

BVGer B-4500/2022 vom 22. Juni 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-06-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4500_2022

FR: TAF B-4500/2022 du 22 juin 2023

IT: TAF B-4500/2022 del 22 giugno 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 prévues par 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. 2 let. f LMP, sont notamment soumises à la loi les entreprises publiques ou privées qui assurent un service public et qui bénéficient de droits exclusifs ou spéciaux pour autant qu'elles mettent à disposition ou exploitent en Suisse des chemins de fer, transports par chemins de fer compris. Les adjudicateurs visés à l'al. 2 ne sont soumis à la présente loi que si les acquisitions sont effectuées dans le domaine d'activité en question et non dans d'autres domaines d'activité (art. 4 al. 3 LMP). Dans le secteur du rail (construction ou exploitation d'installations ferroviaires), les CFF, les entreprises dont ils détiennent la majorité, ainsi que d'autres opérateurs ferroviaires sous l'influence dominante de la Confédération sont soumis en qualité d'adjudicateur à la LMP (cf. arrêt du TAF B-6350/2015 du 22 février 2016 consid. 3.1). Les CFF revêtent donc en l'espèce la qualité d'adjudicateur au sens de l'art. 4 al. 2 let. f LMP. Le présent marché s'inscrit en outre dans le

domaine d'activité de ceux-ci (art. 4 al. 3 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) 45200000 « Travaux de construction complète ou partielle et travaux de génie civil », 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. 2 let. f à h 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 millions de francs pour être soumis aux accords internationaux (cf. ch. 1.2 de l'annexe 4 LMP). Si la valeur du marché atteint uniquement la valeur seuil de 2 millions et pas celle de 8 millions, l'effet suspensif ne peut pas être accordé (cf. art. 52 al. 2 LMP).

E. 1.1.4.2

En l'espèce, le marché litigieux a été adjugé pour un prix de (...) francs (hors taxe). 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, celle-là 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 ainsi recevable.

E. 2

Par décision du 13 septembre 2022, le pouvoir adjudicateur a attribué le marché « Doublement de la voie Gléresse-Douanne / Lot 2 / Tunnel de Ligerz » aux intimées pour le motif qu'il s'agissait de l'offre la plus avantageuse sur la base de l'ensemble des critères.

E. 3

Déférant cette décision devant le tribunal de céans, la recourante fait tout d'abord valoir que le pouvoir adjudicateur aurait violé son droit d'être entendu, en particulier le devoir de motivation de la décision d'adjudication.

E. 3.1

Elle se plaint en effet de ce que la motivation de l'évaluation de son offre ne serait pas compréhensible. S'agissant des critères qualitatifs d'adjudication A2 à A11, elle ne parvient pas à comprendre pourquoi elle a obtenu des notes nettement inférieures à celles des intimées. Lors du débriefing, aucun document n'a été montré ou mis à sa disposition. Elle a ainsi été contrainte de former son recours sur la base des seules explications orales qui lui ont été données à cette occasion, lesquelles étaient strictement limitées à quelques aspects choisis concernant l'évaluation de son offre. Le pouvoir adjudicateur a catégoriquement refusé de fournir toute information relative à l'évaluation de l'offre des intimées. Il n'a pas expliqué quels étaient les caractéristiques et avantages décisifs de celle-ci, que ce soit dans la décision attaquée, lors du débriefing ou dans sa réponse au recours. Elle n'aurait donc pas été en mesure d'exercer son droit de recours à bon escient, respectivement d'attaquer l'évaluation de l'offre des intimées.

E. 3.2

Le pouvoir adjudicateur relève que la recourante a pu prendre connaissance des informations essentielles dans la publication SIMAP du 15 septembre 2022, notamment du prix de l'offre des intimées. Dans la lettre adressée à la recourante le même jour, il l'a informée que les intimées avaient récolté plus de points. Lors de la séance de débriefing - dont la tenue, précise-t-il, n'est pas exigée par le droit fédéral - il a expliqué à la recourante

les points reçus ainsi que les critères d'adjudication qui avaient été évalués de façon plus critique. Il a donné les motifs ayant fondé l'évaluation de tous les critères d'adjudication de l'offre de la recourante, non seulement en décrivant les avantages de celle-là mais également ses faiblesses. A la demande de la prénommée, il a également exposé quels étaient les critères décisifs de l'offre retenue, à savoir les critères A2, A3, A9, A10 et A11. Il a par ailleurs aussi précisé qu'il n'y avait pas eu de comparaison entre les offres pour établir les notes mais que chaque offre avait été évaluée pour elle-même. La note de la séance de débriefing a été notifiée à la recourante avec sa réponse au recours. Elle détaille en particulier les raisons pour lesquelles les notes de celle-là ont évolué entre l'évaluation intermédiaire et l'évaluation finale. Ces explications ont ainsi permis à la recourante de formuler ses griefs concernant précisément les critères d'adjudication A2, A3, A8 et A10. Sur la base de celles-ci, la recourante a donc compris les avantages (notamment économiques) de l'offre adjudgée et les inconvénients de sa propre offre. Dans ce contexte, il n'y a donc pas eu de violation du devoir de motivation. En tout état de cause, cette prétendue violation aurait au plus tard été réparée lors de la consultation du dossier d'appel d'offres par la recourante à l'occasion de la procédure de recours.

E. 3.3

Vu la nature formelle du droit d'être entendu, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond, ce moyen doit être examiné en premier lieu (cf. ATF 142 III 48 consid. 2.2 et réf. cit.).

E. 3.3.1

La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, consacré à l'art. 29 al. 2 Cst., le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier et celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (cf. ATF 132 V 368 consid. 3.1). Le droit d'être entendu comprend également le devoir pour l'autorité de motiver sa décision. L'étendue de la motivation dépend de l'objet de la décision, de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas (cf. ATF 130 II 530 consid. 4.3, 129 I 232 consid. 3.2). Selon la jurisprudence, une violation du droit d'être entendu, même grave, peut exceptionnellement être réparée en procédure judiciaire, aux conditions que la partie lésée ait eu la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen et que le renvoi constituerait une vaine formalité, aboutissant à un allongement inutile de la procédure (cf. ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 et réf. cit.). L'art. 51 LMP prévoit que les décisions sujettes à recours doivent être sommairement motivées et indiquer les voies de droit (al. 2). La motivation sommaire d'une adjudication comprend notamment le type de procédure d'adjudication utilisé et le nom du soumissionnaire retenu (let. a), le prix total de l'offre retenue (let. b) ainsi que les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue (let. c ; art. 51 al. 3 LMP).

E. 3.3.2

En l'espèce, force est d'admettre qu'en se limitant à indiquer à la recourante, pour seule et unique explication s'agissant de l'offre retenue, que celle-ci était meilleure que la sienne sur les critères d'adjudication A2, A3, A9, A10 et A11, le pouvoir adjudicateur n'a pas satisfait à son devoir de motivation au sens de l'art. 51 al. 3 let. c LMP. En effet, ce faisant, il n'a nullement exposé quels étaient les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre des

intimées. Toutefois, dans le cadre de la présente procédure de recours, la recourante a notamment eu accès aux évaluations techniques intermédiaire et finale de son offre, y compris les notes provisoires et finales lui ayant été attribuées pour chaque critère d'adjudication. Elle a également eu accès aux notes des évaluations techniques intermédiaire et finale des intimées pour chaque critère d'adjudication, à un résumé du contenu essentiel des évaluations intermédiaire et finale de l'offre des intimées et de la sienne, ainsi qu'à une version caviardée du rapport d'adjudication. Ce faisant, le pouvoir adjudicateur a listé les avantages et inconvénients de l'offre des intimées ainsi que de celle de la recourante, tels qu'ils résultent des fiches d'évaluation, pour l'ensemble des critères d'adjudication. La recourante a ainsi pu avoir connaissance des caractéristiques et avantages décisifs de l'offre des intimées ainsi que des faiblesses de la sienne. Une fois en possession desdits documents, elle a pu compléter ses écritures et faire valoir ses arguments contre l'évaluation de l'offre des intimées et de la sienne sous l'angle de plusieurs critères d'adjudication. Elle a ainsi disposé, durant la présente procédure, de toutes les informations nécessaires et utiles pour comprendre l'évaluation de son offre et de celle des intimées et soulever ses arguments devant une autorité jouissant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit - les griefs invoqués par la recourante n'ayant pas trait à l'opportunité de la décision d'adjudication (cf. consid. 1.2 ci-dessus). Renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur pour ce motif ne constituerait dès lors qu'une vaine formalité. Il s'ensuit que la violation par le prénommé du droit d'être entendu de la recourante a été guérie par la présente procédure de recours. Il en sera néanmoins tenu compte dans le cadre de la fixation des frais et dépens.

E. 4

La recourante fait également valoir, sur le plan formel, d'une part, que l'offre des intimées ne satisfait pas au critère impératif d'exigence minimale EM1 (cf. consid. 4.1 ci-dessous) et, d'autre part, que c'est à tort que le pouvoir adjudicateur a considéré que son offre initiale ne remplissait pas l'exigence minimale EM3 J8 (cf. consid. 4.2 ci-dessous).

E. 4.1

Les documents d'appel d'offres - auxquels renvoie le ch. 3.1 de l'appel d'offres « Conditions générales de participation » - contiennent, sous la partie B B2 Dispositions de l'appel d'offres, cahier 0, ch. 3.3, les « Critères impératifs d'exigences minimales ». Il est indiqué que l'offre doit impérativement remplir les exigences minimales (EM), faute de quoi elle ne sera pas prise en compte dans l'évaluation. Sous la colonne « Justificatifs », il est mentionné les justificatifs requis pour satisfaire à l'exigence minimale EM1 « Qualification suffisante et plan d'engagement de chaque personne clé prévue » pour toutes les personnes clés (J6) et pour chaque personne clé individuellement (J6.0 à J6.11). Sont en particulier considérées comme personnes clés le/la Chef/fe de projet (J6.0), le/la Directeur/Directrice de chantier (J6.1) et le/la Directeur/Directrice de chantier adjoint/e (J6.2). Ainsi, pour les personnes clés J6.0, J6.1 et J6.2, les dispositions de l'appel d'offres exigeaient en particulier les justificatifs suivants : - 1 référence d'un grand projet de nouvelles infrastructures ferroviaires avec au minimum 1 nouveau tunnel, gros oeuvre achevé à environ 90%.

E. 4.1.1

La recourante fait valoir que l'offre des intimées ne remplit pas l'exigence minimale EM1 pour les personnes clés J6.0, J6.1 ou J6.2. En effet, elle suppose que c'est G._____ qui aurait été proposé par les intimées pour l'un de ces trois postes clés. Or, sa seule référence pour « un grand projet de nouvelles infrastructures ferroviaires avec au minimum 1 nouveau

tunnel » serait le projet « (...) », lequel n'aurait pas été achevé à 90% au moment où G._____ aurait quitté l'entreprise en charge de ce projet. L'offre des intimées ne répondrait dès lors pas aux critères impératifs de l'exigence minimale EM1, de sorte qu'elle aurait dû être exclue.

E. 4.1.2

Tant le pouvoir adjudicateur que les intimées contestent que G._____ ait été proposé comme personne clé dans l'offre retenue, que ce soit celle de Chef de projet (J6.0), Directeur de projet (J6.1) ou Directeur de chantier adjoint (J6.2) ni à aucun autre poste. Le nom de G._____ n'a, en aucun cas, été ajouté ou remplacé à un moment ou à un autre après le dépôt l'offre. Ce sont d'autres personnes, qui répondent à l'exigence minimale EM1, qui ont été proposées pour occuper ces postes clés.

E. 4.1.3

Sur la base des pièces du dossier, il s'avère que le nom de G._____ n'apparaît nullement dans l'offre des intimées, que ce soit dans leur offre initiale ou rectifiée et à quel que poste que ce soit. Dans ces circonstances, l'argument de la recourante tendant à l'exclusion de l'offre des intimées pour non-respect de l'exigence minimale EM1 est dénué de tout fondement.

E. 4.2.1

Après avoir eu connaissance du rapport d'adjudication en cours de procédure de recours, la recourante relève qu'il en ressort que l'offre des intimées ne remplissait initialement pas l'exigence minimale EM1. A l'exception de son offre, aucune des offres soumises ne satisfaisait d'ailleurs aux critères impératifs de l'exigence minimale EM1. En outre, c'est à tort que le pouvoir adjudicateur a considéré que son offre initiale ne répondait pas à l'exigence minimale EM3. Aussi, il aurait dû exclure toutes les offres déposées, conformément à la sanction annoncée au ch. 3.3 des dispositions de l'appel d'offres (cf. consid. 4.1 ci-dessus), et lui adjuger le marché.

E. 4.2.2

Selon le pouvoir adjudicateur, l'offre de la recourante ne remplissait en effet initialement pas le critère impératif de l'exigence minimale EM3 J8, comme elle en a été informée par courrier du 15 décembre 2021. Aucune des offres soumises ne satisfaisait donc initialement à tous les critères impératifs d'exigences minimales, ce qui aurait justifié une interruption du marché public. Au lieu de suivre cette voie formaliste et coûteuse pour tous, il a permis à tous les soumissionnaires de corriger leur offre sur leurs lacunes respectives. Aucun des soumissionnaires n'a interjeté de recours contre cette décision incidente, pour des raisons évidentes.

