

A1 21 257

ARRÊT DU 18 MARS 2022

**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 Guillaume Grand, avocat, 1950 Sion 2 Nord

contre

CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DU VALAIS, 1951 Sion, autorité attaquée,

(marché public)

recours de droit administratif contre la décision du 19 novembre 2021

Faits

A. Le 20 avril 2021, l'Etat du Valais a publié au Bulletin officiel (B. O.) n° 16 (p. 1530) et 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).

Ce marché a fait l'objet d'une décision d'adjudication rendue par le Conseil d'Etat, le 28 juin 2021.

Dite décision a été contestée par deux recours de droit administratif déposés devant la Cour de céans, respectivement les 9 et 15 juillet suivants.

Dans deux arrêts rendus le 9 novembre 2021, la Cour a admis ces recours, annulé la décision d'adjudication litigieuse et renvoyé l'affaire au Conseil d'Etat pour reprise *ab initio* de la procédure d'adjudication relative à ce marché. En particulier, la pondération du critère du montant de l'offre était trop faible (15 %) et celui de la crédibilité du prix n'avait pas été évalué correctement (ACDP A1 21 151 et A1 21 153).

A la suite de ces arrêts, le Conseil d'Etat a décidé, le 15 novembre suivant, l'interruption de la procédure de passation du marché concerné.

B. Le 19 novembre 2021, l'Etat du Valais, par le Service immobilier et patrimoine (ci-après : SIP), a fait publier au Bulletin officiel (B. O.) n° 46 (p. 4226) ainsi que sur le site Internet simap.ch un nouvel appel d'offres en procédure ouverte relatif au mandat d'architecte précité.

B.a Un cahier de soumission détaillait les conditions de ce mandat et comprenait notamment des critères d'aptitude (ch. 3). Ceux-ci excluaient le groupement de bureaux d'architectes ainsi que la sous-traitance, critère qui était justifié de la manière suivante :

En raison de sa complexité, la conduite du projet requiert une organisation et une coordination accrue en matière de suivi des travaux, à plus forte raison pour des bâtiments qui devront être maintenus en exploitation. Ces compétences de planification et d'organisation peuvent être assurées plus facilement par un seul bureau d'architectes, dont les membres sont habitués à travailler ensemble sur des projets complexes, que par un consortium qui nécessite une coordination interne supplémentaire entre les membres des bureaux impliqués. Cet échelon supplémentaire dans l'organisation interne compliquerait inévitablement la relation entre le maître d'ouvrage et la direction des travaux et compromettrait ainsi le suivi et la supervision des travaux dans des délais aussi courts. Ces difficultés inhérentes à un consortium mettraient également en péril l'objectif de maintenir en exploitation des bâtiments d'importance opérationnelle pour l'Etat du Valais. Au vu des enjeux d'intérêt public précités, le pouvoir adjudicateur est en droit de confier la direction des travaux à un seul bureau d'architectes et d'exclure

ainsi tout regroupement ou consortium pour l'exécution de ce mandat conformément à l'article 16 alinéa 1 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100). Pour les mêmes raisons, le recours à des sous-traitants est exclu.

En outre, des exigences étaient posées quant à la structure et à la qualification du bureau soumissionnaire, à savoir au minimum deux postes d'emploi à plein temps pour chacune des fonctions suivantes : architecte chef de projet (dipl. EPF ou HES ou une personne inscrite au registre professionnel REG A ou B), directeur de travaux (maîtrise fédérale ou équivalent) et dessinateur avec CFC.

B.b Le cahier de soumission fixait également les critères d'adjudication de la manière suivante (ch. 4) :

| Critères d'adjudication | Pondération |
|---|-------------|
| 1) Références du bureau dans les domaines de la rénovation et de l'assainissement Une référence ne peut en aucun cas être double. Il est donc requis des soumissionnaires de présenter quatre références pour le critère 1a et trois pour le critère 1b. En cas de doublon, la référence mentionnée deux fois sera retirée du critère 1a. | 40 % |
| 1a) Quatre références de rénovation de bâtiments maintenus en exploitation durant le chantier, terminés dans les 5 dernières années et de valeur équivalente au présent appel d'offre, soit supérieure à 5 millions, pour autant que les prestations correspondent au minimum au présent cahier d'appel d'offre soit 88,5 % de la totalité des phases SIA comprises à l'annexe II (projet de construction 21 %, appel d'offre 18 %, projet d'exécution 16 %, réalisation 29 %, mise en service et achèvement 4.5 %) | 50 % |
| 1b) Trois références de rénovation de bâtiments classés ou de bâtiments à valeur patrimoniale terminées dans les 10 dernières années | 50 % |
| 2) Prix de l'offre déposée | 30 % |
| Montant de l'offre financière | 70 % |
| Crédibilité du prix basé sur le nombre d'heures | 30 % |
| 3) Structure du bureau et organisation du soumissionnaire | 30 % |
| Structure du bureau (consortiums et sous-traitances exclus) | 100 % |

Il indiquait en outre le barème d'évaluation des références ainsi que les méthodes de notation du prix et de la crédibilité de celui-ci en fonction du nombre d'heures.

