

A1 21 153

ARRÊT DU 9 NOVEMBRE 2021

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

Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, juges ; Ferdinand Vanay, greffier

en la cause

X SA, et **Y** SA, recourantes, représentées par Maître Steve Quinodoz, avocat, 1950 Sion

contre

CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DU VALAIS, 1951 Sion, autorité attaquée, et **Z** SA, adjudicataire, représenté par Maître Guillaume Fournier, avocat, 8031 Zurich

(marché public)

recours de droit administratif contre la décision du 28 juin 2021

Faits

A. Le 20 avril 2021, l'Etat du Valais a publié au Bulletin officiel (B. O.) n° 16 (p. 1530) ainsi que sur le site Internet simap.ch un appel d'offres en procédure ouverte relatif à un mandat d'architecte pour la rénovation du Palais du Gouvernement, à Sion (CFC 291).

Un cahier de soumission détaillait les conditions de ce mandat, à savoir notamment les critères d'aptitude et les critères d'adjudication sur la base desquels le marché allait être adjudgé. Ceux-ci comprenaient des sous-critères et étaient énoncés de la manière suivante (cf. cahier de soumission, ch. 4) :

Critères et sous-critères d'adjudication	Pondération
Prix de l'offre déposée	30 %
Montant de l'offre financière	15 %
Crédibilité du prix basé sur le nombre d'heures	15 %
Références du (des) bureau(x) dans les domaines rénovation et assainissement	40 %
Références de rénovation de bâtiments maintenus en exploitation durant le chantier dans les 5 dernières années	20 %
Références de rénovation de bâtiments classés ou de bâtiments à valeur patrimoniale dans les 10 dernières années	20 %
Structure du (des) bureau(x) et organisation du soumissionnaire	30 %
Structure du (des) bureau(x)	10 %
Organisation du soumissionnaire pour ce projet	20 %

Le cahier de soumission indiquait aussi le barème des points ainsi que les méthodes de notation du prix et de la crédibilité de celui-ci en fonction du nombre d'heures.

Le 8 juin 2021, onze offres ont été ouvertes, dont celle déposée conjointement par X SA et Y SA (ci-après : X et Y), à 1 531 651 fr., et celle de Z SA (ci-après : Z), à 1 020 409 francs.

B. Dans une décision du 28 juin suivant, le Conseil d'Etat a adjudgé le marché à Z. Deux jours plus tard, le Service immobilier et patrimoine (ci-après : SIP) a informé les autres candidats qu'ils n'étaient pas les adjudicataires de ce marché et leur a communiqué ladite décision, qui pouvait faire l'objet d'un recours auprès de la Cour de céans.

C. Le 15 juillet suivant, X _____ et Y _____ ont conclu céans, principalement, à l'annulation de cette décision et à l'attribution du marché à elles-mêmes, subsidiairement au renvoi de la cause à l'adjudicateur pour qu'il leur attribue le marché. Elles ont requis des dépens et sollicité, à titre superprovisionnel, l'octroi de l'effet suspensif et le prononcé d'une interdiction de conclure le contrat pour ledit marché concerné. A l'appui de ces conclusions, elles ont d'abord invoqué une violation du principe de la transparence et de leur droit d'être entendu, exposant que l'adjudicateur avait failli à son obligation de les renseigner sur les motifs principaux de leur non prise en considération (art. 34 al. 2 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics – Omp ; RS/VS 726.100). Ensuite, elles ont reproché à l'adjudicateur d'avoir évalué leur offre de manière illégale, tant pour le critère des références que pour ceux de l'organisation et de la structure du bureau. Enfin, s'agissant de l'évaluation du critère du prix, elles ont indiqué que la méthode utilisée ne correspondait pas à celle annoncée dans l'appel d'offres et relevé que le poids accordé au montant offert (15 %) était illicite, car inférieur au minimum de 20 % retenu par la jurisprudence. A titre de moyens de preuve, X _____ et Y _____ ont requis l'interrogatoire des parties ainsi que l'édition du dossier complet de la cause, y compris le procès-verbal d'évaluation des offres. Elles ont notamment joint à leur mémoire la copie d'une grille d'évaluation partiellement caviardée qui détaillait les points respectivement obtenus par l'adjudicataire et par elles-mêmes comme suit :

Critères et sous-critères d'adjudication	Z _____		X _____ et Y _____	
	points	points pondérés	points	points pondérés
Prix de l'offre déposée (30 %)	6.64	1.00 (recte : 0.99)	6.01	0.90
Notation du prix (15 %)	3.42	0.51	1.01	0.15
Crédibilité du prix (15 %)	3.22	0.48	5.00	0.75
Références du bureau dans la rénovation de bâtiments maintenus en exploitation (20 %)	4.00	0.80	4.00	0.80
Références du bureau dans la rénovation de bâtiments à valeur patrimoniale (20 %)	5.00	1.00	5.00	1.00
Structure du bureau (10 %)	5.00	0.50	4.00	0.80
Organisation du bureau (20 %)	4.00	0.80	3.00	0.60
Total points pondérés		4.10		3.70

