

A1 21 254

ARRÊT DU 19 AVRIL 2022

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

Composition : Christophe Joris, président ; Thomas Brunner et Jean-Bernard Fournier, juges ; Carole Grauffel, greffière *ad hoc*

en la cause

Z_____, et **Y**_____, recourantes, représentées par Maître Christophe Wilhelm, avocat,

contre

X_____, autorité attaquée, et **W**_____, tiers concerné

(marché public)

recours de droit administratif contre les décisions du 9 et 11 novembre 2021

Faits

A. Le 25 juin 2021, X_____ (ci-après : X_____) a publié sur le site internet A_____.ch ainsi qu'au Bulletin officiel (ci-après : B. O.) n° xxx (p. xxx) un appel d'offres en procédure ouverte intitulé « Relaunch B_____.ch », portant sur la refonte du site internet B_____.ch.

Le cahier des charges (ci-après : CC) joint à l'appel d'offres indiquait que « X_____ souhait[ait] procéder à la refonte du site internet intersectoriel B_____.ch. Cette refonte d[evait] comprendre un Design Refresh et diverses améliorations en matière de usability, de navigation et de recherche. En outre, X_____ souhait[ait] améliorer, voire réorganiser l'écosystème, y compris en apportant les ajustements nécessaires aux interfaces des différents systèmes périphériques ». Le cahier des charges définissait les critères d'aptitude et d'adjudication sur la base desquels le marché allait être adjugé (ch. 5 et 6 CdC). Ces critères étaient au nombre de six, soit : (1) le front-end – critère F – valant 1250 points ; (2) la proposition de design et la conception UI/UX – critère D – valant 1500 points ; (3) le back-end – critère B – valant 1500 points ; (4) l'architecture technique – critère A – valant 1500 points ; (5) l'entreprise et la procédure – critère U – valant 1250 points ; (6) le prix – critère P – valant 3000 points, le tout pour un total de 10'000 points. Tous ces critères étaient subdivisés en sous-critères : le critère F divisé en 13 sous-critères (F1 à F13) ; le critère D en 12 sous-critères (D1 à D12) ; le critère B en 9 sous-critères (B1 à B9) ; le critère A en 5 sous-critères (A1 à A5) ; le critère U en en 7 sous-critères (U1 à U7).

B. Le cahier des charges prévoyait que le soumissionnaire procède à une auto-évaluation des critères de l'adjudication, et ce pour chacun des critères (ch. 7.5 CC).

La notation des critères d'adjudication se faisait selon une échelle de notes en quatre niveaux. La note 5 correspondait aux critères entièrement remplis ou dépassés et justifiés par des références ou d'autres moyens de preuve. Ainsi, par cette note, les soumissionnaires obtenaient le nombre de points maximal prévu. La note 3 correspondant aux critères remplis pour l'essentiel ou dont la réalisation était affirmée, sans justificatif, référence ou moyen de preuve. Pour cette note, 60% du maximum des points était octroyé. La note 1 correspondait aux critères partiellement remplis. Pour cette note, 20% du maximum des points était octroyé. La note 0 correspondait aux critères non remplis et ne donnait droit à aucun point.

C. Avant le dépôt des offres, les soumissionnaires et l'adjudicateur ont échangé des questions et des réponses au sujet de l'appel d'offres. Le 17 août 2021, cinq offres ont été ouvertes, dont celle déposée par Z_____ et Y_____, à 946'048 francs.

Toutes les offres ont été évaluées conformément aux critères de qualification et aux critères d'adjudication. Après analyse, toutes les offres soumises ont été admises pour évaluation, l'ensemble des soumissionnaires ayant rempli les critères de qualification.

D. X_____ a procédé à une présélection des offres et a retenu les trois meilleures, soit celles de W_____, de C_____ et Y_____. Tous les soumissionnaires en ont été informés le 24 septembre 2021, qu'ils figurent ou non sur la « shortlist ».

Les soumissionnaires présélectionnés ont ensuite été invités à participer aux présentations de leur projet les 5 et 7 octobre 2021 dans les locaux de X_____. Ce dernier leur a soumis un questionnaire auquel les soumissionnaires devaient répondre avant que les présentations ne commencent. Une partie de ce questionnaire consistait à savoir si les intéressés seraient disposés à mettre en œuvre un design réalisé par une agence tierce et quel serait l'impact financier d'une telle approche sur les prix proposés.

