

A1 22 189

ARRÊT DU 15 MAI 2023

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

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

en la cause

X _____, de siège social à A _____, recourante

contre

COMMUNE DE Y _____, B _____, autorité attaquée, représentée par Maître Léonard Bruchez, avocat, à Sion, et **Z** _____, de siège social à C _____, tiers concerné

(Marché public ; appel d'offres)

recours de droit administratif contre l'appel d'offres du 11 novembre 2020

Faits

A. Par avis inséré le xxx au Bulletin officiel (B. O.) n° xxx (p. xxx-xxx) ainsi que sur le site www.simap.ch, la commune de Y _____ (ci-après : la commune), par son Service de l'aménagement du territoire, a lancé un appel d'offres en procédure ouverte concernant un mandat de groupement pluridisciplinaire d'architecture et d'ingénieur génie civil lié à la réalisation du centre sportif de D _____. Relativement à l'objet et l'étendue du marché, il s'agissait de « fournir les prestations d'un groupement pluridisciplinaire de mandataires pour la réalisation de la rénovation. L'adjudication présente concerne le groupement architecte et ingénieur génie civil. Les spécialistes suivants sont dans le groupement : architecte, direction des travaux, ingénieur génie civil » (ch. 2.6). Cette publication précisait également qu'au vu de la particularité du marché, la visite du site était obligatoire car des informations ne pouvaient être fournies autrement que par cette démarche. Le fait qu'un soumissionnaire dépose une offre sans avoir participé à la visite obligatoire entraînait l'exclusion de son offre (ch. 4.3). Z _____ était chargé de l'organisation de la procédure.

Le cahier des charges (CC) de l'appel d'offres détaillait les conditions de ce mandat et prévoyait la clause suivante comme condition d'aptitude (ch. 2 CC) :

« Le soumissionnaire doit participer à la procédure en tant que pool pluridisciplinaire de mandataires ou d'entreprises. Les compétences qui doivent être remplies sont :

- Pilote/ Architecte
Être titulaire d'un diplôme d'architecte (EPF/HES/ETS) ou un diplôme étranger jugé équivalent
Être inscrit au Registre des architectes, ingénieurs A ou B du REG (Fondations suisse des registres des professionnels d'ingénierie, de l'architecture et de l'environnement[.]).
- Ingénieur civil :
Être titulaire d'un diplôme ingénieur civil/ (EPF/HES/ETS) ou un diplôme étranger jugé équivalent
Être inscrit au Registre des architectes, ingénieurs A ou B du REG (Fondations suisse des registres de des professionnels d'ingénierie, de l'architecture et de l'environnement[.]). »

Il y était également indiqué que, outre les motifs de non-recevabilité de son offre, un soumissionnaire serait exclu de la procédure (ch. 3.6 CC) :

- « S'il trompe ou cherche à tromper intentionnellement l'adjudicateur en déposant des documents faux ou erronés, en fournissant des informations caduques ou mensongères, en proposant des preuves falsifiées ou non certifiées officiellement et s'il a modifié les bases d'un document remis via un support électronique (clé USB, CD-ROM, site internet, etc.) ou sous forme papier ;
- S'il ne respecte pas les conditions de participation du présent document ;
- S'il n'a pas remis avec son offre les annexes nécessaires à l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication annoncés ;

- S'il ne dépose pas, dans le délai fixé au chapitre 1.4, une offre complète, signée et datée, à l'adresse fixée.
- Si les critères d'aptitudes ne sont pas respectés § 4.8.
- S'il ne démontre pas une capacité suffisante pour prendre en charge le mandat de groupement pluridisciplinaire architecture et ingénieur génie civil par la référence d'un marché qu'il a assumé, dans les dix ans ou qui est en cours, en nom propre et sans recourir à des sous-traitants, dans le cadre de la réalisation d'un centre aquatique et spa-wellness (annexe Q6 à déposer).
Pour le surplus, d'autres motifs d'exclusion figurant dans la législation cantonale peuvent être invoqués par l'adjudicateur. »

Par ailleurs, le chiffre 4.3 du dossier d'appel d'offres reprenait le contenu du chiffre 4.3 de la publication au B.O quant à la visite obligatoire du site.

