

A1 21 266

ARRÊT DU 29 MARS 2022

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

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

en la cause

X _____ SA, de siège social au A _____, recourante, représentée par Maître Olivia Heinis,

contre

CONSEIL D'ETAT DU VALAIS, autorité attaquée et **Y _____ SA**, de siège social à B _____, tiers concerné

(Marché public ; adjudication)

recours de droit administratif contre la décision du 24 novembre 2021

Faits

A.a Par avis inséré le xxx au Bulletin officiel n° xxx du canton du Valais (p. xxx s.), ainsi que sur le site www.simap.ch, l'Etat du Valais, par le Service immobilier et patrimoine (SIP) du Département des finances et de l'énergie (DFE), a lancé un appel d'offres, en procédure ouverte, pour la fourniture d'un « système d'acquisition et de traitement de données pour les relevés énergétiques avec transmission MQTT [Message Queuing Telemetry Transport] » des bâtiments de l'Etat du Valais (Code des frais de construction [CFC] 248 – Automatisation du bâtiment). La valeur du marché a été estimée à 180 000 francs.

A.b Le cahier des charges (ci-après : CC) indiquait que le marché serait adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (p. 11). Il prévoyait les trois critères d'adjudication ci-après, avec leur pondération respective, à noter sur une échelle de 1 à 5 (1 constituant la plus mauvaise note et 5 la meilleure note), la notation étant précise jusqu'au centième pour le prix et la crédibilité et arrondie au point pour les critères d'organisation ou de qualité (5 : très intéressant, 4 : bon et avantageux, 3 : suffisant, 2 : insuffisant ; 1 : pas d'information) :

1. Prix	40 %
1 _a Montant de l'offre financière	20 %
1 _b Crédibilité du prix	20 %
2 Organisation	20 %
2 _a Organisation du soumissionnaire	10 %
2 _b Références liées à l'objet (3)	10 %
3 Qualité technique	40 %
3 _a Solution technique	20 %
3 _b Qualité du produit	20 %
<hr/> Total	<hr/> 100 %

Le document d'appel d'offres (CC, p. 12) indiquait que la notation du prix serait effectuée selon la méthode N3, soit la méthode de notation au cube : $Notex = \left(\frac{\text{Coût offre min}}{\text{Coût offre } x} \right)^3 \times 5$.

S'agissant de la notation de la crédibilité de l'offre, à savoir la pertinence de l'offre résidant dans la mise en relation du prix offert par le candidat pour réaliser l'ensemble des prestations demandées conformément aux directives, normes et règlements, avec leur répartition dans chacune des phases du mandat, mais également par rapport aux

exigences d'exécution de l'ouvrage, le CC prévoyait que si le nombre d'offres rentrées était supérieur ou égal à 5, la moyenne de toutes les offres servait de référence. Dans le cas inverse, la référence était celle définie pour cette hypothèse par le maître d'ouvrage, préalablement au dépôt des offres. Plus le soumissionnaire s'éloignait de la valeur moyenne ou de la référence de substitution, 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 (CC, p. 13).

Le CC exigeait ensuite, sur un document annexe, le descriptif de l'organisation du soumissionnaire pour ce marché (CC, p. 14).

Pour ce qui avait trait aux références à des prestations antérieures, le soumissionnaire devait en fournir trois, ayant un rapport avec le type de marché à exécuter, en termes de complexité et d'importance, et démontrant la capacité, les compétences et l'expérience nécessaires pour le marché à exécuter. Elles devaient également correspondre aux prestations de la norme SIA 112 ou à la nature des travaux tels que demandés dans l'appel d'offres et être achevées depuis moins de 10 ans ou en cours d'exécution (CC, p. 15).

S'agissant des spécifications du système d'acquisition de données, le CC précisait que les produits offerts seraient jugés par rapport à leurs qualités techniques et fonctionnelles. En outre, il mentionnait les différentes capacités dont devait disposer le système d'acquisition de données, ainsi que les fonctionnalités demandées en option, étant précisé que la modularité du système d'acquisition des données proposé, notamment au niveau du type de signaux à traiter, était un critère prépondérant dans l'analyse technique du matériel. De plus, le système d'acquisition de données devait permettre de réaliser les fonctions suivantes en local, à savoir totaliser les impulsions de comptage pour permettre une transmission d'informations sous forme d'index et stocker six valeurs analogiques (échantillonnage à la seconde) pour une durée de sept jours minimum. Ce système devait obligatoirement supporter le protocole IOT MQTT (CC, p. 21). Par rapport à la validation du matériel proposé, le CC prévoyait une évaluation technique du système proposé sur la base des documents remis, puis, une fois l'adjudicataire potentiel du marché identifié et invité à fournir un échantillon desdits matériels, une analyse finale serait opérée sur celui-ci (CC, p. 22). Les soumissionnaires devaient également indiquer la disponibilité, la durabilité et les propriétés du matériel proposé, ainsi que les qualités et l'adéquation des solutions techniques proposées pour l'exécution du marché (CC, p. 23).

