

# **NE\_GERICHTE CDP.2010.230 vom 24. Februar 2011**

NE Tribunal cantonal, 2011-02-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2010.230](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2010.230)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2010.230 du 24 février 2011

IT: NE\_GERICHTE CDP.2010.230 del 24 febbraio 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, la Cour de droit public du Tribunal cantonal a succédé au Tribunal administratif et traite les causes qui avaient été déferées à cette dernière instance (art. 47 et 83 OJN ).

### **E. 2**

a) En matière de marchés publics, le recours, dûment motivé, doit être déposé dans les dix jours dès la communication de la décision d'adjudication (art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics [ AIMP ]; 43 al. 1 de la loi cantonale sur les marchés publics [ LCMP ]). Si le recourant n'a pas la possibilité d'avoir connaissance du dossier de l'affaire, il adresse, dans le délai de recours, une déclaration de recours à l'autorité compétente (art. 36 al. 1 de la loi sur la procédure et la juridiction administratives [ LPJA ]). L'impossibilité de prendre connaissance du dossier ne doit cependant pas résulter d'une faute ou d'une négligence du recourant. Dans le cas du mandataire qui a demandé en vain à recevoir le dossier, il convient de n'admettre l'existence d'un empêchement que si l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il consulte le dossier au siège de l'autorité et s'il a fait tout son possible pour obtenir le dossier à temps ( RJN 2004, p. 199 cons. 2a, 2002, p. 341 cons. 2a). Dès que le recourant a pu prendre connaissance du dossier, il dispose d'un délai de dix jours pour motiver son recours (art. 36 al. 2 LPJA ). Le point de départ de ce délai étant fixé par la loi, il n'a pas à faire l'objet d'une décision et l'autorité compétente vérifie si les conditions d'application de l'article 36 LPJA sont remplies lors de l'examen du recours proprement dit ( RJN 2004, p. 199 cons. 2a, 2002, p. 341 cons. 2a). Le Tribunal administratif a en outre jugé que si l'article 15 al. 2 aAIMP prévoyait certes qu'un recours doit être dûment motivé et déposé dans les dix jours, cette disposition ne suffisait pas pour conclure que le législateur avait voulu exclure une possibilité de déclaration de recours. Il a ajouté qu'à défaut de règle cantonale contraire, il y avait lieu de considérer qu'il devait appliquer par analogie les dispositions de procédure qui lui sont spécifiques, contenues dans la LPJA . Il en a ainsi déduit que la voie de la déclaration de recours pouvait être utilisée dans le domaine des marchés publics, si les conditions de l'article 36 LPJA étaient réunies (arrêts du TA des 09.04.1998 [ TA.1998.29-30 ] cons. 1b et non publié 25.02.1998 [TA.1998.24] cons. 1b i.f.). La même solution s'impose en application de l'article 15 al. 2 AIMP , dont la teneur est identique à celle de l'article 15 al. 2 aAIMP. b) En l'espèce, la décision attaquée a été notifiée au recourant le 2 juillet 2010, de sorte que le délai de recours arrivait à échéance le lundi 12 juillet 2010. Il résulte par ailleurs du dossier, en particulier des pièces déposées par le recourant, que malgré ses demandes, seuls le tableau d'évaluation des offres et le rapport d'évaluation desdites offres caviardé lui ont été communiqués dans le délai de recours, à l'exception de toute autre pièce du dossier. L'intimée n'a d'ailleurs pas contesté que le recourant avait eu accès à ces documents uniquement. Elle a néanmoins

soutenu qu'il avait eu connaissance du dossier, dès lors qu'il avait obtenu les pièces énumérées à l'article 32 LCMP (observations du 26.07.2010, p. 4-6). Or, ainsi que l'Autorité de céans l'a relevé dans sa décision incidente du 26 octobre 2010, cette disposition ne s'applique pas à la consultation du dossier, laquelle est régie par l'article 23 LPJA, mais concerne la décision d'adjudication, spécifiquement les éléments qu'elle doit contenir (cons. 1 et 2a). Dans ces circonstances, il apparaît que le recourant s'est effectivement trouvé dans l'impossibilité de prendre connaissance du dossier, sans que cela ne lui soit imputable, de sorte que les conditions d'application de l'article 36 LPJA sont remplies et que, partant, la déclaration de recours adressée le 12 juillet 2010 au Tribunal administratif est recevable. La motivation du recours, postée le lundi 13 décembre 2010, est par ailleurs intervenue dans le délai de dix jours à partir du moment où le mandataire du recourant a pu prendre connaissance du dossier de la cause en date du 1<sup>er</sup> décembre 2010. Elle respecte pour le surplus les formes légales prescrites (art. 35 LPJA, par renvoi de l'art. 41 LCMP) et est en conséquence recevable également.

### **E. 3**

a) Alors que le recourant avait invoqué l'illicéité de l'offre de l'adjudicataire en raison de l'emploi d'étudiants ainsi qu'un problème de mètres, les mètres carrés estimés par l'autorité adjudicatrice représentant une surface inférieure à la surface réelle (déclaration de recours du 12.07.2010, p. 27-32), il a par la suite renoncé à se prévaloir de ces griefs (motivation complémentaire du 13.12.2010, p. 4). La Cour de céans n'a donc pas à se prononcer sur ces points. b) Outre le fait que la déclaration de recours doit être admise en matière de marchés publics, et sous réserve d'abus de droit, de nouveaux motifs avancés par les parties après le dépôt de leurs mémoires (recours, réponse) doivent être pris en considération s'ils paraissent décisifs pour la solution du litige (Schaer, Juridiction administrative Neuchâteloise, Commentaire de la loi sur la procédure et la juridiction administratives, 1995, p. 158, 176-177). L'intimée soutient donc à tort que les motifs invoqués par le recourant dans son écriture du 13 décembre 2010 relativement au caractère fonctionnel de l'appel d'offres ainsi que prétendument insuffisamment précis du dossier de soumission sont tardifs, seuls les griefs concernant des éléments ressortant des pièces communiquées le 1<sup>er</sup> décembre 2010 étant recevables (observations du 24.12.2010, p. 3-4). La Cour de céans entrera en matière sur ces griefs. c) Sont réputées décisions sujettes à recours, notamment, la publication de l'appel d'offre (art. 15 al. 1 bis let. a AIMP; 42 al. 2 let. a LCMP) ainsi que le dossier de soumission dès sa mise à disposition (art. 42 al. 2 let. a LCMP). Le recours doit être déposé dans les dix jours à compter de la communication de la décision attaquée (art. 15 al. 2 AIMP; 43 al. 1 LCMP). En cas de recours sur la base de l'article 42 al. 2 let. a LCMP, le délai de recours commence à courir dès le jour suivant la mise à disposition ou la transmission du dossier de soumission (art. 43 al. 2 LCMP). Certes, la publication de l'appel d'offres et le dossier de soumission sont des décisions sujettes à recours et les éventuels vices les affectant doivent être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure (ATF 130 I 241 cons. 4.3, 125 I 203 cons. 3a). La forclusion ne peut toutefois être opposée à une partie que pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées ou qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. On ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres. Il convient, au contraire, de ne pas se montrer trop strict à cet égard et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont

