

A1 17 118

**ARRÊT DU 8 FÉVRIER 2018**

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

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

**en la cause**

**X** \_\_\_\_\_, recourant, représenté par **M** \_\_\_\_\_, avocat,

**contre**

**CONSEIL COMMUNAL DE A** \_\_\_\_\_, autorité attaquée, représentée par **N** \_\_\_\_\_, avocat, et **Y** \_\_\_\_\_ **SA**, tiers concerné, représentée par **O** \_\_\_\_\_, avocat,

(marché public)

recours de droit administratif contre la décision du 8 juin 2017

## Faits

**A.** Le xxx 2016, la commune de A \_\_\_\_\_ a publié au Bulletin officiel (B. O.) n° xxx (p. xxx s. et xxx s.) et sur le site simap.ch un appel d'offres en procédure ouverte pour des travaux de construction d'un centre scolaire avec salle de sport, UAPE-crèche et abri PC-parking à B \_\_\_\_\_ (CFC 211 - travaux de maçonnerie). Cette publication comportait un chiffre 1.4 formulé de la manière suivante :

**1.4 Délai de clôture pour le dépôt des offres**

**Date :** 08.12.2016

**Heure :** 12 :00

**Délais spécifiques et exigences formelles :** L'offre doit parvenir par poste au plus tard le : jeudi 8 décembre 2016 à 12h00

Le timbre postal ne fait pas foi

Ce délai pour la remise des offres était formulé de la même manière dans les documents d'appel d'offres, sous le chiffre 3.1 (p. 7).

Pour l'attribution de ce marché, la commune adjudicatrice s'est adjoint les services d'un bureau spécialisé d'appui au maître de l'ouvrage (ci-après : BAMO).

**B.** Le 8 décembre 2016 était un jour férié en Valais (Immaculée Conception), où ni la poste ni l'administration communale n'étaient ouvertes. Les courriers n'ont pas été distribués ce jour-là.

**C.** Le 12 décembre 2016, huit offres ont été ouvertes pour le CFC 211. Parmi celles-ci, figurait celle de X \_\_\_\_\_, composé des deux entreprises C \_\_\_\_\_ SA et D \_\_\_\_\_ SA (ci-après : X \_\_\_\_\_), avec un prix de 3 661 033.95 fr., et celle de Y \_\_\_\_\_ SA qui, avec 2 671 034.95 fr., était la moins chère. Selon le procès-verbal d'ouverture des offres, sept d'entre elles avaient été déposées le 7 décembre 2016, tandis qu'une seule, celle de Y \_\_\_\_\_ SA, avait été déposée le 9 décembre suivant (cachet de poste, cachet de dépôt ou attestation de dépôt).

Dans le cadre du CFC 211 et d'autres marchés liés au projet d'école de B \_\_\_\_\_, la commune a mandaté un avocat qui a établi à son attention un avis de droit, le 20 décembre 2016, quant à la question de savoir s'il fallait exclure les offres reçues après l'échéance fixée dans la publication et les documents d'appel d'offres. Cet avis indiquait notamment que les deux solutions (exclusion ou protection des offres reçues hors délai) étaient défendables, tout en précisant que l'exclusion paraissait être une

sanction sévère au vu des circonstances particulières du cas (régime de la réception des offres, délai échéant un jour férié, interdiction du formalisme excessif, protection de la bonne foi). Sur cette base, la commune de A \_\_\_\_\_ a décidé, le 10 février 2017, d'admettre les offres réceptionnées le 9 décembre 2016, dont celle de Y \_\_\_\_\_ SA, qui avait été postée dans le délai fixé dans la publication et les documents d'appel d'offres ; elle a communiqué cette décision à tous les soumissionnaires, indiquant que celle-ci était susceptible de recours dans les 10 jours dès sa notification.

Le 21 mars 2017, le BAMO s'est adressé par courriel à Y \_\_\_\_\_ SA, lui signalant que le prix figurant dans son offre pour la fourniture et la pose d'acier d'armature à la tonne, à 1.14 fr., procédait manifestement d'une erreur (prix indiqué au kilo au lieu du prix à la tonne) et lui demandant de se prononcer à ce sujet. Le lendemain, Y \_\_\_\_\_ SA a confirmé qu'il s'agissait d'une erreur, le prix à la tonne correspondant à 1 140 fr., et a proposé d'adapter la position, ainsi que le prix final de l'offre qui passait à 3 126 893.33 fr.

