

A1 12 139

ARRET DU 12 OCTOBRE 2012

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

Composition : Jean-Pierre Zufferey, président, Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner,

statuant sur

le recours de droit administratif formé le **6 juillet 2012** par **W**_____,
X_____, **et Y**_____, représentés par Me A_____

contre

la décision du **Conseil d'Etat** du 20 juin 2012, notifiée le 26 juin 2012

(exclusion du mandat d'ingénieur civil, de géotechnicien et de BAMO pour la
construction de la route d'évitement B_____)

Vu le dossier d'où ressortent les faits suivants

A. Les études routières menées dès 1989 ont montré qu'avec la réalisation de la route C_____, la route cantonale B_____ n'était plus adaptée aux besoins, en particulier pour ce qui avait trait à la traversée du village D_____. Le canton a donc décidé de réaliser l'évitement routier de cette localité sur un tronçon de 2,5 km, comportant des rampes d'accès au tunnel d'évitement, le tunnel proprement dit, la galerie de secours, la restructuration de la traversée du village et l'aménagement définitif de deux décharges, travaux divisés en trois lots.

Pour la réalisation du mandat d'ingénieur civil et de géotechnicien des travaux du lot A et de bureau d'accompagnement du maître de l'ouvrage (BAMO), le Département des transports, de l'équipement et de l'environnement (DTEE) a lancé en procédure ouverte, le xxxxx 2011, un appel d'offres en vue d'attribuer ce marché de services de construction (CPC 27). Le cahier des charges (Cdc) de ce marché, non contesté lors de la publication de l'appel, demandait que l'offre financière (ch. 5) soit remplie selon les indications des phases prévues par la norme SIA 103, dont il limitait les étapes en citant les subdivisions à traiter sous points 22 à 28, ajoutant sous n° 29 la prestation BAMO avec un nombre total de 1'200 heures à accomplir par des personnes des catégories SIA B et E. Les points 22 à 28 devaient indiquer selon les catégories de personnes A à G le nombre d'heures qu'ils proposaient et le tarif/heure qu'ils offraient. Le ch. 7.1 prévoyait, comme critère d'aptitude, outre la preuve des compétences spécifiques demandées, l'offre d'un nombre d'heures évalué préalablement comme suffisant pour permettre l'accomplissement des prestations requises au chapitre 5.2 ; si cette offre était insuffisante, le soumissionnaire était inapte et, de ce fait, exclu (ch. 7.1). Le ch. 7.2 fixait les critères d'adjudication où le prix (offre d'honoraire) comptait pour 30 %, la structure de l'offre financière pour 20 %, l'organisation comptant pour 20 %, trois autres critères se répartissant le solde des points.

B. Dans le délai imparti, dix offres ont été déposées dont celle du Groupement formé de W_____, X_____ et Y_____ (ci-après W_____) au prix de 2'282'184 fr. 55, soit l'offre la moins chère des soumissions ouvertes le xxxxx 2012, la plus haute se montant à un peu plus de 6 mio. Le rapport d'évaluation dressé par le Service des routes et des cours d'eau (SRCE) le xxxxx 2012 note que les offres de deux groupements ne remplissent pas les conditions minimales pour une exécution dans les règles de l'art et doivent être exclues ; pour W_____, ce reproche concerne les phases de l'avant-projet, du projet de l'ouvrage et du projet d'exécution (ch. 4.1.31, 32 et 51) au regard des prestations requises selon la norme SIA 103 et au regard de la moyenne des heures offertes par les autres soumissionnaires – les deux extrêmes étant écartés de ce calcul. Pour ces postes, le SRCE avait calculé que 7'627 heures était le minimum qui permettait d'assurer les prestations requises ; le calcul de cette moyenne du nombre des heures offertes était de 10'896 heures, d'où suivait que les 3'231 heures de W_____ étaient largement insuffisantes.

Souscrivant à cette proposition le xxxxx 2012, le Conseil d'Etat a exclu l'offre de W_____ en raison de l'insuffisance du nombre des heures offertes par ce groupement aux trois phases citées. Par décision séparée du même jour, il a attribué, au prix de 3'234'654 fr. 60, le mandat au groupement de bureaux conduit par E_____ (consortium Z_____) qui arrivait en tête de la grille d'évaluation, selon avis publié au Bulletin officiel du xxxxx 2012.

