

A1 22 156

ARRÊT DU 4 JANVIER 2023

Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public

Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, juges ; Elodie Cosandey, greffière

en la cause

X _____, de siège social à A _____, recourante, représentée par Maître Philippe Nantermod, avocat, à Monthey

contre

COMMUNE B _____, à C _____, autorité attaquée, représentée par Maître Jean-Paul Salamin, avocat, à Sierre, et **Y** _____, de siège social à C _____, adjudicataire

(Marché public ; procédure de gré à gré)

recours de droit administratif contre la décision du 31 août 2022

Faits

A. Le 1^{er} juillet 2022, la commune B _____ (ci-après : la commune) a adressé à neuf entreprises un courrier intitulé « Appel d'offre – Déblaiement des parkings à A _____ ». Elle y fixait un délai au vendredi 15 juillet 2022 à 16 h pour lui envoyer une offre et avait joint, à titre indicatif, le contrat qui serait conclu si l'offre était retenue, en sus du plan des parkings concernés ainsi que du document de soumission à remplir. Ce dernier consistait en une page de titre avec le montant net de l'offre proposée et les coordonnées du soumissionnaire, une liste de prix par poste et une troisième et dernière page avec les conditions générales s'appliquant à l'exécution des prestations (lieu, durée, horaire, etc.).

Le 4 juillet 2022, le service technique de la commune a transmis par courriel les mêmes documents à X _____ en lui précisant que le terme pour soumettre une offre était arrêté au 15 juillet 2022. Cette société a déposé son offre le 12 juillet 2022 pour un montant de 41 083 fr. 80.

B. Le 31 août 2022, la commune a indiqué à X _____ que son offre n'avait pas été retenue, pour des raisons de coût. En annexe à ce courrier se trouvait un tableau d'ouverture des offres, duquel il ressortait que quatre entreprises avaient déposé des offres, la moins chère étant celle de Y _____ pour un montant de 41 679 fr. 90. Selon ce tableau, l'offre de X _____ était la deuxième meilleure marché avec un prix s'élevant à 41 922 fr. 20.

Par courriel du 1^{er} septembre 2022, X _____ s'est plainte à la commune du fait que le rabais et l'escompte n'avaient pas été pris en considération et a demandé à ce que le « tableau d'adjudication » soit revu afin de les inclure pour chaque société.

Le 8 septembre 2022, la commune a expliqué à X _____ que le marché avait été adjudgé sous la forme d'une procédure de gré à gré concurrentiel, dans laquelle l'attribution pouvait se faire librement, sans critère d'adjudication. La commune s'était donc ensuite contentée de contacter chaque soumissionnaire pour lui indiquer si son offre avait été retenue ou si tel n'était pas le cas.

C. Le 12 septembre 2022, X _____ a conclu céans à l'admission du recours et à ce que le marché lui soit attribué, subsidiairement, à l'annulation de la décision du 31 août 2022 et au renvoi de la cause à la commune pour nouvelle décision et, encore plus subsidiairement, au constat de l'illicéité de la décision du 31 août 2022. Elle a requis des dépens et sollicité, à titre préalable, l'octroi de l'effet suspensif et le prononcé d'une

interdiction de conclure le contrat pour le marché concerné. A l'appui de ses conclusions, cette société a d'abord soutenu que la procédure suivie par la commune était une procédure sur invitation et non une procédure de gré à gré concurrentiel. Elle ne pouvait donc pas s'écarter des règles applicables à la procédure sur invitation en cours de route pour confier le marché à un concurrent sans tenir compte des critères objectifs qu'elle avait fixés, à savoir en particulier le prix. Elle a ensuite invoqué une violation du droit d'être entendu au motif que la décision ne contenait pas l'ensemble des informations requises dans une décision d'adjudication au sens de l'art. 34 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100), ni n'indiquait les voies de recours. Dans un dernier grief, X _____ a contesté le choix de la commune de ne pas prendre en compte l'escompte de 2 % inclus dans son offre, alors que le document de soumission prévoyait cette possibilité, de sorte qu'elle avait déposé l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le 13 septembre 2022, le recours a été mis au bénéfice de l'effet suspensif décidé à titre superprovisionnel.

Le 3 octobre 2022, la commune a déposé son dossier et proposé de déclarer le recours irrecevable, sous suite de frais et dépens. Elle a maintenu que la procédure suivie pour adjuger le marché était celle du gré à gré concurrentiel, de sorte que la voie du recours n'était pas ouverte.

