

BVGer B-2686/2022 vom 16. Januar 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-01-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2686_2022

FR: TAF B-2686/2022 du 16 janvier 2023

IT: TAF B-2686/2022 del 16 gennaio 2023

Regeste

Marchés publics

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1 ; arrêt du TAF B-6177/2008 du 25 novembre 2008 consid. 2.1, non publié aux ATAF 2008/61).

E. 1.1

Selon l'art. 1 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1), la présente loi s'applique à la passation de marchés publics par les adjudicateurs qui lui sont assujettis, que ces marchés soient soumis ou non aux accords internationaux. A teneur de l'art. 52 al. 1 let. b LMP, les décisions (cf. consid. 1.1.1) des adjudicateurs (cf. consid. 1.1.2) peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral lorsqu'elles concernent un marché portant sur des travaux de construction (cf. consid. 1.1.3) dont la valeur atteint la valeur seuil déterminante pour les procédures ouvertes ou sélectives (cf. consid. 1.1.4) et si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions visées à l'art. 10 LMP ni ne constitue un marché public visé à l'annexe 5 ch. 1 let. c et d LMP (cf. art. 52 al. 5 LMP ; cf. consid. 1.1.5).

E. 1.1.1

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours contre des décisions listées à l'art. 53 al. 1 LMP, notamment contre les décisions d'adjudication (cf. art. 53 al. 1 let. e LMP), comme c'est le cas en l'espèce.

E. 1.1.2

Cette décision doit ensuite émaner d'une autorité adjudicatrice soumise à la loi (cf. art. 4 LMP). En vertu de l'art. 4 al. 1 LMP, sont notamment soumises à la loi les unités de l'administration fédérale centrale (let. a). En l'espèce, il n'est pas contesté que l'Office fédéral des routes appartienne à l'administration fédérale centrale, de sorte qu'il revêt la qualité d'adjudicateur au sens de l'art. 4 al. 1 let. a LMP.

E. 1.1.3

Il n'est pas contesté en l'espèce qu'il s'agisse de travaux de construction au sens de l'art. 8 al. 2 let. a LMP. Il convient toutefois encore de déterminer si ceux-ci sont soumis aux accords internationaux. Les travaux de construction soumis aux accords internationaux sont listés à l'annexe 1 LMP. Est déterminant sur ce point le numéro de référence de la classification centrale provisoire des produits (CPC prov) établie par l'Organisation des Nations Unies (cf.

arrêt du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 1.5.2). In casu, l'appel d'offres fait référence aux catégories du CPV (Common Procurement Vocabulary) 45112000 « Travaux de fouille et de terrassement », 45233128 « Travaux de construction de carrefours giratoires », 45112700 « Travaux d'aménagement paysager », 45221113 « Travaux de construction de passerelles pour piétons », 45233120 « Travaux de construction de routes » qui correspondent aux numéros CPC prov 511 et 513 selon l'annexe 1, ch. 1 LMP et l'appendice I, annexe 6 de l'Accord GATT/OMC sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP 2012, RS 0.632.231.422), si bien qu'il s'agit de travaux de construction soumis aux accords internationaux.

E. 1.1.4

Il convient ensuite d'examiner si la valeur du marché public à adjuger atteint les seuils prescrits à l'art. 8 al. 4 LMP en lien avec l'art. 16 LMP et l'annexe 4 LMP.

E. 1.1.4.1

L'art. 8 al. 4 LMP prévoit que sont soumises aux accords internationaux et à la présente loi les prestations qui sont énumérées aux annexes 1 à 3 dont la valeur atteint les valeurs seuils indiquées à l'annexe 4, ch. 1. Pour les adjudicateurs visés à l'art. 4 al. 1 LMP, la valeur seuil pour les travaux de construction (valeur totale), en procédure ouverture ou sélective, se monte à 2 millions de francs (cf. ch. 2 de l'annexe 4 LMP) et à 8,7 millions de francs pour être soumis aux accords internationaux (cf. ch. 1.1 de l'annexe 4 LMP). Si la valeur du marché atteint uniquement la valeur seuil de 2 millions et pas celle de 8,7 millions, l'effet suspensif ne peut pas être accordé (cf. art. 52 al. 2 LMP). Lorsque la valeur totale de plusieurs travaux de construction visés à l'annexe 1, ch. 1 LMP qui sont nécessaires à la réalisation d'un même ouvrage atteint la valeur seuil déterminante pour l'application des accords internationaux, les dispositions de la présente loi qui régissent les marchés soumis aux accords internationaux s'appliquent. En revanche, lorsque ces travaux de construction ont chacun une valeur inférieure à 2 millions de francs et que leur valeur cumulée ne dépasse pas 20% de la valeur totale de l'ouvrage, ils sont soumis aux dispositions de la présente loi qui régissent les marchés non soumis aux accords internationaux (clause de minimis) (cf. art. 16 al. 4 LMP). L'estimation préalable que le pouvoir adjudicateur fait de la valeur du marché est l'élément déterminant pour apprécier si le seuil fixé par la loi et l'ordonnance est atteint (cf. arrêt du TAF B-985/2015 du 12 juillet 2015 consid. 2.4 et réf. cit.).

E. 1.1.4.2

En l'espèce, le marché litigieux - adjugé pour un prix de (...) francs (hors taxe) - porte sur des prestations de construction pour la réalisation d'une piste de chantier/itinéraire de déviation, de l'aménagement des zones de chantier, de la renaturation des ruisseaux et des mesures environnementales. Ces travaux s'inscrivent dans le cadre des travaux préparatoires au secteur le Locle Ouest du projet de contournement de la ville du Locle qui permettront à terme la construction des nouveaux aménagements routiers projetés (cf. ch. 2.6 publication SIMAP « Objet et étendue du marché »). Il s'ensuit que le montant total des travaux de construction du projet de contournement de la ville du Locle, dans lequel s'inscrit le marché en cause, dépasse incontestablement le seuil de 8,7 millions de francs. Le seuil déterminant pour l'application de la loi et des accords internationaux aux travaux de construction (cf. art. 8 al. 4 LMP) est dès lors franchi.

E. 1.1.5

Aucune des exceptions prévues par l'art. 10 LMP n'est, par ailleurs, réalisée en l'espèce. De même, le marché visé ne constitue pas un marché public figurant à l'annexe 5, ch. 1 let. c et d LMP (cf. art. 52 al. 5 LMP).

E. 1.1.6

Le marché en cause est ainsi soumis tant à la loi qu'aux accords internationaux ; le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour connaître du présent recours.

E. 1.2

La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la LMP et la LTAF n'en disposent pas autrement (cf. art. 55 LMP et art. 37 LTAF). Selon l'art. 56 al. 3 LMP, le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué dans la procédure de recours.

E. 1.3

Selon l'art. 48 al. 1 PA, a qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. L'intérêt digne de protection du soumissionnaire évincé est notamment reconnu lorsque celui-ci a été classé au deuxième rang derrière l'adjudicataire et qu'il aurait, en cas d'admission de son recours, disposé d'une réelle chance d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ; arrêt du TAF B-1511/2020 du 9 juin 2020 consid. 3.2). En l'espèce, d'après le tableau d'évaluation des offres, la recourante a obtenu le deuxième rang. De plus, en cas d'admission de son recours, au vu des griefs invoqués, la recourante disposerait d'une réelle chance d'obtenir le marché. Par conséquent, la recourante jouit d'un intérêt digne de protection à l'examen du bien-fondé de l'adjudication prononcée. La qualité pour recourir doit donc lui être reconnue.

E. 1.4

Les dispositions relatives à la représentation (cf. art. 11 al. 1 PA), au délai de recours (cf. art. 56 al. 1 LMP), à la forme et au contenu du mémoire de recours (cf. art. 52 al. 1 PA), ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (cf. art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées. Le recours est dès lors recevable.

E. 2

Par décision du 31 mai 2022, le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché de travaux de construction « NEB Contournement Le Locle - Travaux préparatoires LLO : piste et zones de chantier, renaturation des ruisseaux et mesures environnementales » au consortium intimé pour un prix de (...) francs (hors taxe). Déférant ladite décision devant le tribunal de céans, la recourante fait valoir que le prix total de l'offre du consortium intimé est « anormalement bas », l'écart de prix entre celle-ci et la moyenne des deux autres offres soumissionnées étant supérieur à 30%, à savoir 33.89%. Le caractère anormalement bas de l'offre du consortium intimé permettrait dès lors raisonnablement de douter du respect, par celui-ci, des exigences de l'appel d'offres. L'attribution du marché au consortium intimé consacrerait ainsi une violation du droit fédéral sur les marchés publics, à savoir des art. 38 al. 3 LMP, en relation avec 44 al. 2 let. c LMP, et 44 al. 1 let. b LMP, de sorte que son offre aurait dû être exclue.