B.a Le 1^{er} juin 2021, neuf offres ont été ouvertes. Celle déposée par Y _____ SA s'est élevée à 160 809 fr. 53. La moins disante a été celle de X _____ SA à 152 371 fr.81 (*recte* 156 507 fr. 49).

Le 8 novembre 2021, le SIP, sur la base de la grille multicritère, a adressé au Conseil d'Etat une proposition d'adjudication des travaux à Y _____ pour un montant s'élevant à 160 809 fr. 55.

B.b Le 24 novembre 2021, le Conseil d'Etat a adjugé le marché à Y _____ pour un montant après contrôle de 160 809 fr. 55.

Le 29 novembre 2021, « X _____ » a été informée que le marché avait été adjugé à une autre entreprise. En outre, le courrier précisait ce qui suit : « *Une erreur s'est glissée dans notre fichier Excel. Certains soumissionnaires s'en sont aperçus et l'ont corrigée [,] ce qui n'était pas votre cas. Vous trouverez donc [,] en annexe[,] en plus de la décision[,] la correction apport[ée] à votre offre [de] CHF 3840.00 HT non comptabilisé[e] (logiciel – Documentation)[,] ainsi que le tableau d'évaluation anonymisé* ».

Le premier critère relatif au prix de l'offre déposée (40 %) se déclinait en deux sous-critères (montant de l'offre financière [1_a ; 20 %] et crédibilité du prix [1_b ; 20 %]). Pour le premier sous-critère, X _____ a obtenu une note de 5.00 pour son montant, après contrôle, de 156 507 fr. 49, tandis que Y _____ a reçu une note de 4.60 pour une offre s'élevant à 160 870 fr. 44, ce qui représentait, une fois pondérée, 1.00 point (5 x 20 %) pour X _____ et 0.92 point (4.60 x 20 %) pour Y _____. Pour le second sous-critère, X _____ a obtenu la note de 0.93, pondérée à 0.19 point (0.93 x 20 %), alors que Y _____ s'est vue gratifiée de la note de 1.13, valant, une fois pondérée, 0.23 point (1.13 x 20 %).

Pour le deuxième critère relatif à l'organisation (organisation du soumissionnaire [2_a ; 10 %] et références [2_b ; 10 %]), l'offre de X _____ a été notée à 2.00, en ce qui concerne le premier sous-critère, tandis que celle de Y _____ l'a été à 4.00, ce qui représente, après pondération, 0.20 point (2.00 x 10 %) pour X _____ et 0.40 point pour Y _____ (4.00 x 10 %). Pour le second sous-critère, X _____ a reçu la note de 1.00 alors que Y _____ a obtenu la note de 3.00, ce qui représente, après pondération, 0.10 point (1.00 x 10 %), respectivement 0.30 point (3.00 x 10 %).

Pour le dernier critère (qualité technique [40 %]), composé de deux sous-critères (solution technique [3_a ; 20 %] et qualité du produit [3_b ; 20 %]) X _____ a obtenu la note de 3 (3_a et 3_b), alors que Y _____ a obtenu la note de 5 (3_a et 3_b), ce qui correspondait, après pondération, à 1.20 points ([3.00 x 40 %]) et 2 points ([5.00 x 40 %]).

En synthèse, les notes se détaillaient comme suit :

Critères	%	Note attribuée à X _____	Note attribuée à Y _____	Note pondérée X _____	Note pondérée Y _____
Prix	40 %	5.93	5.73	1.19	1.15
Notation du prix	20 %	5.00	4.60	1.00	0.92
Crédibilité	20 %	0.93	1.13	0.19	0.23
Organisation	20 %	3.00	7.00	0.30	0.70
Organigramme	10 %	2.00	4.00	0.20	0.40
Références	10 %	1.00	3.00	0.10	0.30
Qualités techniques	40 %	6.00	10.00	1.20	2.00
Solution technique	20 %	3.00	5.00	0.60	1.00
Qualité du produit	20 %	3.00	5.00	0.60	1.00
Total pondéré	100 %			2.69	3.85

Le 2 décembre 2021, X _____ a requis auprès du SIP l'édition de son dossier.