Aux termes de l'évaluation, les offres ont obtenu les notes suivantes (valeurs arrondies aux nombres entiers) :

ID	W_____ SA	C_____ SA	Y_____ SA	D_____ GmbH	E_____ AG
CA-F	960	830	980	1040	963
CA-D	903	513	680	571	1070
CA-B	1230	1280	1200	1130	1340
CA-A	1400	1380	1380	1100	1300
CA-U	850	810	690	510	1070
CA-P	2688	3000	2540	2457	0
Total	8031	7843	7470	6808	5743
Rang	1	2	3	4	5

E. Ces résultats ont été notifiés aux intéressés par courrier électronique par décision du 9 novembre 2021. X_____ y a précisé que, conformément à l'article 31 de l'ordonnance sur les marchés publics (OcMP ; RS VS 726.100), l'adjudication se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse. Il a également relevé qu'outre le prix, des critères différenciés peuvent être pris en compte en fonction de la nature du contrat, soit la qualité, les délais, la rentabilité, la capacité, l'expérience, les références, la formation, les coûts d'exploitation, le service à la clientèle, l'écologie, l'opportunité du service, la valeur technique, l'esthétique, la créativité et l'infrastructure. En conséquence et à la suite des résultats exposés ci-dessus, X_____ a décidé d'attribuer l'adjudication de l'appel « Relaunch B_____ .ch » à W_____ SA, au prix de 924'235 francs.

Dans son courriel, X_____ proposait également à Y_____ un débriefing détaillé, au cours duquel les raisons de la décision seraient exposées. Pour ce faire, il demandait à Y_____ de lui faire parvenir plusieurs créneaux possibles.

Deux jours plus tard, soit le 11 novembre 2021, X_____ a notifié aux soumissionnaires – à nouveau par courrier électronique – une nouvelle décision corrigée et complétée (faute de frappe s'agissant du total de points du soumissionnaire C_____ SA ; ajout des évaluations spécifiques de tous les critères et sous-critères d'attribution pour chaque soumissionnaire), ne modifiant toutefois pas l'adjudication du marché à W_____ SA, mais faisant courir un nouveau délai d'opposition de 10 jours.

F. Le 19 novembre 2021, Z_____ et Y_____ ont conclu céans 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 préalable, l'octroi de l'effet suspensif. À l'appui de ces conclusions, elles ont d'abord invoqué une violation des principes d'intangibilité des offres, de transparence et d'égalité de traitement. Elles ont ensuite reproché à l'adjudicateur d'avoir évalué certains sous-critères de leur offre de manière illégale. A titre de moyens de preuve, Z_____ et Y_____ ont requis qu'il leur soit donné accès, même sous une forme résumée et synthétique, à l'offre de l'adjudicataire. Elles ont également proposé qu'une audience soit appointée, au cours de laquelle X_____ pourra donner des informations plus précises et détaillées que celles contenues dans la décision attaquée. Elles ont notamment joint à leur mémoire l'offre qu'elles avaient soumise à X_____, ainsi que des questions et réponses échangés entre les soumissionnaires et l'adjudicateur.

Le 10 décembre 2021, X_____ a déposé l'extrait de l'appel d'offre du projet sur A_____.ch (cf. pièce n° 1), l'offre de l'adjudicataire (confidentielle, hors onglet) (cf. pièce n° 2), l'arborescence B_____.ch. proposée par Y_____ (confidentielle, hors onglet) (cf. pièce n° 3), ainsi qu'un courriel de Y_____ pour obtenir les documents d'appel d'offres (cf. pièce n°4). Par ailleurs, X_____ a indiqué qu'en raison du principe de l'égalité de traitement, de la non-divulgence d'informations potentiellement confidentielles et du respect de la propriété intellectuelle, elle ne divulguerait pas l'offre de l'adjudicataire, mais mentionnera, voire citera, si nécessaire des éléments de cette offre en réponse aux différents griefs du recours. Dans sa détermination, X_____ a notamment expliqué que contrairement à ce qu'a allégué Z_____ et Y_____, l'étendue des marchés était identique et que les prestations – soit les prix proposés – étaient entièrement comparables. Elle a également formellement contesté l'existence d'une violation des principes d'intangibilité des offres, de transparence et d'égalité de traitement, soutenant que son évaluation des offres n'était entachée d'aucun vice. À ce propos, elle a relevé que toutes les évaluations avaient été basées sur des motifs objectifs sérieux dans le cadre d'une procédure rigoureuse. En conséquence, l'adjudicateur a conclu au rejet du recours et de la demande d'effet suspensif.