particulièrement évidentes ou manifestes (ATF 130 I 124 cons. 4.3; RJN 2009, p. 265 cons. 4b). En l'occurrence, l'intimée estime également que si le recourant entendait critiquer le choix de la méthode de notation du montant de l'offre (critère 1.1), il aurait dû recourir contre l'appel d'offres, et qu'il est partant forclos à invoquer le caractère illicite de l'appel d'offres à ce stade de la procédure (observations du 26.07.2010, p. 23-24; observations du 24.12.2010, p. 4-5). Etant donné la complexité du marché en cause, on ne pouvait cependant exiger du recourant qu'il fasse valoir, dans un recours contre le dossier de soumission, l'argument selon lequel l'appel d'offre serait illicite et violerait le principe de transparence, le maître de l'ouvrage n'ayant pas déterminé de manière suffisamment précise le but du marché dans le dossier de soumission. Cette solution s'impose à plus forte raison que les essais de faisabilité, dont l'un des objectifs était de permettre aux candidats de vérifier la pertinence technique des propositions d'intervention offertes ainsi que la crédibilité de leurs estimations financières (dossier d'offre pluridisciplinaire, p. 32 no 032.1), n'ont été effectués par le recourant qu'au printemps 2010 (entre le 29.03.2010 et le 23.04.2010; annexe 3 de l'offre du recourant), soit bien après l'échéance du délai de recours de dix jours, puisque le dossier de soumission a été remis aux candidats le 18 décembre 2009 (dossier d'offre pluridisciplinaire, p. 8 no 026.2). Pour ces motifs, le grief du caractère illicite de l'appel d'offres et, par conséquent, celui du rétablissement de la comparabilité des offres qui en découle, seront également examinés.

#### **E. 4**

a) Les dispositions d'exécution cantonales de l'accord intercantonal sur les marchés publics doivent garantir des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 13 let. f AIMP). Ainsi, le dossier de soumission doit contenir tous les documents et toutes les informations nécessaires à la préparation d'une offre, notamment en ce qui concerne l'objet et l'étendue du marché (art. 18 let. b LCMP) et les critères d'adjudication par ordre d'importance ainsi que leur pondération (art. 18 let. j LCMP). Le marché est adjugé au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour en décider, le pouvoir adjudicateur prend en considération l'ensemble des critères définis dans le dossier de soumission, à l'exclusion de critères étrangers au marché, propres à créer une inégalité de traitement entre les soumissionnaires (art. 30 al. 1 et 2 LCMP). Cette réglementation a pour but d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication, d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés, ainsi que de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 2 let. a à d LCMP). Le principe de transparence exige du pouvoir adjudicateur qu'il fasse connaître à l'avance les diverses étapes de la procédure et leur contenu et qu'il indique également à l'avance toutes les informations minimales et utiles pour permettre aux candidats de déposer une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées (ATF 125 II 86 cons. 7c). Il est essentiel que l'autorité adjudicatrice décrive soigneusement l'objet du marché et les conditions qui lui sont applicables, ce qui implique qu'elle ait procédé à une définition précise de ses besoins. Concrètement, cela suppose que le cahier des charges contienne, en principe à tout le moins, un descriptif des prestations demandées, qui doit être clair et complet; à défaut surgiront des problèmes pour la suite de la procédure de soumission, notamment sur le plan de la comparabilité des diverses offres en présence. En règle générale, la faculté des entreprises concurrentes de poser des questions au pouvoir adjudicateur n'est pas suffisante en présence d'un descriptif imprécis (arrêts du Tribunal administratif [VD] des 21.04.2006 [GE.2005.0086] cons. 1a et

29.08.2003 [GE.2003.0064] cons. 3a et les références). Doctrine et jurisprudence ont néanmoins admis une exception aux règles précitées, en reconnaissant la licéité de principe des appels d'offres fonctionnels. La soumission fonctionnelle s'entend d'une procédure d'appel d'offres qui laisse aux soumissionnaires la liberté de déterminer les moyens (objet du marché) à mettre en œuvre pour assurer la fonction définie par l'adjudicateur (objectif du marché). A l'inverse du cas où il fournit aux soumissionnaires un cahier des charges détaillé que ceux-ci complètent en y ajoutant des prix en face de positions prédéfinies, l'adjudicateur ne formule alors ses besoins que sous la forme d'un programme de fonctions et d'objectifs chiffrés. Cette pratique allège donc sa tâche, parce qu'elle le dispense de définir le contenu du marché visé. Il incombe alors aux soumissionnaires de concrétiser cette description ouverte de l'objet du marché en déterminant précisément le contenu des prestations sur lesquelles porte leur offre. Une telle procédure accroît donc la concurrence entre eux, car elle fait appel non seulement à leur compétitivité, mais également à leur inventivité, à leur savoir-faire et leurs connaissances techniques ( Dubey , Le concours en droit des marchés publics, La passation des marchés de conception, en particulier d'architecture et d'ingénierie, 2005, p. 146-147 no 406). Toutefois, même en cas d'appel d'offres fonctionnel, la prestation requise doit faire l'objet d'un programme de prestations qui fournit aux soumissionnaires les valeurs déterminantes de base décrites de façon claire et complète ( Gauch/Stöckli/Dubey , Thèses sur le nouveau droit des marchés publics, 1999, n. 8.1). Dans la détermination des critères d'adjudication, l'adjudicateur ne peut donc pas se contenter d'un vague objectif de planification ou de construction, mais il doit au contraire définir ces critères avec une précision suffisante pour qu'ils puissent servir de base d'appréciation. A cette fin, il doit formuler des objectifs chiffrés clairs et exhaustifs en ce qui concerne les aspects techniques, économiques, programmatiques, voire esthétiques, du marché (DC 2/2003, p. 59 S6 cons. 7 [cas dans lequel le principe de la soumission fonctionnelle a été admis, mais le marché annulé en l'absence de critères suffisamment sûrs, autres que le prix, pour évaluer les offres en concurrence]). Ces critères d'adjudication fonctionnels doivent être mesurables, faute de quoi ils ne seraient pas praticables ( Dubey , op. cit., p. 148 no 408; arrêts du Tribunal administratif [VD] des 30.10.2009 [MPU.2008.0002] cons. 3b, 21.04.2006 [GE.2005.0086] cons. 1b et 29.08.2003 [GE.2003.0064] cons. 3a et les références). b/aa) En l'espèce, pour ce qui concerne le premier tour de la procédure sélective d'attribution du marché en cause, il est mentionné dans le dossier de candidature pluridisciplinaire, sous la rubrique description du marché, que "l'objet de la mise en soumission est la détermination puis l'application à l'ensemble des parements en calcaire jaune des façades de la Collégiale de techniques de conservation – restauration". Il est précisé que le rendu monumental de l'église restaurée est déterminé par le maître de l'ouvrage, l'appel d'offre concernant "les moyens d'y parvenir, selon les règles et les codes déontologiques admis dans le domaine de la conservation – restauration patrimoniale (appel d'offres fonctionnel)" (p. 12 no 021.1). Par la suite, l'autorité adjudicatrice a précisé, dans le dossier d'offre pluridisciplinaire, que le second tour de la procédure avait pour objet "l'établissement d'une offre pour travaux de conservation, de restauration et de présentation des parements de pierre de la Collégiale [...], selon les techniques préconisées par les candidats lors du premier tour de la consultation" (p. 7 no 026.1). Elle a énuméré, sur une cinquantaine de pages, les éléments devant faire l'objet de travaux de conservation, de restauration et de présentation (p. 20-72) puis, sur quelques pages, les éléments dont seule l'étude était demandée (p. 73-78). Il apparaît en conséquence, à tout le moins s'agissant du second tour de la procédure, que l'on ne se trouve pas en présence d'un appel d'offres

