

A1 23 169

ARRÊT DU 9 AVRIL 2024

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

Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier et Dr Thierry Schnyder, juges

en la cause

X _____ **SÀRL**, recourante, représentée par Maître Erika Antille, avocate, 3960 Sierre

contre

BOURGEOISIE DE Y _____, autorité attaquée, représentée par Maître Carole Melly-Basili, avocate, Sierre et **Z** _____ **SA**, tiers concerné, représenté par Maître Alain Sauteur, avocat, Lausanne

(marchés publics)

recours de droit administratif contre la décision du 28 août 2023

Faits

A. A la suite d'un avis d'appel d'offres public de la Bourgeoisie de Y _____ (la Bourgeoisie) portant sur un marché de prestations d'ingénierie civile pour la construction de deux bâtiments et d'un parking (valorisation de la parcelle n° xxx1 à A _____), onze offres furent ouvertes 27 juin 2023. A teneur du tableau dressé à cette occasion, X _____ Sàrl avançait le prix le plus bas (130'000 fr.) ; Z _____ SA était la troisième moins disante (190'410 fr. 55).

Le xx.xxxx2 la Bourgeoisie publia au Bulletin officiel (B. O.) n° xx1 de ce jour-là (p. 41) sa décision, parue le xx.xxxx1 sur le site simap, d'adjuger le marché à Z _____ SA pour le prix de son offre.

Ce xx.xxxx2, B _____, associé et gérant avec signature individuelle de X _____ Sàrl, écrivit à Atelier d'architecture C _____ Sàrl, mandataire de la Bourgeoisie, un courriel où elle demandait de connaître les points attribués en fonction des critères d'adjudication. Le 11 septembre 2023, son interlocuteur lui communiqua une grille de notation datée du 11 août 2023, indiquant une exclusion de l'offre de X _____ Sàrl au motif qu'elle ne renseignait pas sur l'effectif de ses collaborateurs affectés à l'exécution du marché. X _____ Sàrl protesta, le jour même, contre cette élimination, en critiquant une « réponse tardive au-delà du délai de recours ».

Le 12 septembre l'avocate de X _____ Sàrl se référa aux courriels du 11 septembre 2023, adressés en copie au président de la Bourgeoisie, pour inviter ce dernier à « (lui) notifier en bonne et due forme la décision d'exclusion (de l'offre de sa cliente), ceci afin que (ladite avocate) puisse étudier la pertinence de déposer un recours contre celle-ci ».

Le 18 septembre 2023, Atelier d'architecture C _____ Sàrl précisa à l'avocate de X _____ Sàrl que le motif d'exclusion concernait l'organisation interne des soumissionnaires qui devaient décrire à la fois leurs « ressources humaines générales et celles mises à disposition du mandat ».

B. Le 29 septembre 2023, X _____ Sàrl conclut céans à l'annulation de l'exclusion de son offre, au renvoi de l'affaire à la Bourgeoisie pour nouvelle décision, subsidiairement au constat de l'illicéité de l'exclusion critiquée, et à l'octroi d'un effet suspensif.

Le 11 octobre 2023, la Bourgeoisie proposa de rejeter la demande d'effet suspensif et de déclarer le recours irrecevable, subsidiairement de le rejeter.

A la même date, Z _____ SA conclut dans un sens analogue.

La demande d'effet suspensif fut rejetée le 12 octobre 2023.

La recourante et la Bourgeoisie ont déposé des remarques complémentaires le 27 octobre 2023.

Z _____ SA a fait valoir les siennes le 13 novembre 2023.

Considérant en droit

1. En vigueur depuis le 1^{er} janvier 2024, la loi du 15 mars 2023 (LcAIMP ; RS/VS 726) concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 (AIMP) abroge implicitement la loi homonyme du 8 mai 2003 (aLcAIMP) relative au précédent concordat (aAIMP).

L'ordonnance du 29 novembre 2023 sur les marchés publics (OcMP ; RS/VS 726.100) se substitue tout aussi tacitement, dès le 1^{er} janvier 2024, à l'ordonnance de même intitulé du 11 juin 2003 (aOcMP).

Ces nouvelles cantonales n'ont pas dispositions transitoires, à la différence de l'AIMP dont l'art. 64 al. 1 commande de poursuivre selon l'ancien droit les procédures d'adjudication lancées alors que l'AIMP n'était pas encore applicable, ce qui vaut a fortiori pour les instances de recours se rapportant à des adjudications décidées avant le 1^{er} janvier 2024 (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2C_296/2022 du 22 mars 2023 cons. 1.3.2 ; ACDP A1 23 153 du 2 avril 2024 cons. 1.1).

2. L'arrêt incident du 12 octobre 2023 rejetait la demande d'effet suspensif de X _____ SA, compte tenu de la probable irrecevabilité de son recours, formé le 29 octobre 2023 contre une décision d'exclusion dont son administrateur connaissait l'existence depuis le 1^{er} septembre 2023, la raison de l'exclusion ayant été portée le 11 septembre 2023 à la connaissance de celui-ci, puis le 12 septembre 2023 à celle de son

avocate. D'où un dépassement du délai de 10 jours que l'art. 16 al. 2 aLcAIMP instituait dans ce contentieux.

