

VS_GERICHTE A1 23 42 vom 29. Juni 2023

VS Kantonsgericht, 2023-06-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 23 42](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_23_42)

FR: VS_GERICHTE A1 23 42 du 29 juin 2023

IT: VS_GERICHTE A1 23 42 del 29 giugno 2023

Regeste

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

Erwägungen

E. 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

- 5 - 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).

E. 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.

E. 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 requisits de la jurisprudence résumée au cons. 1.

E. 3

L'annulation de la décision du 17 février 2023 de la Bourgeoisie augmenterait les chances de X _____ SA de se voir adjuger 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

- 6 - décision ; elle a donc qualité pour recourir (cf. p. ex. ACDP A1 23 15 du 7 juin 2023 cons.

E. 4

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

E. 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).

E. 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, 3e éd., 2013, p. 489 ss).

E. 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

- 7 - 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.

E. 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).

E. 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).

E. 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.

- 8 -