C. Le 29 novembre 2021, X _____ SA et Y _____ SA (ci-après : X _____ et Y _____) ont déposé c'éans un recours contre cet appel d'offres, en concluant, sous suite de frais et de dépens, à l'annulation de celui-ci et au renvoi de l'affaire au Conseil d'Etat pour reprise *ab initio* de la procédure d'adjudication relative à ce marché. Elles ont sollicité, au préalable, l'octroi de l'effet suspensif. A l'appui de ces conclusions, elles ont soutenu que plusieurs critères et clauses fixés dans cet appel d'offres ne répondaient pas à la condition de l'objectivité et violaient les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement. A cet égard, elles ont d'abord contesté les deux

critères d'aptitude excluant le groupement de bureaux d'architectes ainsi que la sous-traitance et posant des exigences relatives à la structure et à la qualification du bureau. Elles ont soutenu que lesdits critères étaient discriminants et dépourvus de toute justification objective, relevant notamment que, dans le précédent appel d'offres qui portait sur le même projet, l'adjudicateur n'avait pas jugé utile d'élaborer de pareils critères. Ensuite, X _____ et Y _____ ont critiqué le critère d'adjudication relatif aux références, constatant que celui-ci avait été modifié par rapport au précédent appel d'offres et affirmant qu'il semblait avoir été formulé de manière à les empêcher d'obtenir le marché. Elles ont relevé que même le bureau sélectionné pour la délicate phase de l'étude de faisabilité ne remplissait pas de telles exigences en matière de références. Elles en ont inféré que ce critère d'adjudication était objectivement contestable, puisqu'il semblait relever d'un stratagème mis en place pour les évincer de la procédure d'adjudication. Enfin, X _____ et Y _____ ont contesté l'exclusion de la phase 33 de la norme SIA 102 (phase de l'autorisation de construire), telle que prévue par les documents d'appel d'offres. Outre les copies de pièces relatives à l'ancienne et à la nouvelle procédures d'appel d'offres, elles ont joint à leur mémoire, en particulier, les copies de deux offres qu'elles avaient déposées en 2020 dans le cadre de l'adjudication de marchés par l'Etat du Valais. A titre de moyens de preuve, elles ont requis de la Cour de céans l'édition des dossiers de recours A1 21 151 et A1 21 153 ainsi que le dépôt par l'Etat du Valais de « l'ensemble du dossier en particulier "l'étude de faisabilité" ».

Le 9 décembre suivant, la Cour a rejeté la demande d'effet suspensif, estimant que, *prima facie*, les chances de succès du recours apparaissaient plutôt limitées.

Le pouvoir adjudicateur s'est déterminé, le 28 décembre 2021, concluant au rejet du recours. Il a notamment indiqué qu'à la suite des ACDP A1 21 151 et A1 21 153, la procédure d'adjudication avait été reprise *ab initio*, lui laissant une grande liberté d'appréciation dans la détermination des critères d'aptitude et d'adjudication à faire figurer dans un nouvel appel d'offres. Il en a déduit que les griefs par le biais desquels X _____ et Y _____ comparaient l'appel d'offres du 19 novembre 2021 avec celui du 23 avril 2021 n'étaient pas pertinents. Il a en outre justifié les critères arrêtés dans ce second appel d'offres, en se référant en particulier aux explications figurant dans les documents publiés. L'adjudicateur a joint à sa réponse notamment la copie d'un arrêt rendu le 11 mars 2021 par le Tribunal cantonal vaudois dans une affaire de marché public excluant les offres en consortium ainsi qu'un exemplaire d'une notice du 1^{er} janvier 2021 établie conjointement par la Conférence des achats de la Confédération et par la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics.

