

A1 24 149

ARRÊT DU 26 NOVEMBRE 2024

Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public

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

en la cause

X _____ **SA**, de siège à A _____, recourante, représentée par Maître Philippe Nantermod, avocat, à Monthey

contre

Y _____, de siège à B _____, autorité attaquée, représentée par Maître Jeanne Ançay, avocate, à Martigny, et **Z** _____ **SÀRL**, de siège à C _____, tiers concerné

(Marché public ; adjudication)

recours de droit administratif contre la décision du 26 juin 2024

Faits

A. Par avis publié le xx.xx 2023 au Bulletin officiel (B. O.) du canton du Valais ainsi que sur le site www.simap.ch, la Fondation Y _____ (ci-après : la Fondation) a lancé un appel d'offres en procédure ouverte concernant un marché de travaux de construction (exécution) pour la construction de l'EMS « Y _____ », divisé en plusieurs marchés, dont celui relatif aux installations de ventilation et de conditionnement d'air (CFC 244). La publication précisait que le délai de clôture pour le dépôt des offres était arrêté au 16 octobre 2023 et que la date du sceau postal faisait foi (ch. 1.4).

Les documents d'appel d'offres prévoyaient les cinq critères d'adjudication ci-après, avec leur pondération respective, à noter sur une échelle de 0 à 5 (0 = pas d'informations ; 1 = insuffisant ; 2 = partiellement suffisant ; 3 = suffisant ; 4 = bon et avantageux ; 5 = très intéressant ; cahier des charges [CC], ch. 3.224, p. 15-16) :

	Critères	Pondération
1	Conditions de participation (annexe P)	0.0 %
P1	Engagement sur l'honneur du respect de toutes les conditions – pas de notifications (<i>recte</i> : notation)	0.0 %
2	Prix	40.0 %
1.1	Offre déposée HT (construction ou fourniture : note $x = ((\text{coût offre } n) \times 3 \times 5)$)	40.0 %
3	Organisation pour l'exécution du marché	27.5 %
R6	Nombre, planification et disponibilité des moyens et des ressources pour l'exécution du marché	15.0 %
R9	Qualification des personnes-clés désignées pour l'exécution du marché	12.5 %
4	Organisation qualité du candidat ou du soumissionnaire pour satisfaire les exigences du client	17.5 %
Q4	Capacité en personnel et formation de base des personnes-clés de l'entreprise	7.5 %
Q5	Contribution de l'entreprise au développement durable (aspects environnements et sociaux)	10.0 %
5	Référence du candidat ou du soumissionnaire	15.0 %
Q9	Références de travaux de construction	15.0 %

Les documents d'appel d'offres indiquaient également que les offres partielles n'étaient pas acceptées (CC, ch. 3.222, p. 15), de même que les variantes (CC, ch. 3.260.100, p. 21) et que la notation du prix se ferait selon la méthode T3 (CC, ch. 3.224.400, p. 16).

B. Le 16 octobre 2023, cinq offres ont été ouvertes pour ce marché. Parmi celles-ci figuraient celle de X _____ SA (1'421'522 fr. 80) ainsi que celle de D _____ SA (1'497'197 fr. 30). Toutefois, deux autres offres, postées les 14 et 16 octobre 2023, sont parvenues au pouvoir adjudicateur les 17 et 18 octobre 2023 et ont été ajoutées au procès-verbal d'ouverture des offres, portant le nombre de ces dernières à sept. C'était notamment le cas de l'offre de Z _____ Sàrl, qui était la moins chère des sept offres ouvertes (1'300'000 fr.).

Après contrôle et évaluation de ces offres, sur la base de la grille multicritères annoncée dans les documents d'appel d'offres, Z _____ Sàrl a obtenu la première place du classement, avec un total de 447.50 points, après pondération des notes. D _____ SA est arrivée à la deuxième place avec 434.66 points. Quant à X _____ SA, elle est arrivée à la troisième place avec un total de 431.30 points, après pondération des notes. En synthèse, les notes de ces trois soumissionnaires se détaillaient comme suit :