C. Le xxxxx 2012, W_____ a conclu céans, sous suite de frais et de dépens, à l'annulation de la décision d'exclusion communiquée le xxxxx 2012 et de l'adjudication proprement dite, la cause étant renvoyée au Conseil d'Etat pour nouvelle évaluation. A l'appui de son recours de droit administratif, W_____ soutient que retenir un nombre d'heures minimal est en soi contraire au droit des marchés publics et inutile puisque seules les heures effectivement prestées sont en définitive payées au soumissionnaire choisi. La clause d'exclusion figurant dans le Cdc lui paraît illégale dans la mesure où elle ne comporte pas d'indications sur ce qui pourrait être considéré comme seuil inférieur ou sur la manière dont aurait été déterminé préalablement ce seuil. Elle conteste une double utilisation du nombre d'heures pour décider de l'exclusion puis comme critère d'adjudication et s'insurge contre cette manière de faire qui permet à l'Etat d'exclure les offres avançant le prix le plus bas ou de favoriser des candidats en leur soufflant les minima souhaités. Ces décisions lui semblent illégales sous l'angle d'une concurrence efficace et du point de vue de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics où le mandataire choisi est plus cher de 143,73 % que son offre.

Le xxxxx 2012 a été accordé, à titre préprovisionnel, l'effet suspensif que requérait W_____ qui demandait aussi l'interdiction de la signature de tout contrat consécutif à l'adjudication du mandat d'ingénieur.

Le xxxxx 2012, le SRCE s'est opposé à l'octroi de l'effet suspensif et a proposé le rejet du recours, observant l'absence de contestation du critère d'exclusion lors de l'appel d'offre, l'objectivité du seuil estimé selon la norme SIA et selon les offres des soumissionnaires non exclus et la nette insuffisance des 3231 heures proposées pour la phase « Etudes » alors que le seuil retenu était de 7627 heures. Cette réponse nie tout défaut de motivation de la décision et relève que l'adjudicateur n'a jamais refusé de renseigner le soumissionnaire exclu. L'adjudicataire conclut au rejet du recours, à l'octroi de dépens et au refus de l'effet suspensif ; sa réponse du xxxxx 2012 argue de la tardiveté du grief de l'illicéité de la clause d'exclusion, de la correcte application faite en l'espèce de cette clause destinée à éviter la sous-enchère et à obtenir des offres réalistes ; Z_____ nie aussi toute collusion avec le pouvoir adjudicateur, confirme avoir les capacités techniques d'exécution requises et affirme présenter l'offre la plus avantageuse au sens du cahier des charges du marché en cause.

D. La réplique du xxxxx 2012, déposée après consultation du dossier, confirme les conclusions provisionnelles et de fond de W_____, qui s'étonne de l'appréciation limitée à certaines prestations du nombre d'heures minimales et qui ne prend pas en considération l'offre globalement, méthode qui laisse l'impression que

l'on a voulu exclure une offre pour sous-enchère, sans toutefois motiver la décision dans ce sens. Il conteste le reproche de tardiveté du moment qu'il ne pouvait connaître, avant la communication du xxxxx, comment serait traitée la question de l'offre minimale d'heures, laquelle nécessitait l'analyse de toutes les offres pour en tirer des moyennes dont découlait la fixation du seuil : l'autorité a donc fait appel à un critère d'adjudication et non pas à un critère d'aptitude pour l'exclure, en contradiction avec les principes en la matière.

Dans sa duplique du xxxxx 2012, le SRCE confirme sa méthodologie, l'adéquation de ses choix avec les buts des marchés publics et rejette les griefs complémentaires présentés dans la réplique. Le consortium Z_____ est resté sur ses conclusions le xxxxx 2012. Nonobstant la clôture de l'échange d'écritures, W_____ a encore fait part, le xxxxx 2012, des contradictions qu'il voyait dans les déterminations du SRCE et l'illégalité que représentait la limitation du jugement de l'offre à la seule phase « Etudes ».

Considérant en droit

1. a) Dès lors qu'il a déposé une des offres les moins chères et qu'il pouvait de prime abord prétendre à une adjudication, le groupement recourant a un intérêt digne de protection à demander l'annulation de son exclusion de la procédure d'adjudication (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives – LPJA ; RS/VS 172.6), qui est en soi une décision attaquant par la voie du recours de droit administratif au Tribunal cantonal (art. 15 et 16 al. 1 de la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics – Lmp ; RS/VS 726.1 - et art. 15 al. 1 bis let. c de cet accord AIMP).

b) Le prononcé attaqué étant une décision d'exclusion, seule la licéité de cette exclusion peut-être examinée (art. 72 LPJA), à l'exception par conséquent de celle de l'adjudication à un tiers (cf. ACDP A1 09 2 du 27 mars 2009 cons. 2 et les renvois ; arrêt du TF 2D_34/2009 du 10 août 2009 cons. 4.3, spéc. 4.3.3). La Cour n'examinera en conséquence que les moyens en rapport avec la procédure d'exclusion et non pas les conclusions visant la décision d'adjudication.