En cette même date, W_____ s'est également déterminée en contestant en particulier un point du recours déposé et a, pour le surplus, laissé X_____ défendre sa décision d'adjudication.

Dans sa réplique du 17 janvier 2022, Z_____ et Y_____ ont requis du Tribunal de pouvoir consulter les pièces qui ne leur ont pas été remises jusqu'à présent, afin de pouvoir se déterminer à leur sujet. Pour le surplus, elles ont maintenu intégralement leurs conclusions prises à l'appui du recours du 19 novembre 2021.

L'instruction s'est close le 31 janvier 2022.

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, une première décision a été notifiée aux recourantes par courrier électronique en date du 9 novembre 2021. L'adjudicateur a cependant notifié à nouveau la décision, corrigée et complétée, le 11 novembre 2021, par un courrier électronique du même jour. Il s'ensuit que le recours, déposé le 19 novembre 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 troisième position, à 561 points de l'adjudicataire, soit 5.6 %. 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 contestent la notation des sous-critères D1, D2, D3, D4 et U6, ayant des répercussions

pour la notation du critère du prix (P1), 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.

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). A cela s'ajoute qu'en matière de marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation, en particulier dans la phase de l'évaluation et de la comparaison des offres, si bien que l'appréciation du Tribunal ne saurait se substituer d'emblée à celle du pouvoir adjudicateur, seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation devant être sanctionné (cf. ATF 143 II 120 consid. 7.2 et 141 II 353 consid. 3, cités p. ex *in* : arrêt du Tribunal fédéral 2D_9/2019 du 22 juillet 2019 consid. 3.3 ; Etienne POLTIER, Droit des marchés publics, Berne, 2020, n. 420, p. 268). En revanche, l'autorité judiciaire n'a pas à faire preuve de la même retenue lors du contrôle des règles de procédure en matière de marchés publics (ATF 141 II 353 consid. 3 et les réf. cit.).

1.4 Les recourantes ont requis l'offre déposée par l'adjudicataire, même si celle-ci devait être fournie uniquement sous une forme résumée et synthétique, et ont également suggéré qu'une audience soit appointée, au cours de laquelle le pouvoir adjudicateur pourrait donner des informations plus précises et détaillées que celles contenues dans la décision attaquée

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).

En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur s'est opposé à la consultation, par les recourantes, de l'offre de W_____ SA, au motif que celle-ci était protégée par les principes de l'égalité de traitement, de la non-divulgence d'informations potentiellement confidentielles et du respect de la propriété intellectuelle. Le 17 janvier 2022, les recourantes ont maintenu leur réquisition visant la production des pièces qui ne leur ont pas été remises lors de la consultation du dossier. 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.

De plus, le pouvoir adjudicateur a déposé en cause les pièces essentielles du dossier d'adjudication, à savoir l'extrait de l'appel d'offre du projet sur A_____ch (cf. pièce n° 1), l'offre de l'adjudicataire (confidentielle, hors onglet) (cf. pièce n° 2), l'arborescence

B_____ch proposée par les recourantes (confidentielle, hors onglet) (cf. pièce n° 3), ainsi qu'un courriel de ces dernières pour obtenir les documents d'appel d'offres (cf. pièce n°4). Il est à souligner que X_____ a toutefois révélé certains éléments de l'offre de l'adjudicataire en réponse aux différents griefs du recours, quand bien même elle n'en avait pas l'obligation.

