

A1 13 228

ARRÊT DU 14 JUIN 2013

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

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

en la cause

X_____, recourante, représentée par Maître A_____

contre

ADMINISTRATION COMMUNALE DE B_____, autorité attaquée, et Y_____

(marché public, réaménagement des Bains de C_____, installation de chauffage)

recours de droit administratif contre la décision du 27 février 2013

Faits

A. Le 18 janvier 2013, la commune de B_____ publia au Bulletin officiel (B. O.) n° 3 (p. 105) un appel d'offres en procédure ouverte pour divers travaux de construction relatifs à une piscine publique et à des bâtiments annexes sur le site de C_____. Le marché comprenait un mandat pour l'installation du chauffage (CFC 24).

L'appel d'offres annonçait, sous chiffre 2.1 (p. 5), quatre critères d'adjudication pondérés comme suit : prix de l'offre déposée (50 %), qualité du soumissionnaire (structure et organisation) (20 %), qualité du soumissionnaire (gestion des déchets) (10 %) et références (20 %). Sous chiffre 2.2 (p. 5), il indiquait que l'évaluation des offres se ferait selon l'échelle suivante : 10 = excellent, 8 = bon, 6 = suffisant, 4 = insuffisant, 2 = faible, 0 = inacceptable. Il précisait que les candidats avaient l'obligation de fournir les renseignements demandés et de joindre à leurs offres tous les documents nécessaires à l'évaluation des critères susmentionnés, sous peine de se voir attribuer la note 0. Suivait en pages 5 et 6 le détail des renseignements en question.

B. Cinq offres furent ouvertes, le 12 février 2013. L'offre la société X_____, à D_____, était la moins disante, à 361 800 fr. Elle était suivie par celle de Y_____, à E_____, à quelque 364 671 fr.

Au cours de l'évaluation des offres, l'organe chargé de leur contrôle constata que celle de Y_____ comportait des erreurs comptables. Après corrections, le montant de cette offre a été arrêté à 353 907 fr. Au tableau d'évaluation, celle-ci arrivait en tête avec 8.80 points, devant celle de X_____ à 8.69 points, selon le détail suivant :

	Y_____		X_____	
	Note	Points	Note	Points
Prix de l'offre déposée (50 %)	10.00	5.00	8.99	4.49
Qualité du soumissionnaire (structure et organisation) (20 %)	8	1.60	9	1.80
Qualité du soumissionnaire (gestion des déchets) (10 %)	6	0.60	6	0.60
Références (20 %)	8	1.60	9	1.80
Total des points	8.80		8.69	

C. Le 26 février 2013, le Conseil municipal de B_____ adjugea le marché à l'entreprise Y_____, pour la somme de 353 907 fr. Il communiqua cette décision aux soumissionnaires, le lendemain. A la demande de X_____, la commune lui transmet un tableau comparant la notation de son offre avec celle de l'offre de l'adjudicataire, le 28 février 2013. Le 5 mars suivant, elle lui communiqua, également à sa demande, des explications relatives à la procédure d'évaluation des offres.

D. Trois jours plus tard, X_____ conclut céans, sous suite de dépens, à l'annulation de la décision d'adjudication et à l'attribution des travaux du CFC 24 à elle-même. Elle requit préalablement l'octroi de l'effet suspensif à son recours et l'interdiction de conclure le contrat pour les travaux en cause. La recourante signala une inexplicable différence entre le montant de l'offre de l'adjudicataire au moment de l'ouverture des offres et celui figurant dans le tableau d'évaluation. Elle releva aussi que les administrateurs de la société Y_____ avaient été impliqués dans l'élaboration des documents de l'appel d'offres, ayant ainsi eu l'avantage de connaître l'ensemble du dossier avant même qu'il ne soit publié en vue d'une adjudication et ayant pu, de ce fait, favoriser leur entreprise. Pour ce motif, l'adjudicataire aurait dû être exclu du marché, conformément à l'article 23 alinéa 1 lettre k de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100) et à la jurisprudence. La décision d'adjudication violait en outre les principes de l'égalité de traitement et de la concurrence efficace (art. 1 al. 3 let. a et b de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 – AIMP ; RS/VS 726.1).

A titre de moyen de preuve, X_____ proposa l'interrogatoire des parties. Elle déposa à l'appui de son recours en particulier des extraits du registre du commerce relatifs aux sociétés Y_____, F_____ et G_____, qui toutes comptaient au sein de leurs organes de direction H_____, I_____ et J_____.

Le 11 mars 2013, le juge chargé de l'instruction transmet un exemplaire du recours à la commune de B_____ et à l'adjudicataire, en mentionnant le bénéfice de l'effet suspensif jusqu'à décision du Tribunal cantonal sur la requête déposée à ce sujet.

