

## *Adjudications – ATC (Cour de droit public) du 5 octobre 2022 – A1 22 99*

### **Interruption d'une procédure d'adjudication**

- En cas de justes motifs, la loi permet à l'adjudicateur d'interrompre et de répéter la procédure de passation (art. 13 al. 1 let. i AIMP, art. 2 LcAIMP, art. 35 al. 1 Omp ; consid. 5).
- L'adjudicateur dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation, qu'il doit néanmoins exercer sans commettre d'abus de droit (consid. 6).
- Contrairement à l'art. 43 LMP, l'art. 35 Omp ne prévoit pas explicitement la possibilité d'interrompre la procédure d'adjudication au motif que les offres présentées ne permettent pas une acquisition économique ou dépassent nettement le budget ; cette possibilité doit néanmoins être reconnue pour les marchés régis par l'AIMP (consid. 7).
- Cette solution est en l'espèce compatible avec la jurisprudence fédérale, compte tenu notamment de l'écart important entre les montants des offres et celui du crédit de financement (consid. 8 à 10).

### **Abbruch eines Vergabeverfahrens**

- Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes erlaubt das Gesetz der Vergabebehörde, das Vergabeverfahren abubrechen und zu wiederholen (Art. 13 Abs. 1 lit. i IVöB; Art. 2 kGIVöB; Art. 35 Abs. 1 kVöB; E. 5).
- Die Vergabebehörde verfügt in dieser Hinsicht über einen grossen Ermessensspielraum, den sie jedoch ohne Rechtsmissbrauch ausüben muss (E. 6).
- Im Gegensatz zu Art. 43 BöB sieht Art. 35 kVöB nicht ausdrücklich die Möglichkeit vor, das Vergabeverfahren mit der Begründung abubrechen, dass die eingereichten Angebote keine wirtschaftliche Beschaffung ermöglichen oder das Budget deutlich überschreiten; diese Möglichkeit muss jedoch bei Aufträgen, die der IVöB unterliegen, anerkannt werden (E. 7).
- Diese Lösung ist in diesem Fall mit der Bundesrechtsprechung vereinbar, insbesondere angesichts der grossen Differenz zwischen den Beträgen der Angebote und dem des Finanzierungskredits (E. 8 bis 10).

### **Faits (résumé)**

Dans le cadre d'un projet d'extension, l'Hôpital du Valais a lancé, le 25 février 2022, un appel d'offres en procédure ouverte pour la fourniture et la mise en place de faux-plafonds métalliques (CFC 283).

Deux offres furent ouvertes, le 19 avril 2022. Le consortium que formaient X. SA et Y. SA avançait le prix le plus bas, soit 6 256 967 fr. 55. Celui de l'offre de Z. SA était de 9 410 528 fr. 10.

Le 16 mai 2022, la Direction générale de l'Hôpital du Valais a indiqué aux soumissionnaires qu'elle interrompait la procédure car, « après analyse, les offres rentrées dépass(ai)ent de façon trop importante et imprévisible le devis général et le budget à disposition ». Elle fondait cette décision sur l'art. 35 al. 1 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100) habilitant l'adjudicateur à interrompre la procédure pour des raisons importantes.

Le 30 mai 2022, X. SA et Y. SA ont recouru devant le Tribunal cantonal, concluant principalement à l'annulation de cette décision, subsidiairement à sa réforme dans le sens d'une reprise de la procédure, les offres reçues par l'Hôpital du Valais étant à noter et à évaluer au vu du cahier des charges.

### **Considérants (extraits)**

**2.** Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que les recourants motivent dans les formes des art. 80 al. 1 let. c et 48 al. 1 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RS/VS 172.6). Il 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 726.1-1] et 16 de la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'AIMP [LcAIMP ; RS/VS 726.1] ; cf. p. ex. ACDP A1 21 151 du 9 novembre 2021 consid. 1.3 citant RVJ 2017 p. 30 consid. 4).

**3.** La synthèse de l'estimation prévisionnelle TTC de l'ensemble des coûts (annexe 16 de la réponse du 21 juin 2022 de l'adjudicateur) et la comparaison du montant qu'il incluait pour le CFC 283 (annexe 17 de ce mémoire) montrent que le prix global de l'ouvrage était pronostiqué, à +/- 10 % près, à 211 003 282 fr., dont 3 263 310 fr. pour ce CFC. L'annexe 17 ajoutait à ces 3 263 310 fr. « deux éléments non connus lors de l'établissement du devis » :

(a) 236 768 fr. pour la substitution de 1832 m<sup>2</sup> de plafonds EI60 aux plafonds EI30 qu'envisageait ce devis ;

(b) 729 237 fr. pour des luminaires qui, dans le même devis, faisaient partie du CFC 23.

Les 3 263 310 fr. passaient ainsi à 4 229 315 fr. (3 263 310 + 236 768 + 729 237 fr.) auxquels s'additionnaient 169 701 fr. de renchérissement (abstraction faite des luminaires), d'où un devis prévisionnel de 4 339 015 fr., nettement inférieur à l'offre des recourantes (6 526 968 fr.), *a fortiori* à celle de Z. SA (9 410 518 fr. 10).