c) Le recours déposé en temps utile (art. 16 al. 2 Lmp) est, au surplus, régulièrement formé et recevable (art. 80 al. 1 let. c et 48 LPJA). Il peut être tranché en l'état, le recourant ayant pu consulter le dossier et déposer toutes argumentations utiles après avoir eu connaissance de son contenu et de la motivation de l'autorité de première instance. Il est, de plus, superflu d'entendre les parties qui ont eu tout le loisir de s'exprimer par écrit sur les points qu'elles estimaient pertinents (art. 80 al. 1 let. d, 56 et 17 al. 2 LPJA).

2. a) Aux termes de l'article 23 al. 1 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100), un soumissionnaire peut être exclu de la procédure si, au moment du dépôt de son offre ou au moment de l'adjudication, il ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigés (let. a), ou son offre ne remplit pas les exigences figurant dans le document d'appel d'offre (let. c). A cet égard, le cahier des charges de l'appel d'offre a fait du nombre d'heures offert un critère d'aptitude (ch. 7.1) à évaluer préalablement aux critères d'adjudication (ch. 7.2), en l'assimilant à un critère matériel qui doit montrer si l'offreur, qui possède les compétences spécifiques exigées, a compris ce qu'on attend de lui et si la façon dont il va établir l'avant-projet et le projet, puis le réaliser, va réellement contribuer à une bonne réalisation finale du tronçon de route.

b) Lorsqu'elle invoque une exclusion pour défaut d'offre complète et conforme pour justifier l'exclusion, la réponse du SRCE du xxxxx 2012 erre. En effet, l'offre de W_____ du xxxxx 2012 se révèle complète sous l'angle du nombre d'heures offert, ces dernières étant indiquées selon le ch. 6.1 du Cdc auquel renvoyait le critère d'exclusion et le soumissionnaire ayant rempli tous les postes des différentes prestations requises selon détail figurant en pages 15 à 18 du cahier d'offre complété et vérifié par le groupe d'évaluation dont le rapport du xxxxx 2012 ne mentionne aucune lacune démontrant l'existence d'une offre incomplète (cf. art. 14 al. 1 et 19 al. 1 Omp) au sens de la lettre c de l'article 23 al. 1 Omp.

3. a) Le critère d'aptitude permettant d'établir, préalablement à la notation des offres en vue de l'adjudication du mandat, si le nombre d'heures proposées par les candidats était suffisant ou non devait, selon le Cdc (parenthèse dans le ch. 7.1), être appliqué sur la base des exigences du cahier des charges, des données des normes ou des règlements, l'expérience pour des cas analogues et de l'évaluation préalable faite par le M.O. qui pouvait, le cas échéant requérir un avis d'expert. La lecture du tableau du xxxxx 2012 montre que le SRCE a procédé comme dit : il a en effet calculé, sur la base des positions énumérées aux pages 15-18 (ch. 22, 31, 32, 41, 51, 52, 53 et 62), les heures qui découlaient de l'application de la norme SIA 103 et le temps nécessaire selon le coût estimé de l'ouvrage (feuille de calcul aux valeurs Z pour l'année 2003), soit un total de 57'764 heures, réduites à 46'211 par utilisation d'un coefficient 0.8 pour un travail concernant des tâches simples (facteur n selon ch. 7.7 pt. 2 de la norme = 46'211, y compris la prestation BAMO), ventilées selon les pourcentages attribués par le ch. 7.11 de cette norme aux huit prestations choisies. Tablant sur sa propre expérience, le SRCE a établi une liste des heures correspondant à 50 % de ce total, soit 23'706, estimant que, pour la prestation 52 (exécution de l'ouvrage qui représente la part la plus importante des prestations avec 39 % du total), l'offre minimale devait être de 7500 heures, sa propre évaluation la chiffrant à 7'756 heures. Pour l'appréciation de l'adéquation et de la cohérence de l'offre financière (2^e critère d'adjudication), le SRCE a choisi une comparaison concrète des différentes offres déposées : il a pris la moyenne des positions 31, 32 et 51, les extrêmes étant exclus, ce qui donnait une somme de 10'896 heures consacrées aux phases de projet, représentant 43 % de la prestation d'ingénieur - BAMO excepté. Au terme de cette démarche, il a retenu que si le volume des heures indiquées pour ces phases était de

plus de 30 % inférieur à ces 10'896 heures, c'est-à-dire si ce volume n'atteignait pas 7'627 heures, on ne pouvait pas considérer que l'offre soit suffisante pour sa phase projet.