Répliquant le 18 octobre 2022, X _____ a maintenu l'entier des considérations émises dans son recours.

Par courrier du 18 octobre 2022 [*recte* : 12 décembre 2022], X _____ a indiqué que Y _____ avait déblayé la neige sur le territoire de la commune, nonobstant l'effet suspensif accordé au recours.

Cette écriture a été communiquée le 13 décembre 2022 à la commune ainsi qu'à l'adjudicataire, pour information.

L'adjudicataire n'a déposé aucune détermination céans.

Considérant en droit

1.1 L'adjudication est une décision au sens de l'art. 5 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RS/VS 172.6) . Elle peut en principe être contestée c'éans dans un délai de dix jours dès sa notification (art. 15 et 16 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. 15 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 [AIMP ; RS/VS 726.1-1]). En l'occurrence, le recours du 12 septembre 2022 contestant la décision d'adjudication du 31 août 2022, reçue au plus tôt le lendemain, est intervenu dans le délai légal (art. 16 al. 2 LcAIMP ; art. 15 al. 4, 80 let. b et 46 LPJA ; art. 78 al. 1 du Code suisse des obligations du 30 mars 1911 [CO ; RS 220]). Il respecte en outre les formes légales (art. 80 al. 1 let. c et 48 LPJA).

1.2 La recourante, qui est l'une des concurrentes sollicitées par le pouvoir adjudicateur pour déposer une offre, laquelle est la deuxième moins chère des offres reçues selon le tableau d'ouverture des offres, dispose en principe d'un intérêt digne de protection (ATF 141 II 14 consid. 4.6 à 4.8 ; RVJ 2017 p. 30 consid. 2 ; Manuel Jacquier, Le « gré à gré exceptionnel » dans les marchés publics, thèse Genève/Zurich/Bâle 2018, n. 805, p. 533).

1.3 Toutefois, le pouvoir adjudicateur soutient avoir suivi la procédure de gré à gré concurrentiel pour passer le marché, de sorte que la voie du recours ne serait pas ouverte à l'encontre de sa décision en vertu de l'art. 12 al. 2 LcAIMP. La recourante estime pour sa part qu'il s'agissait d'une procédure sur invitation au sens de l'art. 11 LcAIMP. Il convient donc de trancher cette question en premier lieu, pour déterminer la recevabilité du recours du 12 septembre 2022.

2.1.1 Selon les art. 7 al. 1^{bis} et 12^{bis} al. 2 AIMP, ainsi que selon l'annexe 2 de cet accord intercantonal, pour les marchés de prestations de services qui ne sont pas soumis aux traités internationaux, la procédure de gré à gré est applicable si le marché en cause a une valeur de 150 000 fr. au plus ; à partir de ce seuil, ces marchés peuvent être passés dans une procédure sur invitation jusqu'à un montant de 250 000 francs. Au-delà de ce seuil, la procédure ouverte ou la procédure sélective deviennent applicables. L'art. 12^{bis} al. 3 AIMP laisse aux cantons la faculté d'abaisser ces valeurs seuils dans leurs dispositions d'exécution qui doivent rester conformes à l'AIMP (cf. ses art. 3 et 4 al. 2 let. c). L'art. 8 al. 4 LcAIMP prévoit, à cet égard, que les marchés de services dont la valeur est inférieure à 150 000 fr. peuvent être passés de gré à gré. A partir de 150 000 fr. et

jusqu'à 250 000 fr., ils peuvent être passés selon la procédure sur invitation. Dès 250 000 fr., ils doivent être passés soit selon la procédure ouverte, soit selon la procédure sélective. L'art. 8 al. 1 LcAIMP permet toutefois à l'adjudicateur de choisir dans tous les cas une procédure de rang supérieur à celle qui correspond à la valeur seuil, tout en l'astreignant à respecter dans cette hypothèse les règles et les conditions fixées pour la procédure ainsi choisie.