E. 3.1

L'art. 38 al. 3 LMP prévoit ce qui suit : « L'adjudicateur qui reçoit une offre dont le prix total est anormalement bas par rapport aux prix des autres offres doit demander les renseignements utiles au soumissionnaire afin de s'assurer que les conditions de participation sont remplies et que les autres exigences de l'appel d'offres ont été comprises. » L'art. 44 LMP indique, quant à lui, que : 1 « L'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication, le radier d'une liste ou révoquer une adjudication s'il est constaté que le soumissionnaire, un de ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier : b. remet une offre ou une demande de participation qui est entachée d'importants vices de forme ou qui s'écarte de manière importante des exigences fixées dans l'appel d'offres. » 2 « L'adjudicateur peut également prendre les mesures mentionnées à l'al. 1 lorsque des indices suffisants laissent penser en particulier que le soumissionnaire, un de ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier : c. remet une offre anormalement basse, sans prouver, après y avoir été invité, qu'il remplit les conditions de participation, et ne donne aucune garantie que les prestations faisant l'objet du marché à adjuger seront exécutées conformément au contrat. »

E. 3.2

L'art. 38 al. 3 LMP définit l'offre anormalement basse (« ungewöhnlich niedriges Angebot ») comme étant l'offre dont le prix total est anormalement bas par rapport aux prix des autres offres. L'on peut également s'inspirer de la définition rapportée par Flamme et al. selon laquelle : "est anormalement basse l'offre dont l'anormalité d'abord simplement suspectée se trouve ensuite confirmée par l'incapacité de l'entreprise intéressée de justifier le ou les prix suspecté(s), soit par une originalité technique, soit par les conditions exceptionnellement favorables dont elle dispose pour exécuter le marché" (Maurice-André Flamme et al., Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 6e éd. 1996-1997 Bruxelles, p. 999 ; cf. RDAF 2002 I p. 526, 542). En tout état de cause, la notion d'offre anormalement basse est une notion juridique indéterminée dont la concrétisation est sujette à un large pouvoir d'appréciation de la part de l'autorité adjudicatrice (cf. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd. 2013, ch. 1117 p. 519). Une offre dont le prix est anormalement bas ne pose en soi aucun problème au regard du droit des marchés publics (cf. Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics [FF 2017 1695], p. 1798 ; ATAF 2011/40 consid. 4.5), le soumissionnaire étant en principe libre de calculer le prix de son offre comme il l'entend (cf. ATF 143 II 553 consid. 7.1 ; arrêt du TF 2D_34/2010 du 23 février 2011 consid. 2.4 et réf. cit. ; décision incidente du TAF B-4969/2017 du 28 mars 2018 consid. 6.3.4). Néanmoins, l'art. 38 al. 3 LMP - qui correspond à l'art. 25 al. 4 de l'ancienne ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (aOMP, RO 1996 518), dont la formulation était toutefois potestative, et est fondé sur l'art. XV par. 6 AMP 2012 - exige désormais de l'adjudicateur qui reçoit une offre à un prix anormalement bas, par rapport aux autres offres, à demander au soumissionnaire s'il remplit les conditions de participation et s'il a compris les modalités du marché. Si le soumissionnaire ne peut garantir le respect des conditions de participation, ou le garantir de manière convaincante, ni balayer les doutes éventuels quant à l'exécution de la prestation, au prix proposé, conformément à l'appel d'offres (absence d'aptitude, non-respect des conditions de l'appel d'offres, modification des documents d'appel d'offres, etc.), son offre peut être exclue en application de l'art. 44 al. 2 let. c LMP ou moins bien notée pour cette raison mais non en raison du prix bas (cf. FF 2017 1695, 1798 ; ATF 143 II 553 consid. 7.1 ; décision incidente du TAF B-4969/2017 précitée consid. 7.1 ; Galli/Moser/Lang/Steiner,

op. cit., ch. 1112 ss p. 516 ; Daniela Lutz, Angebotspreis : Kalkulationsfreiheit und die Schranken, in : Zufferey/Stöckli [éd.], Aktuelles Vergaberecht 2014, p. 295 ; Claudia Schneider Heusi, Anbieter, Offerten, Kriterien, 2020, p. 33). Le droit des marchés publics n'interdit donc pas l'adjudication d'un marché à un prix inférieur au prix de revient de la prestation, pourvu que l'on puisse raisonnablement admettre que le marché sera correctement exécuté ; il en va de même si une offre comporte de nombreuses positions à 0 franc (cf. arrêt du Tribunal cantonal valaisan A1 16 85 du 16 septembre 2016 consid. 4.2). Il s'agit donc essentiellement, pour le pouvoir adjudicateur, de vérifier que l'auteur de l'offre est bien en mesure de fournir effectivement les prestations demandées (cf. Etienne Poltier, La procédure de soumission, in : Droit des marchés publics 2014, ch. 313 p. 195). Ainsi, en présence d'une offre anormalement basse, il ne suffit pas de demander au soumissionnaire s'il confirme les prix proposés mais il faut également l'enjoindre de les justifier et, à défaut de réponse satisfaisante à de telles questions ou laissant apparaître un risque d'insolvabilité, prononcer une sanction d'exclusion (cf. ATF 141 II 353 consid. 8.3.2, 130 I 241 consid. 7.3 et 7.4).

E. 3.3

Une offre peut également être exclue, en application de l'art. 44 al. 1 let. b LMP (cité sous consid. 3.1 ci-dessus), si elle s'écarte de manière importante des exigences fixées dans l'appel d'offres. Il en va ainsi d'une offre incomplète sur un point essentiel ou qui s'écarte significativement des conditions figurant dans les documents d'appel d'offres ou émet des réserves sur certaines règles fixées par l'adjudicateur. De telles offres doivent être traitées de manière stricte dans l'intérêt de la comparabilité des offres et du respect du principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (cf. Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., ch. 470 p. 209). Il en va de même si le pouvoir adjudicateur établit des règles sur les positions dans lesquelles les soumissionnaires doivent proposer telles ou telles prestations ; ces règles sur la formation des prix, indépendamment de la réponse à la question de savoir si l'on est en présence d'une spéculation, déterminent la conformité d'une offre à l'appel d'offres (cf. arrêt du TAF B-7216/2014 du 18 mars 2020 consid. 8.2.1 et réf. cit.).

E. 3.4

En présence d'un motif d'exclusion, l'art. 44 LMP prévoit que le pouvoir adjudicateur « peut » exclure un soumissionnaire de la procédure. L'exclusion n'est donc pas automatique ; elle relève de la marge d'appréciation du pouvoir adjudicateur. Toutefois, lorsqu'un cas d'exclusion est destiné à réaliser un but essentiel du droit des marchés publics, le pouvoir adjudicateur ne jouit que d'un pouvoir limité de renoncer à l'exclusion (cf. ATF 143 II 425 consid. 4.4.3 et 4.6 ; Etienne Poltier, Le prix, in : Marchés Publics 2016, p. 190). En tout état de cause, la faculté laissée à l'adjudicateur d'exclure un candidat ou d'écarter son offre doit respecter les principes de proportionnalité et de prohibition du formalisme excessif, quel que soit le motif d'exclusion (cf. arrêt du TF 2C_782/2012 du 10 janvier 2013 consid. 3 et réf. cit. ; FF 2017 1695, 1808). Un motif d'exclusion doit donc revêtir une certaine gravité. Il en est ainsi lorsque l'égalité de traitement entre l'offre défectueuse et les autres offres ne peut plus être garantie. Une exclusion serait en revanche disproportionnée ou excessivement formaliste lorsque l'écart entre l'offre et les exigences de l'appel d'offres n'a qu'un caractère marginal et une importance insignifiante sous l'aspect du rapport entre le prix et la prestation (cf. arrêts du TF 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 3.3 et 2C_665/2015 du 26 janvier 2016 consid. 1.3.3 et réf. cit.). Pour certains défauts qu'elle ne considère ni comme mineurs ni comme particulièrement graves, la jurisprudence a créé une

zone intermédiaire dans laquelle l'adjudicateur est libre de prononcer l'exclusion du soumissionnaire ou d'y renoncer et, dans ce cas, de remédier au défaut dans le cadre de l'épuration des offres (cf. Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., ch. 453 p. 203).

E. 3.5

L'ancien droit prévoyait que l'adjudicateur rectifiait les offres du point de vue technique et comptable de manière uniforme de façon à ce qu'elles puissent être comparées objectivement (cf. art. 25 al. 1 aOMP).

E. 3.5.1

L'art. 38 al. 1 LMP prévoit, quant à lui, que seules les erreurs manifestes de calcul peuvent être corrigées d'office (épuration comptable), à savoir les opérations arithmétiques erronées, portant sur des valeurs correctes figurant dans l'offre. De telles erreurs de calcul manifestes doivent être clairement distinguées des erreurs de calcul intentionnelles ou commises par négligence ainsi que des erreurs touchant les prix unitaires indiqués par le soumissionnaire. Dans ces cas-là, toute rectification d'office est illicite (cf. FF 2017 1695, 1797).