fonctionnel au sens défini ci-dessus, selon lequel les soumissionnaires auraient déterminé le contenu des prestations sur lesquelles portait leur offre, l'adjudicateur ayant formulé ses besoins en termes d'objectifs uniquement. Au contraire, et bien que le marché litigieux relève d'un domaine technique qui requiert un certain savoir-faire, seule la technique de restauration – conservation a été laissée à la libre appréciation des soumissionnaires, les prestations exigées et leur nature ayant été énumérées en détail par l'autorité adjudicatrice. Quoiqu'il en soit, la qualification de fonctionnel ou non de l'appel d'offres en cause importe peu, dans la mesure où ce type de procédure est généralement admis par la doctrine et la jurisprudence (cf. aussi en droit fédéral l'art. 16 a al. 2 et 3 de l'ordonnance fédérale sur les marchés publics [OMP]). Le point de savoir si l'autorité adjudicatrice a mis en œuvre toutes les garanties nécessaires au respect des principes et du droit des marchés publics, en particulier s'agissant du principe de la transparence, est en revanche déterminant. bb) Le requérant soutient que le but du marché n'a pas été fixé de manière suffisamment précise, au motif qu'aucun état de conservation détaillé de la collégiale n'existe et que l'établissement d'une typologie et d'une cartographie des dégradations fait partie des prestations mises en soumissions pour un certain nombre de postes, de sorte que l'autorité adjudicatrice ne connaît pas l'étendue réelle des surfaces à traiter. Il en déduit que l'ampleur du marché et son but ont été laissés à la libre appréciation des candidats, ajoutant que faute de fixer l'étendue quantitative et qualitative des interventions objet du marché, l'appel d'offres viole le principe de transparence ( motivation complémentaire du 13.12.2010, p. 7-15). Or, à la lecture du dossier de candidature pluridisciplinaire, il apparaît que l'autorité adjudicatrice a décrit en détail ses attentes relativement au rendu monumental visé (p. 13-14 no 022.2) ainsi qu'aux diverses opérations de conservation (p. 14-16 nos 023.1 à 023.5), de restauration (p. 16 nos 024.1 à 024.4) et de présentation (p. 16-17 nos 025.1 à 025.3). Des plans et de nombreux documents techniques étaient par ailleurs annexés au dossier de candidature (p. 20-22 nos 041, 042). Quant au dossier d'offre pluridisciplinaire, il contient, ainsi que relevé ci-dessus, une énumération sur plusieurs dizaines de pages des éléments devant faire l'objet d'interventions de conservation, de restauration et de présentation (p. 20-78). S'il n'existe effectivement pas de relevé exhaustif de l'état de conservation des façades, divers plans et rapports techniques ont encore été remis aux candidats avec ce dossier, en complément aux documents annexés au dossier de candidature (p. 16-17 nos 041 et 042). Ainsi que le relève l'intimée, ce ne sont donc pas moins de vingt-trois rapports au total qui ont été communiqués aux candidats, de sorte que ceux-ci disposaient de très nombreuses données techniques. Ils ont de surcroît pu inspecter l'état de conservation des façades, des échafaudages et une nacelle ayant été mis à leur disposition (p. 17 no 043.1). La possibilité leur a par ailleurs été offerte de poser toute question jugée nécessaire à éclaircir l'un ou l'autre point concernant la procédure, la nature du marché ou le contenu du dossier d'offre (p. 8 no 026.4). Surtout, les candidats ont procédé à deux essais de faisabilité, ayant pour fonctions notamment de leur permettre de vérifier, d'une part, la pertinence technique des propositions d'intervention offertes et, d'autre part, la crédibilité de leurs estimations financières (p. 14 no 032.1). Au vu de ces éléments, il apparaît que tant le but du marché que son ampleur ont été clairement et précisément définis par l'autorité adjudicatrice dans le dossier de soumission établi. Pour évaluer les offres des soumissionnaires, l'autorité adjudicatrice a par ailleurs recouru à un jury composé, outre de membres des autorités communale et cantonale, d'architectes, de géologues et d'une conservatrice-restauratrice, soit de personnes possédant des connaissances professionnelles pointues (p. 5 no 023.1). Au nombre des critères d'adjudication figurait de plus la qualité technique et de rendu des essais

