

A1 21 101

ARRÊT DU 27 OCTOBRE 2021

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

Composition : Christophe Joris, président ; Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, juges ; Patrizia Pochon, greffière,

en la cause

X _____ **SA**, de siège social à Roche VD, recourante, représentée par Maître Thierry Amy, avocat à Lausanne

contre

Y _____, à Uvrier, entité attaquée, représentée par Maître Grégoire Dayer, avocat à Sion et **Z** _____ **SA**, de siège social à Sion, tiers concerné.

(Adjudication & reg. profession)

recours de droit administratif contre la décision du 19 avril 2021

Faits

A. Par avis inséré le XXX 2021 au Bulletin officiel (B.O.) n° XXX du canton du Valais (p. XXX), Y _____ a lancé un appel d'offres, en procédure ouverte, pour la construction d'une passerelle métallique pour son bâtiment énergétique. L'appel d'offres prévoyait deux critères d'adjudication, à savoir le prix de l'offre (60 %) et les qualifications du soumissionnaire par rapport au marché (40 %). Quant aux critères d'aptitude, les soumissionnaires étaient renvoyés au document du dossier d'appel d'offres. Le délai de clôture pour le dépôt des offres a été fixé au lundi 22 mars 2021, la date du sceau postal faisant foi et l'ouverture des offres a été arrêtée au 25 mars 2021, à 14h00.

Enfin, l'appel d'offres comprenait une série de prix relative aux systèmes de revêtement envisagés pour la passerelle, soit une finition zinguée (position 620) et une finition à la peinture (position 640), étant précisé que la version zingage à chaud devait être privilégiée.

B. Le 2 mars 2021, la direction des travaux a adressé le courriel suivant aux soumissionnaires :

« [...] »

Une modification a été apportée à l'appel d'offres de la passerelle. Pour des raisons de faisabilité, le zingage a été abandonné et remplacé par un revêtement de type C3. La pièce 2 – Conditions générales et particulières, 3.3 Série de prix et les fichiers crb. et .sia451 ont été remplacés sur le cloud.

La position pour le revêtement type C3 existait déjà dans la soumission, en option. De ce fait, le délai de dépose de l'appel d'offres n'est pas modifié.

Merci d'en prendre note et de remplacer ces documents pour le dépôt de l'offre.

[...] ».

Ces changements impliquaient l'abandon du poste 621 « Zingage à chaud » et la revue, à la hausse (de 950 m² contre 850 m²) des positions 643.211 et 671.101, déjà existantes, en option, dans le document « Série de prix » (état au 24 février 2021). La position 671.201, initialement en option, est restée à une unité.

La position 643.211 avait trait aux spécifications du système de revêtement pour la catégorie de corrosivité « C3 moyenne, extérieure » dont une teinte de finition catégorie I ; le poste 671.101 requérait l'indication de la plus-value de la position 640 pour une teinte de finition de catégorie II et la position 671.201 se rapportait au contrôle du traitement anticorrosion.

C. Le 25 mars 2021, le pouvoir adjudicateur a procédé à l'ouverture de six offres. Celle de « X _____ SA » (recte X _____ SA ; ci-après : X _____ SA) s'est

élevée à 292 915 francs. La moins-disante a été celle de « Z _____ SA » (*recte* Z _____ SA ; ci-après Z _____ SA) à 239 763 fr. 55.

D. Le 29 mars 2021, la direction des travaux a notifié un courrier à Z _____ SA, dont la teneur est la suivante :

« [...] »

Dans le cadre du contrôle des soumissions, nous avons constaté que vous avez rempli le bordereau de prix original transmis le 24 février 2021. Une nouvelle version du bordereau de prix a été transmise le 3 mars 2021 suite à l'abandon du traitement par zingage de la structure métallique.

Vous avez toutefois rempli les positions 643.211, 671.101 et 671.201 concernant les prix liés au traitement des surfaces avec une peinture.

Votre soumission sera donc corrigée dans ce sens en retirant les prestations de zingage et en ajoutant les prix des positions susmentionnées.

Pour la bonne forme nous vous prions de confirmer les prix déposés pour ces positions d'ici le 5 avril prochain. [...] ».