Le 15 septembre 2021, le SIP, agissant pour le compte du pouvoir adjudicateur, a déposé les pièces essentielles de son dossier, à savoir notamment le cahier de soumission (cf. pièce n° 1), le cahier des charges (sans les plans, cf. pièce n° 2), les deux offres concurrentes (cf. pièces n°s 4 et 5), une grille d'évaluation (différente de celle produite par X _____ et Y _____, cf. pièce n° 6), un tableau comparatif destiné à évaluer la crédibilité du prix en fonction du nombre d'heures annoncées (cf. pièce n° 7) et un rapport d'adjudication (cf. pièce n° 8). Il a expliqué que la grille d'évaluation jointe au recours était un document interne sans portée pour la procédure d'adjudication, qui avait été communiqué par erreur. La grille d'évaluation ayant véritablement servi de base à la décision d'adjudication était celle produite sous la pièce n° 6, qui distribuait de la manière suivante les points entre l'adjudicataire et X _____ et Y _____, arrivées au cinquième rang :

Critères et sous-critères d'adjudication	Z _____		X _____ et Y _____	
	points	points pondérés	points	points pondérés
Prix de l'offre déposée (30 %)	8.88	1.33	6.72	1.01
Notation du prix (15 %)	3.88	0.58	1.72	0.26
Crédibilité du prix (15 %)	5.00	0.75	5.00	0.75
Références du bureau dans la rénovation de bâtiments maintenus en exploitation (20 %)	4.00	0.80	4.00	0.80
Références du bureau dans la rénovation de bâtiments à valeur patrimoniale (20 %)	5.00	1.00	5.00	1.00
Structure du bureau (10 %)	5.00	0.50	4.00	0.40
Organisation du bureau (20 %)	4.00	0.80	3.00	0.60
Total points pondérés		4.43		3.81

Selon le pouvoir adjudicateur, ces éléments rendaient sans objet la plupart des arguments énoncés dans le recours, les pièces déposées établissant que les offres avaient été évaluées conformément aux documents d'appel d'offres et sans violer les principes du droit des marchés publics. Le SIP a en outre précisé que la pondération relative accordée au critère du prix (30 %) était justifiée par la complexité du mandat à adjuger. Il a aussi donné des explications motivant la notation des autres critères d'adjudication. Il a également mis en doute la qualité pour recourir de X _____ et Y _____, dont les perspectives d'obtenir le marché étaient infimes. En

conséquence, l'adjudicateur a conclu, principalement, à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, au rejet de celui-ci et de la demande d'effet suspensif.

Le même jour, Z [REDACTED] a pris des conclusions semblables, requérant au surplus des dépens. A l'appui de ces conclusions, elle a détaillé les raisons pour lesquelles son offre était meilleure que celle des deux entreprises précitées. A titre de moyens de preuve, elle a proposé l'édition du dossier de la cause et l'audition de l'adjudicateur.

Le lendemain, le recours a été mis au bénéfice d'un effet suspensif pré-provisionnel. En outre, les écritures du SIP et de l'adjudicataire ont été communiquées à X [REDACTED] et Y [REDACTED], qui ont été invitées à déposer des remarques complémentaires.

Celles-ci ont été produites, le 28 septembre 2021. A cette occasion, X [REDACTED] et Y [REDACTED] ont maintenu leurs conclusions. Elles ont d'abord relevé qu'elles avaient qualité pour recourir, puisqu'une évaluation correcte des critères d'adjudication faisait passer leur offre au premier rang. Ensuite, elles ont remis en cause la bonne foi du pouvoir adjudicateur, dont les allégués relatant une « erreur » dans la transmission de la grille d'évaluation apparaissaient pour le moins douteux, la nouvelle grille déposée semblant plutôt avoir été établie pour rectifier une erreur dans l'application de la méthode de notation du prix. Sur le fond, elles ont indiqué que cette grille comportait des erreurs dans la notation du sous-critère « crédibilité du prix », notamment parce que la moyenne des heures avait été calculée en intégrant des valeurs nulles pour deux des onze candidats qui n'avaient fourni aucun nombre d'heures. Selon elles, afin d'établir une moyenne d'heures correcte, l'adjudicateur n'aurait pas dû prendre en compte les deux candidatures concernées, lesquelles auraient dû d'ailleurs être exclues du marché car ne répondant pas aux exigences de l'appel d'offres. X [REDACTED] et Y [REDACTED] ont établi sur cette base un nouveau décompte pour ce sous-critère, elles-mêmes obtenant 0.75 points contre 0.63 points pour l'adjudicataire. S'agissant du critère des références dans le domaine de la rénovation de bâtiments maintenus en exploitation, elles ont détaillé les raisons pour lesquelles leur offre devait avoir la note maximale 5. Elles ont aussi affirmé que la note maximale accordée à l'adjudicataire pour l'autre critère relatif aux références (rénovation de bâtiments à valeur patrimoniale) était abusive, les références présentées par Z [REDACTED] n'étant pas équivalentes aux leurs. Elles ont en outre affirmé que leur offre et celle de l'adjudicataire étaient similaires quant à la structure du bureau chargé du mandat ; il s'ensuivait que la note maximale octroyée à Z [REDACTED] pour ce critère n'était non plus pas justifiée et devait être abaissée à 4. Enfin, elles ont critiqué la note 3 qui leur avait été attribuée pour le critère relatif à l'organisation du bureau, observant qu'elle était injustifiée et estimant qu'une note 5

