

A1 21 98

ARRÊT DU 12 AOÛT 2021

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

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

en la cause

X _____, recourant, représenté par Maître M _____

contre

DÉPARTEMENT DE LA SÉCURITÉ, DES INSTITUTIONS ET DU SPORT, autorité
attaquée, **SECTION FCVPA DU DISTRICT DE A** _____, **ASSOCIATION C**
_____ et **Y** _____, tous tiers concernés

(Adjudication & reg. profession)

recours de droit administratif contre la décision du 22 avril 2021

Faits

A. Par avis inséré le xxx 2020 au Bulletin officiel (B.O.) n° xxx du canton du Valais (p. x), ainsi que le xxx 2020 au B.O. n° xxx (p. xxx), l'Etat du Valais, par le Département de la mobilité, du territoire et de l'environnement (ci-après : DMTE) – Service de la chasse, de la pêche et de la faune (ci-après : SCPF) – a mis en soumission l'affermage des eaux de la régle piscicole dont le plan d'eau n° xxx « B _____ », faisait partie. Le prix de base annuel minimal a été fixé à 630 francs.

L'appel d'offres indiquait que les offres devaient être remises au plus tard le 13 novembre 2020 et qu'il allait être procédé à leur ouverture les 24 et 25 novembre 2020.

Sous le chapitre « Conditions d'adjudication », l'appel d'offres prévoyait ce qui suit :

« Conformément aux dispositions de l'art. 42, al. 2 de la LcPê [loi cantonale du 15 novembre 1996 sur la pêche ; RS/VS 923.1], le contrat d'affermage est conclu sur la base de l'offre la plus élevée; en cas d'égalité la priorité est accordée au précédent fermier, sous réserve des dispositions spéciales traitant de l'affermage des canaux et des plans d'eau de la nappe phréatique ».

L'onglet « Conditions particulières » précisait que les offres inférieures au prix de base mentionné dans le tableau n'étaient pas prises en considération et, qu'à défaut d'une offre supérieure ou égale à ce prix de base, le plan d'eau en question ne serait en principe pas affermé (art. 37 LcPê).

Enfin, un contrat-type, avec les droits et conditions pour le fermier, ainsi que « d'autres renseignements », pouvaient être obtenus auprès du SCPF.

B. Le 24 novembre 2020, quatre offres en lien avec le plan d'eau n° xxx ont été ouvertes « à huis clos ». Celle déposée par X _____ est arrivée en première position avec un prix offert de 2 000 fr./an, suivie par celle de l'association « C _____ » (1 200 fr./an). En troisième position se trouvait l'offre déposée par Y _____ (801 fr./an) et, en dernière position, celle de la Fédération cantonale valaisanne des pêcheurs amateurs (FCVPA), section de A _____ (ci-après : FCVPA A _____), qui s'élevait à 640 fr./an.

A une date qui ne ressort pas du dossier, le DMTE a octroyé aux soumissionnaires un délai au 14 décembre 2020 pour se déterminer sur le résultat de l'appel d'offres.

Le 3 décembre 2020, FCVPA A _____ a formé un « recours aux 3 offres déposées ». A la suivre, l'adjudication devait lui revenir car elle utilisait la gouille pour le passeport

vacances, pour le sport handicap de la région, pour diverses manifestations et fêtes, ainsi que pour l'enseignement de cours de pêche, au lancer, à la mouche, etc. En outre, ses membres s'occupaient de l'entretien de la gouille et de ses alentours. Enfin, en cas de refus de son « recours », FCVPA A _____ a indiqué vouloir s'aligner sur « l'offre la plus haute ».

Le 9 décembre 2020, l'association « C _____ » a transmis une « nouvelle offre pour cette enchère » s'élevant à 2 500 fr./an.

Le 15 décembre 2020, le SCPF a répondu à l'association « C _____ » que dans le cadre des offres relatives aux locations de gouilles de la nappe phréatique, les articles 44 à 46 LcPê s'appliquaient si bien qu'elle ne pouvait pas déposer d'offre complémentaire, faute de revêtir la qualité de précédent fermier (art. 45 al. 2 LcPê).