2.1.2 Dans la procédure sur invitation, l'adjudicateur demande sans appel d'offres au moins cinq offres à des entreprises ou des prestataires qualifiés (art. 11 LcAIMP). L'art. 6 al. 1 de l'ordonnance sur les marchés publics (OcMP ; RS/VS 726.100) règle le contenu minimal des documents d'appel d'offres dans une procédure sur invitation en prescrivant qu'ils doivent spécifier, entre autres modalités, le type de procédure (let. b), la durée de validité de l'offre (let. h), les personnes autorisées à assister à l'ouverture des offres, la date, l'heure et le lieu de l'ouverture (let. i), et tous les critères d'adjudication et leur pondération (let. m). Par ailleurs, conformément à l'art. 10 al. 4 let. a OcMP, le délai pour le dépôt d'une offre ne peut être inférieur à 20 jours depuis l'invitation dans la procédure sur invitation.

2.1.3 Sont des marchés de gré à gré ceux où l'adjudicateur demande une offre directement à une entreprise ou à un prestataire (art. 12 al. 1 LcAIMP), sans procéder à un appel d'offres au sens strict ni à une publication (art. 12 al. 1 let. c AIMP et 20 al. 2 LcAIMP).

La procédure de gré à gré concurrentiel (ou comparatif) est un cas spécial de procédure de gré à gré. A certaines conditions, elle autorise l'adjudicateur à demander des offres à plusieurs soumissionnaires de son choix, à les comparer et à négocier dans le cadre d'une procédure sans formalisme (Yasmine Sözerman, Procédure de gré à gré – Fardeau de la preuve et autres questions choisies *in* Jean-Baptiste Zufferey / Martin Beyeler / Stefan Scherler [éd.], *Marchés publics 2022*, Zurich/Genève 2022 n. 71, p. 281). Ainsi, la procédure de gré à gré concurrentiel consiste à adjuger un marché de gré à gré (parce que sa valeur le permet) et donc à en négocier les termes avec l'adjudicataire mais en demandant une offre simultanément à plusieurs concurrents. Selon cette définition, l'institution du gré à gré concurrentiel se distingue clairement de la procédure d'appel d'offres (Manuel Jacquier, *op. cit.*, n. 742, p. 485). Un tel procédé vise surtout à conserver une procédure rapide, bon marché et facile dans le cadre de l'attribution de petits mandats et à éviter la lourdeur d'une procédure sur invitation et de ses exigences de forme (cf. à ce sujet Peter Galli et al., *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd. 2013, n. 371, p. 167 s.).

La procédure de gré à gré concurrentiel est en particulier admise pour des prestations simples, où le critère du prix est le seul déterminant ou est clairement prépondérant (Olivier Rodondi, Les marchés de gré à gré *in* Jean-Baptiste Zufferey / Hubert Stöckli [éd.], Marchés publics 2014, Zurich 2014, n. 35, p. 195). Il doit exister un rapport raisonnable entre les moyens de procédure mis en œuvre et l'importance du marché à adjuger ; une procédure formelle n'a en effet pas à être organisée pour le moindre marché et les décisions correspondantes n'ont pas toujours à revêtir la forme d'une décision attaquable indépendamment de la valeur du marché. Un tel régime serait incompatible avec la pratique (ATF 137 II 313 consid. 2.2 et 131 I 137 consid. 2.4). En d'autres termes, le seul fait de demander plusieurs offres n'implique pas à lui seul le passage de la procédure de gré à gré à la procédure sur invitation (Peter Galli et al., *op. cit.*, n. 372, p. 168 ; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, n. 249, p. 154 s.). Le pouvoir adjudicateur doit cependant respecter les principes du droit administratif que sont l'interdiction de l'arbitraire, la bonne foi et l'organisation d'une procédure équitable (Olivier Rodondi, *op. cit.*, n. 29, p. 190 s. ; Peter Galli et al., *op. cit.*, n. 376, p. 170), même si les principes du droit des marchés publics (économicité, transparence, concurrence) ne s'appliquent que sous forme affaiblie dans les procédures de gré à gré (Yasmine Sözerman, *op. cit.*, n. 7, p. 271).

