

A1 21 64

ARRÊT DU 13 OCTOBRE 2021

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

Composition : Christophe Joris, président ; Thomas Brunner, juge ; Frédéric Fellay, juge suppléant,

en la cause

W _____ **SA**, recourante, représentée par Maître Baptiste Hurni

contre

X _____, par la Ville de **A** _____, autorité attaquée, ainsi que le consortium formé par **Y** _____ **SA**, et **Z** _____ **AG**, tiers concernés

(adjudication)

recours de droit administratif contre la décision du 25 mars 2021

Faits

A. Le xxx 2020, X _____ par la Ville de A _____, a publié au Bulletin officiel (B.O.) n° xxx (p. xxx) ainsi que sur le site internet simap.ch un appel d'offres en procédure ouverte portant sur des travaux d'étanchéité, d'assainissement et de protection du béton dans le cadre de la réhabilitation de X _____. Les critères d'adjudication étaient le prix (60 %) et la qualification du soumissionnaire par rapport au marché (40 %). Le délai de remise des offres était fixé au 20 novembre 2020. W _____ a déposé une offre dans le délai.

B. Par décision du 18 mars 2021 communiquée sous pli simple le 25 mars 2021, X _____ a adjugé les travaux d'étanchéité en faveur du consortium formé des entreprises Y _____ SA et Z _____ AG, arrivées en tête de l'évaluation des offres avec une note de 100 pour un prix de x'xxx'xxx fr. (TTC). W _____ était arrivée en troisième et avant-dernière position du classement, avec une note de 61.12 et une offre chiffrée à x'xxx'xxx fr.. La décision précisait qu'un appel d'offres concernant les travaux de génie civil avait été lancé en parallèle, que cette soumission prévoyait une variante « sans étanchéité » et que celle-ci avait été retenue par le comité directeur en séance du 18 mars 2021. Il en résultait que la pose d'une résine de protection se révélait inutile sur la quasi-totalité des surfaces. Seule l'application d'une résine dans les bassins de nitrification (avec les supports) était encore à l'étude. Dans ce cas, les quantités estimées allaient être modifiées substantiellement et allaient faire l'objet d'une adaptation auprès de l'entreprise arrivée en tête. Sur cet arrière-plan, X _____ a indiqué que les travaux étaient attribués en faveur du consortium Y _____ SA et Z _____ AG, « pour un montant estimé à environ FR. xxx'xxx.- (HT) ».

C. Par mémoire du 9 avril 2021, W _____ a conclu céans à l'annulation de cette décision reçue le 30 mars 2021 et à l'adjudication du marché en sa faveur, subsidiairement au renvoi de la cause à X _____ pour nouvelle procédure d'adjudication, le tout suite de frais et dépens. A l'appui de ses conclusions, la recourante invoque une violation des principes de transparence et de non-discrimination et argue d'arbitraire en reprochant au pouvoir adjudicateur d'avoir modifié de façon essentielle les travaux à exécuter. Seule une partie de ceux-ci, de l'ordre de 20 %, avait été maintenue, alors que les offres avaient été évaluées sur la base de prix portant sur le 100 % du travail. L'on ignorait également si, pour le second critère d'adjudication, les qualifications des soumissionnaires avaient été prises en compte pour le reliquat du marché ou pour l'ensemble de celui-ci. La recourante a en outre exposé que

l'adjudicataire, qui avait été présent sur le chantier lors de la 1^{ère} étape, n'était pas sans savoir que l'ampleur des travaux de la 2^{ème} étape allait être largement réduite. Cela lui aurait permis d'adapter son offre en conséquence, contrairement aux autres soumissionnaires.

Par ordonnance du 26 avril 2021, le juge délégué a octroyé l'effet suspensif au recours jusqu'à droit connu sur la requête correspondante formée par la recourante.