Quant aux critères d'adjudication, le cahier de soumission les fixait de la manière suivante (ch. 4.7 CC) :

CRITERES & SOUS-CRITERES	Pondération
1. Prix	25 %
1.1 Prix (R1)	15 %
1.2 Temps consacré (R5)	5 %
1.3 Prix moyen	5 %
2. Qualité technique	20 %
2.1 Compréhension du cahier des charges (R14)*	15 %
2.2 Planning intentionnel du mandataire	5 %
3. Organisation du groupe	30 %
3.1 Répartition des tâches et responsabilité (R8)	10 %
3.2 Qualification des personnes-clés du projet (R9)*	10 %
3.3 Organisation interne du soumissionnaire (Q2)	5 %
3.4 BIM	5 %
4. Références	25 %
4.1 Références (Q6)*	25 %
Total	100 %

Il indiquait en outre l'échelle de notes ainsi que les méthodes de notation du prix (méthode linéaire T200) et du temps consacré (méthode T4) pour l'exécution du marché (ch. 4.9 à 4.11). A ce propos, l'adjudicateur a décidé de noter les critères d'aptitude et les critères d'adjudication en rendant certains critères éliminatoires lorsqu'ils n'atteignaient pas une note minimale donnée (critères 2.1, 3.2 et 4.1, note minimale 3) et d'additionner les points ainsi obtenus (ch. 4.8 CC).

Concernant les références, l'annexe Q6 imposait aux soumissionnaires de fournir au maximum 3 références (par bureau) qui répondent aux exigences suivantes :

- « - Démontrer la capacité, les compétences et l'expérience nécessaires pour le marché à exécuter ;
- Correspondre aux prestations de la norme SIA 112 telles que demandées dans cet appel d'offres ;
- Etre achevées depuis moins de 10 ans ou en cours d'exécution ;
- Parmi une réalisation de projet piscine de taille similaire, y compris direction de travaux ;
- Parmi une (*sic*) projet Minergie de taille similaire. »

B. Le 21 novembre 2022, X _____ (ci-après : X _____) a déposé c'éans un recours contre cet appel d'offres, en concluant, sous suite de frais et d'épens, à l'annulation de celui-ci et au renvoi de l'affaire à la commune pour reprise *ab initio* de la procédure d'adjudication. Elle a sollicité, au préalable, l'octroi de l'effet suspensif. A l'appui de ces conclusions, elle a soutenu que le pouvoir adjudicateur n'avait pas donné un poids adéquat au critère du prix. En effet, la pondération attribuée au sous-critère 1.1 n'était que de 15 %. Or, il s'agissait du seul sous-critère qui évaluait le prix de l'offre en lui-même, les deux autres qui l'accompagnaient se rapportant uniquement au temps consacré et au prix moyen pour 5 % chacun. Une telle pondération était inférieure au seuil minimum de 20 % fixé par la jurisprudence pour assurer une attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. A titre de moyens de preuve, elle a requis de la Cour de céans l'édition des dossiers de recours A1 21 151 et A1 21 153 ainsi que le dépôt par la commune de « l'entier du dossier d'adjudication ».

Le 16 décembre 2022, le recours a été mis au bénéfice de l'effet suspensif décidé à titre superprovisionnel.

Le pouvoir adjudicateur s'est déterminé, le 10 février 2023, concluant au rejet de la requête d'effet suspensif, à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, à son rejet. Il a d'abord estimé que la motivation de X _____ visant à établir sa qualité pour recourir était nettement insuffisante. Or, un soumissionnaire potentiel ne pouvait recourir contre l'appel d'offres que s'il remplissait les critères d'aptitude relatifs au marché, ce qu'il lui appartenait donc de prouver. Il a ensuite soutenu que X _____ ne remplissait pas ces critères. En effet, il ressortait de l'offre qu'elle avait déposée le 22 février 2022, en groupement avec E _____ et F _____, plusieurs manquements. Ainsi, elle n'avait pas dûment rempli le formulaire Q6 requis, ni démontré sa capacité suffisante à prendre en charge le mandat de groupement pluridisciplinaire architecture et ingénieur génie civil par la fourniture d'une référence à un marché assumé en son nom propre, dans les 10 ans ou en cours, relatif à la réalisation d'un centre aquatique et spa-wellness. A cela s'ajoutait qu'aucune des personnes-clés désignées dans l'annexe R9 n'était inscrite au Registres suisses des professionnels de l'ingénierie, de l'architecture et de l'environnement (REG), comme les

conditions d'aptitude du marché l'exigeaient pourtant. Le pouvoir adjudicateur a exposé que cette situation avait conduit à l'exclusion du groupement formé par X _____, E _____ et F _____ de la procédure d'adjudication litigieuse, par décision du 8 février 2023 – objet d'un recours actuellement pendans sous la référence A1 23 30. Pour cette raison également, faute de pouvoir prétendre au marché, la qualité pour recourir de X _____ faisait défaut.