E. 4.2.3

Selon les dispositions de l'appel d'offres, l'exigence minimale EM3 « Planning des travaux avec preuve de sa faisabilité » requérait, à titre de justificatifs J8, les preuves suivantes : « - Planning graphique, explicite, lisible, compréhensible, complet et cohérent avec le tableau des temps déterminants (Annexe 1 de la pièce C1 du cahier 2) et avec la description du déroulement des travaux dans le rapport technique, chemin critique mis en évidence - Absence de collisions entre activités - Présence de co-entrepreneurs considérée - Interfaces et points critiques internes et externes à l'entreprise reconnus correctement et intégrés La pièce B8.2 du cahier 0 est transmis en format dwg. Elle doit être utilisée pour établir le

planning "chemin de fer". »

E. 4.2.3.1

Il résulte du rapport d'adjudication que le planning initialement soumis par la recourante était fondé sur une hypothèse de travail en trois postes (c'est-à-dire en continu toute la nuit) durant l'excavation du tunnel, ce qui, selon elle, était conforme au dossier d'appel d'offres ; une rectification de son offre n'aurait donc pas été nécessaire. Elle soutient en effet que la position 625.320 - selon laquelle les travaux d'excavation du tunnel et chargement des matériaux d'excavation sur barge ont lieu selon l'horaire « 6h-22h (travail en deux équipes) » - n'exclurait nullement le travail en trois équipes, soit entre 22h et 6h, notamment en ce qui concerne des travaux non bruyants de soutènement, systématiques après l'excavation. En effet, elle relève que les conditions générales indiquent que les travaux de nuit seront limités autant que possible (pos. 625.340) et qu'ils seront annoncés régulièrement aux riverains (pos. 625.350). En outre, la position 625.360 mentionne que « tenant compte de ces plages horaires, le choix des horaires de travail est à définir par l'Entrepreneur », ce qui signifie que l'entrepreneur était censé choisir ses horaires de travail en tenant compte des contraintes découlant des positions 625.310 à 625.340. Les prescriptions énoncées dans le dossier d'appel d'offres n'interdiraient ainsi pas le travail entre 22h et 6h mais le restreindraient uniquement pour les travaux d'excavation du tunnel et chargement des matériaux d'excavation sur barge (pos. 625.320). Cela étant, la position 625.320 permettrait qu'en dehors du créneau horaire 6h-22h, une troisième équipe effectue des travaux non bruyants d'avancement, de mise en place de moyens de sécurité, de mise en place de béton projeté, de resserrage d'installations, etc., à l'exclusion de travaux bruyants d'excavation et de travaux de chargement des matériaux en dehors du tunnel. Il y aurait en effet lieu de distinguer entre les travaux d'excavation d'une part, et les travaux de soutènement/revêtement, d'autre part. La question n° 219 posée sur la plateforme SIMAP démontrerait par ailleurs qu'il n'était pas clair, pour les soumissionnaires, dans quelle mesure le travail en trois postes était admissible. Si, comme le prétend le pouvoir adjudicateur, l'emploi d'un troisième poste (travaillant durant la nuit) avait été totalement exclu et que le travail en deux postes aurait dû être adopté pour l'ensemble des travaux, il aurait tout simplement pu et dû répondre « non » à la question n° 219. C'est ainsi que la réponse du pouvoir adjudicateur à la question n° 219 a rassuré la recourante dans son concept d'un travail temporaire/réduit en trois postes. C'est en tenant compte de ces contraintes qu'elle a établi son planning des travaux en prévoyant un travail limité en trois postes, tant sur le plan temporel que sur le plan technique. Il était en effet clairement indiqué dans les cyclogrammes que l'exécution des travaux d'excavation du tunnel et de chargement de matériaux d'excavation sur barge était exclue entre 22h et 6h. Elle ajoute que les travaux qu'elle avait prévu d'exécuter pendant la nuit pouvaient, dans une certaine mesure, générer des vibrations et du bruit dans les solides. Toutefois, vu les outils utilisés et les mesures adoptées, ces effets jouaient un rôle mineur. Il ne s'agissait en tout cas pas de « travaux extrêmement bruyants ». Quoi qu'il en soit, même si son offre initiale n'avait pas respecté l'exigence minimale EM3, une exclusion n'aurait pas été justifiée, notamment parce que le prétendu défaut était dû à une ambiguïté dans les conditions de l'appel d'offres. Ladite exigence est en outre formulée de manière à laisser une grande marge d'interprétation. Son offre remplit par ailleurs l'ensemble des exigences minimales relatives au planning des travaux EM3 J8. Le pouvoir adjudicateur n'a jamais expliqué, ni dans la présente procédure de recours ni avant, en quoi son planning aurait été non conforme à ces exigences.

E. 4.2.3.2

Le pouvoir adjudicateur relève que, hormis les horaires définis sous les positions 625.310 et 625.320, il n'y avait pas lieu d'utiliser des horaires élargis pour d'autres travaux. Seuls les travaux en domaine ferroviaire peuvent être réalisés de nuit (pos. 625.330). Or, les travaux en domaine ferroviaire se situent sur les rails et sur la ligne ferroviaire CFF en service et ne concernent pas le percement du tunnel. La recourante ne peut pas tirer argument des positions 625.340 à 625.360, en ce sens que les travaux de nuit visés concernent les travaux sur le domaine ferroviaire, ce que les travaux dans le tunnel ne sont pas. Il relève que la recourante a remis dans son offre initiale des cyclogrammes prévoyant des travaux d'excavation en continu, donc en trois équipes. Celle-là a par ailleurs indiqué que les travaux qu'elle avait initialement prévus auraient généré un bruit mineur ; elle admet ainsi que son offre initiale et donc le planning des travaux auraient occasionné des bruits solidiens. Les travaux ainsi prévus n'étaient donc pas conformes aux documents d'appel d'offres, puisque ceux-ci excluaient des travaux de ce type afin d'éviter les nuisances nocturnes pour les riverains. Il est donc incorrect d'affirmer que « l'exécution des travaux d'excavation du tunnel [...] était exclue pendant la nuit ». En tout état de cause, la recourante a modifié son offre par sa lettre du 14 janvier 2022 : elle est passée d'un travail en trois équipes à deux équipes. Elle ne saurait par conséquent se référer ou tirer un quelconque droit de son offre initiale, du fait qu'elle l'a modifiée.

E. 4.2.3.3

Les conditions générales (partie B1, cahier 0) du dossier d'appel d'offres consacrent, sous la position 625, des prescriptions relatives au « Programme des travaux ». La règle générale en matière d'horaires des travaux figure à la position 625.310 : « Horaires des travaux, à l'exception des travaux sécuritaires urgents du chantier : 7h-12h et 13h-18h, exceptionnellement jusqu'à 19h. » Une première exception à cette règle est donnée pour les travaux d'excavation du tunnel et de chargement des matériaux sur barge (pos. 625.320) : « Excavation du tunnel et chargement des matériaux d'excavation sur barge : 6h-22h (travail en deux équipes). Lors de ces travaux, des activités ont lieu exclusivement en souterrain et dans le périmètre des installations de chantier. » Et une seconde pour les travaux en domaine ferroviaire (pos. 625.330) : « Travaux en domaine ferroviaire : Travaux de jour : 7h00 à 18h00 ; Travaux de nuit : 22h30 à 4h30. » La position 625.340 précise encore que « les travaux de nuit, en week-end et jours fériés seront limités autant que possible ». Il s'ensuit que seuls les travaux en domaine ferroviaire peuvent avoir lieu de nuit, lesquels seront limités autant que possible. L'horaire général des travaux est un horaire de jour, élargi pour les travaux d'excavation du tunnel, et, exceptionnellement pour les travaux en domaine ferroviaire, étendu durant la nuit. Sur le vu de ces plages horaires, expressément définies aux positions 625.310 à 625.330, la recourante ne pouvait raisonnablement partir du principe qu'elle était autorisée à effectuer des travaux la nuit, pour autant qu'il ne s'agisse pas de travaux d'excavation du tunnel. L'interprétation qu'elle tire desdites prescriptions va à l'encontre même du principe de la confiance. En effet, ce n'est pas parce que les travaux d'excavation du tunnel sont limités entre 6h et 22h qu'il est par conséquent admis d'exécuter d'autres types de travaux entre 22h et 6h. Les travaux autorisés la nuit sont expressément définis dans le dossier d'appel d'offres ; il s'agit des travaux en domaine ferroviaire (pos. 625.330). En outre, il ressort du dossier que, dans le cadre des questions/réponses sur SIMAP, un soumissionnaire a demandé au pouvoir adjudicateur si, pour la réalisation des travaux en tunnel, la possibilité de travailler en trois postes était envisageable (question n°

129), ce à quoi celui-ci a répondu que l'entrepreneur respectera les prescriptions fixées en document B1.0 Conditions Générales, section 625 « Programme des travaux », paragraphe .320, tout en retranscrivant le contenu de la disposition. Or, cette réponse ne laisse place à aucun doute. La recourante ne pouvait, de bonne foi, interpréter celle-ci comme elle l'a fait ; il lui incombait de se comporter de manière diligente en s'assurant auprès du pouvoir adjudicateur de ce qu'elle avait correctement compris la réponse donnée à ladite question. Or, il ressort de l'annexe 10 à sa lettre du 14 janvier 2022 qu'elle avait, au contraire, vu une opportunité d'interpréter ladite réponse dans le sens qu'elle souhaitait : « Da in der Fragenbeantwortung keine klare Aussage im Hinblick auf einen Ausschluss eines Dreischichtbetriebs vorgenommen wurde, haben wir uns aufgrund der vorhergehend genannten Vorteile entschieden, die Lösung mit Dreischichtbetrieb der Lösung mit Zweischichtbetrieb vorzuziehen ». Le pouvoir adjudicateur a par ailleurs indiqué que le soumissionnaire ayant posé cette question a proposé un planning en deux équipes, comme d'ailleurs tous les autres soumissionnaires. Le tribunal ne saurait donc suivre la recourante lorsqu'elle prétend qu'une exclusion ne pourrait en aucun cas être justifiée en raison d'une ambiguïté dans les conditions de l'appel d'offres ou que celles-ci seraient sujettes à interprétation. En l'espèce, les travaux projetés, en trois équipes, par la recourante dans son offre initiale n'étaient pas des travaux en domaine ferroviaire, ce que la recourante ne conteste pas. Il n'est dès lors pas pertinent de savoir s'il s'agissait ou non de travaux d'excavation bruyants. Le planning initialement soumis par la recourante prévoyant des travaux liés à l'excavation du tunnel, en trois équipes, en dehors des heures prescrites à la position 625.320 des conditions générales n'était dès lors pas conforme à l'exigence minimale EM3 J8. En effet, un planning qui ne respecte pas le programme des travaux décrit dans les conditions générales du dossier d'appel d'offres ne répond, par voie de conséquence, pas à l'exigence relative au « Planning des travaux avec preuve de sa faisabilité ». Dans ces conditions, l'argument de la recourante selon lequel (seule) son offre répondait aux exigences minimales de l'appel d'offres doit être rejeté. Il s'ensuit qu'aucune des offres soumises ne satisfaisait initialement aux critères impératifs d'exigences minimales. Aussi, en donnant la possibilité à tous les soumissionnaires de rectifier leur offre sur ce point, le pouvoir adjudicateur a agi dans le respect du principe de l'égalité de traitement, si bien que ce procédé ne prête nullement le flanc à la critique.

E. 4.3

Enfin, il y a encore lieu de préciser que, contrairement aux suppositions de la recourante, le pouvoir adjudicateur a bien tenu compte des annexes à l'offre modifiée de la recourante datée du 14 janvier 2022 (transmise par clé USB le 19 mai 2023 ; cf. let. S ci-dessus), dès lors que celle-là n'a pas été exclue pour non-respect de l'exigence minimale EM3. En outre, il ressort des fiches d'évaluation de l'offre de la recourante, s'agissant du critère d'adjudication A3 « Stabilité du planning », que c'est bien l'offre modifiée qui a été évaluée (cf. consid. 7.2 ci-dessous).

E. 5

Les documents d'appel d'offres - auxquels renvoie le ch. 2.10 de l'appel d'offres « Critères d'adjudication » - contiennent, sous la partie B B2 Dispositions de l'appel d'offres, cahier 0, ch. 3.4, les « Critères d'adjudication ». Les dispositions de l'appel d'offres définissent ainsi onze critères d'adjudication (A1 à A11), avec une pondération de 50% pour le prix (A1) et de 5% pour chacun des autres critères (A2 à A11), avec un maximum de 25 points par critère d'adjudication. 500 points étaient ainsi en jeu pour l'ensemble des critères

d'adjudication, dont 250 pour le prix. Il résulte du rapport d'adjudication qu'après ouverture, analyse et clarifications des offres techniques, les critères d'adjudication qualitatifs A2 à A11 ont fait l'objet d'une évaluation provisoire au terme de laquelle la recourante a obtenu 33 points (soit une note moyenne de 3.3), la classant provisoirement au premier rang, devant les intimées qui ont récolté 28 points (note de 2.8). Après ouverture et analyse des offres commerciales selon les critères d'adjudication, l'offre de la recourante a fait l'objet de clarifications technico-financières. Il ressort du rapport précité que l'offre financière de la recourante contenait 272 réserves, dont 129 ont nécessité des clarifications. 323 questions de clarification technico-financière ont ainsi été posées à la recourante et trois séances ont été organisées, soit les 13 et 26 avril et 10 mai 2022, à l'issue desquelles l'ensemble des réserves ont pu être levées. Ainsi, au terme de l'évaluation finale, la recourante a obtenu 27 points (soit une note moyenne de 2.7) - contre 30 pour les intimées (note moyenne de 3). Selon le pouvoir adjudicateur, la dévaluation de la note de la recourante serait due à des incohérences entre l'offre technique et l'offre financière, ce dont il n'aurait eu connaissance qu'après ouverture de celle-ci.

E. 6.1.1

La recourante se plaint, dans un premier grief formel, de ce que le pouvoir adjudicateur n'aurait pas tenu compte des résultats des clarifications technico-financières de son offre. Il n'aurait en effet pas évalué celle-ci dans sa version finale, soit telle qu'elle se présentait à l'issue de la dernière séance de clarification du 10 mai 2022 ; la recourante précise avoir fourni les derniers compléments d'information le 12 mai 2022. Les pièces produites dans la procédure prouveraient en effet que, lors de l'évaluation finale, plusieurs aspects relatifs à son offre n'auraient pas été pris en compte, alors que ceux-ci ont fait l'objet de clarifications technico-financières. En effet, la synthèse des notes de l'évaluation technique finale porte la mention « Etat au 06.05.2022 ». Ceci serait confirmé dans le rapport d'adjudication dans lequel les séances du comité restreint d'adjudication ont été listées, la dernière réunion avant la signature du tableau d'évaluation finale ayant eu lieu le 6 mai 2022.

