

Par arrêt du 12 mars 2021 (2D_15/2021), le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours en matière de droit public interjeté par le Conseil d'Etat du Valais contre ce jugement.

A1 20 82

ARRÊT DU 8 FÉVRIER 2021

Tribunal cantonal du Valais Cour de droit public

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

en la cause

le consortium formé par X _____ SA et Y _____ SA, recourant, représenté par Maître M _____

contre

CONSEIL D'ETAT DU CANTON DU VALAIS, autorité attaquée et Z _____ SA, tiers concerné, représentée par Maître N _____

(Adjudication & reg. profession)

recours de droit administratif contre la décision du 29 avril 2020

Faits

A. Par avis inséré le xxx 2020 au Bulletin officiel n° xxx du canton du Valais (p. xxx) ainsi que sur le site www.xxx.ch, l'Etat du Valais, par le Département des finances et de l'énergie (ci-après : DFE) - Service immobilier et patrimoine (ci-après : SIP) -, a lancé un appel d'offres, en procédure ouverte, pour des travaux, répartis en lots, relatifs à la réaffectation de l'ancien bâtiment du centre d'impression des Ronquoz pour les besoins de l'EPFL dans le cadre de sa deuxième phase d'implantation en Valais et, plus particulièrement, pour la création d'un pôle de recherches sur l'environnement alpin et polaire, « ALPOLE ». S'agissant des travaux de chauffage (code de frais de construction [CFC] – 240, lot n° 8), la valeur du marché a été estimée à x xxx xxx francs.

Le cahier des charges (ci-après : CC) indiquait que le marché serait adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (p. 10). Il prévoyait les trois critères d'adjudication ci-après, avec leur pondération respective, à noter sur une échelle de 0 à 5 (0 constituant la plus mauvaise note et 5 la meilleure note) jusqu'au centième pour le prix. Pour les critères de qualité, la note était donnée au point (5 : très intéressant, 4 : bon et avantageux, 3 : suffisant, 2 : partiellement suffisant ; 1 : insuffisant ; 0 : pas d'information)

1. Prix de l'offre déposée	70 %
- Montant de l'offre financière	50 %
- Crédibilité du prix	20 %
2. Organisation du soumissionnaire	20 %
- Organisation pour l'exécution du marché	
3. Références liées à l'objet	10 %
- Références des 5 dernières années liées à l'objet	

Le document d'appel d'offres indiquait que la notation du prix serait effectuée selon la méthode T3 du Guide romand des marchés publics, à savoir : $\left[\frac{\text{Prix offert le plus bas}}{\text{Prix du candidat } n} \right]^3 \times 5$. S'agissant de la notation de la crédibilité de l'offre, celle-ci devait se faire en tenant compte du montant moyen des offres rentrées. Si le nombre d'offres rentrées était supérieur ou égal à 5, le montant moyen correspondait à la moyenne de toutes les offres. Dans le cas inverse, ce nombre correspondait au calcul effectué par le maître d'ouvrage préalablement au dépôt des offres. Plus le soumissionnaire s'éloignait de cette valeur moyenne, plus la note devait être basse, la note de 0 étant attribuée à un montant offert

qui était au-delà d'un certain pourcentage (-50 à +100 %) de part et d'autre de la moyenne.

Le second critère relatif à l'organisation du soumissionnaire pour la réalisation du marché impliquait que soit fourni, sur les annexes 3A et 3B, un organigramme opérationnel relatif à l'exécution du marché. Celui-ci devait être en adéquation avec les exigences et les objectifs du marché visé, mais aussi avec l'organisation de l'adjudicateur. En particulier, les noms des principaux intervenants (personnes-clés, diplômes, années d'expérience), ainsi que la répartition des tâches et des responsabilités, tout comme les liens hiérarchiques, devaient ressortir de cet organigramme. En cas d'offre déposée par un consortium, la répartition des responsabilités des différents consorts devait être mise en exergue (CC, p. 12).

En ce qui concerne le dernier critère, soit les références liées à l'objet (CC, p. 12), le soumissionnaire devait fournir trois références qui, si possible, avaient un rapport avec le type de marché à exécuter en terme de complexité et d'importance. En outre, elles devaient démontrer l'aptitude, les compétences et l'expérience nécessaire du candidat pour accomplir le marché. De plus, elles devaient être achevées depuis moins de 5 ans, ou être en cours d'exécution, mais proches de l'achèvement, et refléter le même type d'organisation proposé pour le marché.

