

Par arrêt du 12 février 2015 (2C_785/2014), le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours en matière de droit public interjeté par X_____ contre ce jugement.

A1 14 153

ARRÊT DU 5 SEPTEMBRE 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_____ S.A., recourante, représentée par Maître A_____

contre

ADMINISTRATION COMMUNALE DE B_____, autorité attaquée, représentée par Maître C_____ et Y_____ **SA ET Z_____ SA**, consortium adjudicataire

(marché public ; conduite forcée et turbinage d'eaux)

recours de droit administratif contre la décision du 30 avril 2014

Faits

A. Le 17 janvier 2014, D_____ SA, par l'administration communale de B_____, a publié un appel d'offres en procédure ouverte au Bulletin officiel concernant un marché de construction pour la réalisation de travaux de fouille sur 3450 ml et d'appareillage de pose de conduites forcées dans le contexte du turbinage à E_____ des eaux du lac F_____. Ce marché pour lequel les travaux devaient commencer en mai 2014, selon le ch. 204 du cahier des charges (Cdc), devait être adjugé (ch. 250) selon les critères du prix (comptant pour 60 %), du planning que chaque soumissionnaire devait proposer en annexe A12 (2 - 10%), des références de travaux similaires en zone alpine (3 - 20%) et des méthodes à établir pour un déroulement fluide du travail à décrire dans l'annexe A14 (4 - 10%), chaque critère obtenant une note allant de 0 à 5 d'après le barème de l'annexe T1 du Guide romand des marchés publics.

Le tableau d'ouverture des offres du 18 février 2014 répertorie 14 soumissionnaires pour des montants oscillant entre 2 166 868 fr et 3 049 654 fr., celle de Y_____ SA étant à 2 410 611 fr. et celle de X_____ SA à 2 339 359 fr. G_____ SA, bureau chargé de l'évaluation des offres, a demandé le 21 février 2014 des renseignements et une confirmation de prix qu'il a obtenus de X_____ SA le 25 février 2014. Le 27 février 2014, ce bureau a dressé un tableau qui accordait à Y_____ SA 435.03 pts, entreprise qui obtenait le premier rang du classement des offres, X_____ SA arrivant en deuxième position avec son total de 430 points. La commune de B_____ a communiqué à X_____ SA le 17 mars 2014 que son conseil avait décidé de confier le mandat à Y_____ SA le 6 mars. A la suite de la demande du 20 mars 2014, elle transmet à X_____ SA le tableau dont ressortent les éléments essentiels ci-après

	Prix		2		3		4		Total
	note	points							
X_____ SA	5.00	300	2.50	25.00	4.00	80.00	2.50	25.00	430
Y_____ SA	4.71	282	3.50	35.00	4.00	80.00	3.75	37	435

Un recours de cette société (A1 14 77) amena l'autorité adjudicatrice à préciser, dans une nouvelle décision du 30 avril 2014 qui déclare corriger une erreur de dénomination, que l'adjudicataire était le consortium formé par Y_____ SA et Z_____ SA à hauteur de 2 410 611 fr. 85.

B. Le 9 mai 2014, X_____ SA conclut céans à l'annulation, sous suite de frais et de dépens, de cette décision du 30 avril 2014, subsidiairement à l'attribution de ce marché à elle-même. A l'appui de ces conclusions, elle se plaint d'une violation de son droit d'être entendue, aucun rapport d'évaluation ou autre motivation ne justifiant les notes de 2.5 attribuées à son planning ou à sa méthode de travail, voire la note de 4 pour ses nombreuses références dans des travaux similaires. Elle argue, sur le fond, d'arbitraire dans la notation de son offre. Avec son rapport technique et son planning qui respecte les deux contraintes prévues dans l'annexe A12, la recourante soutient avoir droit à une note qui lui permet d'obtenir 10 points supplémentaires et d'obtenir ainsi le marché, une hausse de 5.04 points suffisant d'ailleurs à cet égard. Sur le critère des méthodes de travail, X_____ SA estime aussi qu'avec les réponses qu'elle a apportées aux quatre questions posées dans l'annexe avec son formulaire A14 et son rapport technique elle peut prétendre à une augmentation de sa note de 12,5 points. Elle estime avoir droit au maximum de points (100 au lieu de 80) pour sa cinquantaine de références qui satisfont à toutes les exigences du formulaire de l'annexe A13, contrairement à celles qu'a pu donner l'adjudicataire. A titre de moyens de preuve, elle demande l'édition du dossier complet par la municipalité et requiert la possibilité de se déterminer après avoir pu le consulter.