En Valais, le Service administratif et juridique du Département de l'économie, de l'énergie et du territoire (aujourd'hui le Département de l'économie et de la formation) a publié en janvier 2016 quelques recommandations en lien avec le gré à gré concurrentiel, afin de limiter les dérives constatées dans la pratiques (ci-après : recommandations du SAJ). Selon ce document, l'utilisation du gré à gré concurrentiel est admissible uniquement pour des travaux ou des prestations simples, ne présentant aucune complexité (ch. 1). L'adjudicateur ne doit pas créer chez les soumissionnaires approchés l'impression qu'il mène en réalité une procédure sur invitation déguisée. La demande d'offre doit à cet égard clairement faire ressortir que la procédure utilisée est la procédure de gré à gré (ch. 2). Le nombre de soumissionnaires approchés ne devrait jamais dépasser cinq, qui est en Valais le nombre minimum d'offres à demander dans le cadre de la procédure sur invitation. Pour cette raison, il est recommandé de se limiter à trois offres (ch. 3). Seule une offre financière portant sur le prix peut être demandée sur la base d'un cahier des charges comprenant le descriptif des travaux ou prestations et aucune autre information ne doit être réclamée (ch. 4). Aucune négociation sur le prix, sous quelque forme que ce soit, ne devrait intervenir avant l'attribution du marché (ch. 5). Enfin, il appartient à l'adjudicateur de vérifier que le soumissionnaire choisi respecte les dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et de salaire et qu'il est en règle avec le paiement des charges sociales. A cet égard,

le formulaire établi par le service de protection des travailleurs et des relations du travail doit être joint à l'offre (ch. 6).

2.1.4 La distinction entre le gré à gré concurrentiel et la procédure sur invitation n'est pas toujours évidente à opérer. Celle-ci exige le respect de quelques formalités, notamment l'établissement d'un bref cahier des charges avec des critères d'adjudication pondérés, la remise des documents relatifs aux assurances et impôts, l'établissement d'un procès-verbal d'ouverture des offres, la rédaction d'un bref rapport d'adjudication et la notification des décisions avec indication des voies de recours (Olivier Rodondi, *op. cit.*, n. 35, p. 195). Le pouvoir adjudicateur doit avoir une approche transparente et précise de la procédure qu'il va effectivement appliquer et ne peut mélanger les genres. S'il opte pour du gré à gré concurrentiel, il doit faire en sorte de ne pas créer chez les soumissionnaires l'impression qu'il a choisi la procédure sur invitation. Une telle impression proviendra par exemple du fait que l'adjudicateur aura informé tous les soumissionnaires démarchés qu'il les met en concurrence et que leurs offres seront évaluées sur la base de critères qu'il annonce, ou encore s'il exige des informations précises sur le délai d'exécution, sur les personnes-clés qui vont intervenir et sur l'engagement de l'entreprise dans la formation des apprentis (Olivier Rodondi, *op. cit.*, n. 34, p. 194 s. ; Jean-Baptiste Zufferey / Hubert Stöckli, L'Etat réglemente, adjuge et construit *in* Journées suisses du droit de la construction 2013, p. 40).

2.2 En l'espèce, le marché concerne le déblaiement de la neige sur les parkings de la commune pour une période de trois saisons. La liste de prix fournie avec le courrier invitant les soumissionnaires potentiels à envoyer une offre mentionnait un montant forfaitaire minimal garanti de 15 000 francs. Le marché a finalement été adjugé pour un montant de 41 6709 fr. 90, de sorte que l'on se trouve dans le champ d'application de la procédure de gré à gré, bien en deçà du seuil de la procédure sur invitation.

Il convient cependant d'examiner si l'intimée, comme le soutient la recourante, a fait usage de la possibilité laissée par l'art. 8 al. 1 LcAIMP en optant pour une procédure sur invitation quand bien même elle aurait pu passer le marché selon une procédure de gré à gré.

En l'occurrence, l'adjudicateur n'a jamais utilisé les termes « procédure sur invitation ». La dénomination « Appel d'offre » dans l'en-tête de son courrier de sollicitation était en effet inopportune, mais ne permettait pas au destinataire de retenir qu'il avait plus affaire à une procédure sur invitation qu'à une procédure de gré à gré, dans la mesure où aucune de ces deux procédures n'implique un appel d'offres (lequel est réservé aux procédures ouvertes et sélectives ; cf. art. 9 et 10 LcAIMP).

En réalité, rien ne permettait de penser que la soumission envoyée à la recourante le 4 juillet 2022 sans spécification particulière avait trait à autre chose qu'un marché de gré à gré destiné par définition à un prestataire capable d'exécuter le marché avec lequel l'adjudicateur communique directement. En effet, elle avait été adressée directement à la recourante et ne faisait aucune référence à l'existence d'autres soumissionnaires également invités à déposer une offre. De plus, le document de soumission annexé au courrier envoyé aux concurrents sollicités ne comportait aucune précision sur les divers points exigés aux lettres b à m de l'al. 1 de l'art. 6 OcMP relatif aux procédures sur invitation. En particulier, aucun critère d'adjudication et sa pondération n'y était défini. Il ne se prêtait donc pas à l'interprétation qu'avance la recourante, mais avait, en revanche, toutes les caractéristiques de la procédure de gré à gré.