4. Le 12 septembre 2022, X. SA et Y. SA ont allégué que l'annexe 16 de la détermination de l'adjudicateur sur leur recours n'indiquait pas si les 3 263 310 fr. du devis du CFC 283 devait s'entendre aussi pour les faux-plafonds en plâtre ou uniquement pour ceux en métal qui étaient le principal poste de l'appel d'offres. Les recourantes soulignaient, d'autre part, que pour les luminaires, leur offre était plus basse que le devis de l'adjudicateur. Ses prévisions étaient « hors de la réalité des prix actuels » pour le CFC 283, en particulier parce que ce devis comptait à 236 768 fr. les plafonds anti-feu que X. SA et Y. SA offraient à quelque 650 000 fr. En outre, les recourantes subissaient des hausses de 10 à 15 % pour les produits afférents aux faux-plafonds, ce qui allait nettement plus loin que le renchérissement de l'ordre de 4 % utilisé pour le calcul des 169 701 fr. retenus à ce titre dans ladite annexe 16. En proposant le rejet du recours, l'adjudicateur essayait de répercuter sur les recourantes les erreurs qu'il avait ainsi commises, et d'obtenir la possibilité de dissocier le marché en plusieurs lots, après avoir lui-même opté pour un marché unique. Autoriser ce procédé prêterait d'une manière contraire au droit les recourantes qui auraient davantage de concurrents dans une éventuelle procédure ultérieure d'adjudication, où leur propre offre risquait d'être notées plus strictement.

Le 20 septembre 2022, l'adjudicateur a exposé que le devis initial du CFC 283 tablait sur des faux-plafonds en plâtre, des faux-plafonds métalliques et des faux-plafonds anti-feu EI30, le tout à 3 263 310 francs. L'Office du feu avait exigé que ces derniers soient remplacés par des faux-plafonds anti-feu EI60. Cette modification avait entraîné la hausse de 236 768 fr. que les recourantes prétendaient inexactement être la conséquence d'une évidente sous-dotation du devis initial.

5. Selon l'art. 13 al. 1 let. i AIMP, les dispositions cantonales d'exécution de cet accord (cf. son art. 3) doivent garantir la possibilité d'interrompre et de répéter la procédure de passation en cas de justes motifs uniquement.

Adopté au vu de la délégation législative de l'art. 2 LcAIMP, l'art. 35 al. 1 Omp énonce que l'adjudicateur peut interrompre la procédure pour des raisons importantes. L'al. 2 dit que la procédure peut être répétée ou renouvelée notamment lorsque (a) aucune offre satisfaisant les exigences techniques et les critères définis dans les documents d'appel d'offres n'a été adressée ; (b) des modifications des conditions-cadres interviennent ou des distorsions de concurrence provoquées par le comportement des soumissionnaires sont constatées ; (c) une modification importante du projet a été nécessaire ; (d) la durée de validité de l'offre est échu.

6. Dans le cours habituel des choses, un appel d'offres garantit aux soumissionnaires que le marché sera attribué à celui d'entre eux dont l'offre correspondra le mieux au cahier des charges. C'est pourquoi la jurisprudence déduite de la Constitution fédérale tend à limiter l'admissibilité d'une interruption d'une procédure de marché public, avec ou sans nouvel appel d'offres. L'art. 13 al. 1 let. i AIMP et l'art. 35 al. 1 Omp confèrent néanmoins dans ce cas aux adjudicateurs un pouvoir d'appréciation assez large qu'ils doivent exercer en se pliant aux impératifs généraux que concrétisent ces normes (bonne foi, proportionnalité, égalité de traitement, non-discrimination, transparence, interdiction de modifier le marché etc.). La notion de justes motifs de l'art. 13 al. 1 let. i AIMP doit, dès lors, être interprétée de façon à éviter des interruptions de procédure prenant le caractère d'un abus de droit (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2C\_825/2018 du 2 mars 2021 consid. 8.4 et les citations, en particulier ATF 134 II 192 consid. 2.3 ss ; ACDP A1 20 249 du 28 avril 2021 consid. 2.1).

7. Le Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (FF 2017 p. 1697 ss) se réfère (p. 1804 ss) à cette pratique, et plus spécifiquement au considérant 2.3 de l'ATF 134 II 192 précité, à propos de la teneur de l'art. 43 de la nouvelle du 21 juin 2019 (LMP ; RS 172.056.1). On lit à son al. 1 que l'adjudicateur peut interrompre la procédure d'adjudication dans une série de cas non exhaustivement énumérés, dont celui « où les offres présentées ne permettent pas une acquisition économique ou dépassent nettement le budget ».

Il s'ensuit que le législateur fédéral part de l'idée que, dans ces deux hypothèses, l'interruption de procédures d'adjudication reste dans la ligne de la jurisprudence synthétisée au considérant 6.