E. 6.1.2

Il résulte en effet de la synthèse des notes de l'évaluation technique finale versée au dossier que ce document est intitulé « Etat au 06.05.2022 "après ouverture des offres - contrôle arithmétique et clarifications" ». La signature de celui-ci est toutefois datée du 12 mai 2022, soit postérieurement à la dernière séance de clarification du 10 mai 2022. Il ressort également du procès-verbal de celle-ci que les six membres permanents du comité restreint d'adjudication étaient présents lors cette séance de clarification. Les dates auxquelles celui-ci s'est réuni, listées dans le rapport d'adjudication, ne sont dès lors pas pertinentes s'agissant d'établir le moment auquel l'évaluation finale de l'offre de la recourante a eu lieu. Un élément cependant permet de lever le doute quant à la date à laquelle l'offre de la recourante a été évaluée. En effet, comme l'indique le pouvoir adjudicateur, lors de la séance de clarification technico-financière du 10 mai 2022, le prix de l'offre de la recourante a été rectifié et acté par les différentes parties à la procédure à (...) francs et c'est bien ce dernier prix qui a été évalué sous l'angle du critère d'adjudication A1 « Prix », comme cela ressort du rapport d'adjudication (p. 24). Les fiches d'évaluation finale relatives aux critères d'adjudication A2 à A11 sont par ailleurs toutes signées du 12 mai 2022. Il s'ensuit que l'évaluation finale de l'offre de la recourante a bien eu lieu après et compte tenu des résultats de la dernière séance de clarification technico-financière du 10 mai 2022.

E. 6.2.1

La recourante fait ensuite valoir que son offre commerciale ne comprenait pas 272 « réserves » mais des remarques - comme l'indique d'ailleurs le document « Bemerkungen zum Angebot vom 15.10.2021 » contenu dans celle-ci - rendues nécessaires en raison des ambiguïtés et incohérences observées dans le dossier d'appel d'offres. Toutes les « réserves » ayant été levées, la correction de la notation de son offre à la baisse ne peut, quoi qu'il en soit, pas être justifiée en raison de celles-ci. En outre, elles ne pourraient avoir un impact que sur l'évaluation du prix. En effet, la démarche du pouvoir adjudicateur correspond en l'espèce à la méthode des deux enveloppes au sens de l'art. 38 al. 4 LMP, laquelle a pour but et exige que la qualité de l'offre technique soit évaluée sans être influencée par le prix. Selon cette méthode et le déroulement prévu par le pouvoir adjudicateur, il était ainsi exclu que l'évaluation des offres techniques soit corrigée après l'ouverture des offres financières. Les clarifications technico-financières, postérieures à l'ouverture des offres financières, avaient en effet pour but de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de l'adéquation entre les offres techniques d'une part, et les offres financières correspondantes, d'autre part. Dans la mesure où, de l'avis du pouvoir adjudicateur, celle-ci n'était pas claire, les soumissionnaires étaient invitées soit à confirmer leurs prix, soit à chiffrer le surcoût des prestations, ce qui impliquait la possibilité d'une correction des prix offerts. Le résultat des clarifications technico-financières n'aurait donc dû être pris en compte que sous l'angle de l'évaluation du critère d'adjudication A1 « Prix ». Or, à l'issue des séances de clarification technico-financière, le pouvoir adjudicateur a procédé à une « évaluation technique finale » des deux offres en lice sous l'angle des critères d'adjudication A2 à A3 et A8 à A11. La correction postérieure de la notation des offres techniques est ainsi contraire à la méthode des deux enveloppes et au déroulement de la procédure d'évaluation et d'adjudication prévu dans les documents d'appel d'offres, violant par là même les principes de la transparence et de la confiance. En effet, le pouvoir adjudicateur a en l'espèce fait comprendre aux soumissionnaires, par les indications communiquées dans les documents d'appel d'offres, que la procédure adoptée serait fondée sur une séparation catégorique entre l'évaluation de l'offre technique d'une part, et celle de l'offre financière, d'autre part. Il a ainsi fait croire aux soumissionnaires que les offres techniques seraient évaluées sans connaissance des prix. Aucune référence à une évaluation provisoire des offres techniques ne ressortait des documents d'appel d'offres. L'idée qu'une réévaluation de celles-ci était prévue après l'ouverture des offres commerciales est une invention ultérieure du pouvoir adjudicateur destinée à justifier l'adjudication illicite du marché aux intimées. La recourante note par ailleurs que l'évaluation de l'offre technique des intimées et de la sienne, sous l'angle des critères d'adjudication A4 à A7, était terminée avant l'ouverture des offres financières et les clarifications technico-financières. Le pouvoir adjudicateur n'a donc, pour ceux-ci, jamais procédé à une évaluation « provisoire » mais a évalué de manière définitive les offres techniques avant d'ouvrir les offres commerciales, conformément à la méthode des deux enveloppes, telle qu'il l'avait décrite dans les documents d'appel d'offres.

E. 6.2.2

Selon le pouvoir adjudicateur, les évaluations provisoires étaient, comme leur nom l'indique, des évaluations intermédiaires susceptibles d'évoluer lors des séances de clarification technico-financière. Contrairement à ce que considère la recourante, il n'était nullement tenu par l'évaluation provisoire, lui interdisant de ce fait de procéder à des modifications à la baisse entre celle-ci et l'évaluation finale. Il ajoute que les séances de

clarification technico-financière (soit technique et financière) avaient été annoncées dans le dossier d'appel d'offres. Ces séances impliquaient par essence la possibilité d'une réévaluation des critères d'adjudication A2 à A11, tant à la hausse qu'à la baisse, ce qui a bien eu lieu pour les offres évaluées. L'évaluation technique était ainsi une évaluation intermédiaire. Ce procédé a notamment permis de « parquer » les soumissionnaires dont les offres étaient trop éloignées de celles de la recourante et des intimées et d'affiner l'analyse pour les séances de clarification technico-financière. C'est d'ailleurs ce qui est prévu dans le canevas des fiches d'évaluation, préparé avant l'ouverture des offres techniques et qui impose la vérification et, le cas échéant, la correction de l'évaluation technique après les clarifications technico-financières. Il y a bien deux encarts, pour une note provisoire et pour une note finale. Sous la mention « Note provisoire », il est régulièrement, voire systématiquement, mentionné que certains éléments devront être précisés par les soumissionnaires respectifs lors des phases ultérieures de l'évaluation, soit lors des séances de clarification technico-financière ; ces précisions étaient incluses dans les « évaluations » tant de la recourante que des intimées mais également dans celles des autres soumissionnaires qui ont été « parqués ».

E. 6.2.3

La méthode dite des deux enveloppes a été introduite dans la loi au cours des débats parlementaires, si bien que le message ne dit rien quant aux exigences de cette procédure. Elle est ancrée à l'art. 38 al. 4 LMP, lequel prévoit que « lorsque la prestation et le prix doivent être proposés dans deux enveloppes distinctes, l'adjudicateur établit dans un premier temps la liste des meilleures offres du point de vue qualitatif. Dans un deuxième temps, il évalue les prix totaux ». L'art. 38 al. 4 LMP n'est pas exclusif mais donne à l'adjudicateur un instrument qu'il peut utiliser ou non à sa discrétion. Les instruments proposés par la loi ou l'accord ne sont par ailleurs en aucune façon exhaustifs ; les adjudicateurs sont libres d'utiliser d'autres instruments de procédure. Leur licéité se mesure aux principes généraux de la procédure d'adjudication (cf. Mario Marti, *Changement de paradigme en droit des marchés publics*, 2022, p. 68 ss). Pour être appliquée, cette méthode doit avoir été annoncée préalablement dans l'appel d'offres (cf. art. 35 let. 1 LMP) et l'ouverture des offres doit respecter l'art. 37 al. 3 LMP. Selon la doctrine, les méthodes des deux enveloppes sont imaginables et réalisables de différentes manières. Toutes les méthodes ont toutefois en commun que l'offre qualitative est séparée de l'offre de prix pure. L'on espère de cette séparation physique des deux parties de l'offre une évaluation plus neutre et moins partielle par le collège d'experts (cf. Marti, *op. cit.*, p. 68 ss). Ce procédé permet en effet au pouvoir adjudicateur d'évaluer la qualité de la solution technique sans être influencé par le prix offert (cf. Dominik Kuonen, in : *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, 2020, n° 37 p. 498 ad art. 35). En d'autres termes, il vise à mettre l'accent sur la qualité ; l'offre technique doit être perçue et évaluée en ignorant le prix correspondant et conduire à une évaluation impartiale, non influencée par le prix et donc plus objective de la qualité (cf. Roman Friedli, in : *Handkommentar*, *op. cit.*, n° 16 p. 522 ad art. 38). Ainsi, les offres de qualité doivent être évaluées en premier et les offres de prix ne doivent l'être que dans un deuxième temps ; celles-ci sont ensuite associées aux offres de qualité. L'évaluation des offres est ensuite réalisée selon les règles habituelles. A cet égard, il y a lieu de mentionner l'art. 39 LMP qui autorise une rectification des offres si elle permet de clarifier l'objet du marché ou les offres ou de les rendre objectivement comparables sur la base des critères d'adjudication (al. 2 let. a). Les rectifications peuvent porter sur toutes les parties des documents d'appel d'offres et des offres. Sous certaines

conditions, l'adjudicateur peut également procéder à des adaptations mineures du contenu ou des exigences des prestations requises (al. 2 let. b). Une demande d'adaptation des prix n'est autorisée que dans ce contexte (al. 3 ; cf. arrêt du TAF B-3196/2022 du 27 mars 2023 consid. 6.2.2 et réf. cit.). Bien que les adaptations de prix ne soient plus autorisées sans condition après l'ouverture des offres, une telle adaptation peut s'avérer nécessaire lorsque l'objet du marché doit être modifié ou précisé dans le cadre de la rectification des offres. L'impératif de l'économicité des acquisitions peut impliquer qu'une modification des prestations offertes conduise à une adaptation des prix, sous réserve du respect du principe de l'égalité de traitement (cf. FF 2017 1695, p. 1799 ss). En l'espèce, la procédure des deux enveloppes a été annoncée dans l'appel d'offres (ch. 1.4). Le déroulement de l'évaluation des offres a également été décrit dans les dispositions de l'appel d'offres (ch. 4.3), lesquelles indiquent notamment qu'après ouverture, analyse et clarifications des offres techniques, le pouvoir adjudicateur ouvre, le cas échéant, les offres commerciales, puis procède à des analyse et clarifications techniques et commerciales des offres selon les critères d'adjudication (pt 7). Cette méthode d'évaluation a également été annoncée lors de la présentation du projet aux potentiels soumissionnaires le 8 juillet 2021. Aucun recours n'a été déposé contre l'appel d'offres. La procédure des deux enveloppes, telle qu'annoncée et exécutée par le pouvoir adjudicateur a ainsi respecté les prescriptions légales applicables, ce que la recourante ne conteste par ailleurs pas. Elle ne saurait non plus se plaindre d'une violation du principe de la confiance, le pouvoir adjudicateur s'étant en effet tenu à ce qu'il avait annoncé. Comme déjà dit, la méthode des deux enveloppes est peu réglementée et n'a pas davantage été examinée par les tribunaux ; elle doit encore être expérimentée. En l'espèce, le but, tendant à ce que l'offre technique soit évaluée sans être influencée par le prix, a été atteint. En effet, sur la base de l'examen de sa seule offre technique, la recourante a été classée au premier rang ; après ouverture des enveloppes financières, l'offre de la recourante était la meilleure marché. Aussi, en réévaluant, à la baisse, les notes techniques obtenues par celle-ci, le pouvoir adjudicateur n'a pas cherché à favoriser une offre financièrement plus avantageuse. La connaissance du prix offert n'a donc nullement influencé l'évaluation de la qualité de l'offre technique de la recourante. En cela, le but visé par la procédure des deux enveloppes a été pleinement respecté. Après ouverture de l'offre commerciale de la recourante, le pouvoir adjudicateur a estimé, à plusieurs reprises, que le prix offert ne correspondait pas à la prestation indiquée - et évaluée - dans l'offre technique (ce qui sera examiné sous consid. 7), si bien qu'il ne pouvait maintenir l'évaluation de celle-ci. Les rectifications, à la hausse, des prix offerts (ou leur confirmation) par la recourante, à la suite des clarifications technico-financières, ont, selon le pouvoir adjudicateur, mis en lumière les faiblesses de l'offre technique, respectivement une analyse par la prénommée des documents d'appel d'offres et une capacité à appréhender le marché en cause moins bonnes que ce que le seul examen de l'offre technique laissait entendre. Dans ces conditions - et in casu - l'on ne saurait reprocher au pouvoir adjudicateur d'avoir réévalué les notes techniques de l'offre de la recourante après avoir eu connaissance des prix correspondants. En effet, il serait manifestement contraire au but du droit des marchés publics, et partant inadmissible, sous prétexte que le pouvoir adjudicateur a eu recours à la procédure des deux enveloppes, de maintenir l'évaluation qualitative d'une offre, alors que les prix soumis montrent a posteriori que les prestations réellement offertes s'avèrent moins bonnes qu'évaluées initialement. En outre, les rectifications de l'offre et de son prix après le dépôt de celle-ci, en application de l'art. 39 LMP précité, précèdent nécessairement l'évaluation de l'offre à la lumière de l'ensemble des critères d'adjudication. D'un point de

vue systématique, le législateur a d'ailleurs traité préalablement la question de la rectification (art. 39 LMP) à celle de l'évaluation (art. 40 LMP). Il ne saurait en aller autrement en cas de recours à la procédure des deux enveloppes. Aussi, une évaluation de l'offre dans son ensemble, après rectifications, est admissible nonobstant une évaluation préalable séparée et en deux temps. Néanmoins, si le pouvoir adjudicateur a des réserves ou des doutes sur l'offre technique, il doit clarifier ceux-ci avant de procéder à l'ouverture de l'offre financière correspondante et ce n'est que si des éléments se révèlent à la suite de l'ouverture de celle-ci qu'une adaptation de l'offre technique peut se justifier. La réévaluation des notes attribuées à l'offre technique de la recourante ne consacre, in casu, dès lors pas, dans son principe, une violation du droit.

E. 6.3.1

La recourante fait encore valoir qu'il ressort des fiches d'évaluation finale, sous la rubrique « PV des séances de clarification », qu'il a été tenu compte, dans l'évaluation finale des critères d'adjudication A2, A8, A9 et A10, de questions/réponses de clarification qui avaient été attribuées, dans le cadre des clarifications technico-financières, à d'autres critères d'adjudication. Le pouvoir adjudicateur a ainsi pris en considération, dans l'évaluation des critères d'adjudication, des aspects de son offre qui n'auraient pas dû l'être sous l'angle des critères d'adjudication concernés. Aussi, elle considère qu'il est arbitraire et contraire au principe de la transparence si, après coup, le pouvoir adjudicateur réattribue une question à un autre critère d'adjudication. Partant, les aspects traités lors des clarifications en lien avec le critère d'adjudication concerné ne sauraient nullement conduire à une correction de la note attribuée, à l'issue de l'évaluation intermédiaire, à un autre critère. L'argument du pouvoir adjudicateur selon lequel les réserves et questions de clarification auraient conduit à une perte des points de note n'est donc pas étayé par les pièces du dossier. L'évaluation de son offre est de ce fait incompréhensible et arbitraire.