X _____ et Y _____ ont répliqué, le 31 janvier 2022. Elles ont rappelé que l'appel d'offres litigieux concernait un marché qui avait déjà fait l'objet d'une précédente procédure d'adjudication et ont maintenu que les modifications décidées par l'adjudicateur au niveau des critères d'aptitude et d'adjudication étaient discriminatoires, contraires à l'égalité de traitement et soutenues par aucune justification objective. Elles ont affirmé que seuls trois offreurs s'étaient manifestés dans le cadre de ce second appel d'offres, alors que le précédent avait suscité le dépôt de onze offres. A cet égard, elles ont requis l'édition par l'adjudicateur du tableau d'ouverture des offres déposées à la suite de l'appel d'offres litigieux.

Cette écriture a été communiquée le lendemain au Conseil d'Etat, pour information.

Considérant en droit

1.1 L'objet du recours est un appel d'offres publié au B. O. et sur simap.ch. Un tel appel d'offres 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 publication (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 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics – AIMP). Déposé le 29 novembre 2021 contre l'appel d'offres publié le 19 novembre précédent, le recours intervient dans le délai légal (art. 16 al. 2 LcAIMP).

1.2 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 (ATF 141 II 14 consid. 4.6 à 4.8 ; RVJ 2017 p. 30 consid. 2).

Lorsque le recours a pour objet un appel d'offres, le recourant doit démontrer qu'il est un soumissionnaire potentiel, à savoir qu'il serait en mesure de déposer une offre valable si les restrictions contestées dans l'appel d'offres étaient levées. En l'espèce, les recourantes sont des entreprises spécialisées dans le domaine du marché à adjuger et ont d'ailleurs déjà participé au précédent appel d'offres qui portait sur le même marché. Elles sont donc des soumissionnaires potentiels et, à ce titre, sont particulièrement touchées par les prescriptions fixées dans l'appel d'offres et disposent d'un intérêt digne de protection à en requérir un contrôle juridictionnel. Partant, la qualité pour recourir

contre ledit appel d'offres doit leur être reconnue (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. a LPJA, en relation avec les art. 15 et 16 LcAIMP).

1.3 Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que les recourantes ont 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 al. 2 AIMP et 16 LcAIMP ; RVJ 2017 p. 30 consid. 4).

2.1 Faisant usage d'un droit que la loi leur reconnaît (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA), les recourantes ont sollicité l'administration de plusieurs moyens de preuve. Ceux-ci ne seront pris en considération que s'ils apparaissent utiles à l'établissement des faits pertinents. En effet, l'autorité de décision peut se livrer à une appréciation anticipée de l'utilité du moyen de preuve offert et renoncer à l'administrer lorsque le fait dont les parties veulent établir la réalité n'est pas important pour la solution du cas, lorsque sa preuve résulte déjà de constatations versées au dossier ou lorsque cette autorité arrive à la conclusion que ces preuves ne sont pas décisives pour la solution du litige, voire qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1 et 140 I 285 consid. 6.3.1 ; v. aussi p. ex. ACDP A1 20 205 du 6 mai 2021 consid. 2.1).

2.2 Les recourantes sollicitent d'abord de la Cour l'édition des dossiers de recours A1 21 151 et A1 21 153. Ce moyen n'apparaît pas indispensable pour la résolution du litige. En effet, celui-ci requiert d'examiner la légalité de l'appel d'offres du 19 novembre 2021, examen pour lequel n'est pas nécessaire la consultation des pièces de ces dossiers antérieurs relatifs à la précédente procédure d'adjudication du marché concerné, celle-ci ayant été mise à néant à la suite des arrêts du 9 novembre 2021 ordonnant une reprise *ab initio* de ladite procédure (cf. ATF 141 II 353 consid. 1.1). Les recourantes ont, au demeurant, joint à leur mémoire une copie de l'appel d'offres du 23 avril 2021, pièce qui permet d'étayer leur raisonnement consistant à comparer ces deux appels d'offres. La Cour peut donc se dispenser d'administrer formellement ce premier moyen de preuves.

Ensuite, les recourantes demandent le dépôt par l'Etat du Valais de « l'ensemble du dossier en particulier "l'étude de faisabilité" ». Ce moyen vise à soutenir leur argument, selon lequel même le bureau sélectionné pour la délicate phase de l'étude de faisabilité ne remplit pas les exigences fixées dans l'appel d'offres en matière de références (cf. mémoire de recours p. 14). De l'avis de la Cour, cet argument n'est pas pertinent pour l'issue du litige. En effet, la question de savoir si le bureau en question remplit ou non

les exigences fixées dans l'appel d'offres importe peu, les aptitudes requises pour une phase d'étude préparatoire pouvant être différentes de celles nécessaires lors d'une étape ultérieure de planification et de conduite de travaux. En revanche, la Cour devra déterminer si le critère des références, tel qu'il a été formulé de manière assez détaillée dans l'appel d'offres, respecte le droit des marchés publics. Or, cette question peut être résolue sans le dépôt du dossier que requièrent les recourantes (cf. *infra*, consid. 5). L'administration de ce moyen est donc elle aussi refusée.

