

A1 20 249

**ARRÊT DU 28 AVRIL 2021**

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

Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, juges ; Patrizia Pochon, greffière,

**en la cause**

**X** \_\_\_\_\_ **SA**, recourante, représentée par Maître M \_\_\_\_\_

**contre**

**ETAT DU VALAIS**, par son **DÉPARTEMENT DES FINANCES ET DE L'ÉNERGIE – SERVICE IMMOBILIER ET PATRIMOINE**, autorité attaquée

(Adjudication & reg. profession)

recours de droit administratif contre la décision du 15 décembre 2020

## Faits

**A.** Par avis inséré le xxx 2020 au Bulletin officiel (B.O.) n° xxx du canton du Valais (p. xxx) ainsi que sur le site simap.ch, l'Etat du Valais, par son Département des finances et de l'énergie (ci-après : DFE) - Service immobilier et patrimoine (ci-après : SIP) -, a lancé huit appels d'offres, en procédure ouverte, pour divers travaux de rénovation des ateliers de métallurgie de l'Ecole professionnelle commerciale et artisanale de Sion (EPCAs) dont l'un concernait l'installation de chauffage de l'établissement (Code des frais de constructions [CFC] 242). Le délai de clôture pour le dépôt des offres a été fixé au vendredi 27 novembre 2020, la date du sceau postal faisant foi et l'ouverture des offres a été arrêtée au 1<sup>er</sup> décembre 2020, à 14h00.

Le cahier des charges (ci-après : CC) indiquait que le marché serait adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (p. 8). Il prévoyait les trois critères d'adjudication ci-après, avec leur pondération respective, à noter sur une échelle de 0 à 5 (0 constituant la plus mauvaise note et 5 la meilleure note) jusqu'au centième pour le prix :

<b>1. Prix de l'offre déposée</b>	<b>70 %</b>
- Montant de l'offre financière	50 %
- Crédibilité du prix	20 %
<b>2. Organisation du soumissionnaire</b>	<b>20 %</b>
- Organisation pour l'exécution du marché	
<b>3. Références liées à l'objet</b>	<b>10 %</b>
- Références des 5 dernières années liées à l'objet	

**B.** Le 1<sup>er</sup> décembre 2020, le pouvoir adjudicateur a procédé à l'ouverture des offres. La valeur devisée du marché ne ressort pas des pièces au dossier, mais le tableau d'ouverture des offres fait état de montants allant de 608 000 à 929 000 francs.

**C.** Le 15 décembre 2020, le SIP, par son architecte cantonal, a informé les soumissionnaires qu'en raison d'une modification importante du projet la procédure d'appel d'offres était interrompue sur la base de l'article 35 let. c de l'ordonnance du 4 mai 2018 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100).

Le 16 décembre 2020, A \_\_\_\_\_, directeur de travaux auprès du DFE, a informé X \_\_\_\_\_ SA qu'il y avait eu un « souci » par rapport aux appels d'offres de l'EPCAs car la date de la rentrée des soumissions figurant sur le programme informatique destiné aux soumissionnaires (xxx 2020) ne correspondait pas à celle publiée au B.O. et sur le

site simap.ch (xxx 2020). En résumé, « le 1<sup>er</sup> décembre, [le DFE] avait bien reçu et ouvert 51 offres mais 8 autres [étaient] arrivées jusqu'[au] mardi [1<sup>er</sup> décembre 2020]. Comme les 8 tableaux d'ouverture du 1<sup>er</sup> décembre [avaie]nt été transmis au bureau des métiers, [le pouvoir adjudicateur] ne [pouvait] pas ouvrir et prendre en considération les offres reçues après le délai initial planifié ». Par conséquent, « afin d'éviter tout recours et procédures juridiques litigieuses », l'Etat du Valais a estimé ne pas avoir d'autre choix que « d'annuler ces soumissions et [de relancer] en début d'année de nouveaux appels d'offres ».

**D.** Le 28 décembre 2020, X \_\_\_\_\_ SA a recouru céans en prenant les conclusions suivantes :

- « 1. Annuler la décision du Service immobilier et patrimoine du Département des finances et de l'énergie du Canton du Valais du 15 décembre 2020 relative à l'interruption de la procédure d'appel d'offre EPC[As] – Rénovation des ateliers "métallurgie", CFC 242 – Installation de chauffage ;
2. Inviter le Service immobilier et patrimoine à poursuivre la procédure d'appel d'offre lancée le xxx 2020.
3. Sous suite de frais et dépens. ».