Le 26 mars suivant, la commune de B_____ proposa de rejeter le recours. Elle confirma avoir corrigé d'emblée des erreurs de calcul dans l'offre de l'adjudicataire, comme l'autorisait l'article 19 alinéa 2 Omp, ce qui expliquait la différence de prix qu'observait la recourante. Ensuite, elle releva que les sociétés F_____ et Y_____ étaient deux entités juridiquement indépendantes et qu'il n'y avait pas de connivence entre elles qui puisse porter un quelconque préjudice à l'impartialité de l'adjudication ou fausser l'égalité de traitement entre les candidats. Elle ajouta qu'il n'y avait pas lieu d'exclure un soumissionnaire tant et aussi longtemps que la preuve de l'existence d'un avantage concurrentiel résultant de sa participation à la configuration du marché n'était pas rapportée. Or, in casu, cette preuve faisait défaut, s'agissant au surplus de travaux ordinaires et dépourvus de difficultés techniques particulières, pour lesquels le bureau technique ne pouvait pas favoriser l'adjudicataire.

Y_____ n'usa pas de la faculté de se déterminer sur le recours.

Le 29 mai 2013, X_____ communiqua ses observations complémentaires, se référant pour l'essentiel à la teneur de son mémoire de recours.

Considérant en droit

1.1 La recourante a obtenu un total de points de 8.69 contre 8.80 pour l'adjudicataire Y_____, ce qui la place en deuxième position dans l'évaluation des offres déposées. Elle constate, d'une part, que le montant de l'offre de l'adjudicataire figurant dans le tableau d'évaluation (353 907 fr.) est inférieur à celui qui prévalait au moment de l'ouverture des offres (364 671 fr.), la recourante ayant déposé, à ce moment-là, l'offre la moins disante (361 800 fr.). L'écart de points entre les deux offres repose avant tout sur le critère du prix, de sorte qu'on ne peut exclure que X_____ passe au premier rang si les corrections apportées au montant de l'offre de son concurrent n'avaient pas lieu d'être. D'autre part, le grief de préimplication que la recourante énonce en affirmant qu'il aurait dû conduire à l'exclusion de l'adjudicataire est, lui aussi, de nature à lui faire remporter le marché en cas d'admission. Partant, X_____ a qualité pour recourir, puisqu'en droit des marchés publics, ce réquisit postule que le soumissionnaire attaquant l'adjudication du marché à autrui ait, s'il obtient gain de cause, 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'acception des articles 80 alinéa 1 lettre a et 44 alinéa 1 lettre a de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RS/VS 172.6) en relation avec les articles 15 et 16 de la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'AIMP (Lmp ; RS/VS 726.1 ; cf. p. ex. ACDP A1 12 167 du 1^{er} mars 2013 consid. 1).

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

2. Dans ce contentieux, la Cour s'en tient aux griefs que la recourante 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 contestée, non sur son opportunité (art. 16 AIMP et 16 Lmp).

3.1 A titre de moyen de preuve, la recourante propose d'interroger les parties. Elle fait en cela usage d'un droit que la loi lui reconnaît (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA). Celui-ci est une composante du droit d'être entendu que garantit l'article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), mais il n'est pas absolu. La prise en considération de moyens de preuve suppose que ceux-ci apparaissent utiles à l'établissement des faits pertinents. L'autorité de décision peut donc 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 lorsqu'elle 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 130 II 425 consid. 2.1 p. 428 s. et la jurisprudence citée ; RVJ 2009 p. 49, consid. 3b).

3.2 Les pièces au dossier – comprenant notamment les documents d'appel d'offres, l'offre de la recourante, celle de l'adjudicataire, ainsi que les résultats de l'évaluation – permettent de trancher l'affaire à la lumière des faits pertinents. Partant, il ne se justifie pas d'interroger les parties qui, au demeurant, ont toutes eu l'occasion d'exprimer par écrit leur point de vue.

4.1 Selon l'article 19 Omp, les offres sont examinées sur le plan technique et comptable d'après des critères uniformes. Des tiers peuvent être nommés comme experts (al. 1). Des erreurs évidentes, telles que des erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées (al. 2).

4.2 A l'examen des postes figurant dans l'offre de l'entreprise Y_____, on peut constater, d'une part, qu'un montant de 10 520 fr. (poste 259, total des Divers) a été comptabilisé par erreur à deux reprises. D'autre part, une erreur de 71 fr. dans l'addition des prix des accessoires pour l'installation de ventilation a aussi été mise en évidence et se reporte sur le total du prix de cette installation (poste 244). Cela permet d'expliquer pourquoi le montant de l'offre de l'adjudicataire au moment de l'ouverture des offres était de 10 591 fr. supérieur à la réalité. Le pouvoir adjudicateur a procédé à juste titre aux contrôles et rectifications nécessaires. Partant, en tablant sur un montant de l'offre de Y_____ à 353 907 fr., l'évaluation a été faite de manière régulière.