Le 3 décembre 2021, l'ingénieur en charge du projet auprès du SIP lui a transmis un tableau comparatif « de l'analyse qui a été effectu[e] », tout en précisant qu'une erreur s'était glissée dans le fichier Excel mis à disposition des soumissionnaires dès lors que la position 5 « Logiciels – Documentation » n'avait pas été comptabilisée dans le total, ce qui expliquait le montant retenu après contrôle. S'agissant du critère de la qualité technique, il était précisé que « [l]a solution proposée par l'adjudicataire est la plus simple, elle est très évolutive, provient d'un seul fabricant et a été jugée comme l'une des plus sécuritaire par le service informatique de l'Etat du Valais ».

C. Le 10 décembre 2021, X _____ a recouru céans en prenant les conclusions suivantes :

« *Plaise à la Cour de droit public du Tribunal cantonal :*

1. Accorder à [X _____] le droit de consulter le dossier complet de la soumission de [Y _____] puis de déposer des observations complémentaires à son recours.
2. Accorder l'effet suspensif au présent recours.

Au fond

3. Annuler la décision d'adjudication rendue le 24 novembre 2021 par le Service immobilier et patrimoine du Département des finances et de l'énergie.

Principalement

4. Adjuger le mandat [d]acquisition automatique des consommations énergétiques des bâtiments de l'état ayant pour objet le parc des bâtiments de l'Etat du Valais à [X _____].

Subsidiairement

5. Renvoyer la cause à l'autorité adjudicatrice pour nouvelle décision.

En tout état de cause

6. Sous suite de frais et dépens »

A l'appui de ces conclusions, X _____ a, en substance, fait valoir que le pouvoir adjudicateur avait versé dans l'arbitraire en utilisant des critères d'adjudication étrangers à l'appel d'offres, en violation du principe de transparence. Elle a également estimé avoir été victime d'une violation de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, au motif que Y _____ avait obtenu de « manière peu claire et incompréhensible » des notes « plus favorables » que les siennes.

Le 25 janvier 2022, Y _____ a fait part de ses observations et a implicitement conclu au rejet du recours.

Le 1^{er} février, le SIP, agissant pour le compte du Conseil d'Etat, a versé en cause les deux offres concernées, tout en proposant l'irrecevabilité du recours, subsidiairement son rejet. A le suivre, la qualité pour recourir devait être niée à X _____, arrivée en 8^e position seulement. Cela étant, ce service a notamment expliqué que l'intéressée n'était pas fabricante et conceptrice des différents produits proposés pour la solution technique. De plus, elle avait proposé des modules hétéroclites provenant de fournisseurs différents. Ce point faible avait été pris en compte dans l'évaluation du critère « qualité technique » (3_a et 3_b) en raison de l'inconvénient que cela représentait sous l'angle de la pérennité du produit et de son exploitation, étant donné que, dans cette configuration, la recourante se trouvait tributaire de ses fournisseurs pour procéder à des mises à jour nécessaires pour maintenir l'ensemble des fonctionnalités à long terme du système qu'elle proposait. Il a assimilé cette manière de faire à de la sous-traitance qui n'avait, contrairement aux exigences du CC, pas été communiquée au pouvoir adjudicateur, vu que la solution technique proposée reposait sur des produits fabriqués par des fournisseurs dont l'intéressée n'avait pas la maîtrise, ce qui la plaçait, de surcroît, en situation de dépendance car elle ne disposait pas des droits de mise à jour sur ces produits et n'en contrôlait pas le processus d'élaboration. S'agissant de l'organigramme proposée par X _____, l'adjudicateur l'a qualifié de tronqué car il ne mentionnait pas le sous-traitant principal de la recourante. En outre, il ne comportait que trois échelons, ce qui laissait à penser que le soumissionnaire ne consacrait qu'une faible part de ses ressources à ce projet et qu'il n'était pas spécialisé dans le domaine de la domotique. Il a ensuite écarté l'existence d'une violation du principe de transparence dès lors que les critères et sous-critères d'adjudication étaient annoncés dans l'appel d'offres (CC, p. 11). Il a rappelé

que les spécifications techniques avaient été formulées de manière très large afin de n'exclure aucune technologie. En outre, les attentes minimales du pouvoir adjudicateur quant aux exigences techniques se retrouvaient également dans le cahier des charges dit « technique » composé de trois annexes mentionnées en page 21. Il a enfin allégué que les références fournies par X _____ n'étaient pas en adéquation avec le système à réaliser, ce qui lui avait valu une note inférieure aux autres soumissionnaires.

Le 14 février 2022, X _____ a répliqué. Elle estimait avoir la qualité pour recourir puisque l'admission du recours pouvait conduire à l'annulation de la procédure. Elle s'est plainte que les critères d'évaluation ne correspondaient pas aux critères de l'appel d'offres et a maintenu « la demande de réquisition visant à la production du dossier déposé par [Y _____] dans le cadre de la procédure d'adjudication menée par le Service ».