E. 3.5.2

Selon l'art. 38 al. 2 LMP, l'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires de donner des explications sur leurs offres. Or, si l'adjudicateur est autorisé à prendre contact avec les soumissionnaires, c'est avant tout pour effectuer une épuration (« Bereinigung ») technique des offres, à l'instar de ce que prévoyait l'ancien droit (cf. Jean-Michel Brahier, *Offre et contrat : vérification, épuration, rectification et négociation*, in : *Marchés publics 2018*, ch. 44 p. 293). L'épuration technique des offres, qui peut prendre plusieurs formes, consiste à corriger les offres en raison des manquements qu'elles contiennent, sans modifier leur contenu matériel à cette occasion. L'adjudicateur peut ainsi rectifier les offres afin de pouvoir les comparer objectivement avec le contenu des autres offres, en particulier au niveau des données déterminantes pour le rapport qualité-prix. Par exemple, des erreurs évidentes d'écriture (autres que celles de calcul) peuvent être corrigées par ce biais (cf. FF 2017 1695, 1797 ss). L'adjudicateur peut également demander des explications ou des clarifications lorsqu'une offre présente des ambiguïtés, des incertitudes ou un manque de précision. L'adjudicateur peut enfin devoir adapter une offre qui ne correspond pas strictement aux exigences de l'appel d'offres, afin qu'elle puisse être comparée avec les autres offres, puis évaluée. L'adjudicateur peut à cet égard corriger les effets d'une mauvaise compréhension de l'offre par un soumissionnaire, par exemple en supprimant une plus-value sans objet (cf. Brahier, op. cit., ch. 41 ss p. 290 ss). L'art. 38 al. 2 LMP ne modifie ainsi pas la pratique du tribunal selon laquelle il est en principe interdit de modifier, compléter ou corriger les offres une fois le délai pour les déposer échu (principe de l'intangibilité de l'offre à l'échéance du délai [« Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote »] ; cf. ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 ; arrêts du TAF B-4157/2021 du 24 janvier 2022 consid. 3.3.5.3, B-614/2018 du 17 juillet 2018 consid. 4.4.1 et 4.5.1 et B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 8.2.1). L'offre constitue en effet l'expression ferme, précise et définitive de la volonté du soumissionnaire qui ne nécessite plus que l'acceptation du pouvoir adjudicateur pour que le contrat soit formé. Elle a forme obligatoire. Par conséquent, l'appréciation des offres s'effectue en principe sur la base des projets tels qu'ils ont été déposés. La modification de l'offre, intervenue après le délai de remise, est en principe sanctionnée par l'exclusion (cf. Olivier Rodondi, *Les délais en droit des marchés publics*, in : *RDAF 2007 I p. 287*). La distinction entre ce qui relève de la

correction des erreurs et de la clarification des offres (admissibles) et ce qui ressortit à la modification des offres contraire au principe de l'intangibilité peut toutefois se révéler délicate (cf. ATF 141 II 353 consid. 8.2.2). A tout le moins, l'opération de clarification ne doit pas entraîner de modifications matérielles des offres, à l'instar d'une modification des prix, de l'octroi de remises ou rabais nouveaux, ou de modifications du contenu de la prestation offerte ou des modalités de son exécution. Le contenu matériel de l'offre, soit les prestations offertes pour un certain prix, ne doit pas être modifié (cf. Brahier, op. cit., ch. 43 p. 292). En particulier, le pouvoir adjudicateur ne peut pas demander au soumissionnaire de modifier son offre si celle-ci ne respecte pas une exigence du cahier des charges. Il s'agit en dernier ressort d'empêcher des comportements interdits, qui, pour le moins, éveillent le soupçon que certains soumissionnaires bénéficient d'avantages indus (cf. arrêt du TF 2D_33/2019 du 25 mars 2020 consid. 3.1 ; Martin Beyeler, *Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz*, 2004, p. 224).

E. 3.6

A noter encore, in casu, que le ch. 2.12 de la publication SIMAP prévoit que les offres déposées doivent être complètes ; les offres partielles ne sont pas valables et seront éliminées. De même, il n'est pas autorisé d'apporter des modifications dans le texte des documents d'appel d'offres. Le ch. 2.11 exclut quant à lui le dépôt de variantes.

E. 4.1

En l'espèce, usant de son large pouvoir d'appréciation, le pouvoir adjudicateur n'a pas considéré l'offre du consortium intimé comme anormalement basse. Il a en effet exposé qu'il n'était pas rare, dans la pratique, que l'écart entre le prix de l'offre de l'adjudicataire et celui de l'offre du soumissionnaire arrivé en deuxième position soit de plus de 30%, de même que l'écart entre l'offre de l'adjudicataire et la moyenne des autres offres soit de près de 30% ou plus. Il a ajouté que l'écart entre le prix de l'offre du consortium intimé et le prix qu'il a lui-même estimé - qui est le prix considéré comme le juste prix du marché - était de seulement 18%. Néanmoins, il a souhaité clarifier l'offre du consortium intimé en application de l'art. 38 al. 3 LMP (cité sous consid. 3.1 ci-dessus) et a, à cet égard, déposé douze demandes de clarification auprès du consortium intimé puis, à la réception des réponses de celui-ci, trois autres demandes. Il a également fait procéder à 38 analyses de prix. Ces démarches lui auraient ainsi permis de s'assurer que le consortium intimé remplissait les conditions de participation - ce qui n'est en l'occurrence nullement contesté. Celui-ci lui aurait en outre donné les garanties que les prestations faisant l'objet du marché à adjuger seraient exécutées conformément aux exigences de l'appel d'offres et aux prix indiqués dans l'offre. En effet, à chacune des demandes de clarification, le consortium intimé aurait confirmé pouvoir réaliser les prestations mises en soumission au prix indiqué dans son offre. Celles-là auraient ainsi permis d'écarter tout doute possible sur la bonne compréhension de l'offre du consortium intimé et de lever quelques incohérences qui auraient toutes été traitées sans incidence sur le coût final annoncé. Cette opération de clarification n'aurait ainsi entraîné aucune modification matérielle de l'offre quant au prix, au contenu de la prestation et au mode de procéder qui sont restés les mêmes. Tout au plus, il n'aurait fait que corriger des erreurs manifestes et/ou involontaires, qui ne constituaient pas, en tous les cas, d'importants vices de forme ou écarts par rapport aux exigences fixées dans l'appel d'offres de nature à justifier une exclusion. Il a encore ajouté que les différences de prix entre l'offre du consortium intimé et celle de la recourante pour les trois CAN 211, 113 et 223 (qui font l'objet des demandes de clarification ci-après) s'élèvent à (...) francs.

Aussi, même si l'on annule cette différence, l'offre du consortium intimé reste la moins chère, dès lors que ce montant est inférieur à l'écart entre les deux offres, à savoir (...) francs et le nombre de points de la recourante demeure inférieur à celui du consortium intimé - ce qui n'est pas contesté.

E. 4.2

Après que le tribunal de céans a accordé à la recourante un accès au dossier d'adjudication, conformément aux prescriptions du pouvoir adjudicateur (cf. let. H ci-dessus), celle-ci a fait valoir que le consortium intimé aurait soumis son offre à des conditions non prévues dans l'appel d'offres et à des réserves, modifiant par là même, et sans droit, le texte des documents d'appel d'offres. L'offre du consortium intimé aurait en outre été partielle, en ce sens qu'elle n'aurait pas proposé toutes les prestations attendues ou d'une manière non prévue par le pouvoir adjudicateur, soumettant ainsi une variante (interdite) au pouvoir adjudicateur, sans prévoir la prestation de base. Elle n'aurait pas davantage observé les règles sur la formation des prix. Aussi, dès lors qu'elle ne respectait pas les exigences fixées dans l'appel d'offres, et compte tenu du nombre de manquements et de leur importance financière, l'offre du consortium intimé aurait dû être exclue. Au lieu de cela, le pouvoir adjudicateur aurait, de manière contraire au droit, autorisé le consortium intimé à modifier son offre afin qu'elle corresponde aux exigences de l'appel d'offres.

E. 5

Ceci étant, il y a lieu d'examiner ci-après si l'offre du consortium intimé a été modifiée, après son dépôt, en violation du droit sur les marchés publics et si, le cas échéant, elle aurait dû être exclue.

E. 5.1

Selon la recourante, le consortium intimé aurait notamment modifié son offre en lien avec les prestations de transports et les taxes de décharge des matériaux (consid. 5.1.1), le moyen de transport des matériaux (consid. 5.1.2), la fourniture d'un modèle numérique 3D (consid. 5.1.3), les conditions d'intervention en cas de crues et d'interruptions de travaux (consid. 5.1.4), l'installation de la zone de stockage des matériaux pollués (consid. 5.1.5), la subdivision de l'ouvrage (consid. 5.1.6), les prestations d'implantations diverses de géomètre (consid. 5.1.7), les prestations de l'enrobé (consid. 5.1.8), les prestations de sismographie (consid. 5.1.9) et l'accès aux zones de travail (consid. 5.1.10).

