

A1 21 7

ARRÊT DU 12 MAI 2021

Tribunal cantonal du Valais

Cour de droit public

Composition : Christophe Joris, président, Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner,
juges

en la cause

X _____, recourante

contre

Y _____, autorité attaquée, **Z** _____ **AG**, tiers concerné, représentée par Maître
M _____ et Maître **N** _____

(marché public)

recours de droit administratif contre la décision du 15 décembre 2020

Faits

A. Le 15 novembre 2019 Y _____ lança, sur xxx et au Bulletin officiel n° xxx (p. xxx), un appel d'offres en procédure ouverte en vue de l'attribution d'un marché de fournitures (A _____, domaine de fréquence de 30 MHz à 6 GHz) pour l'équipement de son laboratoire. Les candidats à l'adjudication pouvaient user du français ou de l'anglais ; le document qui leur était remis précisait que « cette chambre était destinée à la formation d'étudiants ingénieurs en systèmes industriels et énergie et technique environnementale ainsi qu'aux projets de recherche-développement dans le domaine EMC et mesures haute fréquence » (p. 2). Il énumérait quatre critères d'adjudication : le prix (40 %), la qualité technique de l'équipement et le respect des spécifications (40%), la facilité d'utilisation lors de la mise en place de nouvelles mesures (10%), l'expérience avérée dans le domaine et support technique (10%). L'objet du marché devait correspondre à un cahier des charges (CC) annexé à ce document.

B. La plus basse des deux offres ouvertes le 12 février 2020 était celle de X _____ (en abrégé X _____), société par actions simplifiée de droit français ; elle avançait un prix de 208 585 fr. hors TVA ; celui de l'offre de Z _____ AG (ci-après Z _____) était de 282 912 fr. hors TVA.

C. Datée du 15 décembre 2020, la grille de classement utilisait une échelle de 1 à 5 ; elle créditait X _____ de la meilleure note (5) au critère du prix où cet offreur obtenait 2 points (5 x 40%). Au critère de la qualité technique des équipements et du respect des spécifications (40%), Z _____ avait 2 points en raison de sa note 5, X _____ 1.4 points résultant de sa note 3.5. Pondéré à 10%, le critère de la facilité d'utilisation lors de la mise en place des nouvelles mesures procurait à Z _____ 0.5 points dérivant d'une note 5, et 0.4 point à X _____, son offre étant notée à 4 sur ce volet. Les deux concurrentes avaient 0.4 points au dernier critère de l'expérience et du support technique (10%) qui leur valait à chacune un 4.

La somme de ces notes partielles était de 4.4 points pour Z _____ (1.5 + 2.0 + 0.5 + 0.4) et 4.2 pour X _____ (2 + 1.4 + 0.4 + 0.4).

Le 18 décembre 2020, la Y _____ publia au B. O. (n° xxx p. xxx) et sur xxx l'annonce de l'adjudication à Z _____ du marché dont il s'agissait. Le ch. 4.3 de l'avis mentionnait qu'il n'y avait eu qu'une offre.

Le 6 janvier 2021, un courriel d'un collaborateur de Y _____ avisa X _____ de l'échec de son offre, tout en présumant que cette information lui était déjà parvenue via xxx ou xxx (version en ligne d'un supplément, traitant des marchés publics, du Journal officiel de l'Union européenne).

D. Le 13 janvier 2021, le Tribunal administratif fédéral (TAF) transmet céans un recours que X _____ lui avait envoyé, le 12 janvier 2021, contre la décision de la Y _____ relative à ce marché, en reprochant à l'adjudicateur d'avoir parlé d'une seule offre dans les avis du 18 décembre 2020.

Le 8 mars 2021, la Y _____ proposa le rejet du recours.

Le 25 mars 2021, Z _____ conclut à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet, et sollicita des dépens.

X _____ se détermina le 8 avril 2021 sur les observations du 25 mars 2021 de la Y _____.

Considérant en droit

1. Le marché en cause ressortit au droit cantonal qui prévoit que l'adjudication est une décision à notifier à tous les soumissionnaires et à publier dans le B. O. et sur le site simap.ch (art. 34 al. 1, 4 et 5 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics – Omp ; RS/VS 726.100, cf. art. 2 et 15 de la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton à l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics – AIMP ; RS/VS 726.1 ; v. aussi art. 13 lit. a et 15 de cet accord). La notification doit, sauf exceptions irrelevantes ici, se faire dans un écrit adressé à la partie concernée à qui doivent être indiqués la voie de recours ordinaire et le délai de recours (art. 34 al. 1 Omp et 29 al. 1 et 3 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives - LPJA ; RS/VS 172.6).