Enfin, les recourantes sollicitent l'édition par l'adjudicateur du tableau d'ouverture des offres déposées à la suite de l'appel d'offres litigieux. Elles affirment que seuls trois offreurs se sont manifestés dans le cadre de ce second appel d'offres, alors que le précédent avait suscité le dépôt de onze offres. Elles en tirent argument que les critères d'aptitude ont été fixés de manière trop restrictive. Toutefois, comme on le verra (cf. *infra*, consid. 4.2 *in fine*), le simple fait que l'appel d'offres conduise au dépôt d'un petit nombre de soumissions ne suffit pas pour conclure à une violation du principe de la concurrence efficace (art. 11 al. 1 let. b AIMP), du moment que des critères d'aptitude objectifs sont appliqués. Il s'ensuit que cette offre de preuve est elle aussi superflue et ne sera pas administrée.

3.1 Sur le fond, les recourantes affirment que plusieurs critères et clauses figurant dans l'appel d'offres litigieux ne répondent pas à la condition de l'objectivité et violent les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement

3.2 Aux termes de l'article 13 alinéa 1 AIMP, les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir notamment une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables (let. d) et des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (let. f).

Ces exigences ont été transcrites dans l'Omp. L'article 12 alinéa 1 Omp prévoit à cet égard que « l'adjudicateur définit des critères d'aptitude objectifs et les preuves à apporter pour permettre l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires » ; il précise que ces critères d'aptitude « concernent en particulier les capacités techniques, organisationnelles, financières et économiques ». Quant aux critères d'adjudication, l'article 31 alinéa 1 Omp dit que le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, que le rapport prix/prestations doit être observé dans l'évaluation et que des critères différents en dehors du prix peuvent être pris en considération (notamment la qualité, les délais, la rentabilité, la compétence, l'expérience, les références, la formation, les coûts d'exploitation, le service après-vente,

l'écologie, la convenance de la prestation, la valeur technique, l'esthétique, la créativité et l'infrastructure).

3.3 La législation sur les marchés publics a pour objectif notamment de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b AIMP). Le principe de non-discrimination, que traduit cette préoccupation (cf. ég. art. 11 al. 1 let. a AIMP), implique d'offrir à tous les candidats un accès identique au marché. Les concurrents admis à participer à un marché donné doivent ensuite être traités de manière non discriminatoire, ce qui implique, concrètement, que le pouvoir adjudicateur adopte les mêmes critères (d'aptitude et d'adjudication) pour l'ensemble des concurrents. La pondération des critères doit également être arrêtée de manière non discriminatoire. L'échelle d'évaluation des offres, pour l'application de ces critères, doit en outre être la même pour l'ensemble des candidats ; enfin, l'entité adjudicatrice doit appliquer cette échelle à tous de la même manière (cf. art. 19 Omp ; RVJ 2018 p. 25 consid. 2.3.1 ; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, nos 265 à 267, p. 163 s.).

4.1 Les recourantes contestent d'abord les deux critères d'aptitude qui excluent le groupement de bureaux d'architectes et la sous-traitance et qui posent des exigences relatives à la structure et à la qualification du bureau. Elles soutiennent que ces critères sont discriminatoires et dépourvus de toute justification objective, en violation des articles 11 alinéa 1 lettre a et 13 alinéa 1 lettre d AIMP.

