

Marchés publics - ATC (Cour de droit public) du 23 septembre 2016 – A1 16 183

Adjudication de gré à gré

- Qualité pour recourir en cas d'adjudication de gré à gré (art. 12 al. 2 Lmp ; consid. 1 et 2).
- Il est contraire au principe de la bonne foi d'invoquer, en procédure de recours, des griefs qui auraient pu et dû être adressés à l'autorité adjudicatrice avant que celle-ci n'adjuge le marché (art. 5 al. 3 Cst. ; consid. 5 et 8).
- En procédure de gré à gré, les exigences de l'art. 2 al. 1 Omp ne s'appliquent pas. Si l'autorité adjudicatrice ne le demande pas, les soumissionnaires n'ont donc pas à joindre à leur offre des pièces concernant le respect des dispositions relatives à la protection de travailleurs (art. 2 al. 1 let. i Omp ; consid. 7).
- Rejet d'un grief qui invoque un prix très légèrement meilleur marché pour la recourante, ce faible écart de prix ne constituant pas un motif de censurer la décision d'adjudication (consid. 9).

Freihändige Vergabe

- Beschwerdelegitimation bei freihändiger Vergabe (Art. 12 Abs. 2 GIVöB; E. 1 und 2).
- Es verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, im Beschwerdeverfahren Rügen geltend zu machen, welche bei der Vergabebehörde vor der Erteilung des Zuschlags hätten vorgebracht werden müssen (Art. 5 Abs. 3 BV; E. 5 und 8).
- Im freihändigen Verfahren kommen die Anforderungen von Art. 2 Abs. 1 VöB nicht zu Anwendung. Wenn die Vergabebehörde dies nicht verlangt, sind die Anbieter nicht verpflichtet, ihrem Angebot Beilagen betreffend die Einhaltung der Arbeitnehmerschutzbestimmungen beizulegen (Art. 2 Abs. 1 lit. i VöB; E. 7).
- Abweisung der Rüge, welche ein geringfügig günstigeres Angebot der Beschwerdeführerin geltend macht, dieser geringe Preisunterschied rechtfertigt keine Aufhebung des Zuschlags (E. 9).

Faits (résumé)

Le 3 mai 2016, X. SA a signé une offre, d'un montant total de 101 791 fr. 20, pour des prestations d'ingénieur civil en vue de la construction de la déchetterie de A. Cette offre avait été formulée sur un document remis par la centrale des achats de la commune de B. qui exploitera la déchetterie. On lisait, à la page 2 de ce cahier, que l'offre était demandée dans une procédure de gré à gré au sens de la section 3 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). Le même jour, Y. Sàrl a déposé, elle aussi, sur un exemplaire du document susvisé, une offre avançant un prix total de 103 647 fr. 90.

A la suite d'échanges de courriels avec C., responsable des achats de la commune de B. qui sollicitait ces deux sousmissionnaires pour obtenir leur « dernier prix », X. SA a ramené son prix à 94 605 fr. 60, le 23 juin 2016, tandis que Y. avait, le 20 mai précédent, baissé son prix à 94 437 fr.

Le 12 juillet 2016, le conseil communal adjugea le marché à Y. Sàrl. Il en avisa X. SA deux jours plus tard, qui interjeta un recours de droit administratif contre cette décision, en concluant à son annulation et au renvoi de l'affaire au conseil communal.

Considérants (extraits)

1. Intitulé « procédure de gré à gré », l'article 12 Lmp énonce que l'adjudicateur demande une offre directement à une entreprise ou à un prestataire (al. 1) et que l'adjudication ne peut faire l'objet d'un recours (al. 2).

La jurisprudence fédérale ouvre toutefois la qualité pour former un recours en matière de droit public ou un recours constitutionnel subsidiaire au concurrent qui se plaint d'une pareille adjudication dont il prétend qu'elle l'a illégalement privé du droit de présenter, pour ce marché public, une offre dans une autre procédure à laquelle il aurait pu participer et que l'adjudicateur se serait abstenu à tort d'utiliser, étant bien entendu que ce concurrent doit alors établir qu'il est en mesure de fournir la prestation souhaitée par le client (cf. p. ex. arrêts du Tribunal fédéral 2C_591/2014 du 29 septembre 2014 consid. 3.2 et 2C_134/2013 du 6 juin 2014 consid. 2.8 ss et les arrêts cités).

