

A1 21 107

ARRÊT DU 20 SEPTEMBRE 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**, représentée par Maître Daniel Guignard,

contre

SERVICE DE L'APPLICATION DES PEINES ET MESURES, 1951 Sion, autorité attaquée et **Y** _____ **SA**, tiers concerné, représentée par Maître Yannis Sakkas

(Adjudication & reg. profession)

recours de droit administratif contre la décision du 28 avril 2021

Faits

A. Par avis inséré le xxx 2020 au Bulletin officiel n° xxx du canton du Valais (p. xxx) ainsi que sur le site www.xxx.ch, l'Etat du Valais, par son Service d'application des peines et mesures (SAPEM), a lancé un appel d'offres, en procédure ouverte, en vue de trouver une entreprise capable d'assurer des missions de convoyage et de surveillance de détenus en garantissant un niveau de sécurité optimal pour une période allant du 1^{er} mars 2021 au 29 février 2024.

L'appel d'offres prévoyait quatre critères d'adjudication, à savoir le prix (30 %), l'expérience et la formation continue spécifique au mandat (30 %), l'organisation de la mise en route du mandat (30 %) et le système de qualité de l'entreprise (10 %), et deux critères d'aptitude, soit être au bénéfice d'une autorisation d'exploiter une entreprise de sécurité et celle d'engager du personnel.

Le cahier des charges (ci-après : CC) prévoyait que les critères d'adjudication étaient notés sur une échelle de 0 à 5 (0 constituant la plus mauvaise note et 5 la meilleure note) jusqu'au centième pour le prix et que la notation du prix serait effectuée de la sorte :

$$\left[\frac{\text{Coût offre min.}}{\text{Coût offre } x} \right]^2 \times 5.$$

S'agissant du critère prix, le CC prévoyait ce qui suit (ch. 4.3, p. 7) :

« Il est demandé à l'agence d'exprimer le prix en francs suisses, hors TVA.

Le soumissionnaire indiquera dans son offre le prix forfaitaire à l'heure (soit un prix pour horaire de jour, de nuit et de week-end ou de jours fériés) pour chaque catégorie de missions et pour d'éventuelles extensions ponctuelles d'horaires imposées par des besoins imprévus.

Les prix doivent inclure tous les frais (matériel, personnel, véhicules, assurances, téléphone, taxes inhérentes à la prestation RPLP, etc.) relatifs aux prestations demandées. Aucun coût supplémentaire ne pourra être demandé.

Le soumissionnaire s'engage à accorder à l'Etat du Valais, dans des circonstances comparables, les conditions dont bénéficient ses clients les plus favorisés. Le soumissionnaire doit s'engager sur un prix fixe pendant une durée de 3 ans. La facturation s'effectuera mensuellement ».

Le CC précisait encore sous le chapitre « exigences générales » (ch. 3.1, p. 3) que les missions de transport s'effectueraient entre les différents établissements pénitentiaires, les hôpitaux, les médecins ou toute autre mission prescrite à raison d'au minimum deux agents de sécurité par fourgon cellulaire. En outre, les besoins journaliers s'étendaient du lundi au vendredi, à l'exception des jours fériés, de 7h à 17h. S'agissant du volume du travail, une moyenne de 70 interventions par année pour environ 1 400 heures (véhicule cellulaire, 1-2 places) devait être pris en considération. Néanmoins, l'entreprise de sécurité devait faire preuve de flexibilité quant aux éventuelles modifications

ponctuelles d'horaires et accepter la compensation d'heures dans le cadre du nombre global d'heures mentionné.

Enfin, le dossier d'appel d'offres précisait que celles qui ne respectaient pas les critères d'aptitude ainsi que les conditions énoncées dans le CC seraient écartées (ch. 1, p. 1).

