

A1 24 113/114

ARRÊT DU 25 SEPTEMBRE 2024

**Tribunal cantonal du Valais
Cour de droit public**

Composition : Jean-Bernard Fournier, vice-président ; Dr Thierry Schnyder et Frédéric Fellay, juges

en la cause

X _____ **SARL**, recourante, représentée par Maître Bastien Geiger, avocat, Genève

contre

Y _____, autorité attaquée, et **Z** _____ **SA**, représentée par Maître Yannis Sakkas, avocat, Martigny, tiers concerné

(marchés publics)

recours de droit administratif contre les décisions du 6 mai 2024

Faits

A. Le 8 décembre 2023, le Y _____ publia au Bulletin officiel n° xx (p. 39 ss et 42) des appels d'offres en procédure ouverte, déjà parus le xx.xx 2023 sur le site simap.ch, pour des marchés de services concernant la surveillance de ses sites de A _____ (p. 36 ss) et de B _____ (p. 39 ss).

Le 9 janvier 2024, C _____ SA et X _____ Sàrl formulèrent une offre de 443'111 fr. pour chacun des marchés. La section 7 des offres consistait en deux prospectus dont l'un présentait sous la dénomination D _____ .ch une solution réunissant « tous les métiers de la chaîne de sécurité afin de vous garantir le meilleur des savoir-faire et du service » (p. 2) qu'assurait une série de sociétés énumérées avec leurs adresses (p. 4), liste où figuraient les deux prénommées.

Le 6 mai 2024, Y _____ écrivit à D _____ ch, en indiquant l'adresse de X _____ Sàrl, que les deux marchés avaient été adjugés à Z _____ SA pour des montants TTC de 464'008 fr. (site de Sion). Il joignit à cet envoi deux tableaux d'évaluation de trois offres ouvertes le 17 janvier 2024. Ces grilles classaient en dernière position les offres de C _____ SA et X _____ Sàrl, bien qu'elles fussent les moins disantes (443'111 fr. 05 TTC pour chacun des deux sites).

B. Le 27 mai 2024, X _____ Sàrl conclut céans à l'annulation de ces décisions, expédiées le 15 mai 2024, à l'adjudication à elle-même des marchés susvisés, subsidiairement à des annulations avec renvoi à l'adjudicateur, plus subsidiairement au constat de l'illicéité des adjudications critiquées. Ses autres conclusions tendaient à l'octroi de l'effet suspensif et à l'allocation de dépens. On lisait à la p. 4 ch. 5 de ses deux mémoires que les offres du 9 janvier 2024 avaient été « présentées dans le cadre du consortium de sociétés actives dans le domaine de la sécurité sous l'appellation D _____ ch, dont fait notamment partie C _____ SA, associée de X _____ ».

Ces causes furent enregistrées sous A1 24 113 (site de B _____) et A1 24 114 (site de A _____) avec la mention que les recours étaient interjetés par C _____ SA.

L'effet suspensif sollicité dans ces recours fut accordé préprovisionnellement le 28 mai 2024.

Le 31 mai 2024, la mention de C _____ SA comme recourante fut rectifiée à la demande de X _____ Sàrl qui avait précisé, le 29 mai 2024, « que les recours étaient portés par (elle) », et qu'elle était « était intervenue en qualité de requérante dans le cadre des marchés publics concernés ».

Le 17 juin 2024, Y _____ soutint que les offres du 9 janvier 2024 avaient été formulées par C _____ SA qui n'avait jamais parlé d'un consortium la liant à X _____ Sàrl. Cette dernière n'avait donc pas qualité pour agir. A supposer qu'un consortium ait existé entre C _____ SA et cette Sàrl, les deux auraient dû recourir pour que leurs conclusions dans les causes A1 24 113/114 fussent recevables (p. 4 ch. 42 à 44 ; p. 5 ss ch. III des mémoires). L'adjudicateur proposait subsidiairement le rejet des recours et des requêtes d'effet suspensif.

Le 11 juillet 2024, Z _____ SA conclut dans le même sens, en avançant une argumentation analogue sur la recevabilité des recours (p. 10 ss et 17 des mémoires), et en demandant des dépens.

Le 16 août 2024, X _____ Sàrl resta sur ses positions et soutint que Y _____ n'ignorait pas que les offres du 9 janvier 2024 avaient pour auteur un consortium (p. 3 ss et 5 des mémoires).

Y _____ a fait valoir des remarques complémentaires le 27 août 2024. Z _____ SA l'a fait le 9 septembre 2024.

X _____ Sàrl s'est déterminée le 12 septembre 2024 sur ces mémoires.