Dans sa réponse du 12 mai 2021, X _____ a indiqué « accepter le recours ». Elle a expliqué que, « vu la différence de prix manifeste entre l'offre la moins-disante et les offres concurrentielles, elle n'avait pas jugé bon (peut-être à tort juridiquement) d'établir un nouvel appel d'offres étant donné que la valeur du marché estimée était inférieure à la valeur seuil du gros œuvre procédure de gré à gré ». X _____ a précisé qu'elle allait procéder comme suit : « a) Annulation de l'adjudication de gré à gré au Consortium Y _____ SA et Z _____ AG [...] ; b) Etablissement d'un nouvel appel d'offres 'étanchéité' ; c) Lancement de l'appel d'offres 'étanchéité' selon la procédure sur invitation aux entreprises ayant répondu à l'appel d'offres initial, à savoir : [...] ». X _____ a notamment déposé le rapport d'évaluation des offres, comprenant une proposition d'adjudication, établi par le bureau B _____ SA.

Dans sa réponse du 12 mai 2021, le consortium adjudicataire a en substance indiqué qu'il acceptait et était en mesure de réaliser le marché tel qu'adjudgé. Il s'est référé à cet égard au chiffre 1.11 du cahier de soumission, selon lequel le maître d'ouvrage se réserve le droit « de mettre en chantier tout ou une partie des travaux prévus dans la présente offre, sans que l'entreprise ou le consortium puisse revendiquer des majorations pour modifications de quantités (dérogation à l'art. 86, norme SIA 118) ». Le consortium adjudicataire a par ailleurs réfuté les griefs de la recourante tiré d'un avantage indu dans l'établissement de son offre.

Dans ses remarques complémentaires du 28 mai 2021, la recourante a fait valoir que la réponse de X _____ équivalait à un acquiescement au recours.

Le 29 septembre 2021, le juge délégué a ménagé à la recourante, qui l'avait requis dans sa dernière écriture, la possibilité de déposer un décompte au sens de l'article 5 alinéa 2 de la loi du 11 février 2009 sur le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives (LTar ; RS/VS 173.8). Cette note a été déposée le 4 octobre 2021 et fait état d'honoraires s'élevant à 3214 fr. 75 (TVA comprise).

Considérant en droit

1. La recourante est arrivée en troisième position du classement des offres. Elle développe cependant des griefs susceptibles de conduire à l'annulation et à la répétition de la procédure d'adjudication et a pris une conclusion (subsidaire) dans ce sens. Dans la mesure où elle pourrait, dans ce cas de figure, conformément aux intentions exprimées par le pouvoir adjudicateur dans sa réponse, soumettre une nouvelle offre et se procurer une nouvelle chance d'obtenir le marché, elle dispose de la qualité pour recourir (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. a de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA ; RS/VS 172.6] ; cf. ATF 141 II 307 consid. 6.6). Le recours a été régulièrement formé au surplus, de sorte qu'il convient d'entrer en matière (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 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics [AIMP ; RS/VS 726.1-1] ; art. 80 al. 1 let. c et 48 LPJA).

2. Dans sa réponse, le pouvoir adjudicateur a indiqué qu'il acceptait le recours en précisant qu'il allait annuler la décision d'adjudication, établir et lancer un nouvel appel d'offres. Il convient préalablement de déterminer ce que cela implique pour l'examen de la cause par le Tribunal.

2.1 Le recours a effet dévolutif complet (art. 80 al. 1 let. e et 60 LPJA ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_697/2019 du 21 août 2020 consid. 1.3). Dès le dépôt du recours de droit administratif, la saisine passe ainsi au Tribunal. L'article 57 LPJA, applicable par renvoi de l'article 80 alinéa 1 lettre d LPJA, déroge à ce principe en prévoyant que l'autorité intimée peut procéder à un nouvel examen de la décision attaquée (al. 1). Elle doit dans ce cas communiquer sans délai sa nouvelle décision à l'autorité de recours et aux parties (al. 2). L'autorité de recours continue à traiter le recours dans la mesure où la nouvelle décision de l'autorité inférieure ne l'a pas rendu sans objet (al. 3).