Le 2 avril 2021, Z _____ SA a indiqué ne pas avoir reçu la deuxième version de la soumission mentionnant que le traitement par zingage de la structure métallique avait été abandonné. Cela étant, elle a confirmé « les prix déposés pour les positions 643.211, 671.101 et 671.201 ».

Le 6 avril 2021, la direction des travaux, sur la base de la grille multicritères, a adressé au maître d'ouvrage une proposition d'adjudication des travaux à Z _____ SA pour un montant, après contrôle, s'élevant à 248 407 fr. 80.

E. Le 19 avril 2021, le pouvoir adjudicateur a adjugé les travaux à Z _____ SA pour un montant après contrôle de 248 407 fr. 79.

Par décision du même jour, expédiée le 27 avril 2021, par courrier A, X _____ SA a été informée que le marché avait été adjugé à une autre entreprise.

F. Pour le critère prix (60 %), X _____ SA a obtenu une note de 3.66 pour son montant, après contrôle, de 292 914 fr. 43, alors que Z _____ SA a reçu la note maximale de 6.00 pour la somme, après contrôle, de 248 407 fr. 79. En ce qui concerne le critère qualification (40 %), tant X _____ SA que Z _____ SA ont obtenu la note maximale de 4.00. Z _____ SA est ainsi arrivée en première position avec une note de 10, suivie par X _____ SA (7.66).

G. Le 7 mai 2021, X _____ SA a recouru céans en prenant les conclusions suivantes :

« [...] plaie à la Cour de droit public du Tribunal cantonal :

A titre superprovisionnel

1. Interdire à l'Autorité intimée de poursuivre la procédure et de signer tout contrat avec Z _____ SA ainsi qu'avec toute entreprise en relation avec les travaux de construction d'une passerelle métallique, jusqu'à droit connu sur la requête d'effet suspensif ;

A titre provisionnel

2. Accorder l'effet suspensif au présent recours ;
3. Interdire à l'Autorité intimée de poursuivre la procédure et de signer tout contrat avec Z _____ SA ainsi qu'avec toute entreprise en relation avec les travaux de construction d'une passerelle métallique, jusqu'à droit connu sur le présent recours ;

A la forme

4. Déclarer le présent recours recevable ;
5. Ordonner à l'Autorité intimée de produire l'ensemble de son dossier ;
6. Autoriser la Recourante à consulter le dossier de l'Autorité intimée ;

Au fond

Principalement

7. Admettre le présent recours ;
8. Annuler la décision prise par Y _____ le 19 avril 2021 ;
9. Attribuer à X _____ SA le marché public portant sur la construction d'une passerelle métallique ;

Subsidiairement

10. Annuler la décision prise par Y _____ le 19 avril 2021 ;
11. Constater la violation des droits de X _____ SA ;
12. Renvoyer la cause à Y _____ pour nouvelle décision ;

En tout état

13. Condamner l'Etat du Valais en tous les frais judiciaires et les dépens ;
14. Attribuer à X _____ SA une indemnité équitable pour la défense de ses droits ».

Le 18 mai 2021, Y _____ a été invitée à se déterminer sur la seule requête de restitution d'effet suspensif contenue dans le recours de droit administratif.

Le 28 mai 2021, Y _____ a conclu au rejet de l'effet suspensif.

Le 10 juin 2021, la Cour de céans a octroyé l'effet suspensif.

Le 30 juin 2021, Y _____ a conclu au rejet du recours tout en joignant son dossier, lequel contenait notamment le contrat d'entreprise SIA qu'elle avait conclu le 3 mai 2021 avec Z _____ SA, ratifié par cette dernière le 10 mai suivant. En outre, le pouvoir adjudicateur a indiqué que la passerelle, objet de ce contrat, avait été livrée sur le chantier le 29 juin 2021.

Le 15 juillet 2021, Z _____ SA a présenté ses observations.

Le 2 septembre 2021, X _____ SA a répliqué. A cette occasion, elle a fait valoir que les frais engagés en lien avec la procédure d'adjudication se sont montés à 9 303 fr. 40, que ceux ont lien avec la procédure de recours se sont élevés à 8 720 fr. 25 et que son gain manqué se chiffrait à 35 356 fr. 49. Pour le surplus, elle a maintenu ses conclusions.