C. Le 22 avril 2021, le DMTE a adjugé le marché à la FCVPA de A _____ pour un montant annuel de 640 francs.

D. Le 7 mai 2021, X _____ a recouru céans en prenant les conclusions suivantes :

« Préliminairement :

1. La requête d'octroi de l'effet suspensif est admise.
2. L'effet suspensif est octroyé au recours du 7 mai 2021 de X _____ à l'encontre de la décision du 22 avril 2021 du DMTE.
3. Par conséquent, il est signifié au Département des transports, de l'équipement et de l'environnement qu'il a l'interdiction de conclure un contrat d'affermage pour eaux piscicoles concernant l'étendue d'eau "B _____" jusqu'à droit connu sur la procédure de recours.

Principalement :

4. Le recours est admis.
5. Le droit de pêche pour le plan d'eau "B _____" est attribué à X _____ pour un montant de CHF 2'000.- par an pour une durée de 10 ans, dès le 1^{er} janvier 2021.
6. Subsidiairement, la décision du 22 avril 2021 du DMTE est annulée et la cause lui est renvoyée pour prononcer une nouvelle décision.

En tout état de cause :

7. Sous suite de frais et de dépens. »

Le 10 mai 2021, la Cour de céans a octroyé l'effet suspensif à titre préprovisionnel, en particulier en ce qui concernait la conclusion du contrat entre l'adjudicateur et l'adjudicataire.

Le 26 mai 2021 (date du sceau postal), la FCVPA A _____ a conclu implicitement au rejet du recours. A la suivre, les manifestations proposées, incluant le passeport vacances, ainsi que les journées caritatives, mais aussi d'autres événements, ne pouvaient avoir lieu qu'avec le soutien de ses membres actifs si bien que l'affermage de ce plan d'eau devait

lui revenir. En outre, la soumission de X _____ était manifestement disproportionnée. Elle a dès lors réitéré sa volonté de s'aligner sur l'offre la plus favorable qu'elle estimait être celle proposée par l'association « C _____ » (1 200 fr./an), cas échéant, au montant proposé par X _____ (2 000 fr./an).

Le 14 juin 2021, le Département de la sécurité, des institutions et du sport (ci-après : DSIS) auquel le domaine de la chasse, de la pêche et de la faune a été intégré, par décision du Conseil d'Etat du 1^{er} mai 2021, a versé en cause le dossier du DMTE et a proposé le rejet du recours, sous suite de frais. En bref, il a nié l'existence d'une violation du droit d'être entendu de l'intéressé. Il a ensuite qualifié de « notoire » le fait qu'une fédération sportive soit plus à même de procéder à l'accueil d'écoliers et de personnes en situation de handicap qu'une personne privée, laquelle n'avait « pas à être développée outre mesure ». Enfin, en raison de la relation entre l'Etat et la FCVPA (art. 7 LcPê), il n'était pas à démontrer que celle-ci disposait davantage d'expertise qu'un privé pour se charger de l'accueil des personnes en situation de handicap et de jeunes.

Le 28 juin 2021, X _____ a maintenu ses conclusions.

Considérant en droit

1.1 L'adjudication est une décision au sens de l'article 5 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RS/VS 172.6) qui peut être contestée céans dans un délai de dix jours dès sa notification (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 – LcAIMP ; RS/VS 726.1 ; art. 15 al. 1^{bis} let. a et al. 2 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics – AIMP ; RS/VS 726.1-1).

Le canton est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 6 LcAIMP et a choisi la procédure ouverte selon l'article 9 LcAIMP. La LcAIMP et l'ordonnance sur les marchés publics du 11 juin 2003 (Omp ; RS/VS 726.100) sont applicables en l'espèce vu qu'il n'est pas contesté que « B _____ » est un plan d'eau de la nappe phréatique ("gouille" ; cf. aussi la carte interactive "piscicole" du canton du Valais librement disponible sous https://sitonline.vs.ch/tourisme_loisir/peche/fr/), au sens des articles 44 ss LcPê, soumis à affermage. Un marché public se caractérise par le fait que la collectivité publique, qui intervient en tant que demandeur, acquiert auprès d'une entreprise privée, en échange d'une contrepartie, les moyens nécessaires pour exécuter ses tâches publiques. Si l'octroi d'une concession exclusive est inclus dans un marché global et qu'il ne vise pas en