Critères	Poids	Z _____ Sàrl		D _____ SA		X _____ SA	
		Note	Points	Note	Points	Note	Points
1. Conditions de participation	0 %	0	0.00	0	0.00	0	0.00
2. Prix	40 %	5.00	200.00	4.24	169.66	4.53	181.30
3. Organisation pour l'exécution du marché	27.5 %	5.00	137.50	5.00	137.50	5.00	137.50
<i>Annexe R6</i>	15.0 %	5.00		5.00		5.00	
<i>Annexe R9</i>	12.5 %	5.00		5.00		5.00	
4. Organisation de base du candidat	17.5 %	2.00	35.00	3.00	52.50	3.00	52.50
<i>Annexe Q4</i>	7.5 %	4.00		5.00		5.00	
<i>Annexe Q5</i>	10.0 %	0.5		1.5		1.5	
5. Référence	15 %	5.00	75.00	5.00	75.00	4.00	60.00
Total pondéré	100 %		447.50		434.66		431.30
Classement			1		2		3

C. Par décision du 26 juin 2024, la Fondation a adjugé le marché à Z _____ Sàrl. Cette décision a été communiquée le même jour à l'adjudicataire ainsi qu'aux soumissionnaires non retenus.

D. Le 8 juillet 2024, X _____ SA a recouru céans en concluant à l'annulation de l'adjudication du 26 juin 2024 et à l'attribution du marché à elle-même. Elle s'est d'abord plainte d'une motivation incomplète de la décision, demandant la production du dossier complet de la procédure d'adjudication afin de comprendre les critères et la pondération utilisées dans l'évaluation des offres. Elle a ensuite soutenu que sa propre offre était la

plus avantageuse économiquement et que l'offre de Z _____ Sàrl semblait irrecevable et avait été déposée tardivement.

Le 10 juillet 2024, le recours a été mis au bénéfice de l'effet suspensif décidé à titre superprovisionnel.

Le 19 août 2024, Z _____ Sàrl a soutenu que son offre était parfaitement valable. Elle avait été déposée à la poste le 14 octobre 2023 à 9h49, de sorte que le délai avait été respecté, étant donné que c'était la date du sceau postal qui faisait foi.

Le 29 août 2024, la Fondation a déposé le dossier de la cause et proposé le rejet du recours. Concernant le grief lié à la motivation incomplète de la décision, elle a estimé que le dépôt du dossier permettait aisément de comprendre la décision d'adjudication. Par ailleurs, l'offre de X _____ SA n'était que la deuxième offre la moins chère, derrière celle de l'adjudicataire, et la troisième au classement au terme de l'examen de chacun des cinq critères d'évaluation. Enfin, même si, sur le procès-verbal d'ouverture des offres, la case intitulée « dossier recevable » n'était pas cochée pour les deux offres reçues après la date de l'ouverture officielle, il s'agissait d'une simple inadvertance du pouvoir adjudicateur, laquelle ne devait donc pas porter à conséquence.

Le 26 septembre 2024, X _____ SA a complété ses griefs après examen du dossier de la cause. Elle a soutenu que l'offre de l'adjudicataire ne correspondait pas exactement à l'appel d'offres, puisque ce dernier portait sur la fourniture d'appareils de la marque « E _____ », alors que l'adjudicataire n'avait offert que sa propre marque « F _____ ». Il s'agissait donc d'une variante, de sorte que l'offre aurait dû être écartée. En outre, l'offre déposée par l'adjudicataire était incomplète, ce qui aurait également dû entraîner son exclusion. A cela s'ajoutait que l'offre de l'adjudicataire comportait divers autres vices. Ainsi, aucun planning intentionnel quant à la réalisation du chantier n'avait été fourni, l'annexe R9 portait sur une autre société qui n'avait rien à voir avec l'adjudicataire, l'attestation de paiement des assurances sociales était déjà échue le 19 août 2023, soit avant le dépôt des offres, et l'annexe Q9 n'avait tout simplement pas été remplie. Quant à la pondération des critères, X _____ SA s'est étonnée que l'offre de Z _____ Sàrl obtienne la note de 5 pour le critère n° 3 alors qu'elle n'avait pas donné de planning intentionnel pour l'exécution des travaux, mais s'était contentée de signer le planning proposé dans l'appel d'offres.

Le 9 octobre 2024, la Fondation a répondu que, comme cela ressortait des documents d'appel d'offres, la marque « E _____ » n'était qu'une suggestion. En outre, elle a considéré que l'offre retenue était complète dans la mesure où les champs non remplis à certains endroits de la liste de prix résultaient uniquement du fait que certaines prestations avaient été comptabilisées en bloc, l'ensemble des éléments exigés dans l'appel d'offres se retrouvant toutefois bien dans le décompte final. Concernant le planning d'intention, Z _____ Sàrl avait apposé son timbre et sa signature sur le planning prévisionnel figurant dans les documents d'appel d'offres, s'engageant ainsi à le respecter. Quant aux annexes R9 fournies, l'une d'elles concernait effectivement une autre société, mais il s'agissait d'une erreur et cette pièce n'avait donc pas été prise en compte. Enfin, la société adjudicataire avait effectivement utilisé le formulaire Q8 au lieu du Q9 pour fournir ses références, lequel contenait toutefois toutes les informations requises par le formulaire Q9 pour les évaluer correctement. Dès lors, ne pas les considérer dans la notation aurait relevé du formalisme excessif.