Le 9 septembre 2021, X _____ SA a précisé que ses conclusions devaient se lire comme suit :

« A la forme

1. Déclarer la présente écriture recevable ;
2. Ordonner à l'Autorité intimée de produire l'ensemble de son dossier ;
3. Autoriser la Recourante à consulter le dossier de l'Autorité intimée ;

Au fond

Principalement

4. Admettre le recours ;
5. Annuler la décision prise par Y _____ le 19 avril 2021 ;
6. Attribuer à X _____ SA le marché public faisant l'objet de la décision prise par Y _____ le 19 avril 2021 ;
7. Ordonner à Y _____ de conclure un contrat d'entreprise avec X _____ SA portant sur la construction d'une passerelle métallique et faisant l'objet de la décision prise par Y _____ le 19 avril 2021 ;

Subsidiairement

8. Admettre le recours ;
9. Annuler la décision prise par Y _____ le 19 avril 2021 ;
10. Renvoyer la cause à Y _____ pour nouvelle décision ;

Plus subsidiairement

11. Admettre le recours ;
12. Annuler la décision prise par Y _____ le 19 avril 2021 ;
13. Constater la violation de la procédure d'adjudication du marché public ayant donné lieu à la décision prise par Y _____ du 19 avril 2021 ;

En tout état

14. Condamner l'Etat du Valais en tous les frais judiciaires et les dépens ;
15. Attribuer à X _____ SA une indemnité équitable pour la défense de ses droits ».

Le 28 septembre 2021, Y _____ a maintenu ses conclusions.

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 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. e de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics - AIMP). Déposé le 7 mai 2021 contre la décision d'adjudication du 19 avril 2021, notifiée le 26 avril suivant, par courrier A, et reçue au plus tôt le lendemain, le recours intervient dans le délai légal (art. 16 al. 2 LcAIMP ; art. 15 al. 4, 80 let. b et 46 LPJA).

1.2.1 Le contrat ayant été conclu avec l'adjudicataire et la prestation exécutée, nonobstant la décision de la Cour de céans du 10 juin 2021, se pose la question de l'intérêt de la recourante au maintien du recours.

La qualité pour recourir appartient à toute personne touchée directement par une décision et ayant un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 44 al. 1 let. a LPJA, applicable par renvoi de l'article 80 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. 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 ; RVJ 2015 p. 72). En outre, l'intérêt actuel du soumissionnaire évincé est évident tant que le contrat n'a pas encore été conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, car le recours lui permet d'obtenir la correction de la violation commise et la reprise du processus de passation. Mais il y a lieu d'admettre qu'un soumissionnaire évincé a aussi un intérêt actuel au recours lorsque le contrat est déjà conclu avec l'adjudicataire, voire exécuté, car il doit pouvoir obtenir une constatation d'illicéité de la décision pour pouvoir agir en dommages-intérêts (art. 18 al. 2 AIMP ; art. 17 al. 1 LcAIMP ; ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_6/2020 du 20 novembre 2020 consid. 1.2 ; ACDP A1 20 131 du 1^{er} mars 2021 consid. 1).

1.2.2 En l'espèce, quand bien même le contrat litigieux a, d'une part, été conclu le 3 mai 2021 par le pouvoir adjudicataire et contresigné le 10 mai suivant par l'adjudicataire et, d'autre part, été exécuté le 29 juin 2021, la recourante, arrivée au deuxième rang, conserve un intérêt digne de protection à obtenir un arrêt qui constaterait le caractère illicite de la décision d'adjudication et qui lui faciliterait ses démarches en vue d'obtenir la réparation d'un préjudice qu'elle imputerait à la décision critiquée si bien que la qualité pour recourir doit lui être reconnue (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 LPJA ; art. 15 et 16 LcAIMP).

1.2.3 S'agissant des conclusions prises par la recourante, il sied de relever que celle tendant à l'octroi du marché est irrecevable vu que seul le caractère illicite de l'arrêt entrepris peut encore être constaté par la Cour de céans, conclusion prise à titre subsidiaire par la recourante. Il en va de même lorsque l'intéressée requiert que le Tribunal cantonal contraigne le pouvoir adjudicateur à conclure un marché avec elle. Ce faisant, elle méconnaît que la conclusion du contrat ne peut être obtenue par la voie de l'exécution forcée (ATF 134 II 297 consid. 4.1 ; 129 I 410 consid. 3.4). En outre, la recourante vise à obtenir la réparation de son dommage qu'elle chiffre à 53 380 fr. 14 (9 303 fr. 40 [frais

engagés en lien avec la procédure d'adjudication] + 8 720 fr. 25 [dépens engagés en lien avec la procédure de recours] + 35 356 fr. 49 [gain manqué]). Elle ne formule toutefois aucune conclusion à cet égard ; cela à juste titre vu que c'est seulement dans un second temps, dans l'hypothèse où elle disposerait d'un jugement en constatation du caractère illicite de l'adjudication, qu'elle pourra, le cas échéant, réclamer des dommages-intérêts.

