

A1 22 170

ARRÊT DU 28 FEVRIER 2023

Tribunal cantonal du Valais

Cour de droit public

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

en la cause

X _____, de siège social à Sion, recourante, représentée par Maître Basile
Couchepin, avocat à Martigny

contre

CONSEIL D'ETAT DU VALAIS, à Sion, autorité attaquée, et **Y** _____,
3970 Salquenen, tiers concerné, représenté par Maître Philippe Pont, avocat à Sion

(marché public)

recours de droit administratif contre la décision du 7 septembre 2022

Faits

A. Le xxx 2022, le Service Immobilier et patrimoine (SIP) du Département des finances et de l'énergie (DFE) publia au Bulletin officiel n° xxx (p. xxx) et sur le site simap.ch un appel d'offres en procédure ouverte pour un marché de travaux de construction d'un nouveau Lycée-Collège au Cours Roger Bonvin à Sion. Le ch. 2.4 des avis indiquait la division de ce marché en six lots, et la faculté des concurrents de limiter leur offre à un seul lot. Les travaux de plâtrerie (CFC 271) et de peinture intérieure (CFC 2851) composaient le lot n° 3.

A leur p. 13, les documents de soumission auxquels les avis renvoyaient quant aux critères d'adjudication mentionnaient à cet égard pour le lot n° 3 : (1) le prix et la crédibilité (70% ; 50% pour le montant de l'offre financière ; 20% pour la crédibilité du prix) ; (2) l'organisation (30%), facteur servant à évaluer à la fois l'organisation du soumissionnaire (10%) et les références liées à l'objet (20%), sans que leur nombre puisse dépasser trois. Ces critères et leurs subdivisions allaient être notés sur une échelle de 0 à 5. Pour le montant de l'offre financière, l'offre avançant le prix le plus bas (offre_{min}) devait recevoir la meilleure note (5), les autres étant cotées selon une formule où le prix de l'offre_{min} serait divisé par celui de l'offre dont il s'agissait, le quotient étant ensuite porté au cube, avant d'être multiplié par 5. La crédibilité de l'offre allait être évaluée en fonction de la moyenne de tous les prix s'il y avait plus de cinq offres. L'adjudicateur avait fixé de part et d'autre de cette moyenne un pourcentage (+ 10% / - 5%) à partir duquel une note dégressive serait attribuée au prix proposé par le candidat, le prix qui se situerait au-delà de + 60% / - 30% de ladite moyenne obtenant la note 0 (p. 14).

B. Le procès-verbal d'ouverture des offres dressé le 28 juin 2022 en répertoriait sept pour le lot n° 3. La plus basse (409 741 fr. 70) était celle de l'entreprise individuelle Y _____. Le deuxième moins-disant était X _____ (593 528 fr. 40).

C. Un tableau de notation du 16 août 2022 classa en tête l'offre de Y _____, devant l'offre de X _____, en les cotant comme suit, une fois le prix de la première rectifié, après contrôle, à 409 735 fr. 90 au lieu de 409 741 fr. 70 :

Critères d'adjudication	Y _____		X _____	
	note	points	note	points
Montant de l'offre financière (50%)	5	2.5	1.64	0.82
Crédibilité du prix (20%)	0	0	4.70	0.94
Organisation du soumissionnaire (10%)	2.50	0.25	2.50	0.25
Références (20%)	5	1	4.67	0.93
Total des points		3.75		2.94

Le 7 septembre 2022, le Conseil d'Etat adjugea le marché à Y _____ pour le prix de son offre (409 735 fr. 90 y c. TVA de 7.7% et frais).

Le 12 septembre 2022, cette décision fut expédiée en recommandé aux soumissionnaires, à qui elle mentionnait leur droit de recourir céans dans les dix jours dès sa notification.

D. Le 6 octobre 2022, le SIP fit suivre au greffe un recours que X _____ lui avait adressé le 30 septembre 2020. Il joignit à cet envoi une feuille de suivi postal montrant que X _____ avait été invitée le 13 septembre 2022 à retirer dans les sept jours la lettre recommandée du 12 septembre 2022 et que, celle-ci n'ayant pas été réclamée, elle avait été retournée, le 21 septembre 2022, au SIP qui avait derechef envoyé ce pli à sa destinataire, cette fois en courrier A. Soulignant que ce second envoi ne déclenchait pas un délai de recours distinct de celui que X _____ aurait dû respecter à partir de la fin du délai de garde de sept jours, le SIP arguait de la tardiveté des critiques formulées le 30 septembre 2022.

Priée, le 7 octobre 2022, de se déterminer là-dessus, X _____ observa le, 14 octobre 2022, qu'elle était en droit de recourir dans les dix jours à compter du lendemain de celui marquant la fin du délai de garde.

Le 18 octobre 2022, une décision incidente lui donna raison sur ce point et rejeta le moyen pris de la tardiveté du recours (art. 16 al. 2 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. 80 al. 1 lit. d, 56 et 15 al. 1 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives - LPJA - RS/VS 172.6).