S'agissant des critères d'aptitude, le CC prévoyait, à sa page 9, que tout soumissionnaire devait présenter au minimum un « ingénieur, maîtrisé fédéral, technicien qualifié », un contremaître, un chef d'équipe, cinq ouvriers avec CFC, cinq personnes « autres ». En outre, il incombait au soumissionnaire de joindre impérativement, sous annexe 2, l'organigramme général de l'entreprise (pièce 2A) et une copie des diplômes du personnel cadre (pièce 2B). Le CC précisait encore que si les compétences spécifiques demandées n'étaient pas assurées, respectivement non confirmées, l'offre serait jugée non valable/inapte et, de ce fait, exclue.

B. Le 7 avril 2020, six offres ont été ouvertes. Celle déposée par le consortium formé par les sociétés X _____ SA et Y _____ SA (ci-après : le consortium) s'est élevée à x xxx xxx fr. et est arrivée en deuxième position. La moins disante a été celle de Z _____ SA à x xxx xxx fr.

Le 20 avril 2020, le SIP, sur la base d'un rapport de pré-adjudication et d'une grille « multicritères » établis par le bureau d'architectes en charge du dossier, a adressé au Conseil d'Etat une proposition d'adjudication des travaux à Z _____ SA pour un montant s'élevant à x xxx xxx fr.

C. Délibérant le 29 avril 2020, le Conseil d'Etat a adjugé le marché « CFC 240 - Chauffage » à « Z _____ SA » pour un montant après contrôle de x xxx xxx fr. Cette décision a été communiquée aux parties le 5 mai 2020.

Le premier critère relatif au prix de l'offre déposée (70 %) se déclinait en deux sous-critères (notation du prix [50 %] et crédibilité du prix [20 %]). Pour le premier sous-critère, le consortium a obtenu une note de 4.77 pour son montant de x xxx xxx fr. tandis que Z _____ SA a reçu une note de 5 pour une offre s'élevant à x xxx xxx fr., ce qui représentait, une fois pondérée, une note de 2.39 (4.77 x 50 %) pour le consortium et de 2.50 (5 x 50 %) pour Z _____ SA. Pour le second sous-critère, tant le consortium que l'adjudicataire se sont vu attribuer la même note, à savoir 5, ce qui correspondait, après pondération, à une note de 1 (5 x 20 %).

Pour le deuxième critère (organisation du soumissionnaire [20 %]), le consortium et Z _____ SA ont obtenu la même note, soit 5 qui, une fois pondérée, vaut 1 (5 x 20 %).

Pour le dernier critère (références liées à l'objet [10 %]), l'offre du consortium a été notée à 5 tandis que celle de Z _____ SA l'a été à 4, ce qui représente, après pondération, une note de 0.50 (5 x 10 %), respectivement une note de 0.40.

En synthèse, les notes se détaillaient comme suit :

Critères	%	Note attribuée au consortium	Note attribuée à Z _____ SA	Note pondérée consortium	Note pondérée Z _____ SA
Prix	70 %	9.77	10.00	3.39	3.50
Notation du prix	50 %	4.77	5.00	2.39	2.50
Crédibilité du prix	20 %	5.00	5.00	1.00	1.00
Organisation	20 %	5.00	5.00	1.00	1.00
Références	10 %	5.00	4.00	0.50	0.40
Total pondéré	100 %			4.89	4.90

D. Le 18 mai 2020, le consortium a recouru céans en prenant les conclusions suivantes :

« Quant à l'effet suspensif

1. L'effet suspensif est accordé au présent recours.
2. Interdiction est faite à l'autorité intimée de conclure le contrat jusqu'à droit connu sur le présent recours.

Quant au recours

3. La décision est annulée et l'affaire renvoyée au pouvoir adjudicateur pour que la grille d'évaluation des offres soit corrigée.

4. Les frais sont mis à la charge de l'Etat du Valais.
5. Une indemnité de dépens est accordée aux recourantes ».

Le 19 mai 2020, la Cour de céans a octroyé l'effet suspensif à titre préprovisionnel, en particulier en ce qui concernait la conclusion du contrat entre l'adjudicateur et l'adjudicataire.