Au vu de l'ensemble des circonstances, l'adjudicateur ne souhaitait de toute évidence pas opter pour la procédure sur invitation, mais bien pour la procédure de gré à gré tout en demandant plusieurs offres, procédé tout à fait admissible ainsi que cela ressort de la jurisprudence et de la doctrine précitées (cf. consid. 2.1.3). La commune a demandé des offres individuellement à différentes entreprises, lesquelles ne savaient pas que d'autres fournisseurs de prestations avaient été contactés. Aucun document d'appel d'offres n'a été établi, aucune référence n'a été demandée aux soumissionnaires et le prix constituait de toute évidence le seul critère d'adjudication. Du reste, aucun autre soumissionnaire, alors que dix entreprises ont été consultées, ne s'est manifestement plaint d'une confusion dans le type de procédure appliqué, ce qui tend également à infirmer que la commune ait généré l'impression qu'elle souhaitait se soumettre à une procédure sur invitation et aux contraintes inhérentes de celle-ci. Le fait d'avoir contacté dix entreprises au lieu de trois, comme cela est préconisé par les recommandations du SAJ, ne suffit pas à retenir le contraire, ces dernières n'étant pas contraignantes.

2.3 Dans ces conditions, force est de constater que la recourante n'est pas parvenue à établir que l'adjudicateur avait voulu mettre en place une procédure sur invitation, par essence plus contraignante, en lieu et place d'une procédure de gré à gré. Il s'ensuit que l'adjudication ne peut faire l'objet d'un recours (art. 12 al. 2 LcAIMP). A noter que la validité de normes qui soustraient au contrôle juridictionnel les adjudications faites dans les procédures de ce genre, y compris dans les affaires où l'adjudicateur se procure plus d'une offre afin de tirer avantage d'une concurrence entre ses interlocuteurs, est admissible (cf. ATF 131 I 137 consid. 2.4 ; ACDP A1 12 45 du 19 avril 2012 p. 3 et A1 10 193 du 9 décembre 2010 consid. F). Il n'y a donc pas à examiner les autres griefs soulevés par la recourante à l'encontre de la décision d'adjudication de gré à gré.

3.1 Attendu ce qui précède, le recours est irrecevable (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA) et la requête d'effet suspensif classée.

3.2 L'émolument de justice, arrêté à 1500 fr. (débours inclus) au vu notamment des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, sera supporté par la recourante, qui succombe dans ses conclusions (art. 89 al. 1 LPJA ; art. 3 al. 3, 11, 13 al. 1 et 25 de la loi du 11 février 2009 sur le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives – LTar ; RS/VS 173.8).

3.3 Vu l'issue du litige, la recourante n'a pas droit à des dépens pour le travail effectué par son mandataire dans la présente affaire (art. 91 al. 1 LPJA *a contrario*).

L'adjudicataire obtient gain de cause. Toutefois, elle n'a pris aucune conclusion sur les dépens (art. 91 al. 1 LPJA *a contrario*) et n'est de toute manière pas assistée par un mandataire professionnel. Aucun dépens ne lui est donc alloué.

La commune n'a, en revanche, pas le droit à des dépens. Aucun motif particulier ne justifie en effet de déroger à l'art. 91 al. 3 LPJA en vertu duquel aucune indemnité pour les frais de procédure n'est, en règle générale, allouée aux autorités et organismes chargés de tâches de droit public qui obtiennent gain de cause (ACDP A1 21 286 du 6 septembre 2022 consid. 5 et A1 20 25 du 6 juillet 2020 consid. 7.4 ; RVJ 1992 p. 75).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est irrecevable.
2. La demande d'effet suspensif est classée.
3. Les frais, par 1500 fr., sont mis à la charge de X _____.
4. Il n'est pas alloué de dépens.
5. Le présent arrêt est communiqué à Maître Philippe Nantermod, avocat à Monthey, pour X _____, à Maître Jean-Paul Salamin, avocat à Sierre, pour la commune B _____, et à Y _____, à C _____.

Sion, le 4 janvier 2023