E. 5.1.1

Il ressort de l'annexe 18c pt 8 « Clarification de l'offre » du critère C5 (Qualité/Plausibilité de l'offre) de l'offre du consortium intimé ce qui suit en lien avec les prestations de transports et les taxes de décharge des matériaux, pour lesquelles il devait fournir un prix : CAN 171 pos. 712.401 et CAN 211 pos. 711.213, 731.295, 751.113 et 751.145 : « Notre prix est valable pour une taxe de décharge de type A, pour du matériel dont le taux de matières sèches est supérieur à 75%. » CAN 171 pos. 712.402 et CAN 211 pos. 751.141 : « Notre prix est valable pour une taxe de décharge de type B, pour du matériel dont le taux de matières sèches est supérieur à 80%. » La quatrième demande de clarification adressée par le pouvoir adjudicateur au consortium intimé sur ce point précise notamment que le descriptif des positions de la série de prix du dossier d'appel d'offres ne mentionne expressément pas de proportion de matières sèches ou humides présente dans les matériaux à transporter ou à évacuer puis pose la question suivante au consortium intimé, à laquelle celui-ci répond de manière affirmative : « A la connaissance des conditions locales

préexistantes de sols et des mesures prises pour lessiver partiellement les eaux présentes dans les matériaux d'excavation stocké provisoirement sur le chantier, le consortium est-il en mesure de confirmer que les prix unitaires proposés sont et resteront valables pendant toute la durée du chantier, quel que soit le pourcentage de matière sèche ou humide ? » « oui »

E. 5.1.1.1

Le pouvoir adjudicateur a relevé que le pourcentage de matières sèches indiqué dans l'offre du consortium intimé correspond en principe aux exigences de la plupart des décharges, dès lors que celles-ci se trouvent sur des terrains en pente. Le consortium intimé n'a ainsi fait que reprendre les exigences mentionnées par les décharges. Dans tous les cas, c'est bien celui-ci et non le maître de l'ouvrage qui prend le risque de devoir payer une taxe plus élevée ou de devoir assumer les frais d'un éventuel assèchement sur des places étanches. Le consortium intimé relève quant à lui que, techniquement, compte tenu des conditions de reprise des gravats par les décharges, les termes de son offre ne pouvaient être différents. En outre, ses réponses tiennent compte du dossier d'appel d'offres dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a prévu des places de séchage des matériaux avant leur évacuation. Le fait que cette modalité ait été proposée dans le dossier d'appel d'offres achève en effet de démontrer que son offre est complète et tient compte de l'ensemble des contraintes imposées. Il ne fait que confirmer qu'il pourra effectivement fournir les prestations visées au prix indiqué.

E. 5.1.1.2

Il suit de ce qui précède que, quelles que soient les justifications du pouvoir adjudicateur et du consortium intimé quant aux taux de matières sèches indiqués dans l'offre litigieuse, il n'en demeure pas moins que celui-ci a bel et bien subordonné le prix offert, respectivement l'exécution de la prestation, à une condition non prévue dans le dossier d'appel d'offres, raison pour laquelle le pouvoir adjudicateur lui a demandé de la supprimer. Il ressort également de ce qui précède que l'évacuation en décharge de matériaux plus humides est plus chère. Aussi, en acceptant de confirmer le prix déposé, indépendamment du taux de matières sèches, l'offre du consortium intimé devient économiquement plus avantageuse. La prestation offerte, pour le prix soumissionné, est étendue.

E. 5.1.2

Il ressort de l'offre du consortium intimé (annexe 18c pt 8) ce qui suit en lien avec le moyen de transport des matériaux contaminés et pollués type B et E en décharge, sans taxe, pour lequel il devait fournir un prix : CAN 211 pos. 731.291, 731.292-MD : « Notre prix tient compte de camions types semi-remorques de 40 to avec une charge minimale de 24 tonnes par voyages. » Dans le cadre de sa cinquième demande de clarification, le pouvoir adjudicateur a posé la question suivante : « Le consortium confirme-t-il le prix unitaire déposé quel que soit le moyen de transport utilisé et le chargement par voyage et retire-t-il ses conditions mentionnées dans son offre à l'annexe 18c, point 8 « Clarification de l'offre » du critère C5 ? » « oui »

E. 5.1.2.1

Le pouvoir adjudicateur relève sur ce point que le consortium intimé est libre dans la gestion de l'évacuation de ses déchets et peut décider de les regrouper sur des surfaces permettant qu'ils soient évacués par la suite au moyen de camions de 40 tonnes. Le fait d'avoir prévu dans l'offre l'évacuation de ces déchets au moyen de camions de 40 tonnes est tout à fait envisageable et n'a pas eu d'impact financier. Il n'y a donc eu aucune modification

de l'offre. La clarification a permis au maître de l'ouvrage d'écarter toute éventuelle revendication ultérieure du consortium intimé selon laquelle les véhicules ne seraient pas utilisés en pleine charge.

E. 5.1.2.2

Ici également, le consortium intimé a subordonné le prix offert, respectivement l'exécution de la prestation, à des conditions non prévues dans le dossier d'appel d'offres, conditions que le pouvoir adjudicateur lui a demandé de « retirer ». En confirmant le prix offert, indépendamment du moyen de transport utilisé et du chargement par voyage, et donc en renonçant à « toute éventuelle revendication ultérieure », l'offre du consortium intimé est désormais économiquement plus avantageuse, respectivement la prestation offerte, pour le même prix, est étendue.

E. 5.1.3

Il ressort de l'offre du consortium intimé (annexe 18c pt 8) ce qui suit en lien avec la fourniture d'un modèle numérique 3D : CAN 211 et 213 : « L'ensemble de nos prix de terrassement et remblais tiennent compte de la fourniture gratuite d'un modèle numérique 3D du projet complet, ainsi que des points fixes nécessaires à leur utilisation. » CAN 221 : « L'ensemble de nos prix de terrassement, remblais et couche de fondation tiennent compte de la fourniture gratuite d'un modèle numérique 3D du projet complet, ainsi que des points fixes nécessaires à leur utilisation. » Dans le cadre de sa sixième demande de clarification, le pouvoir adjudicateur a interpellé le consortium intimé en ces termes : « Le consortium confirme-t-il son prix déposé pour tous les articles précités sans tenir compte de la fourniture du modèle numérique 3D. Les documents fournis correspondent aux standards pour ce type de travaux. Aucun modèle 3D ne sera fourni. Le consortium confirme-t-il son prix déposé ? » « oui »

E. 5.1.3.1

Selon le pouvoir adjudicateur, il n'est pas exclu que le consortium intimé décide de réaliser les travaux en se procurant un modèle numérique 3D. Dans un tel cas, selon ses propres estimations, la fourniture d'un modèle numérique 3D devrait coûter au prénommé 10'520 francs, ce qui ne représenterait que le (...) % du montant total de l'offre. Selon le consortium intimé, l'utilisation du modèle numérique 3D a été confirmée, sans modification de prix, dans les questions-réponses. Il n'y a donc pas eu de modification de l'offre dans la mesure où l'usage d'un tel outil a été intégré dans l'offre initiale et constitue une pratique courante dans la construction.

E. 5.1.3.2

Le tribunal ne saurait suivre les explications fournies ci-dessus par le consortium intimé dès lors que son offre tenait compte de la « fourniture gratuite d'un modèle numérique 3D » ; celui-ci n'a donc pas été intégré dans l'offre. Partant, ici aussi, le consortium intimé a modifié les documents d'appel d'offres en demandant la mise à disposition gratuite d'un modèle numérique 3D que le pouvoir adjudicateur n'avait pas prévue. En confirmant le prix déposé sans bénéficier de cette prestation gratuite, son offre est désormais économiquement plus avantageuse, dès lors qu'il devra se le procurer à ses frais. S'il y renonce, ce sont les modalités d'exécution de sa prestation qui s'en trouvent modifiées.

