

A1 23 131

ARRÊT DU 6 FÉVRIER 2024

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

Composition : Christophe Joris, président ; Frédéric Fellay, Dr Thierry Schnyder, juges ;
Raquel Rio, greffière,

en la cause

X _____, 1950 Sion, recourante, représentée par Maître Michel De Palma, avocat,
1951 Sion

contre

CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DU VALAIS, 1951 Sion, autorité attaquée, agissant
par le Service de l'agriculture, 1950 Sion, et **Y** _____, 1945 Liddes, tiers concerné

(Adjudication & reg. profession)

recours de droit administratif contre la décision du 12 juillet 2023

Faits

A. Le 26 mars 2021, le Service de l'agriculture (ci-après : SAgr) a soumis à l'enquête publique par publication au Bulletin officiel (BO) n° 12 du 26 mars 2021 les mesures de protection des troupeaux portant sur l'aménagement de cabanes de bergers pour les alpages des communes d'Evionnaz, d'Orsières, de Liddes, de Val de Bagnes, de Nendaz, d'Anniviers et de Savièse.

Le 25 mai 2021, le Département de l'économie et de la formation (DEF) a rendu une décision approuvant et déclarant d'utilité publique le projet VS 8180 intitulé « Installation de cabanes mobiles pour la protection des troupeaux pour la saison 2021 ». Dite décision allouait une subvention cantonale de 121'548 fr. répartie entre neuf exploitants d'alpages pour des cabanes agricoles commandées par ces derniers qui consistaient en des containers de chantier.

B. Le 11 mai 2022, le bureau d'architectes X _____ (ci-après : X _____) a adressé un courriel au chef de l'Office des améliorations structurelles (OAS) en lui indiquant avoir été informé du projet de cabanes mobiles de bergers, et à travers lequel il lui proposait ses services. Son courriel était accompagné de plusieurs références et photographies justifiant de son expérience. Sa demande a été redirigée auprès de la société A _____ (ci-après : A _____) qui coordonnait ce dossier pour le SAgr conformément à la décision d'adjudication du Conseil d'Etat du 3 novembre 2021.

C. Le 19 mai 2022, la Confédération a annoncé mettre à disposition des fonds destinés à la protection des troupeaux durant la saison d'été 2022. L'une des mesures nouvellement soutenue était la mise en œuvre de cabanes mobiles sur les alpages avec un taux de soutien de près de 80%.

D. Le 2 juin 2022, une séance s'est tenue entre X _____ et A _____ qui a débouché sur une proposition de mandat de X _____. Le 11 juin 2022, A _____ l'a informé sans autre explication que sa proposition avait été refusée par le SAgr.

E. Le 7 juin 2022, Y _____ (ci-après : Y _____), bureau d'étude spécialisé dans la construction en bois, a transmis au SAgr un devis pour la fourniture de cabanes de bergers mobiles pour un montant de 297'117 fr. 40.

F. Le 8 juin 2022, le Conseil d'Etat a autorisé les modifications du projet « VS 8180 – Installation de cabanes mobiles pour la protection des troupeaux pour la saison 2021 »

approuvé le 25 mai 2021 par le DEF. Les exploitants avaient en effet décidé de poser des cabanes de bergers mobiles en lieu et place des containers de chantier initialement prévus. La subvention cantonale octroyée se montait alors à 220'858 francs.

G. Le 21 juin 2022, une séance s'est tenue entre l'Office fédéral de l'environnement (OFEV) et le SAgr qui a abouti à une prise en charge par la Confédération d'un montant de 20'000 fr. maximum par cabane celles-ci devant toutefois être propriété du canton. Pour une estimation des coûts, le SAgr s'est fondé sur le montant ressortant du devis du 7 juin 2022 de Y _____.

Le 20 juillet 2022, le Conseil d'Etat a adjugé un marché de construction (gros œuvre) à Y _____ portant sur l'achat de 10 cabanes/15 modules par le SAgr pour l'année 2022 pour un montant de 297'117 fr. 40 sur la base du devis du 7 juin 2022. La valeur du marché n'atteignant pas les 300'000 francs, le marché a été passé selon la procédure de gré à gré ordinaire conformément à l'art. 12 aLcAIMP.

H. Le 8 mars 2023, le SAgr a adressé un courriel à A _____ pour faire savoir que les aides de l'OFEV pour l'année 2023 seraient à peu près identiques à celles accordées en 2022 (« Von BAFU haben wir bis jetzt nur die Aussage, dass im Jahr 2023 die Unterstützungen um etwa gleich, mit gewisse Anpassungen, wie im 2022 ausgerichtet werden »). Le SAgr précisait également qu'il était en train de déterminer si les cabanes pouvaient être commandées dès maintenant auprès de la société B _____ et Y _____ sans attendre la communication officielle de l'OFEV (« Damit keine Engpässe gibt, C _____ klärt gerade mit D _____ ob man die Anfragen, bereit jetzt bei B _____ und Y _____ bestellen kann und nicht erst nach dem das BAFU die Rahmenbedingungen bekannt gibt »).

