

A1 20 131

ARRÊT DU 1^{ER} MARS 2021

Tribunal cantonal du Valais

Cour de droit public

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

en la cause

X _____ AG, recourante,

contre

CONSEIL COMMUNAL DE A _____, autorité attaquée, et **Y _____ SA**, tiers
concerné

(marché public)

recours de droit administratif contre la décision du 16 juillet 2020

Faits

A. Le 5 juin 2020, le Conseil communal de A _____ publia aux p. xxx ss du Bulletin officiel n° xxx un appel d'offres en procédure ouverte pour l'adjudication d'un marché de travaux de construction (remplacement de la piste de glace de la patinoire en plein air de C _____ ; CFC 246). Les critères d'adjudication indiqués à la p. 11 du cahier des charges (CC) remis aux offreurs potentiels étaient le prix (50%), l'organisation du soumissionnaire (20%) et ses références (30%). Le prix allait être noté, sur une échelle de 0 à 5, en divisant le montant de l'offre la plus basse par celui de l'offre à coter, puis en élevant le quotient à la puissance 3 avant de le multiplier par 5.

Trois offres furent ouvertes le 1^{er} juillet 2020, dont celles de X _____ AG (ci-après : X _____ AG) et celle de Y _____ SA. Le tableau dressé à cette occasion mentionnait le prix de la première à 382 542 fr. 65 et celui de la deuxième à 415 886 fr. 55. Ces montants figuraient dans des fiches préimprimées que l'adjudicateur avait prié les soumissionnaires de joindre chacun à son offre. La fiche de X _____ AG était signée et datée du 23 juin 2020. Celle de Y _____ SA n'était pas signée ; elle portait la date du 24 juin 2020.

La grille de notation, dressée le 8 juillet 2020, répertoriait notamment l'offre de X _____ AG avec un prix arrondi à 332 542 fr.65, une variante proposée par ce soumissionnaire à 336 669 fr. 25, l'offre de Y _____ SA avec un prix de 328 035 fr. 35. Elle précisait que ces prix s'entendaient TTC et après contrôle des offres. Celles dont il s'agit ici furent notées comme suit, le nombre maximum de points étant de (500, soit 250 pour le prix, de 100 pour l'organisation, de 150 pour les références) :

Critères d'adjudication	Y _____ SA		X _____ AG		Variante X _____-	
	note	points	note	points	note	points
Prix (50 %)	5	250	4.932	246.61	4.871	243.57
Organisation (50 %)	5	100	5	100	5	100
Références (30%)	5	150	5	150	5	150
Total points		500		496.61		493.57

Le 16 juillet 2020, le Conseil communal adjugea à Y _____ SA le marché du CFC 246. Il en avisa le 21 juillet 2020 X _____ AG, en l'informant que cette adjudication avait été décidée en fonction d'un prix de 328 035 fr. 35 TTC.

B. Le 30 juillet 2020, X _____ AG recourut céans. Elle soutenait que la différence entre le prix initial de l'offre de Y _____ SA et le montant auquel le Conseil communal adjugeait le marché montrait que l'intimée avait bénéficié d'une entorse à l'interdiction des négociations durant les procédures d'adjudication et d'une fausse application des règles sur le contrôle des offres. En outre, B _____ AG (ci-après B _____ AG), consultant mentionné à la page 3 du CC, avait donné sur l'offre de la recourante une opinion plus favorable que sur l'offre de Y _____ SA.

Le 18 août 2020, le Conseil communal proposa de débouter X _____ AG. Il contesta son assertion sur l'opinion qu'elle prêtait à ce consultant. D'autre part, l'offre du 24 juin 2020 de Y _____ SA présentait des erreurs de calcul qui étaient évidentes et que l'art. 19 al. 2 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100) imposait de corriger avant l'adjudication. La rectification de ces erreurs n'avait rien d'illégal. Elle suffisait à expliquer la différence entre le prix initialement avancé par l'intimée et celui retenu dans la décision attaquée.

Le 23 août 2020, Y _____ SA alléguait avoir commis « une faute d'inattention » qui l'avait amenée à chiffrer à 137 736 fr. la position « Total 7.1.2 CFC 248.2.3 Tuyauterie de piste » de son offre, alors que ces 137 736 fr. récapitulaient trois positions (tuyaux de piste de glace ; pose de rails de retour ; assemblage) auxquelles correspondaient des montants de 25 2000 fr. (tuyaux de piste de glace) ; 2 880 fr. (pose de rails de retour) ; 25 000 fr. (assemblage), d'où la réduction de ce montant à 53 580 fr. pendant les opérations de calcul des offres conduites par B _____ AG.