L'effet suspensif que la recourante demandait à titre préalable lui a été accordé par mesure superprovisionnelle le 13 mai 2014.

Le 28 mai 2014, la commune de B_____ a proposé le rejet du recours, requis des dépens et s'est opposée à l'octroi de l'effet suspensif, alléguant un manque à gagner annuel de 57 720 fr. en raison des retards. Sa réponse se réfère à une séance du 5 mars où les notes de X_____ SA lui ont été expliquées. Revenant sur la note du prix, l'adjudicatrice estime que l'offre de la recourante n'était pas viable puisqu'elle omettait pour 99 933 fr. de fournitures selon les prix indiqués sur le catalogue du fournisseur H_____ ; elle prétend aussi que le planning exposé par X_____ SA comporte des incohérences sur deux points durant l'été (vacances et route d'alpage), puis encore à propos des tests de pression ou de la prise en compte des conditions météorologiques. Pour les références, elle relève que seules deux de celles de X_____ SA figurent sur sa formule A13 alors que celle-ci en exigeait cinq.

D'autre part, les réponses de X_____ SA sur le critère de la méthode de travail étaient moins satisfaisantes que celles du consortium intimé. L'adjudicatrice estime ainsi avoir correctement jugé les offres et maintient le classement où ce consortium arrive en tête, proposant l'interrogatoire de l'employé de G_____ et l'audition des parties pour étayer les précisions que comporte sa réponse.

C. Dans sa réplique du 11 juillet 2014, la recourante a maintenu ses conclusions, se déterminant en détail sur les allégués complémentaires de la commune et s'étonnant que, le 3 mars 2014, le représentant de l'adjudicatrice n'ait pas posé les questions sur les points où sa réponse lui reproche des insuffisances. La commune de B_____ aurait également perdu de vue que le système selon lequel X_____ SA a répondu aux questions ressortant du Cdc était dicté par les exigences de certification ISO qu'elle possède. La recourante confirme sa demande d'augmentation de points aux critères où elle estime avoir été préteritée et s'étonne de la notation des documents présentés par le consortium retenu. Elle observe que l'autorité n'a pas déposé de compte rendu de la séance du 3 mars 2014, qu'elle effectue après coup une critique détaillée de l'offre de la recourante, en lieu et place de l'adjudicataire qui ne se détermine pas, mais dont la formule de soumission souffre aussi de nombre d'insuffisances reprochées à X_____ SA.

Le 3 juillet 2014, la commune a signalé l'urgence qui commandait qu'une décision soit prise, l'ouvrage en question ayant entre autres objectifs celui de régler les problèmes de pollution des eaux sur son territoire, le réseau d'approvisionnement ayant connu des problèmes de pollution en 2009 notamment. La recourante a contesté ce point de vue le 25 juillet 2014. Dans sa duplique du 28 juillet 2014, la commune de B_____ maintient qu'elle ne peut se faire une idée fiable des prix offerts avec le système de compensation décrit par X_____ SA et confirme que les erreurs qu'elle a relevées dans l'offre de cette entreprise aboutissent bien à la note donnée, contrairement à ce que souhaite la recourante qui ferait la critique de l'évaluateur au lieu d'admettre l'insuffisance des documents fournis lors du dépôt de son offre. Elle confirme ses conclusions et signale qu'aucun document ne relate les explications données lors de la séance d'information du 3 mars 2014.

Le consortium adjudicataire a laissé échoir sans l'utiliser le délai pour dupliquer, comme il s'était déjà abstenu de répondre au recours.