E. 6.3.2

Selon le pouvoir adjudicateur, la recourante perd de vue que les procès-verbaux et documents d'évaluation ont été établis à la suite des 272 réserves contenues dans son offre financière. Lors de l'établissement de ces documents, il n'était alors pas immédiatement identifiable quels critères d'adjudication étaient concernés par quelles réserves. Ce n'est qu'au terme du processus de clarification technico-financière qu'une vision précise pouvait intervenir, sans que les documents créés initialement n'aient été modifiés. Il est donc incorrect d'affirmer qu'il serait tenu par le « No Réf » mentionné dans la liste des questions. Il n'y a d'ailleurs pas d'incohérences ni de contradictions dans l'évaluation.

E. 6.3.3

En l'espèce, il ressort des fiches d'évaluation que les critères d'adjudication ont été évalués sur la base des justificatifs annoncés et requis dans les dispositions de l'appel d'offres (section 3.4.1). Il découle de ces mêmes dispositions qu'un même justificatif pouvait être requis pour l'évaluation de plusieurs critères d'adjudication, ce qui n'a pas été contesté par la recourante lors de la publication du dossier d'appel d'offres. Il était donc clairement identifiable que certains justificatifs et aspects de l'offre pouvaient avoir une pertinence pour l'évaluation de plusieurs critères d'adjudication. En cela, il n'est nullement critiquable qu'un élément de l'offre ayant fait l'objet d'une clarification ait été pris en compte dans l'évaluation de plusieurs critères d'adjudication. Enfin, le tribunal ne voit pas en quoi le fait que la clarification d'un aspect de l'offre de la recourante ait été attribuée, dans la liste des

questions, à un critère d'adjudication propre pour finalement être pris en compte dans l'évaluation d'un autre ou plusieurs critères d'adjudication, lui ait porté préjudice. La recourante ne fait (à juste titre) pas valoir que ses réponses aux questions de clarification étaient étroitement liées au critère d'adjudication annoncé et qu'elles auraient été différentes si un autre critère d'adjudication avait été référencé. Le pouvoir adjudicateur est du reste libre dans l'organisation de ses séances de clarification et n'était dès lors pas tenu d'indiquer à quel critère d'évaluation la question de clarification ainsi posée se rapportait. Le principe de la transparence, imposant à l'adjudicateur de fournir toutes les indications nécessaires aux soumissionnaires pour qu'ils puissent présenter une offre valable et répondant à ses exigences (cf. arrêt de la CDAP VD MPU.2016.0013 du 9 août 2017 consid. 2b), n'a au demeurant nullement été violé.

E. 7

La recourante fait ensuite valoir des griefs d'ordre matériels contre l'évaluation de son offre et de celle des intimées par le pouvoir adjudicateur. Elle s'en prend ainsi à la notation de son offre sous l'angle des critères d'adjudication A2, A3, A8, A9 et A10 et à celle de l'offre des intimées sur les critères A2 et A11. Il est rappelé à cet égard qu'en ayant récolté 27 points contre 30 pour les intimées, la recourante doit obtenir, à l'issue de l'examen ci-après de ses griefs, un rehaussement de 4 points de note de son offre, ou une diminution équivalente des points de l'offre des intimées, pour se voir attribuer le marché. Selon l'art. 29 LMP « Critères d'adjudication », l'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication en lien avec les prestations. Il prend notamment en considération, outre le prix et la qualité de la prestation, des critères tels que l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts du cycle de vie, l'esthétique, le développement durable, la plausibilité de l'offre, les différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie, la fiabilité du prix, la créativité, le service après-vente, les conditions de livraison, l'infrastructure, le caractère innovant, la fonctionnalité, le service à la clientèle, les compétences techniques et l'efficacité de la méthode (al. 1). Il indique les critères d'adjudication et leur pondération dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres (art. 29 al. 3 1ère phrase LMP). Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande latitude de jugement pour apprécier et comparer les offres en lice lors de l'attribution d'un marché (cf. ATF 125 II 86 consid. 6 ; arrêt du TF 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.4). Le Tribunal administratif fédéral n'étant pas habilité à revoir l'opportunité de la décision (cf. art. 56 al. 3 LMP), une correction des notes ou des points obtenus n'est envisageable qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (cf. arrêt du TAF B-5608/2017 du 5 avril 2018 consid. 6.4 et réf. cit.) ; il y a en tous les cas lieu de faire preuve d'une retenue particulière puisqu'une telle opération suppose le plus souvent des connaissances techniques et qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres déposées par les soumissionnaires (cf. Etienne Poltier, Droit des marchés publics, 2014, p. 269). L'évaluation des critères d'adjudication qualitatifs (A2 à A11) est définie, dans les dispositions de l'appel d'offres, selon l'échelle de notes suivante : 0 : inutilisable - absent / non pertinent au projet ; 1 : mauvais - données sans rapport suffisant avec le projet ; 2 : suffisant - données conformes aux exigences de l'appel d'offres ; 3 : bon - données de bonne qualité, dépassant les exigences de l'appel d'offres ; 4 : très bon - données de très bonne qualité ; 5 : excellent - données d'excellente qualité, offre hautement novatrice.

E. 7.1

La recourante conteste tout d'abord l'évaluation du critère d'adjudication A2 « Plausibilité du planning », pour lequel elle avait reçu la note provisoire de 3 et, à l'issue des clarifications techno-financières, celle de 2. Selon elle, aucune raison valable ne justifie la correction de la note de 3 à 2. Selon les dispositions de l'appel d'offres, les axes de l'analyse de la plausibilité du planning étaient les « installations suffisantes, logistique adéquate, planning cohérent avec les cycles de production, charge de main d'oeuvre et cadres adaptée au planning ». Il ressort de la fiche d'évaluation intermédiaire de l'offre technique de la recourante notamment que : « [...] Places de stockage, d'installation et logements sur place, (...). Installations adéquates à la méthodologie selon rapport technique. Bonne représentation des places d'installation selon phases. Représentation détaillée de la logistique des matériaux, des concepts de (...). Concasseur (...). Le positionnement du concasseur à l'extérieur du tunnel ne correspond pas aux prescriptions du DAO. Les cyclogrammes, installations et la logistique sont adéquats au projet (avec la réserve de la position du concasseur). La plausibilité du planning est donc évaluée comme bonne. » Il ressort de la fiche d'évaluation finale que : « La clarification technico-financière a mis en évidence, par le biais de la discussion et, par la suite, la levée de 270 réserves financières par l'entreprise, que l'offre technique ne considère pas entièrement et de manière consistante avec l'offre financière, un nombre de procédure et/ou d'installations nécessaires à la réalisation du planning. Des exemples dans ce sens sont la position du concasseur (qui, selon la procédure prévue par l'entreprise, (...), ce qui nécessite (...) et donc un trafic accru de véhicules lourds), le manque d'une installation de décantation dédiée au chantier de pieux dans le secteur est (qui comporte un risque d'arrêt des travaux à cause d'un non-respect des paramètres limite de substances dans l'eau de rejet), ou encore une appréciation erronée de l'entreprise par rapport aux prescriptions de lavage et de réutilisation du marin pour le remblai lacustre (qui a eu pour conséquence une rectification du prix offert, et qui comporte à l'état actuel une incongruité entre les besoins du chantier et les installations dans le secteur ouest, où la place pour le lavage n'est pas prévue de manière adéquate, ce qui comporte un risque de limitation des rendements ou d'arrêt des travaux). En considération de ces faiblesses de l'offre technique, la note 3 initialement octroyée pour la plausibilité du planning n'est plus justifiée et la note est corrigée à 2. »

E. 7.1.1

Il ressort des fiches d'évaluation précitées que le positionnement du concasseur à l'extérieur du tunnel, tel que proposé par la recourante, ne correspond pas aux prescriptions de l'appel d'offres. Ce point a été abordé au cours des séances de clarification technico-financière : Question n° 270 : « Concassage des marins : Veuillez préciser quelle est la localisation prévue pour votre équipement de concassage en tunnel. » Réponse : « (...) Pour cette raison, nous n'avons pas prévu d'emplacement dans le tunnel. Le concasseur sera (...). »

E. 7.1.1.1

Le pouvoir adjudicateur a indiqué que le choix d'utiliser (...) cause une augmentation disproportionnée du trafic lourd sur la piste de chantier, avec comme conséquence une sollicitation accrue de celle-ci et donc le besoin de maintenance qui impacte négativement les rendements, ainsi que les risques d'incidents et, par là même, la plausibilité du planning.

E. 7.1.1.2

La recourante relève avoir expliqué en détail pourquoi elle a préféré ne pas placer le concasseur à l'intérieur du tunnel (...). Au lieu de cela, elle a prévu (...). (...), cette approche

permettait de respecter l'ensemble des exigences relatives à la protection de l'environnement et contre le bruit. La position du concasseur n'a jamais été modifiée au cours du processus de clarification. L'emploi du concasseur et l'utilisation (...) a fait l'objet d'explications détaillées dans son rapport technique. Il s'ensuit que, lors de l'évaluation provisoire, le pouvoir adjudicateur connaissait déjà l'approche proposée. Il a pourtant octroyé la note de 3 au critère d'adjudication A2.

E. 7.1.1.3

Lors de l'évaluation intermédiaire de l'offre technique de la recourante, la position du concasseur avait fait l'objet d'une réserve sur la note provisoire octroyée dès lors qu'elle était contraire aux prescriptions du dossier d'appel d'offres. Dans le cadre des clarifications technico-financières, la recourante a confirmé l'impossibilité d'un déplacement du concasseur. Son offre ne respecte donc pas les exigences du pouvoir adjudicateur, ce qui a justifié, parmi d'autres éléments, la réduction de la note à 2. Le fait qu'elle ait expliqué en détail « pourquoi elle a préféré ne pas placer le concasseur à l'intérieur du tunnel » n'y change strictement rien. Elle ne se prononce en outre nullement sur les reproches du pouvoir adjudicateur quant à l'impact (négatif) de sa proposition sur la plausibilité du planning. Il y a toutefois lieu de relever que, selon le déroulement de l'évaluation des offres annoncé dans les dispositions de l'appel d'offres et sur le vu de ce qui a été exposé ci-avant (cf. consid. 6.2.3 in fine), les offres techniques devaient être entièrement clarifiées avant de procéder à l'ouverture des offres commerciales. Dès lors que le positionnement (contraire aux prescriptions du dossier d'appel d'offres) du concasseur ressortait déjà de l'offre technique de la recourante, il n'appert pas du dossier et l'on ne saisit pas davantage pourquoi le pouvoir adjudicateur n'a pas clarifié cette question avant d'ouvrir l'offre financière correspondante. Quoi qu'il en soit, il y a lieu de constater que le prix de celle-ci n'a nullement influencé la note technique de la recourante sur ce point ; c'est, en effet, en raison de l'emplacement du concasseur, confirmé lors des clarifications technico-financières, que la note de l'offre technique a été abaissée et non en raison du prix de l'offre financière. Même si la manière de procéder du pouvoir adjudicateur est discutable sur ce point, elle ne contrevient pas au but de la méthode des deux enveloppes adoptée par celui-là.

E. 7.1.2

Il ressort de la fiche d'évaluation finale que l'offre de la recourante ne contenait pas de bassin de décantation pour les pieux nécessaires au remblayage lacustre du portail Est, contrairement aux prescriptions du pouvoir adjudicateur. Le pouvoir adjudicateur indique qu'en raison d'un prix anormalement bas en relation avec le traitement des eaux prévu pour les travaux de pieux dans le secteur Est, il a requis des clarifications s'agissant de la présence d'un bassin de décantation dédié aux forages lacustres à l'Est. Question n° 310 : « Page 97, au point 3.3.3 : Sans bassin de décantation, comment s'assurer sur place, lors des travaux de forage, que l'eau du lac ne devienne pas trouble ? Confirmez-vous que les mesures correspondantes sont prises en compte dans les prix unitaires ? » Réponse : « Comme décrit dans la section de texte correspondante, (...) ne provoque pas de turbidité du lac. (...). Un bassin de décantation n'est donc pas nécessaire. Les mesures correspondantes sont prises en compte dans les prix unitaires. » Lors de la séance de clarification du 21 avril 2022, la recourante a toutefois indiqué ce qui suit : « Afin d'augmenter la sécurité en termes de prévention de la turbidité, nous avons adapté le processus et utiliserons un bassin de décantation. Cela conduira à une augmentation des coûts de (...) CHF. » Il ressort enfin du procès-verbal de la séance de clarification technico-financière du 26 avril 2022 ce qui suit :

Question 310 : « L'entreprise précise que selon les conditions prévues dans le dossier d'appel d'offres, il n'y a pas de mesures complémentaires à prendre. Si des mesures complémentaires dues à un changement des conditions par rapport à ce qui est prévu dans le DAO devaient s'imposer, le prix unitaire supplémentaire pour la mise en oeuvre serait de CHF (...)-/m² impacté. »

E. 7.1.2.1

Le pouvoir adjudicateur a indiqué que la recourante n'ayant prévu aucun bassin de décantation pour les pieux nécessaires au remblayage lacustre du portail Est, son offre ne respectait dès lors pas les prescriptions de protection des eaux exigées, ce qui avait pour conséquence un risque fortement accru de contamination des eaux du lac à l'exutoire du chantier, situé à proximité d'une pisciculture cantonale, ce qui pouvait provoquer la fermeture du chantier. La plausibilité du planning qui en résulte était donc compromise.

E. 7.1.2.2

La recourante relève avoir démontré, lors des séances de clarification, qu'il était prévu d'utiliser les bassins de décantation exigés dans toutes les étapes (par exemple, en lien avec les travaux de pieux dans le secteur Est), que les exigences environnementales étaient respectées et que les prestations étaient comprises dans le prix de l'offre. En outre, lors de la dernière séance de clarification, elle a confirmé réaliser les travaux concernés selon les exigences énoncées dans le dossier d'appel d'offres et son offre.

