

A1 23 42

ARRÊT DU 29 JUIN 2023

Tribunal cantonal du Valais

Cour de droit public

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

en la cause

X _____ **SA**, 1920 Martigny, recourante,

contre

Y _____ **BOURGEOISIE A** _____, **A** _____, autorité attaquée,
représentée par Maître Damien Revaz, avocat, **B** _____, et **Z** _____ **SA**,
C _____, partie concernée

(marché public ; prestations d'architecte)

recours de droit administratif contre la décision du 17 février 2023

Faits

A. Le 9 décembre 2022, la Y _____ Bourgeoisie de A _____ (la Bourgeoisie) lança, aux p. xxx ss du Bulletin officiel (B. O.) n° xxx et sur le site simap, un appel d'offres en procédure ouverte concernant des prestations d'architecte pour la démolition de deux halles et la construction d'une autre ainsi que de 11 boxes sur sa parcelle n° xx1, classée en zone artisanale.

Le ch. 1.3 (p. 2) du cahier des charges (CC) remis aux candidats précisait que le marché comprenait ces phases prévues à la norme SIA 102 : (a) 4.41 : appel d'offres, comparaison des offres et proposition d'adjudication ; (b) 4.51 : projet d'exécution ; (c) 4.52 : exécution de l'ouvrage ; (d) 4.53 : mise en service et achèvement.

Son ch. 3.8 (p. 7) relevait qu'un « prestataire ou une entreprise externe a(vait) été sollicitée préalablement à l'appel d'offres (pré-implication). L'adjudicateur autoris(ait) toutefois ce prestataire ou cette entreprise externe à participer à la (...) procédure comme soumissionnaire dès lors qu'il n'a(vait) participé ni à l'élaboration du (CC) ni à l'organisation administrative de la procédure d'appel d'offres et qu'au moins une des conditions suivantes (était) respectée (1) sa prestation s'(était) limitée à formuler des renseignements marginaux, sur demande de l'adjudicateur, lors de l'élaboration du (CC), de façon à ce qu'il n'en résulte pas pour le soumissionnaire un avantage particulier ou exclusif ; (2) sa prestation ne concern(ait) pas les prestations requises par la présente mise en concurrence du marché. Les documents établis (expertise, étude préalable de faisabilité, étude d'impact, diagnostics, relevés, etc. étaient) remis en annexe de cet appel d'offres et les délais légaux minimaux (étaient) prolongés en conséquence ». Le prestataire externe en question était Z _____ SA. Le ch. 3.8 du CC spécifiait qu'elle avait réalisé les phases 3.31, 3.32 et 3.33 répertoriées à la norme SIA 102 et qu'elle avait été autorisée à participer à la procédure en raison de la vérification de ces deux conditions.

A teneur du ch. 4.6 (p. 14), les critères d'adjudication étaient (a) le montant de l'offre (30 %) ; (b) l'organisation pour l'exécution du marché (55 %, avec trois sous-critères : (aa) le nombre d'heures pour l'exécution du marché, soit 25 % ; (bb) la répartition des tâches et des responsabilités ; (cc) le mode d'exécution du marché face aux exigences et contraintes environnementales, ces deux derniers sous-critères comptant chacun à 15 % ; (c) la qualité technique de l'offre (15 %).

Le ch. 4.9 du CC (p. 17) annonçait que le prix allait être noté selon la méthode T300 où la note d'une offre s'obtient en multipliant par 3 la différence entre le montant de l'offre la plus basse et celui de la note considérée, puis en divisant le résultat par le produit de la multiplication par 2 du montant de l'offre la plus basse, avant de multiplier par 5 le quotient de cette division.

