

A1 11 256

ARRÊT DU 15 MARS 2012

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

Composition : MM. les juges Jean-Pierre Zufferey, président, Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner,

statuant sur

le recours de droit administratif formé le 17 novembre 2011 par **X**_____,
représentée par l'Etude A_____

contre

la décision, communiquée le 8 novembre 2011, de **Y**_____, dans l'affaire
opposant la recourante à **Z**_____

(adjudication d'un marché de construction pour une halle métallique).

Considérant en fait et en droit

A. Le 17 novembre 2011, X_____ a formé un recours de droit administratif. Elle y alléguait que le gérant de Y_____ lui avait remis, au mois de janvier 2011, deux plans en la priant de faire une offre pour une halle industrielle à construire à B_____ (fabrication et pose de la structure et de l'enveloppe). Le 2 février 2011, X_____ avait envoyé à Y_____ une offre d'un montant de 454'000 fr. Le 25 février 2011, Y_____ avait accusé réception de cette offre, en la rattachant à une procédure sur invitation pour la réalisation d'un ouvrage subventionné, raison pour laquelle X_____ devait compléter un fichier PDF, à retourner pour le 7 mars 2011 au plus tard ; il lui était loisible de refaire une offre si celle du 2 février 2011 devait être modifiée en fonction du délai de validité mentionné dans ce fichier. Si X_____ laissait son offre inchangée, le fichier PDF serait joint à son dossier. Intitulé « Projet – C_____ à B_____ », ce fichier parlait d'une procédure sur invitation pour un marché de construction métallique à exécuter durant l'été 2011. Les rubriques « étendue du marché », « exigences économiques et techniques » et « document de l'invitation » étaient complétées par la mention « selon entrevue ». Les offres devaient être expédiées par la poste, reçues au plus tard le 7 mars 2011, ouvertes le lendemain.

La recourante relatait ensuite que l'Office des améliorations structurelles du Service cantonal de l'agriculture l'avait avisée, le 8 novembre 2011, que le Conseil d'Etat avait, sur proposition du 14 septembre 2011 de Y_____, approuvé le 26 octobre 2011 l'adjudication de ce marché à Z_____, pour un montant de 316'000 fr. Cet Office communiquait également à X_____ un tableau comparatif anonymisé regroupant trois offres dont les montants nets, TVA comprise, étaient de 316'000 fr., 454'000 fr. et 451'285 fr. Les lignes correspondant à deux autres offres étaient dépourvues de chiffres. Il en ressortait que l'une de ces deux offres n'avait pas été « remplie selon (les exigences applicables aux) marchés publics ». Pour la dernière offre, le tableau comparatif portait « pas d'offre sans étude d'ingénieur ».

X_____ trouvait l'adjudication de ce marché illégale, notamment parce qu'elle ne se fondait que sur les prix des offres, sans qu'un cahier de soumission, identique pour tous les offreurs, ait été remis à ces derniers, et parce qu'on ne savait pas si l'offre la plus basse était bien celle qui était économiquement la plus avantageuse. La recourante contestait, d'autre part, le choix de la procédure : à l'écouter, les travaux à exécuter appartenaient à la catégorie du second œuvre, où la procédure sur invitation n'était admissible que jusqu'à 250'000 fr. Si un marché dépassait cette valeur seuil, il nécessitait un appel d'offres en procédure ouverte ou en procédure sélective.

Le recours du 17 novembre 2011 tendait à l'annulation de la décision du 26 octobre 2011 du Conseil d'Etat, le cas échéant, à l'adjudication du marché à X_____ qui demandait à pouvoir compléter son argumentation, après avoir eu accès au dossier à communiquer par Y_____.

La recourante sollicitait un effet suspensif qui lui fut accordé, à titre prévisionnel, le 18 novembre 2011.

