

A1 15 122

ARRÊT DU 24 MARS 2016

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

Composition : Thomas Brunner, président, Christophe Joris, juge, et Frédéric Fellay, suppléant

en la cause

W_____ **SA**, recourante, représentée par Maître M_____

contre

X_____ **SA**, autorité attaquée, représentée par Maître N_____ et le consortium formé des sociétés **Y**_____ **SA**, et **Z**_____ **SA**, représentées par Maître O_____

(adjudication ; fourniture, montage et mise en service d'un groupe hydroélectrique)

recours de droit administratif contre la décision du 10 juin 2015

Faits

A. Le répartiteur intercommunal des eaux de A_____ collecte, à 1627 m d'altitude, les eaux de ruissellement du torrent B_____, sur territoire de C_____, et celles du torrent D_____, à E_____. Ces eaux sont utilisées par les communes précitées et celles de F_____ et de G_____ pour leurs besoins en eau potable et en eau d'irrigation. Afin de valoriser leur potentiel hydroélectrique, X_____ SA entreprit de construire un aménagement hydroélectrique entre le répartiteur de A_____ et le lac de E_____.

B. X_____ SA a pour but statutaire de turbiner ces eaux, de produire, vendre et distribuer toute forme d'énergie. Cette société est détenue par les communes de E_____ (53%), de C_____ (21%), de F_____ (8%) et de G_____ (8%). H_____ SA détient les 10 % de participation restante.

H_____ SA appartient elle-même à plusieurs communes des districts de I_____ et de J_____, dont les quatre collectivités publiques susmentionnées. Cette société a son siège à I_____ ; son adresse et ses bureaux se trouvent à la rue K_____. Elle a pour directeur général L_____, qui siège également au conseil d'administration de X_____ SA. Huit autres personnes composent, avec le prénommé, la direction de H_____ SA, dont P_____, qui dirige l'unité d'affaires « Production », et Q_____, qui assume la fonction de directeur d'R_____ SA, filiale de H_____ SA. Ces derniers bénéficient d'un droit de signature collective au sein de la société-mère.

La filiale R_____ SA a pour but de mener toutes les activités liées à la réalisation d'études et de travaux d'installations électriques, de télécommunication, de domotique, d'informatique et d'éclairage public ainsi que le commerce d'appareils électriques et électroniques. Inscrite le xxx au registre du commerce du S_____, elle a également son adresse à la rue K_____. Le président de cette société-fille est L_____.

C. Dans le contexte du projet décrit sous lettre A, X_____ SA procéda, le 3 avril 2015, à un appel d'offres en procédure ouverte pour la fourniture, le montage et la mise en service des équipements hydro- et électromécaniques de la centrale de turbinage du lac de E_____. Le chiffre 3 du dossier d'appel d'offres précisait que le bureau d'ingénieurs T_____ SA était responsable de la partie hydraulique et

génie civil du projet et que X_____ SA en assumait le volet électromécanique, par le biais de H_____ SA, auprès de laquelle les offres devaient être déposées.

Le chiffre 6.2 du cahier des charges annonçait six critères d'adjudication et leur pondération : les deux premiers, qui comptaient chacun pour 40 % de la note, se rapportaient au prix et aux aspects techniques. Les offres allaient également être évaluées par rapport aux délais, aux références, à la qualité des documents de l'offre et à l'organisation/service après-vente, ces quatre critères valant chacun 5 %.

D. Trois offres furent ouvertes le 7 mai 2015. Celle de W_____ SA s'élevait à 753 000 fr. TTC. L'offre déposée par le consortium formé par les entreprises Y_____ SA et Z_____ SA (ci-après : Y_____/Z_____) se montait à 790 911 fr. TTC. La moins-disante était celle de U_____ SA, à 683 219 fr. TTC.

L'organigramme figurant sous chiffre 7 de la soumission du consortium annonçait la sous-traitance des installations électriques à « R_____ SA + Installateur sur site ».

Délibérant le 8 juin 2015 sans L_____, qui s'était spontanément récusé, le conseil d'administration de X_____ SA adjugea le marché à Y_____/Z_____. Avec une note de 4.70 sur 5, le groupement devançait de deux dixièmes W_____ SA (4.50), dont le montant de l'offre avait été corrigé à 803 546 fr. TTC. Cette décision fut communiquée 10 juin 2015 aux soumissionnaires.