premier lieu un but de régulation, mais le transfert d'un droit ayant valeur pécuniaire pour l'accomplissement de tâches publiques, il convient de qualifier l'entier de l'opération de marché public (ATF 145 II 32 consid. 4.1, 144 II 184 consid. 2.2 et 144 II 177 consid. 1.3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_697/2019 du 21 août 2020 consid. 3.2 ; ACDP A1 20 196 du 25 février 2021 consid. 1).

1.2 Dans les affaires de marchés publics, l'intérêt digne de protection du recourant dépend en principe de ses chances d'obtenir l'adjudication, en cas d'admission des griefs qu'il formule. Un soumissionnaire dispose d'un tel intérêt en particulier s'il est en bonne place au classement des offres selon la grille d'évaluation (ATF 141 II 14 consid. 4.1 ; RVJ 2015 p. 72).

1.3 Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que le recourant a motivés dans les formes des articles 80 al. 1 lit. c et 48 al. 1 LPJA et ne statue que sur la légalité de la décision contestée, non sur son opportunité (art. 16 AIMP et 16 LcAIMP ; RVJ 2017 p. 30 consid. 4).

1.4 Déposé le 7 mai 2021 contre la décision d'adjudication du 22 avril 2021, reçue le 28 avril suivant, le recours intervient dans le délai légal (art. 16 al. 2 LcAIMP ; art. 15 al. 4, 80 let. b et 46 LPJA). En outre, le recourant qui a déposé l'offre la plus élevée dispose d'un intérêt digne de protection à contester la décision qui ne lui octroie pas le marché (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 LPJA ; en relation avec les art. 15 et 16 LcAIMP). Il convient dès lors d'entrer en matière.

1.5 Le dossier du DMTE a été déposé céans ; la demande du recourant en ce sens est ainsi satisfaite (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA). Ce dernier requiert également son interrogatoire, ainsi qu'une vision locale (ou plutôt « inspection des lieux » selon la terminologie utilisée par l'article 181 al. 1 CPC applicable par le renvoi de l'article 81 LPJA, ou encore « visite des lieux » au sens de l'article 20 LPJA). On ne perçoit toutefois pas, au vu des allégués et des différentes écritures déposées en cause, quelles circonstances particulières et importantes pour l'issue du litige l'intéressé entendrait établir par ces moyens de preuve. A cela s'ajoute que l'article 29 al. 2 Cst., à l'instar de l'article 19 al. 1 LPJA, ne confère aucun droit à être entendu oralement. En outre, le recourant a largement pu faire valoir ses arguments dans la présente procédure. Par ailleurs, le dossier comporte plusieurs photographies permettant de se représenter les lieux. Par conséquent, les moyens de preuve requis étant superflus, vu que le dossier suffit à l'établissement des faits pertinents pour l'examen des griefs du recourant, il n'y a pas lieu d'ordonner ces actes de procédure (ATF 140 I 68 consid. 9.6.1 ; Regina Kiener

et al., Öffentliches Verfahrensrecht, 2^e éd. 2015, n. 290, p. 80 ; RVJ 2009 p. 49 consid. 3b).

2. Le requérant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu, aux motifs que la décision du 22 avril 2021 est lacunaire et que le DMTE a permis à la FCVPA de se déterminer sur le résultat de la procédure d'appel d'offres sans que ne lui ait été fourni l'occasion de se déterminer sur cette prise de position.

2.1 Le droit d'être entendu, garanti par l'article 29 al. 2 Cst., comprend notamment le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1). Il confère également au justiciable le droit de prendre connaissance de toute prise de position soumise à l'autorité et de se déterminer à ce propos, que celle-ci contienne ou non de nouveaux arguments de fait ou de droit et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur la décision (ATF 133 I 100 consid. 4.3). L'autorité qui verse au dossier de nouvelles pièces dont elle entend se prévaloir dans son prononcé est dans ce sens tenue d'en aviser les parties et de leur donner l'occasion de se déterminer à leur sujet (ATF 132 V 387 consid. 3.1).