Dans cette hypothèse, le droit cantonal devrait être appliqué de manière à définir la qualité pour recourir selon les mêmes standards que le droit fédéral et à instituer un recours judiciaire (cf. art. 86 al. 1, 111 et 114 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral – LTF ; RS 173.110 ; art. 77^{bis} de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives – LPJA ; RS/VS 172.6). D'où suit que l'article 12 alinéa 2 Lmp ne serait pas opposable à un recourant qui alléguerait se trouver dans la situation susmentionnée.

2. La recourante ayant participé à la procédure d'adjudication de gré à gré dont elle conteste aujourd'hui l'issue, sa qualité pour recourir n'a pas à s'examiner à l'aune de la pratique qui vient d'être résumée et qui

n'est d'ailleurs qu'un corollaire de celle reconnaissant au soumissionnaire évincé un intérêt digne de protection au sens des articles 80 alinéa 1 lettre a et 44 alinéa 1 lettre a LPJA (cf. art. 15 et 16 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 – AIMP ; RS/VS 726.1 ; art. 16 Lmp) à recourir si, dans l'éventualité où ses griefs seraient agréés, il a une chance raisonnable de se voir attribuer le marché (cf. p. ex. ACDP A1 15 139 du 14 janvier 2016 consid. 1.2 et A1 15 163 du 8 janvier 2016 consid. 1.1).

Attendu que X. SA et Y. Sàrl sont dans une position fort similaire à celle de soumissionnaires qui ont concouru pour l'attribution d'un marché public, il faut rechercher si, dans les affaires de ce genre, le fait que l'adjudicateur a recueilli plusieurs offres dans une procédure de gré à gré ne devrait pas justifier d'ouvrir le recours aux offreurs non retenus, ceci nonobstant l'article 12 alinéa 2 Lmp.

Cette solution est inévitable, en dépit de la rédaction impérative de ce texte. Celui-ci est désormais assorti d'une exception prétorienne en faveur de soumissionnaires potentiels, soit de tiers qui n'ont pas participé à une adjudication de gré à gré (consid. 1). On voit mal comment refuser d'étendre cette exception à des soumissionnaires qui ont effectivement participé à une telle adjudication parce que l'adjudicateur leur a demandé des offres, en sus de celle qu'il a retenue. Un pareil refus serait à la fois illogique et contraire à l'égalité de traitement (art. 8 et 9 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 – Cst. ; RS 101), ce que perdent de vue les objections soulevées à cet égard.

3. Le recours est, au surplus, recevable (art. 80 al. 1 let. a-c, 44 al. 1 let. a, 46 et 48 LPJA ; art. 15 et 16 Lmp), X. SA pouvant raisonnablement escompter une adjudication en sa faveur si ses arguments sont jugés bien fondés.

4. Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs de la recourante qui doit 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 16 76 du 13 mai 2016 consid. 2).

5. X. SA ne pouvait pas partir de l'idée qu'elle était l'unique soumissionnaire, du moment que le mot « offre » était utilisé au pluriel dans les rubriques « langue de la procédure », « offre partielle », « ouverture des offres » du document communal dont elle se servait (p. 2). Elle savait

que l'affaire se traitait dans une procédure de gré à gré où l'offre lui était demandée directement (art. 12 al. 1 Lmp), c'est-à-dire sans appel d'offres assujetti aux formalités des articles 1 ss de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 786.100 ; cf. art. 2 let. e Lmp). Comme la recourante a plusieurs fois été impliquée dans des procès relatifs à des adjudications, ses organes se sont suffisamment familiarisés avec le droit des marchés publics pour connaître la différence entre cette procédure et celles qu'elle reproche maintenant à l'adjudicateur de ne pas avoir utilisées. Ce grief de vice de forme est invoqué par une partie qui s'est sciemment engagée dans une procédure dont elle critique ensuite le choix, sans expliquer son revirement à ce sujet. Ce moyen s'apparente à celui consistant à se prévaloir tardivement de la violation d'une irrégularité formelle ; il doit, comme lui, être rejeté pour inobservation de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst. ; cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 4A_436/2015 du 17 mai 2016 consid. 2).

