

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

2D_39/2011
{T 0/2}

Arrêt du 9 novembre 2011
Ile Cour de droit public

Composition
MM. et Mme les Juges Zünd, Président,
Aubry Girardin et Donzallaz.
Greffier: M. Dubey.

Participants à la procédure
X. _____ SA,
représentée par Jean-Yves Rebord, avocat,
recourante,

contre

Triage forestier interbourgeoisial d'Evionnaz, Massongex, Mex, St-Maurice et Vérossaz, case postale
148, 1890 St-Maurice,
représenté par Christiane Rey Jordan, avocate,
intimé,

Y. _____ SA.

Objet
Adjudication,

recours constitutionnel contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour de droit public, du
22 juillet 2011.

Faits:

A.

Au vu d'un tableau d'évaluation d'offres daté du 18 avril 2011, le Triage forestier interbourgeoisial
d'Evionnaz, Massongex, Mex, St-Maurice et Vérossaz (ci-après: le Triage forestier) a adjudgé les
travaux de couverture et ferblanterie compris dans la construction d'un centre forestier à la société
Y. _____ SA à Z. _____. L'offre de X. _____ SA, en deuxième position, a été écartée.

Le 8 juin 2011, le vice-président du Triage forestier a communiqué à X. _____ SA le tableau de
notation ainsi que celui d'ouverture des offres en lui signalant qu'un éventuel recours devait être
adressé au Tribunal cantonal.

Le 13 juin 2011, X. _____ SA a informé le Triage forestier qu'elle recourait "au Tribunal cantonal
via le Bureau des métiers".

Le 4 juillet 2011, le mandataire professionnel de X. _____ SA a rappelé au Triage forestier ce que
cette dernière lui avait écrit le 13 juin 2011. Il s'agissait d'un recours qui n'avait pas été transmis au
Tribunal cantonal alors qu'il aurait dû l'être. Il convenait de réparer cette informalité. Il indiquait au
surplus que la décision d'adjudication était irrégulière parce qu'elle ne mentionnait pas la voie de
recours ni le délai dans lequel elle devait être utilisée.

Le 15 juillet 2011, le Triage forestier a envoyé au Tribunal cantonal du canton du Valais une série de
pièces relatives au marché en cause, notamment le tableau d'évaluation des offres et évoqué la
déclaration formulée par X. _____ SA le 13 juin 2011.

B.

Par arrêt du 22 juillet 2011, le Tribunal cantonal a déclaré la cause irrecevable.

C.

Agissant par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, X. _____ SA demande au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt rendu le 22 juillet 2011 par le Tribunal cantonal, d'annuler la décision d'adjudication du 1er juin 2011 et de déclarer que les travaux de ferblanterie lui sont adjugés. Elle se plaint de la violation de son droit d'être entendue et d'application arbitraire du droit cantonal.

Le Tribunal cantonal renonce à déposer des observations. Le Triage forestier conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable.

Par ordonnance du 16 septembre 2011, le Président de la IIe Cour de droit public a octroyé l'effet suspensif au recours.

Le 4 octobre 2011, X. _____ SS a déposé ses observations finales.

Considérant en droit:

1.

1.1 La cause relève du droit des marchés public public (art. 82 let. a et 83 let. f LTF). L'arrêt attaqué émane d'un tribunal cantonal supérieur statuant en dernière instance, sans qu'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral ne soit ouvert (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF). Il peut donc en principe faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, à condition qu'il ne tombe pas sous le coup de l'art. 83 let. f LTF. Il découle a contrario de cette disposition que le recours en matière de droit public n'est recevable contre les décisions en matière de marchés publics qu'à la double condition que la valeur du mandat à attribuer soit supérieure ou égale aux seuils déterminants prévus à cet effet et que la décision attaquée soulève une question juridique de principe (ATF 135 II 49; 134 II 192 consid. 1.2 p. 194 s.; ATF 133 II 396 consid. 2.1 p. 398). Il incombe au recourant, sous peine d'irrecevabilité, de démontrer la réalisation de ces deux conditions (cf. ATF 133 II 396 consid. 2.2 p. 398 s.).