1.3 La recourante se plaint d'une violation de l'article 37 de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics (Omp ; RS/VS 726.100), lequel prévoit, tout comme l'article 14 AIMP, que le contrat ne peut être conclu avec l'adjudicataire qu'après l'écoulement du délai de recours et, en cas de recours, que si l'autorité de recours n'a pas accordé l'effet suspensif.

Dans le cas d'espèce, la décision d'adjudication a été notifiée aux soumissionnaires, par courrier A, le 27 avril 2021. Partant, le délai de recours de 10 jours n'est arrivé à échéance que le 10 mai 2021, au plus tôt. Or, le contrat a été signé prématurément par le pouvoir adjudicateur le 3 mai 2021, soit avant l'écoulement du délai de recours, et contresigné par l'adjudicataire le 10 mai 2021, alors qu'un recours avec demande d'effet suspensif était pendant auprès de la Cour de céans.

Le sort d'un tel contrat dans la procédure de marchés publics est, certes, une question controversée en doctrine (Peter Galli et al., *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd. 2013, 1326 ss, p. 664 ss ; Martin Beyeler, *Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag? Ein Vorschlag, der die Mitte sucht*, in : PJA 2009 p. 1141 ss ; Vincent Carron / Jacques Fournier, *La protection juridique dans la passation des marchés publics*, Contributions de l'Institut pour le droit suisse et international de la construction, Vol. 13, Fribourg 2002, p. 87 s. ; Peter Gauch, *Zur Nichtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages*, in : DC 1/1998, p. 119 ss ; Evelyne Clerc, *L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique*, thèse, Fribourg 1997, p. 574 ss ; Evelyne Clerc, *Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics*, in : PJA 1997 p. 804 ss). Il n'en demeure pas moins qu'il ne saurait être automatiquement frappé de nullité (art. 20 CO) lorsque que ni le contrat ni la loi – comme c'est le cas ici – ne prévoit une sanction aussi lourde. Le vice matériel réside non pas dans la conclusion prématurée du contrat, mais, le cas échéant, dans l'infraction aux règles et principes du droit des marchés publics, dont la réalisation a été établie dans le cadre d'une procédure de recours ce qu'il convient d'examiner ci-après (Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics du 15 février 2017, FF 2017 p. 1803).

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 AIMP et 16 LcAIMP ; RVJ 2017 p. 30 consid. 4).

1.5 La recourante a sollicité l'administration de plusieurs moyens de preuve. Le pouvoir adjudicateur a déposé son dossier si bien que la demande de la recourante en ce sens est satisfaite (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA). Celle-ci requiert également l'audition de A _____, B _____ et de C _____. Ces offres de preuve seront rejetées par appréciation anticipée de leur utilité (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA ; ATF 145 I 167 consid. 4.1). En effet, 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 les moyens de preuve proposés dont on ne perçoit au demeurant pas, au vu des allégués (53, 54 et 59) et des différentes écritures déposées en cause, quelles circonstances particulières et importantes pour l'issue du litige ils permettraient d'établir. Il n'y a dès lors pas lieu d'y donner suite.

2. Dans un premier grief, la recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendu sous l'angle de son droit à obtenir une décision motivée.

2.1 La jurisprudence a déduit de l'article 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), 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 l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa 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 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 droit des marchés publics, l'article 13 let. h AIMP demande que les dispositions d'exécution cantonales garantissent, en particulier, la motivation sommaire des décisions d'adjudication. L'article 34 al. 2 Omp répond à cette exigence en prescrivant que, sur demande, l'adjudicateur doit faire connaître dans les cinq jours au soumissionnaire les motifs principaux de sa non-prise en considération. 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 qu'il a lui-même fixées. En matière de motivation de la décision d'adjudication, ce principe ne prévoit rien de plus que les exigences topiques mentionnées par les dispositions précitées, en ce sens qu'il implique que ladite décision aboutisse à un résultat que les soumissionnaires puissent comprendre (ACDP A1 17 148 du 1^{er} décembre 2017 consid. 2.1 et A1 16 253 du 8 août 2017 consid. 4.2.1).