Il en va de même des griefs de violation de l'interdiction d'admettre une modification des offres après leur dépôt ou de lancer un *round* de négociation (art. 14 al. 1 et 21 Omp). La recourante les soulève sans s'être étonnée du courriel du 17 juin 2016 de C. qui évoquait une étroite fourchette de concurrents et faisait dépendre la désignation du gagnant d'un abattement sur le prix. Après avoir librement consenti cette réduction, elle est mal venue de reprocher à l'adjudicateur de l'en avoir priée ou d'avoir enfreint l'article 12 alinéa 1 Lmp en se procurant des offres chez plus d'un soumissionnaire.

(...)

7. A écouter X. SA, l'offre de Y. Sàrl aurait dû être écartée, faute d'être accompagnée de pièces concernant la protection des travailleurs, les conditions de travail et de salaire, documents que la recourante avait, en revanche, fournis.

L'article 2 alinéa 1 lettre i Omp range parmi les documents d'appel d'offres les exigences concernant le respect des dispositions relatives à la protection de travailleurs et aux conditions de travail, notamment le paiement des charges sociales. Cette norme s'applique exclusivement s'il y a appel d'offres dans l'acceptation des articles 1 ss Omp, mais non dans la procédure de gré à gré qui se caractérise par l'absence d'appel d'offres régi par ce passage de l'Omp (art. 12 al. 1 Lmp ; consid. 5).

Au demeurant, le conseil communal a déclaré qu'il n'avait pas joint au document fourni aux soumissionnaires les formules que la recourante a annexées à son offre et qui ont trait au droit du travail et à des aspects de droit social. On voit donc mal pourquoi Y. Sàrl serait à pénaliser pour s'être abstenue de fournir ce qu'on ne lui réclamait pas.

8. La recourante se plaint de ne pas avoir eu accès à un tableau de notation des offres et de la non-communication des critères de leur évaluation.

Les critères sont certes à indiquer dans les documents d'appel d'offres (art. 2 al. 1 let. k Omp). L'article 12 alinéa 1 Lmp n'impose pas leur communication préalable au soumissionnaire à qui l'adjudicateur envisage d'adjuger de gré à gré un marché. Il est évidemment loisible à l'administré de s'enquérir, dans ce cadre, des critères qui guideront l'appréciation de son offre, surtout lorsqu'il apprend en cours de route, à l'instar de la recourante, qu'il n'est pas seul candidat à l'adjudication, que les offres ont été cotées, qu'elles sont dans une fourchette très étroite et qu'un rabais les départagera.

L'offreur qui, dans ces conditions, n'exprime aucune réserve en réduisant son prix accepte que ce facteur sera, en définitive, seul à guider l'adjudication. Il ne peut, sans manquer à la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst féd.), revenir sur cette acceptation en critiquant l'attribution du marché à un tiers qui avait lui aussi agréé les méthodes de l'adjudicateur.

9. X. SA se plaint que le conseil communal ait calculé la différence de prix sur le total des offres, au lieu de la calculer sur le montant afférent aux prestations techniques, poste qui est à 88 041 fr. 30 dans son offre et à 88 652 fr. 70 dans l'offre de Y. Sàrl.

Un écart aussi faible n'est pas une raison de censurer une décision dans une cause où l'autorité attaquée a un large pouvoir d'appréciation quand elle opte entre deux offres dont elle a prévenu leurs auteurs qu'elles lui semblaient équivalentes, et que son choix s'axerait sur de futurs rabais (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2D_14/2013 du 23 juillet 2013 consid. 4.4).

10. Le recours est rejeté ; la requête d'effet suspensif est classée (art. 80 al. 1 let. e et 60 LPJA).