4.2 Selon la jurisprudence, les critères d'aptitude ou de qualification (*Eignungskriterien*) sont des exigences qui subordonnent l'accès à la procédure. Ils servent à s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché. Les entreprises soumissionnaires qui ne les remplissent pas voient leur offre exclue d'emblée, à condition que le motif d'exclusion revête une certaine gravité (ATF 145 II 249 consid. 3.3, 143 I 177 consid. 2.3.1, 141 II 353 consid. 7.1 et 140 I 285 consid. 5.1). Bien qu'ils concernent la personne même du soumissionnaire, ces critères d'aptitude doivent, en principe, être directement et concrètement en rapport avec la prestation à accomplir, en ce sens qu'ils doivent porter sur des qualifications nécessaires pour fournir cette prestation (ATF 129 I 313 consid. 8.1). Le pouvoir adjudicateur doit, en conséquence, choisir des critères conformes au principe de non-discrimination, ce qui exige de sa part que les critères soient adaptés au contenu du marché. En d'autres termes, il faut, pour que l'utilisation d'un critère soit admissible, que les aspects examinés au titre de ce critère permettent de mettre en évidence un avantage significatif ou encore clairement identifiable dans le cadre de l'exécution du marché (ATF 129 I 313, consid. 8.3). Lorsqu'il définit les critères d'aptitude figurant dans l'appel d'offres, tout comme lorsqu'il en fait

application après le dépôt des offres, l'adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation ou d'évaluation que l'instance de recours doit respecter sous peine de statuer en opportunité, ce que le droit des marchés publics interdit (cf. *supra* consid. 1.3 ; v. aussi ATF 141 II 14 consid. 7.1 et les réf. cit.).

En outre, lorsque des critères d'aptitude objectifs sont appliqués, il n'y a pas d'atteinte au principe de la concurrence efficace (art. 11 al. 1 let. b AIMP) du seul fait que l'adjudication met en lice un petit nombre de candidats ou de candidats appropriés ; cela vaut même si, en définitive, il ne reste à l'issue de l'examen des critères d'aptitude qu'un seul soumissionnaire (arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2018.00450 du 15 novembre 2018 consid. 5.3, cité *in* : Zufferey/Beyeler/Scherler [éd.], *Marchés publics 2020*, p. 113 s.).

4.3.1 Ni l'AIMP, ni la LcAIMP ne prévoient de dispositions sur l'admissibilité des consortiums (ou sociétés de soumissionnaires) ou de la sous-traitance. Intitulé « Consortium », l'article 16 Omp dit que, « si la constitution de consortium n'est pas expressément exclue ou limitée dans les conditions d'adjudication, plusieurs soumissionnaires peuvent adresser une offre commune » (al. 1) ; il fixe en outre divers réquisits que chaque membre du consortium doit établir ou garantir par contrat (al. 2). La sous-traitance est, elle aussi, soumise à plusieurs prescriptions prévues à l'article 17 Omp. Il résulte implicitement de ces deux dispositions que la constitution de consortium et la sous-traitance sont en principe admises par le droit cantonal, mais que l'adjudicateur peut toutefois limiter ou exclure ces possibilités dans les documents d'appel d'offres, solution qui correspond par ailleurs à celle qui est explicitement prévue pour l'adjudication des marchés fédéraux (art. 31 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics – LMP ; RS 172.056.1).

4.3.2 Le Message du Conseil fédéral relatif à la LMP (FF 2017 1695 ss, 1792) expose à ce sujet ce qui suit :

L'adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider s'il admet ou non les communautés de soumissionnaires, qui doit cependant toujours être exercé dans le respect du but et des principes du droit des marchés publics (art. 2 P-LMP). De manière générale, l'accès des soumissionnaires au marché ne doit [pas] être restreint sans nécessité. La manière dont ceux-ci sont organisés relève de leur liberté économique. Ainsi, de nombreux secteurs comprennent des entreprises dont l'intégration est plus ou moins importante. Dès lors, il ne serait pas admissible d'accepter uniquement les offres des soumissionnaires présentant une intégration verticale complète.

Le droit des marchés publics doit permettre de procéder à des acquisitions économiques dans un contexte de neutralité concurrentielle. Les communautés de soumissionnaires peuvent contribuer à dynamiser un marché et à renforcer la concurrence, dans la mesure où elles facilitent l'accès des PME

aux gros marchés publics. C'est pourquoi la participation de communautés de soumissionnaires ne doit être limitée ou même exclue que pour de justes motifs. Une exclusion est justifiée notamment lorsqu'un travail de coordination excessif compromet l'atteinte du but du marché ou génère des coûts de transaction inutiles, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas économique d'acquiescer les prestations requises auprès d'une communauté de soumissionnaires. Cela vaut principalement pour les petits projets qui peuvent être réalisés aisément par un seul soumissionnaire. En cas de projets d'envergure et complexes, les communautés de soumissionnaires ne devraient pas être exclues sans motif valable.

