

Adjudications Öffentliches Beschaffungsrecht

ATC (Cour de droit public) du 15 mai 2022 – A1 22 189

Recours contestant les critères d'aptitude définis dans un appel d'offres

- Critères d'aptitude : notion et exigences à respecter pour les fixer (art. 11 al. 1 let. b AIMP ; consid. 5.2).
- L'exigence requérant des sousmissionnaires qu'ils présentent des travaux de références est considérée, dans la pratique, comme un critère objectif pour évaluer la qualité de leurs prestations (art. 31 al. 1 OcMP ; consid. 5.3).
- Le critère imposant une inscription au REG A ou B n'est pas discriminatoire (consid. 5.4), à l'instar de celui exigeant une visite du lieu de réalisation du marché (consid. 5.5).

Beschwerde gegen die in einer Ausschreibung festgelegten Eignungskriterien

- Eignungskriterien: Begriff und Anforderungen an ihre Festlegung (Art. 11 Abs. 1 lit. b IVöB; E. 5.2).
- Die Anforderung, dass Subunternehmer Referenzarbeiten vorlegen müssen, wird in der Praxis als objektives Kriterium für die Bewertung der Qualität ihrer Leistungen angesehen (Art. 31 Abs. 1 kVöB; E. 5.3).
- Das Kriterium, das eine Eintragung im REG A oder B vorschreibt, ist nicht diskriminierend (E. 5.4), wie jenes, das einen Besuch am Ort der Auftragsausführung verlangt (E. 5.5).

Faits (résumé)

A. En novembre 2022, le Conseil communal de A. a lancé une procédure en vue de l'adjudication d'un mandat de groupement pluridisciplinaire d'architecture et d'ingénieur génie civil lié à la réalisation d'un centre sportif.

B. X. SA a formé un recours de droit administratif contre cet appel d'offres.

Dans le cadre de l'instruction de ce recours, X. SA a déposé une réplique complétant ses griefs initiaux. Elle se plaignait notamment du fait que les exigences concernant les références ainsi que celle

imposant l'inscription au Registre suisse des professionnels de l'ingénierie, de l'architecture et de l'environnement (ci-après : REG) étaient contraires aux principes d'égalité de traitement et d'interdiction de la discrimination. Il en allait de même de la participation obligatoire à une visite du lieu de réalisation du marché.

NB : dans les considérants qui suivent, les références légales sont celles qui étaient en vigueur jusqu'au 31.12.2023

Considérants (extraits)

5.

5.1 Dans sa réplique du 23 février 2023, la recourante a émis de nouveaux griefs à l'égard des critères des références requises, de la nécessité d'inscription au REG et de la participation obligatoire à une visite du lieu de réalisation du marché. Elle soutient en substance que ces critères sont discriminatoires et dépourvus de toute justification objective. Le pouvoir adjudicateur estime que ces griefs sont irrecevables, car soulevés après l'échéance du délai de recours. Toutefois, ces griefs ont été émis en réponse directe aux critiques exposées par le pouvoir adjudicateur dans son écriture du 10 février 2023, de sorte qu'il convient de les examiner (cf. aussi art. 80 al. 1 let. d, 56 et 23 al. 2 LPJA).

5.2 Selon la jurisprudence, les critères d'aptitude ou de qualification (*Eignungskriterien*) sont des exigences qui subordonnent l'accès à la procédure. Ils servent à s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché. Les entreprises soumissionnaires qui ne les remplissent pas voient leur offre exclue d'emblée, à condition que le motif d'exclusion revête une certaine gravité (ATF 145 II 249 consid. 3.3, 143 I 177 consid. 2.3.1, 141 II 353 consid. 7.1 et 140 I 285 consid. 5.1). Bien qu'ils concernent la personne même du soumissionnaire, ces critères d'aptitude doivent, en principe, être directement et concrètement en rapport avec la prestation à accomplir, en ce sens qu'ils doivent porter sur des qualifications nécessaires pour fournir cette prestation (ATF 129 I 313 consid. 8.1). Le pouvoir adjudicateur doit, en conséquence, choisir des critères conformes au principe de non-discrimination, ce qui exige de sa part que les critères soient adaptés au contenu du marché. En

d'autres termes, il faut, pour que l'utilisation d'un critère soit admissible, que les aspects examinés au titre de ce critère permettent de mettre en évidence un avantage significatif ou encore clairement identifiable dans le cadre de l'exécution du marché (ATF 129 I 313, consid. 8.3). Lorsqu'il définit les critères d'aptitude figurant dans l'appel d'offres, tout comme lorsqu'il en fait application après le dépôt des offres, l'adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation ou d'évaluation que l'instance de recours doit respecter sous peine de statuer en opportunité, ce que le droit des marchés publics interdit (cf. *supra* consid. 1.4 ; v. aussi ATF 141 II 14 consid. 7.1 et les réf. cit.).