aurait dû leur être donnée. A titre de moyens de preuve, elles ont demandé l'édition par l'adjudicateur des références fournies par les autres soumissionnaires ainsi que l'organisation de leur bureau prévue pour le marché en cause. Ils ont joint à leur réplique leur propre grille d'évaluation, qui faisait apparaître leur offre au premier rang.

Le SIP a dupliqué, le 11 octobre suivant. Il a notamment exposé que les arguments contestant l'évaluation du sous-critère « crédibilité du prix » étaient inopérants puisqu'en tout état de cause, ils ne permettaient pas de modifier la notation dans une mesure déterminante pour l'attribution du marché. Il a aussi maintenu que les notes qu'il avait attribuées aux offres de l'adjudicataire et de X _____ et Y _____ pour les critères évaluant les références ainsi que la structure et l'organisation du bureau étaient correctes.

Le lendemain, cette écriture a été communiquée à ces deux entreprises ainsi qu'à l'adjudicataire, pour information.

Le 20 octobre 2021, X _____ et Y _____ ont déposé des observations complémentaires.

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) qui 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 al. 1^{bis} let. a et al. 2 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics – AIMP ; RS/VS 726.1-1).

En l'occurrence, la décision d'adjudication du 30 juin 2021 a été notifiée aux recourantes, le 5 juillet suivant (cf. suivi de recommandé, sous pièce n° 1 jointe au mémoire de recours). Il s'ensuit que le recours, déposé le 15 juillet 2021, intervient dans le délai légal (art. 16 al. 2 LcAIMP ; art. 80 let. b et 46 LPJA).

1.2 A qualité pour recourir céans quiconque est atteint par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. a LPJA). Dans les affaires de marchés publics, cet intérêt digne de protection dépend en principe des chances du recourant 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. 4.1, cité p. ex. *in* : arrêt du Tribunal fédéral 2C_951/2019 du 16 juillet 2020 consid. 2.2.1 ; RVJ 2015 p. 72). Il n'existe toutefois pas de règle selon laquelle la qualité pour recourir devrait être automatiquement déniée à tout offreur dont l'offre a été classée à partir d'un rang déterminé, la question déterminante étant de savoir si les arguments formulés dans le recours sont de nature à permettre au soumissionnaire concerné de remporter le marché. D'ailleurs, tout soumissionnaire évincé a, quel que soit son rang, la qualité pour recourir lorsqu'il conclut à l'annulation de l'ensemble de la procédure d'appel d'offres en raison de vices formels particulièrement graves (Daniel Guignard, *La qualité pour recourir*, *in* : Jean-Baptiste Zufferey *et al.* [éd.], *Marchés publics 2020*, Zurich/Bâle/Genève 2020, n^{os} 9 s. p. 453 s.).

In casu, selon la grille d'évaluation des offres déposée par le pouvoir adjudicateur, les recourantes arrivent en cinquième position, à 0.62 points de l'adjudicataire. Il est exact qu'à première vue, cette position en milieu de classement et cet écart de points assez important laissent présager que les recourantes n'ont guère de chances de remporter le marché. Toutefois, elles dénoncent céans des vices formels qui, s'ils étaient avérés, seraient de nature à justifier la mise en œuvre d'une nouvelle procédure d'adjudication. De plus, elles discutent l'évaluation de leur offre et de celle de l'adjudicataire sur tous les critères d'adjudication, de sorte qu'en cas d'admission de leurs motifs matériels, le marché pourrait effectivement leur être attribué. Dans ces conditions, les recourantes ont rendu vraisemblable qu'elles disposent encore de réelles chances d'obtenir le marché, si bien que leur qualité pour recourir est admise. Les arguments contraires exposés par le SIP (cf. réponse p. 3 s.) et par l'adjudicataire (cf. réponse p. 3), qui tablent sur le classement des recourantes sans examiner la nature des griefs que celles-ci formulent, ne sont à cet égard pas convaincants.