E. 5.1.4

Il ressort de l'offre du consortium intimé (annexe 18c pt 8) ce qui suit en lien avec les conditions d'intervention en cas de crues et d'interruptions de travaux : CAN 113 pos. 111.005 : « Ne pouvant pas anticiper à l'avance le nombre d'interruptions des travaux pour des raisons météorologiques, nous avons admis 5hrs d'équipe. Cette prestation devra être rémunérée selon les bulletins de régie. » La deuxième demande de clarification y relative précise que : « Dans les conditions particulières du DAO, l'article no R294.100 mentionne : la rémunération et les prix incluent toutes les prestations citées dans le dossier d'appel d'offres et nécessaires pour l'exécution du contrat. Modifications de quantités : la norme SIA 118, éditions 2013, s'applique. L'article 86 « modification des quantités », alinéas 1 et 2 est annulé pour l'ensemble du marché. Les modifications de quantités ne donnent droit à aucune adaptation des prix unitaires ». La question ci-après est ensuite posée au consortium intimé : « Le consortium confirme-t-il le prix déposé dans son offre et selon le descriptif de l'article pour l'ensemble d'événements (position globale pour la durée des travaux indépendante du nombre d'événements) et retire-t-il la condition imposée sur le prix déposé pour cet article (admis 5h d'équipe) ? » « oui »

E. 5.1.4.1

Selon le pouvoir adjudicateur, le consortium intimé n'aurait, a priori, pris en considération qu'une seule crue pour la durée du chantier. Selon ses propres estimations, il est possible que trois crues se produisent pendant la durée des travaux. Il indique que la demande de clarification a simplement permis d'attirer l'attention du consortium intimé sur le fait qu'il ne serait indemnisé qu'en fonction de la position globale estimée. Elle a également permis d'écartier toute revendication ultérieure de la part du consortium intimé. En outre, si trois crues devaient avoir lieu, l'impact financier ne serait que de (...) francs, ce qui ne représente que (...) % du montant total de l'offre. Le consortium intimé ajoute que les limitations prétendument indiquées ne constituent qu'un exemple indicatif puisqu'il est mentionné que la prestation devra être rémunérée selon les bulletins de régie. Il est donc exposé, de manière transparente, ce qui est comptabilisé. Son offre n'est ainsi pas conditionnée a posteriori mais bien précisée dans le sens de ce qui est attendu d'un soumissionnaire.

E. 5.1.4.2

L'offre du consortium intimé, qui indique que ladite prestation devra être rémunérée selon les bulletins de régie, s'écarte des exigences fixées dans le dossier d'appel d'offres qui prévoient une indemnisation en fonction de la position globale estimée. En confirmant le prix déposé, indépendamment du nombre d'heures effectives qui seront consacrées à cette prestation, le consortium intimé soumet une offre, sans condition, économiquement plus avantageuse. La prestation offerte, pour le même prix, s'en trouve ainsi modifiée, respectivement étendue.

E. 5.1.5

Selon la recourante, le consortium intimé aurait également violé les règles sur la formation des prix en lien avec l'installation de la zone de stockage des matériaux pollués. Les conditions particulières du dossier d'appel d'offres indiquent ce qui suit s'agissant des règles concernant la formation des prix : R294.100 « La rémunération et les prix incluent toutes les prestations citées dans le dossier d'appel d'offres et nécessaires à l'exécution du contrat. L'entrepreneur doit remplir toutes les positions de la liste des prestations ; il doit écrire « néant » pour toutes les positions pour lesquelles il renonce formellement à indiquer un montant ainsi qu'à réclamer ultérieurement une rémunération pour la prestation en question.

Une telle inscription doit être motivée dans le rapport technique. Les positions contenant le chiffre « 0 » ou la remarque « inclus / y compris » ne sont pas admises, bien qu'une justification crédible soit apportée dans le rapport technique de l'entrepreneur. » et s'agissant des transferts de prix : R296 « Les offres (prix unitaires/installations de chantier) doivent être calculées et déposées de manière [à ce] que les coûts soient affectés aux positions qui les concernent. Les transferts d'éléments de coûts des prix unitaires, en particulier entre les diverses positions et installations de chantier, ne sont pas admissibles. Les offres comportant des éléments de coûts comptabilisés de manière inadmissible seront exclues de la procédure d'adjudication. .100 Le transfert de prix unitaires dans des positions globales, par exemple les installations de chantier, est interdit et peut entraîner l'exclusion de l'offre. » Les remarques faites sur ce point par le consortium intimé à l'annexe 18c pt 8 de son offre étant confidentielles, il y a lieu de se référer aux écritures du pouvoir adjudicateur, lequel indique que le prénommé y a précisé que son prix ne comprenait pas certaines prestations, tout en renvoyant à la facturation prévue à d'autres articles. La recourante fait valoir que les renvois contenus dans l'offre du consortium intimé sont inacceptables. Celui-ci n'a tout simplement pas répondu à la demande du pouvoir adjudicateur pour cet article, en refusant de chiffrer certains matériaux qui devaient être comptés dans cette position. Un tel procédé diminue le coût de cette position globale. Il se « rattrape » ensuite en facturant les quantités réelles selon métrés en utilisant les prix d'autres positions. Cette « astuce » aurait pour conséquence de faire augmenter les coûts du chantier en entraînant un avantage au consortium intimé puisque son offre était, au moment de son dépôt, artificiellement plus basse que ce que la prestation allait être réellement facturée au pouvoir adjudicateur. Le consortium intimé n'a ainsi pas respecté les règles sur la formation des prix en procédant à des transferts de prix non autorisés. Il a renvoyé la facturation de certains articles de la position globale à des positions unitaires. Son offre a en outre été modifiée à la suite de la troisième demande de clarification du pouvoir adjudicateur : CAN 113 pos. 221.002 : « Le consortium accepte-t-il que l'ensemble des prestations et fournitures nécessaires à la réalisation et l'entretien de l'ensemble de la zone de stockage de matériaux pollués (y compris les abris et ses fondations) ainsi qu'à la remise en état de la zone après travaux soient compris dans le prix déposé pour cet article dans son offre ? » « oui »

E. 5.1.5.1

Selon le pouvoir adjudicateur, c'est avec raison qu'il n'a pas exclu l'offre du consortium intimé malgré les renvois contenus dans celle-ci. En effet, le dossier d'appel d'offres n'interdit strictement que le transfert de prix unitaires dans des positions globales, par exemple des installations de chantier ou des transferts d'éléments de coûts des prix unitaires, en particulier entre les diverses positions et installations de chantier. Ici, le consortium intimé a proposé un prix global et a renvoyé à la facturation selon l'article 211/111.212 s'agissant de la fourniture de la grave et à la facturation selon l'article 237/658.241 pour ce qui est de la membrane d'étanchéité. Il n'est donc pas question du transfert de prix unitaires dans une position globale ou même dans d'autres prix unitaires. Il s'agissait ici d'un report de quantités d'une position globale à une position unitaire. L'article R296 des conditions particulières a donc été respecté. La phase de clarification de l'offre a permis de préciser les prestations attendues dans la position d'installation. Le consortium intimé réalisera la totalité des travaux décrits dans la position au prix déposé sans avoir recours au transfert de quantités. Les quantités de grave et de nattes étanches nécessaires à la réalisation de la place n'ont pas été ajoutées aux quantités initiales des positions utilisées pour leur facturation et le devis descriptif de l'appel d'offres n'a pas été modifié. L'offre n'est donc pas modifiée sous

ces deux aspects. Le pouvoir adjudicateur précise encore que l'augmentation du coût correspondant serait d'environ (...) francs selon les prix déposés par le consortium intimé, ce qui représente le (...) % de son offre. Il y a toutefois lieu de relever que, dans un passage caviardé de sa réponse, le pouvoir adjudicateur l'avait estimée à un montant sensiblement supérieur. Celui-ci ajoute avoir été en mesure de comparer les offres malgré les renvois et le fait que des éléments n'avaient pas été comptabilisés. Le consortium intimé indique quant à lui avoir prévu toutes les fournitures qui figurent dans l'article en cause, à savoir les matériaux pour la plaine, l'enrobé, les bordures et le réseau de drainage. C'est en ce sens qu'il a été répondu au pouvoir adjudicateur. Les fournitures à apporter sont étayées par le fait que la fourniture de la membrane se trouve dans la position 237.658.241 ; il se devait de le clarifier dans un souci de transparence.

E. 5.1.5.2

En répondant de manière affirmative à la question du pouvoir adjudicateur, le consortium intimé a ainsi accepté de renoncer à facturer la fourniture de la grave et de la membrane d'étanchéité, rendant son offre économiquement plus avantageuse. Il a ainsi accepté d'inclure dans son prix global des prestations qu'il n'avait pas prévues pour ce prix. Les prestations offertes, pour un certain prix, ont donc été modifiées.