La jurisprudence a également déduit de l'article 29 al. 2 Cst. le devoir pour l'autorité de motiver sa décision afin que le destinataire puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Pour répondre à ces exigences, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'est en revanche pas nécessaire que l'autorité se prononce expressément sur tous les points soulevés par les parties et réfute individuellement chacun de leurs arguments (art. 29 al. 3 LPJA ; ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 et 139 IV 179 consid. 2.2 ; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2^e éd. 2018, n. 1572 ss, p. 530 s.).

2.2 En l'espèce, il est patent que le « recours aux 3 offres » du 3 décembre 2020 déposé par la FCVPA A _____ n'a pas été porté à la connaissance du requérant. A tout le moins, celui-ci aurait dû être informé de l'existence de cette pièce avant la décision d'adjudication pour pouvoir, le cas échéant, demander à la consulter. Cela étant, le grief de violation du droit d'être entendu articulé par le requérant s'avère fondé.

2.3 Il reste encore à examiner si ce vice doit conduire à l'annulation de la décision attaquée.

2.3.1 Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle dont la violation doit, en principe, entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 143 IV 380 consid. 1.4.1). Une violation de ce droit en instance inférieure peut cependant être réparée lorsque l'intéressé a eu la faculté de se faire entendre en instance supérieure par une autorité disposant d'un plein pouvoir d'examen (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1; 134 I 331 consid. 3.1). Une telle réparation dépend de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 126 I 68 consid. 2). Elle peut également se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; 137 I 195 consid. 2.3.2 ; 133 I 201 consid. 2.2). Un tel « *formalistischer Leerlauf* » existe notamment lorsque l'autorité invitée à statuer en respectant le droit d'être entendu rendrait une décision très vraisemblablement identique à la première (Bernhard Waldmann/Jürg Bickel *in* : Bernhard Waldmann/ Philippe Weissenberger, *VwVG*, 2^e éd. 2016, n. 116 ad art. 29 ; ACDP A1 17 7 du 29 septembre 2017 consid. 2.3.1).

2.3.2 En l'occurrence, le recourant a été nanti du « recours » de la FCVPA A _____ et a pu utilement se déterminer à son propos. Même si le pouvoir d'examen de la Cour de céans ne s'étend pas à l'opportunité, il n'en demeure pas moins que le renvoi à l'autorité précédente pour ce motif ne permettrait pas une modification de la décision attaquée. En effet, c'est à tort que le DMTE s'est fondé sur « le recours » de la FCVPA A _____ – et plus particulièrement sur le fait que « l'intérêt public à la réduction des inégalités qui frappent les personnes handicapées prime *in casu* sur l'intérêt privé des soumissionnaires ayant adressé des offres plus élevées à se voir attribuer l'adjudication du plan d'eau » – pour justifier l'attribution du droit de pêche sur « B _____ » à FCVPA A _____ pour un montant annuel de 640.- par an. En effet, les articles 44 à 46 LcPê, applicables céans, constituent une *lex specialis* à l'article 42 LcPê, lequel prévoit d'ailleurs que les « dispositions spéciales traitant de l'affermage des canaux et des plans d'eau de la nappe phréatiques » sont réservées. Ainsi, en cas d'offres inégales, et sous réserve d'une offre disproportionnée, le précédent fermier peut présenter une offre complémentaire équivalente à l'offre la plus favorable (art. 45 al. 2 LcPê). La prise en considération d'intérêt publics prépondérants (art. 42 al. 3 LcPê) telle qu'opérée par le DMTE n'entre ainsi pas en ligne de compte. Le fait que ce département ait retenu sans rendre vraisemblable – et encore moins démontrer – que le recourant ne serait pas à même d'accueillir des personnes en situation de handicap n'influe par conséquent pas sur le sort de la décision. A cet égard, il peut toutefois être précisé que l'on ne saurait suivre le DSIS lorsqu'il soutient qu'une fédération sportive telle que la FCVPA

A _____ – dont on ignore le nombre de membres – serait plus à même de procéder à l'accueil d'écoliers et de personnes en situation de handicap qu'une personne privée, constituerait un fait notoire (cf. ATF 143 IV 380 consid. 1.1).