Le 4 juin 2020, Z _____ SA a conclu, sous suite de frais et de dépens, à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

Le 8 juin 2020, le SPI, agissant pour le compte du Conseil d'Etat, a proposé le rejet du recours et de la requête d'effet suspensif.

Le 25 juin 2020, le consortium a répliqué. En substance, il a estimé que le principe de transparence était transgressé et que le pouvoir adjudicateur avait abusé de son pouvoir d'appréciation dans sa manière de noter le critère « organisation du soumissionnaire » car celle-ci s'écartait de l'échelle avancée. A le suivre, il ne suffisait pas de bénéficier d'une solide expérience et de compétences nécessaires pour obtenir une note maximale, encore fallait-il présenter des avantages particuliers par rapport aux autres candidats. De toute manière, l'offre de l'adjudicataire devait être écartée vu qu'il ne remplissait pas les critères d'aptitude requis par le CC, faute de disposer d'un personnel qualifié en suffisance. Cela étant, le consortium a modifié ses conclusions de la sorte :

« A titre incident

1. Ordre est donné à l'Etat de déposer le dossier complet de la cause, avec en particulier le rapport explicatif du 20 avril 2020 et les rapports des différents mandataires.

Quant au recours

2. La décision d'adjudication rendue par le Conseil d'Etat est annulée et l'affaire est renvoyée au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
3. Les frais sont mis à la charge de l'Etat du Valais.
4. Une indemnité de dépens est accordée aux recourantes ».

Le 10 juillet 2020, le SPI s'est déterminé sur l'écriture du consortium. En bref, ce service a renvoyé à son rapport d'adjudication ainsi qu'au tableau d'évaluation pour écarter une éventuelle violation du principe de transparence. S'agissant d'un éventuel abus d'appréciation dans l'évaluation du critère « organisation du soumissionnaire », le SPI a indiqué avoir octroyé la note maximale tant à l'adjudicataire qu'au consortium vu que « l'un et l'autre répondaient aux attentes de l'adjudicateur, indépendamment du fait que le second présenterait un effectif supérieur et d'autres qualifications [non] exigées pour l'exécution du marché », ce qui le conduirait d'ailleurs à un « excès de la qualité et vers une surqualification de l'offre par rapport aux attentes de l'adjudicateur telles que définies dans l'appel

d'offres ». Concernant l'aptitude de l'adjudicataire à exécuter le marché, le SPI a rappelé que le CC exigeait, de manière alternative, un ingénieur, un maîtrisé fédéral ou un technicien qualifié, condition réalisée par Z _____ SA.

Le 24 juillet 2020, le consortium a reproché au pouvoir adjudicateur de violer le principe de transparence en ne déposant pas en cause le rapport de pré-adjudication établi par les architectes en charge du projet. Il a ensuite critiqué la notation des références de l'adjudicataire, laquelle ne devait pas être supérieure à 3, vu que l'ampleur des marchés exécutés n'atteignaient de loin pas celle du chantier à exécuter. Au surplus, le consortium a maintenu que cette entreprise ne remplissait pas les critères d'aptitude étant précisé qu'une personne titulaire d'un diplôme fédéral dans le domaine des installations sanitaires ne pouvait pas être prise en considération dans le présent cadre relatif à des installations de chauffage. En outre, A _____ avait échoué à rendre vraisemblable qu'il était titulaire d'une maîtrise fédérale.

Le 5 août 2020, le consortium a indiqué que le rapport de pré-adjudication ainsi que la grille « multicritères » des architectes en charge du projet n'avaient toujours pas été déposés et maintenu que les critères 2 et 3 avaient été notés de manière arbitraire.

Le 10 août 2020, Z _____ SA, se référant à son écriture du 4 juin 2020 (p. 7) a rappelé qu'elle disposait de « deux personnes qualifiées dans le secteur chauffage bénéficiant l'une d'une maîtrise fédérale et l'autre d'un brevet fédéral ».

Le 18 août 2020, le SPI a précisé que la grille « multicritères » dont fait mention le rapport d'adjudication du 20 avril 2020 renvoyait exclusivement aux pièces annexées audit rapport (tableau des offres contrôlées, méthode de notation du prix/de la crédibilité des offres et pondération). En outre, en ce qui avait trait au rapport de pré-adjudication, celui-ci correspondait au tableau comparatif des offres contrôlées dont le total avait été reporté dans le tableau des offres contrôlées du 21 avril 2020.