Le 27 mars 2023, le SAgr a commandé à Y _____ six « Modules Vie », un « Module repos » et un « Module extension ».

I. Le 5 avril 2023, l'OFEV a informé les cantons qu'un crédit de quatre millions avait été mis à disposition pour les mesures de protection des troupeaux pour la saison d'été 2023.

Le 17 avril 2023, le SAgr a requis de Y _____ la transmission d'une offre pour l'achat de six « Modules Vie », quatre « Modules Extension » et deux « Modules Repos ». Cette offre lui a été transmise le 19 avril 2023 portant sur un montant de 241'248 francs.

Le 18 avril 2023, le SAgr a communiqué aux éleveurs d'alpages différentes informations, notamment le soutien financier prévu par la Confédération pour les mesures

de protection des troupeaux 2023, et il leur a imparti un délai au 17 mai 2023 pour déposer une demande pour ces contributions, laquelle devait être adressée à A _____.

J. Le 26 mai 2023, Y _____ s'est adressé au SAgr en sollicitant une liste définitive des commandes pour 2023 faute de quoi les délais de livraison ne pourraient être garantis. Cette liste lui a été transmise le 29 mai 2023.

K. Le 30 juin 2023, le SAgr a rédigé un rapport à l'intention du Conseil d'Etat portant sur l'achat des cabanes mobiles pour l'année 2023 dans lequel il affirmait qu'il ne connaissait pas d'autres entreprises en Valais que Y _____ qui répondaient aux exigences et aux normes pour la construction de cabanes mobiles et qui étaient en mesure de livrer un modèle adéquat dans les délais, raison pour laquelle il était prévu une adjudication en procédure de gré à gré exceptionnel avec cette entreprise.

Le 12 juillet 2023, le Conseil d'Etat a adjugé un marché de « fourniture de cabanes de bergers mobiles » à Y _____ pour un montant de 447'170.40 fr. selon une procédure de gré à gré exceptionnel (art. 13 al. 1 lit. c et d aLcAIMP). Cette décision a été publiée au BO n° 30 du 28 juillet 2023.

L. Le 3 août 2023, X _____ a recouru céans contre cette décision en prenant les conclusions suivantes :

« A titre procédural :

1. Le recours est déclaré recevable.
2. La requête d'effet suspensif est admise.
3. Ordre est donné au Service de l'agriculture de surseoir à toutes démarches dans le processus d'adjudication d'espèce jusqu'à droit connu sur le présent recours.
4. Les frais ayant trait à la procédure relative à l'effet suspensif ainsi qu'une juste indemnité à titre de dépens sont mis à la charge de l'Etat du Valais.

Au fond :

1. Le présent recours est admis.
2. La décision du Service de l'agriculture publiée par voie édictale le 24 juillet 2023 (n° publ. AR-VS40-000000332) est annulée.
3. La cause est renvoyée au Service de l'agriculture pour reprise *ab initio* de toute la procédure d'adjudication.
4. Les frais de procédure ainsi qu'une juste indemnité de CHF 6'000.- à titre de dépens sont mis à charge de l'Etat du Valais. »

A l'appui de ses conclusions, X _____ a estimé que le marché avait été adjugé en violation de l'art. 13 let. c et d aLcAIMP. En effet, les conditions d'une adjudication de gré à gré exceptionnel n'étaient pas remplies en l'espèce puisque d'autres entreprises, la sienne y compris, étaient en mesure de déposer une offre similaire pour le marché en question (art.

13 let. c *a contrario* aLcAIMP). De même, aucune urgence particulière n'autorisait le pouvoir adjudicateur à procéder ainsi (art. 13 let. d *a contrario* aLcAIMP). A titre de moyens de preuve, il a versé au dossier plusieurs pièces dont un article du Nouvelliste du 2 août 2019 qui concernait des cabanes de bergers construites depuis 2015 par l'entreprise vaudoise B _____ (cf. p. 40 du dossier). Il a requis l'édition par l'adjudicateur du dossier complet de la cause et du procès-verbal de l'adjudication (art. 16 al. 2 aLcAIMP) ainsi que l'édition par A _____ de l'intégralité de son dossier relatif à ce marché et l'interrogatoire des parties.

Par ordonnance du 4 août 2023, la Cour de céans a octroyé au recours un effet suspensif à titre préprovisionnel.

Le 22 août 2023, le SAgr s'est déterminé sur le recours. Il a indiqué que, conformément à la jurisprudence *Microsoft* (ATF 137 II 313), X _____ n'avait pas la qualité pour recourir puisqu'il n'était pas en mesure d'offrir la prestation correspondante et qu'il lui incombait d'en apporter la preuve, ce qu'il n'avait pas fait. S'agissant de l'effet suspensif, un contrat avec Y _____ avait déjà été conclu le 26 mai 2023 au vu de l'urgence de la situation. Dès lors, l'octroi de l'effet suspensif ne se justifiait pas. Quant au fond, X _____ n'avait pas démontré en quoi son offre pouvait représenter une solution de rechange adéquate. La clause d'urgence était également remplie ici puisque le SAgr n'avait pas eu d'autres choix que de passer le marché avec Y _____, celui-ci disposant de cabanes en stock et étant à même d'en construire d'autres dans le très faible laps de temps imparti. Partant, il a conclu au rejet du recours.

