

A1 23 93

ARRÊT DU 6 MARS 2024

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

Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier et Dr Thierry Schnyder, juges ; Raquel Rio, greffière,

en la cause

X _____, 1950 Sion 4, recourante, représentée par Maître Jérôme Lorenzetti, avocat, 1951 Sion

contre

CONSEIL COMMUNAL DE VAL DE BAGNES, 1934 Le Châble, autorité attaquée, et
Y _____, **A** _____, tiers concerné

(marchés publics)

recours de droit administratif contre la décision du 31 mai 2023

Faits

A. Le 24 mars 2023 le Conseil communal de Val de Bagnes a publié au Bulletin officiel n° 12 (p. 50 ss) et sur simap.ch un avis d'appel d'offres en procédure ouverte pour la fourniture d'un système d'impression MFPs et des imprimantes. Le ch. 2. 8 indiquait une durée de marché de 48 mois, sans reconduction ; le ch. 2.10 énumérait quatre critères d'adjudication : le prix (50%), les aspects techniques et fonctionnels (20%), l'organisation pour l'exécution du marché (20%), les références (10%).

Le ch. 2.1 du cahier des charges (CC) mentionnait que la mise en soumission était consécutive à une analyse avec inventaire visant à définir les besoins et à rationaliser le parc de machines existant. Celui-ci était à actualiser ; il provenait de plusieurs fournisseurs (p. 7). Le ch. 2.5 (périmètre de l'offre ; p. 8) spécifiait que le marché comportait l'intervention sur site dans les deux jours ouvrables en cas de panne, puis listait les prestations à inclure dans le calcul du prix. Ce passage précisait que les offreurs devaient proposer « une option de rachat des contrats en cours, afin d'avoir un parc homogène », l'adjudicateur se réservant toutefois la faculté de terminer ces contrats et d'ajouter, quand surviendraient leurs dates limites, les nouvelles machines à son parc. L'option de rachat n'était cependant « pas prise en compte dans le critère d'évaluation « prix ».

Le ch. 4.3 CC (p. 13) annonçait que ce critère allait être coté selon la méthode au carré (ou méthode T^2 ; multiplication par 5 du quotient de la division du carré du montant de l'offre la plus basse par le carré du prix de l'offre examinée) et que la note serait arrondie au centième. Les autres critères devaient être notés sur une échelle de 0 (aucune possibilité d'évaluation, le candidat n'ayant pas remis l'information ou le document nécessaires) à 5 (très intéressant). La note finale devait résulter « de l'addition des notes pondérées au 100^{ème} de point. L'offre ayant la note la plus élevée sera retenue » (ch. 4.4 CC ; p. 14).

Pendant le délai de dépôt des offres, des intéressés questionnèrent deux fois l'adjudicateur sur la somme de rachat des contrats en cours. Il les informa que ce montant était de 113'619 fr. et représentait « la valeur résiduelle et la valeur contractuelle » des machines auxquelles correspondaient ces contrats (p. 1 et 5 ch. 5 et 21 de la pièce 5 du dossier municipal).

Quatre offres furent ouvertes le 27 avril 2023. Leurs montants nets HT oscillaient de 171'340 fr. 80 à 229'000 fr., prix qu'avancait Y _____ (ci-après : Y _____) ; celui de l'offre de X _____ était de 197'904 fr., soit le troisième dans l'ordre croissant.

Datée du 1^{er} mai 2020, la grille de notation donna le premier rang à Y _____ et le troisième à X _____.

Elle chiffrà la note du prix de X _____ à 5 et à 4.93 celle du prix de Y _____, en appliquant la méthode T^2 à un prix de 437'295 fr. 39 TTC pour l'offre de celle-ci et de 434'099 fr. 93 TTC pour l'offre de celle-là ; d'où 250 pts ($5 \times 50\%$) pour X _____ et 246 pour Y _____ (4.93×50).