B. Le 28 décembre 2021 (date du sceau postal), X _____ SA (ci-après : X _____ SA) a adressé au SAPEM l'offre financière suivante (reproduction de la page 1 sur 2) :

OFFRE FINANCIÈRE

CONVOYAGE

Equipage de base

70 convoyages par an
Les demandes sont faites au plus tard 24h à l'avance

2 agents de 0700h à 1700h (CHF 58.00/h*)	CHF	81'200.00	par an
1 véhicule à CHF 1'750.00 / mois	CHF	21'000.00	par an
100 Kilomètres inclus par jour de service à CHF 700 / mois	CHF	8'400.00	par an
Total annuel pour 70 convoyages	CHF	110'600.00	

Equipage supplémentaire aux 70 de base

Les demandes sont faites au plus tard 48h à l'avance

2 agents de 0700h à 1700h (CHF 58.00/h*)	CHF	1'160.00
1 véhicule jusqu'à 100 Km par jour	CHF	250.00
Total par jour	CHF	1'410.00

GARDE DE PATIENT/DÉTENU

Ce service est par nature un service sur appel 24h/24h
Tarif à l'heure par agent

CHF 58.00*

Les bases de départ (lieux d'incorporation) de nos agents pour le Valais sont Visp, Sion et Aigle.
Des frais de déplacement à CHF 1.05/KM peuvent être facturés si la distance entre nos trois bases et le lieu de surveillance est supérieure à 10 Km.

Le début du service doit avoir lieu dans les deux heures suivant l'appel

Les services sont facturés 3h au minimum.

Une taxe de frais d'organisation de CHF 40.00 est valable lors de chaque commande.

*Pour les services entre 23.00 h et 06.00 h ainsi que les dimanches et jours fériés, les tarifs horaires sont majorés d'un supplément de 10% correspondant à la compensation légale du travail de nuit et du dimanche.

Tous les prix sont indiqués hors TVA.

CONDITIONS DE PAIEMENT

Le mandat est exécuté contre facture, établie mensuellement et payable à réception.

Le même jour, Y _____ SA a fait parvenir au SAPEM la proposition suivante :

Montant de l'offre.

Dans le prix de l'heure du transport de détenus, sont inclus les 2 agents de sécurité ainsi que le véhicule

Le déplacement de l'agent de surveillance, à Hôpital et Prison est inclus dans le prix.

	Transport détenu	Surveillance Hôpital	Surveillance Prison
Du lu au ve	230.-/heure	48.-/heure	48.-/heure
Le week-end	253.-/heure	52.80/heure	52.80/heure
La nuit(entre 22h et 6h)	253.-/heure	52.00/heure	52.80/heure

Effectif de 5 agents pour le transport de détenus

Effectif de 15 agents pour la surveillance de détenus en Hôpital ou Pénitencier

Nos montants sont Hors Tva de 7.7%

C. Le 5 janvier 2021, deux offres ont été ouvertes par le SAPEM en présence des représentants de Y _____ SA et de X _____ SA. Le procès-verbal d'ouverture des offres, reproduit ci-après, précise pour Y _____ SA qu'il faudra « calculer les totaux basés [sur] 1400 heures → transp. » et que le prix indiqué par X _____ SA s'entend pour « 70 convoys. Pour les suivants, prix [plus bas] ». En somme, il n'a pas été possible de définir l'offre la moins disante vu que « la calculation des totaux sera effectuée par le SAPEM ».

PROCES-VERBAL D'OUVERTURE DES OFFRES

SOUSSIONNAIRES	DATE DU SCEAU POSTAL	DATE DE RECEPTION	MONTANTS NETS CHF	OBSERVATIONS
[REDACTED]	28.12.2020	29.12.2020	TD 54 SP 230 48 48 253 52.8 52.8 253 52.00 52.8	→ à calculer les totaux basés sur 1400 heures → TRANSP.
[REDACTED]	28.12.2020	29.12.2020	110600 CHF 58 CHF / TH +10% ANUVE	Prix pour 70 convoys 0.5. Pour les suivants prix 0

La calculer les totaux basés sur 1400 heures pour le SAPEM

Le 22 janvier 2021, à 13h36, X _____ SA a écrit au SAPEM, ce qui suit :

« [...],

Nous avons suite à votre demande calculé le prix horaire pour deux agents de transport et le véhicule. En page 3 du cahier des charges il était précisé du LU au VE jours ouvrables entre 07:00 et 17:00. Vous demandez un calcul incluant les samedis, dimanches, jours fériés et nuits. Nous avons donc inclus ces divers paramètres dans le calcul.