Le 15 septembre 2023, X _____ a consulté le dossier déposé en cause et a ensuite produit, le 25 septembre 2023, une détermination. S'agissant de l'absence de solution de rechange adéquate, il relevait que la doctrine était extrêmement critique à l'égard de la jurisprudence citée par le SAgr (jurisprudence *Microsoft*) de même que de nombreux tribunaux qui s'en étaient sciemment écartés. Il ressortait clairement du dossier que d'autres entreprises étaient en mesure de déposer une offre pour ce type de marché. A titre de moyens de preuve, il a requis l'édition par l'adjudicateur des plus-values relatives au marché public des cabanes mobiles pour bergers pour l'année 2022, l'offre et le contrat relatif au présent marché ainsi que la note relative aux contrôles effectués lors de l'exécution du marché. Les conclusions formulées dans le recours du 3 août 2023 ont été confirmées dans leur entièreté.

Le 5 décembre 2023, X _____ a communiqué au Tribunal cantonal un arrêt du Tribunal fédéral 2C_50/2022 du 6 novembre 2023 qui décrétait qu'en cas de contestation d'une

procédure de gré à gré exceptionnel, il incombait à l'adjudicateur, et non plus au soumissionnaire recourant, de démontrer la condition de l'absence de solution de rechange adéquate (revirement de jurisprudence). Ayant pris connaissance de la conclusion du contrat du 26 mai 2023 entre l'adjudicateur et l'adjudicataire, il a ajouté une conclusion à celles formulées dans son recours du 3 août soit : « Au fond : 4. Subsidiairement, il est constaté l'illicéité de la décision du Service de l'agriculture publiée par voie édictale le 24 juillet 2023 (n° publ. AR-VS40-0000000332) ».

Le 7 décembre 2023, le SAgr s'est déterminé sur cette écriture en relevant qu'il ne pouvait s'attendre à un revirement de jurisprudence au moment où la décision d'adjudication avait été rendue.

Le 15 décembre 2023, X _____ a répondu à cette détermination en rappelant que toute nouvelle jurisprudence devait s'appliquer immédiatement aux affaires pendantes au moment où elle est adoptée (effet *ex nunc et pro futuro*).

Les autres faits de la cause seront évoqués, si nécessaire, dans les considérants en droit qui suivent.

Considérant en droit

1.

1.1 Suite à la révision de l'accord de l'OMC sur les marchés publics, l'AIMP a été révisé et adopté le 15 novembre 2019 par l'autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp). Depuis lors, les processus de ratification sont en cours dans les cantons. Le Grand Conseil du canton du Valais a adopté le 15 mars 2023 en deuxième lecture la loi cantonale d'adhésion à l'AIMP révisé (aLcAIMP). Au 1^{er} janvier 2024 sont entrées en vigueur les nouvelles versions de la LcAIMP et de l'OcMP. S'agissant du droit transitoire, l'art. 64 al. 1 AIMP précise que les procédures d'adjudication qui ont été lancées avant l'entrée en vigueur de l'AIMP révisé sont régies par l'ancien droit jusqu'à leur clôture. Partant, la présente affaire sera examinée sur la base de l'ancienne législation sur les marchés publics.

1.2 La décision d'adjudication du 12 juillet 2023 mentionne sous « type de procédure » celle du gré à gré exceptionnel selon l'article 13 al. 1 lettre c et d aLcAIMP. Avec une telle procédure, un marché peut être passé directement et sans appel d'offres si l'une des conditions que mentionne l'article 13 alinéa 1 aLcAIMP est remplie. La condition figurant

sous la lettre c de cette disposition autorise le recours au gré à gré exceptionnel « en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle », avec en outre la réserve qu'il n'existe « aucune alternative convenable ». L'art. 13 al. 1 let. d aLcAIMP se réfère à la clause d'urgence qui prévoit la possibilité d'une adjudication en gré à gré exceptionnel si « le marché est si urgent en raison d'évènements imprévisibles qu'aucune procédure ouverte, sélective ou sur invitation ne peut être introduite ».

1.3 Selon la jurisprudence fédérale, a qualité pour former un recours en matière de droit public ou un recours constitutionnel subsidiaire le concurrent qui allègue qu'une pareille adjudication l'a illégalement privé du droit de présenter, pour le marché public en question, une offre dans une autre procédure à laquelle il aurait pu participer et que l'adjudicateur se serait abstenu à tort d'utiliser. Par conséquent, le concurrent doit établir qu'il est potentiellement en mesure de fournir la prestation souhaitée par l'adjudicateur (ATF 141 II 307 consid. 6.3 *in fine* et 137 II 313 consid. 3.3.2 ainsi que les réf. cit. ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_147/2017 du 23 janvier 2018 consid. 2.2 ; v. aussi JACQUIER, Le « gré à gré exceptionnel » dans les marchés publics, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2018, n^{os} 806 ss, p. 534 ss).