5.1 Citant l'article 23 alinéa 1 lettre k Omp, la recourante soutient que l'adjudicataire aurait dû être exclu du marché parce que ses administrateurs avaient été impliqués dans l'élaboration des documents de l'appel d'offres, qu'ils avaient ainsi eu l'avantage de connaître l'ensemble du dossier avant même qu'il ne soit publié en vue d'une adjudication et qu'ils avaient pu favoriser leur entreprise. Puisque cette exclusion n'a pas été prononcée, elle affirme que la décision d'adjudication contrevient aux principes de l'égalité de traitement et de la concurrence efficace. La commune de B_____ nie l'existence d'avantages dont aurait pu profiter le candidat choisi.

5.2 Selon la disposition précitée, un soumissionnaire est exclu de la procédure s'il a accompli, dans le cadre du même projet, un ou plusieurs mandats d'études ou de direction des travaux et lorsque ces prestations le mettent au bénéfice, pour l'offre en cours, de connaissances et d'informations privilégiées faussant l'égalité des chances. La législation sur les marchés publics a en effet pour but notamment de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 3 let. b AIMP). Le respect de ces principes est en cause dans le cas du soumissionnaire dit « préimpliqué », c'est-à-dire de celui qui participe à la procédure de soumission et présente une offre alors qu'il a collaboré à l'élaboration de l'appel d'offres (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 du 25 janvier 2005 consid. 3.1). Les directives pour l'exécution de l'AIMP prévoient d'ailleurs, sous § 8 (p. 3), que les personnes et entreprises qui participent à la préparation des documents d'appel d'offres ou aux procédures de passation des marchés publics de manière à pouvoir influencer l'adjudication en leur faveur, ne peuvent présenter d'offre. L'exclusion est donc en principe de mise lorsqu'une entreprise a élaboré elle-même le cahier des charges relatif aux travaux mis en soumission (cf. ACDP A1 04 6 du 1^{er} avril 2004 consid. 4b ; jurisprudence publiée in BR/DC 2/2011 S4 p. 106 ; arrêt du Tribunal

cantonal vaudois MPU.2012.0003 du 16 mai 2012, consid. 2b ; J.-B. Zufferey/C. Maillard/N. Michel, Droit des marchés

publics, p. 102), mais non si la collaboration n'avait que peu d'importance et ne consistait, par exemple, qu'en une aide technique de définition ou des renseignements ou conseils isolés à l'adjudicateur (cf. ACDP A1 12 68 du 25 juillet 2012 consid. 3b ; arrêt 2P.164/2004 précité consid. 3.3 et les références, cité in ATAF B-7571/2009 du 20 avril 2011 cons. 4.7 ; P. Gauch/H. Stöckli, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, p.14 ss, ch. 8.2 et 8.3).

Comme on le voit, pour l'appréciation du cas, l'intensité ou la nature de la collaboration du soumissionnaire dans la préparation de la procédure de soumission joue un certain rôle, tout comme les mesures correctives éventuellement décidées par l'adjudicateur afin de garantir l'égalité entre concurrents et la question de savoir si la préimplication est de nature à permettre au candidat en question d'influer sur le résultat de l'adjudication en favorisant sa position (cf. jurisprudence publiée in BR/DC 4/2011 S107 p. 253). Dans ce cadre, il faut aussi relever que si toute participation à la préparation de la soumission, quels que soient son genre et son intensité, devait conduire à une exclusion subséquente, les entreprises disposant de départements spécialisés ne seraient plus guère disposées à entrer dans une quelconque collaboration lors de la phase préparatoire d'un appel d'offres, ce qui irait à l'encontre d'une utilisation économique des fonds publics, en particulier dans les mandats complexes (cf. P. Galli/A. Moser/E. Lang/E. Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, vol. 1, 2^e éd., p. 298 ss, spéc. n^{os} 3 et p. 300 ss ; RJN 2011 p. 386 s., consid. 8 ; ACDP A1 04 7 du 24 mai 2004 consid. 5.4 et 5.5). Il incombe à l'adjudicateur de vérifier si un soumissionnaire bénéficie d'informations privilégiées et, le cas échéant, au soumissionnaire visé d'établir que sa collaboration préalable ne lui a pas procuré d'avantage concurrentiel (cf. arrêt 2P.164/2004 précité consid. 3.3).