Y _____ obtenait les notes maximales aux autres critères (aspects techniques et fonctionnels $5 \times 20\% = 100$; organisation $5 \times 20\% = 100$; références $5 \times 10\% = 50$). X _____ n'avait la note la plus élevée qu'au critère de l'organisation ($5 \times 20\% = 100$), mais perdait des points à deux de ces autres critères (aspects techniques et fonctionnels $3 \times 20\% = 60$; références $2 \times 10\% = 20$). D'où sa note finale de 430 points ($250 + 100 + 60 + 20$), celle de Y _____ s'élevant à 496.36 ($246.36 + 100 + 100 + 50$).

Le 23 mai 2023, le Conseil communal attribua le marché à Y _____ pour le montant de 437'295 fr. 39. Il en avisa les autres soumissionnaires le 31 mai 2023.

B. Le 6 juin 2023, X _____ recourut céans. Invitée, le 7 juin 2023, à déposer un mémoire conforme aux standards des art. 80 al. 1 lit. c et 48 al. 2 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA - RS/VS 172.6), elle le fit le 23 juin 2023, en demandant un effet suspensif qui lui fut accordé préprovisionnellement le 26 juin 2023.

Ses conclusions tendaient principalement à la réforme de la décision attaquée dans le sens d'une adjudication à elle-même du marché litigieux, subsidiairement à un renvoi de l'affaire au Conseil communal pour qu'il le lui adjuge, ou pour qu'il lance une nouvelle procédure conforme au droit des marchés publics, plus subsidiairement au constat de l'illicéité de ladite décision. X _____ concluait, en outre, à l'allocation de dépens.

Le 26 juillet 2023, le Conseil communal proposa de débouter la recourante.

Le 27 août 2023, X _____ fit valoir des remarques complémentaires étoffant ses griefs et ses allégations antérieurs.

Le Conseil communal se détermina à leur sujet le 20 septembre 2023.

Y _____ n'a pas présenté d'observations.

Considérant en droit

1. En vigueur depuis le 1^{er} janvier 2024, la loi du 15 mars 2023 (LcAIMP ; RS/VS 726) concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 (AIMP) abroge implicitement la loi homonyme du 8 mai 2003 (aLcAIMP) relative au précédent concordat (aAIMP).

L'ordonnance du 29 novembre 2023 sur les marchés publics (OcMP ; RS/VS 726.100) se substitue tout aussi tacitement à l'ordonnance de même intitulé du 11 juin 2003 (aOcMP).

Ces nouvelles cantonales n'ont pas dispositions transitoires, à la différence de l'AIMP dont l'art. 64 al. 1 commande de poursuivre selon l'ancien droit les procédures d'adjudication commencées alors que ledit concordat n'était pas encore applicable, solution valant a fortiori pour les instances de recours se rapportant à des adjudications lancées avant le 1^{er} janvier 2024 (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2C_296/2022 du 22 mars 2023 cons. 1.3.2 ; ACDP A1 23 181 du 26 février 2024 cons. 1.1).

2. Un offereur évincé a qualité pour recourir si ses griefs et ses conclusions ne sont pas d'emblée voués à l'échec et si leur admission pourrait raisonnablement lui laisser espérer l'attribution du marché litigieux à la suite d'une réforme en sa faveur de la décision attaquée, ou d'une nouvelle mise en soumission après annulation de cette décision, voire un constat de son illicéité (art. 80 al. 1 lit. a et 44 al. 2 LPJA ; 15 et 16 aLcAIMP; cf. p. ex. ACDP A1 23 181 précité cons. 1.3 ; v. aussi arrêt du Tribunal fédéral 2C_196/2023 du 7 février 2024 cons. 4.2 ; POLTIER, Droit des marchés publics, 2^{ème} éd. 2023, p. 393 ss et les citations).

Ces conditions se vérifient car, sans que ses moyens soient à première vue inconsistants, X _____ soutient notamment que la note de Y _____ au critère du prix est trop

élevée. La recourante prétend aussi que ses propres notes aux autres critères sont trop basses, tandis que celles de l'intimée sont trop hautes.