Le 18 février 2021, B \_\_\_\_\_, architecte cantonal, a confirmé que la procédure d'appel d'offres portant sur la soumission « CFC 242 – Installations de chauffage » avait été interrompue en raison d'une modification majeure du projet liée à des contraintes techniques et incompatible avec le CC de l'appel d'offres du xxx 2020. Par conséquent, la seule solution permettant de mettre en adéquation les prestations demandées aux soumissionnaires avec le changement intervenu dans la structure du projet consistait à modifier le CC et à renouveler la procédure. Au demeurant, ce changement allait avoir des impacts sur les paramètres tendant à calculer les prix, différents de ceux communiqués lors de l'appel d'offres initial, ainsi que sur la pondération éventuelle des critères d'adjudication. Les futurs soumissionnaires étaient ainsi appelés à revoir leur mode de calcul et utiliser d'autres références. La détermination proposant le rejet du recours était accompagnée d'un extrait de la publication officielle ainsi que du CC « tel que rendu accessible à tous les soumissionnaires ».

Le 26 février 2021, X \_\_\_\_\_ SA s'est plainte que le SIP n'avait fourni aucune explication quant à la contradiction entre les courriels qui lui avaient été adressés et le contenu de sa décision. En outre, aucune justification n'était avancée par rapport à la modification prévue des travaux ni les circonstances qui l'y avaient amenées.

Le 3 mars 2021, la Cour de céans a interpellé le SIP.

Le 15 mars 2021, le SIP a indiqué que, dans la « zone arrière regroupant les salles de classe, les vestiaires et les dépôts, la distribution de chauffage [devra être] conduite à

travers le sol afin de permettre à l'avenir un rafraîchissement de ces locaux durant l'été », ce qui améliorerait le confort des utilisateurs et apparaissait comme être une solution plus économe que celle initialement envisagée. Ensuite, afin de réduire l'emprise des gaines techniques dans la partie « atelier » du bâtiment métallurgie et de permettre un meilleur éclairage naturel, il a été jugé préférable de déplacer la colonne vertébrale de distribution de chauffage dans le caniveau. A cet égard, ce service a estimé que la complexité de mise en œuvre de l'installation due à un espace de travail très restreint et passablement encombré par les autres gaines techniques (sanitaire, électricité, ...), augmentait les heures de travail, ce qui constituait une modification importante du projet. S'agissant du problème de transcription des délais dans l'appel d'offres (les dates de remise des offres et d'ouverture de celles-ci figurant dans les documents informatiques ne correspondaient pas à celles mentionnées au B.O. et sur la plateforme simap), ce qui plaidait aussi en faveur d'une interruption de la procédure étant donné que plusieurs soumissionnaires avaient déposé leur offre en se fondant sur les délais (plus longs) indiqués sur les documents informatiques. Pour le surplus, le SIP a réitéré sa position.

Le 29 mars 2021, X \_\_\_\_\_ SA a contesté tant les modifications envisagées que leur ampleur. À la suivre, le rafraîchissement des locaux faisait déjà partie intégrante des conditions générales (CG, p. 73 à 75). Par ailleurs, le déplacement de la colonne vertébrale de distribution du chauffage ne constituait aucun changement majeur vu que les CG (p. 24, 51 et 71) prévoyaient déjà que 70 à 80 % des conduites devaient être posées dans un caniveau bétonné. Elle a ensuite rappelé que la problématique de la transcription des délais dans l'appel d'offres ne justifiait pas l'interruption de la procédure. Enfin, un décompte relatif aux honoraires de son avocat accompagnait la détermination.

### **Considérant en droit**

**1.1** L'interruption d'une procédure d'adjudication est une décision au sens de l'article 5 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RS/VS 172.6). Elle peut être contestée céans dans un délai de dix jours dès sa notification (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 - LcAIMP ; RS/VS 726.1 ; art. 15 al. 1<sup>bis</sup> let. e de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics - AIMP). Déposé le 28 décembre 2020 contre la décision d'interruption du 15 décembre

2020, reçue au plus tôt le lendemain, le recours intervient dans le délai légal (art. 16 al. 2 LcAIMP ; art. 15 al. 4, 80 let. b et 46 LPJA ; art. 78 al. 1 du Code suisse des obligations du 30 mars 1911 – CO ; RS 220).