Concernant la pondération du critère du prix, la commune a soutenu que ce dernier était conforme au droit, puisque le marché public en cause avait trait à un « grand ouvrage d'infrastructure exigeant du point de vue de la construction et de la technique du bâtiment ». Il était non seulement prévu que le centre sportif abrite une piscine intérieure de grandes dimensions, un espace détente/spa, des installations destinées aux enfants, un restaurant et un fitness, mais également une piscine extérieure, un parc, des installations ludiques et une grande place d'accueil. Il était aussi nécessaire d'anticiper la prochaine étape visant à réaliser une possible patinoire dans ce même complexe. Dès lors, l'architecte choisi devait être à même de chapeauter l'ensemble des spécialistes amenés à intervenir, tout en respectant une liste considérable de normes et de directives. Le projet était en outre empreint de considérations écologiques. L'ensemble de ces éléments justifiait une pondération relativement faible du critère du prix, laquelle atteignait tout de même 25 %. Conformément aux documents d'appel d'offres, le montant brut des honoraires d'architecte/ingénieur (sous-critère 1.1), le temps consacré (sous-critère 1.2) et le prix moyen (sous-critère 1.3) – ce par quoi il fallait comprendre suivant l'annexe R1 le tarif horaire –, formaient ensemble le prix des prestations, soit le même critère. Il s'agissait d'éléments indissociables pour calculer ce dernier, suivant les normes SIA 102, 103 et 108 (édition 2020), lorsqu'il était prévu, comme dans le cas présent, d'appliquer la méthode du temps employé effectif pour la fixation du prix des prestations.

Répliquant le 23 février 2023, X _____ a complété ses griefs. Elle s'est plainte du fait que les exigences concernant les références en lien avec un centre aquatique et spa-wellness et une piscine de taille similaire, ainsi que celle imposant l'inscription au REG, étaient largement de nature à contrevenir aux principes, pourtant essentiels, d'égalité de traitement et d'interdiction de la discrimination. Il en allait de même de la participation obligatoire à une visite du lieu de réalisation du marché. En outre, en posant de telles exigences, le pouvoir adjudicateur ne laissait aucune possibilité aux soumissionnaires de démontrer, par d'autres objets comparables en termes de complexité et d'importance, leurs aptitudes, leurs compétences et l'expérience

nécessaire pour piloter et coordonner le marché à attribuer. Dans un dernier moyen, X _____ a soutenu que le pouvoir adjudicateur n'avait pas respecté le principe de concurrence saine et efficace. Elle a, pour le surplus, maintenu ses conclusions.

Le 30 mars 2023, le pouvoir adjudicateur a déposé son dossier complet. Il a estimé que les nouvelles critiques de X _____ sur l'appel d'offres étaient tardives puisqu'elles n'avaient pas été formulées dans le délai de recours de 10 jours. Dans l'hypothèse où elles ne seraient pas déclarées irrecevables, il a soutenu qu'elles ne permettraient de toute manière pas de retenir une violation des principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de concurrence efficace.

Invitée à se déterminer sur le recours du 21 novembre 2022, Z _____ ne s'est pas manifestée.

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 c'éans 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 21 novembre 2022 contre l'appel d'offres publié le 11 novembre précédent, le recours intervient dans le délai légal (art. 16 al. 2 LcAIMP).

1.2 La décision attaquée délimite le cadre matériel admissible du litige (ATF 144 II 359 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_192/2022 du 26 janvier 2023 consid. 2.1 ; Benoît Bovay, Procédure administrative, 2^e éd., Berne 2015, p. 554). En l'espèce, ce dernier se limite à l'appel d'offres du 11 novembre 2022, objet du recours du 21 novembre 2022. La décision d'exclusion du 8 février 2023 mentionnée par le pouvoir adjudicateur fait l'objet d'une autre procédure (A1 23 30), de sorte que le bien-fondé de cette décision ne sera pas examiné c'éans. Par conséquent, les griefs et arguments soulevés par les parties ne seront analysés qu'en tant qu'ils se rapportent à l'appel d'offres attaqué, et non à l'offre déposée, par la suite, par la recourante.

