

A1 23 26
A1 23 37

ARRÊT DU 22 JUIN 2023

Tribunal cantonal du Valais

Cour de droit public

Composition : Christophe Joris, président, Jean-Bernard Fournier et Dr Thierry Schnyder, juges ;

en la cause

X _____ **SA**, A _____, recourante, représentée par Maître Olivier Rodondi, avocat, 1001 Lausanne

contre

CONSEIL D'ETAT DU CANTON DU VALAIS, 1951 Sion, autorité attaquée, représentée par le Département des finances et de l'énergie, Service Immobilier et patrimoine, 1951 Sion,

(marché public ; interruption de la procédure ; nouvel appel d'offres)

recours de droit administratif contre les décisions des 25 janvier et 17 février 2023

Faits

A. Le 16 septembre 2022, le Service immobilier et patrimoine (SIP) du Département des finances et de l'énergie lança, à la p. 3076 du Bulletin officiel (B. O.) n° 37 de ce jour-là et sur le site simap, un appel d'offres en procédure ouverte pour de « nouvelles centrales d'engagement et data center à Sierre CFC 231.4 – groupe de secours ». Il s'agissait d'un marché de travaux de construction relatif à un bâtiment regroupant tous les « feux bleus » du canton et comprenant un deuxième centre de calcul informatique. Celui-ci devait assurer la continuité opérationnelle du centre principal situé à Sion, de manière à garantir la pérennité et la sécurité des systèmes d'information de l'Etat.

Le ch. 5 du cahier des charge (CC) remis aux candidats s'intitulait « critères d'aptitude » (p. 14).

Il y en avait deux. Le premier se rapportait à « l'organisation de l'entreprise dans le domaine spécifique ». Il se détaillait d'abord en trois rubriques ventilées en deux colonnes parallèles. Celle de gauche exigeait au minimum (a) 1 personne avec diplôme EPFL, ou HES ou maîtrise fédérale ou technicien, (b) 3 contremaîtres ou chefs d'équipe, et (c) 9 ouvriers qualifiés. La colonne de droite se composait de lignes en blanc où le soumissionnaire devait indiquer son propre effectif comparativement à ces exigences de l'adjudicateur. Les deux colonnes se terminaient sur deux lignes en blanc ; les soumissionnaires devaient y inscrire le nombre des ouvriers non qualifiés et des apprentis, sans que le CC fixât d'effectif minimal à ces rubriques. Un organigramme de l'entreprise et des copies des diplômes du personnel cadre devaient impérativement accompagner l'offre, sous annexe 2. Le libellé du premier critère d'aptitude s'achevait sur cet alinéa « aptitude : compétences spécifiques exigées (critère d'aptitude) : si les compétences spécifiques demandées ne sont pas assurées, respectivement non confirmées, l'offre est jugée non valable / inapte, et de ce fait exclue ».

Lui aussi éliminatoire, le deuxième critère d'aptitude avait trait à un service de maintenance à fournir dans un rayon de 4 heures et avec une équipe de 5 personnes ou plus.

Enumérés au ch. 6 du CC (p. 15), les critères d'adjudication étaient le prix (50%), l'organisation du soumissionnaire (30 %) et les références liées à l'objet (20 %).

L'organisation du soumissionnaire (30 %) se ventilait en trois sous-critères : organisation pour l'exécution du marché (5 %) ; délai et encadrement (5 %) ; organisation technique (20 %). Pour le sous-critère de l'organisation, la p. 18 du CC astreignait le soumissionnaire à présenter son « organigramme opérationnel prévu pour l'exécution du marché » ; cet organigramme devait « être en adéquation avec les exigences et les objectifs du marché, mais également avec l'organisation de l'adjudicateur ». L'organigramme devait être joint à l'offre sous le titre « annexe 3 » avec le nom ou la raison sociale du soumissionnaire. Devaient y apparaître les noms des principaux intervenants (personnes-clés ; diplômés ; années d'expérience) ; la répartition des tâches et des responsabilités ; les liens hiérarchiques.

B. Le 4 novembre 2022, X _____ SA posta une offre de 1 649 932 fr. 20 y c. les coûts d'entretien et de maintenance.

Etablie sur le schéma du CC, cette offre chiffrait, à la p. 14 de celui-ci (critères d'aptitude), à 3 l'effectif des personnes avec diplôme EPFL ou HES, maîtrise fédérale ou technicien et à 4 le nombre des contremaîtres ou chefs d'équipe, catégories où le CC comportait des minimums de respectivement 1 et 3 unités. Elle chiffrait à 2 le nombre des ouvriers qualifiés, catégorie qui figurait dans le CC avec un minimum de 9 unités.