La recourante dispose d'un intérêt digne de protection à faire annuler la décision attaquée en vue d'obtenir la reprise de la procédure et, cas échéant, l'adjudication du marché litigieux. Pour le surplus, déposé dans les formes prescrites, le recours est recevable (art. 72, 78 let. a, 80 al. 1 let. a-c, 44 al. 1 let. a et 48 LPJA).

**1.2** Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que la recourante a motivés dans les formes prescrites par la loi et ne statue que sur la légalité de la décision attaquée, non sur son opportunité (art. 16 AIMP et 16 LcAIMP ; RVJ 2017 p. 30 consid. 4).

**2.** X \_\_\_\_\_ SA conteste la légalité de l'interruption de la procédure d'adjudication intervenue après l'ouverture des offres.

**2.1** L'article 13 let. i AIMP prévoit que le pouvoir adjudicateur ne peut interrompre ou répéter la procédure de passation qu'en présence de justes motifs. Cette disposition procède du principe général en vertu duquel un appel d'offres, une fois lancé, doit ordinairement aboutir à l'adjudication du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. Ce devoir, s'il ne va pas jusqu'à contraindre l'adjudicateur à passer contrat avec l'auteur de la meilleure offre (ATF 141 II 353 consid. 6.1 et la réf. citée), régit toutefois l'interprétation des normes adoptées en la matière. L'article 35 al. 1 Omp permet dans ce sens à l'adjudicateur d'interrompre la procédure pour des raisons importantes (al. 1) telle que la nécessité d'une modification importante du projet (al. 2 let. c).

Outre les cas listés à l'article 35 al. 2 Omp, d'autres raisons importantes peuvent permettre l'interruption de la procédure d'adjudication : il n'existe cependant en principe de justes motifs qu'en présence de circonstances non prévisibles et objectivement importantes, cela au point que la poursuite de la passation du marché ne puisse être imposée au pouvoir adjudicateur (ATF 134 II 192 consid. 2.3 ; ACDP A1 08 168 du 28 novembre 2008 consid. 2.b). De plus, l'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure n'est possible qu'à titre exceptionnel, en tant qu'*ultima ratio* (ATF 141 II 353 précité ; Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3<sup>e</sup> éd. 2013, n. 799, p. 353). La formulation potestative des textes de loi implique que, même s'il existe un juste motif ou un motif important, il appartient en premier lieu au pouvoir adjudicateur de décider s'il convient d'interrompre, ou non, la procédure, soit définitivement, soit en

la répétant ou en la renouvelant. Il dispose en ce domaine d'un large pouvoir d'appréciation (Martin Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, in : PJA 2005/7 p. 784 ss, p. 787 ; Stefan Suter, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Bâle 2010, n. 28, p. 14). La solution à adopter dépendra des besoins de l'autorité adjudicatrice, qui jouit d'une liberté de manœuvre étendue pour les définir (Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, n. 358 p. 225 ; ATF 141 II 353 précité consid. 6.3 ; RVJ 2020 p. 184 s. consid. 5.1). Ainsi, on considèrera, en principe, qu'il existe un motif raisonnable (« *sachlicher Grund* ») d'interrompre la procédure lorsque, pour des raisons notamment techniques, financières ou juridiques, une continuation de la procédure est impossible ou du moins, lorsque les avantages d'une interruption l'emportent par rapport à la poursuite de la procédure (Martin Beyeler, *op. cit.*, p. 790 ; ACDP A1 16 234 du 9 février 2017 consid. 4.1). La liberté d'appréciation de l'adjudicateur n'est toutefois pas sans limite et doit respecter les principes généraux applicables au droit des marchés publics (ATF 141 II 353 précité consid. 6.4). Une décision d'interruption peut dès lors s'avérer abusive et, par conséquent, annulable, si l'adjudicateur ne fournit aucun motif raisonnable permettant de justifier l'interruption de la procédure (Peter Galli et al., *op. cit.*, n. 798, p. 353). Par ailleurs, celle-ci ne doit pas être contraire à la bonne foi. A cet égard, la mise en œuvre d'une seconde procédure peut produire des effets contraires aux règles sur les marchés publics et à l'objectif de libre concurrence poursuivi, notamment parce que les précédents soumissionnaires auront pu (à tout le moins partiellement) prendre connaissance des premières offres formulées par leurs concurrents (ATF 141 II 353 précité consid. 6.1 et 129 I 313 consid. 10). Une partie de la doctrine considère même que, sous réserve d'un changement essentiel du marché, le pouvoir adjudicateur n'est pas en droit d'interrompre la procédure si le motif important invoqué est lié à un manquement dont il est lui-même responsable (Peter Galli et al., *op. cit.*, n. 821, p. 364). D'autres auteurs et la jurisprudence retiennent plutôt que le comportement du pouvoir adjudicateur n'influence pas son droit d'interrompre la procédure mais ouvre la voie à une éventuelle action en responsabilité à son encontre (ATF 141 II 353 précité consid. 6.4 ; 134 II 192 précité consid. 2.3 ; Martin Beyeler, *op. cit.*, p. 791 ss). Enfin, l'interruption de la procédure d'adjudication doit être commandée par un motif d'intérêt public (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6274/2015 du 21 décembre 2015 consid. 4.6.1 ; Peter Galli et al., *ibidem*).