E.a Le 22 juin suivant, W_____ SA conclut céans à l'annulation de ce prononcé et à l'octroi du marché en sa faveur, arguant d'une application arbitraire de certaines dispositions de l'ordonnance cantonale sur les marchés publics du 11 juin 2003 (Omp ; RS/VS 726.100) et d'une violation des principes d'égalité entre concurrents, d'impartialité et de transparence garantis par l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 (AIMP ; RS/VS 726.1).

Dans sa réponse du 10 juillet 2015, l'adjudicateur conclut au rejet du recours en déposant, sous pièce 14, un tableau détaillant les notes attribuées aux concurrents. Celles de la recourante et de l'adjudicataire étaient les suivantes :

	Montant de base TTC	Montant avec options TTC	Critères	Prix (40%)	Aspects techniques (40%)				Délais (5%)	Références (5%)	Qualités des documents de l'offre (5%)	Organisation et sav (5%)	Note finale	Rang
			Sous-critères	Avec options	Partie hydraulique	Partie électrique	Contrôle - cmd	Calcul production						
			Pondération	40%	15%	15%	5%	5%	5%	5%	5%	5%		
W_____ SA	753'000	803'546	note	4.25	5	4	4.5	5	5	5	4.75	4.75	4.50	2
					4.56									
Y_____ SA	790'911	790'911	note	4.32	5	5	5	5	5	4.5	5	5	4.70	1
					5.00									

Y_____/Z_____ conclurent également au rejet du recours, le 13 juillet 2015, en s'opposant à la consultation de leur offre par la recourante.

Le 27 juillet 2015, W_____ SA réclama à l'adjudicateur le tableau détaillé de la notation des offres, document qu'elle disait n'avoir pas trouvé au dossier consulté une première fois le 23 juillet 2015. Cette pièce fut à nouveau déposée par X_____ SA, le 12 août 2015.

Déférant le 31 août 2015 à une ordonnance du 24 août 2015 du juge délégué, l'adjudicateur versa en cause un tableau récapitulatif explicitant les notes données pour chacun des critères et sous-critères.

Cette pièce fut communiquée le lendemain à la recourante. Le 11 septembre 2015, celle-ci maintint ses conclusions. De son point de vue, la décision querellée était déjà à annuler en tant qu'elle indiquait Y_____ SA comme adjudicataire alors que cette société avait, de manière constante, déposé une offre commune avec Z_____ SA. Cette issue s'imposait également dans la mesure où l'adjudicateur n'avait jamais annoncé les sous-critères et leur pondération qui, au demeurant, paraissaient avoir été arrêtés après le dépôt des offres. A la forme toujours, la recourante se plaignit d'une violation des règles en matière de récusation. Ce moyen tablait sur le fait que H_____ SA, « ou l'une de ses entreprises », qui avait établi et contrôlé la soumission pour l'adjudicateur, était sous-traitante de l'adjudicataire dans le cadre du marché. La recourante en inférait un risque de collusion propre à favoriser le consortium, dont l'offre aurait dû être de ce fait exclue.

Y_____/Z_____ dupliquèrent le 5 octobre 2015 en contestant les allégations vagues et imprécises émises par la recourante en matière de récusation, moyen dont la recevabilité était douteuse attendu qu'il était articulé dans la réplique et non pas

dans le mémoire de recours. Le consortium expliqua néanmoins que, pour sa part de prestation, Y_____ SA faisait souvent appel à un installateur électricien externe. En l'occurrence, l'installation de la machine avait été confiée à une entité indépendante de l'adjudicateur. Aucun risque de collusion n'était dès lors établi.

Dans sa détermination du 6 octobre 2015, l'adjudicateur réfuta également toute violation des règles en matière de récusation. Il produisit un extrait de procès-verbal de la séance du conseil d'administration de X_____ SA du 8 juin 2015 indiquant que L_____ s'était récusé lors de la décision d'adjudication des travaux électromécaniques.

Réagissant le 19 octobre 2015 aux déterminations de l'adjudicateur et du consortium intimé, la recourante prétendit que la récusation de L_____ démontrait que H_____ SA, ou l'une de ses entreprises, était bel et bien sous-traitante du consortium. Elle mit en évidence le fait que, lors d'une séance de clarification du 17 juin 2015, P_____ avait répondu à l'intégralité des questions posées et témoigné, ce faisant, de sa parfaite connaissance du dossier et de son implication personnelle dans celui-ci. Du moment que la soumission avait été établie et contrôlée par H_____ SA, il s'était effectivement produit une collusion ayant conduit à favoriser l'offre du consortium.

