

Adjudications Öffentliches Beschaffungsrecht

ATC (Cour de droit public) du 11 novembre 2021 – A1 21 115

Qualité pour recourir en cas d'adjudication de gré à gré exceptionnel

- Une décision d'adjudication de gré à gré exceptionnel, fondée sur les particularités techniques ou artistiques du marché, ne peut être contestée que par un concurrent qui allègue avoir été illégalement privé du droit de présenter une offre. Il doit donc s'agir d'un offreur potentiel (art. 13 al. 1 let. c LcAIMP ; consid. 1.2).
- En l'espèce, la recourante ne parvient pas à établir qu'elle est en mesure de fournir la prestation attendue de l'adjudicateur (consid. 2).

Beschwerdelegitimation bei freihändiger Vergabe im Ausnahmefall

- Eine Verfügung betreffend freihändige Vergabe im Ausnahmefall aufgrund technischer oder künstlerischer Besonderheiten des Auftrags kann nur von einem Konkurrenten angefochten werden, der geltend macht, dass er zu Unrecht kein Angebot einreichen konnte. Es muss sich daher um einen potentiellen Anbieter handeln (Art. 13 Abs. 1 lit. c kGIVöB; E. 1.2).
- Vorliegend vermag die Beschwerdeführerin nicht darzulegen, dass sie in der Lage ist, die von der Vergabebehörde erwartete Leistung zu erbringen (E. 2).

Faits (résumé)

Dans le cadre de son activité fiscale, l'Etat du Valais utilise depuis 1997 une plateforme informatique appelée « taxation assistée par ordinateur » (ci-après : TAO). Employée par le service cantonal des contributions (ci-après : SCC), cette solution technique a été développée et maintenue par la société Y.

Le 28 avril 2021, le Conseil d'Etat a adjugé à Y. un marché de services relatif à l'évolution et à la modernisation de l'application informatique TAO, selon la procédure de gré à gré exceptionnel. Le montant de l'offre était de quelque 6,8 millions de francs de projet sur huit ans et d'environ 5 millions de francs de maintenance sur cinq ans. Cette décision d'adjudication a été publiée au Bulletin officiel (B. O.) du 14 mai suivant ainsi que sur le site Internet simap.ch.

Le 21 mai 2021, la société X. a recouru devant le Tribunal cantonal, concluant au constat de nullité de cette décision et à la répétition de la

passation du marché dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective. Elle a affirmé qu'elle était parfaitement apte à fournir à l'Etat du Valais un système d'établissement de déclarations d'impôts par informatique adapté à ses besoins. Or, l'attribution du marché précité à Y. par le biais de la procédure de gré à gré exceptionnel l'avait privée de toute opportunité de présenter une offre pour ledit marché.

Considérants (extraits)

1.1 La décision d'adjudication du 28 avril 2021 mentionne sous « type de procédure » celle du gré à gré exceptionnel selon l'article 13 alinéa 1 lettre c 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). Avec une telle procédure, « un marché peut être passé directement et sans appel d'offres » si l'une des conditions que mentionne l'article 13 alinéa 1 LcAIMP est remplie. La condition figurant sous la lettre c de cette disposition autorise l'utilisation du gré à gré exceptionnel « en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle », avec en outre la réserve qu'il n'existe « aucune alternative convenable ».

1.2 Selon la jurisprudence fédérale, a qualité pour former un recours en matière de droit public ou un recours constitutionnel subsidiaire le concurrent qui allègue qu'une pareille adjudication l'a illégalement privé du droit de présenter, pour le marché public en question, une offre dans une autre procédure à laquelle il aurait pu participer et que l'adjudicateur se serait abstenu à tort d'utiliser. Par conséquent, ledit concurrent doit établir qu'il est potentiellement en mesure de fournir la prestation souhaitée par l'adjudicateur (ATF 141 II 307 consid. 6.3 *in fine* et 137 II 313 consid. 3.3.2 ainsi que les réf. cit. ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_147/2017 du 23 janvier 2018 consid. 2.2 ; v. aussi Manuel Jacquier, Le « gré à gré exceptionnel » dans les marchés publics, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2018, n^{os} 806 ss, p. 534 ss).