On lisait au ch. 4.10 (p. 17) du CC que « la notation du temps consacré pour l'exécution du marché se fera selon la méthode T4 suivantes : en tenant compte de la moyenne des heures ou des jours par les soumissionnaires pour exécuter le marché. Plus le soumissionnaire s'éloigne de la valeur moyenne, plus il sera mal noté. L'adjudicateur fixe de part et d'autre de la moyenne un pourcentage (- 5% à + 10%) à partir duquel le nombre d'heures proposé par un soumissionnaire recevra une note dégressive. La note 0 est attribuée à un nombre d'heures ou de jours qui est au-delà d'un certain pourcentage (- 30% à + 60%) de part et d'autre de la moyenne. Le nombre d'heures moyen peut être estimé par l'adjudicateur ou de la moyenne des heures ou jours offerts par les soumissionnaires pour autant que ceux-ci soient au minimum 5 ».

Le ch. 4.19 (p. 20) du CC rappelait aux soumissionnaires que l'appel d'offres était une décision sujette à recours.

B. Trois offres furent ouvertes le 18 janvier 2023, dont celle de X _____ SA avançant un prix de 242 920 fr., inférieur aux 272 580 fr. 10 qu'articulait Z _____ SA.

Le 17 février 2023, la Bourgeoisie avisa X _____ SA de l'adjudication du marché à Z _____ SA en joignant à sa lettre cette grille d'évaluation :

Critères et sous-critères d'adjudication	Z _____ SA		X _____ SA	
	Note	Points	Note	Points
Montant de l'offre en rapport avec le CC (30 %)	3.84	115.33	4.24	127.26
Nombre d'heures nécessaires pour l'exécution du marché (25 %)	3.88	97.00	1.55	83.75
Répartition des tâches et des responsabilités pour l'exécution du marché (15 %)	4.50	67.50	4.50	67.50
Mode d'exécution du marché face aux exigences et contraintes environnementales (15 %)	4.00	60.00	3.00	45.00
Degré de compréhension du CC et des prestations à exécuter (15 %)	4.00	60.00	4.00	60.00
Total des points		399.83		338.51

L'adjudicateur relevait aussi que sa propre estimation du nombre d'heures était très proche de celle de l'offre de Z _____ SA qui avait, en outre, présenté un descriptif pertinent du mode d'exécution envisagé pour le marché.

C. X _____ SA interjeta le 2 mars 2023 recours de droit administratif contre cette décision qui lui avait été notifiée le 21 février 2023. Elle conclut à sa réforme par une adjudication à elle-même « ou au soumissionnaire ayant obtenu le plus haut nombre de points déterminant pour l'adjudication », subsidiairement au renvoi de l'affaire à l'autorité attaquée.

Elle reprochait à la Bourgeoisie d'avoir méconnu son obligation d'égalité de traitement et de non-discrimination en avantageant illégalement Z _____ SA à qui son intervention antérieure, rappelée au ch. 3.8 du CC (p. 14) avait procuré une avance indue sur ses concurrents, sans que l'adjudicateur se soit soucié de pallier efficacement cet inconvénient, dans une affaire où l'adjudication dépendait fortement d'un pronostic du nombre des heures à investir dans l'exécution du marché, de l'évaluation du mode d'exécution de celui-ci compte tenu d'impératifs environnementaux et d'une appréciation de la manière dont les offreurs comprenaient le CC et les prestations à fournir.

Le 6 mars 2023, l'effet suspensif requis par X _____ SA fut décidé à titre prévisionnel.

Le 27 mars 2023, Z _____ SA conclut au rejet du recours.

Le 31 mars 2023, la Bourgeoisie proposa de refuser l'effet suspensif, et de déclarer le recours irrecevable, alternativement de le rejeter.

X _____ SA n'a pas utilisé de son droit de formuler d'ultimes remarques.

La recourante et la Bourgeoisie ont conclu à l'allocation de dépens.