E. 7.1.2.3

Il ressort des séances de clarification que l'offre de la recourante ne prévoyait pas de bassin de décantation dédié au chantier de pieux dans le secteur Est, dès lors que, selon elle, il n'y avait, compte tenu des conditions prévues dans le dossier d'appel d'offres, pas de risque de turbidité du lac. Une telle installation serait envisagée en cas de besoin. Dans ces conditions, l'on ne saurait critiquer l'appréciation du pouvoir adjudicateur selon laquelle l'approche de la recourante quant à la mise en place ou non du bassin de décantation concerné affaiblit la plausibilité du planning proposé.

E. 7.1.3

Il appert également de la fiche d'évaluation finale que la recourante n'a pas prévu de manière adéquate de place d'installation Ouest pour le lavage des matériaux en vue du remblayage lacustre Est. Lors des clarifications technico-financières, le pouvoir adjudicateur a posé la question (n° 295) suivante à la recourante : « Dans l'appel d'offres, le processus de préparation avec concassage, criblage et lavage du matériau pour le remblayage lacustre était prévu sur le site d'installation Ouest (LIG_41_L2C2_B1_Conditions_Particulieres, pos. 752.101, art. 23). Selon description dans votre rapport technique (chapitre 2.3.7), vous prévoyez au contraire l'évacuation vers un site non précisé, le traitement sur place et un transport de retour de ces matériaux. Sur la base des prix offerts aux positions du devis, il n'est pas possible de reconnaître comment ces prestations sont comprises et si l'offre est complète. Veuillez expliquer en détail l'ensemble du processus de traitement. Indiquez, à l'aide des postes de prestations, où ce processus de traitement (y compris le concassage, le criblage, le lavage et l'élimination des boues) et les transports pour les (...) m³ prévus sont compris dans l'offre et comment les quantités supplémentaires ou inférieures peuvent être décomptées lors de l'exécution. » Réponse : « Toutes les prestations pour le remblayage lacustre exigées sont comprises dans l'offre. Les quantités en plus ou en moins seront prises en compte dans le métré et seront prises en

compte par le biais d'une augmentation ou d'une diminution du métré. Nous avons évalué divers sites et installations avec nos sous-traitants, la décision finale dépendra des créneaux horaires prévus pour l'utilisation (en fonction du début/de l'avancement des travaux). Le déroulement de la préparation des matériaux (concassage, criblage, lavage) s'effectue en principe conformément à la description du maître d'ouvrage. Les prestations correspondantes sont entièrement incluses dans le cahier 6, pos. 211.731.193 ». Le pouvoir adjudicateur relève qu'en date du 21 avril 2022, la recourante a fourni un document complémentaire dans lequel elle indiquait notamment qu'aucune installation de traitement (lavage) des matériaux n'était prévue dans son offre à la place d'installation Ouest en vue du remblayage lacustre Est. A l'heure actuelle, elle n'avait pas trouvé d'emplacement alternatif pour cette station de lavage. Dans son document complémentaire, elle prévoyait (...). Dans ce même document, elle l'informait qu'elle avait commis des erreurs de calcul dans les prix unitaires de mise en place des matériaux pour le remblayage lacustre, selon les prescriptions données dans les documents d'appels d'offres. Il ressort du procès-verbal de la séance de clarification technico-financière du 26 avril 2022 ce qui suit : « Questions [...] 295 : Le MO ne peut pas accepter en l'état la proposition du 21 avril de l'entreprise qui est considérée comme une variante. [...] ». »

E. 7.1.3.1

Le pouvoir adjudicateur a relevé que les erreurs de calcul susmentionnées dans les prix unitaires avaient engendré une augmentation de (...) francs du prix de son offre. Aussi, contrairement à ce qu'elle avait confirmé à la question n° 295 notamment, toutes les prestations de traitement des matériaux d'excavation du tunnel en vue du remblayage lacustre prévues par les documents d'appel d'offres n'étaient pas incluses dans son offre. Ainsi, à la suite des clarifications technico-financières, le pouvoir adjudicateur a constaté que le concept de valorisation et de lavage des matériaux du tunnel en vue du remblayage lacustre Est n'avait pas été correctement appréhendé par la recourante et que son offre comprenait une lacune importante dans la logistique du chantier ainsi que dans le traitement des matériaux d'excavation du tunnel. Or, selon lui, la planification très technique de cette partie du projet implique qu'il n'est pas possible d'inclure, a posteriori, une installation de lavage, sans réviser en même temps l'ensemble de la méthodologie proposée pour l'excavation, le traitement des matériaux et l'organisation de la place d'installation Ouest. Un ajout a posteriori comporterait donc un risque quant au planning et à sa plausibilité. En tout logique, la note du critère A2 a évolué entre l'évaluation intermédiaire et l'évaluation finale, la plausibilité du planning proposé par la recourante étant moindre.

E. 7.1.3.2

La recourante relève que le pouvoir adjudicateur a souhaité que les matériaux d'excavation soient lavés sur place et utilisés pour le remblayage lacustre. Dans son offre, elle a tenu compte de cette exigence, tant sur le plan technique que financier, ce qu'elle a confirmé lors des séances de clarification technico-financière. Elle a ainsi confirmé, pour ce qui est du lavage et du transport des matériaux d'excavation, que son offre était conforme aux exigences applicables et que les coûts étaient compris dans le prix. Elle indique également avoir présenté une approche alternative car le concept prévu par le pouvoir adjudicateur pour le lavage et la réutilisation des matériaux d'excavation n'était pas réalisable. En effet, pour des raisons géologiques, les matériaux d'excavation utilisables pour le remblayage lacustre ne seront pas encore disponibles au moment où les travaux de remblayage lacustre seront exécutés. Selon le rapport d'adjudication, la recourante n'était pas la seule à avoir

identifié ce défaut de concept du pouvoir adjudicateur. Ainsi, un autre soumissionnaire l'a également identifié et a aussi proposé une alternative à ce sujet. La correction de la note par le pouvoir adjudicateur dans l'évaluation finale est infondée, arbitraire et injustifiée.

E. 7.1.3.3

Il ressort de ce qui précède que l'offre technique de la recourante prévoyait que le lavage des matériaux pour le remblayage lacustre s'effectuerait hors des places d'installation Ouest requises dans le dossier d'appel d'offres, sans en préciser toutefois l'endroit. Après ouverture de l'offre financière, le pouvoir adjudicateur n'était pas en mesure de reconnaître comment les prestations prévues dans l'offre technique étaient comprises et si l'offre était complète, compte tenu des prix anormalement bas offerts pour ces prestations (cf. fiche d'évaluation finale relative au critère A8 sous consid. 7.3 ci-dessous). Lors des séances de clarification technico-financière, la recourante n'a pas donné plus de précisions sur l'emplacement de cette station de lavage. Dans ces circonstances, l'on ne saurait nullement faire grief au pouvoir adjudicateur d'avoir considéré, à l'issue des clarifications technico-financières, que l'absence de précisions quant à l'emplacement de lavage concerné compromette, pour les raisons susmentionnées, la plausibilité du planning et conduise à une dévaluation de la note attribuée provisoirement à l'offre technique de la recourante. Pour le reste, il y a lieu de relever qu'il n'appartient pas à la recourante de déterminer si le procédé choisi par le prénommé est réalisable ou non.

E. 7.1.4.1

La recourante ajoute enfin que, contrairement aux allégations du pouvoir adjudicateur, il n'y avait aucune « réserve » relative au critère d'adjudication A2 dans son offre financière qui aurait justifié la correction de la note de 3 à 2. Elle relève également qu'il ressort du résumé des évaluations de l'offre des intimées qui lui a été transmis que le lavage des matériaux a également fait l'objet de clarifications technico-financières avec les intimées en lien avec l'évaluation des critères d'adjudication A8 et A9. Il ne ressort toutefois pas de ce document si et comment ces points ont pu être clarifiés. Il est donc très probable qu'ils soient restés ouverts. Dans l'évaluation finale de l'offre des intimées, la note de 4 n'a pas été corrigée à la baisse. Par ailleurs, il est totalement inexplicable que, pour celles-ci, cet aspect n'ait pas également été évalué en lien avec le critère d'adjudication A2.

E. 7.1.4.2

Les clarifications de l'offre de la recourante ont permis de mettre en évidence que la position du concasseur (point réservé lors de l'évaluation provisoire) n'était pas conforme aux prescriptions du dossier d'appel d'offres ; elles ont également permis au pouvoir adjudicateur de réaliser, en raison d'un prix anormalement bas, qu'il manquait un bassin de décantation et que les prestations de traitement des matériaux d'excavation du tunnel en vue du remblayage lacustre prévues par le dossier d'appel d'offres n'étaient pas incluses dans son offre. C'est donc à tort que la recourante estime que l'examen de son offre financière ne pouvait conduire à une diminution de la note attribuée provisoirement à sa seule offre technique. Ensuite, il ressort du résumé des fiches d'évaluation intermédiaire de l'offre des intimées en lien avec les critères d'adjudication A8 et A9 qu'il n'y avait notamment pas de description exacte de la manière dont la valorisation et le lavage des matériaux en vue du remblayage lacustre serait rendue possible et que cet aspect restait encore à détailler en phase de clarification. Le résumé des fiches d'évaluation finale indique toutefois que les clarifications technico-financières ont permis de confirmer les notes intermédiaires. Il

s'ensuit que, contrairement aux suppositions de la recourante, les questions en suspens ont pu être clarifiées à satisfaction du pouvoir adjudicateur, raison pour laquelle les notes provisoires de 3 et de 4 attribuées aux intimées ont été maintenues. Rien ne permet de douter que ces questions soient demeurées ouvertes. Enfin, cet aspect n'a pas été évalué, dans l'offre des intimées, en lien avec le critère A2 pour la bonne et simple raison que celui-là n'avait pas d'impact sur la plausibilité du planning des intimées. Il ne s'agissait pas, comme pour la recourante, d'une appréciation erronée des prescriptions de lavage et de réutilisation du marin pour le remblai lacustre « où la place pour le lavage n'[était] pas prévue de manière adéquate, ce qui comport[ait] un risque de limitation des rendements ou d'arrêt des travaux ».

E. 7.1.5

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que la note de 2 (« données conformes aux exigences de l'appel d'offres ») attribuée à la recourante pour le critère d'adjudication A2 (« Plausibilité du planning ») ne prête nullement le flanc à la critique.

E. 7.2

La recourante conteste ensuite l'évaluation du critère d'adjudication A3 « Stabilité du planning », pour lequel elle a obtenu la note de 2, tant à l'issue de l'évaluation intermédiaire qu'à celle de l'évaluation finale. Selon les dispositions de l'appel d'offres, les axes de l'analyse de la stabilité du planning étaient les « marges dans le planning, gestion adéquate des interfaces, mesures prévues pour rattraper des retards, organisation de l'atelier mécanique ». Il ressort de la fiche d'évaluation intermédiaire notamment ce qui suit : « [...] Les marges dans le planning sont mises en évidence et sont le fruit d'une analyse approfondie. Les mesures d'accélération proposées se limitent à une extension du travail à trois postes, (...) (tous deux impossibles), et (...). Le planning est initialement basé sur la réalisation en trois postes d'une partie de l'excavation souterraine. L'impossibilité de cette mesure mène à une réduction importante des réserves déclarées et amoindrit l'assurance de la stabilité du planning. La préparation des travaux est planifiée dans le détail, avec les délais d'avance nécessaires. Ceci, avec un plan de formation et d'amélioration, contribue à une meilleure stabilité du planning. Les risques importants pour le projet incluent des conséquences sur le planning et de (...) sont proposées. [...] Il en est de même pour différentes autres activités, dont l'influence sur le planning n'est ni détaillée ni approfondie mais posée à la charge du MO. Au vu de ce qui précède, la stabilité du planning est évaluée comme suffisante. » Dans sa fiche d'évaluation finale, le pouvoir adjudicateur a retenu ce qui suit : « Suite aux clarifications technico-financières qui ont mis en évidence un manque de cohérence entre l'offre technique et l'offre financière (270 réserves présentées non pas dans le contexte de l'offre technique mais dans l'offre financière et qui ont été discutées et levées contre une rectification du prix de l'offre), il se pose la question si la stabilité du planning peut encore être considérée comme suffisante. Sur la base des discussions dans les trois séances de clarification et sur la base de la levée des réserves par l'entreprise, malgré une baisse objective de la stabilité du planning, la note 2 reste confirmée, tout comme l'évaluation de la faisabilité du planning, exigence minimale pour l'admission de l'offre à l'évaluation technique. »

E. 7.2.1

La recourante fait valoir que le pouvoir adjudicateur n'explique nullement comment et pourquoi les clarifications technico-financières n'auraient pas permis d'améliorer la stabilité

du planning. En outre, elle répète que les matériaux d'excavation utilisables pour le remblayage lacustre n'étaient pas encore disponibles au moment où les travaux de remblayage lacustre étaient censés être exécutés selon le planning d'appel d'offres, à savoir entre le début du mois de juin et la fin du mois d'octobre. Elle a identifié cette incohérence et a présenté une approche alternative au même prix. C'est ainsi que les risques concernant le déroulement des travaux auraient pu être diminués et la stabilité du planning améliorée. Elle suppose que les intimées, quant à elles, ont choisi de ne pas identifier cette incohérence et que, dès lors, elles ont créé un risque accru de dérangement des travaux, de retard et d'augmentation des coûts du projet. Par conséquent, la notation de son offre sous l'angle des critères d'adjudication A2, A3 et A8 aurait dû être nettement meilleure que celle des intimées.

E. 7.2.2

Le pouvoir adjudicateur maintient les propos qu'il a tenus dans le cadre de l'évaluation du critère d'adjudication A2, à savoir qu'il n'a jamais reconnu les avantages de l'approche alternative proposée par la recourante, qui n'est d'ailleurs pas acceptable sur la base des exigences du dossier d'appel d'offres.

E. 7.2.3

Comme déjà dit, et comme le répète ici le pouvoir adjudicateur, la variante proposée par la recourante n'a pas été admise par celui-ci (cf. consid. 7.1.3 ci-dessus). Elle ne saurait dès lors s'en prévaloir pour contester tant sa note que celle des intimées. Dans ces conditions, et en l'absence d'arguments concrets et conscientisés de la part de la recourante, il n'y a pas lieu de mettre en doute la note de 2 attribuée à celle-ci pour ce critère.