1.3 Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que les recourantes ont motivés dans les formes des articles 80 alinéa 1 lettre c et 48 alinéa 1 LPJA et ne statue que sur la légalité de la décision contestée, non sur son opportunité (art. 16 AIMP et 16 LcAIMP ; RVJ 2017 p. 30 consid. 4).

1.4 Le SIP a joint à sa réponse les pièces essentielles du dossier d'adjudication, à savoir notamment le cahier de soumission (cf. pièce n^o 1), le cahier des charges (sans les plans, cf. pièce n^o 2), les deux offres concurrentes (cf. pièces n^{os} 4 et 5), la grille d'évaluation (cf. pièce n^o 6), un tableau comparatif destiné à évaluer la crédibilité du prix en fonction du nombre d'heures annoncées (cf. pièce n^o 7) et un rapport d'adjudication

(cf. pièce n° 8). On peut considérer que le dépôt de ces pièces satisfait à la demande des recourantes, qui ont requis l'édition du dossier complet de la cause, y compris le procès-verbal d'évaluation des offres, et qui, à la suite du dépôt des pièces précitées, n'ont pas élevé de griefs particuliers dans leur réplique (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA). La requête semblable formulée par l'adjudicataire est donc elle aussi satisfaite.

Les recourantes requièrent aussi l'interrogatoire des parties. On ne perçoit toutefois pas, au vu des allégués et des différentes écritures déposées en cause, quelles circonstances particulières et importantes pour l'issue du litige les intéressées entendraient faire établir par le moyen de preuve ainsi offert. A cela s'ajoute que l'article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), à l'instar de l'article 19 alinéa 1 LPJA, ne confère aucun droit à être entendu oralement (ATF 140 I 68 consid. 9.6.1 ; RVJ 2009 p. 46 consid. 3b). En outre, les recourantes, l'adjudicataire et l'adjudicateur ont tous pu faire valoir leurs points de vue respectifs dans la présente procédure. Il s'ensuit que l'interrogatoire requis apparaît superflu et qu'il ne sera pas administré (ATF 145 I 167 consid. 4.1 et 140 I 285 consid. 6.3.1). La requête similaire de l'adjudicataire, portant sur l'interrogatoire d'un représentant du pouvoir adjudicateur, est donc elle aussi refusée.

2. L'affaire porte sur l'attribution d'un marché public. Les recourantes soutiennent que cette décision d'adjudication est contraire au droit. A la forme, elles reprochent d'abord à l'adjudicateur de ne pas s'être conformé à son obligation de les renseigner sur les motifs principaux de leur non prise en considération, en violation du principe de la transparence et de leur droit d'être entendu (cf. *infra*, consid. 3). Ensuite, sur le fond, les recourantes soutiennent notamment que la procédure d'adjudication n'a pas permis d'identifier l'offre la plus favorable économiquement, le poids accordé au sous-critère du prix offert (15 %) étant insuffisant (cf. *infra*, consid. 4).

3.1 Les recourantes invoquent, tout d'abord, une violation du principe de la transparence et de leur droit d'être entendu. Elles relèvent que l'adjudicateur n'a pas respecté son obligation de renseigner les candidats sur les motifs principaux de leur non prise en considération. Elles remettent aussi en cause la bonne foi du pouvoir adjudicateur, dont les allégués relatant une « erreur » dans la transmission de la grille d'évaluation apparaissaient pour le moins douteux, la nouvelle grille déposée en cause de procédure céans semblant plutôt avoir été établie pour rectifier une erreur dans l'application de la méthode de notation du prix.

3.2 Aux termes de l'article 34 Omp, l'adjudicateur doit, sur demande, faire connaître dans les cinq jours au soumissionnaire les motifs principaux de sa non prise en considération (al. 2). Cependant, si l'offre de l'adjudicataire n'est pas la meilleure marché, la décision d'adjudication doit contenir, en plus de l'indication du nom de l'adjudicataire et du montant de l'adjudication, le tableau d'évaluation des offres. Le tableau d'évaluation mentionne au minimum les critères et les éventuels sous-critères d'adjudication, leurs pondérations ainsi que les notes obtenues par l'adjudicataire et le destinataire de la décision, respectivement le classement de ce dernier (al. 3). Ces dispositions répondent aux exigences de l'article 13 lettre h AIMP, qui demande que les dispositions d'exécution cantonales garantissent, en particulier, « la motivation sommaire des décisions d'adjudication ».

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. En matière de motivation de la décision d'adjudication, ce principe 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.