Le 2 novembre 2022, le SIP proposa néanmoins, au nom du Conseil d'Etat, de déclarer le recours irrecevable aussi bien pour tardiveté que pour non-conformité aux règles de motivation, subsidiairement de le rejeter.

Le 15 novembre 2022, Y _____ conclut au rejet du recours.

Usant le 28 novembre 2022 de son droit de présenter des remarques complémentaires, X _____ avança des conclusions tendant à l'adjudication du marché à elle-même pour le montant de sa propre offre, subsidiairement au renvoi de la cause au Conseil d'Etat pour nouvelle décision.

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

Considérant en droit

1. X _____ a envoyé le 30 septembre 2022 le recours que le SIP a correctement transmis au greffe, comme le lui prescrivait les art. 80 al. 1 lit. d, 56 et 7 al. 3 LPJA.
2. L'adjudicateur reconnaît que ce recours respecte le délai de dix jours de l'art. 16 al. 2 LcAIMP si on le calcule dès le lendemain (art. 15 al. 1 LPJA) de la fin du délai de garde de sept jours, pendant lequel un administré peut aller chercher au bureau de poste une lettre recommandée dont le facteur lui signale l'existence en déposant dans sa boîte aux lettres ou dans sa case postale un avis lui mentionnant ce droit à la suite d'un essai infructueux de lui remettre directement ce pli (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2C_74/2023 du 8 février 2023 cons. 2.4).

L'autorité attaquée voudrait toutefois que cette pratique ne « profite qu'au destinataire qui a effectivement retiré le recommandé durant le délai de garde et non à celui qui n'a pas pris la peine de le retirer, ceci afin d'assurer une égalité de traitement entre l'ensemble des parties à la procédure ». D'où une réitération de l'objection de tardiveté du recours, nonobstant la décision incidente du 18 octobre 2022), également contestée sous l'angle de la bonne foi (ch. I 1.1, p. 1 ss du mémoire du 2 novembre 2022 du SIP).

La solution consistant à assimiler le dernier jour du délai de garde à une notification fictive marquant le début du délai de recours tient précisément compte de l'égalité de traitement garantie à l'art. 8 Cst féd. et de son art. 5 al. 3 exigeant de l'Etat et des particuliers qu'ils agissent de manière conforme aux règles de la bonne foi. Elle évite, en

effet, de procurer un avantage indu aux administrés qui s'abstiennent de donner suite aux avis postaux leur indiquant le délai de garde et qui, sans la pratique en cause, pourraient retarder indéfiniment l'entrée en force de décisions postées en recommandé.

L'objection susvisée du SIP reste infondée (art. 80 al. 1 lit. b, 46 al. 2 et 14 al. 1 LPJA).

3. Le 28 novembre 2022, la recourante a fait étoffer par son avocat l'acte plus succinct qu'elle avait interjeté le 30 septembre 2022. Ce mémoire complémentaire remédie à l'absence initiale, soulignée par le SIP, d'explications sur la qualité pour recourir de X _____. Il étaye, en outre, l'unique grief que cette dernière avait soulevé le 30 septembre 2022 à propos du caractère anormalement bas qu'elle prêtait à l'offre de Y _____.

Partant, le recours correspond désormais aux standards de motivation des art. 80 al. 1 lit. c et 48 al. 2 LPJA et de l'art. 16 al. 2 LcAIMP.

4. Si X _____ a gain de cause, elle obtiendra l'exclusion de l'offre de Y _____ et la sienne passera au premier rang du tableau de notation ; ayant une chance sérieuse de se voir adjuger le marché litigieux, elle a qualité pour agir (art. 80 al.1 lit. a, 44 al. 1 lit. a LPJA ; cf. ACDP A1 22 156 du 4 janvier 2023 cons. 1.2 ; v. aussi arrêt du Tribunal fédéral 2C_365/2022 du 19 janvier 2023 cons. 1.4.1).

Le dossier suffit à l'éclaircissement des faits ; l'administration d'autres preuves est superflue (art. 80 al. 1 lit. d, 56 et 17 ss LPJA).

5. 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 LcAIMP ; ACDP A1 22 99 du 5 octobre 2022 cons. 2 citant RVJ 2017 p. 30 cons. 4).

6. Edicté sur délégation législative (art. 2 LcAIMP), l'art. 20 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (OcMP ; RS/VS 726.100) prescrit à l'adjudicateur qui reçoit une offre anormalement plus basse que les autres de demander des renseignements au soumissionnaire pour vérifier que celui-ci respecte les conditions de participation et peut satisfaire les conditions du marché. L'adjudicateur peut également aménager une expertise ou exiger du soumissionnaire des conditions particulières. L'art. 23 al. 1 lit. g OcMP prévoit l'exclusion des offres qui ne couvrent pas le prix de revient.