La décision d'admettre ou d'exclure le recours à des sous-traitants s'appuie sur des considérations similaires. Au cas où il y aurait un grand nombre de sous-traitants, l'adjudicateur pourrait rencontrer des difficultés déjà lors de l'examen de la satisfaction des critères d'aptitude (à noter toutefois que les sous-traitants ne doivent pas toujours remplir la totalité des critères d'aptitude). L'exclusion tant des communautés de soumissionnaires que des sous-traitants doit reposer sur une motivation qualifiée. En revanche, l'admission des sous-traitants compense l'exclusion des communautés de soumissionnaires et constitue donc un argument en faveur de cette dernière.

Même si la LMP n'est pas applicable au cas d'espèce, la Cour peut s'inspirer des considérations ci-dessus exposées dans le cadre de l'examen des griefs que forment les recourantes.

4.3.3 Dans l'appel d'offres, l'adjudicateur justifie sa décision d'exclure les offres en consortium ainsi que la sous-traitance en raison de la complexité du projet, dont la conduite requiert une organisation et une coordination accrue en matière de suivi des travaux, à plus forte raison pour des bâtiments qui devront être maintenus en exploitation. Il indique que ces compétences de planification et d'organisation peuvent être assurées plus facilement par un seul bureau d'architectes, dont les membres sont habitués à travailler ensemble sur des projets complexes. A le suivre, un échelon supplémentaire dans l'organisation interne compliquerait inévitablement la relation entre le maître d'ouvrage et la direction des travaux et compromettrait ainsi le suivi et la supervision des travaux dans des délais aussi courts. Ces difficultés inhérentes à un consortium mettraient également en péril l'objectif de maintenir en exploitation des bâtiments d'importance opérationnelle pour l'Etat du Valais.

Les recourantes contestent ce point de vue, en arguant d'abord que la complexité des travaux et leur délai de réalisation ne constituent pas des motifs convaincants. Elles relèvent à cet égard que le projet n'a pas changé depuis le précédent appel d'offres, lequel n'excluait pourtant nullement la constitution de consortium ou la sous-traitance. La Cour ne peut pas suivre cette argumentation. En effet, du moment qu'un grand pouvoir d'appréciation est reconnu à l'adjudicateur pour décider s'il admet ou non les communautés de soumissionnaires, la publication d'un premier appel d'offres n'excluant pas les consortiums ne saurait lier l'adjudicateur dans le cadre d'une seconde procédure

d'adjudication, reprise *ab initio* et portant sur le même marché. Contrairement à ce que semblent penser les recourantes, l'existence d'une précédente procédure d'adjudication n'est pas en soi déterminante, l'adjudicateur disposant toujours d'une grande latitude dans la détermination des conditions d'accès au marché à adjuger. Certes, il est exact que les critères doivent être fixés de manière objectivement justifiables et sans violer le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires. En l'espèce, rien ne permet toutefois de conclure que tel ne soit pas le cas. En effet, il paraît objectivement soutenable de privilégier une direction des travaux assurée par un seul bureau d'architectes, les tâches de planification et d'organisation pouvant *a priori* être exécutées plus facilement par des professionnels habitués à travailler ensemble sur des projets complexes. On peut également retenir que la coordination au niveau de la direction des travaux n'est pas aussi bien assurée lorsque plusieurs sociétés travaillent en consortium et désignent un coordinateur technique que lorsqu'une seule société est désignée pour assumer les prestations caractéristiques du marché. En outre, il semble légitime de considérer que la gestion du mandat d'architecte par un seul bureau est plus appropriée en raison des courts délais de réalisation. Dans ce contexte et compte tenu des intérêts publics importants en jeu, on peut aussi comprendre que le maître de l'ouvrage souhaite avoir une relation simple et directe avec la direction des travaux et ne pas multiplier les interlocuteurs. Enfin, rien ne permet d'affirmer que le regroupement en consortium est une pratique courante de la branche concernée. Les recourantes ne l'affirment d'ailleurs pas. Il n'y a donc pas lieu d'admettre que la décision pose des restrictions d'accès au marché excessives et discriminatoires. Quant à l'interdiction de la sous-traitance, elle peut également se justifier en raison de la nature du marché, qui implique une relation étroite entre la direction des travaux et le maître de l'ouvrage et qui, en conséquence, ne se prête guère à cette pratique.