Cette écriture fut communiquée le 20 octobre 2015, pour information, à l'adjudicateur et au groupement que ce dernier avait retenu.

E.b Les 30 novembre 2015 et 2 décembre 2015, sur requête du juge délégué, l'adjudicateur déposa le cahier des charges, respectivement la soumission de Y_____/Z_____, laquelle n'avait pas encore été versée au dossier.

E.c Par ordonnance du 17 décembre 2015 à laquelle était joint l'organigramme de l'offre du consortium indiquant la sous-traitance à R_____ SA, le juge délégué interpella les parties sur différents aspects litigieux, notamment sur la problématique liée à cette sous-traitance.

Invitée à s'expliquer sur l'allégation du grief de violation des règles de récusation et d'impartialité au stade de la réplique seulement, la recourante - qui n'avait pas eu connaissance jusqu'ici de l'organigramme susvisé - indiqua, le 20 janvier 2016, n'avoir eu la confirmation de la sous-traitance litigieuse que postérieurement au délai de recours de 10 jours.

Le même jour, l'adjudicateur confirma que H_____ SA, par son unité d'affaires « Production », avait rédigé le cahier des charges, procédé à l'appel d'offres, effectué l'ouverture des offres, évalué les offres et établi une grille d'évaluation à l'attention du conseil d'administration de X_____ SA. Les collaborateurs de H_____ SA impliqués dans le processus d'appel d'offres et d'évaluation étaient P_____ et V_____, ingénieur auprès de l'unité dirigée par celui-là. R_____ SA et ses collaborateurs n'avaient été à aucun moment impliqués dans le projet. Lors de la séance décisionnelle du 8 juin 2015, la présentation des résultats détaillés de l'évaluation des offres avait été faite par V_____, qui avait émis une recommandation à l'attention du conseil d'administration de X_____ SA. L'adjudicateur expliqua encore que R_____ SA était une filiale de H_____ SA créée de manière à séparer les installations intérieures et l'éclairage public du reste des activités de la société-mère, ce qui permettait d'éviter tout risque de collusion. Enfin, à la question de savoir pourquoi L_____ s'était récusé le 8 juin 2015, X_____ SA répondit que ce retrait tendait à prévenir tout conflit d'intérêts au regard de la sous-traitance confiée à R_____ SA.

Le 20 janvier 2016, le consortium intimé indiqua, en déposant les pièces correspondantes qu'elle demanda à garder confidentielles, que Y_____ SA avait choisi de confier les travaux de raccordement de puissance entre l'alternateur et les bornes basse-tension du transformateur de la machine à R_____ SA. Par courriel du 15 avril 2015, elle avait invité cette société à lui transmettre une offre ; celle-ci lui avait été remise le 24 avril 2015 ; l'offre ayant été acceptée, elle avait alors signalé cette sous-traitance dans sa soumission. Interrogé par le juge délégué sur la rétribution allouée de ce chef à R_____ SA, l'adjudicataire indiqua qu'elle résultait d'une calculation interne effectuée par Y_____ SA. Cette rétribution ne se retrouvait pas de manière détaillée dans l'offre du 24 avril 2015, mais était comprise dans le poste alternateur de la série de prix. Le montant total relatif au poste « installation électrique » était de 19 922 fr. ; celui correspondant aux travaux confiés à R_____ SA était de 8652 fr., soit 1.09 % du montant total de la soumission. Le solde (11 270 fr.) allait être réalisé par l'installateur sur site de Y_____ SA.

Ces trois écritures furent communiquées le 27 janvier 2016 aux intéressés pour détermination éventuelle.

Dans ses remarques finales du 8 février 2016, X_____ SA fit notamment valoir que la recourante avait demandé à s'entretenir avec P_____ et V_____ de manière à comprendre sa note. Or, le 17 juin 2015, il avait été clairement dit que la

société R_____ SA était sous-traitante du consortium adjudicataire. W_____ SA le savait donc au moment de recourir. L'adjudicateur informa par ailleurs le Tribunal du fait qu'un sous-traitant de la recourante était intervenu par courriel du 29 mai 2015 auprès du président du conseil d'administration de X_____ SA afin d'obtenir l'adjudication. Dans ces conditions, W_____ SA était malvenue de se plaindre d'un éventuel risque de collusion. Pour le reste, la soumission de W_____ SA avait été évaluée de manière objective. Cependant, à l'analyse, l'offre devant être retenue était celle de Y_____/Z_____. Sur cet arrière-plan, l'adjudicateur requit le Tribunal de clore l'échange d'écritures et de statuer sur la base du dossier.