S'agissant de l'audience, cette offre est rejetée par appréciation anticipée de son utilité (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA ; ATF 145 I 167 consid. 4.1). En effet, les recourantes, l'adjudicataire et l'adjudicateur ont tous pu faire valoir leurs points de vue respectifs dans la présente procédure. La Cour estime que les pièces au dossier permettent de trancher le litige à la lumière des faits pertinents, si bien qu'il n'y a pas lieu d'administrer le moyen de preuve proposé. En outre, il est à relever que le pouvoir adjudicateur avait d'ores et déjà proposé aux recourantes, par courriel du 9 novembre 2021, qu'un débriefing détaillé soit organisé afin qu'il puisse leur expliquer les raisons de l'attribution du marché. Or, en ne donnant pas suite à cette proposition, les recourantes ont ainsi perdu le droit de réclamer des informations détaillées. Elles ne peuvent donc plus aujourd'hui se plaindre de pas comprendre l'évaluation de l'offre de l'adjudicataire.

2. Les recourantes invoquent, tout d'abord, une violation du principe de la transparence et d'égalité de traitement. Elles relèvent que l'adjudicateur a également violé la principe d'intangibilité, en modifiant les offres afin de les rendre comparables, ce qui aurait engendré une notation du critère du prix faussée.

2.1.1 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 permet également de contrôler l'impartialité de la procédure d'adjudication, les candidats étant en mesure de s'assurer que les règles posées initialement ont été effectivement respectées depuis le lancement du marché jusqu'à son adjudication (Etienne POLTIER, *op. cit.*, n° 264).

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). Dans le cadre de l'évaluation du critère du prix, le principe de transparence est un élément essentiel permettant de garantir aux soumissionnaires que leurs offres ont été appréciées de manière équitable.

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, tel 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, n^{os} 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 OcMP.

2.1.2 En matière de marché public prévaut également le principe de l'intangibilité de l'offre à l'échéance du délai (« *Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote* », Peter GALLI et al., *op. cit.*, n. 710, p. 312 ; RVJ 2019 p. 49 consid. 4.2), qui est rappelé à l'article 14 al. 1 OcMP. Cela signifie qu'une offre ne doit en principe s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2D_33/2019 du 25 mars 2020 consid. 3.1 et 2C_667/2018 du 7 mai 2019 consid. 4.1).

Le principe d'intangibilité suppose également que le moment décisif pour la procédure de soumission est celui de la décision d'adjudication. Avant celle-ci, les critères d'adjudication doivent être définitivement fixés. Les modifications ultérieures des offres par l'autorité adjudicatrice ou le soumissionnaire ne sont en principe pas autorisées en raison du principe d'égalité de traitement (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3. Aufl., 2013, p. 201). En revanche, les erreurs évidentes de calcul et d'écritures peuvent être corrigées (art. 19 al. 1 OcMP). Le droit valaisan impose qu'à la suite de ces corrections, un tableau comparatif objectif des offres contrôlées soit établi (art. 19 al. 3 OcMP).

Pour déterminer si un soumissionnaire donné est approprié, il ne faut en principe pas tenir compte de faits (positifs pour ce dernier) qui se sont produits après l'expiration du délai de présentation des offres, car cela aurait pour conséquence une discrimination des co-offrants (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, p. 302 ; ATF 143 I 177 consid. 2.5.1). En revanche, si l'on se basait sur la manière dont les faits se présentent au moment de la décision sur un éventuel recours contre la décision d'adjudication, ce système serait contourné : un soumissionnaire faisant recours pourrait modifier et compléter son offre

après l'expiration du délai de présentation, en connaissant tous les détails de toutes les offres ouvertes par la décision d'adjudication, jusqu'à la décision sur son recours. Une telle organisation de la procédure annulerait les principes de la procédure de soumission et n'est pas appropriée.

2.1.3 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 les ont guidés et sur lesquels ils ont fondé leur 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).

2.2.1 En l'espèce, selon les recourantes, le pouvoir que s'est réservé l'adjudicateur dans son cahier des charges (cf. ch. 9.4 CC : « les offres reçues seront examinées. L'organisme adjudicateur rectifiera les erreurs ou méprises évidentes, telles que des erreurs de calcul, des fautes de frappe ou des omissions. Dans le cas où une offre ne serait pas comparable aux autres offres en raison de différences sensibles en matière d'estimation des quantités, d'étendue des prestations ou d'exigences du système, l'organisme adjudicateur se réserve le droit de corriger l'offre divergente afin d'établir la comparabilité ») viole les principes d'intangibilité des offres, de transparence et d'égalité de traitement et repose sur une évaluation arbitraire de certains sous-critères, relativement à leur offre.