Un équipage de deux personnes y compris véhicule (tout inclus, km, assurances, etc.) prix de l'heure CHF 219.50.- hors TVA.

Tous nos services sont facturés minimum 3 heures départ/retour bureau.

Un agent de surveillance garde de patient/détenu CHF 58.- hors TVA

Pour les services entre 23:00 et 06:00, ainsi que Dimanches et Jours Fériés majoration de 10% = CHF 63.80 hors TVA

J'espère avoir répondu à vos questions et reste à votre entière disposition pour toute question y relative. [...]

Le même jour, à 14h13, X _____ SA a requis que cet email soit supprimé, car une erreur l'entachait.

Le même jour toujours, à 15h10, X _____ SA a envoyé un courriel aux termes duquel « un équipage de deux personnes y compris véhicule (tout inclus, km, assurances, etc.) » se montait à 169 fr. 50/heure, hors TVA. Pour le reste, le contenu était en tout point identique à celui adressé préalablement à 13h36.

Egalement le même jour, à 16h27, X _____ SA a écrit au SAPEM, ce qui suit :

« [...],

Un équipage de deux personnes y compris véhicule prix de l'heure CHF 146.- hors TVA

Se décomposant comme suit : 2 agents x 58.- = 116.- plus véhicule annuel 21'000 : 700 = 30.-

Les Km seront facturés à part selon votre demande selon décompte réel à 1.25/km

Pour les services entre 23:00 et 06:00, ainsi que Dimanches et Jours Fériés majoration de 10% applicable que sur les heures = CHF 127.60

Tous nos services sont facturés minimum 3 heures départ/retour bureau.

Un agent de surveillance garde de patient/détenu CHF 58.- hors TVA

Pour les services entre 23:00 et 06:00, ainsi que Dimanches et Jours Fériés majoration de 10% = CHF 63.80 hors TVA

[...] ».

Le 28 janvier 2021, X _____ SA s'est adressée en ces termes au SAPEM :

« [...]

Pour faire suite à notre téléphone de ce matin je vous envoie la nouvelle calculation incluant les Km dans le tarif horaire.

Sur notre calculation d'appel d'offres les Km étaient facturés à CHF 8400.- par année.

8400 : 700 = 12.-

Ci-dessous les nouvelles calculations selon votre demande en incluant les KM.

Un équipage de deux personnes y compris véhicule prix de l'heure CHF 158.- hors TVA

Se décomposant comme suit :

2 agents x 58.- = 116.- plus véhicule annuel 21'000 : 700 = 30.- plus KM annuel 8400 : 700 = 12.-

Pour les services entre 23:00 et 06:00, ainsi que Dimanches et Jours Fériés majoration de 10% applicable que sur les heures = CHF 127.60 + 30.- + 12 = CHF 169.60 hors TVA

Tous nos services sont facturés minimum 3 heures départ/retour bureau.

Un agent de surveillance garde de patient/détenu CHF 58.- hors TVA

Pour les services entre 23:00 et 06:00, ainsi que Dimanches et Jours Fériés majoration de 10% = CHF 63.80 hors TVA

[...]»

D. Le 28 janvier 2021, le SAPEM a rédigé une note interne intitulée « Tableau explicatif des montants exprimés. Annexe au PV d'ouverture des offres relatives au dossier SIMAP n° xxx» aux termes de laquelle celui-ci a retenu que « sur la base du PV et de l'explication demandée auprès de X _____ SA suite à l'ouverture des offres en date du 5.01.21, [celle-ci] nous a détaillé les montants exprimés en tarif horaire forfaitaire tel que l'exigeait l'appel d'offre ». Le tableau suivant a ainsi été dressé :

Tableau des tarifs horaires forfaitaires des 2 soumissionnaires (prix hors TVA)

Entreprises	Plages horaires	Transport détenus	Surveillance détenus hôpital	Surveillance détenus prison
[REDACTED]	lu au ve	230 CHF/h	48 CHF/h	48 CHF/h
	week-end	253 CHF/h	52.80 CHF/h	52.80 CHF/h
	22h00 - 06h00	253 CHF/h	52 CHF/h	52.80 CHF/h
[REDACTED]	lu au sa	158 CHF/h	58 CHF/h	
	week-end	169.60 CHF/h	63.80 CHF/h	
	23h00 - 06h00	169.60 CHF/h	63.80 CHF/h	


Claude-Alain Roch
Adjoint et remplaçant du Chef de service

Le 29 janvier 2021, X _____ SA a demandé à un collaborateur scientifique du SAPEM s'il avait une « demande supplémentaire », ce à quoi l'intéressé a répondu par la négative.