Le 11 février 2016, la recourante, qui ne demanda pas à consulter les pièces déposées le 20 janvier 2016 par le consortium adjudicataire, fit remarquer que, sur l'organigramme de H_____ SA, les membres de la direction figuraient au même niveau hiérarchique que ceux de R_____ SA. Cette filiale y était intégrée comme toutes les autres unités d'affaires. Par ailleurs, mère et fille partageaient le même site internet, avaient les mêmes adresses de siège et commerciales et leurs locaux, dépôts et secrétariats étaient communs. De plus, quatre membres du conseil d'administration de R_____ SA siégeaient également au sein du conseil d'administration de H_____ SA. Sur cet arrière-plan, l'adjudicateur ne pouvait valablement contester l'existence d'un risque objectif de collusion. Sa détermination du 20 janvier 2016 l'admettait implicitement quand elle expliquait que L_____ s'était récusé du moment qu'il présidait la filiale à qui les sociétés adjudicataires avaient sous-traité une partie des travaux.

Le 12 février 2016, Y_____/Z_____ déposèrent une brève détermination.

L'instruction s'est close le 17 février 2016 par la communication aux intéressés de ces ultimes écritures.

Les autres faits importants à l'arrêt seront repris ci-après dans la mesure utile.

Considérant en droit

1.1 Arrivée deuxième de l'évaluation, la recourante peut sérieusement entrevoir l'obtention du marché si ses moyens, qui tendent notamment à exclure l'adjudicataire, devaient être accueillis. Cette perspective la légitime à recourir (art. 80 al. 1 let. a et 44

al. 1 let. a de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives – LPJA ; RS/VS 172.6, en relation avec les 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 – Lmp ; RS/VS 726.1 ; voir p. ex. ATF 141 II 14 consid. 4.1 à 4.9 et ACDP A1 14 278 du 28 mai 2015 consid. 1.2).

1.2 Régulièrement formé, le recours est au surplus recevable (art. 16 al. 2 Lmp, 80 al. 1 let. b et c, 46 et 48 LPJA).

1.3 Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs invoqués ; il n'examine que ceux motivés conformément aux réquisits légaux et ne contrôle que la légalité de la décision attaquée, non son opportunité (art. 80 al. 1 let. c et 48 al. 2 LPJA, 16 AIMP et 16 Lmp ; ACDP A1 13 30 du 17 avril 2013 cons. 1.3)

2. La recourante critique la désignation, tant dans la décision querellée que dans la publication d'adjudication au Bulletin officiel, de Y_____ SA comme adjudicataire du marché, alors que l'offre retenue émanait d'un consortium. Elle ne prétend cependant pas que cette erreur du pouvoir adjudicateur lui aurait porté préjudice ou affecterait d'une quelconque manière la régularité matérielle du prononcé attaqué. L'adjudication litigieuse n'est donc pas à invalider de ce chef, comme le demande la recourante sans réaliser le caractère excessivement formaliste (art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 - Cst. ; RS 101) et disproportionné (art. 5 al. 2 Cst.) que représentait, dans les circonstances d'espèce, une telle issue.

3.1 Le pouvoir adjudicateur se voit reprocher de ne pas avoir annoncé les sous-critères relatifs au critère publié « aspects techniques » pondéré à 40 % et le poids respectif de ces sous-critères (« partie hydraulique », 15 %, « partie électrique », 15 %, « contrôle -CMD », 5 % et « calcul de production », 5 %). Ce prétendu manquement ne contrevient pas au droit valaisan des marchés publics, qui n'instaure une obligation d'information préalable qu'au regard des critères d'adjudication et de leur pondération (art. 2 al. 1 let. j Lmp ; ACDP A1 13 2 du 21 juin 2013 consid. 2.1). Pour le reste, la recourante ne prétend pas que les sous-critères litigieux seraient exorbitants au critère principal concerné ou d'un poids leur conférant un rôle équivalent à celui d'un critère publié. Dans ces conditions, il ne saurait non plus y avoir violation du principe de transparence (art. 1 al. 3 let. c AIMP). Celui-ci n'impose en effet pas la communication, par avance, de sous-critères ou de catégories qui ne tendent qu'à concrétiser le critère publié et auxquels l'adjudicateur n'accorde pas une importance prépondérante (arrêt du Tribunal fédéral 2D_50/2009 du 25 février 2010 consid. 2.4 et les références ;

ACDP A1 15 163 du 8 janvier 2016 consid. 2 ; RVJ 2004 p. 56 consid. 3b.). Le grief est ainsi à rejeter.