Si l'adjudicateur a justifié l'utilisation de la procédure de gré à gré exceptionnel parce qu'un seul soumissionnaire entre en considération pour l'objet du marché concerné et si le recourant conteste cette appréciation, comme c'est le cas en l'espèce, la procédure de recours doit permettre de vérifier si la description de l'objet du marché a été définie de manière correcte par l'adjudicateur. Toutefois, la voie de recours ne peut pas être utilisée pour exiger que l'adjudicateur se procure un produit différent de celui qui a été légalement défini en tant qu'objet du marché. Par conséquent, ont seuls qualité pour recourir les concurrents à même d'offrir un produit correspondant à l'objet du marché, et non ceux qui prétendent vouloir offrir un produit différent (ATF 137 II précité consid. 3.3.2).

Le droit cantonal doit définir la qualité pour recourir contre une adjudication de gré à gré exceptionnel selon les mêmes standards que le droit fédéral et instituer un recours judiciaire (cf. art. 86 al. 1, 111 et 114 LTF ; art. 77a LPJA ; RVJ 2022 p. 17 consid. 1.2). Il faut retenir qu'un concurrent qui allègue se trouver dans la situation mentionnée au considérant précédent a qualité pour recourir devant la juridiction de céans. Cette pratique n'est qu'un corollaire de celle reconnaissant à un soumissionnaire un intérêt digne de protection à recourir, au sens des articles 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. a LPJA (cf. art. 15 et 16 aAIMP ;

art. 16 aLcAIMP) si, dans l'éventualité où ses griefs seraient agréés, il a une chance raisonnable de se voir attribuer le marché (ACDP A1 21 115 du 11 novembre 2021 consid. 1.1 à 1.3). En définitive, le recourant doit se limiter à prétendre de manière crédible et vraisemblable être un fournisseur potentiel de la prestation en cause (arrêt du Tribunal fédéral 2C_50/2022 du 6 novembre 2023 consid. 5.10).

1.4 La recourante a produit à l'appui de son recours plusieurs références à savoir la réalisation de la cabane de Tracuit, l'agrandissement de la cabane de Moiry, la transformation d'une petite grange en logement de vacances et la construction d'un sauna mobile. Dès lors, elle a établi de manière vraisemblable et crédible qu'elle aurait pu être un fournisseur potentiel du marché et la qualité pour recourir doit lui être reconnue. Le recours satisfait par ailleurs aux autres standards de recevabilité (art. 16 al. 2 aLcAIMP ; art. 80 al. 1 lit. c et 48 LPJA).

2. Faisant usage d'un droit que la loi lui reconnaît (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA), la recourante a sollicité l'administration de plusieurs moyens de preuve. Ceux-ci ne seront pris en considération que s'ils apparaissent utiles à l'établissement des faits pertinents. En effet, l'autorité de décision peut se livrer à une appréciation anticipée de l'utilité du moyen de preuve offert et renoncer à l'administrer lorsque le fait dont les parties veulent établir la réalité n'est pas important pour la solution du cas, lorsque sa preuve résulte déjà de constatations versées au dossier ou lorsque cette autorité arrive à la conclusion que ces preuves ne sont pas décisives pour la solution du litige, voire qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1 et 140 I 285 consid. 6.3.1 ; ACDP A1 23 110 du 7 novembre 2023 consid. 2.1).

En l'occurrence, l'adjudicateur a produit l'intégralité de son dossier relatif aux cabanes mobiles pour alpages lequel comprend notamment les prémices du projet, les échanges avec différentes autorités cantonales et fédérales et A _____, les décisions de subventionnement relatives à l'achat de cabanes pour l'année 2021 ainsi que les offres et les décisions d'adjudication pour les années 2022 et 2023. On peut considérer que le dépôt de ces pièces satisfait à la demande de la recourante, qui a requis en somme l'édition du dossier complet ayant trait aux cabanes mobiles pour alpages pour les années 2021, 2022 et 2023. La recourante sollicite également l'édition, par le pouvoir adjudicateur, du procès-verbal (PV) de l'adjudication 2023 conformément à l'art. 16 al. 2 aLcAIMP (*recte* : art. 13 al. 2 aLcAIMP), la transmission du contrat conclu le 26 mai 2023 avec l'adjudicataire et la note relative aux contrôles effectués lors de l'exécution du marché (art. 7 ch. 12 des Directives fixant les modalités de l'autocontrôle et de la surveillance des procédures d'adjudication). Ces trois documents ne figurent pas au dossier et n'ont a priori pas été établis par

