

A1 23 203

ARRÊT DU 18 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 _____ **SA**, recourante, représentée par Maître Xavier Fellay, avocat, Martigny

contre

CONSEIL COMMUNAL DE Y _____, autorité attaquée, représentée par Maître Marc-André Mabillard, avocat, et **Z** _____ **SA**, représentée par Maître Guillaume Grand, avocat, tiers concerné

(marchés publics)

recours de droit administratif contre la décision du 28 août 2023

Faits

A. Le 14 avril 2023, le Conseil communal de Y _____ publia au Bulletin officiel n° xx1 (p. 27 ss) un appel d'offres en procédure ouverte, déjà paru le xx.xxxx1 sur le site simap.ch, pour des travaux de construction d'un centre scolaire (béton, béton armé, maçonnerie ; CFC 211).

Le cahier des charges (CC ; p. 13) annonçait deux critères d'adjudication : le prix (50%) et l'organisation (50%); le second se ventilait à raison de 20% pour l'expérience des personnes-clés (chef de projet ; chef d'équipe), 20% pour les références liées au projet et 10% pour le programme des travaux.

Les notes, calculées au centième, allaient s'échelonner de 0 (absence d'un document ou d'une information non éliminatoires demandés relativement au critère) à 5 (« très intéressant. Candidat qui a fourni l'information ou le document demandés par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes avec beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification »). La note 4 se définissait « bon et avantageux. Candidat qui a fourni l'information ou le document demandés par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes et qui présente quelques avantages particuliers, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification ».

Le prix devait être noté selon la courbe N3 décrite par le Guide romand des marchés publics, avec multiplication par 5 du quotient de la division du carré du montant de l'offre la plus basse par le carré du prix de l'offre examinée.

Cinq offres furent ouvertes le 2 mai 2023. Leurs montants TTC oscillaient de 1'694'853 fr. 35 à 1'453'248 fr. 30, prix qu'avancait X _____ SA ; celui de Z _____ SA, deuxième moins disante, était de 1'532'163 fr. 30

Non datée, la grille de notation donna le premier rang à Z _____ SA et le deuxième à X _____ SA.

Elle nota le prix de X _____ SA à 5 et à 4.97 le prix de Z _____ SA, en appliquant la méthode de la courbe N³ aux prix TTC après contrôle de 1'532'163 fr. 31 pour l'offre de celle-ci et de 1'527'710 fr. 07 pour l'offre de celle-là ; d'où 2.50 pts (5 x 50%) pour X _____ SA et 2.48 pts pour Z _____ SA (4.97 x 50%).

Z _____ SA obtenait la note maximale (5) à deux des rubriques du critère de l'organisation qui comptait globalement à 50% (expérience des personnes-clés 5 x 20% = 1.0 pt ; références 5 x 20% = 1.0 pt) et la note 4 à la troisième rubrique (4 x 10% = 0.4) ; d'où sa note finale de 4.88 (2.48 + 1 + 1 + 0.40) arrondie 4.89. X _____ SA était à égalité avec sa concurrente à cette troisième rubrique (4 x 10% = 0.40), mais non aux deux autres où elle avait des notes 4 et donc 0.8 pts (4 x 20%) à chacune, ce qui lui procurait une note finale de 4.50 (2.5 + 0.80 + 0.80 + 0.40).

Le 17 octobre 2023, le Conseil communal adjugea le marché à Z _____ SA pour le montant contrôlé de son offre. Il en informa le 7 novembre 2023 X _____ SA par courrier B.

Le 22 novembre 2022, l'avocat de X _____ SA relança le Conseil communal qu'il pria de répondre jusqu'au 17 novembre 2023 à des questions qu'il lui avait posées le 15 novembre 2023. Il l'avisait que sa cliente entendait recourir contre la décision municipale du 17 novembre 2022 et solliciter un effet suspensif. Le Conseil communal était ainsi invité à ne pas signer de contrat avec Z _____ SA, « (faute) de quoi le dommage subi par X _____ SA sera entièrement mis à votre charge ».

Le rappel du 22 novembre 2022 se croisa avec la réponse du même jour du président de Y _____ et du secrétaire communal à la lettre du 15 novembre 2022 de l'avocat de X _____ SA. Elle donnait à ce mandataire une série d'explications sur les notes 4 de sa cliente quant à l'expérience de ses personnes-clés et à ses références. Le président de Y _____ et le secrétaire communal soulignaient, en outre, que X _____ SA avait demandé et obtenu, le 9 novembre 2023, une copie de la grille de notation qui lui avait été envoyée par courriel ce jour-là. Le 13 novembre 2023, un de ses administrateurs avait, d'autre part, eu un entretien téléphonique avec le président de Y _____ à propos de l'utilisation des critères

B. Le 23 novembre 2023, X _____ SA conclut céans à l'annulation de la décision communale du 17 octobre 2023 et au renvoi de l'affaire à l'autorité attaquée.

L'effet suspensif lui fut accordé préprovisionnellement le 24 novembre 2023.

Z _____ SA n'usa pas de son droit de se déterminer sur le recours.

A _____ SA conclut, le 15 décembre 2023, au rejet du recours et de la demande d'effet suspensif.