3.2 La recourante prétend que les soumissionnaires avaient été requis de transmettre un calcul de production postérieurement au dépôt des offres et en infère que les sous-critères techniques avaient été arrêtés après coup. Cette argumentation tombe à faux du moment que ce calcul était expressément exigé sous chiffre 5.15 du cahier des charges et qu'aux dires non contredits de l'adjudicateur, ce dernier avait simplement invité la recourante de lui en donner le détail de manière à comprendre son calcul. Pour le reste, le fait que X_____ SA n'ait pas d'emblée versé en cause le tableau détaillé de notation ne laisse nullement présager d'une fixation par après des sous-critères, comme le soutient encore W_____ SA.

4.1 Arguant d'une violation des règles en matière de récusation, la recourante dénonce un risque de collusion et prétend que le consortium adjudicataire aurait bénéficié d'un avantage concurrentiel au regard de la sous-traitance d'une partie des travaux à la filiale de la société ayant préparé la soumission et évalué les offres pour le compte de l'adjudicateur.

4.2 Le consortium intimé met en doute la recevabilité du grief, de son point de vue tardif car invoqué pour la première fois dans la réplique. Cette objection amène le Tribunal à rappeler que la partie qui a connaissance d'un motif de récusation doit l'invoquer aussitôt, sous peine d'être déchue du droit de s'en prévaloir ultérieurement (ATF 136 I 207 consid. 3.4). L'idée est d'empêcher qu'une partie ayant connaissance d'un motif de récusation attende l'issue de la procédure et ne l'invoque que si celle-ci lui est défavorable (ATF 139 III 120 consid. 3.2.1 ; F. Aubry Girardin in : Commentaire de la LTF, 2^e éd. 2014, n° 11 ad art. 36 ; S. Breitenmoser/M. Spori Fedail in VwVG, 2009, n° 98 ad art. 10 ; cf. ég. T. Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2011, n° 1521 p. 507). En l'espèce, une telle attitude ne peut pas être reprochée à la recourante. Personne ne soutient, en effet, que cette dernière aurait appris la sous-traitance litigieuse antérieurement à la décision d'adjudication ou qu'elle aurait pu en avoir connaissance en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. Il suit de là que le moyen de violation de règles en matière de récusation ne pouvait pas être soulevé dans la procédure d'adjudication, mais uniquement en instance de recours. Qu'il ait dès lors été articulé au stade de la réplique ne change rien au fil des événements. Pour le reste, les articles 80 alinéa 1 lettre d, 56 et 23 alinéa 2 LPJA astreignent le Tribunal à prendre en considération les allégations importantes qu'une partie a avancées en temps utile et les allégations tardives qui paraissent décisives.

Or, les allégations relatives à une prétendue violation des normes de récusation revêtent précisément un caractère décisif (RVJ 1990 p. 62 consid. 2b). Dans ces conditions, le point de savoir si, comme le prétend l'adjudicateur dans ses ultimes remarques, P_____ et V_____ ont informé la recourante de la sous-traitance lors de la séance 17 juin 2015, peut demeurer indécis. L'on ne saurait de toute manière donner plus de crédit à cette version des faits, qui table sur une assertion non étayée, qu'aux explications avancées le 20 janvier 2016 par la recourante, qui évoque un malaise ressenti lors de cette discussion, déclare s'être concentrée, dans les cinq jours qui lui restaient pour former recours, sur les faits du dossier plutôt que sur des impressions non fondées à ce moment-là et qui assure n'avoir eu la confirmation d'un risque de collusion qu'ultérieurement.