l'adjudicateur. La décision d'adjudication du 12 juillet 2023 et le rapport explicatif du 30 juin 2023 qui l'accompagne comportent toutefois l'ensemble des informations devant figurer au PV d'adjudication, de sorte qu'ils répondent en ce sens à la demande de la recourante. Quant au contrat et à la note relative aux contrôles de l'exécution du marché, ces moyens n'apparaissent pas indispensables pour la résolution du litige. En effet, ce dernier requiert d'examiner la légalité du choix opéré par l'adjudicateur d'attribuer le marché en question via une procédure d'adjudication de gré à gré exceptionnel, ce que les pièces au dossier suffisent à établir. Partant, la Cour renonce à l'administration de ces moyens de preuve. La recourante sollicite encore l'interrogatoire des parties. Sur ce point, la Cour estime que l'administration de ce moyen de preuve apparaît superflu, les parties ayant eu à plusieurs reprises l'occasion de s'exprimer par écrit et d'exposer par ce biais tous les faits et arguments qu'elles jugeaient utiles à la résolution du cas.

3. Dans un premier grief, la recourante estime que l'adjudicateur ne pouvait attribuer le marché via une procédure de gré à gré exceptionnel fondée sur les particularités techniques ou artistiques du marché puisque d'autres entreprises, la sienne y compris, étaient à même de réaliser le marché en question. Ce faisant, elle invoque une violation de l'art. 13 al. 1 let. c aLcAIMP. Elle fait également référence à une jurisprudence récente du Tribunal fédéral qui impose à l'adjudicateur d'apporter certaines preuves sur son choix de recourir à une procédure de gré à gré exceptionnel (arrêt du Tribunal fédéral 2C_50/2022 précité).

3.1 Dans l'arrêt *Microsoft* du 11 mars 2011, le Tribunal fédéral a considéré qu'en cas d'adjudication de gré à gré exceptionnel fondée sur les particularités techniques du marché et l'absence de solution de rechange adéquate, le respect de cette dernière condition n'avait pas forcément à être analysé dans le cadre du jugement au fond, mais pouvait en soi déjà être examiné au stade de la recevabilité du recours, étant précisé que, dans un cas comme dans l'autre, le fardeau de la preuve ne devait pas incomber à l'adjudicateur mais à l'entreprise recourante (ATF 137 II 313 consid. 3.3.3 et 3.5.2).

Dans un arrêt 2C_50/2022 du 6 novembre 2023, le Tribunal fédéral est revenu sur cette jurisprudence. Il s'est ainsi rallié à la majorité de la doctrine qui estimait que la règle posée dans la jurisprudence *Microsoft* allait à l'encontre du principe selon lequel celui qui se prévaut d'une circonstance exceptionnelle doit démontrer qu'il en remplit les conditions. De même, il a constaté que la Suisse se trouvait jusque-là à contre-courant du droit européen, dont l'AMP, et partant le droit suisse, s'inspirent. En particulier, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) prévoyait clairement que c'est à celui qui entend se prévaloir d'une dérogation (à savoir une procédure négociée sans procédure préalable) qu'incombe la charge de la preuve. Dès lors, lorsqu'une procédure de gré à gré fondée sur

les actuels art. 21 al. 2 let. c LMP et AIMP (particularités techniques ou artistiques du marché) est contestée, il s'agit d'imputer au pouvoir adjudicateur, et non à l'entreprise recourante, la charge de la preuve de l'absence de solution de rechange (arrêt du Tribunal fédéral 2C_50/2022 précité consid. 5.7.1 et 5.10).

3.2 En l'espèce, le marché a notamment été attribué sur la base de l'art. 13 al. 1 let. c (circonstances techniques) aLcAIMP, qui a une teneur quasi identique aux art. 21 al. 2 let. c LMP et AIMP, si bien que cette jurisprudence lui est opposable.

Dans le cadre de son recours, la recourante a versé en cause plusieurs de ses mandats (réalisation de la cabane de Tracuit, agrandissement de la cabane de Moiry, transformation d'une petite grange en logement de vacances, réalisation d'un sauna mobile, etc.). Face à ces références, l'adjudicateur se borne à relever dans sa détermination du 22 août 2023 que ces projets concernent exclusivement des bâtiments fixes alors qu'il est ici question d'une construction mobile, légère et héliportable et qu'il s'agit de projets de trop grande envergure au regard du projet recherché. En somme, ces références ne permettaient pas à la recourante de répondre favorablement aux attentes de l'adjudicateur (cf. p. 65 et 66 du dossier). Or, la recourante a précisément prouvé avoir réalisé au moins une construction mobile (sauna) et les autres ouvrages dont elle se prévaut sont similaires à la construction envisagée, à tout le moins en termes de technique (construction en altitude et exigüe). Quoiqu'il en soit, on peine à comprendre le point de vue de l'adjudicateur, qui sous-entend dans sa détermination que seules des entreprises ayant réalisé des projets mobiles, légers et héliportables, auraient été à même de déposer une offre dans le cas présent. En effet, l'essence même du métier d'architecte est de concevoir et développer des projets conformément aux *desideratas* du maître d'ouvrage ainsi que d'en chapeauter l'exécution, sa compétence ne découle pas uniquement d'une expérience préalable identique au projet envisagé mais également, et surtout, de son aptitude à le réaliser. De plus, il ressort de l'article du Nouvelliste du 2 août 2019 que les cabanes mobiles de bergers existent en Suisse depuis 2015 au moins et qu'il ne s'agit donc pas d'un concept novateur qui nécessiterait des compétences spécifiques s'éloignant de celles d'un architecte ordinaire (cf. p. 40 du dossier). Du reste, les extraits du registre du commerce de la recourante et de l'adjudicataire permettent d'établir qu'ils exercent dans le même domaine, ce dernier étant toutefois spécialisé dans la construction en bois, particularité qui n'est, au vu du dossier déposé, pas essentielle pour l'exécution du marché litigieux. Partant, la recourante disposait à première vue des compétences nécessaires lui permettant de déposer une offre pour le marché litigieux.