Un astérisque renvoyait cependant à l'annexe 2 « organisation de projet dans chapitre 05 ». On lisait dans une annexe distincte décrivant l'organigramme du projet que X _____ SA comptait 9 collaborateurs. Cette pièce évoquait deux fabricants employant l'un 108 collaborateurs, l'autre 45 collaborateurs, un fabricant intervenant en sous-traitance et dont le personnel était de 25 collaborateurs. Un (autre) sous-traitant de X _____ SA pour les prestations à fournir dans le projet avait 36 collaborateurs. L'annexe sur l'organigramme du projet avançait un « effectif pour la réalisation » affichant un total de 25 unités (5 chez X _____ SA ; 3 chez le sous-traitant proprement dit; 11 chez un fabricant ; chaque fois 3 chez deux autres fabricants).

Quant au service de maintenance, X _____ SA se référait à une proposition de contrat pour ladite prestation (chapitre 10 de l'offre).

Cette offre et une autre, postée le 3 novembre 2022 (1 551 452 fr. 96), furent ouvertes le 8 novembre 2022.

C. Le 18 janvier 2023, un représentant du SIP téléphona à B _____, administrateur unique avec signature individuelle de X _____ SA. Il lui annonça la prochaine interruption de la procédure au motif qu'aucune des offres ne satisfaisait aux critères d'aptitude. A la même date, B _____ écrivit à son interlocuteur en le priant de spécifier ceux de ces critères auxquels ne correspondait pas l'offre de X _____ SA.

Le 24 janvier 2023, le SIP l'informa que le nombre d'ouvriers qualifiés mentionné à la p. 14 de cette offre était insuffisant (2 au lieu de 9). Le renvoi à l'annexe 2 « organisation du projet dans chapitre 05 » n'y changeait rien, car il ne renseignait que sur les personnes « cadres ». De plus, l'organigramme de projet comportait uniquement le nombre d'employés des sous-traitants, avec des effectifs trop faibles pour garantir un service de piquet conforme aux réquisits de l'art. 14 de l'ordonnance fédérale du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT ; RS 822.111), soit au moins cinq personnes qualifiées. Le SIP souligna également avoir averti téléphoniquement B _____ qu'un nouvel appel d'offres allait être publié.

Le 25 janvier 2023, le Conseil d'Etat mit fin à l'appel d'offres ouvert le 15 septembre 2022, aucune des deux offres reçues ne correspondant à l'intégralité des critères d'aptitude.

Le 3 février 2023, le SIP communiqua à X _____ SA cette décision, fondée sur l'art. 35 al. 2 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100) qui range parmi les raisons importantes habilitant l'adjudicateur à interrompre la procédure et à la renouveler (cf. al. 1) le fait que ladite autorité n'a reçu aucune offre satisfaisant les exigences techniques et les critères définis dans les documents d'appel d'offres (lit. a).

D. Par recours de droit administratif du 13 février 2023 (A1 23 26), X _____ SA conclut céans principalement à la réforme de la décision du 25 janvier 2023 du Conseil d'Etat dans le sens d'une adjudication du marché à elle-même, subsidiairement à une annulation avec renvoi de l'affaire.

Le 15 février 2023, l'effet suspensif requis par X _____ SA fut accordé à titre prévisionnel à ce recours.

Le 20 février 2023, X _____ SA signala la parution, sur le site simap et nonobstant l'effet suspensif prévisionnel qu'elle avait obtenu, d'un nouvel appel d'offres, daté du

17 février 2023, pour le marché en cause (cf. B. O. n° 7 de ce jour-là, p. 528). Elle sollicite des mesures superprovisionnelles et provisionnelles astreignant le SIP à retirer ou à annuler cette publication.

Le 7 mars 2023, le Conseil d'Etat proposa, par l'intermédiaire du SIP, de rejeter le recours A1 23 26 et les requêtes de X _____ SA, alternativement de l'astreindre à des sûretés si ces demandes, ou l'une d'entre elles, étaient agréées.

E. Entre-temps, X _____ SA, avait formé, le 27 février 2023, un second recours de droit administratif (A1 23 37) concluant à l'annulation du nouvel appel d'offres publié le 17 février 2023 sur le site simap, ainsi qu'à l'octroi de l'effet suspensif.

Le 10 mars 2023, le Conseil d'Etat proposa le refus de cette mesure provisionnelle, à défaut son acceptation moyennant sûretés.