E. 7.3

La recourante conteste également l'évaluation du critère d'adjudication A8 « Gestion des risques adéquate aux besoins du projet », pour lequel elle avait obtenu la note intermédiaire de 4, avant d'être finalement abaissée à 2. Selon les dispositions de l'appel d'offres, les axes de l'analyse de ce critère d'adjudication étaient l'« identification des risques les plus importants pour le MO et pour l'entreprise, processus efficace de gestion des risques ». Il ressort de la fiche d'évaluation intermédiaire ce qui suit : « Le dossier Risques en chap. 6 est de très bonne qualité. Les risques techniques principaux ont été en bonne partie bien identifiés et développés (...). (...) Les systèmes de dépoussiérage restent à préciser. L'entrepreneur prévoit (...). En revanche, il y a des aspects à détailler et développer, notamment la réutilisation des matériaux et lavage en vue du remblayage lacustre. [...] Les mesures associées aux risques identifiés ne sont pas chiffrées dans l'offre technique de l'entrepreneur. Les informations fournies en Rapports Techniques ne couvrent pas les aspects liés aux éventuels surcoûts. Cette question est à vérifier soigneusement pendant la phase d'analyse technico-financière. L'entrepreneur présente quelques remarques spécifiques dans la section Remarques et Réserves aux DAO qui ont des implications financières importantes : (...). » Il ressort de la fiche d'évaluation finale ce qui suit : « Suite aux clarifications, il est constaté de nombreuses incohérences entre l'offre technique et l'offre financière. De nombreux éléments proposés dans l'offre technique comme mesures pour palier à des risques ne sont pas confirmés lors des questions de clarification. Des plus-values sont annoncées pour ces mesures ((...), brumisateur en cas de poussières, bassins de décantation à l'Est en cas de problème avec la turbidité de l'eau). Au niveau de l'évacuation et de la mise en décharge des boues issus du traitement des eaux lors de

l'excavation du tunnel, il est constaté dans les réserves financières de l'entreprise que ces prix sont prévus pour des matériaux non pollués et donc envoyés en décharge type B, ce qui n'est pas réaliste pour (...) et qui n'est pas en accord avec l'offre technique où ces déchets sont envoyés en grande partie en décharge type E. La réutilisation des matériaux d'excavation du tunnel pour le remblayage lacustre n'était pas clairement détaillée dans l'offre technique. Suite aux clarifications, notamment en considérant les prix anormalement bas pour ces prestations, il est constaté que l'entreprise n'a pas prévu de zone de lavage des matériaux pour la réutilisation à l'EST dans son offre de base. Une variante (...) est proposée lors de la 2ème séance de clarification. Cette variante n'a pas pu être acceptée. A nouveau, on constate une différence entre l'offre technique et les clarifications apportées par l'entreprise suite aux questions concernant des prix anormalement bas. En résumé, le soumissionnaire a proposé dans son enveloppe technique une gestion des risques très détaillée et complète. Après ouverture de l'offre financière et des clarifications technico-financières, il est constaté que plusieurs mesures ne sont tout simplement pas chiffrées et amèneront des plus-values au MO. Au vu de ce qui précède, ce critère est évalué comme suffisant. »

E. 7.3.1

Lors des clarifications technico-financières, le pouvoir adjudicateur a posé les questions suivantes à la recourante concernant le dépoussiérage du tunnel : Question n° 106 : « Dépoussiérage Tunnel : Votre consortium prévoit (...). Veuillez préciser si vous envisagez la mise en place de systèmes fixes type brumisateurs ou autre à proposition de l'entrepreneur. Si c'est le cas, est-ce que les mesures proposées sont déjà comptabilisées en offre, ou bien il s'agit de positions complémentaires qui ont un impact financier ? Dans ce dernier cas, de quel montant ou ordre de grandeur est cet impact ? » Réponse : « Il est possible d'installer des (...). Il est également possible d'utiliser (...). Ces coûts ne sont pas inclus dans notre offre car, selon notre appréciation, la probabilité d'une grande quantité de poussière semble faible. Pour (...), il faut compter avec des coûts supplémentaires de l'ordre de sFr. (...). » Question complémentaire : « Cette réponse nous pose problème. Dans votre offre technique, vous préconisez des mesures pour lutter contre les poussières. En cas de poussière trop importante, vous préconisez de la brumisation (Wasserpulversierung selon chapitre 4.2 de l'annexe 12). Or, selon votre réponse à la question financière n° 106, cette mesure n'est pas comprise dans votre offre. Veuillez confirmer qu'en cas de nécessité, vous mettez en place les mesures adéquates pour éviter les poussières et que l'entier de ces mesures est compris dans votre offre. » Clarification du 13 avril 2022 : « L'entreprise confirme que toutes les mesures pour la lutte contre les poussières selon les normes et directives en vigueur sont incluses dans l'offre. Elle a pris note de la sensibilité de la région et de la nécessité d'être pro-actif concernant la lutte contre les poussières. » Procès-verbal de la séance de clarification technico-financière du 26 avril 2022 : « Question 106 : En ordre » Question n° 107 : « Dépoussiérage Tunnel : Veuillez préciser si (...). Si c'est le cas, est-ce que les mesures proposées sont déjà comptabilisées en offre, ou bien il s'agit de positions complémentaires qui ont un impact financier ? Dans ce dernier cas, de quel montant ou ordre de grandeur est cet impact ? » Réponse : « (...) est prévu sur le site d'installation Ouest. Ces coûts sont inclus dans notre offre. »

E. 7.3.1.1

Le pouvoir adjudicateur explique que la réponse de la recourante à la question n° 106 ci-dessus lui a posé un problème car elle laissait entendre que son offre commerciale ne

comprenait pas (...). Or, en raison du choix logistique de celle-là de (...), un grand dégagement de poussière était attendu. Lors de la séance de clarification technico-financière du 13 avril 2022, la recourante est toutefois revenue sur sa position et a confirmé que toutes les mesures pour la lutte contre les poussières étaient incluses dans son offre. Le montant supplémentaire de (...) francs n'a donc finalement pas été ajouté au prix de l'offre. En d'autres termes, la mesure pour réduire les émanations de poussière - point qui a été réservé dans l'évaluation provisoire - n'aurait pas été mise en oeuvre par la recourante si elle avait obtenu le marché et celle-ci n'aurait donc pas respecté les prescriptions du maître d'ouvrage. Il a donc considéré que le risque de dégagement de poussière était sous-estimé par la recourante ; une diminution de la note s'imposait donc pour ce motif notamment.

E. 7.3.1.2

La recourante relève avoir prévu et décrit dans son offre des mesures nécessaires et adéquates ; elle a calculé les coûts correspondants et a incorporé ceux-ci dans le prix de l'offre. Elle a ainsi notamment prévu (...) et des installations de dépoussiérage. Pour limiter le dégagement de poussière, elle a également prévu (...). S'agissant de la mise en place de systèmes fixes type brumisateurs demandée par le pouvoir adjudicateur (question n° 106), elle relève qu'il s'agissait d'une prestation complémentaire, comme cela découle de la formulation de la question. Elle a ainsi précisé que les coûts correspondants n'étaient pas compris dans l'offre initiale. Elle n'est donc pas revenue sur sa position comme l'affirme le pouvoir adjudicateur. A la demande de celui-ci, elle a offert un système de type brumisateurs. S'agissant de la réponse à la question n° 107, elle a confirmé que les coûts pour l'installation de dépoussiérage prévue, y compris (...), étaient inclus dans le prix de l'offre.

E. 7.3.1.3

En l'espèce, il ressort des questions de clarification technico-financière posées par le pouvoir adjudicateur que celui-ci ignorait, sur la base de l'offre technique, si un système fixe type brumisateurs avait été prévu par la recourante, raison pour laquelle « les systèmes de dépoussiérage rest[ai]ent à préciser » à l'issue de l'évaluation provisoire. Même si l'on ne saisit pas la raison pour laquelle le pouvoir adjudicateur n'a pas directement éclairci la question du dépoussiérage lors de l'ouverture de l'offre technique, ce sont bien les clarifications apportées à la suite de l'ouverture de l'offre financière qui ont, en l'espèce, permis de saisir pleinement le système de dépoussiérage proposé. Les séances de clarification technico-financière ont ainsi mis en lumière les faiblesses de l'offre de la recourante. Celles-là ont en effet démontré que la prénommée n'avait pas prévu dans son offre de systèmes fixes type brumisateurs, dès lors qu'elle estimait peu probable la propagation d'une grande quantité de poussière. Le pouvoir adjudicateur a quant à lui considéré qu'en raison du choix logistique de la recourante, un grand dégagement de poussière était attendu. Dans ces circonstances, l'on ne saurait lui reprocher d'avoir considéré que le risque de dégagement de poussière avait été sous-estimé par la recourante, ce qui lui a, entre autres, valu une diminution de sa note.

E. 7.3.2

Lors de la séance de clarification du 13 avril 2022, le pouvoir adjudicateur a posé la question suivante à la recourante s'agissant de la décharge des boues : Question n° 294 : « CAN 211.731.301 : Les caractéristiques chimiques des boues issues du traitement des eaux en provenance du tunnel sont de la responsabilité intégrale de l'entrepreneur, car dépendantes de la méthodologie et le système constructif de l'entrepreneur, notamment

l'utilisation (...), etc... Le prix déposé à l'article 211.731.301 du cahier 1 inclut le chargement des boues, transports jusqu'à la décharge choisie par l'entrepreneur, le déchargement ainsi que les taxes d'élimination des déchets, peu importe le type, et respectent les prescriptions des conditions générales, notamment l'article 836.113 des Conditions Générales (document B1 du cahier 0). Merci de corriger votre prix afin de respecter les exigences légales pour le traitement des boues de chantier. » Réponse : « Nous confirmons ce prix pour les matériaux non pollués. Nous partons du principe que la majeure partie peut être éliminée en tant que matériau non pollué. Pour les éventuels matériaux souillés, les positions pour le type B, C et E seront appliquées dans les positions 751.201/751.202/751.203. » Il ressort du procès-verbal de la séance de clarification technico-financière du 26 avril 2022, s'agissant des points en suspens lors de la clarification du 13 avril 2022, que pour la question n° 294 : « Le prix unitaire corrigé de CHF (...)/to au lieu des CHF (...)/to est à intégrer à l'offre. »

E. 7.3.2.1

S'agissant de la décharge des boues, la recourante relève qu'il ressort de l'annexe A10 de son rapport technique qu'elle avait prévu d'envoyer les boues en grandes quantités en décharge type E. Lors des séances de clarification, les hypothèses relatives aux degrés de pollution et le mode de facturation ont été discutés et réglés. C'est sur cette base qu'elle a été invitée à adapter son prix unitaire pour la décharge des boues afin d'assurer la comparabilité des offres. Avec l'augmentation du prix unitaire et du prix de son offre, le sujet de la décharge des boues était réglé une fois pour toutes. Les clarifications technico-financières ont uniquement porté sur les coûts pour les décharges des boues et non sur la solution technique. Les coûts supplémentaires ont été pris en compte sous l'angle du critère d'adjudication A1. Ainsi, il est arbitraire que le pouvoir adjudicateur utilise le sujet de la décharge des boues pour justifier la correction de la note obtenue sous l'angle du critère A8.

E. 7.3.2.2

Le pouvoir adjudicateur indique que, lors des clarifications, il a demandé à la recourante de confirmer/corriger son prix en raison d'un prix anormalement bas pour le traitement et l'évacuation et mise en décharge des boues issues du traitement des eaux de chantier du tunnel. Il a soumis cette question à la recourante étant donné l'importance de cette problématique (risque environnemental) et le risque de surcoût, dans l'hypothèse où ces matériaux devaient être éliminés en décharge type E (« déchets de chantier fortement pollués », soit la catégorie habituelle de classement de tels déchets selon l'état de la technique). Lors de la séance de clarification technico-financière du 26 avril 2022, la recourante lui a demandé de pouvoir corriger le prix unitaire des articles CAN 211, 731.301 des cahiers 1 et 3 et de modifier les quantités prévues en série de prix. Il a alors accepté la correction du prix unitaire, de façon à s'assurer que les filières d'évacuation et les décharges soient réalisées conformément à la loi. En revanche, l'augmentation des avants métrés demandée par la recourante n'a pas pu être prise en compte. Encore une fois, cette situation a mis en évidence l'incohérence entre les deux enveloppes (offre technique et offre financière) de la recourante pour l'élimination des boues en décharge de type B (« matériaux inertes »). Les chantiers en tunnel génèrent, avec les boues, des déchets parmi les plus pollués, ce qui rend d'autant plus incompréhensible l'hypothèse de leur traitement en décharge de type B, de surcroît par une entreprise expérimentée telle que la recourante. La rectification du prix opérée par celle-ci ne permet pas de réparer sa mauvaise analyse initiale, laquelle remet en question sa capacité d'identifier les risques et de se coordonner en vue de

prévenir leur concrétisation. Il est en effet rappelé que la facturation en décharge de type B ne résulte pas d'une erreur de la recourante mais bien du résultat de son appréciation, celle-là ayant estimé que la majorité des déchets ne serait pas polluée. Lors des séances de clarification technico-financière, la recourante a continué à sous-estimer le risque de pollution pour ces travaux.

E. 7.3.2.3

Contrairement à ce que considère la recourante, et comme le relève le pouvoir adjudicateur, le fait qu'elle ait, à la suite des clarifications technico-financières, rectifié son prix, démontre que son analyse des risques était erronée puisqu'elle considérait qu'il s'agissait en majeure partie d'évacuer des matériaux non pollués. Il n'est donc nullement critiquable que la note attribuée à l'offre technique de la recourante pour le critère « Gestion des risques adéquate au projet » ait été revue à la baisse, celle-là prévoyant d'envoyer les boues en grande partie en décharge type E, soit « déchets de chantier fortement pollués ».

E. 7.3.3

Lors des clarifications, les questions et réponses suivantes ont été protocolées s'agissant de (...) : Question n° 266 : « Vous prévoyez (...). Confirmez-vous que toutes les installations nécessaires (...) sont incluses dans votre offre ? » Réponse : « Nous le confirmons. Nous partons du principe que les prestations correspondantes peuvent être mesurées par le CAN 268. » Question complémentaire : « Nous ne comprenons pas votre remarque concernant le CAN 268. Nous vous renvoyons au B1, cahier 2, art. 752.300 et suivant. Merci de confirmer que vous avez bien compris cela. » Réponse : « (...) n'est pas inclus dans notre offre. Le prix d'une conduite supplémentaire diamètre 250 avec (...) s'élève à Fr. (...). » Procès-verbal de la séance de clarification technico-financière du 26 avril 2022 : « Le prix de CHF (...)- est pour le cas où il faut prévoir un diamètre de 250. La conduite d'un diamètre de 150 est comprise dans l'offre de l'entreprise. Le point sera encore à clarifier par toutes les parties. » Finalement, en séance de clarification technico-financière du 10 mai 2022, la plus-value de (...) francs n'était plus comptabilisée dans l'offre financière de la recourante.