Ces communications des 1^{er} septembre, 11 septembre et 12 septembre 2023 ne satisfaisaient pas aux réquisits de l'art. 34 al. 1 et 3 aOcMP qui exigeait une décision écrite avec la mention de ses motifs, du nom de l'adjudicataire, du montant de l'adjudication, de même que l'envoi de la grille de notation lorsque, comme en l'espèce, l'offre de l'adjudicataire n'était pas la meilleur marché. Il y avait donc eu notification irrégulière de la décision d'exclusion contestée.

Selon une jurisprudence constante, résumée dans l'arrêt incident susvisé, une pareille notification ne devait entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 31 LPJA), sous réserve des restrictions que leur obligation d'agir de bonne foi (art. 5 al. 3 Cst fédérale) mettait à leur droit de se prévaloir d'une irrégularité de procédure, en les astreignant à exercer sans attendre outre mesure leur droit de recours, faute de quoi la décision demeurée inattaquée ou contestée tardivement passait en force (cf. également arrêts du Tribunal fédéral 1C_379/2023 du 23 janvier 2024 cons. 4.2 ; 4A_648/2023 du 16 février 2024 cons. 2.1). Ici, la lettre du 12 septembre 2023 de l'avocate de X _____ Sàrl évoquait un recours, de sorte que les dix jours fixés à l'art. 16 al. 2 a LcAIMP se calculaient au moins depuis cette date.

3. Aux p. 3 et 4 de ses observations additionnelles du 23 octobre 2023, la recourante allègue avoir consulté le 12 septembre 2023 son avocate, après avoir appris le même jour d'une juriste du Service juridique cantonal des affaires économiques qu'un éventuel recours pourrait être formé dans les dix jours dès la réception d'une décision régulière au regard de l'art. 34 aOcMP. La recourante estime n'avoir reçu cette « décision formelle d'exclusion que le 19 septembre 2023 ». Elle prouve avoir consulté son assurance protection juridique sur la prise en charge des frais d'un recours contre cette décision et avoir essuyé un refus de prestation le 26 septembre 2023, d'où suivrait que « ce n'est qu'à partir de ce moment que (son avocate avait) su qu'elle pouvait et devait rédiger le recours pour X _____ Sàrl ».

C'est oublier que, s'il y a notification irrégulière, le délai de recours à tenir par une partie que cette informalité entrave dans l'exercice de ses droits s'évalue à l'aune de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst féd.), en prenant comme point de départ la date à laquelle cet administré a eu connaissance de la décision préjudiciable à ses droits (cf. p. ex. le cons. 4.2 de l'arrêt fédéral 1C_379/2023 précité et les précédents qu'il mentionne).

La date du refus d'un tiers de payer des frais de défense est sans importance dans ce contexte. X _____ Sàrl assume les conséquences d'une méprise de son avocate sur

cet aspect de l'affaire (cf. p. ex. arrêts du Tribunal fédéral 2C_1005/2022 du 26 octobre 2023 cons. 6.3 ; 4A_13/2023 du 11 septembre 2023 cons. 3.3).

4. Le recours est irrecevable (art. 80 al. 1 lit. e et 60 al. 1 LPJA), ce qui peut être constaté au vu du dossier, sans administration des preuves, notamment testimoniales proposées par la recourante (art. 80 al. 1 lit. d, 56 et 17 ss LPJA).

5. La recourante paiera un émolument de justice de 1000 fr. fixé en application des paramètres habituels de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, etc. ; les dépens lui sont refusés, de même qu'à la Bourgeoisie qui en a demandé, sans expliquer pourquoi il faudrait déroger ici à la règle générale privant de cette indemnité les collectivités publiques dans les affaires où elles ont gain des cause (art. 89 al. 1, 91 al. 1 et 3 LPJA ; art. 3 al. 3, 11, 13 al. 1, 25 LTar).

X _____ SA paiera à Z _____ SA 1300 fr. de dépens, débours et TVA compris ; leur montant est calculé au tarif légal (y c. TVA), compte tenu du volume de travail effectivement nécessaire, dans un procès assez simple, pour une défense pertinente de la créancière par son avocat, et des autres critères usuels (art 91 al. 1 et 2 LPJA ; art. 4, 27, 39 LTar).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est déclaré irrecevable.
2. X _____ Sàrl paiera 1000 fr. de frais de justice ; elle versera 1300 fr. de dépens à Z _____ SA.
3. Les dépens sont refusés à X _____ Sàrl et à la Bourgeoisie de Y _____.
4. Le présent arrêt est communiqué à Maître Erika Antille, avocate à Sierre, pour X _____ Sàrl, à Me Alain Sauteur, avocat à Lausanne, pour Z _____ SA, et à Me Carole Melly-Basili, avocate à Sierre, pour la Bourgeoisie de Y _____.

Sion, le 9 avril 2024