4.3.1 La recourante prétend que l'adjudicataire a pu obtenir des informations préalables au sujet de l'interprétation souhaitée par H_____ SA de certains articles de la soumission, de sorte que son offre aurait dû être exclue. Elle n'explique cependant pas sur quels aspects concrets l'adjudicataire aurait bénéficié d'un avantage concurrentiel pas plus qu'elle ne propose de moyens de preuve à cette fin. L'intéressée ne reproche pas davantage au consortium intimé d'avoir manqué, dans le contexte de cette problématique, à son obligation de collaborer à l'établissement des faits pertinents. Dans ces conditions, le moyen tiré d'une préimplication ne saurait être accueilli. Selon la doctrine et la jurisprudence, il n'y a, en effet, pas lieu d'exclure le soumissionnaire préimpliqué tant et aussi longtemps que la preuve de l'existence d'un avantage concurrentiel résultant de sa participation à la configuration du marché n'est pas rapportée (arrêt du Tribunal fédéral 2P.164/2004 du 25 janvier 2005 consid. 5.7.3 et les références ; arrêt du Tribunal cantonal vaudois MPU.2014.0003 du 4 août 2014 consid. 3a ; M. Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, p. 77 ; J. Dubey, La pratique judiciaire depuis 2006 in : Marchés publics 2008, n° 18 p. 384).

4.3.2 Au demeurant, les éventuelles connaissances du marché que peut avoir un sous-traitant n'ont pas à être de soi imputées au soumissionnaire. Cette imputation nécessite que préexiste, entre les entreprises concernées, une relation caractérisée se traduisant, par exemple, par un lien de dépendance ou par une collaboration particulièrement intensive (C. Jäger, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2009, p. 163. s). Le consortium intimé a, ici, été spécialement interpellé sur ces aspects lors de l'instruction du recours. Or, il ne ressort pas des explications circonstanciées qu'il a fournies, le 20 janvier 2016, que l'on se trouverait dans une situation où il se justifierait d'imputer à l'adjudicataire les éventuelles connaissances du

sous-traitant. Dans son écriture du 12 février 2016, la recourante s'est d'ailleurs bornée à invoquer une confusion des sphères de la société-mère et de la filiale. Or, cette seule circonstance ne permet toutefois pas de retenir que, dans le cadre des échanges commerciaux intervenus entre le consortium et R_____ SA lors de l'élaboration de l'offre, l'adjudicataire pût obtenir des informations de nature à fausser l'égalité des chances : sa demande à R_____ SA se limitait à de la fourniture de câbles, accessoirement à quelques travaux de montage. En définitive, une annulation de l'adjudication du chef d'une prétendue préimplication du consortium ou une exclusion de ce dernier n'entrent pas en ligne de compte.

4.4.1 Il convient ensuite d'examiner les questions de récusation, thème qui, tout en état voisin de la problématique de préimplication, ne se confond pas avec celle-ci (cf. O. Diggelmann/M. Enz, *Vorbefassung im Submissionsrecht : Was verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz* in : ZBI 100/2007 p. 583). Au nombre des principes généraux à observer lors de la passation des marchés compte celui du respect des conditions de récusation des personnes concernées (art. 11 let. e AIMP). Cette disposition n'institue pas un régime spécial, mais se conçoit comme un renvoi aux règles de procédure pertinentes du droit cantonal (P. Galli/A. Moser/E. Lang/M. Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd. 2013, n° 1077 p. 497), étant précisé que la Constitution fédérale (art. 29) garantit un standard minimum qui s'impose aux cantons. Aux termes de l'article 10 alinéa 1 LPJA, les personnes appelées à rendre ou à préparer une décision doivent se récuser, notamment si elles ont un intérêt personnel dans l'affaire (let. a). Une obligation de récusation est également donnée s'il existe des circonstances de nature à faire suspecter leur impartialité (let. e). La garantie d'impartialité tend notamment à éviter que des circonstances extérieures à la cause ne puissent influencer la décision en faveur ou au détriment d'une partie. A cet égard, si la seule affirmation de partialité ou les sentiments subjectifs des parties à l'égard d'une personne récusable ne suffisent pas, il n'est pas nécessaire que la personne soit effectivement prévenue ; une apparence de prévention suffit, pour autant qu'elle résulte de circonstances objectives. Celles-ci peuvent résider soit dans des éléments d'ordre fonctionnel ou organique, soit dans le comportement même de la personne concernée (cf. p. ex. ATF 131 I 24 consid. 1.1 et B. Bovay, *Procédure administrative*, 2^e éd., 2015, p. 156 s).