Par ailleurs, la recourante avait informé l'adjudicateur de sa volonté et de sa capacité de réaliser la construction litigieuse en 2022 déjà, comme l'atteste son courriel du 11 mai 2022 (cf. p. 23 du dossier). L'adjudicateur était également conscient de l'existence d'au moins une autre entreprise à même de fournir la prestation sollicitée, soit l'entreprise B _____, qui a été la première à fournir les alpages valaisans sur demande privée d'exploitants et auprès de laquelle il avait envisagé de passer commande en 2023 (cf. bordereau de pièces – X _____ c/ Service de l'agriculture - Adjudication du 12.07.2023 – Cabanes mobiles pour alpages [ci-après : bordereau de pièces] ; cf. pièce n° 20). De même, l'adjudicateur aurait dû présumer de la compétence d'autres entreprises puisque la prestation sollicitée, bien qu'originale, existe depuis plusieurs années déjà et s'apparente, en termes de structure et d'aménagement, à des constructions usuelles réalisées par des entreprises du secteur concerné. Quant à la « particularité » de la cabane développée par l'adjudicataire qui était selon lui « vivement recherchée » et « répondait beaucoup mieux aux besoins particuliers des alpages valaisans » (cf. p. 66 du dossier), on ne discerne pas, à première vue, en quoi la situation des alpages valaisans diffère de celles des autres alpages suisses ainsi que la particularité de la cabane proposée par l'adjudicataire vis-à-vis des autres cabanes existant sur le marché. Cet argument, qui est dans la pratique la résultante de l'examen mené par l'autorité adjudicatrice dans le cadre d'une procédure ordinaire donnant lieu à une comparaison et à une évaluation des offres reçues, n'est d'ailleurs pas étayé par l'adjudicateur.

Invité à se déterminer sur l'écriture de la recourante portant à la connaissance du Tribunal de céans le revirement de jurisprudence opéré par le Tribunal fédéral en matière de fardeau de la preuve, l'adjudicateur indique que la décision litigieuse est antérieure à l'arrêt en question et qu'il ne pouvait dès lors se conformer à des « prescriptions qui n'étaient pas encore édictées ni même pensées », mais devait se fonder sur la jurisprudence alors en vigueur (cf. p. 117 du dossier). Cela étant, il méconnaît que le revirement de jurisprudence opéré par le Tribunal fédéral porte uniquement sur le fardeau de la preuve en cas de contestation d'une procédure de gré à gré exceptionnel, mais qu'il revient au pouvoir d'adjudicateur d'opter *ab initio* pour la procédure régulière selon le droit des marchés publics. Il s'agit là d'un examen auquel l'autorité adjudicatrice doit de toute manière procéder dès lors que le principe de légalité lui impose d'éclaircir l'existence réelle de conditions lui permettant de mettre en place ce type de procédure exceptionnelle (arrêt du Tribunal fédéral 2C_50/2022 précité consid. 5.9.4). Le fardeau de la preuve de l'absence de solution de rechange ne lui incombait certes pas au moment de sa détermination du 22 août 2023 mais, une fois informé du revirement de jurisprudence, il lui aurait été loisible de compléter sa détermination, ce qu'il n'a pas fait.

Partant, l'adjudicateur, à qui le fardeau de la preuve incombe, n'est pas parvenu à démontrer avoir procédé à des recherches actives pour s'assurer que le marché concerné ne pouvait effectivement pas être réalisé par une autre entreprise que l'adjudicataire. Cet examen lui aurait d'ailleurs permis de constater que tel n'était pas le cas ici, si bien que son argument reposant sur l'art. 13 al. 1 let. c aLcAIMP est erroné.

Ce premier grief est donc admis.

4. Dans un second grief, la recourante conteste la condition de la clause d'urgence sur laquelle s'est également fondée la décision d'adjudication du 12 juillet 2023 (art. 13 al. 1 let. d aLcAIMP). Selon elle, cette circonstance exceptionnelle est régie par cinq conditions cumulatives qui ne seraient pas remplies ici. La première condition (survenance d'un évènement imprévisible) ne serait d'emblée pas réalisée puisque l'adjudicateur était parfaitement conscient que de nouvelles subventions allaient être octroyées par l'OFEV en 2023 ce qui susciterait une forte demande de cabanes pour l'été 2023, à laquelle il lui incomberait de répondre en tant que maître d'ouvrage.