En l'occurrence, la seule notification personnelle reçue par X _____ est le courriel du 6 janvier 2021 de Y _____ lui apprenant que son offre n'avait pas été retenue, sans la renseigner sur les modalités de l'exercice de son droit de recours, question que n'évoquaient pas non plus les publications du 18 décembre 2020 au B. O. et sur xxx.

Dans ces conditions, il serait excessivement formaliste de reprocher à X _____, qui se défend seule, d'avoir ignoré que l'art. 16 al. 2 et 4 Lmp fixe un délai de recours de 10 jours, à respecter nonobstant les périodes de suspension qu'institue l'art. 79a LPJA, en particulier celle allant du 18 décembre au 5 janvier (lit. c). Il y a plutôt lieu d'appliquer l'art. 31 LPJA énonçant qu'une notification irrégulière ne doit entraîner aucun préjudice pour les parties. Ce texte codifie la jurisprudence déduite de l'art. 29 al. 1 et 2 Cst. féd. (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 6B_1104/2020 du 25 février 2021 cons. 2.2). Il impose de faire abstraction de l'irrecevabilité dérivant ordinairement du dépassement d'un délai de recours, si la partie a qui ce délai n'a pas été indiqué dans une décision qu'elle attaque s'est, dans un laps de temps raisonnable, renseignée sur la manière dont elle pourrait faire valoir ses droits, puis a entrepris sans tarder les démarches nécessaires à cet effet (cf. p. ex. ACDP A1 19 164 du 13 mai 2020 consid. 2 ss). X _____ n'a pas manqué à cette obligation, même si elle a d'abord inexactement pensé que l'affaire relevait de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP ; RS 196.056), hypothèse où le délai de recours est de 20 jours et est suspendu entre le 18 décembre et le 2 janvier (art. 26 al. 2 LMP a contrario en relation avec l'art. 22a al. 1 lit. c de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative - PA ; RS 172.021).

Elle est ainsi réputée avoir recouru à temps en saisissant le TAF le 12 janvier 2021 (art. 80 al. 1 lit. d, 56 et 14 al. 1 LPJA) :

2. X _____ s'est trompée en reprochant, le 12 janvier 2021, à Y _____ de ne pas avoir évalué son offre, ce que dément le tableau de notation du 15 décembre 2020. Ses autres griefs, qui seront examinés plus bas, pourront, s'ils sont agréés, déboucher sur une note globale supérieure à celle de Z _____ et donc sur l'adjudication du marché litigieux ; partant, elle a qualité pour agir (art. 80 al.1 lit. a-c, 44 al. 1 lit. a LPJA ; art. 16 Lmp ; cf. ACDP A1 20 79 du 22 octobre 2020 cons. 1.2 ; v. aussi arrêt du Tribunal fédéral 2D_17/2020 du 30 novembre 2020 cons. 1.3).

Aux p. 2 ss de son mémoire du 25 mars 2021, Z _____ prétend en vain le contraire, en partant de l'idée que X _____ n'avait déposé aucune offre, ou que, si elle l'avait fait, cette offre avait été exclue parce qu'elle n'était accompagnée d'aucune attestation relative aux dispositions sur la protection des travailleurs et sur les conditions de travail (art. 23 al. 1 lit. h Omp ; cf. p. 3 ss du mémoire du 25 mars 2021 de l'intimée). Or, le tableau de notation susvisé établit que l'offre de la recourante ne s'est heurtée à aucune exclusion, mais a été examinée sur le fond.

3. Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs des recourants qui doivent les motiver correctement ; il n'examine que la légalité de la décision attaquée, non son opportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP ; art. 16 Lmp ; ACDP A1 20 249 du 28 avril 2021 cons. 1.2 citant RVJ 2017 p. 30 cons. 4).

Les moyens que X _____ a développés le 8 mars 2021 sont assimilables à des assertions tardives à prendre en compte parce qu'elles peuvent être décisives au sens des art. 80 al. 1 lit. d, 56 et 23 al. 2 LPJA. Sauf une (cons. 6 ci-après), elles résistent à l'objection de motivation défectueuse que Z _____ avait avancée le 25 mars 2021 et qui était plus pertinente quant au contenu du recours du 12 janvier 2021 (art. 80 al. 1 lit. c, 47 et 48 LPJA ; art. 16 Lmp).

4. Le 8 mars 2021, l'adjudicateur a expliqué vouloir une chambre anéchoïque servant, en particulier, à des essais haute fréquence de type « radiation pattern » nécessaires aux activités de recherche et de développement de Y _____. Dans ce contexte, les ch. 15 à 23 de l'annexe 3 de l'appel d'offres spécifiaient que les absorbeurs ferrites devaient se trouver sur les parois, le plafond et le sol, tout comme les absorbeurs pyramidaux, afin d'augmenter la précision angulaire des mesures de rayonnement d'antenne. Or, X _____ avait offert une installation dépourvue d'absorbeur pyramidal sur l'arrière de l'antenne, alors que Z _____ avait inclus dans son offre des absorbeurs à cet endroit. D'où, au critère de la qualité technique de l'équipement et du respect des spécifications, la différence de 1.5 points entre la note 3.5 de la recourante et la note 5 de l'intimée, puis l'écart de 0.6 entre ces notes après pondération à 40 % (2.0 pour Z _____, 1.4 pour X _____).