E. 5.1.6

La neuvième demande de clarification porte sur les positions R731.292 P-CHAN / BIED / GRCQ ; R731.293 MD / P-CHAN / BIED / GRCQ ; R731.294 BIED / GRCQ ; R751.142 BIED / GRCQ / P-CHAN ; R751.143 BIED / GRCQ MD / P-CHAN et R751.144 BIED / GRCQ du CAN 211, en lien avec la subdivision de l'ouvrage. La recourante relève que, selon l'appel d'offres, le soumissionnaire devait fournir un prix par tonne (prix unitaire), multiplié par une quantité donnée dans la série de prix, pour le transport et les taxes de décharge des matériaux indiqués dans les positions susmentionnées. Or, sur la base des explications données par le pouvoir adjudicateur, le consortium intimé a « renoncé à facturer la prestation requise » pour une raison dont elle n'a pas connaissance (les remarques faites sur ce point par le consortium intimé à l'annexe 18c pt 8 de son offre étant confidentielles). La demande de clarification ci-après ne permettrait pas de garantir une exécution du marché conforme aux conditions d'appel d'offres : « [confidentiel]. Confirmez-vous que chaque unité de mètre sera utilisée selon la subdivision d'ouvrage décrite dans le DAO ? » « oui »

E. 5.1.6.1

Le pouvoir adjudicateur a indiqué que le consortium intimé avait défini que certaines prestations n'étaient pas nécessaires pour l'exécution de certains travaux. Il n'a pas supprimé les positions mais a rendu son offre en indiquant des prix unitaires nuls sur certaines positions de transport et taxes de décharge. La demande de clarification a permis d'attirer l'attention du consortium intimé sur le fait que les articles comportant la mention « néant » donneraient bien lieu à des mètres en fonction des quantités à prélever et à évacuer en tenant compte des localisations du chantier. Le consortium intimé a confirmé le prix proposé, « néant », sans apporter aucune modification à son offre. Il prend ainsi clairement le risque de devoir transporter et évacuer des matériaux selon la filière exigée par la DLT à un prix nul. Or, cette façon de faire n'est en aucun cas interdite. Il est en effet admis de fixer un prix à 0 franc en mentionnant « néant », conformément à l'article R294.100 des conditions particulières du dossier d'appel d'offres. Un tel procédé ne constitue pas une conduite

déloyale mais relève du risque entrepreneurial. Le consortium intimé indique quant à lui que plusieurs éléments ont été clarifiés dans la mesure où les analyses de pollution du dossier d'appel d'offres n'étaient pas suffisamment précises. L'ensemble des positions de plus-value pour les matériaux saturés en eau dans le devis descriptif existe. Il n'a certainement pas renoncé à facturer la prestation requise. Dans le cadre de son analyse, il a pris un risque qu'il a assumé intégralement. Les garanties de bonne exécution ont été données.

E. 5.1.6.2

Selon le consortium intimé, il n'aurait pas renoncé à facturer la prestation requise. C'est pourtant bien ce qu'il a indiqué au pouvoir adjudicateur et qui ressort de son offre (pièce 25b) où il a mentionné « néant » sous la rubrique prix en regard des 18 positions susmentionnées. Quoiqu'il en soit, l'article R294.100 des conditions particulières (cité sous consid. 5.1.5 ci-dessus) autorise le soumissionnaire à indiquer « néant » pour toutes les positions pour lesquelles il renonce formellement à indiquer un montant ainsi qu'à réclamer ultérieurement une rémunération. La demande de clarification a permis au pouvoir adjudicateur d'obtenir la confirmation que le consortium intimé exécuterait bel et bien les prestations requises à un prix nul. Son offre n'a donc pas été modifiée mais clarifiée. En renonçant à facturer lesdites prestations, le consortium intimé soumet ainsi une offre sensiblement meilleure marché que celles de ses concurrentes.

E. 5.1.7

Selon la recourante, le consortium intimé aurait également modifié son offre en lien avec les prestations d'implantations diverses de géomètre (CAN 113 pos. R991.003 à 007). Les remarques faites sur ce point par le consortium intimé à l'annexe 18c pt 8 de son offre étant confidentielles, il y a lieu de se référer aux écritures du pouvoir adjudicateur, lequel indique que le prénommé a renoncé à facturer certaines prestations requises, motifs pris que celles-ci seraient assurées par le géomètre du maître de l'ouvrage - ce qui ressort en effet clairement de l'offre. Du point de vue de la recourante, le consortium intimé a, de ce fait, clairement refusé d'effectuer ces prestations, fournissant ainsi une offre incomplète. Dans le cadre de sa onzième demande de clarification, le pouvoir adjudicateur a interpellé le consortium intimé en ces termes : « [confidentiel], le consortium confirme-t-il que toute implantation et relevé nécessaires, utiles ou demandés par la DT/MO seront réalisés conformément aux prix déposés (néant, soit 0.-) quels qu'en soient le nombre et le moment ? » « oui »

E. 5.1.7.1

Le pouvoir adjudicateur a indiqué que, selon ce qu'a compris le consortium intimé de l'appel d'offres (devis et conditions particulières), les prestations de géomètre n'étaient pas à sa charge ; l'on ne saurait en déduire qu'il a refusé de les fournir. La demande de clarification a permis de préciser les prestations de chacun. Le pouvoir adjudicateur n'a pas considéré cet élément comme déterminant ou comme une erreur grave pouvant justifier une exclusion de l'offre du consortium intimé car d'une part, même si celui-ci avait voulu facturer ces prestations au prix de la recourante, le montant représenterait (...) francs ([...] % de l'offre) et, d'autre part, la réalisation de ces prestations est assurée en fonction du prix déposé, soit 0 franc ; le montant final de l'offre n'est donc pas modifié. Le consortium intimé relève quant à lui qu'un contremaître maîtrisant les outils de géomètre a été prévu dans son offre. Dès lors qu'il se trouvera sur le chantier pendant la durée des travaux, il sera en mesure de

réaliser les prestations prévues aux articles 991.003 ss conformément aux demandes du pouvoir adjudicateur. Il est donc effectivement prévu de réaliser ces prestations de géomètre. Celles-ci étaient comptées dans le prix proposé ; elles n'ont nullement été ajoutées au stade de la clarification.

E. 5.1.7.2

Les explications précitées du consortium intimé ne convainquent pas le tribunal compte tenu des remarques que celui-là a lui-même formulées sur ce point dans son offre. Le tribunal retient donc que l'absence de facturation résulte d'une mauvaise compréhension de l'appel d'offres. En confirmant le prix indiqué, soit 0 franc, le consortium intimé accepte donc de prendre gratuitement à sa charge les prestations de géomètre qu'il n'avait pas prévues initialement dans son offre, rendant celle-ci ainsi plus avantageuse économiquement. Les prestations offertes pour le prix déposé ont de ce fait été modifiées, respectivement étendues.

E. 5.1.8

Selon la recourante, le consortium intimé aurait encore cherché à modifier son offre en lien avec les prestations de l'enrobé (CAN 223 Chaussées et revêtements, pos. 463.212). Il ressort de la troisième demande de clarification intervenue durant le second tour que, dans l'analyse de prix, le consortium intimé a prévu une fourniture et mise en oeuvre de l'AC EME 22 C2 à (...) francs la tonne. Le pouvoir adjudicateur a interpellé le consortium intimé comme suit : « Le consortium confirme-t-il fournir gratuitement l'AC EME 22 C2 et que sa mise en oeuvre sera réalisée au prix déposé ? » « oui » Le consortium intimé a ajouté la remarque suivante : « Oui, nous avons commis une erreur lors de la calculation de ce prix en mettant une quantité à 0 sur la ligne de AC EME C2. Dès lors, nous vous fournirons l'AC EME C2 gratuitement. »

E. 5.1.8.1

Selon la recourante, le consortium intimé aurait soumis une offre dont le prix était trop bas (offre spéculative) car l'élément onéreux de cette position est le matériel, lequel a été proposé, « par erreur », à un montant de 0 franc. Les règles sur la formation des prix n'ont donc pas été respectées dans l'offre déposée puisque les prix devaient couvrir « toutes les prestations figurant dans les documents d'appel d'offres et nécessaires à l'exécution du contrat ». Selon le pouvoir adjudicateur, l'erreur commise par le consortium intimé ne péjore pas la réalisation des travaux prévus. Il a confirmé son prix en fournissant gratuitement l'enrobé et en ne facturant que sa pose. Même si le prix offert est très bas, le consortium intimé s'est engagé en connaissance de cause à réaliser les travaux selon le prix déposé. Il n'y a donc pas de modification de l'offre après son dépôt. La phase de clarification lui a permis de s'assurer qu'il n'y aurait pas de revendications de la part du consortium intimé sur ce point.

E. 5.1.8.2

En répondant par l'affirmative à la question posée par le pouvoir adjudicateur, le consortium intimé a donc accepté de fournir gratuitement l'enrobé. Dite erreur n'a pas entraîné de modification de la prestation offerte pour le prix offert ; elle amène toutefois le consortium intimé à prendre, une nouvelle fois, une prestation, d'un montant non négligeable, à sa charge.