La participation d'auxiliaires ou d'experts au dépouillement des offres est assujettie aux mêmes règles de récusation que celles qui s'appliquent aux membres de l'autorité adjudicatrice proprement dite, faute de quoi le caractère équitable de la procédure

administrative ne serait pas garantie au sens de l'article 29 alinéa 1 Cst. féd. (cf. J. Dubey, op. cit., n° 24 p. 385 ; M. Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, 2004, n° 235 p. 166). Les aides du pouvoir adjudicateur ont, en effet, souvent une influence décisive sur l'issue de la procédure, notamment lorsqu'ils formulent une recommandation à son attention (C. Jäger, op. cit., p. 65 ; P. Hänni/M. Scruzzi, Zur Ausstandspflicht im Rahmen von Submissionsverfahren, Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau vom 16. Juli 1998 in ZBI 1999 p. 387 ss, in BR 1999 p. 136).

4.4.2 Dans un arrêt 2P.139/2002 non publié du 18 mars 2003, le Tribunal fédéral a nié une violation des règles en matière de récusation dans un cas où figurait, parmi les membres de l'autorité de décision, un employé de la société sous-traitante de l'entreprise adjudicataire : il avait été alors considéré qu'une obligation de récusation n'entraîne en ligne de compte que si la personne concernée avait un intérêt direct à l'adjudication, intérêt que le recourant n'avait en l'occurrence pas démontré. Ce précédent a été critiqué par la doctrine (cf. D. Eisseiva in, DC 2003 p. 149 s et D. Lutz, Ausstand und Vorbefassung in : Sonderheft Vergaberecht 2004, p. 48), qui a notamment rappelé, à juste titre, qu'un intérêt indirect suffit à entraîner une récusation, pour autant qu'il soit marqué (cf. à ce propos R. Kiener/B. Rüttsche/M. Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2^e éd. 2015, n° 539 p. 135 ; S. Breitenmoser/M. Spori Fedail, op. cit., n° 43 ad art. 10). Cet arrêt 2P.139/2002 réservait quoi qu'il en soit une obligation de récusation pour un actionnaire majoritaire ou un haut cadre de l'entreprise sous-traitante (consid. 4.4). Le fait qu'un organe de direction d'une société soumissionnaire participe à l'évaluation des offres consacre une violation grave des règles en matière de récusation car, en raison de son cumul de fonctions, la personne concernée peut, en effet, influencer directement ou indirectement sur l'évaluation de sa société ou des concurrents (P. Galli/A. Moser/E. Lang/M. Steiner, op. cit., n° 1078 p. 497 ; J.-B. Zufferey/C. Maillard/N. Michel, Droit des marchés publics, 2002, p. 263 ; P. Hänni/M. Scruzzi, op.cit., p. 136 ; cf. ég. arrêt du Tribunal fédéral 2P.152/2002 du 12 décembre 2002 consid. 2.3).

4.4.3 Il est en l'occurrence constant que H_____ SA, par son directeur de l'unité d'affaires production, P_____, et par V_____, ingénieur qui lui est subordonné, a établi le cahier des charges, évalué les offres et émis une recommandation à l'attention du conseil d'administration de X_____ SA. L'adjudicateur conteste tout risque de collusion et écarte toute violation des règles en matière de récusation en faisant valoir que L_____ - à la fois directeur général de la société-mère, président de la filiale et administrateur de X_____ SA - n'a pas