Le 9 décembre 2011, Y_____ a nié la recevabilité des conclusions de X_____, qui aurait dû recourir plus tôt pour faire valoir ses griefs d'irrégularité de l'appel d'offres et de la procédure sur invitation. Alternativement, la recourante devait être déboutée au vu, en particulier, d'un tableau de notation où son offre arrivait au 3ème rang avec 284.55 points, et celle de Z_____ au premier rang, parce qu'elle recueillait le nombre maximal (500) des points procurés par les trois critères utilisés dans ce tableau où le prix était coté à 70 % (350 points), la présentation et le contenu de l'offre à 20 % (100 points) et la qualité des matériaux à 10% (50 points). Au ch. 2.2 de ce mémoire (p. 2), Y_____ soulignait que le marché concernait un ouvrage de « construction métallique, couverture, bardage, serrurerie ». La construction métallique était un ouvrage de gros œuvre, dont le coût était ici de 130'160 fr. Les CFC « couverture, bardage » (126'700 fr.) et « serrurerie » (63'700 fr.) se classaient dans le second œuvre. Leur coût total (190'450 fr.) était inférieur au seuil de 250'000 fr., applicable pour l'adjudication, en procédure sur invitation, d'ouvrages de ce genre ; pour le gros œuvre, cette procédure était de rigueur si la valeur était de 300'000 à 500'000 fr. ; si cette valeur était inférieure à 300'000 fr., l'adjudication pouvait se faire de gré à gré.

Le 4 janvier 2012, X_____ est, pour l'essentiel, restée sur sa position, tout en étendant ses conclusions à un renvoi de l'affaire à Y_____ pour renouvellement de la procédure sur invitation. A la page 1 de cette réplique, la recourante a abandonné ses objections quant au choix de cette procédure, en admettant le bien-fondé des explications figurant au ch. 2.2 de la réponse du 9 décembre 2011 de Y_____.

Le 20 janvier 2012, Y_____ a maintenu son point de vue, en ajoutant qu'une nouvelle en vigueur depuis le 1er janvier 2012 avait augmenté les valeurs seuils déterminantes, ce qui lui permettait, désormais, d'adjudger de gré à gré à Z_____ le marché contesté.

Cette nouvelle est la loi du 12 septembre 2011 concernant la répartition financière et de la répartition des tâches entre la Confédération, le canton et les communes (LcRPT ; cf. Bulletin officiel – B. O. n° 38 du 23 novembre 2011 p. 2305 ss). Elle modifie, sous ch. II 15, l'art. 8 Lmp. Il en résulte, pour son al. 2, que les marchés de construction du gros œuvre peuvent dorénavant être passés de gré à gré si leur valeur est inférieure à 300'000 fr. et en procédure sur invitation si cette valeur est de 300'000 fr. à 500'000 fr. A teneur de l'al. 3 modifié de l'art. 8 Lmp, les marchés de construction du second œuvre peuvent être passés de gré à gré si leur valeur est de moins de 150'000 fr. et en procédure sur invitation si cette valeur est de 150'000 fr. à 250'000 fr. L'annexe de la Lmp a été adaptée en conséquence. Dans la teneur antérieure de l'art. 8 al. 2 Lmp, les marchés de construction du gros œuvre pouvaient être passés de gré à gré si leur valeur était inférieure à 50'000 fr. et en procédure sur invitation si cette valeur allait de 50'000 fr. à 500'000 fr. Selon l'al. 3, les marchés de construction du second œuvre pouvaient être passés de gré à gré si leur valeur était de moins de 25'000 fr., et en procédure sur invitation si cette valeur était de 25'000 fr. à

250'000 fr. Ces montants revenaient dans la version de l'époque de l'annexe de la Lmp.

Le 6 février 2012, X_____, à qui ce mémoire du 20 janvier 2012 de Y_____ avait été remis le 3 février 2012, a renoncé à développer des remarques additionnelles.

Elle a requis des dépens, à l'instar de Y_____.

Z_____ n'a pas répondu au recours.

B. La qualité pour recourir suppose un intérêt digne de protection à obtenir la réforme ou l'annulation de la décision attaquée (art. 80 al. 1 lit. a et 44 al. 1 lit. a la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives – LPJA, RS/VS 172.6 ; 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 – Lmp, RS/VS 726.1). Si le recours porte sur l'appréciation et la notation des offres, le recourant a cet intérêt quand on peut raisonnablement penser que l'admission de ses griefs placerait son offre en tête du tableau de notation (cf. p. ex. ACDP A1 11 184 du 1^{er} mars 2012 cons. 1a citant ACDP A1 11 159 du 14 septembre 2011 cons. 1a).

Cette exigence est hors de propos ici, attendu que le recours de X_____ s'en prend moins à l'évaluation de son offre et de celle de Z_____, qu'à de prétendues irrégularités d'ordre formel qui justifieraient d'astreindre Y_____ à mener une nouvelle procédure sur invitation. La recourante se plaint ainsi de la violation de règles majeures de procédure, ce qui suffit, en principe, à lui conférer la qualité pour recourir des art. 80 al. 1 lit. a et 44 al. 1 LPJA (cf., p. ex., ACDP A1 09 101 du 21 août 2009 cons. 1).