3.3 Personne ne conteste qu'en l'espèce, la décision d'adjudication du 28 juin 2021 ne comporte pas de tableau d'évaluation des offres. Cette omission contrevient manifestement à l'article 34 alinéa 3 Omp, puisque l'offre de l'adjudicataire n'est pas la meilleure marché. Partant, les soumissionnaires évincés n'ont pas été informés de manière conforme aux prescriptions légales.

A cela s'ajoute que, répondant à une demande des recourantes visant à réparer l'omission précitée, le pouvoir adjudicateur leur a communiqué une grille d'évaluation qui n'était, selon ses explications au stade de la procédure cénans, pas celle ayant servi de base à la décision d'adjudication. Il s'agit d'une seconde violation de prescriptions formelles dans le cadre de la passation de ce marché, les recourantes n'ayant pas été correctement informées sur les motifs principaux de leur non prise en considération (art. 34 al. 2 Omp).

3.4 Pareilles informalités s'assimilent à une violation du droit à une décision motivée, lequel est une composante du droit d'être entendu (ATF 142 I 135 consid. 2 et 138 I 232

consid. 5.1). Elles n'entraînent pas nécessairement l'annulation de la décision attaquée. En effet, selon la jurisprudence, une violation du droit d'être entendu peut être réparée lorsque l'intéressé jouit de la possibilité de s'exprimer librement devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure et qui peut ainsi contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée, à condition toutefois que l'atteinte aux droits procéduraux de la partie lésée ne soit pas particulièrement grave (ATF 145 I 167 consid. 4.4, 142 II 218 consid. 2.8.1 et 137 I 195 consid. 2.3.2). Cela étant, une réparation de la violation du droit d'être entendu peut également se justifier, même en présence d'un vice grave, lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure, ce qui serait incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 et 137 I 195 consid. 2.3.2).

En l'occurrence, les recourantes ont eu accès, au cours de la procédure devant la juridiction de céans, à la grille d'évaluation ayant servi de base à la décision d'adjudication ; elles ont aussi pu formuler à cet égard les motifs qu'elles estimaient pertinents pour contester l'évaluation des offres. Dans ces circonstances, même si la Cour doit qualifier de grave le cumul de deux manquements aux exigences légales par le pouvoir adjudicateur, elle considère que le renvoi de l'affaire à cette autorité constituerait une vaine formalité qui irait à l'encontre du principe d'économie de procédure. Partant, cette solution ne se justifie pas pour ce seul motif formel.

4.1 Sur le fond, les recourantes critiquent en premier lieu l'évaluation des offres en lien avec le critère du prix. Pour rappel, selon la grille d'évaluation que l'adjudicateur a jointe à sa réponse, les offres de l'adjudicataire et des recourantes ont été notées de la manière suivante :

Critères et sous-critères d'adjudication	Z _____		X _____ et Y _____	
	points	points pondérés	points	points pondérés
Prix de l'offre déposée (30 %)	8.88	1.33	6.72	1.01
Notation du prix (15 %)	3.88	0.58	1.72	0.26
Crédibilité du prix (15 %)	5.00	0.75	5.00	0.75

4.2 Dans leur mémoire de recours (p. 8), les recourantes soutiennent notamment que le poids accordé à ce sous-critère (15 %) est illicite, car inférieur au minimum de 20 % retenu par la jurisprudence. Dans sa réponse (p. 3), l'adjudicateur se réfère à la

pondération globale de 30 % relative au prix de l'offre déposée. Il justifie son choix en expliquant qu'il s'agit d'un marché complexe, de sorte qu'il a préféré accorder davantage de poids au critère des références (40 %).

On pourrait, certes, se demander si les recourantes n'auraient pas dû, conformément au principe de la bonne foi, attirer l'attention de l'adjudicateur sur ce problème avant de saisir la juridiction de céans, car les indices de pondération appliqués aux deux sous-critères du prix ressortaient clairement du cahier d'adjudication. En effet, un soumissionnaire ne peut en principe formuler, dans le cadre d'un recours contre la décision d'adjudication, des griefs critiquant les critères d'adjudication et leur pondération dûment annoncés dans les documents d'appel d'offres (cf. p. ex. ACDP A1 17 118 du 8 février 2018 consid. 5.2). De tels griefs sont à énoncer dans un recours à déposer dans les dix jours dès la publication desdits documents (art. 15 al. 1^{bis} let. a et al. 2 AIMP ; art. 15 et 16 al. 2 LcAIMP), ce que signalait d'ailleurs *in casu* l'avis publié au B. O. Dans le cas présent, le motif qu'invoquent les recourantes pose toutefois la question de la légalité de la procédure de passation du marché en cause ; la Cour peut, en tout état de cause, l'examiner d'office si les éléments au dossier l'y incitent, du moment qu'elle n'est pas liée par la motivation des conclusions du recours (art. 79 al. 2 LPJA). Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de censurer ledit motif d'une irrecevabilité.