De l'aveu même de la recourante, qui a choisi à bon droit la voie du recours constitutionnel subsidiaire, la cause ne concerne à l'évidence pas une question juridique de principe.

1.2 Le dispositif de l'arrêt attaqué prononce l'irrecevabilité de la cause. Par conséquent, conformément à l'exigence d'épuisement des instances cantonales (art. 86 al. 1 let. d LTF; arrêt 2C_345/2010 du 10 mai 2010, consid. 2 et les références citées), le présent recours ne peut porter que sur cette question. La conclusion visant à l'annulation de la décision d'adjudication et celle tendant à adjuger le marché à la recourante de même que les faits et griefs en relation avec l'adjudication des travaux sont irrecevables.

1.3 D'après l'art. 118 LTF, le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente, mais peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis en violation du droit au sens de l'art. 116 LTF (art. 118 al. 2 LTF). La recourante consacre une partie de son mémoire de recours à présenter sa propre version de l'état de fait (mémoire, ch. 1 à 37), sans exposer en quoi l'établissement des faits par l'instance précédente serait contraire au droit. Il n'est par conséquent pas possible de s'écarter des faits retenus dans l'arrêt attaqué.

1.4 Le recours constitutionnel subsidiaire peut être formé pour violation des droits constitutionnels (art. 116 LTF). Le Tribunal fédéral n'examine toutefois la violation des droits fondamentaux que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF par renvoi de l'art. 117 LTF).

2.

La recourante se plaint de la violation de son droit d'être entendue, en ce qu'elle aurait été privée de son droit de réplique par l'instance cantonale.

2.1 Compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens des art. 29 Cst., le droit d'être entendu garantit notamment le droit à la réplique dans toutes les procédures judiciaires même dans les domaines qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 6 CEDH, en ce sens que toute prise de position ou pièce nouvelle versée au dossier doit être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer (ATF 133 I 100 consid. 4.5 p. 103 s.).

2.2 En l'espèce, la recourante expose qu'elle n'a pas reçu la détermination du 15 juillet 2011 déposée par le Triage forestier qui concluait à l'irrecevabilité de la cause et en conclut que son droit d'être entendue a été violé.

La recourante perd de vue qu'elle a adressé son courrier du 13 juin 2011 au Triage forestier et non pas au Tribunal cantonal et que c'est elle qui, le 4 juillet 2011, a demandé au Triage forestier de communiquer ce courrier au Tribunal cantonal, ce qui a été fait le 15 juillet 2011. Le courrier du 15 juillet 2011 apparaît ainsi comme la transmission à l'autorité compétente d'un recours mal adressé (cf. à ce sujet: ATF 123 II 231 consid. 8b p. 238 s). Dans ces conditions, après avoir reçu ce soi-disant recours mal adressé et qui ne lui était pas parvenu dans le cadre d'un échange d'écritures, le Tribunal cantonal pouvait en examiner préalablement la recevabilité et rendre immédiatement une décision d'irrecevabilité manifeste sans violer l'art. 29 al. 2 Cst. (cf., pour une situation comparable, arrêt 1B_101/2011 du 4 mai 2011, consid. 2.2). Au demeurant, une éventuelle admission du grief de violation du droit d'être entendu et le renvoi à l'instance précédente de la cause pour nouvelle décision constituerait en l'espèce une vaine formalité, incompatible avec l'intérêt de la recourante à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (arrêt 5A_791/2010, consid. 2.3.2 in SJ 2011 345, p. 347). Le grief est rejeté.

3.

Dans un chapitre intitulé "constatation arbitraire des faits pertinents", la recourante se plaint de l'appréciation arbitraire des preuves, dont elle déduit également une violation de l'interdiction du formalisme excessif.

3.1 Lorsque la partie recourante s'en prend à l'appréciation des preuves et à l'établissement des faits, la décision n'est arbitraire que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables (ATF 133 III 393 consid. 7.1 p. 398; 129 I 8 consid. 2.1 p. 9).