2.2 En l'espèce, le Tribunal n'a pas été informé du fait qu'une nouvelle décision, susceptible de rendre sans objet la présente procédure, aurait été prise par le pouvoir adjudicateur. Les parties ne font pas non plus état d'une telle décision. En l'absence de nouvelle décision de X _____, sa déclaration d'« acceptation du recours » doit être interprétée comme une demande adressée au Tribunal tendant à ce que le recours de W _____ SA soit admis. Dans ces conditions, seule une décision de fond peut être

rendue, solution qui se justifie également attendu que la réponse du consortium adjudicataire n'emporte manifestement pas acquiescement au recours.

3. La recourante reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir violé les principes de transparence, de non-discrimination et d'avoir versé dans l'arbitraire en ayant en substance attribué un marché ne correspondant aucunement à celui mis en soumission, ceci sans permettre aux soumissionnaires d'adapter leurs offres.

3.1 La législation sur les marchés publics a pour effet notamment de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b AIMP). Le principe de non-discrimination, qui traduit cette préoccupation (cf. ég. art. 11 let. a AIMP), implique d'offrir à tous les candidats un accès identique au marché. Les concurrents admis à participer à un marché donné doivent ensuite être traités de manière non discriminatoire, ce qui implique, concrètement, que le pouvoir adjudicateur adopte les mêmes critères pour l'ensemble des concurrents. De même, sous peine de violer le principe de non-discrimination ainsi que celui de la bonne foi, l'adjudicateur doit se conformer, dans la suite de la procédure, aux conditions du marché qu'il a préalablement annoncées et ne saurait dès lors s'écarter des « règles du jeu » qu'il s'est fixées (Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, n° 259 p. 161).

Le principe de la stabilité de l'offre implique que l'objet du marché ne peut en principe plus être modifié, à tout le moins sur des points essentiels (ACDP A1 18 152 du 20 décembre 2018 consid. 2.4 ; Etienne Poltier, *op. cit.*, n° 340 p. 214). La modification est substantielle lorsqu'elle est susceptible d'entraîner des répercussions sur le choix du cocontractant (Christoph Jäger, *Änderungen im Vergabeverfahren in* : Jean-Baptiste Zufferey et al. [édit.], *Marchés publics 2018*, Zurich/Bâle/Genève, n° 26 p. 369). Il y a par ailleurs lieu d'admettre une modification substantielle lorsque le marché porte sur un « *aliud* » par rapport à l'objet initial (*ibidem*, n° 27 p. 369). En pareils cas, la procédure doit faire l'objet d'une interruption, puis d'un renouvellement, le nouvel appel d'offres portant alors sur le projet modifié (cf. art. 35 let. c de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics [Omp ; RS/VS 726.100] ; Etienne Poltier, *op. cit.*, n° 340 p. 214 et n° 362 p. 229 ; Peter Galli et al., *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd. 2013, n° 804 p. 356). Si la modification d'un projet est de moindre ampleur, la correction peut en principe intervenir dans le cadre de la procédure en cours (Etienne Poltier, *op. cit.*, n° 362 p. 229). Le pouvoir adjudicateur doit cependant en informer chaque soumissionnaire afin d'assurer le respect du principe de la transparence (Peter Galli et al., *op. cit.*, n° 804 p. 356). Les participants doivent dans ce cas obtenir la possibilité

d'adapter leur offre en fonction des nouvelles exigences (Etienne Poltier, *op. cit.*, n° 349 p. 218.)