Si l'adjudicateur a justifié l'utilisation de la procédure de gré à gré exceptionnel parce qu'un seul soumissionnaire entre en considération pour l'objet du marché concerné et si le recourant conteste cette appréciation, comme c'est le cas en l'espèce, la procédure de recours

doit permettre de vérifier si la description de l'objet du marché a été définie de manière correcte par l'adjudicateur. Toutefois, la voie de recours ne peut pas être utilisée pour exiger que l'adjudicateur se procure un produit différent de celui qui a été légalement défini en tant qu'objet du marché. Par conséquent, ont seuls qualité pour recourir les concurrents à même d'offrir un produit correspondant à l'objet du marché, et non ceux qui prétendent vouloir offrir un produit différent (ATF 137 II précité consid. 3.3.2).

Le droit cantonal doit définir la qualité pour recourir contre une adjudication de gré à gré exceptionnel selon les mêmes standards que le droit fédéral et 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. 77a de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives - LPJA ; RS/VS 172.6 ; RVJ 2017 p. 30 consid. 1). En somme, il faut retenir qu'un concurrent qui allègue se trouver dans la situation mentionnée au considérant précédent a qualité pour recourir devant la juridiction de céans. Cette pratique n'est qu'un corollaire de celle reconnaissant à un soumissionnaire un intérêt digne de protection à recourir, 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 726.1-1 ; art. 16 LcAIMP) si, dans l'éventualité où ses griefs seraient agréés, il a une chance raisonnable de se voir attribuer le marché. La Cour de céans a d'ailleurs reconnu un tel droit de recours également dans le cadre d'une adjudication de gré à gré au sens de l'article 12 LcAIMP, opposant une exception prétorienne à la lettre de l'alinéa 2 de cette disposition (RVJ 2017 p. 30 consid. 1).

1.3 Le recours a été déposé dans le délai de dix jours dès la publication au B. O. de la décision d'adjudication de gré à gré exceptionnel (art. 15 al. 2 AIMP ; art. 16 al. 2 LcAIMP). Il respecte en outre les formes légales (art. 80 al. 1 lettre c et 48 LPJA), de sorte que, sur la question de la recevabilité du recours, seule la légitimation à recourir au sens exposé ci-dessus reste à être examinée.

(...)

2.1 La recourante soutient avoir qualité pour recourir contre la décision précitée, exposant être en mesure de déposer une offre correspondant à l'objet du marché. Elle indique qu'elle fournit déjà à d'autres fiscaux

cantonaux un système d'établissement de déclarations d'impôts par informatique, ce qui la rend apte à proposer à l'adjudicateur un produit correspondant à l'objet du marché (cf. mémoire de recours p. 6).

Dans sa réponse, le SCC explique que le système proposé par la recourante ne correspond pas à l'objet de ce marché. Il précise que celui-ci ne vise pas à obtenir une solution informatique *web* ou *online* de déclarations d'impôts. Il relève que le marché a trait à l'évolution et à la modernisation de l'application métier TAO et que la recourante n'établit pas être en mesure d'offrir une solution dans ce domaine particulier (cf. réponse p. 3).

2.2 Les explications de l'adjudicateur sont convaincantes. En effet, une solution informatique permettant aux administrés de remplir leurs déclarations d'impôts *online* ne s'assimile objectivement pas à une application informatique que le SCC utilise dans le cadre de ses activités de fisc cantonal. Dans sa duplique, le SCC fournit à cet égard des éléments déterminants qui étayent sa position. Il précise que la TAO permet de procéder à la taxation des personnes physiques, mais également de réceptionner les données fiscales de logiciels tiers, de gérer le registre des contribuables, de gérer leur assujettissement, de notifier les tranches et les perceptions provisoires, de gérer les déclarations d'impôts et la notification des bordereaux. Il relève que cette application effectue automatiquement des recoupements, des comparaisons avec les années antérieures et peut procéder à une taxation automatique, c'est-à-dire sans contrôle par un taxateur. En outre, elle doit permettre d'assurer les rattrapages et correctifs d'impôts sur les quinze années antérieures, conformément aux règles et pratiques en vigueur à ce moment-là (cf. duplique p. 1 s.). Il faut dès lors en déduire, avec le SCC, que les solutions informatiques complètes qui sont nécessaires aux administrations fiscales se distinguent des logiciels permettant de générer des déclarations d'impôts pour les particuliers ou les fiduciaires. Pour ces raisons, le développement d'une déclaration d'impôts électronique pour le canton de A. (cf. pièces n^{os} 16 et 17 jointes à l'écriture du 13 septembre 2021) et de logiciels de déclaration d'impôt et de taxation pour des fiduciaires, domaines dans lesquels la recourante a établi qu'elle disposait d'une expérience avérée reconnue par l'adjudicateur (cf. duplique p. 2 [...]), ne peuvent pas être comparés avec le développement d'un logiciel de TAO destiné à une autorité fiscale cantonale.