Les observations des 18 et 20 août 2020 du Conseil communal et de l'intimée furent communiquées le 25 août 2020 à la recourante. Elle n'utilisa pas le délai de réplique qui lui avait été fixé.

Le 3 septembre 2020, le Conseil communal écrivit qu'aucun effet suspensif n'ayant été décidé, il avait passé contrat avec Y _____ SA, de façon à pouvoir exploiter la patinoire de C _____ durant l'hiver 2020/2021.

Considérant en droit

1. X _____ AG se plaint d'irrégularités qui l'auraient privée de l'adjudication du marché litigieux ; le contrat ayant été conclu entre-temps, un arrêt qui lui accorderait gain de cause devrait se borner à constater le caractère illicite de la décision municipale du 16 juillet 2020 adjugeant ce marché à Y _____ SA (art. 18 al. 2 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics – AIMP ; v. aussi art. 17 de la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à cet accord – Lmp ; RS/VS 726.1). La recourante a agi à temps et dans les formes voulues ; elle a un intérêt digne de protection à obtenir un pareil arrêt qui pourrait faciliter ses démarches en vue d'obtenir réparation d'un préjudice qu'elle imputerait à la décision critiquée (art. 80 al.1 lit. a-c, 44 al. 1 lit. a, 46 et 48 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives - LPJA ; RS/VS 172.6 ; art. 15 et 16 Lmp ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_6/2020 du 20 novembre 2020 cons. 1.2).

Cet intérêt est d'autant plus net que l'offre de Ast Eissport SA était la plus basse des trois offres ouvertes le 1^{er} juillet 2020, avantage qu'elle a perdu dans le tableau d'évaluation du 8 juillet 2020 où l'offre de Y _____ SA est devenue la moins disante, alors que le prix était pondéré à 50% et que ses concurrentes étaient créditées d'un nombre identique de points aux deux autres critères.

2. Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs des recourants qui doivent les motiver correctement ; il n'examine que la légalité de la décision attaquée, non son opportunité (art. 16 al. 1 et 2 AIMP ; art. 16 Lmp ; ACDP A1 20 134 du 20 janvier 2021 cons. 2 ; RVJ 2017 p. 30 cons. 4).
3. Fondé sur une délégation législative (art. 2 Lmp), l'art. 14 Omp énonce que l'offre doit être écrite et complète et qu'elle ne peut être modifiée à l'échéance du délai, sous réserve de l'art. 19 al. 2 de cette ordonnance prescrivant que des erreurs évidentes telles que des erreurs de calcul et d'écriture sont corrigées. Cette correction s'opère lors du contrôle (cf. intitulé de l'art. 19 Omp) des offres en vue de l'établissement d'un tableau comparatif (al. 3) où elles sont examinées sur le plan technique et comptable (al. 3), le cas échéant compte tenu d'explications que l'adjudicateur peut exiger de ses offreurs (art.20 Omp), en veillant à éviter que ses demandes d'éclaircissements ne soient assimilables à des rondes de négociation prohibées par l'art. 21 Omp (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2D_33/2019 du 25 mars 2020 cons. 2.1 et les citations).

L'existence d'une erreur évidente au sens de l'art. 19 al. 2 Omp suppose que la teneur littérale d'un passage de l'offre ou un calcul qui y figure ne puissent être objectivement compris comme exprimant ce que le soumissionnaire voulait dire. L'erreur doit être détectable à la simple lecture de l'offre, sans que son auteur ait à être interrogé là-dessus. La correction de ce type d'erreur doit se limiter à ce qui est nécessaire à la détermination du véritable contenu de l'offre et de l'intention qu'avait le soumissionnaire en la formulant (cf. art. 18 al. 1 CO). Cette intention devant être élucidée prioritairement au vu de l'offre et des circonstances de sa formulation, les explications que l'offreur fournit ultérieurement, p. ex. sur la base de l'art. 20 Omp, ne sont pertinentes que si elles révèlent de manière indubitable ce qu'il avait à l'esprit en avançant cette offre (arrêt du Tribunal fédéral 2D_64/2019 du 17 juin 2020 cons. 3 avec renvois à la doctrine et à la jurisprudence).