Dans ses observations finales du 20 août 2014, X_____ SA a réclamé le dépôt d'un dossier complet et s'en est tenue à ses conclusions, relevant que les critiques

formulées durant la procédure de recours n'avaient pas empêché l'adjudicatrice de procéder à l'évaluation et qu'elles étaient sans fondement dans le contexte du recours, voire même abusivement exposées, et la plupart d'entre elles étant avancées au profit du consortium choisi pour réaliser les travaux, et dont les pièces et indications étaient pour le moins succinctes, mais qui ont fait l'objet d'une appréciation particulièrement favorable si ce n'est empreinte de parti pris. L'instruction s'est close le 22 août 2014.

Considérant en droit

1.1 Dès lors qu'elle a déposé une offre moins chère que celle du consortium adjudicataire, la recourante peut sérieusement entrevoir l'obtention du marché si les corrections de notes qu'elle propose aux trois critères autres que celui du prix se vérifient. Cette perspective légitime son recours (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. 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 ; voir p. ex. ACDP A1 13 2 du 21 juin 2013 cons. 1 et les références).

1.2 Régulièrement formé, le recours est au surplus recevable (art. 16 al. 2 Lmp, 80 al. 1 let. b et c, 46 et 48 LPJA).

1.3 Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs invoqués ; il n'examine que ceux motivés conformément aux réquisits légaux et ne contrôle que la légalité de la décision attaquée, non son opportunité (art. 80 al. 1 let. c et 48 al. 2 LPJA, 16 AIMP et 16 Lmp ; ACDP A1 13 30 du 17 avril 2013 cons. 1.3). Il peut, du reste, statuer en l'état du dossier et au vu des photocopies de 23 pièces produites par les parties, même si elles ne représentent pas l'original des pièces ni leur intégralité ; ces documents suffisent à trancher les points mis en discussion ; est également superflue l'audition de la personne chargée de l'évaluation des offres ou celles des parties car elles ont eu tout le loisir de se déterminer par écrit (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA).

1.4 A l'issue de l'échange des écritures ne subsistent plus d'incertitudes sur les motifs qui ont amené à la décision du 30 avril 2014, de sorte que tout grief de violation du droit d'être entendu est devenu sans objet. On observera, au demeurant, qu'il ne ressort pas du dossier que la recourante ait fait usage de la possibilité qu'offre le droit des marchés publics de réclamer les motifs principaux de la non-prise en considération de son offre

(art. 34 al. 2 Omp) ; des notes relatives à la séance d'information du 3 mars 2014 et le rapport mentionné à l'article 5 ch. 10 d de la directive sur l'autocontrôle et la surveillance du 23 décembre 2011 auraient en tout état de cause évité ces questions formelles résolues par un deuxième échange d'écritures.

2.1 X_____ SA se plaint essentiellement d'une violation du principe de la transparence tenant à l'abus du pouvoir d'appréciation qu'aurait commis l'autorité communale de B_____ dans la notation de son offre aux trois critères accompagnant celui du prix.

En bref et à suivre le Vade-mecum édité par le canton du Valais pour garantir la transparence dans les procédures de marchés publics (Les marchés publics A-Z, mai 2014), les documents d'appel d'offres doivent permettre aux soumissionnaires de savoir sur quelles bases ils seront jugés ; ils doivent garantir que ces règles précises sur la base desquelles ils auront présenté une offre valable ne seront pas modifiées, qu'elles permettent la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse et, enfin, garantir que chaque soumissionnaire puisse obtenir à l'issue du choix tous les documents et explications assurant la traçabilité de la décision, la possibilité de motiver un recours contre cette dernière, de façon que le tribunal puisse exercer sa censure dans la mesure souhaitée par la loi, respectivement le concurrent écarté (cf. p. 43 du Vade-mecum et art. 31, 34 de l'ordonnance sur les marchés publics du 11 juin 2003 - Omp RS/VS 726.100 qui concrétisent l'objectif posé à l'art. 1 al. 3 AIMP). Pour le reste, le Tribunal n'a pas à se substituer au pouvoir adjudicateur et s'impose une certaine retenue dans l'évaluation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication. Les notes octroyées doivent être fondées sur des critères objectifs, partant susceptibles d'être explicités : en d'autres termes, la notation doit être traçable (arrêt 2D_63/2011 du 16 février 2012, cons. 3 ; ACDAP MPU.2014.0008 du 21 juillet 2014 cons. 1d et 4b ; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd., N 979 ss).