2.2 En l'occurrence, la recourante estime que l'absence totale d'explications de la part de l'adjudicateur quant à la différence de prix entre le montant offert (239 763 fr. 55) par l'adjudicataire et le montant corrigé (248 407 fr. 79) ne lui permettait pas de se déterminer sur le respect de la procédure d'adjudication. En outre, cette opacité pourrait laisser à penser à l'existence de rondes de négociation sur les prix et les prestations, prohibées par le droit des marchés publics, ou encore, à une modification du prix des prestations, par l'adjudicataire, après le dépôt de son offre. Enfin, d'après la recourante, la différence de prix pourrait aussi être liée au fait que l'adjudicataire ait potentiellement fourni de faux renseignements au moment du dépôt de son offre (art. 23 al. 1 let. b Omp) ou ait déposé une offre ne couvrant pas le prix de revient (art. 23 al. 1 let. g Omp), ce qui aurait dû mener à son exclusion.

Certes, les motifs qui ont permis au pouvoir adjudicateur de retenir un montant corrigé de l'offre de Z _____ SA de 248 407 fr. 79 (en lieu et place de 239 763 fr. 55) ne ressortent pas de la décision d'adjudication, ni du « tableau d'évaluation », non daté. Il n'en demeure pas moins qu'au cours de la procédure de recours, le pouvoir adjudicateur a dûment expliqué les raisons de cette différence de prix opérée au détriment de l'adjudicataire (cf. détermination du 30 juin 2021). En outre, il a répondu de manière circonstanciée aux griefs formulés par la recourante, laquelle a par la suite répliqué. Dès lors, même s'il faut considérer la motivation initiale comme insuffisante, la procédure de recours céans a guéri ce vice formel, qui n'aurait pas pu être qualifié de particulièrement grave (sur la question de la réparation du droit d'être entendu, cf. p. ex. ATF 137 I 195 consid. 2.3 et les réf. cit.). Il s'ensuit qu'en tout état de cause, ce grief n'est pas de nature à conduire à l'annulation de la décision attaquée et doit être rejeté.

2.3 La recourante soutient l'existence de rondes de négociation (art. 21 al. 1 Omp) dès lors que la direction des travaux a requis de l'adjudicataire une confirmation de ses prix. Elle y voit également une violation de son droit d'être entendue, faute d'avoir été informée de l'existence d'un tel échange de courriers.

2.3.1 En matière de marché public prévaut notamment le principe de l'intangibilité des offres (Peter Galli et al., *op. cit.*, n. 710, p. 312 s.), que l'article 14 al. 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 ; Jean-Michel Brahier, *Offre et contrat : vérification, épuration, rectification et négociation*, in : *Marchés Publics 2018*, Jean-Baptiste Zufferey/Martin Beyeler/Stefan Scherler [édit.], p. 279). 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 visée par l'article 11 let. c AIMP et rappelée à l'article 21 Omp (cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 2D_33/2019 du 25 mars 2020 consid. 2.1 et les citations). 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. 713 ss, p. 313 ss).

2.3.2 En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur a soutenu avoir constaté, après la publication de l'appel d'offres au B.O., que « les bacs de traitement ne pouvaient recevoir les segments de la passerelle soudés selon la variante zingage ». Il a dès lors arrêté le choix du revêtement anticorrosion à un traitement de surface à la peinture plutôt qu'au zingage à chaud jusqu'alors privilégié. Le document de soumission intitulé « Série de prix » a ensuite été adapté en conséquence, ce qui a impliqué l'abandon du poste 621 « Zingage à chaud » et la revue, à la hausse (de 950 m² contre 850 m²), des positions 643.211 et 671.101, déjà existantes, en option, dans le document « Série de prix » (état au 24 février 2021). La position 671.201, initialement en option, est restée à une unité. Ces modifications ont été transmises aux soumissionnaires par courriel du 2 mars 2021, soit avant le délai de remise des offres arrêté au 22 mars 2021 et n'ont suscité le dépôt d'aucun recours. Lors de l'analyse des offres, le pouvoir adjudicateur a constaté que Z _____ SA avait rempli le bordereau de prix original comprenant les deux systèmes de revêtement envisagés pour la passerelle (zingage et peinture). Il a ainsi requis de cette société qu'elle confirme ses prix unitaires relatives à un traitement par peinture, ce à quoi l'intéressée a donné suite le 2 avril 2021 en précisant ne pas avoir reçu la deuxième version de la soumission mentionnant que le traitement par zingage de la structure métallique avait été abandonné. Cela étant, elle a confirmé « les prix déposés pour les