E. 5.1.9

Selon la recourante, le consortium intimé aurait également modifié son offre en lien avec les prestations de sismographie. La série de prix, contenue dans les documents d'appel d'offres, prévoyait la mise à disposition d'un sismographe (4 pièces) pendant 3 ans (R .091) et la fourniture d'un sismographe (4 pièces) restant la propriété du maître de l'ouvrage après les travaux (R .092). Il ressort de l'offre du consortium intimé (annexe 18c pt 8) ce qui suit : CAN 113 pos. R 111.091 : « Notre prix est valable pour la mise à disposition d'un sismographe, y compris la fourniture ; métré par p » CAN 113 pos. R 111.092 : « Il faut considérer notre prix unitaire comme une plus-value sur l'article R 111.091, car ce dernier prévoit déjà la fourniture ; métré par p » Selon la recourante, compte tenu de l'explication fournie à la position R 111.092, le consortium intimé aurait modifié celle-ci afin de faire baisser artificiellement le prix de son offre. En effet, le consortium intimé ne facture que la plus-value par rapport à l'article 0.91. Ce faisant, il modifie clairement le texte de l'article 0.92. Il soumet ainsi une offre qui modifie les prestations attendues en indiquant qu'il livre seulement 4 sismographes et qu'il donne au maître de l'ouvrage une option pour leur achat. Il a ainsi rendu une offre incomplète, respectivement il a modifié les règles sur la formation des prix. Son offre a en outre été rectifiée à la suite de l'intervention du pouvoir adjudicateur. Dans le cadre de sa douzième demande de clarification, le pouvoir adjudicateur a interpellé le consortium intimé en ces termes : « Dans le DAO, il est prévu de fournir et d'installer les sismographes selon l'article 113/R111.092 dès le démarrage du chantier. Le consortium confirme-t-il être en mesure de les livrer et de les poser aux conditions décrites dans le DAO ainsi qu'aux prix unitaires déposés ? » « oui »

E. 5.1.9.1

Le consortium intimé relève qu'il n'y a pas de baisse artificielle des prix de l'offre puisque la fourniture comptabilisée dans la rubrique .091 comprend l'achat total des sismographes et non une simple location de trois ans. Il n'y a donc aucune modification de l'offre à déplorer mais une simple clarification des méthodes de calcul. Le pouvoir adjudicateur ajoute que la position n'a pas été modifiée à la suite de sa demande de clarification. Le consortium intimé a confirmé ses prix unitaires. Il n'y a aucun surcoût possible au détriment du maître de l'ouvrage. Selon la recourante, en répondant de manière affirmative à la question posée, le consortium intimé renonce à sa « remarque » puisqu'il renonce à l'idée que le prix unitaire pour cette position ne serait qu'une plus-value sur l'article R 111.091. Il s'engage désormais à fournir les 4 sismographes supplémentaires, ce qu'il n'avait pas prévu initialement. Il a ainsi modifié son offre.

E. 5.1.9.2

Les remarques formulées, dans son offre, sur ces positions par le consortium intimé manquent en effet de clarté, ce qui a donné lieu à la demande du pouvoir adjudicateur. En répondant par l'affirmative à celle-ci, le consortium intimé a confirmé qu'il mettra à disposition et fournira les sismographes conformément aux exigences de l'appel d'offres. La prestation offerte, pour le prix indiqué, n'a pas été modifiée ; l'offre a été clarifiée. Même si la formulation de la demande de clarification laisse à désirer, l'on ne saurait suivre l'avis de la recourante selon lequel le consortium intimé s'est désormais engagé à fournir quatre sismographes supplémentaires.

E. 5.1.10

Enfin, le consortium intimé aurait modifié son offre en lien avec l'accès aux zones de travail. Il ressort de la première demande de clarification adressée au prénommé que son

mémoire technique prévoyait l'accès aux zones de travail dans le Bied par le sommet de berge en rive droite pour la première étape de décapage et terrassement. Or, le dossier d'appel d'offres ne prévoyait pas de piste de chantier en rive droite en raison de la mauvaise portance des sols et de la présence d'un canal et de réseaux enterrés en sous-oeuvre. Par ailleurs, la planification des travaux ne prévoit pas de concordance temporelle entre les travaux dans le Bied et la mobilité douce. En plus, l'emprise temporaire en rive droite ne permet pas la réalisation d'une piste de chantier. Selon la recourante, le consortium intimé aurait ainsi soumis une offre qui prévoyait une variante d'exécution (interdite), sans déposer une offre (de base) pour la solution requise par le pouvoir adjudicateur. Son offre était ainsi incomplète. Celle-ci a au surplus été modifiée à la suite de la demande de clarification du pouvoir adjudicateur : « Le consortium confirme-t-il pouvoir adapter la méthode de travail pour la renaturation du Bied à ce qui est prévu dans le DAO, c'est-à-dire, depuis la rive gauche du Bied en respectant les prix déposés dans l'offre ? » « oui »

E. 5.1.10.1

Selon le pouvoir adjudicateur, le consortium intimé s'est engagé à suivre la méthode de réalisation prévue dans l'appel d'offres sur la base des prix unitaires déposés. Aussi, dès lors qu'il n'y a aucune modification de quantités, cette méthodologie n'a eu aucune influence financière. La demande de clarification avait pour but de s'assurer que le consortium intimé avait bien compris les exigences du dossier d'appel d'offres et pouvait bel et bien intervenir depuis la rive gauche pour le prix proposé dans son offre. Aucune variante d'exécution n'a été déposée. Il n'avait pas à exclure l'offre du consortium intimé pour cet élément qui lui apparaît comme étant mineur. Le consortium intimé précise quant à lui qu'il n'a pas proposé un accès par la rive droite dans son offre. La réalisation de la mobilité douce intervient en phase D alors que l'ensemble des travaux côté Sud du Bied sont terminés. Aucune piste de chantier n'est prévue en rive droite ni pour les décapages ni pour la réalisation de la mobilité douce. Si la formulation de la question peut laisser à penser qu'il est invité à revoir son offre, il ne faut pas pour autant considérer que celle-ci est effectivement modifiée. En l'espèce, il se contente de confirmer les prix proposés dans son offre pour les mêmes prestations. Il s'agit uniquement d'une clarification des phasages et des accès prévus dès le début.

E. 5.1.10.2

Les explications fournies ci-dessus par le consortium intimé contredisent celles du pouvoir adjudicateur. Sur la base du dossier, le tribunal retient qu'à la suite de la demande de clarification, le consortium intimé a accepté d'intervenir depuis la rive gauche alors qu'il avait initialement prévu un accès depuis la rive droite (cf. vidéos contenues dans les pièces 16c et 17c « Phasage réalisation Bied » de l'offre), contrairement à ce qu'exigeait le dossier d'appel d'offres. Les modalités d'exécution de la prestation ont donc été modifiées.

E. 5.2

Il y a tout d'abord lieu d'observer que, contrairement à ce qu'avance le pouvoir adjudicateur, les demandes de clarification adressées au consortium intimé n'ont pas eu pour but de garantir l'exécution du marché, au prix proposé, conformément à l'appel d'offres. Il n'a en effet nullement invité le consortium intimé à justifier ses prix comme il y aurait été tenu, au sens de l'art. 38 al. 3 LMP, en cas d'offre anormalement basse (cf. consid. 3.2 ci-dessus). La question de savoir si l'offre du consortium intimé était anormalement basse, et partant si le pouvoir adjudicateur a violé l'art. 38 al. 3 LMP, peut toutefois demeurer indécise compte

tenu de ce qui suit. En effet, les demandes de clarification susmentionnées ont largement porté sur des prestations initialement non conformes à l'appel d'offres. En réalité, l'offre du consortium intimé est en l'occurrence basse (par rapport aux autres offres), en particulier parce que celui-ci n'a pas comptabilisé des prestations exigées dans le dossier d'appel d'offres, soit qu'il a procédé à des renvois de facturation vers d'autres articles (cf. consid. 5.1.5), soit qu'il a mal compris l'appel d'offres (cf. consid. 5.1.7) ou commis une erreur (cf. consid. 5.1.8) ou encore parce qu'il a subordonné le prix proposé pour certaines prestations à des conditions non prévues dans l'appel d'offres (cf. consid. 5.1.1 à 5.1.4), modifiant par là même les documents d'appel d'offres. Le prix offert par le consortium intimé ne couvrait ainsi pas l'ensemble des prestations attendues, de sorte que l'offre soumise était incomplète (cf. consid. 3.6 ci-dessus) et, de même, contraire aux règles sur la formation des prix (cf. consid. 5.1.5 ci-dessus). Comme déjà dit (cf. consid. 3.5.2 ci-dessus), des écarts par rapport aux exigences fixées dans le dossier d'appel d'offres peuvent être réparés dans le cadre de l'épuration technique des offres (art. 38 al. 2 LMP), pour autant que cela n'entraîne pas de modification du contenu matériel des offres, que ce soit au niveau des prestations prévues ou des prix offerts ; à défaut, l'offre doit en principe être exclue conformément à l'art. 44 al. 1 let. b LMP. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur n'a pas considéré que les écarts par rapport au dossier d'appel d'offres justifiaient l'exclusion de l'offre du consortium intimé et, partant, a remédié aux défauts de celle-ci dans le cadre de l'épuration technique des offres. Il a à cet égard demandé au consortium intimé s'il confirmait le prix déposé dans son offre tout en se conformant aux exigences de l'appel d'offres. En d'autres termes, il lui a demandé s'il acceptait de retirer les réserves et conditions grevant les prix proposés dans son offre, respectivement d'exécuter les prestations telles que prévues dans le dossier d'appel d'offres au prix offert. En répondant par l'affirmative, le consortium intimé a ainsi accepté de prendre à sa charge des prestations qu'il n'avait pas offertes pour le prix soumissionné. Autrement dit, il a désormais inclus dans le prix indiqué dans son offre des prestations qu'il n'avait pas proposées pour ce prix. Il s'ensuit que l'opération de clarification menée par le pouvoir adjudicateur a entraîné une modification interdite du contenu matériel de l'offre. Les prestations offertes pour le prix indiqué dans la soumission du consortium intimé ont en effet été étendues. Le pouvoir adjudicateur a demandé au consortium intimé d'adapter les prestations offertes et/ou les modalités de leur exécution afin qu'elles correspondent à ses attentes et ce, pour le prix indiqué dans son offre, rendant, par là même, celle-ci économiquement plus avantageuse. Ce faisant, le risque économique supporté par le consortium intimé a augmenté et, avec lui, celui de ne pas pouvoir fournir les prestations demandées au prix proposé. En effet, le pouvoir adjudicateur a indiqué dans ses écritures que les différences de prix entre l'offre du consortium intimé et celle de la recourante pour les trois CAN 211, 113 et 223 (qui ont fait l'objet des demandes de clarification susmentionnées) s'élevaient à (...) francs. Or, si l'on déduit de ce montant les différences de prix entre les deux offres relatives aux prestations de sismographie (cf. consid. 5.1.9 ci-dessus) et celles en lien avec la subdivision de l'ouvrage (cf. consid. 5.1.6 ci-dessus) - pour lesquelles le tribunal retient que le consortium intimé n'a pas, à la suite de la clarification de son offre par le pouvoir adjudicateur, pris à sa charge des prestations qu'il n'avait pas offertes au prix soumissionné - l'on obtient encore un montant afférent à près d'un demi-million de francs. Aussi, si, en cas d'offre anormalement basse, l'on peut légitimement suspecter que le travail ne soit pas exécuté dans les règles de l'art - raison pour laquelle le pouvoir adjudicateur doit s'en assurer et, à défaut de réponse satisfaisante, exclure l'offre - il en va alors d'autant plus lorsqu'il ressort d'une offre que des prestations -