On ne voit pas pourquoi il en irait autrement lorsque l'interruption de ces procédures est régie par l'art. 35 Omp, même s'il ne parle pas explicitement de ces deux raisons d'interrompre une procédure de ce genre. L'opinion contraire équivaldrait à affirmer que le droit intercantonal et le droit cantonal contraignent l'adjudicateur à s'accommoder d'un dépassement marqué de son budget d'acquisition d'une prestation ou de l'absence d'offres acceptables au vu de son obligation juridique d'adjuger le marché au concurrent dont l'offre est économiquement la plus avantageuse (art. 13 let. f AIMP ; art. 31 Omp en relation avec l'art. 2 LcAIMP).

**8.** Le 30 mai 2022, les recourantes déclaraient ignorer le volume du dépassement de budget évoqué par l'adjudicateur ; elles soulignaient qu'un projet d'extension d'un grand hôpital ne se conçoit pas sans provisions comptables adéquates et doit pouvoir justifier des demandes de crédits complémentaires. En somme, le motif avancé à l'appui de la décision attaquée serait imputable à l'adjudicateur qui aurait mal calculé son devis et aurait indûment omis de tenter de trouver une solution alternative, préférable à l'interruption de procédure qu'elles critiquent (p. 6 ss).

Le mémoire du 30 mai 2022 s'étaie à ce sujet sur l'ATF 141 II 353 qui assimile l'interruption à une *ultima ratio* et recommande « un manie- ment très restrictif de la possibilité de réinitier *ab ovo* les procédures d'appel d'offres et d'adjudication » (consid. 6.1 et consid. 6.3 ss).

**9.** Ce précédent s'inscrit dans le sillage d'une jurisprudence fédérale et cantonale rappelant que le fait que toutes les offres reçues dépassent le montant du crédit de financement ne justifie pas à lui seul l'interruption de la procédure, du moins lorsque l'écart entre ce montant et l'offre la meilleur marché est faible (arrêt du Tribunal fédéral 2P.34/2007 du 8 mai 2007 consid. 6.3 ; BVR 2008 p. 450 ; jugement du Tribunal administratif de Zurich VB.2012.00822 du 13 mars 2013 consid. 4.6.2) et n'atteint pas quelque 25 % (cf. jugement du Tribunal cantonal de Lucerne 7H 19 46 du 20 août 2019 consid. 4 et 5 ; Thomas Locher, in : Hans Rudolf Trüeb (éd.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Bâle 2021, n. 15 ad art. 43 ; Stefan Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Bâle 2010, p. 128 ss).

Ce seuil est franchi en l'espèce, attendu la différence de 33 % entre l'offre des recourantes, qui était la moins-disante, et le devis actualisé du CFC 283 tel qu'il ressort des assertions crédibles de l'autorité atta-

quée ( $6\,526\,968 - 4\,229\,015 = 2\,187\,953$  ;  $2\,187\,953 \times 100 : 6\,526\,968 = 33.52$ ).

**10.** X. SA et Y. SA reprochent à la Direction générale de l'Hôpital du Valais d'avoir mal calculé son devis et d'avoir illégalement omis de solliciter un crédit complémentaire ou de dissoudre une provision pour imprévus que devait comporter le budget global de l'extension de son complexe de Champsec.

L'ATF 141 II 353 a, certes, évoqué ces possibilités comme devant être préférées à l'interruption de la procédure d'adjudication (consid. 6.3). L'affaire qu'il jugeait avait toutefois trait à un marché de construction en entreprise générale d'une valeur de plus de 200 000 000 fr., tandis qu'il s'agit ici de l'attribution du marché d'un CFC 283 d'abord devisé à 3 263 310 fr., puis à 4 229 015 fr. après modification du choix des faux-plafonds anti-feu et adaptation au renchérissement (cf. consid. 3 et 4).

Or, la dissolution de provisions comptables ou les requêtes de crédits supplémentaires se conçoivent plutôt dans le contexte de l'attribution d'un marché d'entreprise générale de réalisation d'un gros projet que dans celui de l'adjudication d'un marché à exécuter en vertu d'un contrat d'entreprise ordinaire, comme celui pour lequel les recourantes avaient présenté leur offre.

Partant, les circonstances de la cause n'obligeaient pas l'autorité attaquée à se départir de la pratique dispensant l'administration d'attendre le rejet d'une demande financement complémentaire avant de décider d'interrompre une procédure d'adjudication (SG GVP 2007 n° 44 consid. 2.4.3).

Enfin, la légalité d'une pareille décision ne dépend pas du point de savoir si l'autorité attaquée aurait dû mieux estimer la valeur du marché qu'elle met en soumission (arrêt 2P.34/2007 précité consid. 6.4 ; Martin Beyeler, Anmerkungen zu BGer. 2P.34/2007, in : DC 2007, p. 209).

**11.** Le recours est rejeté ; la demande d'effet suspensif est classée (art. 80 al. 1 let. e et 60 LPJA).