Le 14 mars 2023, la Cour de droit public rejeta les demandes d'effet suspensif des 13 et 20 février 2023 (A1 23 26) et 27 février 2023 (A1 23 37) de X _____ SA, de même que sa requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles du 20 février 2023 (A1 23 26).

Le 16 mars 2023, le Conseil d'Etat proposa de débouter la recourante dans la cause A1 23 37.

Les ultimes remarques de X _____ SA dans cette cause et dans celle enregistrée sous A1 23 26 sont du 6 avril 2023.

La recourante conclut à l'allocation de dépens dans les deux procès.

Considérant en droit

1. L'annulation de la décision du 25 janvier 2023 interrompant la procédure dans laquelle X _____ SA avait déposé une offre préserverait, en soi, ses chances de se voir adjudger le marché mis en soumission le 16 septembre 2022. Il en va de même d'une annulation de l'appel d'offres du 17 février 2023.

Partant, la prénommée a un intérêt digne de protection à un contrôle juridictionnel de ces deux décisions, et donc qualité pour recourir (art. 16 al. 1 de la loi - LcAIMP - RS/VS 726.1 - concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics - AIMP ; art. 15 al. 1bis lit. a et e AIMP ; art. 80 al. 1 lit. a de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives - LPJA - RS/VS 172.6 ; cf. p. ex. A1 23 15 du 7 juin 2023 cons. 1.2 ; ACDP A1 21 266 du 29 mars 2022 cons. 1.2.1).

2. On ignore si, après la décision incidente du 14 mars 2023 de la Cour de droit public, l'appel d'offres du 17 février 2023 a abouti à l'attribution d'un marché à un tiers. Ce point n'a pas à être élucidé. Dans l'affirmative, X _____ SA conserverait la qualité pour recourir, attendu que la jurisprudence la reconnaît également au soumissionnaire évincé qui s'en prend à une décision autre que l'attribution d'un marché à l'un de ses concurrents, si l'examen de ses griefs peut déboucher sur un constat de l'illicéité de cette décision et faciliter, le cas échéant, l'octroi d'un dédommagement (art. 18 al. 2 AIMP ; art. 17 LcAIMP ; cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_603/2021 du 8 février 2022 cons. 7 et 7.1 citant arrêt du Tribunal fédéral 2D 42_2016 du 3 octobre 2017 cons. 1.2)

3. Les recours A1 23 26 et A1 23 37 ont au surplus été interjetés dans les délais et les formes voulus (art. 16 al. 2 LcAIMP ; art. 80 al. 1 lit. c et 48 LPJA).

Ils sont assez connexes pour être jugés en un seul arrêt (art. 80 al. 1 lit. d, 56 et 11b LPJA).

4. Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que les recourants motivent dans les formes des articles 80 alinéa 1 lettre c et 48 alinéa 1 LPJA. Il ne statue que sur la légalité de la décision contestée, non sur son opportunité (art. 16 AIMP et 16 LcAIMP ; cf. p. ex. ACDP A1 23 15 précité cons. 1.3 citant RVJ 2017 p. 30 cons. 4).

5. D'après l'art. 13 AIMP, le droit cantonal doit garantir une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables (lit. d) que cette

disposition distingue des critères d'attribution (ou d'adjudication) qui doivent être « propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse » et que régit notamment l'art. 31 Omp, irrelevant ici.

6. Selon l'art. 12 al. 1 Omp, « l'adjudicateur définit des critères d'aptitude objectifs et les preuves à apporter pour permettre l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires. Les critères d'aptitude concernent en particulier les capacités techniques, organisationnelles, financières et économiques ». A teneur de l'art. 23 al. 1 lit. a Omp, un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication si, au moment du dépôt de son offre, ou au moment de l'adjudication, il ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude. Rappelé sous let. B de l'exposé des faits, l'art. 35 al. 2 lit. a Omp vise l'hypothèse où l'adjudicateur peut légalement mettre fin à une procédure et renouveler celle-ci parce qu'aucune offre ne correspond aux exigences techniques et aux critères précisés dans l'appel d'offres.

L'art. 14 al. 1 Omp énonce, en outre, que l'offre doit être écrite et complète et qu'elle ne peut être modifiée une fois expiré le délai fixé pour son envoi, sauf si elle comporte des erreurs évidentes, p. ex. de calcul ou d'écriture à redresser lors de l'examen technique et comptable institué à l'art. 19 Omp. A l'occasion de ce contrôle, l'adjudicateur peut réclamer aux soumissionnaires des explications écrites sur leur aptitude ou leur offres (al. 1). Il doit transcrire ces explications s'il les recueille verbalement (al. 2).