Le 1^{er} février 2021, le SAPEM a transmis le « PV de l'ouverture des offres, ainsi qu'un tableau explicatif/récapitulatif des montants communiqués par Y _____ SA [recte : Y _____] et X _____ » aux soumissionnaires en précisant que la procédure d'adjudication poursuivait son cours et qu'elles seraient informées de la suite de la procédure en temps utile.

Le même jour, Y _____ SA s'est plainte d'une violation du principe d'intangibilité des offres et d'égalité de traitement dans la mesure où X _____ SA avait déposé une offre postérieure à l'ouverture des offres et pris en considération un kilométrage journalier de 120 km (recte : 100 km), « information importante » méconnue par Y _____ SA.

E. Le 12 mars 2021, le SAPEM a rédigé un rapport duquel il ressort notamment que « les prix exprimés dans l'offre de X _____ SA n'étaient pas forfaitaires » et que malgré la

possibilité octroyée à cette société de « présenter ses prix de manière conforme au document d'appel d'offres », celle-ci n'y avait pas donné une suite favorable étant donné que « les prix pour les deux missions (convoyage et surveillance) [n'étaient] pas exprimés en forfait horaire, car les frais supplémentaires suivants restent facturables : kilomètres, facturation d'au minimum 3 heures et frais d'organisation de CHF 40.- par commande. L'offre ainsi formulée ne respecte pas les exigences figurant dans le document d'appel d'offres et ne permet pas une comparaison avec la deuxième offre reçue ». Sur cette base, ce service a proposé au Conseil d'Etat d'exclure X _____ SA (art. 23 al. 1 let. c de l'ordonnance du 11 juin 2003 sur les marchés publics – Omp ; RS/VS 726.100) et d'adjuger le marché à Y _____ SA.

F. Par décision du 28 avril 2021, le Conseil d'Etat a décidé d'exclure X _____ SA de la procédure de passation. Le même jour, il a adjugé le marché « Convoyage de détenus et surveillance de détenus pour le SAPEM » à Y _____ SA.

G. Le 17 mai 2021, en sus de requérir à titre superprovisionnelle et provisionnelle l'octroi de l'effet suspensif, X _____ SA a recouru céans, sous suite de frais et de dépens, en prenant les conclusions suivantes :

« Principalement

- I. Le recours est admis.
- II. La décision rendue le 28 avril 2021 par le Conseil d'Etat du Canton du Valais excluant X _____ SA du marché de services « *Convoyage et surveillance de détenus* » (xxx n° ID xxx) est annulée.
- III. La décision rendue au plus tôt le 28 avril 2021 par le Conseil d'Etat du Canton du Valais adjugeant le marché de services « *Convoyage et surveillance de détenus* » (xxx n° ID xxx) à Y _____ SA est annulée.
- IV. La cause est renvoyée au Conseil d'Etat du Canton du Valais, respectivement au Département de la sécurité, des institutions et du sport, Service d'application des peines et mesures (SAPEM), pour qu'il procède à l'évaluation complète des offres respectives de X _____ SA, d'une part, et de Y _____ SA, d'autre part, et qu'il rende ensuite sur cette base une nouvelle décision d'adjudication.

Subsidiairement à la conclusion IV :

- V. La cause est renvoyée au Conseil d'Etat du Canton du Valais pour nouvelle décision au sens des considérants ».

Par ailleurs, invoquant de « nombreux secrets d'affaires », X _____ SA a exigé, dans sa lettre accompagnant son recours de droit administratif, que la pièce n° 11 demeure confidentielle.