Le BAMO et le pouvoir adjudicateur ont procédé à l'évaluation des offres, sur la base des critères annoncés dans les documents d'appel d'offres. Dans une décision communiquée à tous les soumissionnaires le 8 juin 2017, le conseil communal a adjugé le CFC 211 à Y \_\_\_\_\_ SA, qui arrivait en tête de ladite évaluation, devant X \_\_\_\_\_ . La grille d'évaluation des offres était jointe à cet envoi.

**C.** Le 19 juin 2017, X \_\_\_\_\_ a contesté céans cette décision, sollicitant au préalable l'octroi de l'effet suspensif à son recours. Il a requis des dépens et a conclu, principalement, à l'annulation de la décision d'adjudication et à l'attribution du marché à lui-même, subsidiairement au renvoi de l'affaire à l'autorité communale pour nouvelle décision.

A l'appui de ces conclusions qu'il a prises en demandant l'interrogatoire des parties et l'édition de l'entier du dossier d'adjudication, le recourant a soutenu que l'offre de l'adjudicataire aurait dû être exclue, non seulement parce qu'elle avait été déposée en dehors du délai fixé dans la publication et les documents d'appel d'offres, mais aussi parce que le prix offert était anormalement bas. Il a invoqué, en outre, une violation du principe de l'intangibilité des offres, puisque celle de Y \_\_\_\_\_ SA avait été modifiée en cours de procédure quant à son prix. Enfin, X \_\_\_\_\_ a relevé qu'il avait obtenu de meilleures notes que l'adjudicataire dans tous les critères d'adjudication, à l'exception du prix. Selon lui, le seul critère du prix était insuffisant pour justifier l'attribution du marché à Y \_\_\_\_\_ SA.

Dite société a proposé de rejeter ce recours et a requis des dépens, le 15 août 2017. Elle a indiqué, en particulier, que son offre avait été remise à un office de poste dans le délai fixé dans la publication et les documents d'appel d'offres, soit le 7 décembre 2016, produisant à cet égard notamment une quittance de la Poste suisse. Elle a estimé que la fixation du terme de ce délai un jour férié cantonal relevait manifestement d'une inadvertance de l'autorité adjudicatrice. Y \_\_\_\_\_ SA s'est aussi expliquée quant à la correction du montant de son offre, à la suite d'une erreur manifeste, ce qui ne constituait ni une négociation prohibée ni une adaptation illégale de ladite offre (cf. *supra* let. B).

Le 21 août 2017, le conseil communal de A \_\_\_\_\_ a déposé deux dossiers d'adjudication, a sollicité l'octroi de dépens et a proposé, principalement, de déclarer le recours irrecevable et, subsidiairement, de le rejeter. Il a contesté la qualité pour recourir de X \_\_\_\_\_, dès lors que celui-ci était dépourvu de la personnalité juridique. Il a ajouté qu'au demeurant, la procuration annexée au recours ne comportait pas la signature collective à deux nécessaire pour engager l'entreprise C \_\_\_\_\_ SA, ce qui justifiait aussi de déclarer le recours irrecevable. Le pouvoir adjudicateur a également pris position sur les arguments formulés dans le recours. Il a notamment indiqué, à cet égard, que l'offre de l'adjudicataire ne devait pas être exclue en raison de sa réception le 9 décembre 2017, dès lors que le droit cantonal consacrait le principe d'expédition des offres (art. 14 et 18 al. 3 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics – Omp ; RS/VS 726.100), que la bonne foi des soumissionnaires devait être protégée, que le formalisme excessif était interdit et qu'une exclusion pour tardiveté induirait une violation du délai minimal de 40 jours prévu à l'article 10 alinéa 3 Omp. Il a encore soutenu que la correction de prix opérée en cours de procédure était légale, puisqu'elle visait à corriger une erreur manifeste sans discriminer les autres concurrents (art. 19 al. 2 Omp). Enfin, il a relevé que le recourant n'avait pas contesté les critères d'adjudication et leur pondération en temps utile et a affirmé que l'évaluation sur les bases ainsi annoncées échappait à la critique, l'importante différence de prix (env. 17 %) entre l'offre de l'adjudicataire et celle du recourant expliquant les résultats ressortant de la grille d'évaluation.

Plusieurs échanges d'écritures se sont ensuivis entre le recourant, le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, à propos de l'étendue de la consultation du dossier par la partie recourante ; la Cour a rendu une décision incidente à ce propos, le 27 septembre 2017.