b) En l'espèce, l'offre de W_____ avec ses 16'778 heures pouvait être considérée par l'adjudicateur comme insuffisante au sens du critère d'aptitude donné ; elle se situait largement en dessous non seulement de la base représentée par le calcul SIA 103 (46'211 heures), par le chiffre défini selon l'expérience du M.O. (23'706 heures), mais encore par rapport au soin que voulait l'adjudicateur dans la phase Projet où il visait un total théorique de 12'372 heures pour cette phase ; la moyenne des offres crédibles se montait à 10'896 heures, mais celle de W_____ se chiffrait à moins de 50 % du minimum envisageable ($7'627 = 10'896 - 30\%$) soit à 3'331 ($320 + 1'271 + 1'640$). Ceci démontre que c'est en conformité avec les critères d'aptitude annoncés que les ingénieurs du SRCE ont fixé la barre d'exclusion et qu'ils ont proposé cette issue pour la soumission de W_____, parce qu'elle s'écartait largement du seuil fixé ; de plus, sur un point important du mandat (phase de projet), elle était inférieure à la moitié du minimum admissible et au tiers de la moyenne des volumes d'heures indiqués dans les offres correspondant à ce critère pour le mandat d'ingénieur civil + BAMO.

4. a) L'article 12 al. 1 Omp habilite l'adjudicateur à définir des critères d'aptitudes objectifs et les preuves à apporter pour permettre l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires. Ces critères peuvent, outre la capacité technique, concerner la capacité organisationnelle. Il n'y a aucune raison de douter que, dans ce cadre, le maître d'œuvre peut exiger un nombre minimal d'heures qui démontre à la fois la capacité de l'intéressé à offrir du temps en suffisance pour réaliser le mandat et une bonne connaissance des différentes phases des travaux à exécuter, de manière à pouvoir déposer, dans les étapes essentielles, soit les plus gourmandes en temps, une offre suffisante et de nature à permettre la traçabilité de l'exécution demandée dans ses phases successives. Ce procédé peut valablement contribuer à éviter des problèmes ultérieurs lors de la réalisation des travaux et leur indemnisation. D'autres solutions sont certes concevables, comme celles qu'évoque le recourant, lorsqu'il cite l'efficacité d'un mandataire qui s'engage à effectuer les travaux avec un nombre restreint d'heures, qui se dit lié par son nombre d'heures et un engagement de bienfaisance, voire par une rémunération des travaux limitée au temps effectivement consacré (cf. ch. 6.1 Cdc 1^{er} tiret). L'existence de ces solutions alternatives n'empêche cependant pas l'adjudicateur de choisir des critères d'aptitudes qui évitent les problèmes que peut engendrer, sur la durée, une étude trop hâtive d'un projet d'importance et prévenant les risques que ces autres solutions ont vraisemblablement démontré en pratique, comme le laisse entendre la réponse du SRCE (allégué 14 ; let. A et C du pt. IV).

b) L'adjudicateur et le mandataire choisi prétendent inexactement que le groupement recourant ne serait plus légitimé à discuter du critère d'aptitude, du fait qu'il n'a pas interjeté de recours contre l'appel d'offre, circonstance qui lui aurait permis de remettre en cause, à temps et conformément au principe de la bonne foi, le critère d'exclusion

lié à un nombre d'heures insuffisant en se plaignant, à ce sujet, des incertitudes qu'il attribue dans son recours à ce critère. Conformément à la jurisprudence tirée de l'obligation d'attaquer l'appel d'offre (art. 15 al. 1 bis let. a AIMP ; ATF 2P.121/2003 du 28 juin 2004 in 130 I 241 cons. 4.3), l'objection de forclusion ne vaut que pour les irrégularités qu'une partie a effectivement constatées ou, à tout le moins, qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. Au vu du Cdc du cas d'espèce, un soumissionnaire devait savoir qu'une exclusion préalable à l'adjudication était possible sur la base d'un nombre d'heures à déterminer comme insuffisant, entre autres au vu des normes. Ceci dit, l'offreur ne pouvait effectivement savoir quel serait le pourcentage découlant des expériences du SRCE, les postes individuels que considérerait comme déterminants ce Service, l'utilisation de la moyenne offerte par le 80% des soumissionnaires et les pourcentages d'écarts admis. L'offreur exclu est, en conséquence, bien encore habilité à discuter ces points seulement après la décision de l'adjudicateur. C'est ce qu'a fait W_____, même si ces arguments étaient, comme on vient de le voir, infondés, l'autorité ayant vérifié correctement l'aptitude qu'elle souhaitait conformément à des critères suffisamment précis et en adéquation avec ce qui se pratique en matière de services de construction.