Le 27 mai 2021, la Cour de céans a octroyé l'effet suspensif à titre préprovisionnel, en particulier en ce qui concernait la conclusion du contrat entre l'adjudicateur et l'adjudicataire.

Le 16 juin 2021, Y _____ SA a sollicité la levée de la restriction d'accès au dossier (pièce n° xxx). Elle a réitéré sa position le 22 juin suivant.

Le 24 juin 2021, le SAPEM a transmis le dossier de la cause.

Le 29 juin 2021, la Cour de céans, niant l'existence d'un éventuel secret d'affaires, a autorisé Y _____ SA à consulter l'intégralité du dossier.

Le même jour, le SAPEM, agissant pour le compte du Conseil d'Etat, a proposé tant le rejet de la requête d'effet suspensif que du recours.

Toujours le même jour, X _____ SA a maintenu son opposition quant à une éventuelle consultation par Y _____ SA de son offre (pièce n° xxx).

Le 19 juillet 2021, Y _____ SA a conclu, sous suite de frais et de dépens, au rejet de la requête d'effet suspensif et à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

Considérant en droit

1.1 L'exclusion 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 céans dans un délai de dix jours dès sa notification (art. 15 et 16 de la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics - LcAIMP ; RS/VS 726.1 ; art. 15 al. 1^{bis} let. d de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics - AIMP). Déposé le 17 mai 2021 contre la décision d'exclusion du 28 avril 2021, notifiée le 5 mai 2021 et reçue au plus tôt le lendemain, le recours intervient dans le délai légal (art. 16 al. 2 LcAIMP ; art. 80 let. b et 46 LPJA ; art. 78 al. 1 du Code suisse des obligations du 30 mars 1911 – CO ; RS 220).

1.2 Dans les affaires de marchés publics, l'intérêt digne de protection du recourant dépend en principe de ses chances d'obtenir l'adjudication, en cas d'admission des griefs qu'il formule (ATF 141 II 14 consid. 4.6 à 4.8 ; RVJ 2017 p. 30 consid. 2).

Le cas d'espèce est particulier, dans la mesure où le prononcé attaqué est une décision qui exclut l'offre de X _____ SA. En pareil cas, le soumissionnaire dont l'offre a été exclue doit, avant de critiquer l'adjudication du marché à un concurrent, chercher au préalable à établir que l'exclusion de son offre était illégale (art. 72 LPJA ; arrêt du Tribunal

fédéral 2D_34/2009 du 10 août 2009 consid. 4.3 ; ACDP A1 17 224 du 12 avril 2018 consid. 1.2). C'est ce qu'a fait la recourante, en formulant céans des griefs qui, s'ils étaient admis, amèneraient à conclure que l'adjudicateur n'était pas en droit d'exclure son offre et que celle-ci aurait dû être évaluée au même titre que celle de Y _____ SA. Dans la mesure où cette irrégularité serait de nature à donner gain de cause à X _____ SA, la qualité pour recourir à l'encontre de la décision d'exclusion 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).

1.3 Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs que le recourant 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).

1.4 Le pouvoir adjudicateur a déposé céans le dossier d'appel d'offres, les offres des soumissionnaires et les courriels échangés. Les demandes de la recourante en ce sens sont ainsi satisfaites (art. 80 al. 1 let. d, 56 al. 1 et 17 al. 2 LPJA).

2. La recourante invoque une constatation inexacte des faits pertinents, expliquant que son offre remplit en tous points les exigences figurant dans le document d'appel d'offres. En particulier, elle invoque l'inexistence de demandes écrites relatives à la correction de la présentation de son offre financière et réfute avoir présenté un prix horaire en sus duquel des frais supplémentaires (kilomètres, facturation minimum de 3 heures et frais d'organisation par commande) demeuraient facturables. Partant, elle conteste son exclusion sur la base de l'article 23 al. 1 let. c Omp.

2.1 A teneur de cette disposition, un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication lorsque, au moment du dépôt de son offre ou au moment de l'adjudication, son offre ne remplit pas les exigences figurant dans le document d'appel d'offres (let. c). Savoir si ces exigences sont ou non remplies implique donc de se référer audit document et, en l'occurrence, aux exigences fixées pour le critère prix (ch. 4.3, p. 7).