1.3.1 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, 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 (ACDP A1 21 257 du 18 mars 2022 consid. 1.2). Ainsi, lorsque le recours est dirigé contre une telle décision, les chances de voir son offre retenue ne jouent aucun rôle dans l'examen de la qualité pour recourir d'une partie. Il suffit, dans de tels cas, que le recourant soit un soumissionnaire potentiel pour le marché en cause et qu'il ait conclu respectivement à la mise en œuvre d'une nouvelle procédure ou à la constatation de l'illicéité de l'appel d'offres entrepris (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_563/2016 du 30 décembre 2016 consid. 1.3.2). Cela suppose que le recourant soit en mesure d'exécuter le marché, ce qui implique que l'objet de celui-ci rentre dans son domaine d'activités (Daniel Guignard, *La qualité pour recourir in* Jean-Baptiste Zufferey et al. [éd.], *Marchés publics 2020*, Zurich/Bâle/Genève 2020, n° 13 p. 455).

En outre, dans le cadre de la contestation de l'appel d'offres, il n'est pas nécessaire d'exiger d'une entreprise qui ne pourrait satisfaire aux exigences que dans le cadre d'une communauté de soumissionnaires qu'elle se soit déjà associée à une telle communauté ou qu'elle indique concrètement les partenaires désignés. La simple possibilité d'un regroupement avec d'autres entreprises est suffisante à cet égard (arrêt du Tribunal cantonal administratif du Tessin 52.2021.170 du 16 juillet 2021 résumé *in* *Vergaberechtliche Entscheide 2020/2021*, Zurich 2022, n° 437). Selon Martin Beyeler, celui qui conteste un appel d'offres ou une adjudication de gré à gré et qui n'est pas en mesure de proposer tout ce qui est mis en adjudication doit donc seulement (mais tout de même) affirmer qu'il pourrait s'associer à d'autres pour former un consortium et proposer ainsi l'ensemble des prestations demandées (le cas échéant : mises en adjudication de manière légale). Il n'est pas nécessaire de prouver qu'il a déjà élaboré une offre correspondante ou même qu'il a déjà trouvé les partenaires de consortium nécessaires, mais il suffit de rendre vraisemblable que l'on pourrait trouver de tels partenaires (Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts - Probleme und*

Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vertragsrecht, Zurich/Bâle 2012, n° 1581 p. 833 et 834).

1.3.2 En l'espèce, la recourante est une entreprise spécialisée dans le domaine du marché à adjuger, de sorte qu'elle apparaît comme un soumissionnaire potentiel sous cet angle. A ce titre, elle est particulièrement touchée par les prescriptions fixées dans l'appel d'offres et dispose d'un intérêt digne de protection à en requérir un contrôle juridictionnel. L'argumentaire du pouvoir adjudicateur pour s'opposer à sa qualité pour recourir se fonde principalement sur l'offre déposée par cette dernière à l'échéance du délai de dépôt des offres. Or, dans le cadre d'un recours contre un appel d'offres, il importe peu de savoir si l'offre ainsi déposée remplit les conditions posées dans les documents d'appel d'offres et a une chance d'être retenue, puisqu'en cas d'admission du recours, ces conditions seront adaptées et une nouvelle procédure devra être engagée *ab initio*. La recourante a d'ailleurs pris des conclusions en ce sens.

L'on pourrait cependant se poser la question de la légitimation de la recourante dans la mesure où l'appel d'offres s'adresse en principe à un « groupement pluridisciplinaire de mandataires » architectes et ingénieurs en génie civil, alors que la recourante est seule et n'a pas allégué qu'elle pourrait s'associer à d'autres pour former un consortium et proposer l'ensemble des prestations demandées. Elle n'a pas non plus contesté ce fait que l'appel d'offres litigieux vise de tels groupements. Toutefois, il ne peut pas être reproché à la recourante de ne pas s'être déjà associée au moment du dépôt du recours contre l'appel d'offres et il ressort des pièces au dossier qu'elle l'a fait ensuite pour présenter son offre. Au surplus, n'étant pas assistée d'un mandataire, l'on ne saurait faire preuve à son égard d'une rigueur excessive dans la manière de rendre vraisemblable la formation future d'un consortium. Partant, la qualité pour recourir contre ledit appel d'offres doit lui être reconnue (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. a LPJA, en relation avec les art. 15 et 16 LcAIMP).