Considérant en droit

1.1 L'adjudication est une décision au sens de l'article 5 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RS/VS 172.6) . Elle peut être contestée céans dans un délai de dix jours dès sa notification (art. 15 et 16 de la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics

- LcAIMP ; RS/VS 726.1 ; art. 15 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics - AIMP). Déposé le 18 mai 2020 contre la décision d'adjudication du 29 avril 2020, notifiée le 5 mai 2020 et reçue au plus tôt le lendemain, le recours intervient dans le délai légal (art. 16 al. 2 LcAIMP ; art. 15 al. 4, 80 let. b et 46 LPJA ; art. 78 al. 1 du Code suisse des obligations du 30 mars 1911 – CO ; RS 220).

1.2 Il convient de rappeler que si une offre a été déposée par un consortium, un recours après un refus d'adjudication doit être interjeté par tous les membres de ce groupement (ATF 131 I 153 consid. 5.4 ; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, n. 407, p. 262 ; Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd. 2013, n. 1307, p. 649). Ceci implique que si l'un d'eux ne recourt pas, les autres n'ont aucun intérêt digne de protection à le faire pour leur propre compte. Leurs conclusions seraient, en effet, vouées à l'échec parce qu'une autre solution reviendrait à un arrêt agréant une offre qui aurait été modifiée, ce qu'interdit l'article 14 al. 1 *in fine* Omp.

En l'espèce, le consortium formé par les sociétés X _____ SA et Y _____ SA remplit cette exigence vu que ses membres ont recouru conjointement.

1.3. Dans les affaires de marchés publics, l'intérêt digne de protection du recourant dépend en principe de ses chances d'obtenir l'adjudication, en cas d'admission des griefs qu'il formule. Un soumissionnaire dispose d'un tel intérêt en particulier s'il est en bonne place au classement des offres selon la grille d'évaluation (ATF 141 II 14 consid. 4.6 à 4.8 ; RVJ 2015 p. 72 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_9/2019 du 22 juillet 2019 consid. 1.3).

En l'occurrence, le consortium est placé en deuxième position dans l'évaluation des six offres déposées avec un score inférieur de 0.01 points par rapport à celui de Z _____ SA (4.89 contre 4.90), de sorte que l'on ne peut pas exclure qu'il passerait au premier rang si ses griefs devaient être admis. Partant, la qualité pour recourir doit lui être reconnue (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. a LPJA, en relation avec les art. 15 et 16 LcAIMP).

1.4 Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que le recourant a motivés dans les formes prescrites par la loi (art. 80 al. 1 let. c et 48 al. 1 LPJA) et ne statue que sur la légalité de la décision attaquée, non sur son opportunité (art. 16 AIMP et 16 LcAIMP ; RVJ 2017 p. 30 consid. 4). A cela s'ajoute qu'en matière de marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, en particulier dans la phase de l'évaluation et de la comparaison des offres, si bien que l'appréciation du Tribunal ne saurait se substituer d'emblée à celle du pouvoir adjudicateur, seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation devant être sanctionné (cf. ATF 143 II 120

consid. 7.2 et 141 II 353 consid. 3, cités p. ex *in* : arrêt du Tribunal fédéral 2D_9/2019 du 22 juillet 2019 consid. 3.3 ; Etienne Poltier, *op. cit.*, n. 420, p. 268). En revanche, l'autorité judiciaire n'a pas à faire preuve de la même retenue lors du contrôle des règles de procédure en matière de marchés publics (ATF 141 II 353 consid. 3 et les réf. cit.).

1.5 Le pouvoir adjudicateur a déposé le dossier d'adjudication du marché querellé, la demande du consortium en ce sens est ainsi satisfaite (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA).

2. Le consortium affirme que l'offre de Z _____ SA aurait dû être exclue, car elle ne remplirait pas les conditions d'aptitude nécessaires pour exécuter le marché, faute de disposer de suffisamment de personnel qualifié.