Le 24 février 2022, le SIP a maintenu ses conclusions pour le Conseil d'Etat.

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 - Lmp ; RS/VS 726.1 ; art. 15 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics - AIMP). Déposé le 10 décembre 2021 contre la décision d'adjudication du 24 novembre 2021, notifiée le 29 novembre suivant et reçue au plus tôt le lendemain, le recours intervient dans le délai légal (art. 16 al. 2 Lmp ; art. 15 al. 4, 80 let. b et 46 LPJA).

1.2.1 La législation sur les marchés publics ne prévoit aucune règle quant à la qualité pour recourir contre une décision d'adjudication, de sorte qu'il convient de faire application des règles de la LPJA en la matière (ATF 141 II 307 consid. 6.3 ; 131 I 153 consid. 5.1 ; Daniel Guignard, La qualité pour recourir, *in* : Jean-Baptiste Zufferey et al. [éd.], Marchés publics 2020, Zurich/Bâle/Genève 2020, n. 1, p. 451 ; Etienne Poltier, Droit des marchés publics n. 404 et 405, p. 259 s.). Selon l'article 44 al. 1 let. a LPJA, applicable à la procédure de recours de droit administratif par renvoi de l'article 80 al. 1 let. a LPJA, a qualité pour recourir notamment celui qui est atteint par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. 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. D'après la jurisprudence, tel est notamment le cas pour le soumissionnaire qui, classé en deuxième position, a des chances sérieuses de se voir attribuer le marché, ainsi que pour le soumissionnaire, devancé de peu par le deuxième, quand il n'apparaît pas clairement qu'en cas d'admission du recours, le classement resterait le même. Il en va différemment pour le soumissionnaire en quatrième position, sauf dans le cas où la différence entre les première et quatrième places est, en termes absolus et relatifs, minime (ATF 141 II 14 consid. 4.1 ; RVJ 2015 p. 72 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_951/2019 du 16 juillet 2020 consid. 2.2.1 et les réf. citées). De même, le soumissionnaire placé au quatrième rang qui conteste l'adjudication ou réclame l'interruption de la procédure, mais discute seulement la qualification ou le classement du premier, est privé de la qualité pour recourir parce que ses conclusions ne pourraient être accueillies même si ses critiques étaient fondées, car l'adjudication reviendrait alors au soumissionnaire classé deuxième. En revanche, celui qui discute la qualification ou le classement de ses trois devanciers a, en principe, qualité pour recourir (arrêt du Tribunal fédéral 2D_24/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.2.1). A moins que l'intérêt du soumissionnaire évincé à contester l'adjudication ne paraisse évident, il incombe à ce dernier de le démontrer (arrêt du Tribunal fédéral 2D_21/2018 du 19 février 2019 consid. 2.2. et la réf. citée).

Enfin, tout soumissionnaire évincé, quel que soit son rang, a la qualité pour recourir lorsqu'il conclut à l'annulation de l'ensemble de la procédure d'appel d'offres au motif que cette dernière est entachée de vices particulièrement graves justifiant une telle décision, pour autant que le succès du recours améliore sa situation. En cas d'admission du recours, le pouvoir adjudicateur devrait en effet recommencer une nouvelle procédure d'appel d'offres, ce qui permettrait au recourant de déposer une nouvelle offre et accroître ainsi ses chances d'obtenir l'adjudication (ATF 141 II 307 consid. 6.6 ; Daniel Guignard, *op. cit.*, n. 10, p. 454).

1.2.2 En l'occurrence, la recourante est placée en huitième position dans l'évaluation des neuf offres déposées avec un score inférieur de 1.16 point par rapport à celui de Y _____ (2.69 contre 3.85) et un prix légèrement inférieur de 2.71 % à celui de l'adjudicataire (156 507 fr. contre 160 870 fr.). L'écart de notation ne saurait manifestement être qualifié de minime. Sur le fond, la recourante ne discute nullement de la qualification ou du classement des entreprises arrivées en deuxième à septième position, pas plus qu'elle ne remet en cause les notes qui leur ont été attribuées, si bien que les chances réelles de la recourante de se voir attribuer le marché sont nulles, vu que

la seule conséquence d'une admission de son recours serait au mieux de la faire remonter dans le classement, sans lui permettre de remporter le marché. A cet égard, sa conclusion principale tendant à se voir attribuer le marché est, d'emblée, irrecevable.

Néanmoins, dans la mesure où celle-ci se plaint également de la violation de ses droits de procédure, notamment d'une violation du principe de transparence, elle pourrait potentiellement disposer, sous cet angle, d'un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision attaquée, ce qu'il convient d'examiner ci-après (cf. considérants 4.2 et 4.3).