participé à la décision d'adjudication et en excipant du fait que H_____ SA et R_____ SA sont des entités juridiques distinctes. Ces circonstances ne permettent pas d'écarter une apparence de prévention de P_____ et de V_____. Comme le relève avec raison la recourante, R_____ SA est intégrée à l'organigramme (pièce 1 annexée à la détermination du 12 février 2016 de la recourante) de la société mère. Quatre membres du conseil d'administration de la filiale (L_____, AA_____, BB_____ et Q_____) sont simultanément membres du conseil d'administration de H_____ SA, d'après les informations disponibles sur l'index central des raisons de commerce - zefix. Ces sociétés ont les mêmes adresses de siège et commerciales et le même site internet. La filiale figure au même titre que les autres unités d'affaires de la société mère. L'unité « Production » que dirige P_____ en est une. Ce dernier dispose d'une procuration collective et fait partie de la direction générale de H_____ SA. A ce titre, il siège, notamment, aux côtés du directeur de la filiale, Q_____. Sur cet arrière-plan, il s'impose d'admettre que les sphères de ces sociétés se confondent. Cette situation s'avère propre à éveiller un soupçon de partialité de P_____, organe de la société-mère, ou de V_____, dans l'évaluation des offres dont l'une annonçait une sous-traitance à l'entreprise R_____ SA. Certes, aucun élément ne permet de retenir que ces personnes ont concrètement favorisé l'adjudication du marché au consortium intimé. Il reste, cependant, qu'une apparence de prévention suffit à entraîner une obligation de récusation. Le consortium intimé semble quant à lui se prévaloir de l'ampleur négligeable de la sous-traitance. Selon ses explications du 20 janvier 2016 et les pièces déposées à cette occasion, les travaux de raccordement confiés à R_____ SA seront tout de même rémunérés à hauteur de 8 652 francs. De plus, ce montant ne concerne pas la fourniture de matériel que Y_____ SA a, par courriel du 15 avril 2015, demandé à R_____ SA et que celle-ci a listé dans un devis du 24 avril 2015 de 24 800 francs. En tout état de cause, la récusation spontanée de L_____ démontre que l'éventualité d'un conflit d'intérêts ne procédait pas que du seul sentiment subjectif de la recourante.

4.4.4 Les règles en matière de récusation sont de nature formelle. Il s'ensuit qu'une décision prise en violation de ces règles doit être annulée indépendamment de sa validité matérielle, ce d'autant que le Tribunal ne dispose pas du pouvoir d'appréciation dont bénéficie, par contre, l'adjudicateur (P. Galli/A. Moser/E. Lang/M. Steiner, op. cit., n° 1087 p. 501). Le vice ne peut pas être réparé par la régularité de la procédure de recours contre la décision finale ni par l'exactitude de celle-ci (B. Bovay, op. cit., p. 164 ; P. Moor/E. Poltier, Droit administratif, vol. II, 3^e éd. 2011, p. 274). Les opéra-

tions (analyse, évaluation, recommandation,...) auxquelles P_____ et V_____ ont participé devront être, le cas échéant, répétées par de nouveaux membres qui ne pourront provenir de H_____. Cela étant, il ne saurait être question d'exclure le consortium de la procédure et encore moins d'attribuer le marché à la recourante, comme le requiert cette dernière.

5.1 Le recours est donc à admettre partiellement, l'adjudication du 10 juin 2015 à annuler et l'affaire à renvoyer à X_____ SA pour nouvelle décision au sens du considérant 4.4.4 (art. 18 al. 1 AIMP ; art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). L'arrêt rend sans objet la demande d'effet suspensif.

5.2 Cette issue du litige s'impose au vu du dossier (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA). Elle dispense le Tribunal d'examiner les autres griefs du recours.

5.3 Selon une conception courante, les dépens peuvent, même sans que la loi ne le prévoie expressément, être compensés quand aucune des parties n'a entièrement gain de cause (p. ex. B. Bovay, op. cit., p. 653 s ; ACDP A1 09 21 du 4 février 2011 consid. 8b). C'est le cas ici, la recourante n'obtenant pas le marché tandis que le consortium et l'adjudicataire ont conclu au rejet pur et simple du recours et à la confirmation de la décision attaquée, ce qu'ils n'obtiennent pas non plus.

5.4 Sur le vu des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations et compte tenu des critères d'appréciation et des limites des articles 13 alinéa 1 et 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), l'émolument de justice est fixé à 2400 fr., débours compris (art. 11 LTar). Il sera réparti à parts égales (800 fr.) entre l'adjudicateur, les deux sociétés formant le consortium intimé (solidairement entre elles, cf. art. 88 al. 5 LPJA), et la recourante.

Prononce

1. Le recours est partiellement admis. En conséquence, la décision d'adjudication est annulée et l'affaire renvoyée à X_____ SA pour nouvelle décision au sens du considérant 4.4.4.
2. La requête d'effet suspensif est classée.

3. Les dépens sont compensés.
4. Les frais, par 2400 fr., sont répartis à raison d'un tiers chacun (800 fr.) entre X_____ SA, Y_____ SA/Z_____ SA et W_____ SA.
5. Le présent arrêt est communiqué à Maître M_____, pour W_____ SA, à Maître O_____, pour Y_____ SA/Z_____ SA, et à Maître N_____, pour X_____ SA.

Sion, le 24 mars 2016