1.4 Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que la recourante a motivés dans les formes prescrites par la loi (art. 80 al. 1 let. c et 48 al. 1 LPJA) et ne statue que sur la légalité de la décision attaquée, non sur son opportunité (art. 16 al. 2 AIMP et 16 LcAIMP ; RVJ 2017 p. 30 consid. 4).

2.1 Faisant usage d'un droit que la loi lui reconnaît (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA), la recourante a 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 ACDP A1 21 257 du 18 mars 2022 consid. 2.1).

2.2 La recourante sollicite d'abord de la Cour l'édition des dossiers A1 21 151 et A1 21 153. Ce moyen n'apparaît pas indispensable pour la résolution du litige. En effet, ce dernier requiert d'examiner la légalité de l'appel d'offres du 11 novembre 2022, examen pour lequel n'est pas nécessaire la consultation des pièces de ces dossiers étrangers à la précédente procédure d'adjudication. Quant aux arrêt rendus par la Cour de céans à l'issue de l'examen de ces deux dossiers, ils constituent un fait notoire puisque librement disponible et consultable sur le site officiel du Tribunal cantonal (cf. <https://jurisprudence.vs.ch>). En ce qui concerne l'édition du dossier de la présente procédure d'adjudication, ce dernier a été produit le 30 mars 2023, la demande de la recourante est donc, sur ce point, satisfaite (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA).

3.1 Sur le fond, la recourante affirme que plusieurs critères et clauses figurant dans l'appel d'offres litigieux violent les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de la concurrence saine et efficace.

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 adjudger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (let. f).

Ces exigences ont été transcrites dans l'ordonnance sur les marchés publics du 11 juin 2003 (OcMP ; RS 726.100). L'article 12 alinéa 1 OcMP 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 OcMP dit que le marché est adjudgé 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 OcMP ; RVJ 2018 p. 25 consid. 2.3.1 ; Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, n^{os} 265 à 267, p. 163 ss).

4.1 Dans un premier grief, la recourante s'en prend à la pondération du critère du prix, estimant que le pouvoir adjudicateur ne lui aurait pas donné un poids adéquat.

4.2.1 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 OcMP). Sur la question de savoir quel poids attribuer à ce critère dans l'évaluation globale des offres, la loi ne donne aucune indication précise, en particulier quant à une pondération minimale en deçà 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). De plus, la méthode de notation utilisée ne doit pas encore amenuiser un coefficient déjà relativement faible du critère « prix » (ATF 143 II 553 consid. 6.4 et les réf. cit.).

En ce qui concerne la notion de « marchés complexes » ou de « prestations complexes », elle n'est pas clairement définie par la jurisprudence et la doctrine. De

manière générale, un marché complexe désigne les prestations qui sont techniquement exigeantes du point de vue de leur réalisation ou de leur utilisation. Dans les marchés de services ou de constructions, les prestations complexes peuvent s'identifier aux compétences spécialisées que le prestataire doit maîtriser (Domenico Di Cicco, Le prix en droit des marchés publics - Le prix comme valeur du marché et comme critère d'examen de l'offre, Thèse Genève/Zurich 2022, n° 571 p. 156).

Quoiqu'il en soit, selon la doctrine, la règle jurisprudentielle des 20 % a une portée purement indicative, en ce sens qu'elle fixe un ordre de grandeur (*Richtwert*), en deçà duquel la pondération du prix n'est pas admise. En aucun cas, elle ne constitue une limite absolue à la pondération minimale du prix (Domenico Di Cicco, *op. cit.*, n° 586 p. 161-162). Cette approche concorde avec la récente révision menée au niveau fédéral et intercantonal du droit des marchés publics qui avait notamment pour objectif d'axer la concurrence sur la qualité plutôt que sur le prix (Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics ; FF 2017 1716 ; Message type concernant la révision de l'Accord Intercantonal sur les marchés publics [AIMP 2019] du 15 novembre 2019, p. 21 et 69 ; Domenico Di Cicco, Le prix dans le nouveau droit des marchés publics *in* Jean-Baptiste Zufferey et al. [éd.], Marchés publics 2022, Zurich/Genève 2022, n° 2 p. 334), bien qu'au niveau cantonal, le nouvel accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 2019) ne soit pas encore entré en vigueur.

4.2.2 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 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 avantageuse (ACDP A1 21 151 du 9 novembre 2021 consid. 4.4 et A1 21 153 du 9 novembre 2021 consid. 4.5).

