

Adjudications Öffentliches Beschaffungsrecht

ATC (Cour de droit public) du 27 mai 2025 – A1 25 21

Prise en compte des ressources et connaissances du prédécesseur légal du soumissionnaire ou du groupe de sociétés auquel il appartient

- Ne peut être désigné comme soumissionnaire que celui qui promet directement et personnellement une prestation au pouvoir adjudicateur. Toutefois, s'il appartient à un groupe de sociétés, il peut s'appuyer sur les capacités professionnelles, économiques et financières d'une société du groupe, pour autant qu'il apporte la preuve qu'il dispose effectivement des moyens en question (consid. 4.1.2).
- Possibilité de tenir compte, à titre de référence, des objets qui ont été exécutés par un prédécesseur légal du soumissionnaire ou par une division commerciale appartenant auparavant à une autre société (consid. 4.1.3).

Berücksichtigung der Ressourcen und Kenntnisse des Rechtsvorgängers des Anbieters oder der Unternehmensgruppe, welcher er angehört

- Als Anbieter darf nur derjenige benannt werden, der dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar und persönlich eine Leistung verspricht. Gehört er jedoch zu einer Unternehmensgruppe, kann er sich auf die beruflichen, wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten eines Unternehmens der Gruppe stützen, sofern er den Nachweis erbringt, dass er tatsächlich über die fraglichen Mittel verfügt (E. 4.1.2).
- Möglichkeit, Objekte als Referenz zu berücksichtigen, die von einem Rechtsvorgänger des Anbieters oder von einer Geschäftsabteilung ausgeführt wurden, die früher einem anderen Unternehmen gehörte (E. 4.1.3).

Faits (résumé)

A. En 2023, la Fondation A. a lancé un appel d'offres en procédure ouverte concernant un marché de travaux de construction (exécution) pour la construction de l'EMS A., divisé en plusieurs marchés, dont celui relatif aux travaux de plâtrerie (CFC 271), d'enduits (CFC 283) et de peinture (CFC 285).

B. Par décision du 27 janvier 2025, la Fondation A. a adjugé le marché à Y.

C. Le 4 février 2025, X. a recouru céans contre cette décision.

Considérants (extraits)

1.

1.1 Suite à la révision de l'accord de l'OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP), l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) a été révisé et adopté le 15 novembre 2019 par l'autorité intercantonale pour les marchés publics. En vigueur depuis le 1^{er} janvier 2024, la loi du 15 mars 2023 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'AIMP (LcAIMP) abroge implicitement la loi homonyme du 8 mai 2003 (aLcAIMP) concernant le précédent concordat (aAIMP). L'ordonnance du 29 novembre 2023 sur les marchés publics (OcMP) se substitue tout aussi tacitement, à partir du 1^{er} janvier 2024, à celle de même intitulé du 11 juin 2003 (aOcMP).

Ces nouvelles cantonales ne contenant pas de dispositions transitoires, elles ne dérogent pas à l'art. 64 al. 1 AIMP qui commande de poursuivre selon l'ancien droit les procédures d'adjudication lancées alors que l'aAIMP était encore applicable. Il convient donc aussi de juger selon le droit antérieur les recours contre les décisions issues de telles procédures, même si ces décisions ont, comme en l'espèce, été rendues sous l'empire de l'AIMP, soit pour le canton du Valais, après le 1^{er} janvier 2024, mais à la suite d'un appel d'offres publié en 2023 (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2C_296/2022 du 22 mars 2023 consid. 1.3.2 ; ACDP A1 24 150 du 26 novembre 2024 consid. 1.1, A1 24 56 du 5 juillet 2024 consid. 1 et A1 23 169 du 9 avril 2024 consid. 1).

(...)

4. Au fond, la recourante critique la notation du critère n° 5 en lien avec les références. Elle estime que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas faire abstraction des projets qu'elle avait présentés pour référence et qu'elle aurait dû obtenir une note supérieure à celle de 1 qui lui a été attribuée. [...]

4.1

4.1.1 La législation sur les marchés publics a pour but notamment de garantir l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b et 11 al. 1 let. a aAIMP). Cela implique corrélativement d'offrir à tous les candidats un accès identique au marché. Il s'ensuit concrètement que le pouvoir adjudicateur doit adopter les mêmes critères (d'aptitude et d'adjudication) et les mêmes

pondérations pour l'ensemble des concurrents. L'échelle d'évaluation des offres, pour l'application de ces critères, doit en outre être la même pour l'ensemble des candidats. Enfin, l'entité adjudicatrice doit appliquer cette échelle à tous de la même manière (cf. POLTIER, Droit des marchés publics, 2^e éd., 2023, n^{os} 490 à 492, p. 240 ss ; ACDP A1 24 150 précité consid. 4.1).