Y_____ objecte en vain que X_____ aurait dû recourir dès qu'elle s'est aperçue de ces irrégularités. Il est exact que le soumissionnaire qui ne recourt pas contre l'appel d'offres peut encourir une forclusion (art. 15 al. 1bis lit. a de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 / 15 mars 2001 sur les marchés publics – AIMP, RS/VS 726.1 et 45 LPJA ; cf. p. ex. ACDP A1 11 230 du 23 février 2012 cons. 2a).

Encore faut-il pour cela que l'adjudicateur ait véritablement procédé à un appel d'offres assimilable à une décision susceptible de recours dans l'acceptation de l'art. 15 al. 1bis lit. a AIMP. Y_____ ne l'a pas fait : son représentant a démarché cinq entreprises, sans les mettre en possession d'une quelconque pièce apte à être qualifiée de document d'invitation ou d'appel d'offres, faute de satisfaire aux prévisions de l'art. 2 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp, RS/VS 726.100 ; cf. art. 2 lit. a Lmp). Le fichier PDF expédié aux soumissionnaires qui avaient répondu à l'invitation ne pouvait logiquement, être un pareil document, parce qu'il est postérieur à la remise des offres.

On ne voit donc pas quel appel d'offres X_____ aurait dû attaquer.

C. Le recours est dirigé contre une décision d'adjudication d'un marché subventionné à plus de 50%, ce qui donne à Y_____ le statut d'un adjudicateur assujéti à la Lmp et au marché qu'elle a attribué à Z_____ la nature d'un marché public (cf. art. 6 al. 1 lit. e Lmp).

Les conclusions de X_____ sont recevables (art. 16 al. 2 Lmp, 80 al. 1 lit. b-c, 46 et 48 LPJA).

D. Le Tribunal ne peut aller au-delà des conclusions de la recourante (art. 79 al. 1 LPJA). Il ne pourrait donc lui adjuger directement le marché (cf. art. 18 al. 1 AIMP ; ACDP A1 11 111 du 20 septembre 2011 cons. 5b) étant donné que, dans sa réplique du 4 janvier 2012 (p. 9), X_____ a remplacé la conclusion subsidiaire qui, dans son acte de recours du 17 novembre 2011 (p. 2), tendait à une telle adjudication directe, par une conclusion où elle se borne à exiger un arrêt imposant à Y_____ de lancer une nouvelle procédure sur invitation qui s'adresserait aussi à la recourante.

E. Il est constant que les critères employés dans le tableau de cotation des offres que Y_____ a annexé à sa réponse du 9 décembre 2011 n'ont jamais été annoncés à X_____. Ils n'ont d'ailleurs pas été utilisés dans le tableau joint à la lettre du 8 novembre 2011 de l'Office des améliorations structurelles à la recourante. Sous cet angle, la décision attaquée est clairement viciée par une violation de l'impératif de la transparence des procédures de passation des marchés publics (art. 1 al. 3 lit. c AIMP). Pour satisfaire à cet impératif, l'adjudicateur a, parmi d'autres obligations, celle de spécifier les critères d'adjudication et leur pondération dans les documents d'appel d'offres (art. 2 al. 1 lit. k Omp), y compris dans ceux des procédures sur invitation (art. 5 et 6 al. 1 lit. k Omp ; cf. ACDP A1 11 230 précité cons. 3a). Or, aucune des pièces versées au dossier par la recourante et l'adjudicatrice ne satisfait à ces prescriptions de droit positif.

F. Les critères d'adjudication doivent être choisis et appliqués de manière à servir à la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 13 lit. f AIMP) qui est, en principe, décisive pour l'adjudication, mais ne se confond pas nécessairement avec l'offre avançant le montant le plus bas (art. 31 al. 1 et 2 Omp). Un déficit de transparence quant à la spécification et à l'utilisation des critères est une violation irréparable du droit si elle empêche de résoudre correctement la question de savoir laquelle des offres en présence mérite cette qualification (P. Galli/A. Moser/E. Lang/E. Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2ème éd., vol. I, p. 443 et note 128 citant l'ATF 2P.74/2002 du 13 septembre 2002 cons. 5).