A cela s'ajoute que la forclusion tirée du principe de la bonne foi ne peut être opposée à une partie que pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées ou, à tout le moins, qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. Or, l'on ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents y relatifs, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres. Il convient, au contraire, de ne pas se montrer trop strict à cet égard et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes. Cette solution offre par ailleurs l'avantage de garantir une certaine effectivité à la protection juridique dont doivent bénéficier les soumissionnaires, l'expérience enseignant que, par crainte de compromettre leurs chances d'obtenir un marché, très rares sont ceux qui, en pratique, contestent l'appel d'offres ou les documents de l'appel d'offre avant l'adjudication (ATF 130 I 241 consid. 4.3).

4.3 Au nombre des critères permettant de déterminer l'offre économiquement la plus favorable, le pouvoir adjudicateur doit retenir celui du prix en lui donnant un poids adéquat (rapport prix/prestations, cf. art. 31 al. 1 Omp). Sur la question de savoir quel

poins attribuer à ce critère dans l'évaluation globale des offres, la loi ne donne aucune indication précise, en particulier quant à une pondération minimale au-delà de laquelle il ne serait pas permis d'évaluer le prix. Cela peut fortement dépendre du type de marché en question et de son degré de complexité. Selon la jurisprudence, l'attribution à ce critère d'une pondération de 20 % seulement se situe « clairement à la limite inférieure de ce qui est admissible, même pour un marché complexe, sous peine de vider de sa substance la notion d'offre économiquement la plus avantageuse » (ATF 143 II 553 consid. 6.4, 130 I 241 consid. 6.3 et 129 I 313 consid. 9.2 et les réf. cit. ; RVJ 2020 p. 27 consid. 5.2 ; RVJ 2016 p. 25 consid. 2.1 ; ACDP A1 11 29 du 10 juin 2011 consid. 7e/aa ; Peter Galli *et al.*, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd. 2013, n^{os} 854 et 880).

4.4 En l'occurrence, l'adjudicateur se justifie en se référant à la pondération de 30 % valant pour l'ensemble du critère du prix. Il perd toutefois de vue qu'en définitive, les montants annoncés par les offreurs ne sont pondérés qu'à 15 %, dans le cadre du sous-critère « notation du prix ». L'autre sous-critère appelé « crédibilité du prix », qui dispose de la même pondération, ne tient en réalité pas du tout compte de ces montants. En effet, le cahier de soumission (pièce n° 1 jointe à la réponse de l'adjudicateur) expose en page 9 la méthode de notation de la crédibilité du prix. Dite méthode se fonde exclusivement sur le nombre d'heures offertes par les candidats et consiste à déterminer un nombre d'heures moyen. A partir de ce nombre, une fourchette oscillant entre -10 % et +20 % permet aux offreurs dont le nombre d'heures se situe dans cette moyenne d'obtenir la note maximale de 5. La notation est ensuite dégressive : plus le nombre d'heures offertes s'éloigne de cette fourchette, plus le candidat est mal noté. Il s'ensuit que le prix *stricto sensu*, à savoir le montant offert, ne dispose que d'une pondération de 15 % dans la présente adjudication.

4.5 Certes, il n'est pas interdit à l'adjudicateur de définir le critère du prix au moyen de plusieurs sous-critères (arrêt du Tribunal fédéral 2P.146/2001 du 6 mai 2002, consid.4.1 ; ACDP A1 11 29 précité consid. 7e/bb). Le montant de l'offre n'est dans ce cas qu'une composante de ce critère économique, au même titre par exemple que le coût horaire ou que l'évaluation de la justesse et de la sécurité du calcul du prix. Dans cette situation, la logique commanderait d'inclure, dans les pourcentages traduisant l'influence du critère du prix sur la note finale, tous les sous-critères le composant et non uniquement celui du montant de l'offre. Cette manière de faire peut paraître séduisante, car elle permet d'évaluer le critère en question de manière plus objective que sur la seule base du montant de l'offre. Ce procédé comporte toutefois le risque, par l'utilisation de

sous-critères en liens plus ou moins étroits avec ce critère économique, de rendre négligeables les écarts entre les prix offerts sans justification pertinente et, par là même, de vider de sa substance la notion d'offre économiquement la plus favorable.