d'un montant significatif - seront réalisées gratuitement (cf. consid. 3.2 ci-dessus). Dans ce contexte, l'on peut dès lors raisonnablement attendre du pouvoir adjudicateur qu'il fasse preuve de diligence en s'assurant que le soumissionnaire est en mesure de supporter ces coûts, respectivement d'exécuter les prestations conformément au dossier d'appel d'offres, dans les règles de l'art, au prix indiqué dans sa soumission. Ce dont le pouvoir adjudicateur ne s'est, par surabondance, pas préoccupé en l'espèce, se contentant de demander au consortium intimé s'il acceptait d'exécuter le marché conformément à ses attentes pour le prix offert. La clarification de l'offre du consortium intimé a ainsi porté sur des prestations importantes pouvant influencer de manière significative le prix de celle-ci puisque la différence entre les offres de la recourante et du consortium intimé est de près d'un demi-million de francs, ce qui ne peut raisonnablement et de bonne foi être considéré comme une modification insignifiante de l'offre. Les écarts constatés en l'espèce par rapport au dossier d'appel d'offres ne pouvaient dès lors être « réparés » dans le cadre (restreint) de l'épuration technique des offres, sauf à violer les principes d'intangibilité des offres et d'égalité de traitement entre les soumissionnaires (cf. consid. 3.5.2 et 3.3 ci-dessus). L'offre du consortium intimé aurait dû être exclue en application de l'art. 44 al. 1 let. b LMP. Le pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur de renoncer à exclure une telle offre est en effet limité par le respect des principes essentiels régissant le droit des marchés publics. Contrairement à ce que semble penser le pouvoir adjudicateur, la gravité d'un motif d'exclusion ne se mesure en effet pas à sa seule influence sur le classement des soumissionnaires (cf. consid. 3.4 ci-dessus). En tout état de cause, l'on ne saurait d'emblée nier cette influence en l'espèce puisque l'on ignore quel eût été le prix de l'offre du consortium intimé s'il avait respecté les exigences de l'appel d'offres. En lui demandant s'il confirmait le prix déposé, tout en se conformant à celles-ci, le pouvoir adjudicateur ne permettait en effet à celui-là que de répondre par « oui » ou alors de courir un risque très élevé de ne pas obtenir le marché ou se voir écarter.

E. 6

En tant que c'est en violation de la LMP que le marché en cause a été attribué au consortium intimé, il y a lieu d'annuler la décision d'adjudication prononcée le 31 mai 2022.

E. 7

Lorsqu'un recours s'avère fondé, le Tribunal administratif fédéral peut soit renvoyer l'affaire au pouvoir adjudicateur avec des instructions impératives, soit statuer lui-même directement, comme sous l'empire de l'ancien droit (cf. art. 58 al. 1 LMP). Compte tenu de la grande marge d'appréciation dont bénéficie le pouvoir adjudicateur, l'instance de recours n'adjuge que de manière exceptionnelle directement le marché à la partie recourante (cf. arrêt du TAF B-4308/2013 du 18 septembre 2013 ; Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., ch. 1396 p. 712 en lien avec ch. 1405 p. 716). En effet, une attribution directe du marché suppose d'une part, que le tribunal dispose d'un état de fait complet, entièrement élucidé, et, d'autre part, que l'adjudication ne puisse avoir lieu qu'à un seul recourant (cf. arrêt du TAF B-6274/2015 du 21 décembre 2015 consid. 5.1 ; Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., ch. 1405 p. 716). Une attribution directe du marché par le tribunal est ainsi exclue lorsque des questions relevant de l'appréciation du pouvoir adjudicateur demeurent ouvertes (cf. arrêt du TAF B-8115/2015 du 6 octobre 2016 consid. 10 et réf. cit.). En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur a indiqué dans ses écritures que l'offre de la recourante comportait au moins une anomalie concernant la place de stockage des matériaux pollués et qu'à suivre le raisonnement de celle-là, il aurait dû exclure son offre puisqu'elle s'écartait des exigences de

l'appel d'offres ; cette question n'est toutefois pas l'objet de la présente procédure. En outre, le dossier de la cause contient des demandes de clarification relatives à l'offre de la recourante mais que le pouvoir adjudicateur ne lui a pas adressées dès lors qu'elle n'était pas considérée comme un potentiel adjudicataire. Sur le vu de ce qui précède, le tribunal ne dispose pas d'un état de fait, entièrement élucidé, lui permettant d'attribuer directement le marché à la recourante, arrivée en deuxième position. Dès lors, il convient de rejeter la conclusion principale de la recourante en ce sens et de renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur afin qu'il rende une nouvelle décision.

E. 8

En définitive, il y a lieu d'admettre le recours, d'annuler la décision d'adjudication prononcée par l'Office fédéral des routes le 31 mai 2022 en faveur du consortium intimé, d'exclure l'offre du consortium intimé de la procédure de passation et de renvoyer l'affaire au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision.

E. 9

Le présent arrêt rend sans objet les requêtes de la recourante tendant à l'accès à l'intégralité du dossier de la cause et à l'octroi de l'effet suspensif au recours.

E. 10

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (cf. art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures déboutées (cf. art. 63 al. 2 PA). Compte tenu de l'issue de la procédure, il y a lieu d'arrêter les frais judiciaires à 15'000 francs et de les mettre à la charge du consortium intimé qui succombe. Ce montant devra être versé sur le compte du tribunal dans les 30 jours suivant l'entrée en force du présent arrêt. Le bulletin de versement sera envoyé par courrier séparé. L'avance de frais de 15'000 francs prestée par la recourante le 24 juin 2022 lui sera restituée dès l'entrée en force du présent arrêt.

E. 11

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. art. 64 al. 1 PA en lien avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (cf. art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (cf. art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations ; à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF). En l'occurrence, la recourante, qui obtient gain de cause à l'issue du présent arrêt et qui est représentée par un avocat, dûment légitimé par procuration, a droit à des dépens. Celui-ci a produit une note de frais et honoraires d'un montant total de 17'980.50 francs, à savoir 57.45 heures à 300 francs, auxquelles s'ajoutent 655.50 francs de débours. La défense de la recourante a impliqué le dépôt d'un recours de 22 pages, d'une réplique de 37 pages et de remarques de 20 pages. Le montant requis paraît

un peu élevé dans la mesure où le mandataire de la recourante n'a pas été confronté à des questions de fait ou de droit inhabituelles ou exceptionnellement ardues et n'a pas été amené à étudier un dossier particulièrement volumineux. Au regard de l'ampleur et de la complexité de la présente affaire, il y a lieu de retenir 48 heures au tarif horaire de 300 francs. Aussi, il se justifie, compte tenu des débours, d'allouer à la recourante une indemnité équitable de dépens de 15'000 francs et de mettre celle-ci à la charge du consortium intimé (cf. art. 64 al. 2 PA). Les dépens ne comprennent aucun supplément TVA au sens de l'art. 9 al. 1 let. c FITAF. Sur le vu de l'issue de la procédure, le consortium intimé n'a, pour sa part, pas droit à des dépens.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.