Ce chiffre imposait à chaque soumissionnaire de déposer une offre indiquant « le prix forfaitaire à l'heure (soit un prix pour horaire de jour, de nuit et de week-end ou de jour férié) pour chaque catégorie de missions et pour d'éventuelles extensions ponctuelles d'horaires imposées par des besoins imprévus ». De plus, les prix devaient inclure « tous les frais (matériel, personnel, véhicules, assurances, téléphone, taxes inhérentes à la prestation RPLP, etc.) relatifs aux prestations demandées. Aucun coût supplémentaire ne pou[vait] être demandé ».

2.2 La recourante se prévaut d'une constatation inexacte des faits fondée sur l'absence de demandes écrites du pouvoir adjudicateur de corriger la présentation de ses prix vu que seules des requêtes orales ont été formulées. Quand bien même il ressort du dossier que les explications requises par rapport au montant offert par la recourante l'ont été sous la forme d'entretiens téléphoniques – donc orales et non écrites comme mentionné à tort dans la décision attaquée –, l'on cherche en vain les conséquences de cette imprécision rédactionnelle sur l'issue du recours vu qu'une possibilité de clarifier son offre financière a été donnée à la recourante, ce qu'elle ne conteste pas.

2.3 La recourante conteste ensuite avoir présenté un tarif horaire en sus duquel des frais supplémentaires s'appliquaient (kilomètres, facturation minimum de 3 heures et frais d'organisation par commande). Cette allégation tombe à faux vu que la simple lecture de l'offre financière de la recourante du 28 décembre 2020 permet de retenir que « 100 Kilomètres [sont] inclus par jour de service à CHF 700 / mois » dans la prestation de convoyage et que, s'agissant de la mission de surveillance des détenus, en sus du tarif horaire par agent, des frais de déplacement supplémentaire pouvaient être facturés (1 fr.05/km) si la distance entre ses bases et le lieu de surveillance était supérieure à 10 kilomètres. En outre, ses services étaient facturés « 3h au minimum » et une taxe de frais d'organisation (40 francs) était perçue pour chaque commande.

Le seul fait que, dans ses « calculations successives », la recourante ne fait plus état, dans le volet "surveillance des détenus", d'une taxe de frais d'organisation, ni de frais de déplacement supplémentaire, ne permet pas de retenir que l'offre initiale répondait aux exigences de l'appel d'offres, car l'admettre reviendrait à cautionner une modification ultérieure de l'offre proscrite par la législation (art. 14 al. 1 Omp ; cf. *infra* consid. 3.1). Cette manière de faire se heurterait également au principe de l'intangibilité des offres (Peter Galli et al., *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd. 2013, n. 710), aux termes duquel une offre ne doit, en principe, s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2). Ainsi, une fois les délais de dépôt passés, le pouvoir adjudicateur ne peut accepter que certaines explications très limitées (art. 20 al. 1 Omp), 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. 23 consid. 2.3.3 et les réf. citées, notamment Peter Galli et al., *op. cit.*, n. 713 ss).

A cet égard, après avoir procédé à maintes « nouvelles calculations », la recourante a clarifié son offre financière initiale en précisant que le tarif horaire de 158 fr. (hors TVA) inclut la présence de deux agents (2 x 58 fr. = 116 fr.), la mise à disposition du véhicule (21 000 fr. / 700 = 30 fr.) et 100 km/journalier (8 400 fr. / 700 = 12 fr.). S'agissant du

service de surveillance, elle a rappelé que « tous [ses] services [étaient] facturés minimum 3 heures départ/retour bureau ».

Dans ces circonstances, l'autorité précédente n'a pas procédé à une constatation inexacte des faits en retenant que les exigences minimales requises par le dossier d'appel d'offres relatives à la présentation d'un prix forfaitaire à l'heure incluant tous les frais n'étaient pas remplies.

