

A1 22 69

ARRÊT DU 3 AOÛT 2022

Tribunal cantonal du Valais

Cour de droit public

Composition : Christophe Joris, président, Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, juges ;

en la cause

ASSOCIATION VALAISANNE DES ENTREPRENEURS DU BÂTIMENT ET DU GENIE CIVIL (AVE), 1951 Sion, recourante

contre

CONSEIL COMMUNAL DE A _____, A _____, autorité attaquée

X _____, B _____, autre partie concernée

(marché public)

recours de droit administratif contre la décision du 5 avril 2022

Faits

A. Après avoir interrompu, le 15 juin 2021, une première procédure sur invitation en vue de l'adjudication de travaux pour la réalisation d'ouvrages de protection contre les chutes de pierres au lieu-dit Bachalpe (altitude : 2000 m), et après avoir revu à la baisse le projet y relatif, le Conseil communal de A _____ lança, le 17 janvier 2022, une nouvelle procédure du même genre.

A cette occasion, il pria de déposer des offres six sociétés anonymes (C _____, D _____, E _____, F _____, G _____, H _____), et X _____, triage forestier régional qui est une 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) dont le Conseil d'Etat avait approuvé les statuts le 23 mars 2016. Elle 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).

Le ch. 1.2.8 (p. 3 ss) du cahier des charges indiquait trois critères d'adjudication, leurs sous-critères et leur pondération : (1) le prix de l'offre (70 %) ; (2) la qualité du soumissionnaire (15%, dont 10% pour l'expérience et la compétence et 5% pour le service à la clientèle et le temps de réaction ; 10% pour les délais, la qualité de l'offre et sa crédibilité, dont 5% pour le programme de réalisation et 5% pour le rapport technique, le concept de management de la qualité axé sur le projet, et l'analyse des risques) ; (3) l'analyse de l'offre sous l'angle des exigences du développement durable et des distances de transport (5%).

Le ch. 1.2.9 (p. 4) déterminait une échelle d'évaluation allant de 5 (note maximale) à 0 (offre dépourvue des données nécessaires à la notation du critère). A celui du prix, l'offre la plus basse après contrôle allait obtenir la note 5, tandis que la note 0 était destinée aux offres articulant un prix correspondant à 50% ou plus de celui du soumissionnaire le moins disant. La notation des autres offres devait se faire par interpolation linéaire (deux chiffres après la virgule) entre ces deux valeurs.

Six offres furent ouvertes le 15 février 2022. Celle de X _____ avançait le prix le plus bas (398 000 fr.).

Une copie du procès-verbal de leur ouverture fut remise au directeur l'Association Valaisanne des Entrepreneurs du Bâtiment et du Génie civil (AVE). Le 16 février 2022 celui-ci écrivit à I _____, 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, à teneur de la convention nationale pour le secteur principal de la construction et de divers autres actes et conventions s'y rapportant, aux travaux adjugés. I _____ répondit, le même jour, que ces questions seraient examinées ultérieurement et qu'elles n'avaient pas à l'être au stade de l'ouverture des offres.

Le 5 avril 2022, le directeur de l'AVE envoya derechef à I _____ un courriel, avec copie à des membres du Conseil communal. Il y réitérait, au nom du comité de l'AVE, la demande d'exclusion du 16 février 2022.

B. Ce 5 avril 2022, le Conseil communal adjugea le marché à X _____, arrivée en tête d'un tableau de notation non daté qui la créditaient de 350 points sur 350 pour son prix et de 60 points sur 150 pour l'ensemble des autres critères.

Cette décision fut communiquée le 8 avril 2022 aux soumissionnaires, puis par courriel du 11 avril 2022 à l'AVE.

C. Le 20 avril 2022, l'AVE forma un recours de droit administratif en mentionnant que X _____ ne figurait pas au nombre de ses membres. Le but de la recourante était ainsi « l'exclusion de l'adjudicataire qui ne respect(ait) pas les conditions légales de participation du marché mis en soumission et qui gén(érait) au surplus une concurrence déloyale et inacceptable envers les entreprises membres AVE invitées. Cela étant, toutes les conditions pour reconnaître la légitimation active de l'AVE (étaient réunies » (p. 2). Les conclusions de la recourante tendaient à un renvoi de l'affaire au Conseil communal, en vue de l'adjudication du marché à l'un des cinq concurrents restants « selon les critères arrêtés dans l'appel d'offres » (p.7).

Le 22 avril 2022, l'effet suspensif requis par l'AVE a été accordé à titre préprovisionnel.

Le 10 mai 2022, X _____ présenta des observations, sans prendre de conclusions.

Le Conseil communal proposa, le 12 mai 2022, le rejet du recours.

Le 13 mai 2022, Forêt Valais Communauté des Associations Forestières Régionales du Canton du Valais (ci-après Forêt Valais) adressa au greffe, à la demande X _____, qui appartient à cette organisation, un mémoire donnant le point de vue de celle-ci sur la cause.

L'AVE n'a pas usé de son droit de formuler d'ultimes remarques dans le délai de 20 jours qui lui avait été imparti le 16 mai 2022.

Considérant en droit

1. L'art. 2 al. 1 lit. 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 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics - Lmp ; 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 Lmp), 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 cons. 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 Cst cant.), ont plusieurs langues officielles (c'est le cas en Valais) 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 lit. 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 (lit. a), de même qu'à toute autre personne, organisation ou autorité que la loi autorise à recourir (lit. b).

La lit. 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. A1 21 257 du 18 mars 2022 cons. 1.2 citant ATF 141 II 14 cons. 4.6 à 4.8).

Les ACDP A1 06 140/141 du 20 octobre 2006 (cons. 1.3.1 ss) et A1 07 44/45 du 22 juin 2007 (cons. 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 cons. 6.3.3 ; ACDP A1 14 81 du 14 août 2014 cons. 4.4 ; B. 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 cons. 2, en ce sens qu'elle est une personne morale dotée de statuts (cf. art. 60 CC) 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 la majorité 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, p. ex., qu'un appel d'offres public s'imposait (art. 8 ss Lmp).

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 (cons. 2).

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

7. Le mémoire du 13 mai 2022 de Forêt Valais ne discute pas la recevabilité des conclusions de l'AVE. Il ne contient pas de conclusions. Il ne précise pas si X _____ a donné procuration à cette association pour la représenter (cf. art. 80 al. 1 lit. d, 56 et 11 ss LPJA). Vu ce qui précède, et ce mémoire ne comportant aucune demande de dépens, on se dispense de rechercher à quel titre est intervenue Forêt Valais.

L'arrêt n'a pas à lui être notifié officiellement, car il ne doit l'être qu'aux parties ou à leurs mandataires (art. 80 al. 1 lit. d, 56 et 11 ss et 29 al. 1 LPJA). Il peut par contre lui être envoyé pour information, le Conseil communal, la recourante et l'intimée ne s'y étant pas opposés.

8. La recourante paiera un émolument de justice de 1500 fr. fixé, débours inclus, en application des paramètres usuels de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations (art. 89 al. 1 LPJA ; art. 3 al. 3, 11, 13 al. 1, 25 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, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est déclaré irrecevable ; la demande d'effet suspensif est classée.
2. L'Association Valaisanne des Entrepreneurs du Bâtiment et du Génie civil (AVE) paiera 1500 fr. de frais de justice.
3. Le présent arrêt est communiqué à l'Association Valaisanne des Entrepreneurs du Bâtiment et du Génie civil (AVE), à Sion, à X _____, à B _____, et au Conseil communal de A _____, à B _____, ainsi que, pour information, à Forêt Valais, à Sion.

Sion, le 3 août 2022