Considérant en droit

1. L'irrecevabilité que soulève la Bourgeoisie s'appuie sur les art. 80 al. 1 lit. a et 44 al. 2 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RS/VS 172.6) déniaient la qualité pour recourir à celui qui a négligé d'agir dans une instance

antérieure alors qu'il en avait la possibilité. X _____ SA se serait exposée à cette forclusion en s'abstenant de recourir contre l'appel d'offres, voie de droit que lui signalait le ch. 4.10 (p. 17) du CC et qu'instituent l'art. 15 de la loi du 8 mai 2023 (LcAIMP - RS/VS 726.1) concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP), de même que l'art. 15 al. 1 bis lit. a AIMP (cf. art. 16 LcAIMP).

Les soumissionnaires étant souvent des non-juristes que la brièveté des délais fixés par les adjudicateurs dissuade de s'interroger sur la validité des documents d'appel d'offres, la jurisprudence limite l'irrecevabilité dérivant d'une telle inaction aux affaires où l'irrégularité de critères d'aptitude ou d'adjudication est assez manifeste pour que sa critique au stade du recours contre une exclusion de la procédure ou l'attribution du marché à un tiers doive être tenue pour contraire à la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst féd.) ou à la sécurité du droit (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2C_680/2020 du 10 mars 2021 cons. 1.2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1060/2017 du 29 octobre 2020 cons. 5.2 ; ACDP A1 23 du 22 juin 2023 cons. 7 citant ces précédents).

2. Rappelé plus haut sous let. A, le ch. 3.8 (p. 7) du CC montrait que l'adjudicateur avait examiné, en répondant à cette question par la négative, si les prestations déjà effectuées par Z _____ SA au titre des ch. 3.3.1 et 3.3.3 de la norme SIA 102 étaient de nature à entraîner l'application à une éventuelle offre de celle-ci de l'art. 23 al. 1 lit. k de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100) prescrivant d'exclure l'offre du soumissionnaire qui a accompli, dans le cadre du même projet, un ou plusieurs mandats d'études ou de direction de travaux, si ces prestations le mettent au bénéfice, pour l'offre en cours, de connaissances et d'informations privilégiées faussant l'égalité des chances.

La Bourgeoisie ne mentionne aucune raison qui aurait dû inciter X _____ SA à douter d'emblée de l'exactitude de l'opinion ressortant de ce passage du CC, et donc à recourir contre l'appel d'offres du 9 décembre 2022 au motif qu'il autorisait Z _____ SA à déposer une offre illégale à l'aune de l'art. 23 al. 1 lit. b Omp. La recevabilité d'un pareil recours était, du reste, discutable tant qu'on ignorait si Z _____ SA allait concourir pour l'attribution du marché.

Partant, l'objection tirée des art. 80 al. 1 lit. a et 44 al. 2 LPJA est à rejeter, la cause ne vérifiant pas les réquisits de la jurisprudence résumée au cons. 1.

3. L'annulation de la décision du 17 février 2023 de la Bourgeoisie augmenterait les chances de X _____ SA de se voir adjudger le marché litigieux, ce qui rend digne de protection, au sens des art. 80 al. 1 lit. a et 44 al. 1 LPJA, son intérêt à un contrôle juridictionnel de cette

décision ; elle a donc qualité pour recourir (cf. p. ex. ACDP A1 23 15 du 7 juin 2023 cons. 1.2 ; ACDP A1 21 266 du 29 mars 2022 cons. 1.2.1), sauf quant à sa conclusion tendant à une attribution du marché au soumissionnaire dont l'offre sera la mieux notée, si elle n'est pas elle-même dans ce cas.

4. Le recours satisfait aux autres standards de recevabilité (art. 16 al. 2 LcAIMP ; art. 80 al. 1 lit. c et 48 LPJA).

5. Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que les recourants motivent dans les formes des articles 80 alinéa 1 lettre c et 48 alinéa 1 LPJA. Il ne statue que sur la légalité de la décision contestée, non sur son opportunité (art. 16 AIMP et 16 LcAIMP ; cf. p. ex. ACDP A1 23 15 précité cons. 1.3 citant RVJ 2017 p. 30 cons. 4).