2. La recourante requiert l'accès à l'offre déposée par l'adjudicataire, ainsi que l'audition, en qualité de témoins, de C _____ et de représentants de « D _____ SA ».

2.1 Le droit d'être entendu que garantit l'article 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) comprend notamment celui de prendre connaissance du dossier et de participer à l'administration des preuves essentielles ou, à tout le moins, de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_34/2021 du 22 décembre 2021 consid. 3.1). Ces droits ne sont toutefois pas absolus mais peuvent, dans certaines circonstances, être restreints. En particulier, le droit de consulter le dossier peut être limité pour garantir les intérêts importants de l'Etat ou de tiers ; savoir si une telle limitation est justifiée dépend des intérêts en présence qu'il convient de peser (ATF 129 I 249 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_15/2011 du 31 octobre 2011 consid. 3.1 ; Christophe Claude Maillard, *La consultation du dossier*, in: Jean-Baptiste Zufferey et al. [édit.], *Marchés publics 2020*, Zurich/Bâle/Genève 2020, n. 8 ss, p. 464 ss ; Peter Galli et al., *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd. 2013, n. 1366, p. 690). Tel peut être notamment le cas dans le cadre d'une procédure d'adjudication, dès lors que la passation des marchés publics est soumise au traitement confidentiel des informations (art. 11 let. g AIMP), ce qui implique, pour l'adjudicateur, le devoir de limiter l'accès au dossier dans une mesure qui permette de garantir les intérêts des soumissionnaires à ne pas dévoiler à leurs concurrents des secrets d'affaires ou de fabrication (arrêt du Tribunal fédéral 2D_15/2011 précité consid. 3 et 4, arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2675/2012 du 5 décembre 2012 consid. 3.3 ; ACDP A1 17 57 du 13 juillet 2017 consid. 3.1). En outre, le droit d'être entendu ne s'oppose pas à ce que l'autorité mette un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1).

2.2 En l'occurrence, tant le pouvoir adjudicateur que l'adjudicataire se sont opposés à la consultation, par la recourante, de l'intégralité des documents contenus dans les offres de X _____ et de Y _____ (pièces n^{os} 7 et 8) au motif que ces derniers étaient protégés par le secret d'affaires et par la propriété intellectuelle. Le 14 février 2022, la recourante a maintenu sa réquisition visant la production de l'entier du dossier déposé par Y _____ dans le cadre de la procédure d'adjudication. Pour autant, cette demande ne conteste pas le principe général qui vaut en droit des marchés publics selon lequel les informations en cette matière doivent être traitées confidentiellement (art. 11 let. g AIMP) ; cette règle vise en principe les dossiers déposés par les soumissionnaires (arrêt du Tribunal fédéral 2D_77/2010 du 19 juillet 2011 consid. 2.5 ; ACDP A1 11 201 du 15 décembre 2011 consid. 1c ; Jacques Dubey et al., *La jurisprudence en marchés publics entre 2014 et 2016*, in : Jean-Baptiste Zufferey et al. [éd.], *Marchés publics 2016*, Zurich/Bâle/Genève 2016, n° 235, pp. 191 ss.). Il n'y a pas lieu de s'en écarter ici. Sur le vu de l'opposition du pouvoir adjudicateur et de l'adjudicataire d'octroyer un droit d'accès entier à la recourante et dans la mesure où celle-ci n'a pas établi que son intérêt à la communication des pièces litigieuses l'emportait sur celui de ses concurrents à bénéficier de la protection des secrets des affaires et de fabrication, rien ne justifie de donner suite à la requête ; à défaut, la garantie de la confidentialité des offres serait contournée si le seul dépôt d'un recours suffisait à conférer au soumissionnaire recourant un droit d'accès complet et automatique à l'ensemble du dossier.

S'agissant de l'audition, en qualité de témoin de C _____ et de représentants de « D _____ SA », cette offre de preuve est rejetée par appréciation anticipée de son utilité (art. art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA ; ATF 145 I 167 consid. 4.1). En effet, la Cour estime que les pièces au dossier permettent de trancher le litige à la lumière des faits pertinents et que l'argumentation juridique développée par la recourante sur la base des faits que les preuves proposées sont censées établir n'est, comme il sera démontré ci-après, pas propre à affecter la légalité de la décision d'adjudication.

3. La recourante soutient qu'il n'est pas possible de déterminer si le marché litigieux a été adjugé à Y _____ SA ou à E _____ SA.

Les informations ressortant de l'offre du 21 mai 2021 précisent que l'entreprise soumissionnaire est Y _____ SA, valablement engagée par la signature collective de F _____ et de G _____. Par conséquent, il n'y a aucun doute sur l'identité de l'adjudicataire et ce grief tombe à faux.