2.4 La recourante se base ensuite sur la note interne du SAPEM « Tableau explicatif des montants exprimés. Annexe au PV d'ouverture des offres relatives au dossier xxx n° xxx » aux termes de laquelle celui-ci a retenu que « sur la base du PV et de l'explication demandée auprès de X _____ SA suite à l'ouverture des offres en date du 5.01.21, [celle-ci] nous a détaillé les montants exprimés en tarif horaire forfaitaire tel que l'exigeait l'appel d'offre » pour démontrer qu'elle remplirait les exigences figurant dans le document d'appel d'offres et que son exclusion ultérieure serait contraire à la bonne foi. De plus, elle soutient qu'aucun frais supplémentaire ne ressortirait de ce tableau, ce qui permettrait de démontrer l'inexistence d'un tel poste.

2.4.1 Le principe de la bonne foi entre administration et administré, exprimés aux articles 9 et 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir, dans les relations de droit public, de toute attitude propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 138 I 49 consid. 8.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_39/2018 du 18 décembre 2018 consid. 3.1 ; cf. également Etienne Poltier, *op. cit.*, n. 52, p. 25 s).

2.4.2 En l'espèce, il apparaît que l'offre initiale violait gravement les exigences du document d'appel d'offres en prévoyant des frais supplémentaires clairement prohibés par ce dernier (« *prix forfaitaire à l'heure [...]. Les prix doivent inclure tous les frais [...]. Aucun coût supplémentaire ne pourra être demandé* », cf. ch. 4.3, p. 7) et ne permettait pas de comparer les offres rentrées si bien qu'il aurait été préférable, au regard du principe susvisé, de ne pas demander une correction de l'offre et de ne pas dresser un tableau comparatif manifestement incomplet. Quoi qu'il en soit, les interventions du SAPEM n'ont, pour autant, pas eu pour effet de rendre admissible l'amélioration de l'offre initiale en retranchant les frais supplémentaires que la recourante avait indiqués dans son offre initiale (kilomètres, facturation minimum de 3 heures et frais d'organisation par commande), car ce mode de faire équivaldrait à modifier de manière inadmissible une

offre postérieurement au délai de dépôt des offres. A cet égard, il peut être renvoyé à ce qui a été développé ci-avant. En outre, malgré la demande de clarification de l'offre initiale, l'entité adjudicatrice demeurait libre d'examiner les motifs d'exclusion jusqu'au moment de l'adjudication.

Au vu de ce qui précède, le pouvoir adjudicateur pouvait valablement retenir que l'offre initiale de la recourante ne répondait pas aux exigences de l'appel d'offres qui requéraient un prix forfaitaire à l'heure incluant tous les frais (matériel, personnel, véhicule, assurances, téléphone, taxes inhérentes à la prestation RPLP, etc.), ce qui entraînait l'exclusion de l'offre de l'intéressée. Le grief doit ainsi être rejeté.

3. La recourante reproche ensuite au pouvoir adjudicateur d'avoir fait preuve de formalisme excessif en décidant d'exclure son offre. A la suivre, « le non-retranchement de la mention [3h] n'a pas d'incidence sur la présentation des prix horaires forfaitaires offerts par la recourante, lesquels sont fermes, conformément aux exigences de l'appel d'offres ».

3.1 Il est conforme au but et à la nature de la procédure de marchés publics que la violation de certaines exigences de forme par un soumissionnaire puisse entraîner son exclusion du marché. Une telle conséquence ne se justifie toutefois pas en présence de n'importe quel vice affectant l'offre. Il faut en particulier y renoncer lorsque celui-ci est de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif visé par la prescription formelle violée (arrêt du Tribunal fédéral 2D_33/2018 du 13 novembre 2018 consid. 3.2 ; Peter Galli, *op. cit.*, n. 446). En effet, le principe qui interdit le formalisme excessif vaut également dans ce domaine du droit. Il s'agit d'un aspect particulier du déni de justice prohibé par l'article 29 al. 1 Cst. ; il est réalisé lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 145 I 201 consid. 4.2.1 ; RVJ 2017 p. 23 consid. 2.2).