7. L'appel d'offres est une décision susceptible de recours (art. 15bis lit. a AIMP ; cf. art. 16 LcAIMP). D'où suit que l'omission d'un soumissionnaire d'utiliser cette voie de droit l'empêche, en principe, de se plaindre valablement de l'échec de son offre si ce résultat tient à l'application de critères dont il aurait pu obtenir la suppression ou la rectification en attaquant l'appel d'offres (cf. art. 80 al. 1 lit. a et 44 al. 2 LPJA).

Les soumissionnaires étant souvent des non-juristes que la brièveté des délais fixés par les adjudicateurs dissuade de s'interroger sur la validité des documents d'appel d'offres, la jurisprudence tempère cette forclusion en la limitant aux affaires où l'irrégularité de critères d'aptitude ou d'adjudication est assez manifeste pour que sa critique au stade du recours contre une exclusion de la procédure ou l'attribution du marché à un tiers doive être tenue pour contraire à la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst féd.) ou à la sécurité du droit (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2C_680/2020 du 10 mars 2021 cons. 1.2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1060/2017 du 29 octobre 2020 cons. 5.2).

8. Résumées sous let. A de l'exposé des faits, les p. 14 à 18 du CC révélaient sans équivoque la volonté de l'adjudicateur d'évaluer l'aptitude des offreurs à l'aune d'une série de paramètres caractérisant l'entreprise de chacun d'eux, notamment la

composition de son personnel, et en arrêtant des nombres-seuils de diplômés, contremaîtres ou chefs d'équipe et ouvriers spécialisés. Chaque soumissionnaire devait, en remplissant les lignes vides de la p. 14 du CC, dire combien d'employés de chaque catégorie travaillaient chez lui, et dans quelle mesure ces trois catégories de salariés vérifiaient les attentes exprimées par les nombres-seuils. En somme, le lecteur ne pouvait ignorer que, sous l'angle du premier critère d'aptitude, son offre serait jaugée en fonction d'une vue d'ensemble de ses propres ressources humaines.

La question de savoir comment, et dans quelle proportion, les salariés de l'offreur participeraient à l'exécution du marché s'il lui était attribué devait, comme le montraient les p. 15 et 18 du CC, être abordée dans le cadre du sous-critère d'adjudication qu'était l'organisation opérationnelle, à illustrer par l'organigramme de l'annexe 3.

9. Le 13 février 2023, la recourante a allégué, en p. 9 de son mémoire, que, malgré ses nombreuses années d'expérience, « c'est pour elle une première de faire face à une telle exigence d'aptitude qui pourrait l'exclure au motif que ses ressources humaines ne seraient prétendument pas suffisantes pour assurer la bienfaisance de la prestation. Il sied ici de préciser que la recourante au moment où elle a rédigé son offre n'avait pas à contester ces exigences de la p. 14 (CC), car pour elle il était logique et cohérent de pouvoir renvoyer à son annexe qui présentait sa structure et son organisation pour le projet. Ce n'est finalement qu'après le dépôt de son offre et le courrier du 24 janvier 2023 (...) qu'elle a saisi la portée – contestée – que l'autorité intimée attribuait aux critères contenus dans (le CC) ».

Aux p. 11 ss de ce mémoire du 13 février 2023, X _____ SA soulignait employer « plusieurs ingénieurs et un total de 9 personnes », intervenir « dans un segment très spécifique en qualité de fournisseur et d'intégrateur, couvrant ainsi la planification, le suivi de l'installation, le contrôle, la mise en service et la maintenance de tels projets ». Elle relevait n'être « en revanche pas fabricant de groupes de secours, au même titre que toutes ses concurrentes, qui travaillent d'ailleurs de la même façon, lesquelles se structurent et s'organisent spécifiquement pour le projet à mener en collaborant avec des fabricants et des sous-traitants qui y sont intégrés ». C'est dans ce contexte que X _____ SA avait prévu d'occuper à l'exécution du marché mis en soumission le 16 septembre 2022 « 5 personnes hautement qualifiées auxquelles s'ajout(ai)ent 20 personnes émanant des fabricants de containers, machines et tableaux de commandes et réservoirs de carburant, d'une part, et des sous-traitants pour la grue, manutention et transport, d'autre part ». Ces 25 personnes dépassaient les attentes qu'exprimaient les effectifs minimums de la p. 14 du CC. En le niant, après que son

mandataire technique eut questionné la recourante sur des éléments techniques et de fond de son offre, le Conseil d'Etat aurait adopté « un comportement ambigu et contraire à la loi à la bonne foi », car de pareilles informations complémentaires ne sont habituellement recueillies qu'auprès de soumissionnaires dont l'adjudicateur sait qu'ils correspondent à ses critères d'aptitude.

