

Adjudications Öffentliches Beschaffungsrecht

ATC (Cour de droit public) du 3 août 2022 – A1 22 69

Qualité pour recourir d'une association professionnelle

- Règles relatives à la langue dans laquelle doit être instruite et jugée une instance de recours de droit administratif (art. 81 LPJA, art. 129 CPC, art. 11 al. 3 LACPC ; consid. 1).
- Qualité pour recourir d'une association professionnelle en faveur de ses membres ; réquisits jurisprudentiels d'un recours corporatif égoïste (consid. 2).
- En l'espèce, au vu des conclusions prises par la recourante, la condition que l'éventuelle admission de son recours profite à la majorité de ses membres, ou du moins à un grand nombre d'entre eux, n'est pas remplie (consid. 4 et 5).

Beschwerdelegitimation eines Berufsverbandes

- Regeln betreffend die Sprache, in der eine verwaltungsrechtliche Beschwerdeinstanz verhandelt und entscheidet (Art. 81 VVRG; Art. 129 ZPO; Art. 11 Abs. 3 EGZPO; E. 1).
- Beschwerdebefugnis eines Berufsverbandes zugunsten seiner Mitglieder; Anforderungen der Rechtsprechung an eine egoistische Verbandsbeschwerde (E. 2).
- Im vorliegenden Fall ist angesichts der von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge die Bedingung, dass eine mögliche Gutheissung ihrer Beschwerde der Mehrheit ihrer Mitglieder oder zumindest einer grossen Anzahl von ihnen zugutekommt, nicht erfüllt (E. 4 und 5).

Faits (résumé)

A. Le Conseil communal de A. a lancé, le 17 janvier 2022, une procédure en vue de l'adjudication de travaux pour la réalisation d'ouvrages de protection contre les chutes de pierres.

A cette occasion, il invita six sociétés anonymes et X., triage forestier régional, à déposer des offres. X. a le statut d'association de communes à but déterminé (cf. art. 116 ss de la loi du 5 février 2004 sur les communes [LCo ; RS/VS 175.1] et regroupe une série de communes municipales et bourgeoisiales, en particulier celle de A., en vue d'activités incluant la gestion de forêts, leur protection et la prévention des dangers naturels (cf. art. 5 et 8 des statuts).

Six offres ont été ouvertes le 15 février 2022. Celle de X. avançait le prix le plus bas, à 398 000 francs.

Une copie du procès-verbal de l'ouverture des offres a été remise au directeur l'Association Valaisanne des Entrepreneurs du Bâtiment et du Génie civil (ci-après : AVE). Le 16 février 2022, celui-ci a indiqué à B., auteur du projet et consultant du Conseil communal, un courriel exigeant l'exclusion de l'offre de X., au motif que ce soumissionnaire ne satisfaisait pas aux conditions salariales et sociales applicables aux travaux adjugés. B. a répondu, le même jour, en relevant que cette question serait examinée ultérieurement.

Le 5 avril 2022, le directeur de l'AVE a réitéré sa demande.

B. Le même jour, le Conseil communal a adjugé le marché à X., arrivé en tête d'un tableau de notation. Cette décision a été communiquée, le 8 avril 2022, aux soumissionnaires, puis trois jours plus tard par courriel à l'AVE.

C. Le 20 avril 2022, l'AVE a formé un recours de droit administratif contre cette décision, en demandant d'exclure l'adjudicataire de la procédure de passation et de renvoyer l'affaire au Conseil communal en vue de l'adjudication du marché à l'un des cinq concurrents restants.

Considérants (extraits)

1. L'art. 2 al. 1 let. a de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 176.100 ; cf. art. 2 al. 1 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]) habilite l'adjudicateur à choisir la langue de la procédure qu'il mène pour l'attribution d'un marché. L'autorité attaquée a opté à cet égard pour l'allemand (cf. p. 2 du cahier des charges).

Ce choix n'est plus décisif au stade du recours, où la cause est régie, sauf exceptions irrelevantes ici (cf. art. 15 et 16 LcAIMP), par la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RS/VS 172.6) dont l'art. 81 prévoit l'application subsidiaire du code procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272), de sorte que les questions que n'évoquent ni cette loi, ni le solde de la législation cantonale sur la procédure administrative, sont à résoudre

au vu dudit code (cf. p. ex. ACDP A1 19 230 du 24 avril 2020 consid. 15.2).

L'une de ces questions est celle de la langue dans laquelle doit être instruite et jugée une instance de recours de droit administratif.

L'art. 129 CPC laisse aux cantons qui, à l'instar du Valais (art. 12 de la Constitution du canton du Valais du 8 mars 1907 [Cst. cant. ; RS/VS 101.1]), ont plusieurs langues officielles, le soin de légiférer sur le choix entre elles quant à la conduite et au jugement d'un procès. Datée du 11 février 2009, la loi d'application du CPC (LACPC ; RS/VS 270.19) énonce, à son art. 11 al. 3, que le Tribunal cantonal adresse ses communications, décisions ou jugements en allemand ou en français, en principe dans la langue utilisée par l'autorité de première instance ou celle ressortant de l'écriture introductive d'instance.