2.2 Le Cdc (p. 11) prévoyait que chaque critère serait noté selon un barème allant de 0 (si l'information demandée n'était pas fournie) à 5 (si l'information était fournie avec beaucoup d'avantages par rapport à d'autres candidats). Pour le second critère, chaque entreprise devait décrire l'ouvrage selon les ch. 301 à 305 et établir un planning prenant en compte un fonctionnement du chantier durant le mois d'août et le maintien de l'accessibilité de la route menant à l'alpage I_____ entre le 15 juin et le 15 septembre. Comme le relève en partie le tableau d'analyse dressé le 26 février 2014, le planning de la recourante annexé en A12 a laissé libres de travaux les semaines 35 et

36, ce qui est contraire à l'une des exigences posée pour satisfaire à ce critère, et a prévu des travaux de fouille durant la semaine 37 (8 septembre) sur les tronçons 15 à 17 où se trouve la route d'alpage à laisser libre jusqu'au 15 septembre. C'est dès lors à bon droit que l'adjudicatrice a retenu, dans le sens de ses allégués 101 à 105, une offre qui ne répondait que partiellement aux attentes et qu'elle l'a notée à 2.5. Comme le mentionne cette même réponse (all. 106 à 108), X_____ SA n'a pas indiqué dans son planning quand elle envisageait ses essais de pression, même si son offre a rempli la position 611 du CAN 411 (p. 54 du Cdc). La différence de notation de 1 point entre l'offre de la recourante et celle de l'adjudicataire (3.5) correspond dès lors au système préalablement indiqué, étant donné que la proposition du consortium intimé correspond en tout cas aux attentes du requérant. Aucune correction telle qu'évoquée dans la réplique du 11 juillet 2014 (p. 13 et 14 : mise à égalité ou attribution de la note maximale) ne se justifie, attendu que c'est sans abus de pouvoir d'appréciation de la part de l'autorité communale que X_____ SA a reçu 2.5 points pour les éléments du planning qu'elle a joint à son offre.

2.3 S'agissant des références, le ch. 250 du Cdc disait que la liste des références s'établissait selon l'annexe A13, document qui pose le principe que le candidat fournit 5 références dont il précise ce qu'elles doivent démontrer, en ajoutant que le soumissionnaire photocopiera la page vierge y relative afin de fournir ses références. Les formulaires déposés par X_____ SA ne comportent que 3 références documentées sur la formule mise à disposition (J_____, K_____ et L_____); cette entreprise a aussi joint une liste couvrant une page A4 de travaux de canalisations réalisées entre 1987 et 2013 accompagnée de neuf descriptifs « maison » sur lesquels elle a appliqué la mention Annexe A13 : il n'en demeure pas moins que cette manière de procéder n'est pas conforme à ce que demandait l'adjudicateur et qu'en attribuant la note 4 à ce critère, la commune de B_____ n'a en rien méconnu le système prévu par le cahier des charges non contesté par la recourante. Que le tableau d'analyse du 26 février 2014 aboutisse à cette note par une moyenne irrelevante n'y change rien : l'autorité a, du reste, confirmé qu'elle s'en tenait au Cdc dans sa réponse du 28 mai 2014 (allégués 126 à 130) et il n'y a aucune raison d'élever le nombre de points auquel peut prétendre le concurrent X_____ SA du chef de ses références. Un tel résultat ne peut non plus être rectifié à la hausse en raison d'autres éléments comme une certification ISO ou le dépôt d'un rapport technique, aspects du dossier étrangers au système d'évaluation et aux exigences spécifiées lors de l'appel d'offres et dans le document rempli par les soumissionnaires. Partant, la prétention d'obtenir la note maximale de 5 pour les références est sans

fondement, tout comme celle d'abaisser la note de l'adjudicataire qui s'est servi de la formule demandée pour présenter ses cinq références, qui y faisait allusion à des travaux réalisés pour la commune de B_____ et que celle-ci était sans autre difficulté à même d'évaluer malgré la description parfois sommaire qu'en donnent les formules du consortium.