4.1 Dans un ATF 141 II 113, le Tribunal fédéral a considéré que la clause d'urgence permettant de déroger à la procédure ouverte et à la nécessité de publier un appel d'offres ne peut être invoquée par l'adjudicateur que si cinq conditions cumulatives sont réalisées : un événement imprévisible doit survenir (1) lequel doit être à l'origine d'une situation d'urgence impérieuse (2) l'urgence ne doit pas être due au fait du pouvoir adjudicateur (3) elle est telle que l'autorité d'adjudication n'est pas en mesure d'y faire face si elle procède par le biais d'un appel d'offres public (4) et le pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure de gré à gré dans la seule mesure nécessaire à rétablir une situation normale (5). La terminologie employée ("strictement nécessaire", "urgence impérieuse") ainsi que la jurisprudence rendue par la CJUE dénotent que la clause d'urgence alléguée par les pouvoirs adjudicateurs ne doit être admise que de façon très restrictive, aussi par rapport au critère relatif à l'incompatibilité avec les délais exigés, qui doit être exclu dès qu'une procédure accélérée est envisageable (ATF 141 II 113 consid. 5.3.1 et 5.3.2).

4.2 En l'occurrence, les premières cabanes mobiles de bergers livrées en Valais ont été acquises en 2021 par des exploitants privés et ont été subventionnées par le canton et la Confédération (cf. bordereau de pièces, pièces n^{os} 6 et 12). En 2022, le SAgr est devenu maître d'ouvrage du projet à la suite d'une discussion avec l'OFEV et il a procédé à une commande de 10 cabanes/15 modules pour l'été 2022 auprès de l'adjudicataire pour un montant total de 297'114.40 fr. sur la base du devis du 7 juin 2022 (cf. bordereau de pièces, pièce n° 13 ; cf. également p. 66 du dossier). Aux dires de l'adjudicateur, le montant de la

commande n'excédait pas la valeur seuil pour la construction (gros œuvre) fixée à 300'000 fr. (Annexe 2 aAIMP), ce qui lui avait permis de conclure le marché via une procédure de gré à gré ordinaire. Quant au choix du prestataire, suite à la décision de l'OFEV qui n'a été « notifiée aux cantons que le 19.05.2022 », il ne pouvait opter que pour « le seul modèle existant en Valais, éprouvé et correspondant à tous les critères fixés c'est-à-dire celui de Y _____ » lequel disposait de « la capacité de construire le nombre requis de cabanes mobiles et de les livrer à temps » (cf. p. 66 du dossier).

Pour le marché adjugé en 2023 dont il est question ici, l'argumentaire de l'adjudicateur est similaire. Ainsi, il fait notamment référence à la décision de crédit de l'OFEV, qui n'a été communiquée aux cantons « que le 6 avril 2023 », ce qui l'a obligé à mettre en œuvre des mesures « urgentes dans un très court laps de temps (seulement quelques jours) ». Partant, la commande opérée auprès de l'adjudicataire l'a été « sans délai, faute de se retrouver avec une livraison tardive ». Il n'avait dès lors « pas été possible de lancer un appel d'offres préalable conformément aux règles sur les marchés publics » et il s'était dès lors naturellement adressé à l'entreprise ayant fourni les cabanes en 2021 et 2022, laquelle « garantissait de pouvoir les livrer toutes dans le très court délai imparti ». Quant à un éventuel appel d'offres « anticipé », il n'était « pas clair ni prévisible de savoir si les mesures urgentes temporaires admises par l'OFEV en 2022 seraient, ou non, reconduites en 2023, ni dans quelles proportions ». De plus, il ne pouvait pas s'attendre à un tel nombre de demandes et le marché, qu'il avait estimé à 8 à 10 cabanes, n'aurait alors pas dépassé la valeur seuil de 300'000 francs (construction gros œuvre). Ce n'est que « lorsque les demandes ont effectivement afflué qu'il est devenu évident que l'intérêt pour ces cabanes mobiles était nettement plus élevé que prévu et qu'il a dû « agir rapidement et passer immédiatement la commande des cabanes mobiles sollicitées ». Il n'y avait dès lors « pas assez de temps pour un appel d'offres public » (cf. p. 67 et 68 du dossier).