4. La recourante argue ensuite que l'adjudicataire a obtenu de « manière peu claire et incompréhensible » des notes « plus favorables » que les siennes et que le pouvoir adjudicateur s'est fondé sur des critères d'adjudication étrangers à l'appel d'offres. Elle y voit une violation des principes d'égalité de traitement et de transparence « et des critères objectifs et vérifiables ».

4.1.1 En droit des marchés publics, le principe de transparence est consacré par les articles 5 al. 2 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI ; RS 943.02) et 1^{er} al. 3 let. c AIMP. Il exige notamment que les critères d'aptitude et d'adjudication soient énoncés dans l'appel d'offres (ATF 143 II 553 consid. 7.7 ; 141 II 353 consid. 6.4 ; 125 II 86 consid. 7). Plus généralement, le principe de la transparence des procédures de passation des marchés (art. 1 al. 3 let. c AIMP) exige notamment que le pouvoir adjudicateur décrive précisément ce qu'il attend des soumissionnaires, qu'il leur communique l'ordre et la pondération des critères avant le dépôt des offres, qu'il se conforme aux conditions préalablement annoncées et qu'il ne s'écarte pas des règles du jeu qu'il a lui-même fixées. Il est important que les participants connaissent à l'avance toutes les informations minimales et utiles pour leur permettre de présenter une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur (ATF 143 II 553 consid. 7.7 ; 141 II 353 consid. 8.2.3 ; 125 II 86 consid. 7c ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_12/2021 du 30 août 2021 consid. 4.1 ; ACDP A1 21 151 du 9 novembre 2021 consid. 3.2 ; Etienne Poltier, *op. cit.*, n. 259, p. 161). Ainsi, lorsqu'en sus des critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer, ainsi que leur pondération respective, aux soumissionnaires par avance. En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres des soumissionnaires, la présentation des critères (ATF 143 II 553 consid. 7.7 ; 130 I 241 consid. 5.1 ; 125 II 86 consid. 7c).

Le principe de transparence n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié (arrêt du Tribunal fédéral 2D_1/2021 du 8 mars 2021 consid. 5.3). De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et sous-critères utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul, etc.) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des

soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 130 I 241 consid. 5.1 ; Peter Galli et al., *op. cit.*, n. 973 à 977).

Décider si les critères utilisés par le pouvoir adjudicateur sont inhérents, ou non, au critère publié, ou encore, relèvent d'une grille d'évaluation de sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 consid. 5.1).

La transparence des procédures de passation des marchés n'est toutefois pas un objectif, mais un moyen contribuant à atteindre le but central du droit des marchés publics qui est le fonctionnement d'une concurrence efficace, garanti par l'ouverture des marchés et en vue d'une utilisation rationnelle des deniers publics (ATF 141 II 353 consid. 8.2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_12/2021 précité consid. 4.1). Le renouvellement de la procédure n'est possible qu'à titre exceptionnel et suppose un motif important, notamment en raison de l'importance du principe de célérité (cf. ATF 141 II 353 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_12/2021 précité consid. 4.2). Par conséquent, en cas de violation d'une règle de procédure, telle que le principe de transparence, il se justifie d'examiner au préalable si le vice a eu une influence sur le résultat du marché et faussé le jeu de la concurrence, afin d'éviter la répétition d'une procédure qui aboutirait de toute manière au même résultat (Jacques Dubey et al., *La jurisprudence en marchés publics entre 2018 et 2020*, in : Jean-Baptiste Zufferey et al. [éd.], *Marchés publics 2020*, Zurich/Bâle/Genève 2020, nos 72-73, pp. 94-95).

Quant au principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b AIMP), celui-ci commande que tous les soumissionnaires aient des chances égales d'obtenir le marché, du point de vue du principe de la préférence à l'offre économiquement la plus avantageuse, tel qu'il est exprimé à l'article 31 al. 1 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100).

Par ailleurs, 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 (ATF 143 II 120 consid. 7.2 et 141 II 353 consid. 3 ; Etienne Poltier, *op. cit.*, n. 420, p. 268).

4.1.2 La jurisprudence a déduit de l'article 29 al. 2 Cst., qui garantit le droit d'être entendu, le devoir pour l'autorité de motiver sa décision afin que le destinataire puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Pour répondre à ces exigences, il suffit que le juge ou l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'est en revanche pas nécessaire que l'autorité se prononce expressément sur tous les points soulevés par les parties et réfute individuellement chacun de leurs arguments (art. 29 al. 3 LPJA ; ATF 142 II 154 consid. 4.2, 141 V 557 consid. 3.2.1 et 139 IV 179 consid. 2.2 ; Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2^e éd. 2018, n. 1572 ss, p. 530 s.). En matière de motivation de la décision d'adjudication, le principe de transparence ne prévoit rien de plus que les exigences topiques mentionnées par les dispositions précitées, en ce sens qu'il implique que ladite décision aboutisse à un résultat que les soumissionnaires puissent comprendre (ACDP A1 21 151 précité consid. 3.2 ; A1 21 101 du 27 octobre 2021 consid. 2.1).