**2.2** En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a invoqué à l'appui de sa décision d'interruption de la procédure une modification importante du projet. Le 15 mars 2021, il a précisé que les changements envisagés portaient sur la « zone arrière regroupant les salles de classe, les vestiaires et les dépôts » où la distribution de chauffage devait être conduite

à travers le sol afin de permettre à l'avenir un rafraîchissement de ces locaux durant l'été parce que, lors de la réalisation de la première étape (atelier bâtiment), les enseignants de l'EPCAs avaient relevé la problématique liée à la surchauffe dans ces locaux résultant de l'exposition des façades existantes du bâtiment. La nouvelle planification permettra, le jour où le système de production de chaleur sera changé, d'abaisser de quelques degrés la température intérieure afin d'améliorer le confort des utilisateurs de ces locaux. Par ailleurs, ce changement offre davantage de flexibilité pour l'avenir du site de l'EPCAs et apparaît plus économe que la solution initialement choisie. En outre, afin de réduire l'emprise des gaines techniques dans la partie « atelier » et de permettre un meilleur éclairage naturel, il a été jugé préférable de déplacer la colonne vertébrale de distribution de chauffage dans le caniveau. Ainsi, aux contraintes techniques liées à la structure en béton armé et aux vides entre l'ossature du bâtiment déjà existants, s'ajoutait la complexité de la mise en œuvre de cette installation en raison d'un espace de travail très restreint et passablement encombré par les autres gaines techniques (sanitaire, électricité, ...), ce qui allait inexorablement augmenter les heures de travail à facturer et conduire à une modification majeure du projet.

La recourante ne remet pas en cause la difficulté avancée par le SIP, ni les avantages que cette autorité évoque comme justifiant une modification du projet, mais se contente de soutenir que le déplacement de la colonne vertébrale de distribution de chauffage ne constitue aucun changement majeur vu que les CG prévoyaient déjà que 70 à 80 % des conduites devaient être posées dans un caniveau bétonné. Certes, les rubriques 243.1.1 « Distribution de chaleur ventilation – communs », 243.2.1 « Distribution de chaleur aérothermes – communs » et 243.3 « Distribution de chaleur radiateurs » des CG précisent qu'entre 70 et 80 % des conduites seront posées dans un caniveau bétonné d'une hauteur de 120 cm et d'une largeur de 170 cm. Or, rien ne laisse présumer que le caniveau nécessaire à la réalisation susvisée ait les mêmes dimensions ni que la mise en œuvre de l'installation sera aisée vu l'espace exigü et encombré par d'autres gaines techniques à disposition. Le pouvoir adjudicateur n'a dès lors pas versé dans l'illégalité lorsqu'il a retenu que la complexité supplémentaire engendrée par les modifications envisagées accroîtra les heures de travail et impactera par là-même le critère du prix pouvant conduire à un remaniement des critères d'adjudication (prix [70 %], organisation du soumissionnaire [20 %] et références liées à l'objet [10 %]). A tout le moins, il paraît évident que, pour ce motif, la continuation de la procédure est moins avantageuse qu'une interruption.

Le même constat s'impose s'agissant du rafraîchissement des locaux de la « zone arrière », soit des salles de classe, des vestiaires et de dépôts. En effet, quand bien même les CG prévoient qu'une installation à détente directe produisant du chaud et du froid sera installée pour l'atelier « peinture » (dos. p. 45 et 78 ss [position 243.4]), il n'en demeure pas moins que ce type de refroidissement n'a pas été envisagé pour la « zone arrière ». En outre, le « système à condensation par air, avec une unité extérieure installée en toiture, [ainsi qu'un] module d'échangeur gainable et plusieurs unités intérieures [seront] posées au plafond », contrairement à la « zone arrière » où la distribution de chauffage sera conduite à travers le sol. En outre, la recourante ne conteste pas que ce changement sera plus économe que celui initialement prévu et offrira davantage de flexibilité au site de l'EPCAs. Partant, cette modification peut aussi être qualifiée d'importante et permet de justifier l'interruption critiquée.