Le principe de transparence des procédures de passation des marchés, consacré par l'art. 2 al. 1 let. b AIMP, suppose que le pouvoir adjudicateur donne toute information utile aux fournisseurs potentiels, afin que ceux-ci puissent présenter leurs offres en connaissance de cause (ACDP A1 24 150 précité consid. 4.1 et la réf. citée). 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) et, plus généralement, 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, à moins de violer le principe de non-discrimination ainsi que celui de la bonne foi (art. 9 Cst.), 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 553 consid. 7.7 ; POLTIER, *op. cit.*, n° 482 p. 236 s.).

4.1.2 En droit des marchés publics, ne peut être désigné comme soumissionnaire (ou fournisseur de prestations) que celui qui promet directement et personnellement une prestation au pouvoir adjudicateur, que ce soit en tant que soumissionnaire individuel ou dans le cadre d'une communauté de soumissionnaires (BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, n° 1374, p. 723). Les groupes de sociétés ne bénéficient pas d'un statut particulier à cet égard (*idem*, n° 1379, p. 725). Dès lors, si un soumissionnaire veut s'appuyer sur la situation factuelle ou juridique d'une société du groupe, il doit, en principe, intégrer concrètement dans son offre la société du groupe en question en tant que partenaire du consortium, sous-traitant ou fournisseur (décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-1600/2014 du 2 juin 2014 consid. 4.4.3).

Celui qui exécute plus ou moins directement ce que le soumissionnaire doit à l'adjudicateur est un sous-traitant. En revanche, celui qui transmet au soumissionnaire et réalise pour ce dernier ce dont celui-ci a besoin pour pouvoir s'exécuter lui-même est un fournisseur. Le sous-traitant participe à l'exécution vis-à-vis du pouvoir adjudicateur, alors que le fournisseur permet et soutient cette exécution (BEYELER, *op. cit.*, n° 1367, p. 720). A cet égard, un soumissionnaire peut s'appuyer sur les capacités professionnelles, économiques et financières d'une société du groupe, en particulier de la société mère, pour autant qu'il apporte la preuve (par exemple par des engagements correspondants) qu'il dispose effectivement des moyens en question de cette société du groupe (GALLI / MOSER / LANG / STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd., 2013, n° 648, p. 281).

4.1.3 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 aOcMP (ACDP A1 23 90 du 28 septembre 2023 consid. 3.1.3).

Par définition, de tels critères favorisent les entreprises établies. 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. ACDP A1 23 90 précité consid. 3.1.3 et les réf. cit.).

Toutefois, la jurisprudence permet également au pouvoir adjudicateur de tenir compte des objets qui ont été exécutés par un prédécesseur légal du soumissionnaire ou par une division commerciale appartenant auparavant à une autre société. Une situation comparable peut aussi exister si un grand nombre d'employés – y compris ceux qui occupent des postes de direction – ont quitté leur ancien employeur pour fonder une nouvelle entreprise (arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2018.00450 du 15 novembre 2018 consid. 6.3.1 et 6.3.2, cité *in* ZUFFEREY / BEYELER / SCHERLER [éd.], *Marchés publics* 2020, n° 114, p. 113 s). De même, une entreprise peut présenter comme sienne la référence d'une autre entreprise lorsqu'à la suite d'une vente, le projet lui a été transféré et qu'elle a terminé les travaux en tant que

cocontractante (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7208/2014 du 13 mars 2016, cité *in* ZUFFEREY / BEYELER / SCHERLER [éd.], *Marchés publics* 2018, n° 84, p. 123). Ainsi, en ce qui concerne l'influence éventuelle de restructurations telles que des rachats ou des scissions, on peut généralement supposer que les références de la société dans son ensemble ou de l'unité commerciale concernée sont transférées au successeur légal en question (arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2016.00513 du 23 mars 2017, cité *in* ZUFFEREY / BEYELER / SCHERLER [éd.], *Marchés publics* 2020, n° 115, p. 114).

Un cas aussi particulier, dans lequel il serait possible de créditer une référence externe, exige que le soumissionnaire fournisse des preuves pour démontrer l'existence d'une situation spéciale justifiant la prise en compte d'une telle référence, de manière à la rendre apparente pour l'autorité contractante d'après les documents présentés avec l'offre (arrêt de la Cour d'appel du canton de Bâle-Ville VD.2016.128 du 30 mai 2017, cité *in* ZUFFEREY / BEYELER / SCHERLER [éd.], *Marchés publics* 2020, n° 120, p. 116). En effet, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de poser des questions ou de compléter d'office les documents ou informations incomplets ou insuffisants fournis par les soumissionnaires (*ibid.*).

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur peut déterminer le degré de similarité des projets de référence à l'objet du marché par rapport à leur type et leur étendue. Ainsi, des montants de contrats trop bas ou trop élevés peuvent conduire à nier la comparabilité des références proposées avec le marché en soumission (SCHNEIDER HEUSI, *Referenzen, Labels, Zertifikate* *in* ZUFFEREY / BEYELER / SCHERLER [éd.], *Marchés publics* 2016, n° 35, p. 406). L'adjudicateur doit motiver son évaluation des références. Une simple attribution de points ou de notes individuelles, sans évaluation du contenu, n'est pas suffisante. L'adjudicateur doit au contraire être en mesure de documenter et d'exposer en détail les arguments relatifs à l'attribution (*ibidem*, n° 36, p. 408).