3. Le recours satisfait au solde des réquisits de forme (art. 16 al. 2 aLcAIMP ; art. 80 al. 1 lit. c et 48 LPJA).

4. Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que les recourants motivent selon les standards des art. 80 al. 1 lit. c et 48 al. 1 LPJA) ; il n'examine que la légalité de la décision attaquée, non son opportunité (art. 16 aAIMP ; cf. p. ex. ACDP A1 23 115 du 27 septembre 2023 cons. 3 citant RVJ 2017 p. 30 cons. 4).

5. L'autorité attaquée ne contredit pas l'assertion de la recourante quand elle affirme fournir actuellement à la commune de Val de Bagnes d'importantes prestations du genre de celles évoquées dans l'appel d'offres du 24 mars 2023. De ce chef, X _____ estime être particulièrement concernée par l'option de rachat des contrats en cours, point sur lequel cet appel d'offres manquerait de transparence parce qu'il ne renseignait pas suffisamment les soumissionnaires sur les options à présenter à l'adjudicateur quant à la résiliation de ces contrats (p. 14 ch. 4.2 du mémoire du 23 juin 2023). L'examen des offres se caractériserait aussi par une irrégularité analogue, car on ignorerait comment ont été calculés les prix de chaque offre cotée dans le tableau de notation et si ces prix tiennent ou non compte du coût des options relatives à la résiliation des contrats (p. 12 ch. 2.2 du mémoire du 23 août 2023).

Le Conseil communal répond avoir opté pour « une solution avec un prix de rachat du parc existant, à l'exception des trois plus gros contrats (valeur du contrat dépassant 15'000 fr.) » dont la résiliation aurait coûté trop cher. Ce prix de rachat a été ajouté à celui des prestations offertes par chaque soumissionnaire, procédé qui a abouti, dans le cas de Y _____, à une adjudication du marché à 437'295 fr. 39 TTC, incluant (a) la résiliation des contrats X _____ et le paiement du solde dû ; (b) le montant de location des machines, le nombre de copies, avec rachat des contrats Y _____ par l'adjudicataire ; (c) la poursuite jusqu'à l'échéance des trois contrats X _____ ayant une valeur de rachat supérieure à 15'000 fr. (p. 3 des observations du 26 juillet 2023 ch. 10 à 14 ; p. 1 du mémoire du 20 septembre 2020 ch. I ad 20).

La p. 2 de la pièce n° 15 du dossier municipal (analyse des offres – proposition) détaille le calcul de ces 437'295 fr. 39 TTC et du calcul des 434'099 fr. 93 TTC retenus comme montants des offres de Y _____ et de X _____. Elle montre que

l'option de rachat de contrats en cours influence à hauteur de 58'472 fr. le total de l'offre de la recourante et à raison de 37'031 fr. le total de l'offre de l'intimée.

6. L'art. 1 al. 3 lit. b aAIMP range parmi les buts de cet acte législatif la promotion de la transparence des procédures de passation des marchés publics. La réalisation de cet objectif nécessite la communication ou la publication des critères et de leur pondération lors de l'appel d'offres (art. 2 al. 1 lit. k aOcMP), puis une attribution du marché à l'aune de ces critères destinés à garantir que l'adjudicataire sera celui qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 31 al. 1 aOcMP).

Cet impératif de transparence astreint l'adjudicateur à respecter les règles d'attribution du marché qu'il a fixées dans l'appel d'offres ; celui-ci doit comporter toutes les informations minimales et utiles permettant aux soumissionnaires de formuler une offre satisfaisant ses attentes. Corrélativement, les critères d'adjudication indiqués dans l'appel d'offres ne peuvent être substantiellement modifiés au stade de l'adjudication (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2D_28/2022 du 18 octobre 2023 cons. 5. 3 ; ACDP A1 23 90 du 28 septembre 2023 cons. 3.1.2 citant ATF143 II 553 cons. 7.7).