c) Le tableau du xxxxx 2012 démontre que le critère d'aptitude n'a pas servi à exclure toutes les offres financières les plus basses puisque trois soumissions d'un montant inférieur à celui du consortium d'ingénieurs retenu ont été prises en considération dans l'évaluation des critères d'adjudication. Ce tableau démontre, en revanche, que W_____, globalement se trouvait, avec 16'748 heures, très loin en dessous du nombre d'heures considéré comme satisfaisant (23'706 heures), ce qui devait entraîner son exclusion même si, par cette diminution des heures offertes, le prix de W_____ se révélait l'un des moins disant. Ce seul constat, suffisant pour justifier l'exclusion, s'est confirmé avec la vérification du calcul spécifique aux trois positions d'avant-projet. Il ne saurait être, à ce propos, question d'une limitation des critères de sélection comme le prétend W_____, l'insuffisance étant globalement évidente, mais davantage illustrée sur les points qui intéressaient l'adjudicateur et qui étaient en eux-mêmes importants, comme le montrent les pourcentages qui affectent ces prestations dans la norme SIA 103. Que la communication succincte de l'exclusion et de l'entreprise choisie du xxxxx 2012 ne fasse référence qu'aux heures proposées pour les phases de projet ne change rien au fait que l'évaluation des offres montre que l'exclusion résulte de l'analyse globale de toute l'offre d'heures : le recourant prétend ainsi vainement qu'il a été exclu sur des postes dont il n'avait pas à supputer le choix, voire que des motifs de lutte contre la sous-enchère expliquent la décision du xxxxx 2012, le tableau de comparaison et le rapport d'évaluation démontrant l'application correcte du processus visant à déterminer si le Service requérant se trouvait en présence d'offreurs présentant un temps insuffisant, ce qu'était l'offre de W_____, dont le montant financier n'a pas été discuté.

d) Enfin, la cause n'est pas un cas illustrant la controverse de la double utilisation de critères pour la sélection puis pour l'adjudication, dans la mesure où l'affaire n'est pas traitée en deux phases, ce qui est le cas en procédure sélective (cf.

Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, p. 88), mais en procédure ouverte où les critères d'aptitude sont clairement indiqués (ch. 7.1), puis évalués préalablement (cf. ch. 3 du rapport d'évaluation), alors que les critères d'adjudication ressortent du chiffre 7.2 et font l'objet d'une évaluation distincte (ch. 5 du rapport) où l'adéquation de l'offre n'est pas jugée selon le même critère que celui de l'aptitude (choix de positions et écart par rapport à un prérequis).

Partant, c'est à tort que le recourant prétend avoir été exclu sur la base d'un Cdc insuffisant sous l'angle des exigences de transparence applicables aux marchés publics (art. 1 al. 3 let. c AIMP) ou qu'il aurait été victime d'une fausse application du système mis en oeuvre ici, comme le permettent les articles 12 al. 1 et 23 al. 1 let. a Omp, pour la vérification de l'aptitude des candidats à l'adjudication du mandat d'ingénieurs de la déviation routière B_____.

5. a) Le recours doit, dès lors, être rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).

b) La demande d'octroi de l'effet suspensif devient sans objet.

c) Les membres du consortium recourant paieront, solidairement entre eux, les frais de justice (art. 88 al. 2 et 89 al. 1 LPJA) et les dépens dus au consortium Z_____ qui obtient gain de cause (art. 91 al. 1 LPJA) ; leur requête de dépens est rejetée (art. 91 al. 1 a contrario LPJA).

d) Compte tenu des critères d'appréciation et des limites des articles 3, 11, 13 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), l'émolument de justice est arrêté à 1'700 fr., débours inclus, et les dépens à verser à l'intimée à 1'000 fr. (art. 4, 27 et 39 LTar), eu égard aux interventions déposées dans d'autres causes traitées ce jour.

Prononce

1. Le recours est rejeté.
2. La requête d'effet suspensif est classée.
3. Les frais, par 1'700 francs, sont mis à charge des recourants, solidairement entre eux.
4. Les recourants verseront, solidairement entre eux, 1'000 fr. à Z_____ pour ses dépens.
5. Il n'est pas alloué d'autres dépens.
6. Le présent arrêt est communiqué à Me A_____, pour W_____ et consorts, à Me F_____, pour le consortium Z_____, et au Conseil d'Etat.

Sion, le 12 octobre 2012