Partant, l'arrêt sera rendu en français, langue du mémoire du 20 avril 2022 de l'AVE dans cette affaire où le Conseil communal s'est exprimé en allemand.

2. Dans le contentieux des adjudications, la qualité pour recourir reste définie par les art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 LPJA qui la reconnaissent à quiconque est atteint par la décision (attaquée) et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (let. a), de même qu'à toute autre personne, organisation ou autorité que la loi autorise à recourir (let. b).

La lettre a vaut, d'après la jurisprudence dérivée des règles de droit fédéral dont elle s'inspire, pour tout concurrent dont l'adjudicateur n'a pas agréé l'offre ou qui se plaint d'avoir été empêché de déposer une offre, si l'on peut raisonnablement pronostiquer que l'admission de son recours lui donnerait une chance sérieuse de se voir attribuer le marché litigieux (cf. p. ex. ACDP A1 21 257 du 18 mars 2022 consid. 1.2 citant l'ATF 141 II 14 consid. 4.6 à 4.8).

Les ACDP A1 06 140/141 du 20 octobre 2006 (consid. 1.3.1 ss) et A1 07 44/46 du 22 juin 2007 (consid. 4.2) ont reconnu à l'AVE cette qualité pour recourir lorsque, sans avoir elle-même la position d'un soumissionnaire, elle conteste l'attribution d'un marché à un tiers, pour autant que son recours satisfasse aux réquisits jurisprudentiels d'un recours corporatif égoïste (*egoistische Verbandsbeschwerde*)

(cf. ég. ACDP A1 15 218/222/224 du 17 juin 2016 consid. 1.1.3 et A1 14 4 du 14 août 2014 consid. 4.5).

Ces réquisits, également déduits des normes de droit fédéral susvisées, sont cumulatifs. Ils exigent que l'organisation qui entend interjeter un tel recours soit constituée en personne morale, qu'elle recoure en faisant valoir les intérêts de la majorité ou d'un grand nombre de ses membres, que la défense des intérêts de ceux-ci soit l'une des tâches statutaires de cette organisation et enfin que chacun des membres concernés de l'organisation ait lui-même qualité pour interjeter recours (cf. p. ex. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3595/2021 du 3 janvier 2022 consid. 6.3.3 ; ACDP A1 14 81 du 14 août 2014 consid. 4.4 ; Benoît Bovay, Procédure administrative, 2^e éd. 2015, p. 513 ss).

3. L'AVE fonde sa qualité pour recourir sur l'art. 2 al. 3 de ses statuts, selon lequel elle peut entreprendre toutes les démarches utiles pour défendre les intérêts de ses membres, notamment auprès des tribunaux compétents (cf. p. 2 de son mémoire).

Ce texte établit que la recourante remplit l'une des exigences synthétisées au considérant 2, en ce sens qu'elle est une personne morale dotée de statuts (cf. art. 60 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC ; RS 210]) qui l'astreignent à procéder (au besoin) dans l'intérêt de ses membres.

4. L'examen du réquisit subordonnant la qualité pour interjeter un recours corporatif égoïste à la nécessité que son éventuelle admission profite sinon à la majorité des membres de l'organisation en cause, du moins à un grand nombre d'entre eux, ne peut ici faire l'impasse sur l'art. 79 al. 1 LPJA interdisant au Tribunal d'aller au-delà des conclusions du recourant.

Or, l'AVE conclut explicitement à un renvoi de l'affaire au Conseil communal pour qu'il adjuge le marché litigieux « selon les critères arrêtés dans l'appel d'offres », une fois X. exclue de la procédure. La recourante ne s'en prend en revanche pas au choix de la procédure sur invitation, en prétendant, par exemple, qu'un appel d'offres public s'imposait (art. 8 ss LcAIMP).

Si ces conclusions devaient être accueillies, l'arrêt devrait donc commander au Conseil communal de rendre une nouvelle décision en

optant pour l'une des cinq offres restant en lice, après élimination de celle de X.

5. A supposer que ces cinq offres proviennent de membres de l'AVE, qui en compte « quelque 250 » (cf. son site internet), seul un cinquantième de ce total approximatif tirerait parti d'une pareille admission du recours ou aurait été en droit de recourir à titre individuel contre la décision municipale du 5 avril 2022.

Cette proportion est trop faible pour que l'AVE ait qualité pour recourir contre cette décision à l'aune de deux des standards-clés de la recevabilité du recours corporatif égoïste (consid. 2).

6. Le recours est déclaré irrecevable ; la demande d'effet suspensif est classée (art. 80 al. 1 let. e et 60 LPJA).