2.1 En matière de marchés publics, on distingue les critères d'aptitude ou de qualification (« *Eignungskriterien* »), qui servent à s'assurer que le soumissionnaire dispose des capacités suffisantes afin de réaliser le marché (art. 13 al. 1 let. d AIMP ; art. 12 al. 1 Omp), des critères d'adjudication ou d'attribution (« *Wettbewerbs-* » ou « *Zuschlagskriterien* ») qui se rapportent en principe directement à la prestation requise et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée (ATF 141 II 353 consid. 7.1 et 140 I 285 consid. 5). Les entreprises soumissionnaires qui ne remplissent pas un des critères d'aptitude posées voient leur offre exclue, sans compensation possible (ATF 141 II 353 consid. 7.1 et 139 II 489 consid. 2.2.4). Cette conclusion s'impose toutefois uniquement lorsque le vice n'est pas anodin ; le motif d'exclusion doit revêtir une certaine gravité (ATF 143 I 177 consid. 2.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_717/2020 du 11 janvier 2021 consid. 1.3.4). Lorsque les manquements du soumissionnaire aux exigences d'aptitude ne sont que légers, il serait en effet disproportionné de l'exclure de la procédure d'adjudication (ATF 143 I 177 consid. 7.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_969/2018 du 30 octobre 2019 consid. 1.2.3). Les critères d'aptitude doivent pouvoir être contrôlés par l'adjudicateur avant la décision d'adjudication, ce qui exclut notamment que des éléments essentiels pour l'exécution du mandat ne soient acquis par l'adjudicataire que par la suite (ATF 145 II 249 consid. 3.3 et 143 I 177 consid. 2.3.2). Il s'ensuit que le principe selon lequel un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication, en particulier lorsque, au moment du dépôt de son offre ou au moment de l'adjudication, il ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigées (art. 23 let. a de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics – Omp ; RS/VS 726.100) ou, lorsque son offre ne remplit pas les exigences figurant dans le document d'appel d'offre (art. 23 let. c Omp), doit être tempéré au regard de ce qui a été relevé ci-avant.

2.2 En l'occurrence, le CC exigeait des soumissionnaires, sous le chapitre des critères d'aptitude (p. 9), une organisation de l'entreprise, dans le domaine spécifique, présentant au minimum un « ingénieur, maîtrisé fédéral, technicien qualifié », un contremaître, un chef d'équipe, cinq ouvriers avec CFC et cinq « autres ». A cet égard, l'organigramme général de l'entreprise, ainsi qu'une copie des diplômes du personnel cadre (annexe 2) devaient être fournis. En outre, le CC précisait que si les compétences spécifiques demandées n'étaient pas assurées, respectivement non confirmées, l'offre était jugée non valable / inapte et, de ce fait, exclue.

Le pouvoir adjudicateur soutient céans que Z _____ SA satisfait aux critères d'aptitude « puisqu'elle figure sur la liste permanente des entreprises agréées à participer aux procédures de marché public et qu'elle remplit largement les critères d'aptitude spécifiques pour réaliser ce type de travaux [...] en particulier, [elle] dispose d'un nombre suffisant d'employés spécialisés dans les travaux d'installation de chauffage, [lesquels] présentent toutes les formations professionnelles et exigées pour la prestation demandée [...] » si bien qu'elle n'avait pas à être exclue. En outre, s'agissant de la note de 5 octroyée pour le critère d'adjudication « organisation du soumissionnaire », elle se justifiait car l'intimée « fondée en 1972 [*recte* 1990, *cf.* extrait du registre du commerce de dite société], bénéficie d'une solide expérience et réunit l'ensemble des compétences nécessaires dans [le] domaine [du chauffage] ». Ce raisonnement ne convainc pas. Quand bien même l'adjudicateur exerce un large pouvoir d'appréciation dans le domaine des marchés publics en général, il ne pouvait pas faire abstraction du contenu figurant à l'annexe 2 (2A et 2B), requis par le CC et déposé par Z _____ SA, lequel met en lumière que le « département chauffage » de l'intimée, co-dirigé par A _____, B _____ et C _____, comprend un dessinateur en chauffage au bénéfice d'un CFC en la personne de C _____, ainsi que six « monteurs en chauffage », deux « aides monteurs en chauffage » et trois « apprentis monteurs en chauffage ». Les réquisits spécifiques du CC relatifs à la présence d'un « ingénieur, maîtrisé fédéral, technicien qualifié », contremaître et chef d'équipe ne sont ainsi pas remplis.