En outre, lorsque des critères d'aptitude objectifs sont appliqués, il n'y a pas d'atteinte au principe de la concurrence efficace (art. 11 al. 1 let. b AIMP) du seul fait que l'adjudication met en lice un petit nombre de candidates ou de candidats appropriés ; cela vaut même si, en définitive, il ne reste à l'issue de l'examen des critères d'aptitude qu'un seul soumissionnaire (arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2018.00450 du 15 novembre 2018 consid. 5.3, cité *in* ZUFFEREY *ET AL.* [éd.], Marchés publics 2020, n° 114, p. 113 s.).

5.3

5.3.1 Concernant le critère de la référence requise en lien avec la réalisation d'un projet de piscine de taille similaire, la recourante reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir fixé des exigences, en termes de spécifications techniques et de taille de l'objet, sans justification et visant simplement à défavoriser, de manière indirecte, les offreurs. Cela ne laisserait aucune possibilité aux soumissionnaires de démontrer leurs aptitudes, leurs compétences et l'expérience nécessaire pour piloter et coordonner le marché à exécuter par d'autres objets en terme de complexité et d'importance.

5.3.2 L'expérience pertinente des soumissionnaires ou la présentation par ceux-ci de travaux de référence est considérée, dans la pratique, comme un critère objectif pour évaluer la qualité de leurs prestations. Ces critères sont d'ailleurs mentionnés à titre d'exemples à l'art. 31 al. 1 OcMP.

Par définition, de tels critères favorisent les entreprises établies. Toutefois, dans la mesure où les exigences y relatives sont justifiées par les besoins du marché à adjuger, leur utilisation est admissible et appropriée, même si elle implique, pour les entreprises nouvellement créées, qu'elles doivent acquérir l'expérience nécessaire et la confiance

de la clientèle – exactement comme dans les relations commerciales privées – en exécutant d'abord des marchés plus petits ou plus simples (cf. arrêt VB.2018.00450 précité consid. 5.4.2, cité *in* ZUFFEREY *ET AL.* [éd.], *op. cit.*, n° 114, p. 113 s. ; GALLI *ET AL.*, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd. 2013, n° 596, p. 259).

5.3.3 De l'avis de la Cour, il n'y a pas lieu de censurer les modalités arrêtées par l'adjudicateur pour le critère des références. La réalisation d'une piscine de grandes dimensions avec des attractions et d'un spa-wellness présente des singularités qui justifient objectivement la demande de références semblables. Les exigences posées en l'espèce n'apparaissent pas si élevées qu'elles auraient pour conséquence d'évincer la plupart des soumissionnaires potentiels, ce que la recourante n'allègue au demeurant pas. L'adjudicateur dispose en outre d'un large pouvoir d'appréciation pour définir la manière dont les soumissionnaires peuvent démontrer une capacité suffisante pour prendre en charge le mandat de groupement pluridisciplinaire architecte et ingénieur génie civil. Par ailleurs, la référence n'a pas à être particulièrement récente, puisqu'il suffit qu'elle ait trait à une construction achevée depuis moins de 10 ans, comme cela se fait usuellement. La Cour rappelle, au surplus, que ce critère est un critère d'adjudication valant 25 % de la note globale et que les offreurs dont les références ne remplissaient pas complètement les réquisits ne seraient sanctionnés par une exclusion que lorsqu'ils n'atteignaient pas une note minimale de 3. Cette approche permet de s'assurer un niveau d'expérience minimum suffisant pour réaliser le marché, sans y accorder un poids disproportionné dans l'évaluation des offres. Dans ces conditions, rien ne permet de considérer que la définition de ce critère est si restrictive qu'elle revient, dans la pratique, à vider de son sens l'adjudication du marché selon les modalités de la procédure ouverte ou à cloisonner le marché de manière à favoriser un soumissionnaire en particulier. Partant, le grief est rejeté.