5.3 Selon le document d'appel d'offres relatif à la construction des Bains de C_____, la société F_____ est mentionnée sous la rubrique « Organisation du maître de l'ouvrage » (ch. 3.1 p. 8) en tant que responsable des études CV (chauffage, ventilation) et des études S (sanitaires). Cela signifie que c'est elle qui a élaboré le cahier des charges pour ce qui concerne les installations de chauffage et de ventilation, ainsi que pour les installations sanitaires. Il faut donc admettre que cette société a participé de manière active et prépondérante à l'établissement de l'appel d'offres. Elle a de plus procédé aux comparatifs des soumissions du 19 février 2013 (cf. pièce n° 2 du dossier déposé par la commune). Or, les pièces déposées par la recourante, en particulier les extraits de registre du commerce, montrent les liens qui existent entre les dirigeants de F_____ et l'adjudicataire Y_____. H_____, J_____ et I_____ sont tous trois administrateurs ou associés de ces personnes morales. Ils font partie du Conseil d'administration de G_____ qui regroupe sous la même enseigne notamment ces deux entreprises actives dans le domaine de la construction. H_____ est directeur du groupe et de l'entreprise K_____ ; J_____ est directeur de Y_____ et associé chez F_____ ; I_____ est directeur de F_____ et administrateur de Y_____.

La commune de B_____ signale que ces sociétés sont des entités juridiquement indépendantes. Cela n'est cependant pas décisif pour écarter tout risque de préimplication du moment que les personnes qui dirigent ces entreprises sont les mêmes. Elle ajoute qu'il n'est pas possible d'exclure un soumissionnaire sans que la preuve d'un avantage concurrentiel ne soit apportée. En l'occurrence, l'élaboration du cahier des charges du CFC 24 par F_____ est susceptible de donner un avantage sérieux à l'entreprise Y_____. Il s'agit en effet d'une opération essentielle de l'élaboration de l'appel d'offres, au cours de laquelle F_____, bureau spécialisé dans le conseil énergétique et les études CVS, était en mesure de favoriser sa société sœur. Il n'est pas nécessaire de démontrer, dans ce cadre, qu'il y a effectivement eu intention de favoriser tel ou tel candidat. Une preuve de ce type serait d'ailleurs très difficile à apporter. L'existence d'un risque concret fondé sur les liens étroits unissant les entreprises F_____ à Y_____ est suffisante. L'adjudicataire ne s'étant au surplus pas exprimée, il convient de s'en tenir à cette apparence. La commune de B_____ affirme que le mandat concerne des travaux ordinaires sans difficultés techniques particulières, si bien qu'il n'était pas possible de favoriser l'adjudicataire, avis que ne partage pas la recourante, pour qui les travaux sont complexes et pouvaient être menés de plusieurs manières. A l'examen de la liste des équipements qui tient sur plus de 40 pages, la Cour ne peut dénier à tout le moins une certaine complexité aux travaux mis en soumission. L'argument évoqué par la commune apparaît ainsi peu convaincant. Sous un autre angle, il faut aussi admettre que l'adjudicataire disposait d'une longueur d'avance sur ses concurrents puisqu'elle devait avoir connaissance, par le biais de ses dirigeants, du cahier des charges qu'avait élaboré F_____. Enfin, le mandat à adjuger n'est pas spécial au point que l'exclusion de la société Y_____ remettrait en cause l'attribution du marché ; le nombre d'offres déposées montre au contraire qu'il était tout à fait possible à l'autorité d'adjudication de faire appel à d'autres entreprises que celle de l'adjudicataire pour la réalisation du CFC 24.

5.4 Dans ces conditions, il faut admettre que la société Y_____ bénéficiait d'une position et/ou d'informations privilégiées dans le cadre de l'attribution du marché en cause. L'égalité des chances entre concurrents se trouvait ainsi compromise, ce qui devait conduire à l'exclusion de ce candidat, conformément à l'article 23 alinéa 1 lettre k Omp.

6.1 Attendu ce qui précède, le recours est admis, la décision attaquée est annulée et l'affaire renvoyée à la commune de B_____ pour nouveau prononcé d'adjudication dans le sens du considérant 5.4 (art. 18 al. 1 AIMP ; art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). La demande d'effet suspensif est classée.

6.2 Les frais sont remis (art. 89 al. 4 LPJA). 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 la commune de B_____. Eu égard aux critères et limites des articles 27 alinéa 1 et 39 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), cette indemnité est fixée à 1'800 fr.

Prononce

1. Le recours est admis, la décision attaquée est annulée et l'affaire est renvoyée à la commune de B_____ pour nouvelle décision dans le sens du considérant 5.4.
2. La demande d'effet suspensif est classée.
3. Il n'est pas perçu de frais.
4. La commune de B_____ versera à X_____ 1800 fr. pour ses dépens.
5. Le présent arrêt est communiqué à Maître A_____, pour X_____, à la commune de B_____ et à Y_____, à E_____.

Sion, le 14 juin 2013.