Le résultat est identique si l'on se réfère à l'organigramme opérationnel prévu pour l'exécution du chantier (annexe 3A). En effet, même si dans cette constellation l'intimée dispose d'un contremaître en chauffage avec brevet fédéral (D _____), il n'en demeure pas moins que ce dernier ne saurait être valablement compté une seconde fois, comme l'a fait l'adjudicateur, au titre d'« ouvrier avec CFC ». L'on ne saurait pas davantage déduire de la présence de D _____ que l'intimée dispose valablement d'un technicien étant donné que celui-ci intervient en qualité de contremaître. Or le CC requiert expressément, au

chapitre des critères d'aptitude, l'intervention, tant d'un « ingénieur, maîtrisé fédéral ou technicien qualifié » que d'un contremaître, sur le marché à exécuter (p. 9). En outre, le fait que Z _____ SA dispose d'un projeteur d'installation sanitaire diplômé (B _____) comme remplaçant ne lui est également d'aucun secours vu que le marché attribué a trait exclusivement au domaine spécifique du « chauffage » (lot n° 8), les installations sanitaire (CFC 25) faisant l'objet d'un lot différent (n° 10). A cela s'ajoute que l'on ne saurait inférer de l'attestation du 17 juillet 1979, comme l'a fait le pouvoir adjudicateur, que A _____ soit porteur d'une maîtrise fédérale. En effet, conformément à l'article 40 de la loi fédérale du 20 septembre 1963 sur la formation professionnelle (applicable au présent cas vu qu'elle a été en vigueur du 15 avril 1965 au 31 décembre 1979 ; RO 1965 p. 325), le candidat qui a subi l'examen de maîtrise avec succès reçoit un diplôme (al. 2), signé par le président de la commission d'examen et par le directeur de l'office fédéral (al. 3 *ab initio*). Or, rien de tel ne figure au présent dossier étant donné que sur la pièce précitée, l'Etat du Valais, par son Département de l'instruction publique, mentionne uniquement que l'intéressé « porteur du certificat de capacité de monteur en chauffages centraux a subi avec succès les examens exigés pour l'inscription au Registre professionnel du canton du Valais ». Quoiqu'il en soit, il peut être relevé que A _____ n'interviendra pas sur le marché querellé, son nom étant absent de l'organigramme spécifique lié au chantier, si bien que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas se prévaloir de sa présence pour confirmer son choix. Enfin, ce dernier passe sous silence que l'intimée n'a pas rempli les informations relatives à l'effectif du personnel attribué au marché à exécuter (CC, p. 9 « Critères d'aptitudes », cf. dossier de soumission, annexe 7), quand bien même le CC requérait expressément que cette donnée soit fournie par le soumissionnaire. Cette omission aurait, pour le moins, dû l'amener à faire preuve davantage de prudence à l'égard de l'intimée.

En définitive, le pouvoir adjudicateur a versé dans l'illégalité en retenant que Z _____ SA remplissait les critères d'aptitude nécessaires à l'exécution du marché querellé vu que cette société ne dispose d'aucun « ingénieur, maîtrisé fédéral, technicien qualifié » dans le domaine du chauffage. En outre, un chef d'équipe, un cinquième ouvrier avec CFC et un second aide monteur font également défaut, ce qui ne permettra pas à l'intimée de mener à bien l'adjudication litigieuse. Ce grave manquement aurait dès lors dû conduire le pouvoir adjudicateur à écarter l'offre de Z _____ SA, ce d'autant plus qu'il s'agit d'un marché d'envergure dont la valeur avoisine x xxx xxx francs (Etienne Poltier, *op. cit.*, n. 297, p. 186 ; Peter Galli et al., *op. cit.*, n. 435 ss, p. 197 ss et n. 603 ss, p. 263 ss). Par conséquent, le recours doit être admis pour ce motif déjà.

3. Le consortium se plaint également de la note de 4 attribuée à Z _____ SA pour le critère « Références liées à l'objet ». A le suivre, l'adjudicataire ne disposerait pas d'une expérience suffisante en lien avec des chantiers de même ampleur si bien que, faute de présenter des « avantages particuliers par rapport aux autres candidats », sa notation devrait être revue à la baisse.

