

A1 22 139

## ARRÊT DU 17 NOVEMBRE 2022

### Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public

Composition : Christophe Joris, président ; Dr. Thierry Schnyder et Thomas Brunner, juges ; Elodie Cosandey, greffière,

#### en la cause

**X** \_\_\_\_\_ **AG**, de siège social à A \_\_\_\_\_, recourante

#### contre

**Y** \_\_\_\_\_, institut de droit public à B \_\_\_\_\_, autorité attaquée, représenté par Maître Philippe Loretan, avocat, à Sion, et **Z** \_\_\_\_\_ **SA**, de siège social à C \_\_\_\_\_ tiers concerné, représenté par Maître Michel Ducrot, avocat à Martigny

(Marché public ; adjudication)

recours de droit administratif contre la décision du 3 août 2022

## Faits

**A.** Par avis inséré le xxx au Bulletin officiel (B. O.) n° xxx du canton du Valais ainsi que sur le site [www.simap.ch](http://www.simap.ch), Y \_\_\_\_\_ a lancé un appel d'offres en procédure ouverte concernant un marché de travaux de construction (exécution) pour la pose de portes intérieures automatiques coulissantes (code des frais de constructions [CFC] : 2730, 278.3) dans le cadre de la réalisation du projet d'extension et de transformation de cet établissement. La publication précisait que des questions pouvaient être posées jusqu'au 4 mars 2022 (ch. 1.3) et le délai de clôture pour le dépôt des offres a été arrêté au 31 mars 2022 (ch. 1.4).

Les documents d'appel d'offres indiquaient que le marché serait adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Ils prévoyaient les trois critères d'adjudication ci-après, avec leur pondération respective, à noter sur une échelle de 0 à 5 (0 constituant la plus mauvaise note et 5 la meilleure note) jusqu'au centième pour le prix. Pour les critères de qualité, la note était donnée au point (5 : très intéressant, 4 : bon et avantageux, 3 : suffisant, 2 : partiellement suffisant ; 1 : insuffisant ; 0 : pas d'information ; cahier des charges [CC], p. 25) :

<b>1. Prix de l'offre déposée</b>	<b>60 %</b>
Montant de l'offre financière	45 %
Crédibilité du prix	15 %
<b>2. Organisation du soumissionnaire</b>	<b>20 %</b>
<b>3. Références liées à l'objet</b>	<b>20 %</b>

S'agissant du dernier critère, soit les références liées à l'objet (annexe 4.3 ; CC, p. 28), le soumissionnaire devait fournir deux références qui, si possible, avaient un rapport avec le type de marché à exécuter en terme de complexité, d'importance et d'affectation (secteur hospitalier). En outre, elles devaient démontrer l'aptitude, les compétences et l'expérience nécessaire du candidat pour accomplir le marché. De plus, elles devaient être achevées depuis moins de 10 ans, ou être en cours d'exécution, mais proches de l'achèvement, et refléter le même type d'organisation proposé pour le marché.

**B.** Le 5 avril 2022, quatre offres ont été ouvertes pour ce marché. Parmi celles-ci, figuraient celle de Z \_\_\_\_\_ SA, qui était la moins chère (1 558 151 fr.), ainsi que celle de X \_\_\_\_\_ AG (1 712 614 fr. 15).

Après contrôle et évaluation de ces offres, sur la base de la grille multicritère annoncée dans les documents d'appel d'offres, Z \_\_\_\_\_ SA a obtenu, avec une moyenne de

4.18, la première place du classement. Quant à X \_\_\_\_\_ AG, elle est arrivée à la seconde place avec une note moyenne de 4.04.

Le premier critère relatif au prix de l'offre déposée (60 %) se déclinait en deux sous-critères (montant de l'offre financière [1<sub>a</sub> ; 45 %] et crédibilité du prix [1<sub>b</sub> ; 15 %]). Pour le premier sous-critère, Z \_\_\_\_\_ SA a obtenu une note de 5.00 pour son montant, après contrôle, de 1 559 992 fr.65, tandis que X \_\_\_\_\_ AG a reçu une note de 4.01 pour une offre s'élevant, après vérification, à 1 678 368 fr. 80, ce qui représentait respectivement, une fois pondérée, 225 points (5.00 x 45) pour Z \_\_\_\_\_ SA et 180.67 points (4.01 x 45) pour X \_\_\_\_\_ AG. Pour le second sous-critère, Z \_\_\_\_\_ SA a obtenu la note de 3.51, pondérée à 52.69 points (3.51 x 15), alors que X \_\_\_\_\_ AG s'est vue gratifiée de la note de 4.25, valant, une fois pondérée, 63.80 points (4.25 x 15).