6. L'issue du procès dépend de l'application de l'art. 23 al. 1 lit. k Omp (cf. cons. 2), et donc de l'existence de connaissances ou d'informations privilégiées que Z _____ SA se serait procurées en s'acquittant d'un, voire de plusieurs, mandats antérieurs connexes, circonstance dont devrait résulter un avantage concret assez important pour empêcher d'autres soumissionnaires de la concurrencer adéquatement, sauf si l'adjudicateur prend les mesures compensatoires que la jurisprudence exige en pareil cas de lui afin de garantir l'égalité des chances entre les concurrents ; ces mesures peuvent consister à communiquer à l'ensemble des intéressés les connaissances ou les informations que l'un d'eux a obtenues lors d'une précédente adjudication se rattachant au marché à attribuer (cf. p. ex. ACDP A1 19 64 du 14 juin 2019 cons. 3.2 et les citations ; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, p. 172 ss ; Cédric Häner, in Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, N 5 ss ad art. 14 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics - LMP ; RS 172.056.1 ; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts. Eine systematische Darstellung, 3^e éd., 2013, p. 489 ss).

7. Le 31 mars 2023, la Bourgeoisie a souligné que le précédent mandat de Z _____ SA s'était limité à l'établissement d'un devis estimatif qui avait été remis à la recourante le 2 janvier 2023, après qu'elle l'eut demandé le même jour (p. 2 ch. 21 ; p. 3 ch. 29 ss).

La recourante n'a pas démenti ces assertions dont il appert que le devis en question lui est parvenu plus de dix jours avant la date de son offre (13 janvier 2013). Les notes maximales de X _____ SA aux sous-critères de la répartition des tâches et du degré de compréhension du CC (cf. tableau let. B) indiquent que ses collaborateurs sont des professionnels expérimentés, qui dans l'ordre habituel des choses, sont à même de se rendre assez rapidement compte des difficultés à surmonter lors de la préparation d'une

offre. Le recours ne mentionne, d'autre part, aucune caractéristique du marché litigieux qui ne ressortait pas du dossier de soumission, complété par le devis estimatif de Z _____ SA et que cette dernière était seule à connaître, en raison de l'établissement d'un tel devis.

8. Les généralités développées aux p. 10 ss du recours 2 mars 2023 théorisent les inconvénients qui peuvent résulter de prestations effectuées par un concurrent avant l'appel d'offres concernant le marché en cause. Elles ne soufflent mot des mesures que la jurisprudence astreint les adjudicateurs à prendre pour pallier ces inconvénients (cons. 6), et que la Bourgeoisie a indiquées, en l'espèce, au ch. 3.8 (p. 7) du CC, avant de les compléter, le 3 janvier 2023, en adressant à la recourante un exemplaire du devis estimatif de Z _____ SA. X _____ SA ne cherche non plus pas à établir que ces mesures étaient inopérantes ou insuffisantes, ce que le Tribunal n'a pas à présumer (cons. 5).

9. Le recours est rejeté, sans administration de preuves autres que celles déjà au dossier (art. 80 al. 1 lit. d, 56 et 17 LPJA) ; la requête d'effet suspensif est classée (art. 80 al. 1 lit. e et 60 al. 1 LPJA).

10. 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, de la valeur du marché litigieux, etc. ; les dépens lui sont refusés (art. 89 al. 1, 91 al. 1 et 3 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).

Cette indemnité est également refusée à la Bourgeoisie qui n'a pas expliqué pourquoi il faudrait déroger en sa faveur à l'art. 91 al. 3 LPJA privant, en règle générale, de cette indemnité les collectivités publiques obtenant gain de cause dans une instance de recours.

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est rejeté. La requête d'effet suspensif est classée.
2. X _____ SA paiera 1500 fr. de frais de justice.
3. Les dépens sont refusés à X _____ SA et à la Y _____ Bourgeoisie de A _____.
4. Le présent arrêt est communiqué à X _____ SA, à B _____, à Z _____ SA, à C _____, et à M^e Damien Revaz, à B _____.

Sion, le 29 juin 2023