de faisabilité réalisés, dont la pondération était de 40 %. Les essais de faisabilité réalisés par les soumissionnaires devaient en effet aussi permettre au jury de vérifier la pertinence technique des propositions d'intervention offertes et de fixer le niveau et la qualité de rendu correspondant aux prix offerts par les candidats (p. 14 no 032.1). L'autorité adjudicatrice a ainsi tenu compte non seulement du prix, mais, dans une proportion identique, de la qualité des offres. Elle a donc mis en place les garanties nécessaires au respect des principes et du droit des marchés publics, spécifiquement de la transparence, à ce stade de la procédure aussi. Pour ces motifs, on ne peut suivre le recourant, qui soutient que l'appel d'offres viole le principe de transparence. cc) Ce dernier fait par ailleurs valoir que dans la mesure où la qualité de son travail est supérieure à celle offerte par l'adjudicataire, il ne pouvait proposer le même prix que ce dernier. Il en déduit que l'autorité adjudicatrice ne pouvait pas sans autre appliquer la méthode au carré prévue dans le dossier de soumission pour évaluer le critère du montant de l'offre (1.1), ajoutant qu'elle aurait dû rétablir la comparabilité des deux offres en appliquant une règle de trois, avant de déterminer la note relative au montant du prix. Faute d'avoir procédé ainsi, elle aurait violé le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (déclaration de recours, p. 32-35 ; motivation complémentaire du 13.12.2010, p. 22-25). Quant à l'évaluation du critère de la qualité technique et de rendu des essais de faisabilité réalisés (3), le recourant a effectivement été un peu mieux noté que l'adjudicataire, puisqu'ils ont obtenu respectivement les notes 4.40 et 3.90 (tableau comparatif des offres). On ne saurait cependant déduire de cette différence, au demeurant peu importante, que les offres, du point de vue de la qualité des prestations, ne sont pas comparables, puisque le rapport d'évaluation desdites offres contient l'appréciation suivante concernant ce critère (p. 7) : " L'évaluation technique des essais de faisabilité fait l'objet d'un rapport particulier (cf. annexe « c » au présent document) dont il ressort que les deux consortiums candidats proposent des interventions techniques très proches en qualité les unes des autres. De manière générale, les deux consortiums ont exécuté les travaux qui leur étaient demandés. Les méthodes utilisées correspondent au niveau technique attendu, donc de manière générale aux règles de l'art. L'analyse des essais de faisabilité montre qu'il est très difficile de départager les deux consortiums, même si le Consortium X. en ressort légèrement plus performant." Il convient d'ajouter à cela que pour la majeure partie des positions de l'offre, les soumissionnaires devaient communiquer des prix unitaires et, pour quelques unes d'entre elles, des prix en régie. Surtout, l'autorité adjudicatrice ne pouvait pas s'écarter de la méthode d'évaluation du critère prix qu'elle avait annoncée (dossier d'offre pluridisciplinaire, p. 6 no 024.1) et appliquer le calcul préconisé par le recourant, sans violer le principe de transparence. Quoi qu'il en soit, à supposer que l'on suive le raisonnement du recourant et que l'on procède à un rétablissement de la comparabilité des offres sous l'angle du prix, il faudrait alors en faire de même en ce qui concerne la qualité. En effet, si le montant de l'offre du recourant pris en considération était diminué de manière à ce qu'il corresponde à un niveau qualitatif d'exécution identique à celui de l'offre de l'adjudicataire, il faudrait aussi, afin de respecter l'égalité de traitement, égaliser la notation du critère de la qualité technique et de rendu des essais de faisabilité réalisés, puisque la qualité de l'exécution serait alors réputée identique pour les deux consortiums. Les 33.25 points gagnés par le recourant suite à la réévaluation de la notation du critère du prix qu'il préconise (différence entre les 120.75 points obtenus et les 154 points réclamés; déclaration de recours, p. 45, en relation avec le tableau comparatif des offres) seraient alors en grande partie compensés par les 20 points perdus en raison d'une notation inférieure du critère de la qualité (différence entre la note 4.40 obtenue et la note 3.90 corrigée; tableau comparatif

des offres). Les 13.25 points supplémentaires finalement gagnés par le recourant ne lui permettraient pas de combler l'écart de plus de 40 points le séparant de l'adjudicataire (tableau comparatif des offres). dd) Ainsi que l'intimée le relève à juste titre, cet élément scelle le sort du litige. En effet, même si les griefs que le recourant fait valoir s'agissant des autres critères d'adjudication étaient admis, il n'obtiendrait de toute façon pas l'adjudication du marché. Dans cette hypothèse, et selon le récapitulatif qu'il a lui-même établi (déclaration de recours, p. 45), l'adjudicataire se verrait attribuer 428.5 points. Le recourant n'obtiendrait quant à lui que 422.5 points, et non les 442.5 points réclamés, pour les motifs susmentionnés (cons. 4.b/cc i.f.). L'écart ne serait certes plus que de 6 points, mais demeurerait en faveur de l'adjudicataire. Dans ces circonstances, la Cour de céans peut s'abstenir d'examiner les griefs que le recourant fait valoir au sujet du sous-critère de la crédibilité de l'offre (1.2 ; déclaration de recours, p. 35-41 ; motivation complémentaire du 13.12.2010, p. 25-30) et du critère de l'organisation du consortium pour l'exécution du marché (2), composé des deux sous-critères des qualifications des personnes-clés pour l'exécution du marché (2.1) et des ressources humaines mises à disposition pour l'exécution du marché (2.2 ; déclaration de recours, p. 41-44 ; motivation complémentaire du 13.12.2010, p. 30-35 ), ainsi que s'agissant de la nécessité de modifier sa jurisprudence (déclaration de recours, p. 45-46). La Cour de céans étant par ailleurs en mesure de statuer sur la base du dossier, dont la production a été requise de l'intimée, il n'y a pas lieu de donner suite aux autres demandes d'administration de preuves du recourant, tendant à l'audition de témoins et à la mise en œuvre d'une expertise.

## **E. 5**

Le recours, mal fondé pour l'ensemble des motifs qui précèdent, doit être rejeté. La requête d'effet suspensif devient sans objet. Les frais de la procédure doivent être mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 47 al. 1 LPJA , par renvoi de l'art. 41 LCMP ). L'émolument de décision est arrêté à 6'000 francs, auxquels s'ajoutent les débours par 600 francs (art. 38 al. 1, 42 al. 1 de l'arrêté temporaire fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative [FO 2010 no 51]). Le tiers intéressé, qui a procédé avec l'aide d'un mandataire, a en outre droit à l'allocation d'une indemnité de dépens, à charge du recourant (art. 48 al. 1 LPJA , par renvoi de l'art. 41 LCMP ). Me Calame prétend à une rémunération totale, honoraires, frais et TVA compris, de 38'933.95 francs, correspondant à 48h15 d'activité au tarif horaire de 490 francs plus la TVA à 7.6 % pour 2010 (25'439.35) et à 25h30 d'activité au tarif horaire de 490 francs plus la TVA à 8 % pour 2011 (13'494.60). Il apparaît, à la lecture du détail de l'activité déployée, que le nombre d'heures allégué doit être quelque peu réduit. On ne peut en effet admettre 15h30 pour les observations sur l'effet suspensif (procédure), compte tenu de nombre d'heures mentionné pour l'étude du dossier et les recherches juridiques, qui font l'objet de rubriques séparées. Il en va de même des 10h00 indiquées pour les observations au Tribunal administratif (procédure). Ces rubriques peuvent être diminuées de moitié environ, de sorte qu'il sera tenu compte d'une activité correspondant à une soixantaine d'heures de travail. Par ailleurs, si le tarif horaire pratiqué peut effectivement varier en fonction notamment de la complexité de la cause et des intérêts financiers en jeu, un tarif horaire de 490 francs apparaît néanmoins excessif. Un montant de l'ordre de 350 francs de l'heure semble plus approprié en l'espèce. Compte tenu de ces éléments, l'indemnité de dépens allouée au Consortium B. peut être fixée au total, honoraires, frais et TVA compris, à 24'000 francs (art. 49 ss de l'arrêté susmentionné, par renvoi de l'art. 58 dudit arrêté).