X \_\_\_\_\_ a répliqué, le 16 octobre 2017. Il a déposé une procuration munie notamment de deux signatures pour l'entreprise C \_\_\_\_\_ SA, indiquant que si la première procuration déposée était insuffisante, un délai aurait été accordé par la Cour pour remédier à cette informalité, sans préjudice pour la recevabilité du recours. X \_\_\_\_\_ a aussi affirmé qu'il avait qualité pour recourir, subsidiairement que les deux entreprises qui le composaient avaient cette qualité. Il a ajouté que la non-exclusion de l'offre de l'adjudicataire violait le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, précisant que la décision incidente que l'adjudicatrice avait rendue à ce propos, le 10 février 2017, ne lui avait jamais été notifiée en raison d'une erreur d'adressage. Il a maintenu que l'offre de l'adjudicataire aurait dû être exclue, car celui-ci n'avait pas fait preuve de la diligence requise pour s'assurer que son envoi soit reçu dans le délai fixé dans la publication et les documents d'appel d'offres. La bonne foi de l'adjudicataire n'avait dès lors pas à être protégée. Le recourant a, par ailleurs, rappelé que la modification du prix de l'offre retenue après le dépôt de celle-ci était illégale, estimant invraisemblable l'hypothèse d'une erreur de plume. En outre, les documents d'appel d'offres commandaient d'exclure une offre présentant des erreurs manifestes répétitives, prépondérantes ou abusives (cf. documents d'appel d'offres n° 4.16 p. 13).

Le 1<sup>er</sup> novembre 2017, Y \_\_\_\_\_ SA a dupliqué. Le conseil communal de A \_\_\_\_\_ a fait de même, le 16 novembre suivant, maintenant ses motifs et conclusions.

Le recourant a déposé ses observations finales, le 30 novembre 2017, rappelant les vices qui affectaient la procédure de passation du marché et l'attribution de celui-ci à Y \_\_\_\_\_ SA. Cette écriture a été communiquée le lendemain à Y \_\_\_\_\_ SA et à l'autorité adjudicatrice, pour information.

Les autres faits important à l'arrêt seront repris ci-après dans la mesure utile.

### **Considérant en droit**

**1.1** L'adjudication est une décision au sens de l'article 5 de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RS/VS 172.6). Elle peut être contestée c'éans 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 de l'accord intercantonal du

25 novembre 1994/ 15 mars 2001 sur les marchés publics - AIMP). Déposé le 19 juin 2017 contre la décision d'adjudication du 8 juin précédent, expédiée le même jour et notifiée au plus tôt le lendemain, le recours intervient dans le délai légal (art. 16 al. 2 LcAIMP ; art. 80 let. b et 46 LPJA).

**1.2** Le pouvoir adjudicateur observe que le recours de droit administratif a été formé pour le compte de X \_\_\_\_\_ et signale que celui-ci est une société simple, qui n'a pas, en tant que tel, la qualité de partie ni la qualité pour recourir qui en découle. Ce constat est exact. Toutefois, la conclusion qu'en tire le pouvoir adjudicateur, à savoir l'irrecevabilité du recours, est à écarter.

En effet, il n'est pas contesté que X \_\_\_\_\_ est formé par deux sociétés anonymes, qui sont inscrites au registre du commerce et ont toutes deux la personnalité juridique (art. 643 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse – CO ; RS 220). Il est généralement admis, en matière de marchés publics, que les membres d'un consortium sont touchés non pas individuellement par une décision de non-adjudication, mais uniquement en leur qualité d'associés. Dès lors, le droit de recourir contre une telle décision afin d'obtenir le marché appartient en commun aux membres du consortium et il doit être exercé conjointement (cf. ATF 131 I 153 consid. 5.4 et les réf. cit. ; ACDP A1 17 57 du 13 juillet 2017 consid. 1.2 ; Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, n° 407, p. 262 ; Peter Galli *et al.*, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3<sup>e</sup> éd. 2013, n° 1307). En l'espèce, le recours a été formé pour le compte de X \_\_\_\_\_ et la procuration jointe à ce mémoire a été établie à son nom (pièce n° 016). Celle déposée le 27 septembre 2017 (pièce n° 111) comporte toutes les signatures utiles engageant respectivement les deux entreprises C \_\_\_\_\_ SA et D \_\_\_\_\_ SA. Il y a donc lieu d'admettre que ces deux entreprises ont recouru conjointement contre la décision d'adjudication, conformément aux exigences précitées. Le refus d'entrer en matière pour le motif qu'invoque l'autorité adjudicatrice se heurterait à l'interdiction du formalisme excessif, aspect particulier du déni de justice prohibé par l'article 29 alinéa 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) et qui vaut également en matière de marchés publics (cf. p. ex. RVJ 2017 consid. 2.2 p. 24 et les réf. cit.).