4.3 En l'occurrence, les documents d'appel d'offres accordent une pondération globale pour le critère du prix de 25 %. Ce critère est toutefois divisé en trois sous-critères, à savoir le prix pour 15 %, le temps consacré pour 5 % et le prix moyen pour 5 %. Ainsi, selon la recourante, la pondération du critère du prix ne serait réellement que de 15 %, ce qui serait insuffisant pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Pour appuyer son grief, la recourante se base sur plusieurs jurisprudences dans lesquelles un sous-critère lié à la crédibilité du prix avait été ajouté dans le critère relatif au prix. Or, force est de constater que la présente situation n'est pas comparable. En effet, conformément aux explications données par le pouvoir adjudicateur, le prix moyen n'est ici rien d'autre que le tarif horaire appliqué par le soumissionnaire. Pris conjointement avec le temps consacré au mandat, ces éléments forment les deux composantes intrinsèques du prix global fondé sur le temps employé effectif. A cet égard, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de rappeler que le prix d'une offre est l'addition du prix détaillé de nombreux postes nécessaires à l'exécution des travaux mis en soumission et que, dans ces conditions, comparer les prix des offres ou comparer les prix des articles – inclus dans le descriptif – composant le prix de l'offre revient à considérer le même critère (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2P.146/2001 précité consid. 4.1). Dès lors, la pondération du critère du prix telle que décrites dans les documents d'appel d'offres équivaut bien à 25 %.

Par ailleurs, selon les recommandations relatives aux honoraires d'architectes et d'ingénieurs 2023 émises par la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics KBOB, le calcul des honoraires d'après le temps employé effectif est recommandé surtout lorsque – comme en l'espèce – le mandataire est appelé à fournir des prestations dont l'exécution exige un investissement temporel ne pouvant pas être estimé ou ne pouvant l'être que difficilement. Les prestations peuvent être rémunérées selon un tarif horaire moyen, selon un tarif par catégorie et, dans des cas exceptionnels, selon les salaires (ch. 1.2, p. 3). En outre, pour l'évaluation du prix nominal, la KBOB recommande de recourir à une fonction de prix linéaire pour des raisons de clarté, de simplicité et d'intelligibilité (Guide KBOB concernant l'acquisition de prestations de mandataire, Annexe 1 : Critères d'adjudication – choix et évaluation [état au 20 octobre 2020], p. 6). Elle estime également que les fonctions hyperboliques ne conviennent pas pour la notation du prix des offres portant sur des prestations de mandataire. Elles sont en effet telles qu'une petite différence de prix entraîne une importante baisse de la note et donc du nombre de points. De ce fait, l'adjudicateur ne peut retenir une offre qui, bien qu'elle soit légèrement

plus chère qu'une autre, est meilleure du point de vue qualitatif. Cette limitation est contraire à ses intérêts (*ibid.*, p. 8).

La méthode de calcul utilisée *in casu* pour évaluer les montants offerts est la méthode linéaire T200 : note obtenue = ([prix offert le plus bas x 2 - prix du candidat] / prix offert le plus bas) x 5. Cette méthode est adéquate, dans la mesure où elle retranscrit les écarts de prix entre les offres (cf. annexe T2 du Guide romand pour les marchés publics). Elle est de plus en accord avec les recommandations du KBOB.

Enfin, le pouvoir adjudicateur justifie sa décision de conférer une pondération relativement réduite au critère prix en soulignant la complexité du projet, s'agissant d'un grand ouvrage d'infrastructure exigeant du point de vue de la construction et de la technique du bâtiment. Selon le descriptif du projet figurant dans les documents d'appels d'offres, comme l'ancienne piscine et le centre de remise en forme ont été victimes d'un incendie en 2017, ils doivent être complètement reconstruits. Les parties spa, vestiaires, technique et restaurant sont en construction brute, mais doivent être revues complètement (cf. description du projet, p. 3). Ainsi, le marché à adjuger concerne non seulement la réalisation d'une piscine intérieure de grandes dimensions avec des attractions, un espace de détente ainsi que des installations destinées aux enfants, mais également un nouvel étage avec un spa, un restaurant et un centre fitness ainsi que des piscines extérieures, un parc, des installations ludiques et une grande place d'accueil (cf. description du projet, p. 1). Outre les nombreuses normes et directives à respecter, conformément au chiffre 1.7.1 du descriptif du projet, il convient de tenir compte notamment des exigences Minergie, de l'état de la construction brute, de la proximité du bâtiment omnisport et de la patinoire, de l'état des installations techniques du bâtiment (sanitaire/ électrique et chauffage) et de l'assainissement des surfaces de béton endommagées, tout en gardant en service le bassin extérieur jusqu'à la rénovation de celui-ci ainsi que le restaurant « G _____ » pendant la construction (cf. description du projet, p. 9). Il est donc essentiel que l'adjudicataire fasse preuve d'une organisation et d'une coordination accrues en matière de suivi des travaux, à plus forte raison pour des bâtiments qui devront être maintenus en exploitation.