Concernant la première condition de la clause d'urgence (événement imprévisible), si l'adjudicateur a pu être pris au dépourvu en 2022, les subventions de la Confédération pour ce type de mesures de protection étant inédites jusqu'alors, tel ne saurait être le cas en 2023. En effet, l'adjudicateur savait que la Confédération réitérerait ses mesures financières ce qui ressort d'ailleurs de son courriel du 8 mars 2023 adressé à A _____ (« *Von BAFU haben wir bis jetzt nur die Aussage, dass im Jahr 2023 die Unterstützungen um etwa gleich, mit gewisse Anpassungen, wie im 2022 ausgerichtet werden* » ; cf. bordereau de pièces, pièce n° 20). Partant, il disposait *a minima* de quatre mois pour fournir les cabanes pour l'été 2023, délai qui lui permettait de mener une procédure d'adjudication ordinaire ce d'autant plus qu'il connaissait parfaitement le marché en question (souhaits, modalités

techniques et temporelles, etc.). Contrairement à ses dires, il aurait en outre dû anticiper la nécessité de cet appel d'offres et son argumentaire à ce sujet ne convainc pas. Son estimation pour l'année 2023 (8 à 10 cabanes) s'apparente au nombre de cabanes acquises en 2022 soit dix cabanes pour un montant de 297'117 fr. 40 de sorte que l'ajout d'une seule cabane à l'estimation de 2023 (portant le total à 11 cabanes) aurait entraîné le dépassement de la valeur seuil de la procédure de gré à gré en matière de marché de construction (gros œuvre ; 300'000 fr. ; cf. annexe 2 aAIMP) et l'obligation de procéder à un appel d'offres (procédure ouverte ou sélective) ou la nécessité d'agir via une procédure sur invitation. Au demeurant, le marché a finalement été attribué le 12 juillet 2023 pour un montant de 447'170.40 francs. Par conséquent, aucun « évènement imprévisible » ne permettait à l'adjudicateur de procéder à l'adjudication litigieuse par le biais d'une procédure de gré à gré exceptionnel en invoquant la clause d'urgence (art. 13 al. 1 let. d aLcAIMP).

Par surabondance, il convient de relever que l'adjudicateur se fourvoie lorsqu'il qualifie le marché litigieux de marché de construction (gros œuvre). En effet, un marché de fournitures concerne un bien de nature mobilière alors qu'un marché de construction se réfère à un ouvrage immobilier (POLTIER, Droit des marchés publics, 2^e édition, 2023, nos 382 et 385, p. 189 et 191). Or, il est ici question de constructions mobiles qui correspondent à la définition d'un marché de fournitures. La décision litigieuse fait d'ailleurs référence s'agissant du type de marché à la « fourniture de cabanes de berger mobiles ». On peut donc s'interroger sur la pertinence des arguments de l'adjudicateur formulés à la suite du recours dans lesquels il se réfère à un marché de construction (gros œuvre) (cf. p. 66 et 117 du dossier). Dès lors, le marché attribué en 2022, de même que son estimation pour l'année 2023, imposaient de toute manière à l'adjudicateur de procéder à un appel d'offres puisque la valeur seuil de la procédure ouverte pour un marché de fournitures était largement atteinte (250'000 fr. ; cf. annexe 2 aAIMP).

Partant, l'adjudicateur a échoué à démontrer le caractère imprévisible du marché et le second grief doit être admis.

5. Cela étant, l'adjudicateur n'est pas parvenu à démontrer que les conditions sur lesquelles reposait son adjudication de gré à gré exceptionnel étaient remplies (art. 13 al. 1 let. c et d aLcAIMP). L'admission des deux premiers griefs de la recourante (cf. *supra* consid. 3.1 et 4.2) entraîne l'admission du recours et dispense la Cour de céans d'examiner le mérite des autres moyens soulevés.

Conformément à l'art. 58 al. 2 aAIMP, l'admission du recours ne peut conduire qu'au constat du caractère illicite de la décision attaquée, attendu que le contrat relatif à l'adjudication contestée a déjà été conclu et exécuté.

6. Le présent arrêt rend sans objet la demande d'effet suspensif.

7. Vu l'issue de la cause, les frais sont remis (art. 89 al. 4 LPJA). La recourante, qui obtient gain de cause et qui a pris une conclusion en ce sens, a droit à une indemnité de dépens à la charge du pouvoir adjudicateur dont le comportement fautif est à l'origine de l'admission du recours (art. 91 al. 1 LPJA). Eu égard à l'activité déployée par son mandataire, qui a principalement consisté en la rédaction d'un recours auprès du Tribunal de céans du 3 août 2023 de 17 pages, d'une prise de connaissance du dossier le 15 septembre 2023 suivi d'une détermination du 25 septembre 2023 de 14 pages, et enfin d'une détermination du 5 décembre 2023 de 5 pages, ils seront arrêtés à 2400 fr (TVA et débours compris ; art. 91 al. 1 LPJA et 4, 27 ss et 39 LTar).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce :

1. Le recours est admis.
2. Il est constaté l'illicéité de la décision d'adjudication rendue par le Service de l'agriculture le 12 juillet 2023.
3. La requête d'effet suspensif est classée.
4. Il est renoncé à percevoir des frais de justice.
5. L'Etat du Valais versera à X _____ une indemnité de 2400 fr. pour ses dépens.
6. Le présent arrêt est communiqué à Maître Michel De Palma, avocat à Sion, pour X _____, à Y _____, à Liddes, et au Service de l'agriculture, à Sion, pour le Conseil d'Etat.

Sion, le 6 février 2024