4.2.1 En l'espèce, on peine tout d'abord à comprendre si la recourante entend se plaindre d'un défaut de motivation de la décision en lien avec la violation du principe de transparence lorsqu'elle indique que l'adjudicataire a obtenu de « manière peu claire et incompréhensible » des notes « plus favorables » que les siennes. Cela étant, le SIP a annexé à son courrier la décision d'adjudication du DFE du même jour, ainsi que le tableau d'évaluation anonymisé des notes. Bien que succinct, ce courrier, ainsi que les pièces l'accompagnant, permettaient, d'une part, à son destinataire de comprendre les motifs qui avait conduit le pouvoir adjudicateur à adjuger le marché à une autre entreprise et, d'autre part, de contester céans les notes obtenues pour les différents critères. La recourante ne fait d'ailleurs pas valoir qu'elle aurait été entravée dans son droit de recours, faute d'avoir obtenu les pièces justificatives du dossier.

Quoi qu'il en soit, la Cour de céans retient que, dans le cadre de la procédure de recours, la recourante a eu accès au dossier de la cause lequel contient notamment un tableau comparatif complet de 10 pages ainsi que l'organigramme de l'adjudicataire. L'autorité adjudicatrice a en outre répondu de manière circonstanciée aux griefs formulés par la recourante (cf. détermination du 1^{er} février 2022), ce à quoi cette dernière a répliqué le 14 février 2022. Elle a ainsi eu tout le loisir de s'exprimer et d'obtenir des explications sur les motifs ayant guidé la décision du 24 novembre 2020.

4.2.2 Concernant plus particulièrement une éventuelle violation du principe de transparence en lui-même, il convient d'examiner si le pouvoir adjudicateur a évalué les offres sur la base de sous-critères privilégiés ou exorbitants des critères publiés dans l'appel d'offres.

Relativement au critère du prix, la recourante soutient que l'adjudicatrice aurait retenu comme déterminante l'erreur dans son fichier Excel. La Cour de céans ne peut suivre ce raisonnement. En effet, le SIP a adressé à la recourante, le 29 novembre 2021, un courrier l'informant qu'une décision avait été rendue pour le marché en cause. Il a précisé à cet égard qu'une « erreur s'[était] glissée dans [son] fichier Excel. Certains soumissionnaires s'en [étaient] aperçus et l'[avait] corrigée, ce qui n'était pas [le] cas [de la recourante] ». Il a ainsi expliqué que l'offre avait été revue à la hausse de 3 840 fr., car ce montant n'avait pas été comptabilisé automatiquement dans le fichier Excel sous le poste « Logiciel – Documentation ». Ce faisant, le pouvoir adjudicateur n'a pas, comme soutient la recourante, « rajouté un critère supplémentaire », mais simplement procédé à la correction d'une erreur évidente tel que l'y autorise l'article 19 al. 2 Omp (28 874 fr. + 74 712 fr. + 36 338 fr. + 1 554 fr. + 3 840 fr. = 145 318 fr. en lieu et place de 141 478 fr.). En outre, la recourante ne saurait, à ce stade, se plaindre de la pondération du critère prix et de la méthode de notation utilisées telles qu'elles ressortent de l'appel d'offres. En effet, n'ayant pas contesté cette décision en temps utile (art. 15 al. 1^{bis} let. a AIMP), elle est dorénavant forclosée.

Pour ce qui est du critère n° 2 « organisation » subdivisé en deux sous-critères selon le cahier des charges, soit l'organisation du soumissionnaire et les références liées à l'objet (2_a et 2_b), la recourante se plaint du fait qu'il n'était aucunement fait mention de la nécessité d'être constructeur. Il ressort toutefois des documents d'appel d'offres et des documents d'évaluation que cette qualité n'était pas obligatoire. A cet égard, l'on soulignera que d'autres offres provenant de soumissionnaires revendeurs se sont placées bien plus haut dans le classement que celle de la recourante. L'on ne peut, par ailleurs, pas reprocher au SIP, confronté aux différentes offres, d'avoir estimé qu'il était avantageux d'avoir la maîtrise sur les produits et de ne pas dépendre de fournisseurs externes. Il ne s'agit pas d'un nouveau critère, mais bien de l'appréciation de l'organisation telle que présentée par les soumissionnaires, conformément au critère n° 2.