3.2 La recourante soutient que le Tribunal cantonal se serait écarté du texte clair de la lettre du 13 juin 2011, qui serait, selon elle, que "Monsieur X. _____ a expressément indiqué qu'il recourait et non pas qu'il en avait seulement l'intention". Elle perd de vue que la pièce en cause contient la phrase suivante: "En fonction du tableau d'ouverture que vous m'avez adressé par fax le 8 juin, je vous informe que je recours au Tribunal cantonal via le Bureau des Métiers". Il n'est par conséquent pas insoutenable de comprendre cette phrase comme une déclaration d'intention de recours devant encore être concrétisée via le Bureau des métiers, comme l'a fait sans arbitraire l'instance précédente. Le grief est rejeté.

3.3 Dès lors qu'il ne s'agissait que d'une déclaration d'intention, dépourvue de motifs et de conclusions, il ne saurait y avoir de formalisme excessif de la part de l'instance précédente, comme le soutient la recourante, à ne pas impartir comme le prévoit le droit cantonal, un bref délai pour compléter un recours si celui-ci ne satisfait pas aux exigences de forme requises ou si les conclusions ne sont pas suffisamment claires (cf. arrêt 1P_141/2004 du 10 mai 2004, consid. 2 in RDAF 2005 I p. 58). Le grief de formalisme excessif est aussi rejeté.

4.

Invoquant l'art. 9 Cst, la recourante se plaint enfin de l'application arbitraire (sur cette notion: cf. ATF 137 I 1 consid. 2.4 p. 5) de l'art. 31 de la loi valaisanne du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA/VS; RSVS 172.6), qui prévoit, en application du principe de la bonne foi, qu'une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties.

4.1 S'appuyant sur la jurisprudence relative à l'art. 31 LPJA, le Tribunal cantonal a jugé que la recourante ou son représentant n'étaient pas dispensés, malgré l'absence patente d'indication relative aux voies de recours par le pouvoir adjudicateur, de se préoccuper de défendre à temps les droits qu'ils estimaient lésés et de se renseigner, en consultant la loi ou des tiers, sur les possibilités d'attaquer en temps utile une décision qui avait été irrégulièrement notifiée. Il a jugé que le laps de temps qui s'était écoulé jusqu'au 4 juillet 2011 ne constituait plus un délai conciliable avec la bonne foi, date à laquelle le mandataire de la recourante a soutenu à tort qu'un recours avait été interjeté le 13 juin 2011.

4.2 La recourante se borne à rappeler que la décision d'adjudication était irrégulière, mais ne remet

pas en cause la position de l'instance précédente qui a jugé que le laps de temps passé jusqu'au 4 juillet 2011 n'était pas conciliable avec la bonne foi de la recourante. Cette dernière d'ailleurs ne souffle mot non plus sur le fait qu'elle n'a en réalité pas déposé de recours le 4 juillet 2011, comme l'a également constaté l'instance précédente. Par conséquent, la recourante échoue dans la démonstration que l'application du droit cantonal par le Tribunal cantonal est entaché d'arbitraire. Le grief est rejeté dans la mesure où il est recevable.

4.3 N'étant pas entré en matière, le Tribunal cantonal ne pouvait pas appliquer de manière arbitraire l'art. 17 LPJA, qui aurait dû, selon la recourante, l'amener à constater l'illicéité de l'adjudication en cause.

5.

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. Succombant, X. _____ SA est condamnée aux frais de la procédure fédérale. Le Triage forestier, qui obtient gain de cause avec l'aide d'un mandataire professionnel mais dans l'exercice de ses attributions officielles, n'a pas droit à une indemnité de partie (art. 68 al. 3 LTF). La société adjudicatrice, qui n'a déposé d'observations ni en procédure cantonale ni en procédure fédérale n'a pas droit à dépens.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires de la recourante et du Triage forestier interbourgeois d'Evionnaz, Massongex, Mex, St-Maurice et Vérossaz, à la société P. Y. _____ SA et au Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour de droit public.

Lausanne, le 9 novembre 2011
Au nom de la IIe Cour de droit public
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: Zünd

Le Greffier: Dubey