Pour le deuxième critère relatif à l'organisation du soumissionnaire (critère n° 2 : 20 %), l'offre de Z \_\_\_\_\_ SA a été notée à 4.00, tout comme celle de X \_\_\_\_\_ AG. Chacune des deux entreprises a ainsi obtenu, après pondération, 80 points (4.00 x 20).

Pour le dernier critère concernant les références liées à l'objet (critère n° 3 ; 20 %) Z \_\_\_\_\_ SA a récolté la note de 3.00, alors que X \_\_\_\_\_ AG a obtenu la note de 4.00, ce qui correspondait, après pondération, à 60 points (3.00 x 20) et 80 points (4.00 x 20).

En synthèse, les notes se détaillaient comme suit :

Critères	%	Note attribuée à Z _____ SA	Note attribuée à X _____ AG	Note pondérée Z _____ SA	Note pondérée X _____ AG
Prix	60 %				
Montant de l'offre	45 %	5.00	4.01	225.00	180.67
Crédibilité	15 %	3.51	4.25	52.69	63.80
Organisation	20 %	4.00	4.00	80.00	80.00
Références	20 %	3.00	4.00	60.00	80.00
<b>Total pondéré</b>	<b>100 %</b>			<b>417.69</b>	<b>404.47</b>
<b>Note moyenne</b>				<b>4.18</b>	<b>4.04</b>

C. Par décision du 3 août 2022, Y \_\_\_\_\_ a adjugé le marché à Z \_\_\_\_\_ SA. Cette décision fut communiquée le même jour aux soumissionnaires non retenus.

D. Le 12 août 2022, X \_\_\_\_\_ AG a recouru céans sous la forme d'une simple lettre et a demandé à pouvoir consulter le dossier contenant l'évaluation des critères afin de décider de la suite éventuelle à donner à la procédure.

Le 17 août 2022, la Cour de céans a indiqué à X \_\_\_\_\_ AG que son écriture ne satisfaisait pas les exigences de forme. Un délai au 5 septembre 2022 lui a été accordé pour rectifier le recours.

Le 31 août 2022, X \_\_\_\_\_ AG a complété son écriture de recours et conclu à ce que la note de 5.00 lui soit attribuée pour le critère lié aux références (critère n° 3), et que l'évaluation de ce dernier soit adaptée. A l'appui de ses conclusions, elle a expliqué que l'appel d'offres exigeait deux références correspondant le mieux possible aux produits mis au concours, ce qui était le cas des deux références produites dans l'offre qu'elle avait soumise. En effet, ces dernières couvraient entièrement le domaine d'application ainsi que les exemples de produits mentionnés dans l'appel d'offres, en sus d'avoir été exécutées dans le cadre de travaux présentant une proximité géographique avec le projet concerné.

Le 6 septembre 2022, la Cour de céans a octroyé l'effet suspensif au recours à titre préprovisionnel.

Le 17 octobre 2022, Z \_\_\_\_\_ SA a conclu au retrait de l'effet suspensif et, sur le fond, principalement, à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, à son rejet, le tout sous suite de frais et dépens. Après avoir soutenu que la seconde écriture de recours ne remplissait pas non plus les exigences de forme en matière de recours de droit administratif, elle a estimé que l'offre de X \_\_\_\_\_ AG avait été traitée à sa juste valeur, la note de 4.00 ne traduisant pas un désintérêt de l'adjudicateur, mais au contraire un critère évalué comme « bon et avantageux ».

Le 28 octobre 2022, Y \_\_\_\_\_ a transmis le dossier de la cause et proposé de retirer l'effet suspensif, de déclarer le recours irrecevable et, subsidiairement, de le rejeter, le tout sous suite de frais et dépens. L'adjudicatrice a d'abord constaté que le recours ne contenait aucun exposé concis des faits ni preuves, qu'il n'indiquait aucune disposition légale violée et que la conclusion prise ne satisfaisait pas non plus aux exigences légales. Sur le fond, X \_\_\_\_\_ AG se contentait de réévaluer elle-même le critère « Références liées à l'objet » sans pour autant démontrer que son offre méritait une meilleure note. En réalité, son offre ne présentait pas « beaucoup plus d'avantages particuliers », mais seulement « quelques avantages particuliers » par rapport aux autres candidats, de sorte que la note de 4.00 était correcte.