## E. 47

et 83OJN).

2.a) En matière de marchés publics, le recours, dûment motivé, doit être déposé dans les dix jours dès la communication de la décision d'adjudication (art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics [AIMP]; 43 al. 1 de la loi cantonale sur les marchés publics [LCMP]). Si le recourant n'a pas la possibilité d'avoir connaissance du dossier de l'affaire, il adresse, dans le délai de recours, une déclaration de recours à l'autorité compétente (art. 36 al. 1 de la loi sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA]). L'impossibilité de prendre connaissance du dossier ne doit cependant pas résulter d'une faute ou d'une négligence du recourant. Dans le cas du mandataire qui a demandé en vain à recevoir le dossier, il convient de n'admettre l'existence d'un empêchement que si l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il consulte le dossier au siège de l'autorité et s'il a fait tout son possible pour obtenir le dossier à temps (RJN 2004, p. 199cons. 2a, 2002, p. 341cons. 2a). Dès que le recourant a pu prendre connaissance du dossier, il dispose d'un délai de dix jours pour motiver son recours (art. 36 al. 2 LPJA). Le point de départ de ce délai étant fixé par la loi, il n'a pas à faire l'objet d'une décision et l'autorité compétente vérifie si les conditions d'application de l'article 36 LPJA sont remplies lors de l'examen du recours proprement dit (RJN 2004, p. 199cons. 2a, 2002, p. 341cons. 2a). Le Tribunal administratif a en outre jugé que si l'article 15 al. 2 AIMP prévoyait certes qu'un recours doit être dûment motivé et déposé dans les dix jours, cette disposition ne suffisait pas pour conclure que le législateur avait voulu exclure une possibilité de déclaration de recours. Il a ajouté qu'à défaut de règle cantonale contraire, il y avait lieu de considérer qu'il devait appliquer par analogie les dispositions de procédure qui lui sont spécifiques, contenues dans la LPJA. Il en a ainsi déduit que la voie de la déclaration de recours pouvait être utilisée dans le domaine des marchés publics, si les conditions de l'article 36 LPJA étaient réunies (arrêts du TA des 09.04.1998 [TA.1998.29-30] cons. 1b et non publié 25.02.1998 [TA.1998.24] cons. 1b i.f.). La même solution s'impose en application de l'article 15 al. 2 AIMP, dont la teneur est identique à celle de l'article 15 al. 2 AIMP.

b) En l'espèce, la décision attaquée a été notifiée au recourant le 2 juillet 2010, de sorte que le délai de recours arrivait à échéance le lundi 12 juillet 2010. Il résulte par ailleurs du dossier, en particulier des pièces déposées par le recourant, que malgré ses demandes, seuls le tableau d'évaluation des offres et le rapport d'évaluation desdites offres caviardé lui ont été communiqués dans le délai de recours, à l'exception de toute autre pièce du dossier. L'intimée n'a d'ailleurs pas contesté que le recourant avait eu accès à ces documents uniquement. Elle a néanmoins soutenu qu'il avait eu connaissance du dossier, dès lors qu'il avait obtenu les pièces énumérées à l'article 32 LCMP (observations du 26.07.2010, p. 4-6). Or, ainsi que l'Autorité de céans l'a relevé dans sa décision incidente du 26 octobre 2010, cette disposition ne s'applique pas à la consultation du dossier, laquelle est régie par l'article 23 LPJA, mais concerne la décision d'adjudication, spécifiquement les éléments qu'elle doit contenir (cons. 1 et 2a). Dans ces circonstances, il apparaît que le recourant s'est effectivement trouvé dans l'impossibilité de prendre connaissance du dossier, sans que cela ne lui soit imputable, de sorte que les conditions d'application de l'article 36 LPJA sont remplies et que, partant, la déclaration de recours adressée le 12 juillet 2010 au Tribunal administratif est recevable. La motivation du recours, postée le lundi 13 décembre 2010, est par ailleurs intervenue dans le délai de dix jours à partir du moment où le mandataire du recourant a pu prendre connaissance du dossier de la cause en date du 1er décembre 2010.

Elle respecte pour le surplus les formes légales prescrites (art. 35LPJA, par renvoi de l'art. 41LCMP) et est en conséquence recevable également.

3.a) Alors que le recourant avait invoqué l'illicéité de l'offre de l'adjudicataire en raison de l'emploi d'étudiants ainsi qu'un problème de mètres, les mètres carrés estimés par l'autorité adjudicatrice représentant une surface inférieure à la surface réelle (déclaration de recours du 12.07.2010, p. 27-32), il a par la suite renoncé à se prévaloir de ces griefs (motivation complémentaire du 13.12.2010, p. 4). La Cour de céans n'a donc pas à se prononcer sur ces points.

b) Outre le fait que la déclaration de recours doit être admise en matière de marchés publics, et sous réserve d'abus de droit, de nouveaux motifs avancés par les parties après le dépôt de leurs mémoires (recours, réponse) doivent être pris en considération s'ils paraissent décisifs pour la solution du litige (Schaer, Juridiction administrative Neuchâteloise, Commentaire de la loi sur la procédure et la juridiction administratives, 1995, p. 158, 176-177).