2.4 Finalement, au critère 4 relatif à la méthode de travail, la recourante prétend avoir fourni des réponses suffisantes et complétées par son rapport technique de 37 pages daté du 14 février 2014, ce qui devrait lui procurer au moins 12,5 points en sus des 25 que lui a reconnus l'adjudicatrice. En renvoyant au Cdc dont le ch. 250 disait que le critère de la méthode de travail serait jugé au vu des réponses données à quatre questions énumérées dans l'annexe A14, la réponse ne pouvant dépasser le recto d'une page A4 par question, l'on ne peut que confirmer, par exemple, que la réponse donnée par X_____ SA à la question 3 (désinfection des conduites) est des plus succinctes et qu'elle ne permet pas de déterminer la pertinence de l'esquisse de solution, ce que vise expressément la formule A14 ; le rapport ne donne là-dessus aucune réponse complémentaire, qui atteindrait un niveau approchant celui de la réponse du consortium intimé : c'est dès lors correctement que, sur cette question, la feuille d'analyse a attribué la note 1 (insuffisant) à la réponse de X_____ SA et qu'elle a noté 4 pour celle du consortium Y_____/ Z_____. Ces mêmes raisons ainsi que les allégués 137 à 146 de la commune convainquent de s'en tenir sur ces volets du procès aux écarts de notes qui ressortent du tableau d'analyse du 26 février 2014 fondé sur la pièce A14 que chaque soumissionnaire a complétée de la façon qui lui paraissait la plus appropriée. Au vu de ce mécanisme préalablement fixé, le renvoi aux normes connues ou notoires ne saurait pallier l'absence de solution que devait exposer concrètement l'offreur X_____ SA : son raisonnement est ainsi inapte à conduire à l'augmentation de points proposée.

3.1 Infondé en ce qu'il tendait à démontrer que l'autorité avait, en notant l'offre des concurrents au vu de la manière dont ils avaient rempli les annexes au Cdc, arbitrairement affaibli les éléments que X_____ SA espérait tirer d'autres pièces de son dossier, le recours l'est aussi lorsqu'il prétend obtenir quelques suppléments de points qui lui permettraient de dépasser ceux justement reconnus à l'offre du consortium Y_____/Z_____ en raison de l'adéquation de ses documents avec les exigences préalables et non contestées du pouvoir adjudicateur. Le recours est ainsi à rejeter (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA), sans qu'il soit utile de statuer sur les questions liées aux prix soulevées par l'adjudicatrice dans ses écritures successives,

l'affaiblissement de ce concurrent à cet égard ne modifiant pas le 1^{er} rang du consortium intimé, la commune ayant de plus obtenu la confirmation de prix requise le 21 février 2014 et s'étant abstenue de prétendre qu'avec cette offre X_____ SA n'aurait pas été en mesure d'effectuer le travail (cf. arrêt 2D_44/2009 du 30 novembre 2009, cons. 4).

3.2 La demande d'effet suspensif devient sans objet avec le présent arrêt au fond et est ainsi classée.

3.3 La recourante n'obtient pas de dépens (art. 91 al. 1 a contrario LPJA) et paiera un émolument de justice (art. 89 al. 1 LPJA) de 1'500 fr., débours compris (art. 2, 9, 11 al. 1 et 23 de la loi du 14 mai 1998 fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives – LTar; RS/VS 173.8). La commune de B_____ ne peut prétendre à des dépens, ses écritures n'évoquant pas de raisons qu'il y aurait de s'écarter de la règle générale de refus que pose à cet égard l'article 91 al. 3 LPJA.

Prononce

1. Le recours est rejeté et la demande d'effet suspensif classée.
2. Les frais, par 1500 fr., sont mis à la charge de X_____ SA qui n'obtient pas de dépens.
3. Les dépens sont refusés à la commune de B_____.
4. Le présent arrêt est communiqué à Maître A_____, avocat à M_____, pour X_____ SA, à Maître C_____, avocate à N_____, pour l'administration communale de B_____, et à Y_____ SA, à B_____, pour les membres du consortium.

Sion, le 5 septembre 2014