La méthode de calcul utilisée *in casu* pour évaluer les montants offerts est la méthode dite « au carré » : note obtenue = (prix offert le plus bas)² x 5 / (prix du candidat)². Cette méthode est adéquate, dans la mesure où elle retranscrit les écarts de prix entre les offres. Néanmoins, la comparaison du montant offert par les recourantes, à 1 531 651 fr., avec celui proposé par l'adjudicataire, à 1 020 409 fr., montre une différence de prix très importante, l'écart entre les deux offres correspondant à près de 50 % du prix adjudgé. Après pondération, les recourantes obtiennent 0.26 points pour le montant de leur offre, l'adjudicataire 0.58. Le sous-critère « notation du prix » a ainsi permis à l'adjudicataire d'obtenir un avantage comparatif de 0.32 points par rapport aux recourantes. Cela représente 6.4 % de la note maximale, ce qui paraît extrêmement faible, vu l'écart très important entre les montants offerts (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2P.225/2005 du 27 avril 2006 consid. 3.3, dans lequel un avantage comparatif de 10 % pour un écart de prix entre les offres correspondant à 20 % du prix adjudgé a été jugé acceptable).

La méthode de notation au carré n'est pas à l'origine du faible impact de l'écart entre les montants sur la note finale. Cela provient avant tout du fait que le critère économique a été doté d'une pondération relativement faible (30 %) et qu'il a, au surplus, été morcelé en deux sous-critères d'importance égale. De cette façon, l'écart entre les montants offerts par les deux candidats, quand bien même était-il relativement marqué, ne s'est traduit que très faiblement dans la notation finale. Cette manière de faire biaise l'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse, en réduisant l'influence que devrait avoir sur la notation l'écart entre les montants des offres, procédé qui n'est pas admissible. En d'autres termes, si l'adjudicateur entend évaluer le critère du prix sur la base de plusieurs sous-critères, il doit veiller à ce que l'écart entre les offres se traduise de manière appropriée dans la note finale. Tel n'a pas été le cas ici. Il s'ensuit que les recourantes invoquent à bon droit une évaluation illégale du critère du prix (art. 78 let. a LPJA).

4.6 La Cour relève encore que l'admission de ce grief ne sert pas véritablement les chances des recourantes d'obtenir le marché, attendu que leur offre est parmi les plus chères, avec notamment quelque 500 000 fr. de plus que celle de l'adjudicataire. En effet, dans cette situation, une pondération plus importante accordée au sous-critère « notation du prix » ne ferait qu'accroître la note finale de toutes les offres moins chères

que celle des recourantes, dont celle de l'adjudicataire. Les chances de celles-ci de remporter le marché n'en serait, par conséquent, que plus réduites.

La Cour ne peut toutefois pas s'arrêter sur un tel constat et confirmer sans autre l'adjudication du marché à Z [REDACTED]. En effet, l'insuffisance du poids accordé au sous-critère « notation du prix » doit nécessairement amener à un réexamen de la pondération des critères d'adjudication dans son ensemble. Il appartient au pouvoir adjudicateur de conduire une telle analyse. La Cour ne peut en effet pas fixer elle-même la pondération qu'il convient d'accorder au sous-critère précité (20 %, 25 % ou davantage), pas plus qu'elle ne peut décider quel(s) autre(s) critère(s) ou sous-critère(s) doit ou doivent disposer d'une pondération plus faible. Il reviendra à l'adjudicateur d'arrêter un nouveau mode d'évaluation qui soit propre à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse et d'adjuger le marché selon les nouveaux résultats obtenus. Dès lors que ces modifications sont de nature à changer considérablement les bases sur lesquelles les soumissionnaires ont déposé leurs offres, la procédure d'adjudication doit être reprise *ab initio*, conformément au principe de transparence. Cette solution repose sur des motifs objectifs et est conforme à la jurisprudence (ATF 141 II 353 consid. 6).

5.1 Attendu ce qui précède, les autres griefs invoqués par les recourantes, qui tendent à faire constater le caractère arbitraire des notes qui leur ont été attribuées, deviennent sans objet et n'auraient pas à être examinés céans. La Cour estime néanmoins opportun d'examiner le grief que les recourantes formulent en lien avec le sous-critère « crédibilité du prix ». Celles-ci font principalement remarquer que la moyenne des heures a été calculée en intégrant des valeurs nulles pour deux des onze candidats qui n'avaient fourni aucun nombre d'heures. Or, selon elles, afin d'établir une moyenne d'heures conforme à la réalité, l'adjudicateur aurait dû exclure du calcul les deux candidatures concernées.

5.2 La méthode de notation de la crédibilité du prix a été exposée ci-dessus au considérant 4.4.

Sous pièce n° 7 jointe à sa réponse, l'adjudicateur produit un tableau répertoriant le nombre d'heures offertes par les candidats. On remarque que les heures offertes oscillent entre un plancher de 10 842 heures pour l'adjudicataire et un plafond supérieur à 16'000 heures pour un autre candidat, les recourantes ayant quant à elles proposé 13 544 heures. La moyenne retenue est de 10 619 heures. Comme le font remarquer les recourantes, cette moyenne est inférieure au plus petit nombre d'heures proposé par

l'adjudicataire et s'explique par le fait que deux offres ont été comptabilisées avec 0 heures, les candidats en question n'ayant pas mentionné d'heures. A partir de cette moyenne, la fourchette permettant d'obtenir la note maximale de 5 oscille entre 9557 heures (-10%) et 12 743 heures (+20%).