positions 643.211, 671.101 et 671.201 » si bien que l'adjudicateur a corrigé la soumission de Z _____ SA en retirant la prestation de zingage (26 560 fr.) et en ajoutant les positions 643.211 (28 500 fr.), 671.101 (4 750 fr.) et 671.201 (1 500), mentionnées pour mémoire dans le montant offert, ce qui amenait à une différence – en défaveur de l'adjudicataire – de 8 644 fr. 25 (TVA et rabais de 2 % compris).

Il s'ensuit que l'adjudicataire n'a pas modifié le prix de ses prestations après le dépôt de son offre, ni fourni de faux renseignements. En outre, la différence de 8 644 fr. 25, laquelle peut être qualifiée de minime vu qu'elle ne représente qu'une variation de 3.6 % du montant offert ($[8\ 644\ \text{fr.}\ 25 \times 100] / 239\ 763\ \text{fr.}\ 55$), n'est pas destinée à permettre à l'adjudicataire de couvrir son prix de revient, mais uniquement fondée sur une erreur de calcul. L'opération de clarification menée par l'adjudicateur le 29 mars 2021 n'a pas entraîné de modifications matérielles des offres, à l'instar d'un changement des prix unitaires, si bien que le principe de l'intangibilité des offres n'a pas été violé. L'on cherche également en vain l'existence d'une violation du droit d'être entendu de la recourante à cet égard étant donné que la demande de confirmation de prix n'a pas eu pour conséquence de modifier le classement des soumissionnaires et ne révélait pas la moindre volonté de l'autorité adjudicatrice de favoriser Z _____ SA, dont le montant corrigé a été revu à la hausse. Enfin, la recourante ne soutient pas que l'adaptation opérée le 2 mars 2021 constituerait une modification importante du projet qui aurait nécessité la répétition ou le renouvellement de la procédure d'adjudication au sens de l'article 35 al. 2 let. c Omp. L'adjudicateur était dès lors libre de procéder à la rectification de l'offre de Z _____ SA sans violer l'article 21 Omp. Partant, les griefs sont rejetés.

3.1 En définitive, le recours est rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA), ce qui scelle également le sort du contrat conclu prématurément (Vincent Carron / Jacques Fournier, *loc. cit.*), même si l'on ne peut que fortement déplorer l'attitude du pouvoir adjudicateur qui a adopté une politique du fait accompli en signant le contrat avant l'expiration du délai de recours et en faisant exécuter les travaux alors même que l'effet suspensif avait été octroyé au recours.

3.2 Vu l'issue du litige, les frais de la cause sont mis à la charge de X _____ SA (art. 89 al. 1 LPJA), à qui les dépens sont refusés (art. 91 al. 1 LPJA *a contrario*).

3.3 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 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 3 000 fr., débours compris (art. 11 LTar).

3.4 Il n'est pas alloué de dépens à Y _____, qui n'a pas invoqué et encore moins motivé l'existence de circonstances particulières justifiant de déroger à la règle refusant les dépens aux autorités et organismes chargés de tâches de droit public qui obtiennent gain de cause (art. 91 al. 3 LPJA ; RVJ 1992 p. 75 ; ACDP A1 20 96 du 9 février 2021 consid. 5.2).

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais, par 3 000 fr., sont mis à la charge de X _____ SA.
3. Il n'est pas alloué de dépens.
4. Le présent arrêt est communiqué à Maître Thierry Amy, avocat à Lausanne, pour X _____ SA, à Maître Grégoire Dayer, avocat à Sion, pour Y _____ et à Z _____ SA, à Sion.

Sion, le 27 octobre 2021