5.4

5.4.1 Relativement à la nécessité d'une inscription au REG A ou B, la recourante soutient que cette exigence est discriminatoire et que le pouvoir adjudicateur aurait dû lui ajouter la mention « ou au moins équivalente » pour laisser la possibilité au soumissionnaire de démontrer ses compétences d'une autre manière.

5.4.2 Le REG a pour objectif de tenir un répertoire des professionnels des domaines de l'ingénierie, de l'architecture et de l'environnement. A cette fin, il tient à jour un tableau des personnes exerçant l'une de ces professions reconnues, conformément aux exigences du REG ; le tableau est accessible au public. Le REG est reconnu par la Confédération comme institution encourageant la formation professionnelle. Il ne reconnaît pas à proprement parler des qualifications professionnelles étrangères mais met à disposition du public des procédures d'examen permettant d'être inscrit au registre A (niveau diplôme Master), B (niveau diplôme Bachelor professionnalisant) et C (niveau diplôme ES et EPS). L'inscription requiert une expérience professionnelle de trois ans au moins pour le REG A et le REG B, deux ans au moins pour le REG C et elle est acceptée de manière très large en Suisse comme preuve des qualifications professionnelles. Le REG certifie qu'au moment de son inscription, le requérant a apporté la preuve que ses qualifications correspondent au diplôme qu'il détient (Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation SEFRI, Exercice de la profession d'architecte en Suisse, mai 2023, p. 8).

Si certains cantons ont érigé l'inscription au REG ou à un registre cantonal au stade d'obligation pour pouvoir signer des permis de construire ou des plans, dans le canton du Valais, il est nécessaire de disposer d'une formation pour pouvoir signer les plans inhérents aux demandes de permis de construire mais il n'existe aucune procédure d'inscription dans un ordre professionnel ou un registre, ni d'autorisation de pratiquer. Le contrôle des qualifications se fait alors dans chaque cas d'espèce (*ibid.* p. 2-3).

5.4.3 En l'occurrence, il ressort des documents d'appel d'offres qu'en ce qui concerne l'exigence d'un diplôme d'architecte ou d'ingénieur civil EPF/HES/ETS, le pouvoir adjudicateur a précisément prévu la possibilité de présenter un diplôme étranger jugé équivalent. Quant à l'inscription au REG, elle n'est, certes, pas obligatoire sur le territoire valaisan mais constitue tout de même un moyen largement reconnu d'attester le niveau de formation nécessaire. La recourante ne soutient par ailleurs pas qu'elle ne pourrait pas s'inscrire au REG malgré des compétences suffisantes pour mener le marché litigieux. Dans ces conditions, l'on ne peut pas reprocher au pouvoir adjudicateur d'avoir imposé cette exigence afin de s'assurer d'un niveau de formation et de compétences suffisant des soumissionnaires. Partant, le grief est rejeté.

5.5 Quant à la visite obligatoire du lieu de réalisation du marché, que la recourante critique, il convient de rappeler que l'autorité de recours s'impose une certaine retenue lorsqu'il s'agit de tenir compte de circonstances locales ou de trancher de pures questions d'appréciation (ATF 121 I 279 consid. 3d ; ACDP A1 12 145 du 12 octobre 2012 consid. 2.a). Or, en l'occurrence, le pouvoir adjudicateur a jugé que cette visite était absolument nécessaire et la recourante n'a pas indiqué ne pas pouvoir se rendre sur place ni véritablement chercher à établir qu'un tel déplacement n'avait aucune justification au regard du marché à adjuger. Au contraire, compte tenu de l'incendie ayant eu lieu sur le chantier en 2017 et des implications de cet événement sur la préparation de travaux de construction du bâtiment, soit sur le marché mis en soumission, une visite semble tout à fait indiquée. Dans ces conditions, ce grief ne peut qu'être rejeté.

5.6 Dès lors, compte tenu de la marge d'appréciation qui doit être reconnue à l'autorité intimée pour configurer le marché, les critères d'aptitude posés en lien avec les références, la nécessité d'une inscription au REG, tout comme la participation obligatoire à une visite du lieu de réalisation du marché, n'apparaissent pas critiquables.

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