Le 19 décembre 2023, le Conseil communal proposa de débouter la recourante.

Le 23 janvier 2024, X _____ SA fit valoir des remarques complémentaires.

Le Conseil communal renonça le 29 janvier 2024 à se déterminer plus avant.

A _____ SA et Conseil communal firent de même le lendemain.

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) concernant le 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 23 169 du 9 avril 2024 cons. 1).

2. On lit à l'art. 16 al. 2 aLcAIMP que « le recours, dûment motivé, doit être déposé dans les dix jours dès la notification de la décision ». Selon l'art. 34 aOcMP, dans les procédures ouvertes, la décision d'adjudication doit être notifiée à tous les soumissionnaires (al. 1) ; si l'offre de l'adjudicataire n'est pas la meilleur marché, elle doit contenir, en plus de l'indication du nom de l'adjudicataire et du montant de l'adjudication, le tableau d'évaluation des offres qui doit mentionner au minimum les critères et les éventuels sous-critères d'adjudication, leurs pondérations, ainsi que les notes obtenues par l'adjudicataire et le destinataire de la décision, respectivement le classement de ce dernier (al. 3).

3. La lettre du 7 novembre 2023 du Conseil communal à X _____ SA ne correspondait pas entièrement aux exigences de l'art. 34 aOcMP, attendu qu'elle n'incluait pas un tableau de notation.

X _____ SA a joint à son acte de recours du 29 novembre 2023, sous annexe 6, ce tableau dont la lettre du 22 novembre 2023 du président de Y _____ et du secrétaire communal expliquait à son avocat que sa cliente l'avait reçu via un courriel du 9 novembre 2023.

La recourante ne contestant pas l'exactitude cette assertion que conforte d'ailleurs le fait que le dossier ne contient aucune pièce laissant penser que le tableau de notation serait parvenu à une date différente à la connaissance de X _____ SA, on retient que la décision communale du 17 novembre 2023 fut d'abord irrégulièrement notifiée à X _____ SA lors de la remise à celle-ci de la lettre du 7 novembre 2023 du Conseil communal et que le courriel susmentionné du 9 novembre 2023 remédia à cette informalité.

4. Ni l'aLcAIMP, ni l'aOcMP ne dérogeant à l'art. 31 LPJA d'après lequel une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties, le délai de recours que devait respecter X _____ SA se calcule au plus tard dès le lendemain du 9 novembre 2023, date où la décision d'adjudication du 17 octobre 2023 lui a été notifiée comme le voulait l'art. 34 aOcMP (art. 80 al. 1 lit. d, 56 et 15 al. 1 LPJA).

Ce délai expirait en principe le 19 novembre 2023 qui était un dimanche, de sorte que son échéance était reportée au lundi 20 novembre 2023 à minuit (art. 80 al. 1 lit. d, 56, 15 al. 1 al. 2 lit. b, al. 4 LPJA et art. 78 al. 1 CO).

5. X _____ SA a posté le 23 novembre 2023 son recours qu'elle estime ne pas être tardif, en alléguant avoir reçu le 13 novembre 2023 la lettre en courrier B du 7 novembre 2023 du Conseil communal (p. 2 ch. I A du mémoire du 23 novembre 2023).

La recourante n'appuie cette version des faits que sur une citation du site Internet de la Poste où on lit que les courriers B sont distribués dans les trois jours, sauf les weekends.

Cela signifie qu'ils arrivent ordinairement au plus tard à la fin de ce laps de temps chez leurs destinataires (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 5A_70/2021 du 18 octobre 2021 cons. 3.2). Or, X _____ SA a annexé à son recours la copie de l'enveloppe d'envoi de la décision du 17 octobre 2023 qu'elle critique (annexe 3). Ladite enveloppe a un sceau postal du 8 novembre 2023 qui était un mercredi, d'où suit qu'elle ne prouve pas une notification de ce courrier B le 13 novembre 2023 plutôt que le 9 novembre 2023,

jour où la lettre du 22 novembre 2023 du président et du secrétaire communal de Y _____ situe l'envoi du tableau de notation à X _____ SA.

6. Le recours est irrecevable (art. 80 al. 1 lit. e et 60 al. 1 LPJA).

La demande d'effet suspensif est classée.

7. X _____ SA paiera un émolument de justice de 1000 fr. fixé en application des paramètres usuels de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, etc. ; les dépens lui sont refusés, de même qu'à A _____ SA qui a conclu à l'octroi de cette indemnité en intervenant dans une cause où elle n'avait pas position de partie, sans arguer représenter l'intimée Z _____ SA (art. 89 al. 1, 91 al. 1 et 3 LPJA ; art. 3 al. 3, 11, 13 al. 1, 25 LTar)

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est irrecevable.
2. La demande d'effet suspensif est classée.
3. X _____ SA paiera 1000 fr. de frais de justice.
4. Les dépens sont refusés à X _____ SA et à A _____ SA.
5. Le présent arrêt est communiqué à Maître Xavier Fellay, avocat à Martigny, pour X _____ SA, à Maître Guillaume Grand, avocat à Sion, pour Z _____ SA Sion et A _____ SA, à Maître Marc-André Mabillard, avocat à Leytron, pour le Conseil communal de Y _____.

Sion, le 18 avril 2024