Considérant en droit

1. Suite à la révision de l'accord de l'OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP), l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) a été révisé et adopté le 15 novembre 2019 par l'autorité intercantonale pour les marchés publics. En vigueur depuis le 1^{er} janvier 2024, la loi du 15 mars 2023 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'AIMP (LcAIMP) abroge implicitement la loi homonyme du 8 mai 2003 (aLcAIMP) concernant le précédent concordat (aAIMP). L'ordonnance du 29 novembre 2023 sur les marchés publics (OcMP) se substitue tout aussi tacitement, à partir du 1^{er} janvier 2024, à celle de même intitulé du 11 juin 2003 (aOcMP).

Ces nouvelles cantonales ne contenant pas de dispositions transitoires, elles ne dérogent pas à l'art. 64 al. 1 AIMP qui commande de poursuivre selon l'ancien droit les procédures d'adjudication lancées alors que l'aAIMP était encore applicable. Il convient donc aussi de juger selon le droit antérieur les recours contre les décisions issues de telles procédures, même si ces décisions ont, comme en l'espèce, été rendues sous l'empire de l'AIMP, soit pour le canton du Valais, après le 1^{er} janvier 2024, mais à la suite d'un appel d'offres publié en 2023 (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2C_296/2022 du 22 mars 2023 consid. 1.3.2 ; ACDP A1 24 56 du 5 juillet 2024 consid. 1 et A1 23 169 du 9 avril 2024 consid. 1).

2. L'adjudication est une décision au sens de l'article 5 LPJA. Elle peut être contestée dans un délai de dix jours dès sa notification (art. 15 et 16 aLcAIMP ; art. 15 aAIMP). En l'occurrence, l'écriture du 8 juillet 2024 contestant la décision d'adjudication du 26 juin 2024, reçue au plus tôt le lendemain, est intervenue dans le délai légal (art. 16 al. 2 aLcAIMP ; art. 15 al. 4, 80 let. b et 46 LPJA ; art. 78 al. 1 CO).

3. A titre liminaire toujours, il convient d'examiner si la recourante a la qualité pour recourir, dès lors qu'elle a été classée troisième dans le tableau d'évaluation des offres.

3.1 La législation sur les marchés publics ne prévoit aucune règle quant à la qualité pour recourir contre une décision d'adjudication, de sorte qu'il convient de faire application des règles de la LPJA en la matière (ATF 141 II 307 consid. 6.3 ; 131 I 153 consid. 5.1 ; POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2^e éd., 2023, n° 821, p. 388 s. ; GUIGNARD, *La qualité pour recourir*, in *Marchés publics* 2020, n° 1, p. 451). Selon l'art. 44 al. 1 let. a LPJA, applicable à la procédure de recours de droit administratif par renvoi de l'art. 80 al. 1 let. a LPJA, a qualité pour recourir notamment celui qui est atteint par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.

Dans les affaires de marchés publics, l'intérêt digne de protection du recourant dépend en principe de ses chances d'obtenir l'adjudication, en cas d'admission des griefs qu'il formule. Un soumissionnaire dispose d'un tel intérêt en particulier s'il est en bonne place au classement des offres selon la grille d'évaluation (ATF 141 II 14 consid. 4.6 à 4.8 ; RVJ 2017 p. 30 consid. 2). D'après la jurisprudence, tel est notamment le cas pour le soumissionnaire qui, classé en deuxième position, a des chances sérieuses de se voir attribuer le marché, ainsi que pour le soumissionnaire, devancé de peu par le deuxième, quand il n'apparaît pas clairement qu'en cas d'admission du recours, le classement resterait le même. Il en va différemment pour le soumissionnaire en quatrième position, sauf dans le cas où la différence entre les première et quatrième places est, en termes absolus et relatifs, minime (ATF 141 II 14 consid. 4.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_585/2021 du 29 novembre 2022 consid. 1.3.2 et 2C_951/2019 du 16 juillet 2020 consid. 2.2.1). De même, le soumissionnaire placé au quatrième rang qui conteste l'adjudication ou réclame l'interruption de la procédure, mais discute seulement la qualification ou le classement du premier, est privé de la qualité pour recourir parce que ses conclusions ne pourraient être accueillies même si ses critiques étaient fondées, car l'adjudication reviendrait alors au soumissionnaire classé deuxième. En revanche, celui qui discute la qualification ou le classement de ses trois devanciers a, en principe, qualité pour recourir (arrêt du Tribunal fédéral 2D_24/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.2.1). A moins que l'intérêt du soumissionnaire évincé à contester l'adjudication ne paraisse évident, il