7. Le Conseil communal a méconnu l'exigence d'immutabilité de ces critères quand il a intégré aux prix des offres qu'il comparait les montants des options chiffrant le coût de la résiliation de contrats en cours, procédé qu'excluait sans équivoque le ch. 2.5 du CC. Au vu de cette clause de l'appel d'offres, les soumissionnaires n'avaient, en effet, pas à s'attendre à ce que leurs prix soient notés également en fonction des avantages que l'adjudicateur pouvait tirer de leurs options de rachat de contrats existants.

Le ch. 2.5 du CC ne pouvait d'ailleurs guère se comprendre différemment, attendu que le critère du prix se rapporte, en définitive, à la prestation que l'adjudicateur devra au futur adjudicataire, tandis que les autres critères d'attribution du marché servent à évaluer les prestations offertes par les soumissionnaires à l'adjudicateur (arrêt du Tribunal fédéral 2C_459/2017 du 9 mars 2018 cons. 4.1.2). Or, en l'espèce, la résiliation ou le maintien des contrats en cours dépendait du Conseil communal, et non des candidats à l'adjudication. Ces derniers n'avaient, en conséquence, pas à présumer que leur option de rachat de ces contrats influencerait la notation du prix de leurs offres.

La remarque vaut pour le reste des critères d'adjudication, étant donné que les avantages et les inconvénients des options de rachat à décrire dans les offres étaient

sans relation économique ou logique directe avec les aspects techniques et fonctionnels des prestations offertes, avec l'organisation des soumissionnaires ou avec leurs références.

Partant, la décision attaquée viole les art. 2 al. 1 lit. k et 31 al. 1 lit. aOcMP.

8. Un déficit de transparence justifie l'annulation de la décision d'adjudication si elle a eu une influence causale sur l'issue de la procédure de première instance (POLTIER, *op. cit.*, p. 240 ; CICCIO, *Le prix en droit des marchés publics*, Zurich 2022, p. 318 ss et les citations de la note 1308).

Dans ce procès, l'entorse aux art. 2 al. 1 lit. k et 31 al. 1 aOcMP a inévitablement eu un tel impact. Il serait, à cet égard, irréaliste de penser que la recourante n'aurait pas structuré autrement son offre, si elle avait su que le coût de son option de rachat allait être additionné au prix qu'elle-même avait initialement articulé. D'où une hausse de ce montant que la teneur du ch. 2.1 du CC ne laissait aucunement présager et qui, au stade de la comparaison des offres, pouvait désavantager la sienne quant au critère du prix (pondéré 50%), sans que X _____ ait eu l'occasion de parer à cet inconvénient en rendant plus attractifs son prix ou d'autres aspects de son offre.

9. Le recours est accueilli pour ce motif qui dispense d'examiner tous les moyens soulevés de X _____ et ceux que leur oppose le Conseil communal à qui il appartiendra de lancer, le cas échéant, un nouvel appel d'offres (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).

La demande d'effet suspensif est classée.

10. L'arrêt est rendu sans frais (art. 89 al. 1 et 3 LPJA) ; la commune de Val de Bagnes paiera à la recourante 2500 fr. de dépens, débours et TVA compris ; leur montant est calculé au tarif légal (y c. TVA), compte tenu du volume de travail effectivement nécessaire pour une défense pertinente de la créancière par son avocat, et des autres critères usuels (art 91 al. 1 et 2 LPJA ; art. 4, 27, 39 LTar).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est admis.
2. La demande d'effet suspensif est classée.
3. Il n'y a pas de frais de justice.
4. La commune de Val de Bagnes paiera 2500 fr. de dépens à X _____.
5. Le présent arrêt est communiqué à Maître Jérôme Lorenzetti, avocat à Sion, pour X _____, à Y _____, à A _____, et à la commune de Val de Bagnes, au Châble.

Sion, le 6 mars 2024