Par conséquent, il y a lieu d'admettre qu'un niveau de complexité assez notable est en l'espèce atteint en raison des dimensions et des particularités techniques, constructives et énergétiques de l'ouvrage à réaliser ; le faible coefficient du prix se révèle donc admissible. La méthode d'évaluation utilisée ne repose pas sur une courbe de prix à forte pente, mais permet tout de même une différence marquée de notation en cas de différence substantielle de prix. Elle ne prête donc pas le flanc à la critique. Partant, le grief est rejeté.

5.1 Dans sa réplique du 23 février 2023, la recourante a émis de nouveaux griefs à l'égard des critères des références requises, de la nécessité d'inscription au REG et de la participation obligatoire à une visite du lieu de réalisation du marché. Elle soutient en substance que ces critères sont discriminatoires et dépourvus de toute justification objective. Le pouvoir adjudicateur estime que ces griefs sont irrecevables, car soulevés après l'échéance du délai de recours. Toutefois, ces griefs ont été émis en réponse directe aux critiques exposées par le pouvoir adjudicateur dans son écriture du 10 février 2023, de sorte qu'il convient de les examiner (cf. aussi art. 80 al. 1 let. d, 56 et 23 al. 2 LPJA).

5.2 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. 1.4 ; 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 candidates 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* Jean-Baptiste Zufferey et al. [éd.], *Marchés publics 2020, op. cit.*, n° 114, p. 113 s.).

5.3.1 Concernant le critère de la référence requise en lien avec la réalisation d'un projet de piscine de taille similaire, la recourante reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir fixé des exigences, en termes de spécifications techniques et de taille de l'objet, sans justification et visant simplement à défavoriser, de manière indirecte, les offreurs. Cela ne laisserait aucune possibilité aux soumissionnaires de démontrer leurs aptitudes, leurs compétences et l'expérience nécessaire pour piloter et coordonner le marché à exécuter par d'autres objets en terme de complexité et d'importance.

5.3.2 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 OcMP.

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* Jean-Baptiste Zufferey et al. [éd.], *Marchés publics 2020, op. cit.*, n° 114, p. 113 s. ; Galli *et al.*, *op. cit.*, n° 596 p. 259).

5.3.3 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. La réalisation d'une piscine de grandes dimensions avec des attractions et d'un spa-wellness présente des singularités qui justifient objectivement la demande de références semblables. Les exigences posées en l'espèce n'apparaissent pas si élevées qu'elles auraient pour conséquence d'évincer la plupart des soumissionnaires potentiels, ce que la recourante n'allègue au demeurant pas. L'adjudicateur dispose en outre d'un large pouvoir d'appréciation pour définir la manière dont les soumissionnaires peuvent démontrer une capacité suffisante pour prendre en charge le mandat de groupement pluridisciplinaire architecte et ingénieur génie civil. Par ailleurs, la référence n'a pas à être particulièrement récente, puisqu'il suffit qu'elle ait trait à une construction achevée depuis moins de 10 ans, comme cela se fait usuellement. La Cour rappelle, au surplus, que ce critère est un critère d'adjudication valant 25 % de la note globale et que les offreurs dont les références ne remplissaient pas complètement les

réquisits ne seraient sanctionnés par une exclusion que lorsqu'ils n'atteignaient pas une note minimale de 3. Cette approche permet de s'assurer un niveau d'expérience minimum suffisant pour réaliser le marché, sans y accorder un poids disproportionné dans l'évaluation des offres. 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. Partant, le grief est rejeté.

5.4.1 Relativement à la nécessité d'une inscription au REG A ou B, la recourante soutient que cette exigence est discriminatoire et que le pouvoir adjudicateur aurait dû lui ajouter la mention « ou au moins équivalente » pour laisser la possibilité au soumissionnaire de démontrer ses compétences d'une autre manière.

