (ch. 6) et « personnel mis à disposition pour le chantier » (ch. 6.2) du questionnaire pour les soumissionnaires.

Il est constant que X_____ SA a laissé vide la première de ces rubriques et qu'elle a inséré quatre noms dans la deuxième. A l'écouter, son silence sur son pronostic de la durée des travaux serait une erreur de plume qui ne changerait rien à la crédibilité de son offre (p. 8 ch. I du mémoire du 25 novembre 2013) et aurait dû être corrigée via l'art. 19 al. 2 Omp sur la rectification d'erreurs évidentes du soumissionnaire (p. 2 de la réplique du 21 janvier 2014). La recourante souligne, d'autre part, que son entreprise n'avait, lors du dépôt de son offre, qu'un effectif de cinq personnes. Elle reconnaît implicitement que ce nombre est, en soi, insuffisant pour une bonne exécution du marché. Il serait toutefois notoire que des sociétés de cette taille peuvent, si cela devient nécessaire, aisément recruter du personnel supplémentaire. Les références de X_____ SA montrant sa capacité de gérer plusieurs chantiers simultanément, l'adjudicateur aurait dû requérir des explications additionnelles (cf. art. 20 Omp).

3.3 Cette argumentation se heurte au ch. B1 du document d'appel d'offres, libellé : « le soumissionnaire sera jugé sur la base de son dossier et exclusivement sur la base de celui-ci en ce qui concerne la présentation de son entreprise, ses références, son organisation et ses équipements. C'est la raison pour laquelle le soumissionnaire est invité à fournir, à l'appui de sa soumission, les renseignements les plus précis et complets possibles ».

Les candidats devaient donc savoir que les renseignements attendus d'eux sur ces points devaient être détaillés et que l'adjudicateur n'entendait pas s'inspirer d'une interprétation extensive de l'art. 19 al. 2 Omp énonçant que « des erreurs évidentes, telles que des erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées », ni de l'art. 20 al. 1 Omp habilitant l'adjudicateur à réclamer aux soumissionnaires des explications écrites relatives à leur aptitude et à leur offre.

3.4 Cela étant, l'exclusion critiquée est conforme à l'art. 23 al. 1 lit. c Omp entendu dans le sens de la pratique rappelée sous 3.1.

4. Le recours est rejeté, sans examen du solde de ses griefs ; la requête d'effet suspensif est classée (art. 80 al. 1 lit. e et 60 al. 1 LPJA).

5. La recourante, qui n'a pas droit à des dépens, paiera un émolument de justice de 1200 fr., débours compris (art. 89 al. 1 et 91 al. 1 a contrario LPJA ; art. 3 al. 3, 11, 13 al. 1, 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).

Prononce

1. Le recours est rejeté et la requête d'effet suspensif classée.
2. X_____ SA paiera 1200 fr. de frais de justice.
3. Les dépens lui sont refusés.
4. Le présent arrêt est communiqué à Me A_____, avocat à Fribourg, pour X_____ SA, et au Conseil communal de B_____, à B_____.

Sion, le 7 mars 2014.