Dans un deuxième grief, les recourantes rappellent que la Cour de céans leur a donné entièrement gain de cause dans son ACDP A1 21 151, en précisant qu'elles avaient de réelles chances de remporter le marché. Elles en déduisent que leur aptitude à réaliser les travaux à adjuger a été reconnue et qu'en conséquence, l'introduction d'un nouveau critère d'aptitude leur interdisant l'accès à la procédure d'adjudication subséquente ne repose sur aucun motif objectif et est discriminatoire. Cette critique est inopérante. Il faut en effet souligner que le constat, selon lequel les recourantes avaient de réelles chances de remporter le marché, a été posé dans le cadre de l'examen de la qualité pour recourir des bureaux d'architectes concernés contre la décision d'adjudication du 28 juin 2021 (cf. ACDP A1 21 151 consid. 1.2). Il se fondait sur les notes obtenues par les recourantes dans cette procédure d'adjudication. Du moment que celle-ci a été interrompue à la suite

des arrêts du 9 novembre 2021 ordonnant une reprise *ab initio* de la procédure et qu'un nouvel appel d'offres a été publié derechef, les chances d'obtenir le marché selon les conditions du premier appel d'offres n'ont plus guère de pertinence puisque, comme on vient de le voir, l'adjudicateur disposait d'une grande latitude lui permettant de modifier lesdites conditions.

Enfin, les recourantes signalent que l'adjudicateur n'a pas exclu les consortiums dans d'autres appels d'offres pourtant très complexes, se référant à deux exemples parus respectivement en 2019 et en 2020 pour des mandats d'architecte (direction des travaux). Cette allégation n'est non plus pas déterminante. En effet, il est délicat de comparer deux marchés distincts, rien ne permettant de conclure qu'ils soient soumis à des impératifs similaires en terme de complexité, de contraintes ou de délais de réalisation. En outre, lorsqu'il définit les critères d'aptitude, l'adjudicateur ne saurait être lié par les choix qu'il a opérés lors de la passation de marchés précédents. Une telle règle restreindrait excessivement le large pouvoir d'appréciation qui doit lui être reconnu. Du moment que l'adjudicateur justifie son choix de manière objective et sans violer le principe d'égalité de traitement, les critères qu'il définit peuvent être différents selon le marché à adjuger.

4.4 Quant aux exigences relatives à la structure et à la qualification du bureau, l'appel d'offres litigieux indique en page 7 que « le projet demande une organisation et des compétences extrêmement spécifiques ». Il exige ainsi des soumissionnaires de proposer au minimum deux postes d'emploi à plein temps pour chacune des fonctions suivantes : architecte chef de projet (dipl. EPF ou HES ou une personne inscrite au registre professionnel REG A ou B), directeur de travaux (maîtrise fédéral ou équivalent) et dessinateur avec CFC.

Les recourantes qualifient ces exigences de subjectives et de discriminatoires, en relevant que le nombre minimal de spécialistes requis a pratiquement doublé par rapport au précédent appel d'offres, alors que le marché n'a pas changé. Là encore, les recourantes se contentent de comparer les critères des deux appels d'offres, sans véritablement chercher à établir que les deux postes d'emploi à plein temps requis pour chacune des trois fonctions citées plus haut n'ont aucune justification au regard du marché à adjuger. Dans ces conditions, leur grief ne peut qu'être rejeté.

4.5 Dès lors, compte tenu de la marge d'appréciation qui doit être reconnue à l'autorité intimée pour configurer le marché, l'exclusion des offres en consortium et de la sous-

traitance, tout comme l'exigence minimale de deux postes à plein temps pour certaines fonctions, n'apparaissent pas critiquables.

5.1 Ensuite, les recourantes contestent le critère d'adjudication relatif aux références. Elles observent que celui-ci a été modifié par rapport au précédent appel d'offres et soutiennent qu'il semble avoir été formulé de manière à les empêcher d'obtenir le marché. Elles pointent, en particulier, la règle imposant des références pour chacun des deux sous-critères 1a et 1b (pas de référence « double ») ainsi que l'exigence de fournir quatre références de rénovation de bâtiments maintenus en exploitation durant le chantier, terminés dans les cinq dernières années et de valeur équivalente au marché concerné (soit supérieure à 5 millions de francs). Elles s'estiment préteritées, puisqu'elles ne peuvent disposer de telles références aussi aisément que des entreprises en place depuis de nombreuses années.

5.2 L'expérience pertinente des soumissionnaires ou la présentation par ceux-ci de travaux de référence est considérée, dans la pratique, comme un critère objectif pour évaluer la qualité de leurs prestations. Ces critères sont d'ailleurs mentionnés à titre d'exemples à l'article 31 alinéa 1 Omp.