3.2 En l'espèce, il appert du dossier que l'objet du marché a été effectivement modifié, et ceci de manière substantielle, consécutivement au choix de la variante « sans résine » envisagée dans le cadre du marché de génie civil (mais non dans le marché en question). Le rapport du bureau B _____ SA indique en effet, expressément, que les travaux prévus dans le cadre de l'appel d'offres « Assainissement et protection du béton », ici litigieux, « ne sont plus nécessaires » (chiffre 5.1 p. 12). Reprenant les explications figurant dans ledit rapport, la décision attaquée indique ainsi que « la pose d'une résine de protection devient inutile sur la quasi-totalité des surfaces » et que « seule l'application d'une résine dans les bassins de nitrification (avec les supports) est encore à l'étude ». Elle précise encore que les quantités estimées seront modifiées substantiellement. Dans ces conditions, il était nécessaire d'interrompre le marché et de renouveler celui-ci en supprimant les prestations abandonnées. La décision adjugeant « les travaux d'étanchéité pour un montant estimé à Fr. xxx'xxx (HT) » viole les principes évoqués au considérant précédent et doit donc être annulée. Cette issue s'impose d'ailleurs indépendamment de la qualification qu'il y a lieu de donner à la modification en cause, les soumissionnaires n'ayant aucunement eu la possibilité d'adapter leurs offres. Au surplus et à toutes fins utiles, l'on observera, au regard de la référence faite par le consortium adjudicataire au chiffre 1.11 du cahier de soumission, que ce droit réservé du maître d'ouvrage porte sur la mise en chantier partielle « des travaux prévus dans la présente offre ». Il n'habilite cependant pas le pouvoir adjudicateur à rendre une décision d'adjudication portant sur un marché modifié par rapport à celui mis en soumission, sur la base duquel les offres ont été évaluées, à peine de violer, comme c'est le cas ici, les règles fondamentales régissant la passation des marchés.

4.1 Les considérants qui précèdent conduisent à l'annulation de la procédure d'adjudication et de la décision du 18 mars 2021 l'ayant ponctuée (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). L'affaire est renvoyée à X _____ pour renouvellement de la procédure d'adjudication. Cette issue du litige s'impose au vu dossier, autrement dit sans qu'il ne soit nécessaire d'administrer les différentes offres de preuve proposées par la recourante (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA).

4.2 La demande d'effet suspensif est classée, le présent arrêt la privant d'objet.

4.3 L'arrêt est rendu sans frais (art. 89 al. 4 LPJA). La recourante a principalement conclu à l'obtention du marché en sa faveur, ce qu'elle ne saurait obtenir attendu que la

modification de l'objet du marché aurait justement dû conduire le pouvoir adjudicateur à interrompre la procédure et à la renouveler. Elle n'obtient donc que partiellement gain de cause et a en conséquence droit à des dépens réduits (art. 91 al. 1 LPJA). Cette indemnité réduite est fixée à 2500 fr. (TVA comprise ; art. 4, 27 et 39 LTar). En sus de l'indemnisation des débours de cette partie (pour les frais de copies [50 cts par page : ATF 118 Ib 349 consid. 5] et de port [selon le tarif postal; cf. à ce sujet, RVJ 2002 p. 315]), ce montant tient compte de l'activité déployée par le mandataire de la recourante, activité ayant principalement consisté en la prise de connaissance du dossier et en la rédaction d'un recours de 16 pages et d'une détermination complémentaire d'une page. A cet égard et sous réserve de la réduction liée à l'admission seulement partielle du recours, le Tribunal ne voit pas de motifs objectifs justifiant de s'écarter du décompte déposé par Maître Hurni.

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est admis.
2. La décision d'adjudication du 25 mars 2021 est annulée et l'affaire est renvoyée à X _____ pour renouvellement de la procédure d'adjudication.
3. Il n'est pas perçu de frais.
4. X _____, par la Ville de A _____, versera 2500 fr. de dépens à W _____.
5. Le présent arrêt est communiqué à Maître Baptiste Hurni, pour la recourante, au consortium Y _____ SA et Z _____ AG, par Y _____ SA, et à X _____, par la Ville de A _____.

Sion, le 13 octobre 2021