Considérant en droit

1. En vigueur depuis le 1^{er} janvier 2024, la loi du 15 mars 2023 (LcAIMP ; RS/VS 726) concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 (AIMP) abroge implicitement la loi homonyme du 8 mai 2003 (aLcAIMP) concernant le précédent concordat (aAIMP). L'ordonnance du 29 novembre 2023 sur les marchés publics (OcMP ; RS/VS 726.100) se substitue tout aussi tacitement, à partir du 1^{er} janvier 2024, à celle de même intitulé du 11 juin 2003 (aOcMP).

Ces nouvelles cantonales n'ayant pas de dispositions transitoires, elles ne dérogent pas à l'art. 64 al. 1 AIMP qui commande de poursuivre selon l'ancien droit les procédures

d'adjudication lancées alors que l'aAIMP était encore applicable, et donc aussi de juger selon le droit antérieur les recours contre les décisions issues de telles procédures, même si ces décisions ont, comme en l'espèce, été rendues sous l'empire de l'AIMP, après un appel d'offres publié en 2023 (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2C_296/2022 du 22 mars 2023 cons. 1.3.2 ; ACDP A1 24 88 du 2 septembre 2024 cons. 1).

2. Les causes A1 24 113 et A1 24 114 sont à traiter en un seul arrêt (art. 80 al. 1 lit. d, 56 et 11b al. 1 LPJA ; art. 15 et 16 aLcAIMP).

3. Un concurrent évincé a qualité pour recourir si ses griefs et ses conclusions ne sont pas d'emblée voués à l'échec et si leur admission pourrait raisonnablement lui laisser espérer l'attribution du marché litigieux (art. 80 al. 1 lit. a et 44 al. 2 LPJA; art. 15 et 16 aLcAIMP; cf. p. ex. ACDP A1 23 115 du 27 septembre 2023 cons. 1 et les citations).

Corrélativement, si des concurrents font une offre collective, leur droit d'obtenir l'adjudication est indivisible, de sorte que, si cette offre n'est pas retenue, ils doivent recourir conjointement et qu'un recours formé par un ou quelques-uns d'entre eux n'est pas recevable, la défection des autres équivalant à une modification illégale de leur offre (art. 14 al. 1 aOcMP) qui perd, de ce chef, ses chances d'être agréée (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2D_28/2022 du 18 octobre 2023 c. 1.2.2 ; ACDP A1 24 88 précité cons. 3).

4. La recourante étant bien placée pour savoir qui a déposé les offres du 9 janvier 2024, on n'a aucune raison de se distancer de son assertion sur le fait que X _____ Sàrl et C _____ SA ont participé en consortium à la procédure d'adjudication consécutive aux publications des xx.xx et xx.xx1 2023. Le dossier corrobore d'ailleurs cette affirmation, puisque les lettres d'accompagnement des deux offres étaient signées par un organe de chacune des deux sociétés. Les autorisations qu'avaient chacune de celles-ci d'exploiter des entreprises de sécurité étaient jointes à ces offres qui comportaient des organigrammes où les deux personnes morales figuraient.

Partant le doute de l'adjudicateur et de l'adjudicataire à ce propos est infondé, à la différence de leur objection d'irrecevabilité qui doit être accueillie, du moment que X _____ Sàrl soutient être seule recourante.

5. Les recours sont irrecevables (art. 80 al. 1 lit. e et 60 al. 1 LPJA).

Les demandes d'effet suspensif sont classées.

6. X _____ Sàrl paiera un émolument de justice de 1000 fr. fixé en application des paramètres usuels de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, etc. ; les dépens lui sont refusés ; elle en versera à Z _____ SA, à hauteur de 1800 fr., débours et TVA compris ; leur montant est calculé au tarif légal, compte tenu des critères usuels et du volume de travail effectivement nécessaire, pour une défense adéquate de l'intimée par son avocat, dans des procès de difficulté moyenne (art 91 al. 1 et 2 LPJA ; art. 4, 27, 39 LTar).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Les recours sont irrecevables.
2. Les demandes d'effet suspensif sont classées.
3. X _____ Sàrl paiera 1000 fr. de frais de justice et versera 1800 fr. de dépens à Z _____ SA.
4. Les dépens sont refusés à X _____ Sàrl.
5. Le présent arrêt est communiqué à Maître Bastien Geiger, avocat à Genève, pour X _____ Sàrl, à Maître Yannis Sakkas, avocat à Martigny, pour SOS Protection SA, à la Y _____.

Sion, le 25 septembre 2024