Par définition, de tels critères favorisent les entreprises établies. Toutefois, dans la mesure où les exigences y relatives sont justifiées par les besoins du marché à adjuger, leur utilisation est admissible et appropriée, même si elle implique, pour les entreprises nouvellement créées, qu'elles doivent acquérir l'expérience nécessaire et la confiance de la clientèle – exactement comme dans les relations commerciales privées – en exécutant d'abord des marchés plus petits ou plus simples (cf. arrêt VB.2018.00450 précité consid. 5.4.2, cité *in* : Zufferey/Beyeler/Scherler [éd.], *op. cit.*, p. 113 s. ; Galli *et al.*, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd. 2013, n° 596 p. 259).

5.3 De l'avis de la Cour, il n'y a pas lieu de censurer les modalités arrêtées par l'adjudicateur pour le critère des références. L'exécution de travaux de rénovation dans un bâtiment tout en maintenant celui-ci en exploitation présente des singularités qui justifient objectivement la demande de références semblables. Les exigences portant sur le caractère récent (5 ans) et la valeur comparable (5 millions de fr.) de ces références ne sont non plus pas critiquables. La Cour rappelle, au demeurant, que ce critère est un critère d'adjudication valant 40 % de la note globale. Elle signale que les offreurs dont les références ne remplissent pas complètement les réquisits ne seront pas sanctionnés par une exclusion, mais par une diminution de note selon le barème d'évaluation annoncé en page 8 de l'appel d'offres. Ainsi, s'il est exact que les

entreprises nouvelles – comme celles des recourantes – pourront être désavantagées à cet égard, rien n'indique qu'elles ne pourraient pas néanmoins déposer une offre concurrentielle en s'appuyant principalement sur les deux autres critères d'adjudication (prix et structure du bureau). Dans ces conditions, rien ne permet de considérer que la définition de ce critère est si restrictive qu'elle revient, dans la pratique, à vider de son sens l'adjudication du marché selon les modalités de la procédure ouverte ou à cloisonner le marché de manière à favoriser un soumissionnaire en particulier.

6.1 Enfin, les recourantes critiquent l'exclusion de la phase 33 de la norme SIA 102.

6.2 Sous « objet et étendu du marché », l'appel d'offres litigieux indique en page 11 qu'il s'agit d'un mandat d'architecture, selon les phases 32 et 41 à 53 de la norme SIA 102 de 2014. Il précise que la phase 33 de cette norme est exclue.

La norme SIA 102 règle les prestations et honoraires des architectes. Les prestations sont classées en différentes phases. La phase 32 correspond au projet de l'ouvrage, la phase 33 à la procédure de demande d'autorisation de construire et les phases 41 à 53 comprennent l'appel d'offres et la réalisation du projet.

6.3 Les recourantes contestent l'exclusion de la phase 33 (procédure de demande d'autorisation de construire). Elles relèvent que cette phase est obligatoire pour la réalisation du projet, de sorte que son exclusion paraît impossible. Elles indiquent aussi que, dès lors que le mandat inclut la phase 32 (projet de l'ouvrage), il n'est pas possible d'exclure la phase ultérieure de demande de permis qui requiert notamment la signature de l'auteur du projet.

Ce grief est manifestement mal fondé. En effet, la procédure de demande d'autorisation de construire peut être menée par l'adjudicateur lui-même ou par un autre bureau que celui en charge des plans et de la direction des travaux. Rien ne contraint en effet formellement l'adjudicataire du marché litigieux à mener à bien cette procédure. Il s'agit, là encore, d'un domaine qui relève du grand pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur et que la Cour n'a pas à sanctionner, en l'absence d'abus.

7.1 Attendu ce qui précède, le recours est rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).

7.2 L'émolument de justice, arrêté à 3000 fr. (débours inclus) au vu notamment des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, sera supporté par les recourantes, solidairement entre elles (art. 88 al. 2 et 89 al. 1 LPJA ; art. 3 al. 3, 11, 13

al. 1 et 25 de la loi du 11 février 2009 sur le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives – LTar ; RS/VS 173.8).

7.3 Vu l'issue du litige, les recourantes n'ont pas droit à des dépens (art. 91 al. 1 LPJA *a contrario*).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce :

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais, par 3000 fr., sont mis à la charge de X _____ SA et de Y _____ SA, solidairement entre elles.
3. Il n'est pas alloué de dépens.
4. Le présent arrêt est communiqué à Maître Guillaume Grand, avocat à Sion, pour les recourantes, et au Conseil d'Etat, à Sion.

Sion, le 18 mars 2022.