Dans sa décision du 11 novembre 2021, X_____ a annexé le tableau comparatif d'évaluation des notes. Celui-ci permettait, d'une part, aux recourantes 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. Les recourantes ne font d'ailleurs pas valoir qu'elles auraient été entravées dans leur droit de recours.

Quoi qu'il en soit, la Cour de céans retient que, dans le cadre de la procédure de recours, les recourantes ont eu accès au dossier de la cause lequel contient notamment un tableau comparatif complet. L'autorité adjudicatrice a en outre répondu de manière circonstanciée aux griefs formulés par la recourante (cf. détermination du 10 décembre 2021), ce à quoi cette dernière a répliqué le 17 janvier 2022. Elle a ainsi eu tout le loisir de s'exprimer et d'obtenir des explications sur les motifs ayant guidé la décision du 11 novembre 2021.

2.2.2 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, les recourantes soutiennent que l'adjudicatrice aurait rendu les prestations offertes non comparables, en vertu du critère D6, en laissant le choix aux soumissionnaires entre deux options possibles, ce qui aurait eu une incidence directe sur le prix de l'offre. Par ailleurs, elles arguent que les principes de transparence et d'égalité de traitement ont été violés, car la notation de l'offre de l'adjudicateur ne peut être retracée.

La Cour de céans ne peut suivre ce raisonnement. S'agissant du sous-critère D6, ce dernier a fait l'objet d'un questionnement durant la procédure d'adjudication, auquel X_____ a répondu. En effet, à la question « Est-ce que la partie front du shop doit être redéveloppée ou intégrée comme actuellement ? », le pouvoir adjudicateur a répondu ce qui suit : « Le shop doit être visuellement parfaitement intégré à B_____.ch, soit comme actuellement (header/footer) ou de manière totalement intégrée avec un nouveau front-end » (cf. questionnaire, n°44). Ainsi, les recourantes savaient depuis le début ce qu'attendait X_____ à cet égard. En outre, les recourantes ne sauraient, à ce stade, se plaindre de ce critère tel qu'il ressort 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.

Cette argumentation s'applique également à la critique des recourantes s'agissant du sous-critère D12. En effet, celui-ci a également fait l'objet d'une question à laquelle a répondu l'adjudicateur. Il est trop tard pour contester cette réponse dans la procédure de recours, en objectant que « La réponse [était] absurde [...] La seule solution conforme

aux principes de concurrence et de transparence aurait été pour l'adjudicateur de prévoir une ligne spécifique au titre des fonctions innovantes dans la liste de prix, ce que l'adjudicateur n'a précisément pas voulu faire, sans motifs apparents ». Si les recourantes trouvaient « absurde » la réponse de l'adjudicateur, elles auraient dû la contester immédiatement. Toutefois, en s'abstenant et en soumettant une offre allant dans le sens des consignes données par le pouvoir adjudicateur, les recourantes ont au contraire implicitement admis l'appel d'offre, lequel est devenu forclus.

Par ailleurs, les recourantes ont modifié, par le biais de leur recours, le contenu de leur offre (« Il ne reste d'autre solution que de modifier le prix de l'offre des Recourantes, en retenant, au titre du shop, le prix de la première option, soit CHF 4'140 [...] La différence entre l'offre de l'adjudicataire et celles des Recourantes n'est plus que de 165 points » (cf. allégué 29). En réalité, pareille modification contreviendrait aux griefs que les recourantes ont elles-mêmes relevés dans leur recours, soit aux principes de l'intangibilité des offres et à l'égalité de traitement et serait, partant, illégale (cf. art. 14 al. 1 OcMP ; RVJ 2017 p. 24 ss consid. 2.3.3 et les réf. cit. ; ACDP A1 21 107 précité consid. 3.2).

Enfin, les recourantes semblent méconnaître, lorsqu'elles allèguent qu'étant donné que leur offre est la moins chère, elles devraient recevoir le maximum de 3000 points (cf. allégué 33), 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).