**1.3** 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. Un soumissionnaire dispose d'un tel intérêt en particulier s'il est en bonne place au classement des offres selon la grille d'évaluation (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1 ; RVJ 2015 p. 72 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_1014/2015 du 21 juillet 2016

consid. 3 et 2C\_1196/2013 du 21 février 2014 consid. 1.4 ; ACDP A1 17 10 du 12 mai 2017 consid. 1.2).

En l'occurrence, X \_\_\_\_\_ est placé en deuxième position dans l'évaluation des 8 offres déposées, de sorte qu'il pourrait passer au premier rang si ses griefs concluant à l'exclusion de l'offre de Y \_\_\_\_\_ SA devaient être admis. Partant, la qualité pour recourir doit être reconnue aux membres de X \_\_\_\_\_ (cf. 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 le recourant a 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 (cf. art. 16 AIMP et 16 LcAIMP ; RVJ 2017 consid. 4 p. 32).

**1.5** Faisant usage d'un droit que la loi lui reconnaît (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA), le recourant sollicite l'administration de deux moyens de preuve, à savoir l'interrogatoire des parties et l'édition de l'entier du dossier d'adjudication. La prise en considération de ces moyens de preuve suppose que ceux-ci apparaissent utiles à l'établissement des faits pertinents. L'autorité de décision peut donc 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 lorsqu'elle 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 140 I 285 consid. 6.3.1, 130 II 425 consid. 2.1 et la jurisprudence citée ; RVJ 2009 p. 49 consid. 3b).

Le 21 août 2017, le conseil communal de A \_\_\_\_\_ a déposé deux dossiers d'adjudication, que le recourant a pu consulter dans la mesure autorisée par la décision incidente rendue par la Cour de céans, le 27 septembre 2017. Les pièces déposées permettent de trancher le litige à la lumière de tous les faits pertinents, si bien qu'il n'y a pas lieu d'ordonner le dépôt de documents supplémentaires en lien avec la procédure d'adjudication. Par ailleurs, les parties ont toutes eu la possibilité d'énoncer par écrit leurs motifs et conclusions, de sorte que l'interrogatoire que propose le recourant apparaît également superflu et ne sera pas ordonné.

**2.1** Le recourant conteste que l'adjudicataire ait déposé son offre dans les temps. Il s'en tient aux exigences énoncées à ce propos dans la publication et les documents d'appel d'offres, estimant que ladite offre aurait dû être exclue, puisque l'adjudicataire n'a, selon lui, pas fait preuve de la diligence requise pour s'assurer que son envoi soit

reçu par la commune de A \_\_\_\_\_ dans le délai que celle-ci avait fixé. Le recourant affirme que la bonne foi de l'adjudicataire n'a pas à être protégée dans ce contexte et soutient que l'absence d'exclusion de l'offre viole le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

**2.2** Le grief qu'invoque le recourant a fait l'objet d'une décision incidente du pouvoir adjudicateur, le 10 février 2017, dans laquelle celui-ci a indiqué admettre les offres reçues le 9 décembre 2016, dont celle de Y \_\_\_\_\_ SA. Le recourant n'a pas contesté césans cette décision incidente. En admettant que celle-ci pouvait effectivement faire l'objet d'un recours, question qui peut être laissée ouverte (cf. art. 41 LPJA), l'inaction du recourant ne prive toutefois pas celui-ci du droit à ce que ce grief matériel soit examiné dans le présent arrêt. En effet, il est constant que la décision incidente du 10 février 2017 n'a pas été communiquée au recourant, à la suite d'une erreur d'adressage du pouvoir adjudicateur (cf. copies de la décision incidente qui devait être adressée à X \_\_\_\_\_ et du courriel du 10 juillet 2017 de la responsable administrative communale, ces deux pièces figurant dans le 4<sup>e</sup> onglet du dossier de la commune). Il s'ensuit que l'inaction du recourant ne peut pas lui être imputée ni constituer un motif valable pour refuser d'entrer en matière sur ledit grief.

**2.3** Conformément à l'article 14 alinéa 1 Omp, l'offre doit être écrite et complète adressée par pli postal et postée dans le délai imparti à l'adresse mentionnée dans l'appel d'offres. Elle ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai, sous réserve de l'article 19 alinéa 2 Omp.

**2.4** Le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration. Ce principe découle des articles 5 alinéa 3 et 9 Cst. et vaut pour l'ensemble de l'activité étatique (ATF 138 I 49 consid. 8.3.1, 129 I 161 consid. 4.1 et les arrêts cités), y compris lors d'une procédure d'adjudication.