L'intimée soutient donc à tort que les motifs invoqués par le recourant dans son écriture du 13 décembre 2010 relativement au caractère fonctionnel de l'appel d'offres ainsi que prétendument insuffisamment précis du dossier de soumission sont tardifs, seuls les griefs concernant des éléments ressortant des pièces communiquées le 1er décembre 2010 étant recevables (observations du 24.12.2010, p. 3-4). La Cour de céans entrera en matière sur ces griefs.

c) Sont réputées décisions sujettes à recours, notamment, la publication de l'appel d'offre (art. 15 al. 1bis let. a AIMP; 42 al. 2 let. a LCMP) ainsi que le dossier de soumission dès sa mise à disposition (art. 42 al. 2 let. a LCMP). Le recours doit être déposé dans les dix jours à compter de la communication de la décision attaquée (art. 15 al. 2 AIMP; 43 al. 1 LCMP). En cas de recours sur la base de l'article 42 al. 2 let. a LCMP, le délai de recours commence à courir dès le jour suivant la mise à disposition ou la transmission du dossier de soumission (art. 43 al. 2 LCMP). Certes, la publication de l'appel d'offres et le dossier de soumission sont des décisions sujettes à recours et les éventuels vices les affectant doivent être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure (ATF130 I 241 cons. 4.3, 125 I 203 cons. 3a). La forclusion ne peut toutefois être opposée à une partie que pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées ou qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. On ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres. Il convient, au contraire, de ne pas se montrer trop strict à cet égard et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes (ATF130 I 124 cons. 4.3; RJN 2009, p. 265 cons. 4b).

En l'occurrence, l'intimée estime également que si le recourant entendait critiquer le choix de la méthode de notation du montant de l'offre (critère 1.1), il aurait dû recourir contre l'appel d'offres, et qu'il est partant forclus à invoquer le caractère illicite de l'appel d'offres à ce stade de la procédure (observations du 26.07.2010, p. 23-24; observations du 24.12.2010, p. 4-5). Etant donné la complexité du marché en cause, on ne pouvait cependant exiger du recourant qu'il fasse valoir, dans un recours contre le dossier de soumission, l'argument selon lequel l'appel d'offre serait illicite et violerait le principe de transparence, le maître de l'ouvrage n'ayant pas déterminé de manière suffisamment précise le but du marché dans le

dossier de soumission. Cette solution s'impose à plus forte raison que les essais de faisabilités, dont l'un des objectifs était de permettre aux candidats de vérifier la pertinence technique des propositions d'intervention offertes ainsi que la crédibilité de leurs estimations financières (dossier d'offre pluridisciplinaire, p. 32 no 032.1), n'ont été effectués par le recourant qu'au printemps 2010 (entre le 29.03.2010 et le 23.04.2010; annexe 3 de l'offre du recourant), soit bien après l'échéance du délai de recours de dix jours, puisque le dossier de soumission a été remis aux candidats le 18 décembre 2009 (dossier d'offre pluridisciplinaire, p. 8 no 026.2). Pour ces motifs, le grief du caractère illicite de l'appel d'offres et, par conséquent, celui du rétablissement de la comparabilité des offres qui en découle, seront également examinés.

4.a) Les dispositions d'exécution cantonales de l'accord intercantonal sur les marchés publics doivent garantir des critères d'attribution propres à adjudger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 13 let. fAIMP). Ainsi, le dossier de soumission doit contenir tous les documents et toutes les informations nécessaires à la préparation d'une offre, notamment en ce qui concerne l'objet et l'étendue du marché (art. 18 let. bLCMP) et les critères d'adjudication par ordre d'importance ainsi que leur pondération (art. 18 let. jLCMP). Le marché est adjudgé au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour en décider, le pouvoir adjudicateur prend en considération l'ensemble des critères définis dans le dossier de soumission, à l'exclusion de critères étrangers au marché, propres à créer une inégalité de traitement entre les soumissionnaires (art. 30 al. 1 et 2LCMP). Cette réglementation a pour but d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication, d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés, ainsi que de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 2 let. a à dLCMP). Le principe de transparence exige du pouvoir adjudicateur qu'il fasse connaître à l'avance les diverses étapes de la procédure et leur contenu et qu'il indique également à l'avance toutes les informations minimales et utiles pour permettre aux candidats de déposer une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées (ATF125 II 86cons. 7c). Il est essentiel que l'autorité adjudicatrice décrive soigneusement l'objet du marché et les conditions qui lui sont applicables, ce qui implique qu'elle ait procédé à une définition précise de ses besoins. Concrètement, cela suppose que le cahier des charges contienne, en principe à tout le moins, un descriptif des prestations demandées, qui doit être clair et complet ; à défaut surgiront des problèmes pour la suite de la procédure de soumission, notamment sur le plan de la comparabilité des diverses offres en présence. En règle générale, la faculté des entreprises concurrentes de poser des questions au pouvoir adjudicateur n'est pas suffisante en présence d'un descriptif imprécis (arrêts du Tribunal administratif [VD] des 21.04.2006 [GE.2005.0086] cons. 1a et 29.08.2003 [GE.2003.0064] cons. 3a et les références).

Doctrine et jurisprudence ont néanmoins admis une exception aux règles précitées, en reconnaissant la licéité de principe des appels d'offres fonctionnels. La soumission fonctionnelle s'entend d'une procédure d'appel d'offres qui laisse aux soumissionnaires la liberté de déterminer les moyens (objet du marché) à mettre en œuvre pour assurer la fonction définie par l'adjudicateur (objectif du marché). A l'inverse du cas où il fournit aux soumissionnaires un cahier des charges détaillé que ceux-ci complètent en y ajoutant des prix en face de positions prédéfinies, l'adjudicateur ne formule alors ses besoins que sous la forme d'un programme de fonctions et d'objectifs chiffrés. Cette pratique allège donc sa

tâche, parce qu'elle le dispense de définir le contenu du marché visé. Il incombe alors aux soumissionnaires de concrétiser cette description ouverte de l'objet du marché en déterminant précisément le contenu des prestations sur lesquelles porte leur offre. Une telle procédure accroît donc la concurrence entre eux, car elle fait appel non seulement à leur compétitivité, mais également à leur inventivité, à leur savoir-faire et leurs connaissances techniques (Dubey, *Le concours en droit des marchés publics, La passation des marchés de conception, en particulier d'architecture et d'ingénierie*, 2005, p. 146-147 no 406). Toutefois, même en cas d'appel d'offres fonctionnel, la prestation requise doit faire l'objet d'un programme de prestations qui fournit aux soumissionnaires les valeurs déterminantes de base décrites de façon claire et complète (Gauch/Stöckli/Dubey, *Thèses sur le nouveau droit des marchés publics*, 1999, n. 8.1). Dans la détermination des critères d'adjudication, l'adjudicateur ne peut donc pas se contenter d'un vague objectif de planification ou de construction, mais il doit au contraire définir ces critères avec une précision suffisante pour qu'ils puissent servir de base d'appréciation. A cette fin, il doit formuler des objectifs chiffrés clairs et exhaustifs en ce qui concerne les aspects techniques, économiques, programmatiques, voire esthétiques, du marché (DC 2/2003, p. 59 S6 cons. 7 [cas dans lequel le principe de la soumission fonctionnelle a été admis, mais le marché annulé en l'absence de critères suffisamment sûrs, autres que le prix, pour évaluer les offres en concurrence]). Ces critères d'adjudication fonctionnels doivent être mesurables, faute de quoi ils ne seraient pas praticables (Dubey, *op. cit.*, p. 148 no 408; arrêts du Tribunal administratif [VD] des 30.10.2009 [MPU.2008.0002] cons. 3b, 21.04.2006 [GE.2005.0086] cons. 1b et 29.08.2003 [GE.2003.0064] cons. 3a et les références).