10. La recourante ne peut être crue quand elle affirme avoir ignoré avant le 24 janvier 2023 que le premier critère d'aptitude s'appliquerait prioritairement en fonction d'une appréciation globale de la structure du personnel de son entreprise, ou que l'écart entre le nombre de ses collaborateurs diplômés, contremaîtres, chefs d'équipe, ouvriers spécialisés et les chiffres minimaux que l'adjudicateur avait à l'esprit aurait un rôle décisif à cet égard. La p. 14 du CC était suffisamment claire pour que ce fait retienne l'attention d'un offreur expérimenté, à qui ne pouvait non plus échapper la différence entre un critère d'aptitude formulé de cette façon et les conditions où lui-même exerçait couramment son activité de fournisseur et d'intégrateur dans le domaine de la planification, de l'installation etc. de groupes de secours.

Partant, X _____ savait que si son offre parlait de 2 ouvriers spécialisés, alors que le CC en exigeait 9, elle se heurterait à un critère d'aptitude et serait exclue en vertu de l'art. 23 al. 1 lit. A Omp (cons. 6). Cette conséquence étant évidente, la recourante devait attaquer l'appel d'offres (art. 15bis AIMP ; art. 16 LcAIMP) ; elle ne peut le contester après coup, comme elle le tente en arguant qu'il ne correspondait pas à une pratique usuelle de la branche (art. 80 al. 1 lit. a et 44 al. 2 LPJA ; cf. cons. 7).

11. Cela étant, on ne s'attarde ni sur les explications du 7 mars 2023 du SIP (p. 2 ss) à propos des effectifs d'employés que la p. 14 du CC mentionnait à titre de minimums, ni sur les griefs que la recourante développe à leur encontre dans son mémoire du 6 avril 2023 (p. 3 ss).

12. Les renseignements que le mandataire technique de l'adjudicateur a demandés à la recourante avant la décision du Conseil d'Etat du 25 janvier 2023 l'ont été au stade du contrôle des offres où des spécialistes extérieurs peuvent être consultés (cf. art. 19 al. 1 Omp), sans que leur opinion lie l'adjudicateur quand il statue sur l'issue de la procédure, p. ex. en l'interrompant.

13. En tant qu'il est recevable, le recours A1 23 26 est rejeté au vu de ce qui précède (art. 80 al. 1 lit. e et 60 al. 1 LPJA).

14. Le recours A1 23 37 n'est pas mieux fondé.

Le mémoire du 23 février 2023 qui l'introduisait s'appuyait uniquement sur l'effet suspensif préprovisionnel du recours A1 23 26 pour conclure à l'appel d'offres du 17 février 2023. Or, comme l'a jugé la Cour de droit public dans sa décision incidente du 14 mars 2023, ce (nouvel) appel d'offres était antérieur à la notification au Conseil d'Etat de la mesure préprovisionnelle du 15 février 2023 relative à cet effet suspensif, de sorte que le moyen soulevé à ce sujet tombe à faux.

La recourante n'a développé aucun autre grief pertinent (art. 72, 80 al. 1 lit. c, 48 al. 2 LPJA) dans ses remarques additionnelles du 4 avril 2023 qui se sont concentrées sur une démonstration de la prétendue illégalité de l'interruption de procédure décidée en Conseil d'Etat le 25 janvier 2023, autrement dit de la décision critiquée par le recours A1 23 26 examiné plus haut.

15. X _____ SA paiera un émolument de justice de 2500 fr. fixé, débours inclus, en application des paramètres usuels de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, de la valeur du marché litigieux, etc. ; les dépens lui sont refusés (art. 89 al. 1, 91 al. 1 et 3 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).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Les recours A1 23 26 et A1 23 37 sont rejetés en tant qu'ils sont recevables.
2. X _____ SA paiera 2500 fr. de frais de justice.
3. Les dépens lui sont refusés.
4. Le présent arrêt est communiqué à M^e Olivier Rodondi, à Lausanne, pour X _____ SA, et Département des finances et de l'énergie, Service Immobilier et patrimoine.

Sion, le 22 juin 2023