**2.5** En l'espèce, la publication et les documents d'appel d'offres remis aux soumissionnaires indiquaient le 8 décembre 2016 à midi comme date de clôture pour le dépôt des offres ; il y était précisé que l'offre « doit parvenir par poste au plus tard le : jeudi 8 décembre 2016 à 12h » et que « le timbre postal ne fait pas foi » (cf. avis publié au B. O. n° 44 ch. 1.4 p. 2929 ; documents d'appel d'offres, ch. 3.1 p. 7). Les conditions de remise des offres ainsi formulées étaient sans équivoque : elles permettaient de

faire comprendre à un soumissionnaire attentif et diligent que l'autorité adjudicatrice demandait à recevoir les offres par la poste, au plus tard le 8 décembre 2016 à midi.

Cependant, la fixation du terme de ce délai un jour férié cantonal est un élément inattendu qui procède, selon toute vraisemblance, d'une inadvertance de l'autorité adjudicatrice. En effet, on ne comprend pas pourquoi celle-ci aurait sciemment choisi cette date, dès lors que, ce jour-là, les bureaux de l'administration communale étaient de toute façon fermés et que le courrier postal n'était pas distribué en Valais. Cela a créé une situation propice à la confusion, au cours de laquelle plus d'une quinzaine d'offres intéressés à l'un ou l'autre marché lié à la construction de l'école de B \_\_\_\_\_, parmi lesquels Y \_\_\_\_\_ SA, ont envoyé leur offre respective le jour précédent le terme, soit le 7 décembre 2016, offres qui ne sont parvenues à l'administration communale que le 9 décembre suivant (cf. pièces figurant sous le 7<sup>e</sup> onglet du dossier de la commune et quittance postale versée sous pièce n° 053).

De l'avis de la Cour, la décision du conseil communal de A \_\_\_\_\_ de ne pas exclure l'offre de Y \_\_\_\_\_ SA pour motif de tardiveté est conforme au droit. En effet, du moment que dite autorité a choisi comme date déterminante pour la clôture du délai de dépôt des offres le jour de réception (et non d'envoi) desdites offres, les candidats pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que la date en question soit un jour ouvré et non pas un jour férié cantonal ; il apparaissait farfelu que l'autorité exige d'avoir les offres en sa possession en indiquant comme échéance du délai un jour et une heure où ses bureaux étaient fermés. Autrement dit, l'autorité adjudicatrice se serait comportée de manière incompatible avec les exigences de la bonne foi si elle avait, en toute connaissance de cause, arrêté le terme du délai pour déposer les offres à midi, un jour où les bureaux de l'administration communale étaient fermés et où le courrier n'était pas distribué. En outre, paraît également équivoque la formulation des exigences liées au respect dudit délai, qui semblent imposer un envoi « par poste » tout en indiquant que le timbre postal ne fait pas foi et en précisant l'heure d'échéance du délai, indications propres à favoriser un dépôt de l'offre en mains propres, moyen d'ailleurs utilisé par plusieurs soumissionnaires, dont le recourant (cf. copie de l'enveloppe postée par le recourant et figurant sous le 7<sup>e</sup> onglet du dossier de la commune). Y \_\_\_\_\_ SA est, par ailleurs, basée dans un canton où le 8 décembre n'est pas un jour férié. Elle n'est, au surplus, aucunement responsable de la situation particulière que les exigences posées par le pouvoir adjudicateur, très vraisemblablement par inadvertance, ont créée. Dans ces conditions, prononcer l'exclusion de l'offre de l'adjudicataire serait une solution excessivement formaliste et incompatible avec le principe de la bonne foi.