La recourante argue que l'annexe 3 de l'appel d'offres mentionnait « uniquement un besoin pour des essais CEM (EMC) selon les normes EN 61000-4-3 et EN 55016-1-4 », non des essais pour des mesures hautes fréquences. Il est vrai que cette annexe se référait à des essais CEM (EMC) et qu'elle évoquait ces normes. En revanche, la rubrique « exigences techniques » de la p. 2 de la formule que les soumissionnaires devaient compléter pour déposer leurs offres rappelait que « cette chambre est destinée à la formation d'étudiants ingénieurs en Systèmes industriels et Energie et technique environnementale ainsi qu'aux projets de recherche-développement dans le domaine EMC et mesures haute-fréquence ».

Il n'y a aucune raison de laisser de côté ce passage de la p. 2 et de tableer exclusivement sur l'annexe 3, aucun indice ne justifiant une quelconque priorité de celle-ci.

5. X _____ ne nie pas que les chambres anéchoïques comportant des absorbeurs pyramidaux à l'arrière de l'antenne sont plus performantes ou plus adéquates pour des essais haute fréquence. Mais elle souligne que l'annexe 3 n'exigeait pas une chambre avec de tels absorbeurs et que sa propre offre correspondait aux réquisits de ladite annexe, du moment que, tout en ne proposant pas des « absorbants pyramidaux en face arrière », absorbants que le rédacteur de ce texte n'avait pas qualifiés d'impératifs, X _____ offrait des « absorbants ferrites recouvrant les 4 parois + sol et plafond ».

Cette assertion perd de vue que, lorsqu'il note, à l'aune du critère de la qualité technique de l'équipement à livrer, des offres qu'il a demandées pour mener deux catégories d'essais ou de mesures, l'adjudicateur n'abuse pas du pouvoir d'appréciation qu'il exerce dans une pareille opération (cf. là-dessus p. ex. P. Galli / A. Moser / E. Lang / M. Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd. 2013 p. 873) s'il table sur un élément de cet équipement dont on peut raisonnablement inférer une meilleure garantie de la réalisation de l'ensemble des objectifs qu'a le client.

6. La recourante soutient que la chambre anéchoïque offerte par Z _____ a le désavantage d'impliquer « la fourniture d'un plateau en bois recouverts d'absorbants ferrites, solution contre-indiquée pour les mesures CEM ». Cette critique, sommaire et non étayée, n'est pas conformes aux règles de motivation des art. 80 al. 1 lit. c, 47 et 48 LPJA (art. 16 Lmp).

7. Celle consistant à prétendre que l'intimée avait omis d'offrir un faux plancher taxé d'impératif à l'annexe 3 précitée est infondée. La pos. 10 de cette annexe évoque un « double plancher (passage de câbles) » qui figure sous « double floor height 130 mm, max. load 500 kg/m² » à la p. 2 de l'offre de Z _____ .

8. Aucun des griefs de X _____ n'étant de nature à modifier le classement de son offre dans la grille d'évaluation du 15 décembre 2020, le recours est rejeté en tant qu'il est recevable (art. 80 al. 1 let. e et 60 LPJA), sans qu'on doive s'attarder sur la question de savoir si elle a droit à une amélioration de sa note 4 au critère de l'expérience et du support technique (10%). Dans l'affirmative, cette note passerait à 5 et se traduirait par un dixième supplémentaire, la note finale de Z _____ restant à 4.4 et celle de la recourante progressant de 4.2 à 4.3, sans inversion de rang.

9. X _____ paiera un émolument de justice de 2500 fr. fixé notamment en tenant compte des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations. Elle versera en outre à Z _____ 2500 fr. de dépens (TVA et débours compris), calculés au vu du temps et du travail ordinairement à investir par un avocat dont la mandante

résiste, par un mémoire de 7 pages, à un recours simple dans une affaire de complexité moyenne, ainsi que de la valeur du marché litigieux (plus de 200'00 fr.) (art. 89 al. 1, 91 al. 1 et 2 LPJA ; art. 3 al. 3, 4, 11, 13 al. 1, 25, 27, 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).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité.
2. Les frais, par 2500 fr., sont mis à la charge de X _____, qui versera en outre à Z _____ AG 2500 fr. à titre de dépens.
3. Le présent arrêt est communiqué à X _____, à Maîtres M _____ et N _____, pour Z _____ AG, et à Y _____

Sion, le 12 mai 2021