2.3 Dans sa réplique, la recourante allègue notamment que ce marché ne concerne pas qu'une simple modernisation d'un logiciel existant. Elle reproche à cet égard à l'adjudicateur d'avoir combiné plusieurs marchés distincts relatifs au développement et à la maintenance de ses outils informatiques fiscaux en une seule procédure aboutissant à l'attribution de ces marchés à l'adjudicataire, sans même que des solutions alternatives n'aient été examinées. Elle indique que, contrairement à ce qu'affirme l'adjudicateur, le projet de modernisation qui fait l'objet du marché porte aussi sur un système de déclaration d'impôts par ordinateur.

La recourante fonde son argumentaire sur le contrat faitier, conclu entre les cantons de B. et du Valais et l'adjudicataire, ainsi que sur les annexes audit contrat. Elle relève en particulier qu'en page 2 de ce contrat, est énoncé l'objectif de construire, à partir de la TAO actuelle, « une nouvelle version du logiciel de taxation des personnes physiques (TAO) qui devrait offrir la pérennité pour la taxation des personnes physiques à long terme ». S'il est exact que les parties au contrat faitier opèrent une distinction entre l'ancienne et la nouvelle TAO, il reste que cette nouvelle version doit être élaborée à partir de l'ancienne et comprendre au minimum les mêmes fonctionnalités que la version installée au 31 décembre 2019 (cf. annexe 1 au contrat faitier p. 5 s.). Il ne s'agit donc pas d'un logiciel fondamentalement différent, mais bien d'une modernisation de l'application existante, ce qui n'exclut au demeurant pas de nouvelles fonctionnalités. Il est en outre rappelé que la recourante ne peut pas exiger que l'adjudicateur se procure un produit différent de celui qui a été légalement défini en tant qu'objet du marché. Quoi qu'il en soit, la distinction que tente d'opérer la recourante ne lui est d'aucun secours pour motiver sa qualité pour recourir, dès lors qu'elle ne permet pas de démontrer son aptitude à la réalisation du marché.

Quant à l'allégation selon laquelle le projet en question porte aussi sur un système de déclaration d'impôts par ordinateur - domaine dans lequel la recourante est expérimentée - elle a été démentie par le SCC (cf. duplique p. 1). Celui-ci a en effet expliqué, de manière convaincante, que les jours de développement prévus libellés « Déclaration d'impôt » en page 1 de l'annexe 5.3 au contrat faitier concernent la gestion des déclarations d'impôts et non pas le développement d'une solution informatique *web* ou *online* des déclarations d'impôts. Cela correspond d'ailleurs aux développements

prévus au point 3-C du « Cahier des charges LOI TAO » (p. 25 ss), en annexe 5.7 au contrat faîtier. Certes, le SCC admet que ce cahier des charges mentionne une future gestion des déclarations d'impôts dans le cadre de la TAO (p. 8 et p. 107). Il observe toutefois qu'aucune solution n'a encore été arrêtée à ce propos, le système proposé devant simplement rester ouvert à l'implémentation d'une telle solution dont le développement n'est pas prévu dans le cadre de l'adjudication en cause.

Avec bon sens, le SCC signale qu'en tout état de cause, un appel d'offres public pour l'exécution de ce marché aurait certainement imposé comme critère d'aptitude du soumissionnaire la mise à disposition d'une solution de TAO existante installée en Suisse auprès d'au moins une administration cantonale. En effet, il souligne qu'il ne prendrait en aucun cas le risque de mandater un fournisseur qui, à l'instar de la recourante, n'aurait aucune solution logicielle existante et éprouvée en production. Il apparaît donc que, même si le marché en cause avait fait l'objet d'un appel d'offres en procédure ouverte, la recourante n'en remplirait vraisemblablement pas les critères d'aptitude.

2.4 Dans ces conditions, la Cour considère que la recourante n'est pas parvenue à établir qu'elle est à même d'offrir un produit correspondant à l'objet du marché. Il s'ensuit que sa qualité pour recourir céans contre la décision d'adjudication du 28 avril 2021 doit être niée. La Cour peut donc se dispenser d'examiner les griefs matériels que la recourante formule à l'encontre de la décision d'adjudication de gré à gré exceptionnel.

3.1 Attendu ce qui précède, le recours est irrecevable (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).