Ces textes promeuvent, en sus de la transparence de la procédure et d'une utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 2 lit. c AIMP), une concurrence efficace

entre les offreurs, qui doivent être traités impartialement et sur un pied d'égalité (art. 1 al. 2 lit. a et b AIMP). Une telle concurrence impliquant que les soumissionnaires puissent déterminer avec une liberté suffisante, mais en s'abstenant de toute illégalité la formation de leur prix, il leur est loisible d'articuler des prix de sous-enchères dont l'adjudicateur pourra de son côté tirer parti en acceptant une offre dont les investigations évoquées à l'art. 22 OcMP auront établi qu'elle est inférieure au prix de revient. Cette acceptation n'est cependant conforme au droit que s'il y a de bonnes raisons de penser que l'offre est en cause économiquement la plus avantageuse au sens de l'art. 13 lit. f AIMP, en particulier sous l'angle du rapport prestation/prix et des autres critères fixés pour le marché (art. 31 al. 1 OcMP). Dans cette hypothèse, l'adjudicateur ne contrevient à aucun des objectifs de l'art. 1 al. 2 AIMP.

L'art. 23 al. 1 lit. g OcMP ne signifie donc pas que toute offre inférieure au prix de revient est à exclure, mais qu'une pareille offre, qui est une offre anormalement basse dans l'acception de l'art. 22 OcMP, sera frappée d'exclusion si les renseignements donnés par le soumissionnaire sur son prix, ou une expertise de son offre convainquent que l'intéressé maîtrise mal son métier et n'est, de ce chef, pas en situation d'exécuter valablement le marché. La jurisprudence admet, d'autre part, que l'adjudicateur puisse, au lieu d'exclure des offres de ce genre, les inclure dans la comparaison des offres qu'il a reçues et en les créditant de notes plus basses, de manière à tenir compte des déficiences dont un prix trop bas peut être l'indice (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2C_365/2022 du 19 janvier 2023 cons. 5.3 et les citations ; ACDP A1 17 211 du 1^{er} mars 2018 cons. 3.5.1 citant RVJ 2017 cons. 4.2 p. 36 ; D. Di Cicco, Le prix en droit des marchés publics, p. 393 ss).

7. En l'occurrence, le dossier prouve que l'architecte indiqué dans le cahier des charges (p. 10) comme mandataire de l'adjudicateur a prié le 20 juillet 2022 Y _____ de confirmer les prix figurant dans son offre en signant une série de copies de feuilles de cette offre. L'intimé l'a fait par courriel du lendemain auquel étaient annexées ces copies munies de sa signature.

Aux p.3 ss de son mémoire du 28 novembre 2022, X _____ reproche au Conseil d'Etat d'avoir décidé en faveur de Y _____ sans opérer de vérifications plus approfondies, dont l'omission violerait l'art. 23 al. 1 lit. g OcMP.

8. Ce grief tombe à faux parce que la question de savoir si le prix assez bas de l'offre de Y _____ dénotait une incapacité de s'acquitter valablement des prestations afférentes au marché à adjuger pouvait être résolue p. ex. déjà au vu des références

jointes à son offre. La recourante ne soutient pas que ces références ne sont pas comparables au marché litigieux, ni que les prestations de l'intimé dans ces autres marchés avaient été insuffisantes. Elle ne conteste pas davantage sa note de 4.67, inférieure à celle de l'intimé (5) à ce critère, ni les notes égales (5) que celui-ci et elle-même ont eue au critère de l'organisation.

La recourante perd également de vue que la notation du prix était influencée par la répartition de ce critère pesant globalement 70 % en deux sous-critères : le montant de l'offre financière (50%) et la crédibilité du prix (20 %). Sur ce dernier, la note de l'intimé a été de 0, car la méthode arrêtée pour sa fixation pénalisait de cette façon les prix inférieurs de 30% ou plus à la moyenne des offres.

Il s'ensuit que l'adjudicateur a statué en tablant sur des considérations pertinentes au regard des art. 20 et 23 al. 1 lit. g OcMP pour rendre sa décision, sans que l'attractivité du prix de l'offre de Y _____ influence illégalement l'attribution du marché.

9. Le recours est rejeté eu égard à ce qui précède (art. 80 al. 1 let. e et 60 LPJA).

10. X _____ paiera un émolument de justice de 1500 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). Elle versera à Y _____ 1500 fr. de dépens, débours et TVA compris ; leur montant est calculé au tarif légal, compte tenu du volume de travail effectivement nécessaire, pour une défense adéquate du créancier par son avocat (étude du dossier, préparation et rédaction d'un mémoire de trois pages), et des autres critères usuels (art. 91 al. 1 et 2 LPJA ; art. 4, 27, 39 LTar).

Prononce

1. Le recours est rejeté.
2. X _____ paiera 1500 fr. de frais de justice et versera 1500 fr. de dépens à Y _____.
3. Le présent arrêt est communiqué à Maître Basile Couchepin, avocat à Sion, pour X _____, à Maître Philippe Pont, avocat à Sion, pour Y _____, et au Conseil d'Etat, à Sion.

Sion, le 28 février 2023