S'agissant du critère « qualité technique » (3_a et 3_b), la recourante retient qu'une « extensibilité par défaut » était rédhitoire par rapport à une « extensibilité par module », de même que le « panachage de fournisseurs », ce qui ne figurait pas dans l'appel d'offres

et que les besoins de mise à jour et d'évolutivité n'avaient pas été abordés dans le cahier des charges. Il convient premièrement de relever que, contrairement à l'avis de la recourante, l'extensibilité par défaut conduisait à l'attribution d'une note de 3, soit une note suffisante. Dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, le SIP a toutefois estimé que l'utilisation de modules hétéroclites provenant de fournisseurs différents présentait des désavantages par rapport à d'autres solutions, ce qui avait été pris en compte. Le cahier des charges précise d'ailleurs que la modularité du système d'acquisition des données proposé serait un critère prépondérant dans l'analyse technique du matériel (p. 21). Quant à la disponibilité et à la durabilité du matériel, l'importance de cet élément ressort du cahier des charges (p. 11 et 23), de sorte que les soumissionnaires devaient s'attendre à ce que leur solution technique soit évaluée sous cet aspect. Il en va de même de l'évolutivité et de la pérennité du système proposé, dans la mesure où il est indiqué, relativement aux annexes techniques, que « ces documents doivent permettre aux soumissionnaires de vérifier si le produit proposé répond aux exigences futures du système supérieur de gestion des données » (CC, p. 21).

En conséquence, force est de constater que les éléments d'appréciation litigieux concrétisent l'un ou l'autre aspect des critères et sous-critères principaux et ne font qu'en expliciter le contenu. De surcroît, le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge d'appréciation dans ce domaine (cf. considérant 4.1.1). Les griefs exprimés par la recourante à cet égard se résument à des affirmations et ne démontrent pas en quoi les catégories en cause sortiraient des limites des critères publiés. La recourante se contente d'opposer son opinion sans démontrer l'illégalité de la notation. En particulier, elle n'indique pas en quoi l'appréciation opérée par l'adjudicateur pour la solution technique, selon laquelle constituait un inconvénient sous l'angle de la pérennité du produit et de son exploitation le fait que la recourante se trouvait tributaire de ses fournisseurs pour procéder à des mises à jour nécessaires pour maintenir l'ensemble des fonctionnalités à long terme du système vu qu'elle n'est ni fabricante ni conceptrice des différents produits proposés, serait illégale.

Enfin, la recourante se méprend lorsqu'elle reproche au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir retenu l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 31 Omp) dès lors que son offre était de 2.71 % moins chère que celle de l'adjudicataire. En effet, en agissant de la sorte, elle méconnaît que l'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas forcément celle financièrement la plus basse, mais celle qui correspond au meilleur rapport qualité-prix (cf. Etienne Poltier, *op. cit.*, n. 291, p. 182).

4.3 En définitive, la recourante ne démontre pas à satisfaction de droit l'existence d'une violation des principes de la transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement. Ainsi, en l'absence de vice particulièrement grave justifiant l'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure (ATF 141 II 353 consid. 6.1 ; Peter Galli et al., *op. cit.*, n. 799, p. 353 s.), les chances réelles de la recourante de remporter l'adjudication sont nulles. Au demeurant, la recourante n'allègue pas que, si elle avait eu connaissance plus précisément de la manière dont les offres allaient être appréciées, elle aurait été en mesure de mieux répondre aux critères d'adjudication. Au contraire, elle affirme que son offre est plus intéressante que celle de l'adjudicataire, si bien qu'une répétition de la procédure n'aboutirait de toute manière pas à un résultat différent. Partant, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

5. Cette décision rend la demande d'effet suspensif du recours sans objet.

6.1 Vu l'issue du litige, les frais de la cause sont mis à la charge de X _____ (art. 89 al. 1 LPJA), à qui les dépens sont refusés (art. 91 al. 1 LPJA *a contrario*).

6.2 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 al. 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 2000 fr., débours compris (art. 11 LTar).

6.3 Y _____ obtient gain de cause. Toutefois, elle n'a pris aucune conclusion sur les dépens (art. 91 al. 1 LPJA *a contrario*) et n'est de toute manière pas assistée par un mandataire professionnel. Aucun dépens ne lui est donc alloué.

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité.
2. La demande d'effet suspensif est classée.
3. Les frais, par 2000 fr., sont mis à la charge de X _____ SA.
4. Il n'est pas alloué de dépens.
5. Le présent arrêt est communiqué à Maître Olivia Heinis, pour X _____ SA, à Y _____ SA, à H _____, et au Conseil d'Etat.

Sion, le 29 mars 2022