b/aa) En l'espèce, pour ce qui concerne le premier tour de la procédure sélective d'attribution du marché en cause, il est mentionné dans le dossier de candidature pluridisciplinaire, sous la rubrique description du marché, que "l'objet de la mise en soumission est la détermination puis l'application à l'ensemble des parements en calcaire jaune des façades de la Collégiale de techniques de conservation ■ restauration". Il est précisé que le rendu monumental de l'église restaurée est déterminé par le maître de l'ouvrage, l'appel d'offre concernant "les moyens d'y parvenir, selon les règles et les codes déontologiques admis dans le domaine de la conservation ■ restauration patrimoniale (appel d'offres fonctionnel)" (p. 12 no 021.1). Par la suite, l'autorité adjudicatrice a précisé, dans le dossier d'offre pluridisciplinaire, que le second tour de la procédure avait pour objet "l'établissement d'une offre pour travaux de conservation, de restauration et de présentation des parements de pierre de la Collégiale [...], selon les techniques préconisées par les candidats lors du premier tour de la consultation" (p. 7 no 026.1). Elle a énuméré, sur une cinquantaine de pages, les éléments devant faire l'objet de travaux de conservation, de restauration et de présentation (p. 20-72) puis, sur quelques pages, les éléments dont seule l'étude était demandée (p. 73-78). Il apparaît en conséquence, à tout le moins s'agissant du second tour de la procédure, que l'on ne se trouve pas en présence d'un appel d'offres fonctionnel au sens défini ci-dessus, selon lequel les soumissionnaires auraient déterminé le contenu des prestations sur lesquelles portait leur offre, l'adjudicateur ayant formulé ses besoins en termes d'objectifs uniquement. Au contraire, et bien que le marché litigieux relève d'un domaine technique qui requiert un certain savoir-faire, seule la technique de restauration ■ conservation a été laissée à la libre appréciation des soumissionnaires, les prestations exigées et leur nature ayant été énumérées en détail par l'autorité adjudicatrice. Quoi qu'il en soit, la qualification de fonctionnel ou non de l'appel d'offres en cause importe peu, dans la mesure où ce type de procédure est généralement admis par la doctrine et la

jurisprudence (cf. aussi en droit fédéral l'art. 16aal. 2 et 3 de l'ordonnance fédérale sur les marchés publics [OMP]). Le point de savoir si l'autorité adjudicatrice a mis en œuvre toutes les garanties nécessaires au respect des principes et du droit des marchés publics, en particulier s'agissant du principe de la transparence, est en revanche déterminant.

bb) Le recourant soutient que le but du marché n'a pas été fixé de manière suffisamment précise, au motif qu'aucun état de conservation détaillé de la collégiale n'existe et que l'établissement d'une typologie et d'une cartographie des dégradations fait partie des prestations mises en soumissions pour un certain nombre de postes, de sorte que l'autorité adjudicatrice ne connaît pas l'étendue réelle des surfaces à traiter. Il en déduit que l'ampleur du marché et son but ont été laissés à la libre appréciation des candidats, ajoutant que faute de fixer l'étendue quantitative et qualitative des interventions objet du marché, l'appel d'offres viole le principe de transparence (motivation complémentaire du 13.12.2010, p. 7-15).

Or, à la lecture du dossier de candidature pluridisciplinaire, il apparaît que l'autorité adjudicatrice a décrit en détail ses attentes relativement au rendu monumental visé (p. 13-14 no 022.2) ainsi qu'aux diverses opérations de conservation (p. 14-16 nos 023.1 à 023.5), de restauration (p. 16 nos 024.1 à 024.4) et de présentation (p. 16-17 nos 025.1 à 025.3). Des plans et de nombreux documents techniques étaient par ailleurs annexés au dossier de candidature (p. 20-22 nos 041, 042). Quant au dossier d'offre pluridisciplinaire, il contient, ainsi que relevé ci-dessus, une énumération sur plusieurs dizaines de pages des éléments devant faire l'objet d'interventions de conservation, de restauration et de présentation (p. 20-78). S'il n'existe effectivement pas de relevé exhaustif de l'état de conservation des façades, divers plans et rapports techniques ont encore été remis aux candidats avec ce dossier, en complément aux documents annexés au dossier de candidature (p. 16-17 nos 041 et 042). Ainsi que le relève l'intimée, ce ne sont donc pas moins de vingt-trois rapports au total qui ont été communiqués aux candidats, de sorte que ceux-ci disposaient de très nombreuses données techniques. Ils ont de surcroît pu inspecter l'état de conservation des façades, des échafaudages et une nacelle ayant été mis à leur disposition (p. 17 no 043.1). La possibilité leur a par ailleurs été offerte de poser toute question jugée nécessaire à éclaircir l'un ou l'autre point concernant la procédure, la nature du marché ou le contenu du dossier d'offre (p. 8 no 026.4). Surtout, les candidats ont procédé à deux essais de faisabilité, ayant pour fonctions notamment de leur permettre de vérifier, d'une part, la pertinence technique des propositions d'intervention offertes et, d'autre part, la crédibilité de leurs estimations financières (p. 14 no 032.1). Au vu de ces éléments, il apparaît que tant le but du marché que son ampleur ont été clairement et précisément définis par l'autorité adjudicatrice dans le dossier de soumission établi.

Pour évaluer les offres des soumissionnaires, l'autorité adjudicatrice a par ailleurs recouru à un jury composé, outre de membres des autorités communale et cantonale, d'architectes, de géologues et d'une conservatrice-restauratrice, soit de personnes possédant des connaissances professionnelles pointues (p. 5 no 023.1). Au nombre des critères d'adjudication figurait de plus la qualité technique et de rendu des essais de faisabilité réalisés, dont la pondération était de 40 %. Les essais de faisabilité réalisés par les soumissionnaires devaient en effet aussi permettre au jury de vérifier la pertinence technique des propositions d'intervention offertes et de fixer le niveau et la qualité de rendu correspondant aux prix offerts par les candidats (p. 14 no 032.1). L'autorité adjudicatrice a ainsi tenu compte non seulement du prix, mais, dans une proportion identique, de la qualité

des offres. Elle a donc mis en place les garanties nécessaires au respect des principes et du droit des marchés publics, spécifiquement de la transparence, à ce stade de la procédure aussi.