E. 7.3.3.1

Le pouvoir adjudicateur a relevé que, dans son offre technique, la recourante avait précisé que son système (...) prévoyait une conduite (...) de diamètre 200 à 300 mm. Il avait alors constaté que le risque de pollution des eaux avait été pris en compte dans l'offre technique et que la mesure avait été définie, à savoir une conduite de diamètre 200 à 300 mm. Or, à l'ouverture de l'offre financière, il s'est avéré que la recourante avait proposé une conduite d'un diamètre 150 mm, soit une capacité d'écoulement de deux à quatre fois moindre. Une telle réduction du débit constitue un risque environnemental notable puisqu'il ne permet pas une évacuation satisfaisante des eaux. Cet élément illustre d'une part, les incongruités entre l'offre technique et l'offre financière et, d'autre part, une gestion des risques qui n'était pas entièrement maîtrisée par la recourante. Ces éléments ont logiquement contribué à dévaluer sa note.

E. 7.3.3.2

La recourante indique avoir prévu dans son offre d'utiliser plusieurs conduites de diamètre 150 mm afin d'arriver à une capacité de diamètre 200-300 mm. Le risque prétendu par le pouvoir adjudicateur n'existe donc pas. L'expérience a montré que, lorsqu'il s'agit de gérer des arrivées d'eau d'une certaine quantité et pendant un certain temps, il était judicieux

d'utiliser plusieurs conduites de diamètre 150 mm en parallèle. Cela permet (...). C'est cette approche qu'elle a proposée dans son rapport technique. L'indication « -DN200-300 » fait référence à la capacité totale du système et non pas à la dimension d'une seule conduite qui, selon son concept, est de diamètre 150 mm. Aussi, l'allégation du pouvoir adjudicateur selon laquelle il y aurait des incohérences entre l'offre technique et l'offre commerciale est fautive. Elle a confirmé, au cours des clarifications, que les exigences définies par le pouvoir adjudicateur avaient été respectées. Par rapport à l'offre initiale, il ne peut y avoir des coûts supplémentaires que lorsque des conduites d'un diamètre de 250 mm sont utilisées. Ainsi, sur demande du pouvoir adjudicateur, dans le cadre des clarifications technico-financières, elle a prévu l'utilisation d'une conduite plus large de diamètre 250 mm à titre d'option. L'utilisation d'une conduite d'un tel diamètre n'était toutefois pas prévue dans le dossier d'appel d'offres. Par ailleurs, un prétendu surcoût ne peut et ne doit rien changer à l'appréciation technique très positive concernant le concept d'évacuation des eaux (...) qu'elle a proposé. C'est ainsi que le pouvoir adjudicateur a, une fois de plus, confondu les aspects techniques et financiers de l'offre. Il a violé ses propres règles d'évaluation.

E. 7.3.3.3

Il ressort de ce qui précède que l'évaluation de l'offre technique de la recourante se fondait sur une conduite de diamètre 200-300 mm, ce qui, selon le pouvoir adjudicateur, démontrait que le risque de pollution des eaux avait été correctement pris en compte. Or, à l'ouverture de l'offre financière, celui-là a constaté que la recourante avait prévu une conduite de diamètre 150 mm, laquelle ne permettait pas une évacuation satisfaisante des eaux, ce qui constituait un risque environnemental notable. Il a par ailleurs relevé que l'appréciation de la recourante, selon laquelle il serait plus judicieux d'utiliser plusieurs conduites de diamètre 150 mm en parallèle, était insoutenable. Dans ces conditions, l'on ne saurait lui reprocher d'avoir tenu compte de cet élément pour réévaluer, à la baisse, la note attribuée à la recourante pour le critère « Gestion des risques adéquate au projet ».

E. 7.3.4.1

Pour finir, la recourante relève qu'il n'y avait aucune réserve relative au critère d'adjudication A8 dans son offre financière. En effet, contrairement à ce qu'indique le pouvoir adjudicateur dans sa fiche d'évaluation finale, les mesures pour pallier les risques proposées dans l'offre technique ont été confirmées lors des clarifications et leurs coûts étaient inclus dans le prix offert. Par conséquent, elles ont été prises en compte lors de l'évaluation provisoire. La diminution de la note du critère A8 n'a donc aucun lien avec les clarifications.

E. 7.3.4.2

Les clarifications technico-financières ont en l'espèce permis de démontrer que la recourante ne prévoyait pas, dans son offre commerciale, la mise en place d'un brumisateur (point réservé lors de l'évaluation intermédiaire) ni l'utilisation de conduites de diamètre 200 à 300 mm, pourtant indiquées dans son offre technique. La confirmation de ses prix, à la suite des clarifications, a dès lors permis de mettre évidence une mauvaise analyse et gestion des risques de la part de la recourante. Le prix relatif à l'élimination des déchets a, quant à lui, été revu à la hausse lors des clarifications, ce qui démontre également que la quantité de matériaux pollués avait été sous-estimée par la recourante. Aussi, c'est à tort que celle-ci fait valoir que l'ouverture de son offre financière ne pouvait remettre en cause la note attribuée à l'issue de l'évaluation provisoire de son offre technique.

E. 7.3.5

Il suit de ce qui précède que l'évaluation du pouvoir adjudicateur, selon laquelle l'offre de la recourante est conforme aux exigences de l'appel d'offres sous l'angle du critère d'adjudication A8 « Gestion des risques adéquate aux besoins du projet » n'est pas critiquable, la recourante n'étant, dans tous les cas, pas parvenue à le démontrer.

E. 7.4

La recourante conteste encore l'évaluation du critère d'adjudication A9 « Durabilité et environnement, gestion des matériaux », pour lequel elle avait obtenu la note intermédiaire de 4, réduite, au terme des clarifications technico-financières, à 3. Selon les dispositions de l'appel d'offres, les axes de l'analyse de la durabilité et environnement, gestion des matériaux étaient la « logistique adéquate avec les mesures visant la valorisation maximale des matériaux, les mesures de pollution minimale des déchets et de la garantie d'évacuation conforme des matériaux aux différentes destinations, notamment le remblai lacustre, la valorisation auprès de (...) et l'évacuation des déchets, ainsi que le suivi du bilan global des déchets avec reporting régulier et transmission des bons d'élimination, mesures pour éviter les risques, mesures de contrôle et de solution en cas d'imprévu ». Il ressort de la fiche d'évaluation provisoire ce qui suit : « [...] Des places de stockage sont indiquées sur les plans, il est renoncé à (...). (...) Une variante est proposée pour le remblayage lacustre avec traitement des matériaux du percement hors site (mais sans indication où ce traitement aura lieu) à cause du manque de place. (...). Le lavage des matériaux n'est pas décrit exactement comment cette valorisation sera rendue possible. La gestion des matériaux est donc évaluée comme très bonne. » Il ressort de la fiche d'évaluation finale ce qui suit : Fi 6_05_22 : suite aux questions de clarification dans le cadre de l'offre technico-financière, il a été mis en évidence un décalage sensible sur la méthodologie et les mesures offertes dans le cadre de l'offre technique, et celles intégrées à l'offre financière. Cela concerne en particulier la provenance des matériaux pour le remblai lacustre (question 295), leur gestion logistique (transports, lavage, etc. ...). Cet aspect important du projet ne correspond finalement plus au cahier des charges du MO et représente une variante au projet, qui de surcroît génère des coûts supplémentaires. L'évaluation initiale de l'offre par le MO ne peut être maintenue, et la note finale révisée est ramenée à 3 ».

E. 7.4.1

La recourante fait valoir que la correction de sa note, en raison notamment de la provenance des matériaux pour le remblai lacustre est incompréhensible. Ce point a fait l'objet de la question n° 295 (citée sous consid. 7.1.3 ci-dessus), à laquelle elle a répondu le 21 avril 2022, en confirmant que toutes les prestations pour le remblayage lacustre exigées étaient comprises dans l'offre et que le déroulement de la préparation des matériaux (concassage, criblage, lavage) s'effectuait conformément à la description du pouvoir adjudicateur. Elle a en outre présenté à celui-ci une approche alternative qu'il a rejeté dès lors qu'elle devait être considérée comme une variante. Lors de la séance de clarification du 10 mai 2022, elle a donc confirmé réaliser le concept de lavage et de remblayage lacustre selon les exigences énoncées dans le dossier d'appel d'offres et dans son offre initiale. Dans le procès-verbal de la séance du 10 mai 2022, le pouvoir adjudicateur a noté qu'il n'y aurait pas de coûts supplémentaires. Aussi, elle constate que les résultats de la séance de clarification du 10 mai 2022 n'auraient pas été pris en compte dans l'évaluation finale dès lors que le pouvoir adjudicateur a dévalué sa note en raison de ladite variante.

E. 7.4.2

Le pouvoir adjudicateur relève que, contrairement à ce que prétend la recourante, la notation n'a pas été fixée selon sa proposition du 21 avril 2022, qui doit effectivement être considérée comme une variante, mais en considération des clarifications technico-financières, qui lui ont prouvé que des lacunes importantes subsistaient dans son offre de base au sujet notamment du traitement des matériaux d'excavation du tunnel en vue du remblayage lacustre (expliqué sous critère A2) ou encore de l'élimination des boues (expliqué sous critère A8), soit deux problématiques critiques qui peuvent induire pollution et risques pour l'environnement pendant le chantier et qui ne respectaient pas les prescriptions du maître d'ouvrage en matière de gestion et valorisation des déchets édictées dans son cahier B5 « Prescriptions déchets » des documents d'appel d'offres. L'offre de base de la recourante n'a pas été suffisamment étudiée, ce qui a eu pour conséquence la dévaluation de la note du critère d'adjudication A9, après clarifications technico-financières, lors de l'évaluation finale.

E. 7.4.3

Les explications fournies ci-dessus par le pouvoir adjudicateur quant à la dévaluation de la note de la recourante pour le critère d'adjudication A9 ne sont nullement contestables. En effet, il a été démontré plus haut que l'analyse par la recourante des risques environnementaux (A8) et du traitement des matériaux d'excavation du tunnel en vue du remblayage lacustre (A2) était erronée ; son offre ne respectait pas les prescriptions du pouvoir adjudicateur. En outre, il a également été exposé qu'il n'était pas critiquable qu'un même élément de l'offre soit pris en compte dans l'évaluation de plusieurs critères d'adjudication (cf. consid. 6.3.3 ci-dessus).

E. 7.5

La recourante conteste encore l'évaluation du critère d'adjudication A10 « Durabilité et environnement, gestion des eaux » pour lequel elle a obtenu la note provisoire de 4 puis, à l'issue des clarifications technico-financières, celle de 2. Selon les dispositions de l'appel d'offres, les axes de l'analyse de la durabilité et environnement, gestion des eaux étaient les « installations de collecte et de traitement suffisantes et redondantes, capacité de stockage et de traitement suffisante en cas d'imprévu, mesures de solution de problèmes adéquates. » Il ressort de la fiche d'évaluation provisoire ce qui suit : « Le concept de traitement et d'évacuation des eaux est complet autant pour l'Est que l'Ouest et permet de répondre aux attentes du MO. (...). Le système (...) est innovant et dépasse les exigences du MO. (...). Les points faibles et manquants du sous-traitant (...) ont été complétés, ce qui permet de distinguer cette offre du point de vue de la gestion des eaux de chantier et de sa qualité (meilleur plan de gestion des eaux de chantier). Un point ne reste cependant pas idéal : (...), qui n'est pas optimale du point de vue du MO par rapport à l'O3. La gestion des eaux est donc évaluée comme très bonne. » La fiche d'évaluation finale indique, quant à elle, ce qui suit : « Fi 6_05_22 clarification : (...). Dans le cadre de l'analyse de l'offre financière, il s'avère que plusieurs points importants pour ce domaine ne sont pas pris en compte par le soumissionnaire, ce qui a soulevé plusieurs questions traitées dans les clarifications. Dans le cadre des clarifications, il est observé que (...) ne correspond plus à ce qui a été présenté dans l'offre technique (question n° 266). De manière similaire, il est observé que le soumissionnaire ne respecte pas le cahier des charges du MO dans son offre financière, en relation avec l'absence de bassins de décantation nécessaires pour limiter la turbidité lors des travaux de forages (voir question n° 310). De manière générale, l'analyse

technico-financière de l'offre met en évidence un sensible décalage entre les mesures proposées dans son offre technique et les mesures qu'il a effectivement prévues dans son offre financière. Pour ces raisons, la notation initiale de 4 est révisée et une note de 2 est finalement attribuée, qui correspond à "suffisant" - "correspond aux exigences de l'appel d'offres". »

E. 7.5.1.1

La recourante relève - comme déjà exposé en lien avec l'évaluation du critère d'adjudication A8 - avoir prévu, dans son offre, d'utiliser plusieurs conduites de diamètre 150 mm (cf. consid. 7.3.3.2 ci-dessus). Le concept (...) pour lequel elle a obtenu la note provisoire de 4 et prévoyant l'utilisation de conduites de diamètre 150 mm, n'a pas été modifié depuis l'évaluation intermédiaire. Celui-ci a fait l'objet de clarifications (question n° 266 susmentionnée), à l'issue desquelles elle a confirmé que les mesures concernées étaient prévues dans son offre et comprises dans le prix. Lors des séances de clarification des 26 avril et 10 mai 2022, le pouvoir adjudicateur a confirmé que ce point était en ordre et réglé. Une appréciation négative du critère A10 sur la base de prétendues incohérences sous cet angle est donc inadmissible.

E. 7.5.1.2

Le pouvoir adjudicateur conteste avoir dit que ce point était « en ordre et réglé ». Il relève que le choix d'une conduite de diamètre 200-300 mm ou 150 mm est très impactant du point de vue de la protection des eaux. En d'autres termes, le recours à une conduite d'un diamètre insuffisant ne permet pas une évacuation satisfaisante des eaux.

E. 7.5.1.3

La question du choix par la recourante d'utiliser une conduite de diamètre 150 mm (...) a déjà été examinée sous consid. 7.3.3.3. Aussi, pour les mêmes raisons que susmentionnées, la dévaluation, pour ce motif notamment, de la note attribuée à la recourante pour le critère « Durabilité et environnement, gestion des eaux » ne prête pas le flanc à la critique.