**2.3** La recourante reproche enfin au pouvoir adjudicateur de s'être également fondé sur la problématique de la transcription des délais dans l'appel d'offres pour expliquer les motifs qui l'ont conduit à interrompre la procédure.

**2.3.1** Aux termes de l'article 1 du règlement du 27 octobre 1999 sur le Bulletin officiel (RBO ; RS/VS 170.5), en vue d'assurer la connaissance des actes officiels des autorités législatives, exécutives et judiciaires que la législation a prévu de rendre notoires ainsi que tous les autres documents qu'une autorité aura décidé de rendre publics, l'Etat pourvoit à la publication d'un Bulletin officiel (al. 1). Dans la mesure du possible les actes publiés sont rendus accessibles aussi sous forme électronique. Seule la version papier fait cependant foi (al. 3).

Selon l'article 1 al. 1 let. h Omp, la publication de l'appel d'offres contient, entre autres, le lieu et la date de remise des offres. L'article 2 al. 1 let. e Omp reprend cette exigence pour le document d'appel d'offres.

L'article 3 Omp prévoit qu'en cas de procédure ouverte et sélective, l'appel d'offres paraît dans le B.O. (al. 1). Pour les marchés soumis aux traités internationaux, l'appel d'offres est également publié sur la plate-forme électronique commune entre la Confédération et les cantons (simap.ch) (al. 2).

**2.3.2** En l'occurrence, il ressort du dossier que les dates de remise des offres et d'ouverture de celles-ci figurant dans les documents informatiques (xxx et xxx 2020) différaient de celles mentionnées au B.O. et sur la plateforme simap (xxx et xxx 2020). En effet, quand bien même le pouvoir adjudicateur a déposé céans le CC en affirmant qu'il s'agissait du document « tel que rendu accessible à tous les soumissionnaires », il

appert que celui-ci a été modifié, après coup, pour les besoins de la cause. D'une part, les dates de rentrée des soumissions et d'ouverture des offres comportent une police d'écriture différente du reste du document et sont, en sus, surlignées en jaune. D'autre part, le SIP a lui-même admis, le 15 mars 2021, que les dates de remise des offres et d'ouverture de celles-ci figurant dans les documents informatiques ne correspondaient pas à celles mentionnées au B.O. et sur la plateforme simap. Or, contrairement à ce que soutient ce service, cette problématique ne saurait constituer un juste motif plaidant en faveur d'une interruption de la procédure. En premier lieu, l'article 35 Omp ne prévoit pas que l'existence d'un tel problème soit un motif d'interruption de la procédure. Ensuite, cette irrégularité n'est pas à ce point grave qu'elle justifierait une reprise initiale de la procédure étant donné qu'elle n'a ni porté atteinte à une concurrence efficace ni restreint l'accès des soumissionnaires au marché, chaque candidat ayant été libre de fournir une offre jusqu'au xxx 2020, date publiée officiellement dans le B.O. et sur le site simap.ch. A cet égard, en cas de doute sur la date effective de rentrée des offres (divergence de date entre la publication officielle et le document d'appel d'offres téléchargeable), il appartenait aux soumissionnaires d'interpeller le pouvoir adjudicateur à ce sujet.

En conséquence, cette erreur, imputable au pouvoir adjudicateur, ne permet pas de retenir l'existence d'un motif raisonnable, ce qui ne modifie toutefois pas l'issue du recours eu égard à ce qui a été discuté ci-avant (cf. *supra* consid. 2.2).

**3.1** Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).

**3.2** X \_\_\_\_\_ SA supportera les frais de justice (art. 89 al. 1 LPJA), sans allocation de dépens (art. 91 *a contrario* LPJA).

**3.3** Vu les critères et limites des articles 13 al. 1 et 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), et, en particulier, les principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, l'émolument de justice, qui comprend les frais de chancellerie (art. 3 al. 3 et 11 LTar), est fixé à 2 000 francs.

**Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce**

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais, par 2 000 fr., sont mis à la charge de X \_\_\_\_\_ SA.
3. Le présent arrêt est communiqué à Maître M \_\_\_\_\_, pour X \_\_\_\_\_ SA, et à l'Etat du Valais, par son Département des finances et de l'énergie – Service immobilier et patrimoine.

Sion, le 28 avril 2021