En l'occurrence, le CC indiquait que le candidat devait fournir trois références qui, si possible, avaient un rapport avec le type de marché à exécuter en terme de complexité et d'importance. En outre, elles devaient démontrer l'aptitude, les compétences et l'expérience nécessaire du candidat pour accomplir le marché. De plus, elles devaient être achevées depuis moins de 5 ans, ou être en cours d'exécution, mais proches de l'achèvement, et refléter le même type d'organisation proposé pour le marché. Or, il ressort du dossier de soumission de l'adjudicataire (annexe 7) que celle-ci n'a fourni qu'une seule référence relative à une installation de chauffage, ce qui permet de douter de ses capacités à exécuter le marché litigieux. En effet, s'agissant des références 2 et 3, l'intimée n'a pas rempli la case « type de marché exécuté », si bien qu'il n'est pas possible de déterminer en quoi avaient consisté les travaux entrepris. De surcroît, comme le soulève le consortium, la valeur des travaux exécutés (xxx xxx fr.) dans le cadre de la seule référence valablement fournie n'atteint de loin pas celle du marché litigieux (x xxx xxx fr.). Dans ces circonstances, le pouvoir adjudicateur a versé dans l'illégalité en octroyant la note de 4 « bon et avantageux » aux références fournies par l'intimée.

4.1 Attendu ce qui précède, le recours est admis et la décision d'adjudication est annulée (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). Compte tenu des informalités constatées ci-dessus et en vertu du principe de la transparence et d'égalité de traitement, l'annulation de toute la procédure d'adjudication est nécessaire sans qu'il n'existe de mesure moins incisive (ATF 141 II 353 consid. 6). L'affaire est renvoyée au Conseil d'Etat pour reprise *ab initio* de la procédure d'adjudication des travaux de chauffage (CFC – 240), pour autant qu'il ait toujours l'intention d'attribuer ce marché.

4.2 L'émolument de justice est fixé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties, ainsi que de leur situation financière ; il oscille entre un minimum et un maximum arrêtés eu égard aux principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations (art. 13 al. 1 et 2 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). Dans les procédures de recours de droit administratif, il est perçu un émolument de 280 à 5 000 fr. (art. 25 LTar), limites que la Cour peut majorer jusqu'au quintuple, lorsque des circonstances particulières le justifient

(art. 13 al. 3 LTar). En l'occurrence, compte tenu notamment de la valeur élevée du marché à adjuger, il se justifie de fixer l'émolument de justice, qui comprend les frais de chancellerie (art. 3 al. 3 LTar), à 4 000 francs.

Etant donné que le comportement du pouvoir adjudicateur a conduit à l'annulation de la décision et à la reprise de la procédure *ab initio*, il se justifie de mettre seulement une partie de ces frais à la charge de Z _____ SA qui succombe (art. 89 al. 1 LTar). Celle-ci en supportera dès lors la moitié (2 000 fr.), le solde de 2 000 fr. étant remis (art. 89 al. 4 LPJA).

4.3 L'issue du litige implique pour le consortium le droit à des dépens (art. 91 al. 1 LPJA), à la charge, par moitié chacun, de l'Etat du Valais et de Z _____ SA, à qui les dépens sont refusés. Cette indemnité est fixée à 2 500 fr. (TVA comprise ; art. 4, 27 et 39 LTar). En sus de l'indemnisation des débours de cette partie, fixés forfaitairement à 150 fr. (pour les frais de copies [50 cts par page : ATF 118 Ib 349 consid. 5] et de port [selon le tarif postal; cf. à ce sujet, RVJ 2002 p. 315]), ce montant tient compte de l'activité déployée par le mandataire du recourant, qui a consisté essentiellement en la prise de connaissance du dossier et en la rédaction d'un recours de 6 pages et de plusieurs écritures (5, 4 et 1 pages).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est admis. La décision d'adjudication du 29 avril 2020 est annulée. L'affaire est renvoyée au Conseil d'Etat pour reprise *ab initio* de la procédure d'adjudication relative au lot n° 8 « CFC 240 – Installations de chauffage ».
2. Les frais, par 4 000 fr., sont mis à la charge de Z _____ SA à hauteur de 2 000 fr., le solde (2 000 fr.) étant remis.
3. L'Etat du Valais et Z _____ SA verseront, par moitié et solidairement entre eux, la somme de 2 500 fr. en faveur du consortium formé par X _____ SA et Y _____ SA à titre de dépens.
4. Il n'est pas alloué de dépens à X _____ SA.

5. Le présent arrêt est communiqué à Maître M _____, pour X _____ SA et Y _____ SA, à Maître N _____, pour Z _____ SA et, au Conseil d'Etat du canton du Valais.

Sion, le 8 février 2021