2.2.3 En définitive, les recourantes ne démontrent pas à satisfaction de droit l'existence d'une violation des principes de la transparence, d'égalité de traitement et d'intangibilité de l'offre. 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 des recourantes de remporter l'adjudication sous l'angle des griefs soulevés précités sont discutables. Au demeurant, les recourantes n'allèguent pas que, si elles avaient eu connaissance plus précisément de la manière dont les offres allaient être appréciées, elles auraient été en mesure de mieux répondre aux critères d'adjudication. Au contraire, elles affirment que leur offre, en la modifiant au stade du recours et en réévaluant elles-mêmes leurs critères, 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, ce premier grief tombe à faux.

3. Dans un second grief, les recourantes estiment que le pouvoir adjudicateur a fait preuve d'arbitraire dans l'évaluation de l'offre, violant de ce fait les principes de l'interdiction de l'abus et l'excès du pouvoir d'appréciation qui lui est réservé.

3.1 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).

3.2 En l'occurrence, qu'il s'agisse des critiques concernant les sous-critères D1 et D2 en lien avec la proposition de design, du sous-critère D3 en lien avec la personnalisation de la proposition de design et de conception UI/UX, du sous-critère D4 s'agissant du concept de navigation et d'accès ou encore du sous-critère U6, relatif à la taille de l'entreprise, les suppléances, les rôles, les profils, les recourantes relèvent qu'en l'absence de toute explication du pouvoir adjudicateur quant à « la grossière sous-notation » de leur offre, la notation de cette dernière devrait être augmentée d'un total de 580 points, laquelle atteindrait ainsi une notation finale de 8511 points, classant ainsi leur offre au premier rang.

Dans sa détermination, X_____ a justement rappelé l'article 34 alinéa 3 OcMP, qui exige que « 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 ». Il n'est en effet pas question d'une explication de la notation. À ce sujet, comme l'a également précisé le pouvoir adjudicateur, ce dernier avait proposé aux recourantes un débriefing détaillé pour leur expliquer les raisons de l'attribution du marché. Or, les recourantes n'y ont pas donné suite, ni n'ont demandé d'explications quant à la notation. Par ailleurs, dans sa détermination, X_____ explique de manière détaillée et objective les raisons qui ont motivé son choix d'attribuer aux recourantes telle ou telle note comparativement à l'adjudicataire. Au vu de la grande liberté d'appréciation du pouvoir adjudicateur, notamment dans la phase de l'évaluation et de la comparaison des offres, ainsi que de ses explications détaillées dans sa détermination, lesquelles auraient d'ailleurs pu être transmises si les recourantes avaient accepté la proposition d'un débriefing détaillé, l'argumentation des recourantes selon laquelle X_____ a fait preuve d'arbitraire dans la notation des sous-critères D1, D2, D3, D4 et U6 tombe à faux.

Certes, les recourantes ont relevé à juste titre que la notation du sous-critère D3 n'était pas traçable et ne correspondait pas à l'échelle des notes contenue dans le CC au ch. 9.4. En effet, sur un total maximal de 150 points, les recourantes ont obtenu 60 points, ce qui ne correspond ni à la note de 1 (20% du total des points), ni à la note de 3 (60% du total des points), ni évidemment à la note de 5 (100% des points). Les points qu'ont obtenu les recourantes correspondent à un total de 40% des points, pourcentage qui ne figure pas dans le cahier des charges. Toutefois, même dans le cas où la note des recourantes serait revue à la hausse pour correspondre à une attribution de points correcte et adéquate en vertu du CC, soit à la note de 3, le nombre total de points obtenus serait augmenté de 30, ce qui n'aurait dans tous les cas exercé aucune incidence sur le résultat final de la procédure d'adjudication.

4.1 Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).

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

4.3 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 5'000 fr., débours compris (art. 11 LTar).

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

4.4 W_____ 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, devenue sans objet, est classée.
3. Les frais, par 5000 fr., sont mis solidairement à la charge de Z_____ et Y_____.
4. Il n'est pas alloué de dépens.
5. Le présent arrêt est communiqué à Maître Christophe Wilhelm, avocat à Lausanne, pour Z_____ et Y_____, à X_____ et à W_____.

Sion, le 19 avril 2022