## Considérant en droit

**1.1** L'adjudication est une décision au sens de l'article 5 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RS/VS 172.6) . Elle peut être contestée césans dans un délai de dix jours dès sa notification (art. 15 et 16 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] ; art. 15 AIMP). En l'occurrence, la lettre du 12 août 2022 intitulée « Recours » contestant la décision d'adjudication du 3 août 2022, reçue au plus tôt le lendemain, est intervenue dans le délai légal (art. 16 al. 2 LcAIMP ; art. 15 al. 4, 80 let. b et 46 LPJA ; art. 78 al. 1 du Code suisse des obligations du 30 mars 1911 [CO ; RS 220]).

**1.2** Dans les affaires de marchés publics, l'intérêt digne de protection du recourant dépend en principe de ses chances d'obtenir l'adjudication, en cas d'admission des griefs qu'il formule. Un soumissionnaire dispose d'un tel intérêt en particulier s'il est en bonne place au classement des offres selon la grille d'évaluation (ATF 141 II 14 consid. 4.6 à 4.8 ; RVJ 2017 p. 30 consid. 2).

En l'espèce, la recourante est placée en deuxième position dans l'évaluation des offres déposées avec un score inférieur de 0.14 points par rapport à celui de l'adjudicataire (4.18 contre 4.04), de sorte que l'on ne peut pas exclure qu'elle accéderait au premier rang si ses griefs devaient être admis. Partant, la qualité pour recourir doit lui être reconnue (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. a LPJA, en relation avec les art. 15 et 16 LcAIMP).

**1.3** Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que le recourant a motivés dans les formes prescrites par la loi (art. 80 al. 1 let. c et 48 al. 1 LPJA) et ne statue que sur la légalité de la décision attaquée, non sur son opportunité (art. 16 AIMP et 16 LcAIMP ; RVJ 2017 p. 30 consid. 4). A cela s'ajoute qu'en matière de marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, en particulier dans la phase de l'évaluation et de la comparaison des offres, si bien que l'appréciation du Tribunal ne saurait se substituer d'emblée à celle du pouvoir adjudicateur, seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation devant être sanctionné (cf. ATF 143 II 120 consid. 7.2 et 141 II 353 consid. 3 ; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne, 2020, n. 420, p. 268). En revanche, l'autorité judiciaire n'a pas à faire preuve de la même retenue lors du contrôle des règles de procédure en matière de marchés publics (ATF 141 II 353 consid. 3 et les réf. cit.).

**1.4** Afin de satisfaire aux exigences de motivation d'un recours de droit administratif (cf. art. 80 al. 1 let. c et 48 al. 2 LPJA), le recourant doit clairement exposer ses motifs, c'est-à-dire les raisons pour lesquelles il estime que la décision attaquée viole le droit (arrêts du Tribunal fédéral 1C\_425/2022 du 22 septembre 2022 consid. 2.1 et 1C\_15/2020 du 30 janvier 2020 consid. 2), et ne pas rédiger son écriture de manière appellatoire (RVJ 2022 p. 36 consid. 1.1).

A cet égard, la recourante a complété sa première écriture qui ne respectait pas les réquisits légaux le 31 août 2022. La recevabilité de son recours demeure ce nonobstant douteuse sous l'angle de sa motivation. Toutefois, bien que très succinct, le mémoire du 31 août 2022 indique ce qu'elle demande et les raisons qu'elle avance pour critiquer la légalité du prononcé du 3 août 2022. Dans ces conditions, il paraîtrait excessivement formaliste de reprocher à la recourante, qui se défend seule, de n'avoir pas cité de base légale ni conclu formellement à l'annulation de la décision attaquée et à l'attribution du marché. Quoi qu'il en soit, supposé recevable, le recours devrait être rejeté pour les motifs qui vont suivre.