4. Le tableau suivant reprend les prix offerts par Y _____ SA pour ses prestations et les corrections que leur ont apportées B _____ AG, puis le Conseil communal. Il laisse de côté les répercussions de ces écarts sur le calcul du rabais et de la TVA que la recourante ne discute pas (cf. cons. 2).

Numéro	Libellé	Prix selon offre du 24 juin 2020	Prix après correction B _____ AG / Conseil communal
246.1	Travaux préparatoires	6220 fr.	6220 fr.
246.2	Piste de glace	369 709 fr. 60	283 866 fr. 40
246.2.1	Etanchéité	20 952.00	20 952.00
246.2.2	Collecteurs	41 641 fr. 60	41 089 fr. 60
246.2.3	Tuyauterie de piste	137 736	53 580 fr.
246.2.4	Couverture de sable	19 340 fr.	18 204 fr. 80
246.2.5	Couverture supérieure reliée	150 040 fr.	150 040 fr.
246.3	Toison de couverture	2537 fr. 00	2516 fr. 75

246.4	Mise en service	2200 fr.	2200 fr.
246.5	Mise en scène	3450 fr.	3450 fr.
246.6	Services	22 360 fr.	22 360 fr.
Total		406 476 fr. 60	320 613 fr. 15
Rabais (5 %)		- 20 383 fr. 83	- 16 030 fr. 66
Total avec rabais		386 152 fr. 77	304 582 fr. 49
Escompte (2 %)		- 7 723 fr. 06	Non pris en considération
Total avec escompte		378 429 fr. 71	
TVA 7.7 %		29 139 fr. 09	23 452 fr. 85
Total y c. TVA		407 568 fr. 10	328 035 fr. 34

La rubrique 246.2.2 (collecteurs) regroupe quinze montants. Y _____ SA a inexactement calculé leur total à 41 041 fr. 60 alors qu'il était de 41 888 fr. 40, dont 800 fr. de trop, car l'un des 15 montants était de 960 fr. et représentait le prix de 4 coudes de tuyaux à 40 fr. l'unité. L'adjudicateur a redressé à bon droit ces deux erreurs patentes qui correspondaient aux réquisits de l'art. 20 al. 2 Omp. La remarque vaut pour la rubrique 246.2.3 (tuyauterie de piste) qui récapitulait trois montants (25 200 fr. ; 25 500 fr. ; 2880 fr.) dont l'intimée fixait la somme à 137 736 au lieu de 53 580 fr. et pour la rubrique 246.2.4 (couverture de sable) : à l'un de ces trois postes, un prix unitaire de 8.98 fr. était multiplié par 1760 m², ce qui donnait 15 804 fr. 80 au lieu des 15 800 fr. figurant à cette position qui s'ajoutaient à deux autres de 1200 francs. Y _____ SA se trompait en arrêtant la somme de ces trois montants à 19 304 fr. au lieu de 18 204 fr. 80. On voit ainsi que l'écart de 85 823 fr. 20 entre le prix de la piste de glace (rubrique 246.2) tel que calculé par l'intimée dans son offre du 24 juin 2020 (369 709 fr. 60) et ce prix tel que contrôlé par B _____ AG, puis retenu par le Conseil communal (283 866 fr. 40) ne présente aucune anomalie sous l'angle de l'art. 19 Omp.

Il en va de même pour la différence de 20 fr. 25 (2537 – 2516 fr. 75) à la rubrique 246.3 (toison de couverture) : la page 4 de l'offre de Y _____ SA chiffrait à 2537 fr. en additionnant inexactement les 2464 fr. et les 52 fr. 75 figurant à sa page 26 pour cette prestation.

5. On ne s'attardera pas sur le point de savoir si B _____ AG préférerait l'offre de X _____ AG. Dans l'affirmative, cela ne signifierait pas encore que son offre ait été économiquement la plus avantageuse dans l'acception de l'art. 13 lit. f AIMP et de l'art. 31 al. 1 Omp, soit l'offre qui satisfaisait le mieux aux trois critères d'adjudication énumérés dans le CC.

6. Le recours est rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 LPJA).

7. X _____ AG paiera un émoulement de justice de 1800 fr. fixé 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 rejeté.
2. X _____ AG paiera 1800 fr. de frais de justice.
3. Le présent arrêt est communiqué à X _____ AG, à Y _____ SA, et au Conseil communal de A _____.

Sion, le 1^{er} mars 2021