5.4.2 Le REG a pour objectif de tenir un répertoire des professionnels des domaines de l'ingénierie, de l'architecture et de l'environnement. A cette fin, il tient à jour un tableau des personnes exerçant l'une de ces professions reconnues, conformément aux exigences du REG ; le tableau est accessible au public. Le REG est reconnu par la Confédération comme institution encourageant la formation professionnelle. Il ne reconnaît pas à proprement parler des qualifications professionnelles étrangères mais met à disposition du public des procédures d'examen permettant d'être inscrit au registre A (niveau diplôme Master), B (niveau diplôme-bachelor professionnalisant) et C (niveau diplôme ES et EPS). L'inscription requiert une expérience professionnelle de trois ans au moins pour le REG A et le REG B, deux ans au moins pour le REG C et elle est acceptée de manière très large en Suisse comme preuve des qualifications professionnelles. Le REG certifie qu'au moment de son inscription, le requérant a apporté la preuve que ses qualifications correspondent au diplôme qu'il détient (Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation SEFRI, Exercice de la profession d'architecte en Suisse, mai 2023, p. 8).

Si certains cantons ont érigé l'inscription au REG ou à un registre cantonal au stade d'obligation pour pouvoir signer des permis de construire ou des plans, dans le canton du Valais, il est nécessaire de disposer d'une formation pour pouvoir signer les plans inhérents aux demandes de permis de construire mais il n'existe aucune procédure d'inscription dans un ordre professionnel ou un registre, ni d'autorisation de pratiquer. Le contrôle des qualifications se fait alors dans chaque cas d'espèce (*ibid.* p. 2-3).

5.4.3 En l'occurrence, il ressort des documents d'appel d'offres qu'en ce qui concerne l'exigence d'un diplôme d'architecte ou d'ingénieur civil EPF/HES/ETS, le pouvoir adjudicateur a précisément prévu la possibilité de présenter un diplôme étranger jugé

équivalent. Quant à l'inscription au REG, elle n'est, certes, pas obligatoire sur le territoire valaisan mais constitue tout de même un moyen largement reconnu d'attester le niveau de formation nécessaire. La recourante ne soutient par ailleurs pas qu'elle ne pourrait pas s'inscrire au REG malgré des compétences suffisantes pour mener le marché litigieux. Dans ces conditions, l'on ne peut pas reprocher au pouvoir adjudicateur d'avoir imposé cette exigence afin de s'assurer d'un niveau de formation et de compétences suffisant des soumissionnaires. Partant, le grief est rejeté.

5.5 Quant à la visite obligatoire du lieu de réalisation du marché, que la recourante critique, il convient de rappeler que l'autorité de recours s'impose une certaine retenue lorsqu'il s'agit de tenir compte de circonstances locales ou de trancher de pures questions d'appréciation (ATF 121 I 279 consid. 3d ; ACDP A1 12 145 du 12 octobre 2012 consid. 2.a). Or, en l'occurrence, le pouvoir adjudicateur a jugé que cette visite était absolument nécessaire et la recourante n'a pas indiqué ne pas pouvoir se rendre sur place ni véritablement chercher à établir qu'un tel déplacement n'avait aucune justification au regard du marché à adjuger. Au contraire, compte tenu de l'incendie ayant eu lieu sur le chantier en 2017 et des implications de cet événement sur la préparation de travaux de construction du bâtiment, soit sur le marché mis en soumission, une visite semble tout à fait indiquée. Dans ces conditions, ce grief ne peut qu'être rejeté.

5.6 Dès lors, compte tenu de la marge d'appréciation qui doit être reconnue à l'autorité intimée pour configurer le marché, les critères d'aptitude posés en lien avec les références, la nécessité d'une inscription au REG, tout comme la participation obligatoire à une visite du lieu de réalisation du marché, n'apparaissent pas critiquables.

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

6.2 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 la recourante (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).

6.3 Vu l'issue du litige, la recourante n'a 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. La demande d'effet suspensif est classée.
3. Les frais, par 3000 fr., sont mis à la charge de X _____.
4. Il n'est pas alloué de dépens.
5. Le présent arrêt est communiqué à X _____, à A _____, à Z _____, à C _____, et à Maître Léonard Bruchez, avocat à Sion, pour la Commune de Y _____.

Sion, le 15 mai 2023