E. 7.5.2.1

S'agissant de l'absence d'un bassin de décantation dans la partie Est du chantier, la recourante relève que ce point a été pris en compte sous l'angle de l'évaluation du critère d'adjudication A2. La double évaluation de ce même aspect en lien avec les critères d'adjudication A2 et A10 n'est pas admissible. Ensuite, elle indique avoir confirmé, lors des clarifications (question n° 310 citée sous consid. 7.1.2 ci-dessus), qu'avec le concept proposé, les exigences énoncées dans le dossier d'appel d'offres étaient respectées. C'est à la demande du pouvoir adjudicateur qu'elle a offert des prestations supplémentaires ceci, notamment pour s'assurer que l'eau du lac ne devienne pas trouble lors des travaux de forage si des mesures complémentaires dues à un changement des conditions par rapport à ce qui était prévu dans le dossier d'appel d'offres devaient s'imposer. En revanche, si les conditions souterraines rencontrées correspondent à celles décrites dans le dossier d'appel d'offres et si, contrairement à ses prédictions, l'eau du lac devient trouble, les bassins de décantation prévus dans l'offre technique pourront être utilisés pour la mise en oeuvre des mesures complémentaires également prévues dans celle-ci et ce, à ses propres frais. Elle précise à cet égard (...), si bien qu'une installation peut, en cas de besoin, être réalisée immédiatement en quelques heures. Il n'y aurait ainsi aucun risque accru pour l'environnement. Les mesures prévues qui, lors de l'évaluation technique, ont été considérées comme étant très bonnes n'ont pas été modifiées mais améliorées. Le concept

de gestion des eaux ainsi proposé a clairement dépassé les exigences énoncées dans le dossier d'appel d'offres. La correction de la note de 4 à 2 est donc arbitraire et totalement injustifiée. En outre, dans son offre technique (plan 4021-073-006), elle avait prévu plusieurs bassins de décantation à proximité immédiate des travaux de forage. Aussi, elle dit ne pas comprendre pourquoi, en raison d'un seul bassin de décantation manquant, le pouvoir adjudicateur a tout à coup douté du concept de gestion des eaux proposé, alors qu'il l'avait considéré comme étant « très bon ». Elle relève avoir prévu un budget de plus de (...) francs pour l'ensemble du traitement des eaux. Il est donc incompréhensible de soutenir que le budget pour le traitement des eaux n'était pas suffisant.

E. 7.5.2.2

Le pouvoir adjudicateur relève que, dans le dossier d'appel d'offres, cahier 0, le document B6 intitulé « Prescriptions pour le traitement et l'évacuation des eaux de chantier » impose l'utilisation d'un bassin de décantation au portail Est. Or, la recourante ne l'a pas intégré à son offre, comme cela a été démontré précédemment. La protection des eaux au chantier Est est cruciale pour la protection des eaux en général et indispensable à la garantie du planning. Si, certes, ce point est déjà mentionné sous l'angle de l'évaluation du critère d'adjudication A2, il n'y a pas eu de prise en compte d'un même élément, pour deux critères différents, de façon défavorable à la recourante. Il s'agit uniquement d'un des éléments qui a justifié une réévaluation de la note, entre février et mai 2022, à la lumière des clarifications. Ensuite, le plan 4021-073-006 mentionne une aire destinée à d'éventuels bassins de décantation. C'est uniquement lors de l'ouverture de l'offre financière que l'absence de bassin de décantation pour les travaux de forage (il est admis que d'autres bassins de décantation étaient prévus) est apparue à ses yeux. L'absence d'un tel bassin pour ces travaux n'était dès lors pas reconnaissable sur la base de l'offre technique, de sorte que l'évaluation intermédiaire était erronée sur ce point. Enfin, il demeure très surprenant que la recourante persiste à envisager l'installation et l'utilisation d'un bassin de décantation uniquement si l'eau du lac devenait troublée - ce qui est hautement vraisemblable au vu de la nature des travaux envisagés. Elle prendra ainsi les mesures adéquates uniquement lorsqu'un risque pour l'environnement se sera concrétisé ; l'approche a de quoi susciter une très forte inquiétude. Dans ces circonstances et face à de tels manquements, il ne pouvait qualifier l'offre que de suffisante.

E. 7.5.2.3

Comme déjà exposé en lien avec le critère d'adjudication A2, il n'est pas contesté que l'offre de la recourante ne contenait pas de bassin de décantation au portail Est du chantier, contrairement aux prescriptions du dossier d'appel d'offres (cf. consid. 7.1.2 ci-dessus). Ce manquement procède d'une mauvaise analyse de la part de la recourante des risques de contamination des eaux et démontre également un manque de prudence dans la prise en compte des risques environnementaux. Dans ces conditions, l'on ne saurait reprocher au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir maintenu la note de 4, attribuée à ce critère à l'issue de l'évaluation provisoire. Enfin, comme déjà dit, il n'est pas problématique que certains aspects de l'offre, pertinents à différents égards, soient examinés à l'aune de plusieurs critères d'adjudication (cf. consid. 6.3.3 ci-dessus).

E. 7.5.3.1

La recourante fait enfin valoir que, dans son offre financière, il n'y avait aucune réserve relative au critère d'adjudication A10 qui aurait amené le pouvoir adjudicateur à corriger sa

note. Dans le cadre des clarifications technico-financières, elle a confirmé que les coûts étaient compris dans le prix de l'offre, que les exigences du dossier d'appel d'offres étaient remplies et donné les précisions requises. Or, le pouvoir adjudicateur n'a fondé la dévaluation de sa note que sur deux questions (n° 266 et 310).

E. 7.5.3.2

Le pouvoir adjudicateur rétorque que les questions n° 266 et 310 découlent de réserves figurant dans l'offre financière de la recourante, dans le document « Bemerkungen zum Angebot ». Il précise ensuite qu'en attribuant la note de 2 au critère d'adjudication A10, il a jugé que la solution proposée par la recourante s'agissant de la gestion des eaux était conforme aux exigences de l'appel d'offres ; il n'y a pas eu d'évaluation négative sur ce point. En revanche, l'offre de la recourante ne dépassait pas les exigences de l'appel d'offres et n'était pas hautement novatrice.

E. 7.5.3.3

Après ouverture de l'offre financière, il n'était pas clair pour le pouvoir adjudicateur si toutes les prestations contenues dans l'offre technique étaient comprises dans l'offre commerciale de la recourante. Les clarifications (questions n° 266 et 310) ont permis de démontrer que tel n'était pas le cas, ce qui a justifié une dévaluation de la note attribuée sur la base de la seule offre technique.

E. 7.5.4

Sur le vu de ce qui précède, le tribunal ne voit pas en quoi, et la recourante ne l'a pas démontré, l'appréciation du pouvoir adjudicateur, selon laquelle l'offre de la recourante est conforme aux exigences de l'appel d'offres s'agissant du critère A10 « Durabilité et environnement, gestion des eaux », procéderait d'un abus de son pouvoir d'appréciation.

E. 7.6

S'agissant enfin du critère d'adjudication A11 (« Durabilité et protection des tiers et des structures existantes »), la recourante a obtenu la note, provisoire et finale, de 3 et les intimées, la note finale de 4.

E. 7.6.1

La recourante, qui conteste le rehaussement de la note des intimées de 3 à 4, relève qu'il ressort du résumé des évaluations finales qui lui a été transmis que ladite augmentation est justifiée comme suit : « Les clarifications technico-financières ont permis d'identifier dans le détail les mesures proposées par l'entreprise dans son offre technique, mesures se révélant de très bonne qualité. En particulier, la construction de la halle devrait permettre de diminuer les nuisances dans les domaines du bruit et des poussières. » Elle souligne que le constat par le pouvoir adjudicateur que « la construction de la halle devrait permettre de diminuer les nuisances dans les domaines du bruit et des poussières » est très remarquable. Dès lors que c'est sur cette base que la note de 3 a été augmentée à 4, il est très probable que la construction d'une halle n'était pas prévue dans l'offre technique des intimées mais que celles-ci l'ont proposée après-coup, ce qui n'est pas admissible.

E. 7.6.2

Il ressort de la fiche d'évaluation intermédiaire des intimées relative au critère d'adjudication A11, en particulier ce qui suit : « Bruit : description précise des mesures envisagées, (...), etc... Innovatif avec halle (...). » Il s'ensuit que la construction de ladite

halle n'a pas été proposée, comme le suppose la recourante, après l'évaluation provisoire de l'offre technique des intimées mais figurait déjà dans celle-ci au moment de son dépôt. Le grief, invoqué par la prénommée, tendant à l'exclusion de l'offre des intimées est dès lors mal fondé.

E. 7.6.3

Pour le reste, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant les arguments de la recourante à l'encontre de l'évaluation de son offre et de celle des intimées, qu'elle semble considérer devoir être équivalentes, sous l'angle du critère d'adjudication A11. En effet, comme exposé plus haut (cf. consid. 7), la recourante doit, pour se voir attribuer le marché, obtenir un rehaussement de 4 points de note de son offre, ou une diminution équivalente des points de l'offre des intimées. Il résulte de l'examen ci-devant des critères d'adjudication contestés que la note de la recourante doit être confirmée pour chacun d'eux. Aussi, même si la recourante obtenait, pour le critère A11, la note de 4 et les intimées celle de 3, cette correction ne suffirait toujours pas à la recourante pour obtenir le marché.

E. 8

En définitive, il y a lieu d'admettre que l'attribution du marché aux intimées ne procède pas d'une violation du droit fédéral. Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté.

E. 9

Le présent arrêt rend sans objet la requête d'octroi de l'effet suspensif déposée par la recourante.

E. 10

S'agissant enfin du droit à la consultation du dossier, la recourante a eu partiellement accès à celui-ci d'une part, eu égard aux documents transmis par le pouvoir adjudicateur avec sa réponse au recours et, d'autre part, dans la mesure fixée par décision incidente du 31 janvier 2023 faisant suite à sa requête tendant à un accès plus large au dossier. Celle-ci a, comme déjà exposé sous consid. 3.3.2 ci-dessus, pu avoir notamment accès à un résumé du contenu essentiel des évaluations techniques intermédiaire et finale de l'offre des intimées pour l'ensemble des critères d'adjudication, aux fiches d'évaluation provisoire et finale de sa propre offre, à une version caviardée du rapport d'adjudication et aux notes provisoires et finales attribuées à l'offre des intimées et à la sienne. Au regard des conclusions et griefs du recours, il y a lieu d'admettre que la recourante a pu suffisamment prendre connaissance des éléments pertinents du dossier pour être en mesure de se déterminer valablement, en particulier dans l'optique d'un éventuel recours contre le présent arrêt. Elle n'a, par ailleurs, pas requis ultérieurement un accès élargi au dossier.

E. 11

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 ni des autorités fédérales recourantes (art. 63 al. 2 PA). Les frais de procédure peuvent être remis totalement ou partiellement lorsque, pour d'autres motifs ayant trait au litige ou à la partie en cause, il ne paraît pas équitable de les

mettre à la charge de celle-ci (art. 6 let. b FITAF). En l'occurrence, la recourante ayant entièrement succombé, l'ensemble des frais judiciaires devrait être mis à sa charge. Le tribunal estime cependant justifié d'y renoncer partiellement en raison des circonstances particulières de l'espèce ; le pouvoir adjudicateur n'a en effet pas donné à la recourante les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre des intimées, comme la loi l'y oblige, contraignant la prénommée à porter la cause devant la cour de céans afin de pouvoir connaître les raisons pour lesquelles l'offre retenue avait été mieux notée que la sienne (cf. consid. 3 ci-dessus ; cf. ATF 126 II 111 consid. 7b ; arrêt du TF 1C_254/2017 du 5 janvier 2018 consid. 3.2 et réf. cit. ; ATAF 2008/47 consid. 5.1 ; arrêts du TAF B-270/2022 du 11 avril 2023 consid. 12 et B-4919/2019 du 2 juin 2020 consid. 11). Partant, il y a lieu d'arrêter les frais de procédure à 45'000 francs et de les mettre à la charge de la recourante. Ceux-ci sont prélevés sur l'avance de frais de 50'000 francs acquittée par la prénommée le 11 octobre 2022. Le solde de 5'000 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

E. 12

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 relation 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).

E. 12.1

En l'espèce, il convient d'adopter les mêmes considérations s'agissant de l'allocation de dépens (cf. ATF 126 II 111 consid. 7b ; arrêt du TF 1C_254/2017 du 5 janvier 2018 consid. 3.2 et réf. cit. ; ATAF 2008/47 consid. 5.1). En cas de rejet du recours, celle-ci doit correspondre au travail rendu nécessaire à l'invocation, dans le recours, d'une violation du droit d'être entendu exclusivement (cf. arrêts du TAF B-270/2022 précité consid. 13 et B-1245/2013 du 4 septembre 2013 consid. 7.2). En l'occurrence, ce n'est qu'après un double échange d'écritures que la recourante a pu avoir accès aux pièces du dossier auxquelles elle avait droit et connaître ainsi les motifs ayant conduit à l'adjudication du marché aux intimées. La recourante, représentée par un avocat dûment mandaté par procuration, n'a produit aucune note de frais et honoraires. Il se justifie dès lors de lui allouer ex aequo et bono une indemnité réduite de dépens de 1'500 francs, à la charge des intimées (cf. art. 64 al. 2 PA).

E. 12.2

Les intimées, qui obtiennent gain de cause à l'issue du présent arrêt et qui sont représentées par un avocat, dûment mandaté par procuration, ont droit à des dépens. L'intervention de celui-ci - qui n'a produit aucune note de frais et honoraires - a impliqué le dépôt d'une réponse de 2 pages et d'une duplique de 3 pages. Au regard de l'ampleur et de la complexité de la présente affaire, il se justifie, compte tenu du barème précité, d'allouer aux intimées une indemnité équitable de dépens de 1'500 francs et de mettre celle-ci à la charge de la recourante (cf. art. 64 al. 2 PA). Les dépens, que se doivent réciproquement la recourante et

les intimées, sont ainsi compensés.

E. 12.3

Bien qu'ayant obtenu gain de cause et étant représenté par deux avocats, le pouvoir adjudicateur n'a pas droit à des dépens dès lors qu'il est intervenu dans l'exercice d'une tâche de droit public (cf. art. 7 al. 3 FITAF ; cf. également art. 68 al. 3 LTF ; arrêt du TAF B-2262/2014 du 24 août 2015 consid. 8.2).

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