Le recourant objecte que l'absence d'exclusion de cette offre est contraire à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et au principe de la transparence. Cependant, la Cour ne voit pas quel avantage concret et déterminant l'adjudicataire aurait eu sur les autres candidats en postant son offre le 7 décembre 2016. En particulier, il est manifeste que le dépôt à cette date ne lui a aucunement permis d'adapter son offre en fonction de celles de ses concurrents, puisque l'ouverture des offres s'est déroulée ultérieurement, le 12 décembre suivant. On peut admettre, tout au plus, que l'adjudicataire a bénéficié d'un jour supplémentaire, soit 40 jours, pour préparer son offre par rapport à certains autres candidats s'étant astreints à poster leur offre le jour d'avant, avantage que la Cour ne considère pas, compte tenu des circonstances évoquées ci-dessus, comme décisif au point d'avoir faussé l'égalité des chances entre les candidats. Au demeurant, X \_\_\_\_\_ a lui aussi déposé son offre dans l'après-midi du 7 décembre 2016 (cf. copie de l'enveloppe postée par le recourant et figurant sous le 7<sup>e</sup> onglet du dossier de la commune) ; on ne voit dès lors pas quel désavantage il aurait subi dans la préparation de son offre par rapport à l'adjudicataire. Dans ce contexte particulier, l'exigence tirée du principe de la transparence et qui contraint l'autorité adjudicatrice à se conformer aux règles qu'elle a préalablement fixées ne prévaut pas si l'application stricte des règles en question aboutit, comme c'est le cas en l'espèce, à un résultat contraire au principe de la bonne foi et à l'interdiction du formalisme excessif. Au surplus, s'il fallait interpréter strictement les règles posées par le pouvoir adjudicateur et les appliquer sans discernement, l'offre du recourant aurait elle aussi pu être exclue, dès lors qu'elle n'a pas été envoyée « par poste », ainsi que l'exigeaient pourtant explicitement la publication et les documents d'appel d'offres.

**2.6** Attendu ce qui précède, l'autorité adjudicatrice n'a pas versé dans l'illégalité en considérant l'offre de Y \_\_\_\_\_ SA comme valablement déposée nonobstant les exigences en matière de délai figurant dans la publication et les documents d'appel d'offres. Le motif d'exclusion formulé à cet égard est rejeté.

**3.1** Le recourant décèle un autre motif d'exclusion de l'offre de Y \_\_\_\_\_ SA dans le prix indiqué par ce soumissionnaire, prix qui était à son avis anormalement bas. Il se réfère à l'article 22 Omp, lequel prescrit à un adjudicateur qui reçoit une offre anormalement plus basse que les autres de demander des renseignements au soumissionnaire pour vérifier que celui-ci respecte les conditions de participation et peut satisfaire les conditions du marché. L'adjudicateur peut demander une expertise et exiger des garanties particulières. L'article 23 alinéa 1 lettre g Omp impose d'exclure les offres qui ne couvrent pas le prix de revient.

**3.2** La jurisprudence interprète ces textes comme visant à garantir, en sus de la transparence de la procédure et une utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 2 let. c et d AIMP), une concurrence efficace entre les concurrents, qui doivent être traités impartialement et sur un pied d'égalité entre eux (art. 1 al. 2 let. a et b AIMP). Une concurrence efficace impliquant que les soumissionnaires puissent déterminer avec une liberté suffisante, mais en s'abstenant de toute illégalité, la fixation de leur prix, ils peuvent articuler des prix de sous-enchères, dont l'adjudicataire pourra, de son côté, tirer parti en acceptant une offre dont les investigations évoquées à l'article 22 Omp auront établi que son montant est inférieur au prix de revient. L'adjudication du marché à un tel montant n'est cependant conforme au droit que s'il y a de bonnes raisons de penser que cette offre est économiquement la plus avantageuse dans l'acception de l'article 13 lettre f AIMP, en particulier sous l'angle du rapport prestation/prix et des autres critères fixés pour le marché (art. 31 al. 1 Omp). Dans cette éventualité, l'adjudicateur ne contrevient à aucun des objectifs de l'article 1 alinéa 2 AIMP. L'article 23 alinéa 1 lettre g Omp ne signifie donc pas que toute offre inférieure au prix de revient est impérativement à exclure, mais uniquement qu'une pareille offre, qui est une offre anormalement basse dans l'acception de l'article 22 Omp, sera frappée d'exclusion si les renseignements donnés par le soumissionnaire sur son prix, ou une expertise, convainquent que l'intéressé maîtrise mal son métier et n'est, de ce chef, pas en situation d'exécuter valablement le marché (ATF 141 II 353 consid. 8.3.2, 141 II 1 4 consid. 10.3 et 140 I 285 consid. 5.1 ; RVJ 2017 consid. 4.2 p. 36 et les arrêts cités ; Galli *et al.*, *op. cit.*, n° 1115).

**3.3** Dans le cas d'espèce, le prix initialement offert par l'adjudicataire a été corrigé au cours du processus d'évaluation des offres, passant de 2 671 034.95 fr. à 3 126 893.33 fr. Le prix des offres des autres candidats oscillait entre 3 661 033.95 fr. et 3 953 947.50 fr. (cf. procès-verbal d'ouverture des offres figurant dans le 7<sup>e</sup> onglet du dossier de la commune). Le recourant n'établit pas que le prix corrigé offert par l'adjudicataire est inférieur au prix de revient, pas plus qu'il n'affirme que Y \_\_\_\_\_ SA n'est pas en situation d'exécuter correctement les travaux à adjudger. Dans ces circonstances, le grief invoquant une offre anormalement basse est mal fondé et ne peut qu'être rejeté.