incombe à ce dernier de le démontrer (ATF 140 I 285 consid. 1.1.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_21/2018 du 19 février 2019 consid. 2.2. et la réf. citée ; ACDP A1 21 266 du 29 mars 2022 consid. 1.2.1).

Enfin, tout soumissionnaire évincé, quel que soit son rang, a la qualité pour recourir lorsqu'il conclut à l'annulation de l'ensemble de la procédure d'appel d'offres au motif que cette dernière est entachée de vices particulièrement graves justifiant une telle décision, pour autant que le succès du recours améliore sa situation. En cas d'admission du recours, le pouvoir adjudicateur devrait en effet recommencer une nouvelle procédure d'appel d'offres, ce qui permettrait au recourant de déposer une nouvelle offre et accroître ainsi ses chances d'obtenir l'adjudication (ATF 141 II 307 consid. 6.6 ; GUIGNARD, *op. cit.*, n. 10, p. 454).

3.2 En l'occurrence, la recourante est placée en troisième position dans l'évaluation des sept offres déposées avec un score inférieur de 16.20 points à celui de l'adjudicataire (431.30 contre 447.50) et un score inférieur de 3.36 points à celui du soumissionnaire arrivé en deuxième position au classement (431.30 contre 434.66). L'écart de notation avec la première place ne saurait manifestement être qualifié de minime. Sur le fond, la recourante ne discute nullement de la qualification ou du classement de l'entreprise arrivée en deuxième position, pas plus qu'elle ne remet en cause les notes qui lui ont été attribuées, si bien que ses chances réelles de se voir attribuer le marché en cas d'admission des griefs qu'elle formule sont nulles, vu que la seule conséquence d'une admission de son recours serait au mieux de la faire remonter dans le classement, sans lui permettre de remporter le marché. Le seul grief formel qu'elle invoque quant à la motivation incomplète de la décision visait uniquement à avoir accès au dossier, ce qu'elle a obtenu en cours de procédure. La recourante ne soulève, par ailleurs, pas de violation de droits de procédure qui serait susceptible de mener à une répétition de la procédure dans son ensemble, telle une violation du principe de transparence.

Force est dès lors de constater que la recourante ne dispose pas d'un intérêt digne de protection, étant donné que, même en cas d'admission des griefs qu'elle formule, elle n'aurait pas de chances d'obtenir l'adjudication, puisqu'elle ne serait alors que deuxième au classement, étant rappelé qu'il lui incombe de démontrer l'existence d'un tel intérêt. Partant, sa conclusion tendant à se voir attribuer le marché est irrecevable.

4. Attendu ce qui précède, le recours est irrecevable (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). La requête d'effet suspensif, devenue sans objet, est classée.

5.

5.1 Vu l'issue du litige, les frais de la cause, fixés principalement sur le vu des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, à 1000 fr., sont mis à la charge de X _____ SA (art. 89 al. 1 LPJA ; art. 3 al. 3, 11, 13 al. 1 et 25 LTar) ; celle-ci n'a pas droit à des dépens (art. 91 al. 1 *a contrario* LPJA).

5.2 Z _____ Sàrl obtient gain de cause. Toutefois, elle n'était pas assistée par un mandataire professionnel et n'a pas invoqué de motif particulier justifiant de lui allouer des dépens (art. 91 al. 1 LPJA *a contrario*).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est déclaré irrecevable.
2. La requête d'effet suspensif est classée.
3. Les frais, par 1000 fr., sont mis à la charge de X _____ SA.
4. Il n'est pas alloué de dépens.
5. Le présent arrêt est communiqué à Maître Philippe Nantermod, avocat à Sion, pour X _____ SA, à Z _____ Sàrl, et à Maître Jeanne Ançay, avocate à Martigny, pour la Fondation Y _____.

Sion, le 26 novembre 2024