Quoi qu'il en soit, il découle ce qui précède que le précédent fermier, à savoir FCVPA A _____ (cf. contrat d'affermage du 23 novembre 2010, doss. p. 62 ss) pouvait présenter une offre complémentaire équivalente à l'offre la plus favorable vu que les montants proposés variaient de 640 fr./an à 2 000 fr./an. Cette dernière a fait usage de son droit en précisant s'aligner au prix offert par l'association « C _____ » qu'elle estimait la plus favorable (1 200 fr./an), subsidiairement à celle déposée par le recourant (2 000 fr./an) qu'elle qualifiait toutefois de disproportionnée. Or, la décision attaquée est muette à cet égard. En particulier, elle n'indique pas quelle offre doit être considérée comme la plus favorable, ne se réfère à aucune valeur de rendement ordinaire du plan d'eau et n'explique pas les motifs ayant conduit le DMTE à retenir le montant offert le plus bas (640 fr./an). Dans ces circonstances, c'est à bon droit que l'intéressé se plaint également d'une instruction et d'une motivation lacunaires. Entachée d'un vice formel manifeste, la décision attaquée doit être annulée et le dossier renvoyé au DSIS pour instruction complémentaire et pour notification d'une décision dûment motivée en fait et en droit. Enfin, en raison des lacunes importantes du dossier, la violation du droit d'être entendu ne saurait être réparée céans, ce d'autant plus que le pouvoir d'examen de la Cour de céans de ne s'étend pas à l'opportunité de la décision contestée (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; cf. aussi consid. 1.3 *supra*).

3.1 Attendu ce qui précède, le recours est admis. La décision du 22 avril 2021 relative au plan d'eau n° xxx « B _____ » est annulée. La cause est renvoyée au DSIS qui reprendra l'instruction en constituant un dossier comportant toutes les pièces utiles à l'examen de la cause avant de porter une nouvelle décision dûment motivée (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).

Enfin, l'admission du recours pour violation du droit d'être entendu dispense la Cour de se livrer à l'examen des autres griefs soulevés.

3.2 Les frais sont remis (art. 89 al. 4 LPJA).

3.3 Le recourant, qui obtient gain de cause et a pris une conclusion en ce sens, a droit à une indemnité de dépens (art. 91 al. 1 LPJA), à la charge de l'Etat du Valais. Cette indemnité est fixée à 1 200 fr. (TVA comprise ; art. 4, 27 et 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). En sus de l'indemnisation des débours de cette partie, fixés

forfaitairement à 100 fr. (pour les frais de copies [50 cts par page : ATF 118 Ib 349 consid. 5] et de port [selon le tarif postal; cf. à ce sujet, RVJ 2002 p. 315]), ce montant tient compte de l'activité déployée par le mandataire du recourant, qui a consisté en la prise de connaissance du dossier et en la rédaction d'un recours de sept pages et d'une détermination d'une page. Enfin, les dépens sont refusés à la FCVPA A _____ qui n'en a pas requis et qui n'obtient pas gain de cause (art. 91 al. 1 *a contrario* LPJA). Il en va de même pour l'association « C _____ » et Y _____ qui ne se sont pas déterminés.

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est admis. La décision du 22 avril 2021 relative au plan d'eau n° xxx « B _____ » est annulée et le dossier renvoyé au DSIS pour nouvelle décision au sens des considérants 2.3.2 et 3.1.
2. Il n'est pas perçu de frais.
3. L'Etat du Valais versera à X _____ 1 200 fr. pour ses dépens.
4. Il n'est pas alloué de dépens à la FCVPA A _____, ni à l'association « C _____ », ni à Y _____.
5. Le présent arrêt est communiqué à Maître M _____, , pour X _____, à la FCVPA A _____, à l'association « C _____ », à Y _____ et, au Département de la sécurité, des institutions et du sport.

Sion, le 12 août 2021