**4.1** Le recourant invoque encore une violation du principe de l'intangibilité des offres, puisque celle de Y \_\_\_\_\_ SA a été modifiée en cours de procédure quant à son prix. Il soutient que cette modification est illégale, qualifiant d'in vraisemblable l'hypothèse d'une erreur de plume sur un des postes les plus importants et représentant un

montant de quelque 450 000 fr. En outre, il rappelle que les documents d'appel d'offres commandent d'exclure une offre présentant des erreurs manifestes répétitives, prépondérantes ou abusives (cf. documents d'appel d'offres n° 4.16 p. 13).

**4.2** En matière de marché public prévaut notamment le principe de l'intangibilité des offres (Galli/Moser/Lang/Steiner, *op. cit.*, n° 710), que l'article 14 alinéa 1 Omp rappelle lorsqu'il prévoit que l'offre doit être écrite et complète et qu'elle ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai. 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). Néanmoins, la loi permet la correction ultérieure d'erreurs évidentes de calcul et d'écritures (art. 14 al. 1 et 19 al. 2 Omp). L'article 20 Omp autorise aussi l'adjudicateur à réclamer aux soumissionnaires des explications écrites relatives à leur offre. Cette faculté doit cependant s'exercer dans les limites découlant de l'interdiction des rondes de négociations statuée par l'article 11 lettre c AIMP et rappelée à l'article 21 Omp. Il ressort de ces diverses règles qu'une fois les délais de dépôt passés, le pouvoir adjudicateur ne peut accepter que certaines explications très limitées, destinées à préciser certains points de l'offre, mais non pas à la modifier, sous peine de porter atteinte à l'égalité de traitement entre concurrents (RVJ 2017 p. 25 consid. 2.3.3 et les références citées, notamment Galli *et. al.*, *op. cit.*, n°s 713 ss).

**4.3** En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire ont expliqué cette modification de prix. Il en ressort que, le 21 mars 2017, le BAMO s'est adressé par courriel à Y \_\_\_\_\_ SA, lui signalant que le prix figurant dans son offre pour la fourniture et la pose d'acier d'armature à la tonne, à 1.14 fr., procédait manifestement d'une erreur (prix indiqué au kilo au lieu du prix à la tonne) et lui demandant de se prononcer à ce sujet. Le lendemain, Y \_\_\_\_\_ SA a confirmé qu'il s'agissait bien d'une erreur, le prix à la tonne correspondant à 1 140 fr. (facteur mille), et a proposé d'adapter la position, ainsi que le prix final de l'offre qui passait à 3 126 893.33 fr. (cf. pièces n°s 55 et 56). Ces explications convainquent la Cour que le prix unitaire de 1.14 fr. indiqué par l'adjudicataire pour la fourniture et la pose d'acier d'armature procède d'une erreur évidente d'écriture, au sens de l'article 19 alinéa 2 Omp. Ce prix unitaire est bien trop bas pour être en adéquation avec le poste auquel il se rapporte. Son adaptation à la hausse d'un facteur mille confirme qu'il s'agit d'une erreur de plume (erreur de virgule, prix indiqué au kilo au lieu du prix à la tonne). Ainsi que l'affirme l'adjudicataire, cette modification ne constitue aucunement une négociation prohibée ou une adaptation illégale de l'offre. Les critiques de X \_\_\_\_\_ sur ce point sont à écarter.

**5.1** Enfin, le recourant relève qu'il a obtenu de meilleures notes que l'adjudicataire dans tous les critères d'adjudication, à l'exception du prix. Selon lui, le seul critère du prix est insuffisant pour justifier l'attribution du marché à Y \_\_\_\_\_ SA.

**5.2** En tant qu'il revient à critiquer les critères d'adjudication et leur pondération, ce grief est irrecevable. En effet, ces éléments figuraient dans les documents d'appel d'offres et le recourant devait formuler ses critiques éventuelles à ce propos dans un recours à déposer dans les dix jours, ainsi que le signalait l'avis publié au B. O. n° xxx du xxx 2016 (p. xxx), sous peine de déchéance (art. 15 et 16 al. 2 LcAIMP). X \_\_\_\_\_ ne peut ainsi plus se plaindre, dans le cadre de son recours déposé contre la décision d'adjudication, d'informalités touchant l'appel d'offres dûment publié, à peine d'adopter un comportement contraire au principe de la bonne foi et de voir ses griefs taxés d'irrecevables (cf. p. ex. ATF 125 I 203 consid. 3a ; ACDP A1 14 134 du 24 octobre 2014 consid. 9).