**2.** Le dossier suffit à l'éclaircissement des faits ; l'administration d'autres preuves est superflue (art. 80 al. 1 lit. d, 56 et 17 ss LPJA). Il n'est dès lors pas nécessaire de donner suite à la proposition de « rencontre » formulée par la recourante ni à la requête d'interrogatoire des parties déposée par le pouvoir adjudicateur. En effet, il convient de rappeler à cet égard que, nonobstant les garanties procédurales de l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 147 IV 534 consid. 2.5.1). A cela s'ajoute que la procédure administrative est en principe écrite et que le recourant n'a pas de droit inconditionnel à faire valoir son point de vue par oral (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_40/2022 du 15 juillet 2022 consid. 3.2 ; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2<sup>e</sup> éd. 2018, n. 1537 et 1539, p. 522). En l'occurrence, la recourante a pu s'exprimer par écrit dans ses écritures des 12 et 31 août 2022. Il en va de même des autres parties à la procédure, l'adjudicataire s'étant déterminée le 17 octobre 2022 et le pouvoir adjudicateur le 28 octobre suivant. Par conséquent, les moyens de preuve requis n'apparaissent pas décisifs et ne sont pas de nature à influencer sur la présente décision, la situation étant suffisamment établie par les actes de la cause.

3. Dans un unique grief, la recourante critique la note de 4.00 qui lui a été attribuée pour le critère d'adjudication « Références liées à l'objet ». A la suivre, elle aurait dû obtenir le maximum de points pour ce critère, prenant ainsi la première place du tableau d'évaluation des offres.

**3.1.1** L'attribution des marchés publics suppose la réalisation de conditions qui peuvent se classer dans différentes catégories. L'on distingue les critères d'aptitude ou de qualification (« *Eignungskriterien* »), qui servent à s'assurer que le soumissionnaire dispose des capacités suffisantes afin de réaliser le marché (art. 13 al. 1 let. d AIMP ; art. 12 al. 1 Omp), des critères d'adjudication ou d'attribution (« *Wettbewerbs-* » ou « *Zuschlagskriterien* ») qui se rapportent en principe directement à la prestation requise et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée (ATF 141 II 353 consid. 7.1 et 140 I 285 consid. 5). Les entreprises soumissionnaires qui ne remplissent pas un des critères d'aptitude posés voient leur offre exclue, sans compensation possible (ATF 145 II 249 consid. 3.3 ; 141 II 353 consid. 7.1 ; 139 II 489 consid. 2.2.4), alors que la non-réalisation d'un critère d'adjudication n'est pas éliminatoire, mais peut être compensée par une pondération avec d'autres critères d'adjudication (ATF 141 II et 140 I précités).

**3.1.2** En droit des marchés publics, le principe de transparence est consacré par les articles 5 al. 2 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI ; RS 943.02) et 1<sup>er</sup> al. 3 let. c AIMP. Il exige notamment que les critères d'aptitude et d'adjudication soient énoncés dans l'appel d'offres (ATF 143 II 553 consid. 7.7 ; 141 II précité consid. 6.4 ; 125 II 86 consid. 7). Plus généralement, le principe de la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) exige notamment que le pouvoir adjudicateur décrive précisément ce qu'il attend des soumissionnaires, qu'il leur communique l'ordre et la pondération des critères avant le dépôt des offres, qu'il se conforme aux conditions préalablement annoncées et qu'il ne s'écarte pas des règles du jeu qu'il a lui-même fixées. Il est important que les participants connaissent à l'avance toutes les informations minimales et utiles pour leur permettre de présenter une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur (ATF 143 II précité). Ainsi, lorsqu'en sus des critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer, ainsi que leur pondération respective, aux soumissionnaires par avance. En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres des soumissionnaires, la présentation des critères (ATF 143 II précité).

**3.2** En l'espèce, les documents d'appel d'offres remis aux candidats pour préparer les soumissions mentionnaient non seulement les critères et sous-critères d'adjudication du marché, mais également le barème des notes qui serait appliqué (cf. annexe 4, CC, p. 25). Pour ce qui était des critères de qualité, à savoir les critères n° 2 (organisation du soumissionnaire pour la réalisation du marché) et n° 3 (références liées à l'objet), le barème était décrit de la manière suivante :

Note	Notation	Description
0	Pas d'informations	Candidat qui n'a pas fourni l'information ou le document non éliminatoire demandé par rapport à un critère fixé.
1	Insuffisant	Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond pas aux attentes.
2	Partiellement suffisant	Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond que partiellement aux attentes.
3	Suffisant	Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé et dont le contenu répond aux attentes minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats.
4	Bon et avantageux	Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes et qui présente quelques avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité et la surqualification.
5	Très intéressant	Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes avec beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité et la surqualification.