Dans cette ligne, le droit cantonal valaisan prévoit que des erreurs évidentes, telles que des erreurs de calcul et d'écriture, sont corrigées (art. 19 al. 2 Omp) et que le pouvoir adjudicateur peut réclamer aux soumissionnaires des explications écrites relatives à leur aptitude et à leur offre (art. 20 al. 1 Omp). Cette interdiction du formalisme excessif ne saurait toutefois porter atteinte aux principes d'intangibilité des offres et d'égalité de traitement entre soumissionnaires qui limitent le droit de procéder à de telles corrections ou requêtes de précisions après le dépôt des offres. Ainsi, l'offre, écrite et complète, doit

être 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 al. 2 Omp.

3.2 En l'occurrence, la recourante se plaint à tort de la violation du formalisme excessif. Il faut en effet constater qu'elle a déposé une offre qui ne répond pas aux exigences du document d'appel d'offres vu qu'elle prévoit la facturation de frais supplémentaires (kilomètres, facturation minimum de 3 heures et frais d'organisation par commande) prohibés par ce dernier (cf. ch. 4.3, p. 7). Contrairement à ce que soutient la recourante, ce vice ne saurait être qualifié de véniel dans la mesure où il concerne un critère d'adjudication, à savoir le prix, pondéré à 30 %, et qu'il est susceptible d'engendrer des coûts supplémentaires et de modifier par là-même le tarif horaire. En outre, ce manquement ne saurait être corrigé après le dépôt des offres vu que cela reviendrait à modifier le contenu de l'offre déposée ce qui contreviendrait au principe de l'intangibilité des offres et serait, partant, illégal (cf. art. 14 al. 1 Omp ; RVJ 2017 p. 23 consid. 2.3.3 et les réf. cit. ; cf. *supra* consid. 2.3 et 3.1), ce d'autant plus que le CC mentionne explicitement que les offres ne respectant pas les critères d'aptitude ou les conditions du cahier des charges sont écartées. Partant, ce grief doit lui aussi être rejeté.

4. La recourante soutient encore, de manière toute générale, que Y _____ SA n'a aucune expérience dans le domaine querellé si bien qu'elle aurait dû être exclue et, au mieux, obtenir la note de 0. Dans la mesure où ce grief est étranger à la décision d'exclusion, objet du présent examen, il n'est pas recevable. En effet, l'intéressée a été valablement exclue de la procédure d'adjudication si bien qu'elle a perdu tout intérêt à contester la décision d'adjudication. Au surplus, le grief, insuffisamment motivé (art. 48 al. 2 LPJA, applicable par renvoi de l'article 80 al. 1 let. b LPJA), est contredit par les pièces au dossier qui font état de références dans le domaine de la surveillance et du transport (p. 356 s).

5.1 Entièrement mal fondé, le recours est rejeté (art. 80 al. 1 let. e et 60 al. 1 LPJA). La requête d'effet suspensif, devenue sans objet, est classée.

5.2 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*).

5.3 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).

5.4 Y _____ SA, qui obtient gain de cause et a pris une conclusion en ce sens, a droit à une indemnité de dépens (art. 91 al. 1 LPJA), à la charge X _____ SA. Cette indemnité est fixée à 3 500 fr. (TVA comprise ; art. 4, 27 et 39 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). En sus de l'indemnisation des débours de cette partie, fixés forfaitairement à 120 fr. (pour les frais de copies [50 cts par page : ATF 118 Ib 349 consid. 5] et de port [selon le tarif postal; cf. à ce sujet, RVJ 2002 p. 315]), ce montant tient compte de la valeur litigieuse du marché, supérieure à 100 000 francs, et de l'activité déployée par l'avocat de l'intéressée, travail qui a consisté essentiellement en la prise de connaissance du dossier, en la rédaction d'une réponse incluant une prise de position sur la requête d'effet suspensif (18 pages) et de diverses observations.

Par ces motifs, le Tribunal cantonal prononce

1. La requête d'effet suspensif est classée.
2. Le recours est rejeté.
3. Les frais, par 3 000 fr., sont mis à la charge de X _____ SA.
4. X _____ SA versera 3 500 fr. à Y _____ SA à titre de dépens.
5. Le présent arrêt est communiqué à Maître Daniel Guignard pour X _____ SA, à Maître Yannis Sakkas, pour Y _____ SA et, au Service de l'application des peines et mesures, à Sion.

Sion, le 20 septembre 2021