**6.1** Attendu ce qui précède, le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA).

**6.2** La demande effet suspensif est classée.

**6.3** Vu l'issue du litige, les frais de la cause sont mis à la charge des membres de X \_\_\_\_\_, solidairement entre eux (art. 88 al. 2 et 89 al. 1 LPJA), à qui les dépens sont refusés (art. 91 al. 1 LPJA *a contrario*). Les membres de X \_\_\_\_\_ devront verser des dépens à Y \_\_\_\_\_ SA, qui a pris une conclusion en ce sens et obtient gain de cause (art. 91 al. 1 LPJA).

**6.4** Selon l'article 91 alinéa 3 LPJA, aucune indemnité pour les frais de procédure n'est allouée, en règle générale, aux autorités et organismes chargés de tâches de droit public qui obtiennent gain de cause. Les dérogations à cette règle générale sont subordonnées à des conditions particulières que ne définit pas la loi, mais dont la réalisation ne peut se présumer. Il appartient ainsi aux autorités et organismes intéressés d'établir que ces conditions sont réalisées dans les affaires où elles demandent des dépens, en motivant leur requête dans ce sens (cf. ACDP A1 16 264 du 31 mars 2017 consid. 8.3 et A1 15 48 du 8 janvier 2016 consid. 8.5).

Le conseil communal de A \_\_\_\_\_ s'est adjoint les services d'un mandataire professionnel dans la présente procédure de recours et sollicite des dépens. Il motive cette requête en invoquant la complexité juridique du cas, ainsi que l'absence au sein de l'administration communale et du BAMO d'un juriste capable de résoudre des

questions juridiques pointues en droit des marchés publics. Ces explications ne convainquent pas la Cour de céans de raisons valables justifiant de déroger à la règle générale que prévoit l'article 91 alinéa 3 LPJA. D'une part, elle réfute la nécessité de faire appel à un mandataire professionnel afin de répondre aux arguments du recourant. De manière générale, l'absence de juriste ou d'un spécialiste du domaine du droit en question au sein du pouvoir adjudicateur n'est pas un motif suffisant pour justifier la nécessité de faire appel à un mandataire professionnel. En outre, dans cette affaire, l'administration communale avait, bien avant l'ouverture de la procédure de recours, pris conseil auprès de ce mandataire à propos de plusieurs questions juridiques (admission des offres reçues le 9 décembre 2016, correction d'une erreur sur le prix) qui s'étaient posées alors que les offres étaient examinées et évaluées (cf. pièces figurant sous les 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> onglets du dossier de la commune). Il lui aurait été ainsi possible de répondre elle-même aux arguments du recours tout en se référant à ces explications juridiques, si nécessaire. D'autre part, la Cour ne peut ignorer que les griefs invoqués à l'appui du recours ont été suscités, au moins en partie, par les inadvertances commises par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure d'appel d'offres (échéance du délai de dépôt fixé un jour férié, erreur d'adressage). L'allocation de dépens à la charge de la partie recourante apparaîtrait, dans ce contexte, comme inéquitable.

**6.5** 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 alinéa 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 5000 fr., débours compris (art. 11 LTar).

Les dépens dus par X \_\_\_\_\_ à Y \_\_\_\_\_ SA sont fixés à 1800 fr. (TVA comprise ; art. 4, 27 et 39 LTar). En plus des débours du mandataire de cette partie, ce montant tient compte du travail effectué par celui-ci, qui a consisté principalement à la rédaction des déterminations des 15 août 2017 (7 pages) et 1<sup>er</sup> novembre suivant (3 pages).

### **Prononce**

1. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2. La demande d'effet suspensif est classée.
3. Les frais, par 5000 fr., sont mis à la charge de X \_\_\_\_\_, solidairement entre eux ; les dépens leur sont refusés.
4. X \_\_\_\_\_ versera 1800 fr. à Y \_\_\_\_\_ SA pour ses dépens.
5. Il n'est pas alloué d'autres dépens.
6. Le présent arrêt est communiqué à M \_\_\_\_\_, avocat, pour les membres de X \_\_\_\_\_, à Maître O \_\_\_\_\_, avocat, pour Y \_\_\_\_\_ SA, et à Maître N \_\_\_\_\_, avocat, pour le conseil communal de A \_\_\_\_\_.

Sion, le 8 février 2018.