5.3 Avec les recourantes, force est de constater que cette manière de faire est arbitraire, car la prise en compte d'un nombre d'heures égal à 0 ne correspond manifestement pas à une quelconque réalité et contribue à baisser artificiellement la moyenne des heures, avantageant de manière injustifiable les offreurs proposant le moins d'heures. L'adjudicateur ne fournit d'ailleurs céans aucune explication convaincante qui permettrait de tempérer ce constat. La Cour est donc d'avis que la moyenne devait être déterminée uniquement sur la base des heures effectivement offertes par neuf des onze soumissionnaires. Le total des heures était ainsi de 116'815.35 (12 832 + 10 842 + 12 829 + 14 257 + 12 402 + 10 842 + 13 544 + 12 874 + 16 393.35) et la moyenne de 12 979 heures ; la fourchette permettant d'obtenir la note maximale de 5 oscillait entre 11 681 heures (-10%) et 15 574 heures (+20%). Cela étant, les recourantes devait obtenir la note 5 pour ce sous-critère. L'adjudicataire, en revanche, devait voir sa note baisser car le nombre d'heures qu'il avait proposées était inférieur à 11 681. Sachant qu'un nombre d'heures correspondant à la moitié de la moyenne (soit ici, 6489 heures) donnait une note 0 (cf. cahier de soumission p. 9) et que la note décroissait de manière régulière dès que le nombre d'heures était inférieur à 11 681, l'adjudicataire obtenait une note 4.19 correspondant à 10 842 heures.

5.4 Il s'ensuit que l'évaluation des offres a également été illégale au niveau du sous-critère « crédibilité du prix ». Dans le cadre de la nouvelle procédure que l'adjudicateur devra mettre en œuvre, il devra tenir compte de cet aspect s'il maintient tel quel le sous-critère précité et si des offreurs omettent de mentionner le nombre d'heures qu'ils proposent pour la réalisation du marché.

6.1 Le recours est admis et la décision d'adjudication est annulée (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). L'affaire est renvoyée au Conseil d'Etat pour reprise *ab initio* de toute la procédure d'adjudication.

6.2 La demande d'effet suspensif est classée, le présent arrêt la privant d'objet.

6.3 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 5000 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 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 3000 francs.

Etant donné que c'est le pouvoir adjudicateur qui est à l'origine des motifs conduisant à l'annulation de la décision et à la reprise de la procédure *ab initio*, il se justifie de mettre seulement une partie des frais à la charge de l'adjudicataire Z [REDACTED], qui succombe dans ses conclusions (art. 89 al. 1 LTar). Celle-ci en supportera dès lors la moitié (1500 fr.), le solde de 1500 fr. étant remis (art. 89 al. 4 LPJA ; ACDP A1 20 82 du 8 février 2021 consid. 4.2).

6.4 L'issue du litige implique pour Z [REDACTED] le refus des dépens (art. 91 al. 1 LPJA *a contrario*).

Les recourantes, qui obtiennent gain de cause et ont pris une conclusion en ce sens, ont droit à une indemnité de dépens (art. 91 al. 1 LPJA), à la charge, par moitié chacun, de l'Etat du Valais et de Z [REDACTED]. Cette indemnité est fixée à 3000 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 des recourantes, qui a consisté essentiellement en la prise de connaissance du dossier et en la rédaction d'un recours de 10 pages et de deux autres écritures (9 et 2 pages).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce :

1. Le recours est admis. La décision d'adjudication du 28 juin 2021 est annulée et l'affaire est renvoyée au Conseil d'Etat pour reprise *ab initio* de la procédure d'adjudication relative au marché « rénovation du Palais du Gouvernement – Mandat d'architecte (DT) ».
2. Les frais, par 3000 fr., sont mis à la charge de Z _____ SA à hauteur de 1500 fr., le solde (1500 fr.) étant remis.
3. L'Etat du Valais et Z _____ SA verseront, par moitié et solidairement entre eux, la somme de 3000 fr. en faveur de X _____ SA et Y _____ SA à titre de dépens.
4. Il n'est pas alloué de dépens à Z _____ SA.
5. Le présent arrêt est communiqué à Maître Steve Quinodoz, avocat à Sion, pour les recourantes, à Maître Guillaume Fournier, avocat à Zurich, pour Z _____ SA, et au Conseil d'Etat, à Sion.

Sion, le 9 novembre 2021.