L'omission de Y_____ d'indiquer, d'avance et dans un document d'appel d'offres, quels critères guideraient son choix a fait que l'on ignore si ce dernier a été fonction uniquement du prix (tableau accompagnant la lettre du 8 novembre 2011 de l'Office des améliorations structurelles), ou s'il a aussi intégré les autres facteurs d'appréciation énumérés dans le tableau joint à la réponse du 9 décembre 2011. Cette incertitude sur les critères réellement utilisés ne peut être dissipée autrement que par une annulation de l'adjudication contestée vu que, s'il incombe au Tribunal de

rechercher si les critères ont été fixés et appliqués conformément au droit (art. 78 lit. a LPJA), il ne lui appartient sûrement pas de les arrêter en lieu et place des adjudicateurs.

G. L'art. 18 al. 1 AIMP habilite la juridiction de recours à statuer sur le fond ou à renvoyer la cause, au besoin avec des instructions impératives, au pouvoir adjudicateur dont elle annule la décision. A en croire X_____, ces instructions devraient, en l'espèce, contraindre Y_____ à lui ménager l'occasion de présenter une nouvelle offre dans une procédure ultérieure sur invitation.

H. L'annulation de l'adjudication d'un marché a pour conséquence que celui-ci devra être attribué derechef si l'adjudicateur veut toujours réaliser son projet. Cette nouvelle attribution peut, parfois, se concevoir sous la forme d'une nouvelle décision, à prendre dans une procédure qui, juridiquement, sera la continuation de la procédure terminée par l'adjudication annulée. Il en va ainsi lorsque la procédure initiale n'a été viciée que par des violations du droit qui sont redressables dans une procédure subséquente, sans que le processus d'adjudication ait été irrégulier dès le début. Un renvoi de l'affaire peut alors servir à la correction d'erreurs commises à certaines étapes d'une procédure qui n'a pas été viciée à tous ses stades.

Ici, l'une des erreurs de Y_____ a été de ne parler de ses critères d'adjudication que pendant l'instance de recours. Or, les documents d'invitation ou d'appel d'offres doivent renseigner les soumissionnaires à ce sujet de manière qu'ils puissent élaborer leurs offres en mettant toutes les chances de leur côté. Partant, ces critères doivent être connus dès le lancement de la procédure ; à défaut, celle-ci doit, logiquement, recommencer à zéro, après annulation de l'adjudication décidée au terme d'une première procédure illégale du début à la fin. Dans cette hypothèse, l'arrêt n'a donc pas à renvoyer l'affaire à l'adjudicateur, ni a fortiori à lui donner des instructions, solutions qui ne se conçoivent guère que si l'adjudication annulée a été décidée à l'issue d'une procédure dont la non-conformité au droit n'était que partielle.

X_____ a ainsi gain de cause, mais elle n'a aucun droit à un renvoi. L'annulation de l'adjudication décidée en violation de ses droits de partie à la procédure suffit à faire respecter ceux-ci, qui ne se confondent aucunement avec les droits que ce soumissionnaire pourra, le cas échéant, exercer dans une procédure distincte et à venir. La recourante ne peut donc exiger du Tribunal qu'il arrête des instructions relatives à des droits qui, pour l'instant, ne sont que virtuels.

I. Est, dès lors, purement et simplement annulée (art. 18 al. 1 AIMP et art. 80 al. 1 lit. e et 60 al. 1 LPJA), l'adjudication décidée à une date inconnue par Y_____ et approuvée le 26 octobre 2011 par le Conseil d'Etat, du marché litigieux à Z_____.

La demande d'effet suspensif est classée.

J. L'arrêt est rendu sans frais (art. 89 al. 4 LPJA). Y_____ paiera 1'800 fr. de dépens à X_____, sans y avoir droit elle-même (art. 91 al. 1 et 2 LPJA, art. 4,

27, 39 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).

Par ces motifs,

1. admet le recours et annule, dans le sens des motifs, la décision attaquée ;
2. classe la demande d'effet suspensif ;
3. dit qu'il n'y a pas de frais de justice ;
4. refuse les dépens à Y_____ et dit que celle-ci versera à X_____ 1'800 fr. de dépens ;
5. communique le présent arrêt à l'Etude A_____, pour X_____, à Z_____, et à Y_____.

Sion, le 15 mars 2012