S'agissant des références liées à l'objet, les documents d'appel d'offres exposaient clairement ce qui était attendu du candidat (cf. annexe 4.3 ; CC, p. 28). Ainsi, le soumissionnaire devait fournir deux références qui, si possible, avaient un rapport avec le type de marché à exécuter en terme de complexité, d'importance et d'affectation (secteur hospitalier). En outre, elles devaient démontrer l'aptitude, les compétences et l'expérience nécessaire du candidat pour accomplir le marché. De plus, elles devaient être achevées depuis moins de 10 ans, ou être en cours d'exécution, mais proches de l'achèvement, et refléter le même type d'organisation proposé pour le marché.

Dans son écriture du 31 août 2022, la recourante soutient en substance que les deux références fournies par ses soins correspondent en tout point à ce qui était attendu des soumissionnaires, en sus de concerner des projets situés à proximité du marché public litigieux. Ces éléments ne sont pas remis en question par le pouvoir adjudicateur, qui estime cependant que la recourante ne méritait pas la note maximale pour autant.

En effet, conformément au barème de notation reproduit ci-avant, un candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé et dont le contenu répond aux attentes obtient uniquement la note de 3. Les notes supérieures de 4 et 5 ne sont attribuées que lorsque ce dernier présente en plus quelques avantages particuliers par rapport aux autres candidats, respectivement beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats. Il s'ensuit qu'en octroyant la note de 4 au recourant, l'adjudicateur a déjà tenu compte du fait que les références fournies remplissaient non seulement le critère n° 3 à satisfaction, mais traduisaient également quelques avantages.

De surcroît, le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge d'appréciation dans ce domaine (cf. *supra*, consid. 1.3). Les griefs exprimés par la recourante à cet égard se résument à des affirmations, se contentant d'opposer son opinion sans démontrer l'illégalité de la notation. En particulier, elle n'indique pas en quoi l'appréciation opérée par l'adjudicateur serait illégale, de sorte que le grief doit être rejeté.

**4.1** Entièrement mal fondé, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).

**4.2** Vu l'issue du litige, les frais de la cause sont mis à la charge de X \_\_\_\_\_ AG (art. 89 al. 1 LPJA), qui n'a pas droit à des dépens (art. 91 al. 1 LPJA *a contrario*).

**4.3** Sur le vu des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations et compte tenu des critères d'appréciation et des limites des art. 13 al. 1 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 fixé à 1500 fr., débours compris (art. 11 LTar).

**4.4** Les dépens dus par X \_\_\_\_\_ AG à Z \_\_\_\_\_ SA sont fixés, en l'absence de décompte, à 1500 fr. (débours [les copies étant calculées à 0,50 cts l'unité ; cf. ATF 118 Ib 349 consid. 5] et TVA compris ; cf. art. 4 al. 3, 27 al. 1, 37 al. 2 et 39 de la loi fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives du 11 février 2009 [LTar ; RS/VS 173.8] ; art. 91 al. 1 LPJA), sur le vu de l'activité déployée par le mandataire de cette société, qui a consisté essentiellement en la prise de connaissance du dossier et en la rédaction d'une réponse de 9 pages.

Y \_\_\_\_\_ n'a, en revanche, pas le droit à des dépens. Aucun motif particulier ne justifie en effet de déroger à l'art. 91 al. 3 LPJA en vertu duquel aucune indemnité pour les frais de procédure n'est, en règle générale, allouée aux autorités et organismes

chargés de tâches de droit public qui obtiennent gain de cause (ACDP A1 21 286 du 6 septembre 2022 consid. 5 et A1 20 25 du 6 juillet 2020 consid. 7.4 ; RVJ 1992 p. 75).

**Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce**

1. Le recours est rejeté, dans la mesure de sa recevabilité.
2. Les frais, par 1500 fr., sont mis à la charge de X \_\_\_\_\_ AG.
3. X \_\_\_\_\_ AG versera à Z \_\_\_\_\_ SA, 1500 fr. pour ses dépens.
4. Il n'est pas alloué de dépens à Y \_\_\_\_\_.
5. Le présent arrêt est communiqué à X \_\_\_\_\_ AG, à A \_\_\_\_\_, à Maître Michel Ducrot, avocat à Martigny pour Z \_\_\_\_\_ SA, et à Maître Philippe Loretan, avocat à Sion, pour Y \_\_\_\_\_.

Sion, le 17 novembre 2022