4.2

4.2.1 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. CC, ch. 3.224, p. 15-16). Mis

à part en ce qui concernait le critère n° 2 (prix), tous les critères devaient être évalués selon le barème suivant :

Note	Notation	Description
0		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 du critère n° 5, le pouvoir adjudicateur soutient n'avoir pas pris en considération les références fournies par la recourante car elles concernaient toutes des travaux ayant commencé avant même la constitution de la société. Or, il ressort clairement des documents soumis avec l'offre que la recourante est, certes, une entité juridique indépendante, mais qu'elle évolue cependant, sur le plan opérationnel et économique, au sein d'un groupe de sociétés toutes détenues par le Groupe B.

Il n'est pas contesté que la recourante a soumissionné en son nom, puisque c'est sa raison sociale qui apparaît sur l'offre signée. Elle ne le nie pas non plus. D'ailleurs, selon les documents remis avec son offre, c'est bien elle qui compte assurer le marché litigieux, puisque toutes les personnes clés désignées pour l'exécution du marché (cf. annexe R9 de l'offre, dossier TC, p. 181 à 186) font parties de sa propre organisation interne. En revanche, elle a été transparente sur son statut et son évolution au sein du groupe. A cet égard, elle a notamment fourni un historique complet en annexe à son offre (cf. clé USB remise par le pouvoir adjudicateur, pièce 4c, p. 7). L'on y apprend qu'à la suite de la création d'une toute première société en 1966 et de son évolution, le Groupe B. (holding) a été fondé en 2014 avec les entreprises Ba., Bb., Bc., Bd., Be., Bf. et Bg., qu'un bureau de représentation a été ouvert à C. en 2018, qu'il est ensuite devenu une succursale de Ba. en 2020 avant de devenir autonome avec la fondation de l'entreprise X. en 2022. Cela correspond également aux informations accessibles au registre du commerce, la succursale de C. ayant été inscrite le 5 mars 2020 puis radiée le 15 novembre 2022, alors que X. a été inscrite le 11 novembre 2022 avec un siège initialement à C., avant qu'il ne soit déplacé à D. le 29 février 2024. E. en est président du conseil d'administration avec signature individuelle, tout comme il l'est de Ba., du Groupe B. et de toutes les autres firmes du groupe. En outre, conformément à la déclaration de groupe annexée à l'offre (cf. *idem*, p. 13 ss), signée par E. et son directeur financier, les entreprises du groupe entretiennent des liens étroits, tant au niveau économique et financier, avec notamment une assurance en responsabilité civile couvrant l'ensemble des membres du groupe, qu'au niveau du personnel, les employés pouvant être amenés à exécuter des travaux pour plusieurs entreprises du groupe. Dès lors, la recourante a fourni avec son offre suffisamment d'éléments pour démontrer qu'elle n'a pas commencé ses activités seulement au moment de sa création en 2022,

mais qu'elle a œuvré comme division commerciale d'une autre entreprise depuis 2018 au moins et qu'elle a acquis, dans ce cadre déjà, une expérience dont elle peut légitimement se prévaloir.

A cela s'ajoute que les travaux qu'elle a indiqués en référence ont été exécutés par les mêmes personnes qu'elle a prévu de déployer pour le marché litigieux, ce qui ressort clairement des annexes R6, R9 et Q9 prises conjointement. Ainsi, F., désigné comme responsable de X. pour le marché litigieux, a été chef de projet pour l'Ecoquartier G. produit en référence. Quant à H., désigné comme chef de projet de X. pour le marché litigieux, il a été chef de projet pour la rénovation du Collège J. ainsi que pour l'extension de l'EMS K. produites en référence.

Sur le vu de ces éléments, et malgré la grande liberté d'appréciation du pouvoir adjudicateur dans l'évaluation des offres, l'on ne saurait suivre le raisonnement de la Fondation – et de l'adjudicataire – selon lequel les références de la recourante ne devraient pas être prises en considération. Certes, comme le souligne le pouvoir adjudicateur, la prise en compte d'objets de référence exécutés par un prédécesseur légal du soumissionnaire ou par une division commerciale appartenant auparavant à une autre société n'a pas été érigée en obligation par la jurisprudence. Toutefois, en faire totalement abstraction dans le cas présent est excessif, dans la mesure où les références litigieuses font état de travaux exécutés par les mêmes personnes que la recourante a prévu de déployer pour le marché litigieux. Par conséquent, les références présentées par la recourante ont concrètement toutes leur pertinence pour prouver qu'elle avait déjà œuvré dans le cadre de projets similaires à celui de l'appel d'offres et attester de son expérience et de ses compétences pour mener le marché litigieux. Elles auraient donc dû être prises en compte et évaluées correctement par le pouvoir adjudicateur, ce dont il s'est abstenu en abusant de son pouvoir d'appréciation.