Pour ces motifs, on ne peut suivre le recourant, qui soutient que l'appel d'offres viole le principe de transparence.

cc) Ce dernier fait par ailleurs valoir que dans la mesure où la qualité de son travail est supérieure à celle offerte par l'adjudicataire, il ne pouvait proposer le même prix que ce dernier. Il en déduit que l'autorité adjudicatrice ne pouvait pas sans autre appliquer la méthode au carré prévue dans le dossier de soumission pour évaluer le critère du montant de l'offre (1.1), ajoutant qu'elle aurait dû rétablir la comparabilité des deux offres en appliquant une règle de trois, avant de déterminer la note relative au montant du prix. Faute d'avoir procédé ainsi, elle aurait violé le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (déclaration de recours, p. 32-35 ; motivation complémentaire du 13.12.2010, p. 22-25).

Quant à l'évaluation du critère de la qualité technique et de rendu des essais de faisabilité réalisés (3), le recourant a effectivement été un peu mieux noté que l'adjudicataire, puisqu'ils ont obtenu respectivement les notes 4.40 et 3.90 (tableau comparatif des offres). On ne saurait cependant déduire de cette différence, au demeurant peu importante, que les offres, du point de vue de la qualité des prestations, ne sont pas comparables, puisque le rapport d'évaluation desdites offres contient l'appréciation suivante concernant ce critère (p. 7) :

" L'évaluation technique des essais de faisabilité fait l'objet d'un rapport particulier (cf. annexe«c» au présent document) dont il ressort que les deux consortiums candidats proposent des interventions techniques très proches en qualité les unes des autres. De manière générale, les deux consortiums ont exécuté les travaux qui leur étaient demandés. Les méthodes utilisées correspondent au niveau technique attendu, donc de manière générale aux règles de l'art. L'analyse des essais de faisabilité montre qu'il est très difficile de départager les deux consortiums, même si le Consortium X. en ressort légèrement plus performant."

Il convient d'ajouter à cela que pour la majeure partie des positions de l'offre, les soumissionnaires devaient communiquer des prix unitaires et, pour quelques unes d'entre elles, des prix en régie. Surtout, l'autorité adjudicatrice ne pouvait pas s'écarter de la méthode d'évaluation du critère prix qu'elle avait annoncée (dossier d'offre pluridisciplinaire, p. 6 no 024.1) et appliquer le calcul préconisé par le recourant, sans violer le principe de transparence.

Quoi qu'il en soit, à supposer que l'on suive le raisonnement du recourant et que l'on procède à un rétablissement de la comparabilité des offres sous l'angle du prix, il faudrait alors en faire de même en ce qui concerne la qualité. En effet, si le montant de l'offre du recourant pris en considération était diminué de manière à ce qu'il corresponde à un niveau qualitatif d'exécution identique à celui de l'offre de l'adjudicataire, il faudrait aussi, afin de respecter l'égalité de traitement, égaliser la notation du critère de la qualité technique et de rendu des essais de faisabilité réalisés, puisque la qualité de l'exécution serait alors réputée identique pour les deux consortiums. Les 33.25 points gagnés par le recourant suite à la réévaluation de la notation du critère du prix qu'il préconise (différence entre les 120.75 points obtenus et les 154 points réclamés; déclaration de recours, p. 45, en relation avec le tableau comparatif des offres) seraient alors en grande partie compensés par les 20 points

perdus en raison d'une notation inférieure du critère de la qualité (différence entre la note 4.40 obtenue et la note 3.90 corrigée; tableau comparatif des offres). Les 13.25 points supplémentaires finalement gagnés par le recourant ne lui permettraient pas de combler l'écart de plus de 40 points le séparant de l'adjudicataire (tableau comparatif des offres).

dd) Ainsi que l'intimée le relève à juste titre, cet élément scelle le sort du litige. En effet, même si les griefs que le recourant fait valoir s'agissant des autres critères d'adjudication étaient admis, il n'obtiendrait de toute façon pas l'adjudication du marché. Dans cette hypothèse, et selon le récapitulatif qu'il a lui-même établi (déclaration de recours, p. 45), l'adjudicataire se verrait attribuer 428.5 points. Le recourant n'obtiendrait quant à lui que 422.5 points, et non les 442.5 points réclamés, pour les motifs susmentionnés (cons. 4.b/cc i.f.). L'écart ne serait certes plus que de 6 points, mais demeurerait en faveur de l'adjudicataire. Dans ces circonstances, la Cour de céans peut s'abstenir d'examiner les griefs que le recourant fait valoir au sujet du sous-critère de la crédibilité de l'offre (1.2 ; déclaration de recours, p. 35-41 ; motivation complémentaire du 13.12.2010, p. 25-30) et du critère de l'organisation du consortium pour l'exécution du marché (2), composé des deux sous-critères des qualifications des personnes-clés pour l'exécution du marché (2.1) et des ressources humaines mises à disposition pour l'exécution du marché (2.2 ; déclaration de recours, p. 41-44 ; motivation complémentaire du 13.12.2010, p. 30-35), ainsi que s'agissant de la nécessité de modifier sa jurisprudence (déclaration de recours, p. 45-46).

La Cour de céans étant par ailleurs en mesure de statuer sur la base du dossier, dont la production a été requise de l'intimée, il n'y a pas lieu de donner suite aux autres demandes d'administration de preuves du recourant, tendant à l'audition de témoins et à la mise en œuvre d'une expertise.

5. Le recours, mal fondé pour l'ensemble des motifs qui précèdent, doit être rejeté. La requête d'effet suspensif devient sans objet. Les frais de la procédure doivent être mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 47 al. 1 LPJA, par renvoi de l'art. 41 LCMP). L'émolument de décision est arrêté à 6'000 francs, auxquels s'ajoutent les débours par 600 francs (art. 38 al. 1, 42 al. 1 de l'arrêté temporaire fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative [FO 2010 no 51]). Le tiers intéressé, qui a procédé avec l'aide d'un mandataire, a en outre droit à l'allocation d'une indemnité de dépens, à charge du recourant (art. 48 al. 1 LPJA, par renvoi de l'art. 41 LCMP). Me Calame prétend à une rémunération totale, honoraires, frais et TVA compris, de 38'933.95 francs, correspondant à 48h15 d'activité au tarif horaire de 490 francs plus la TVA à 7.6 % pour 2010 (25'439.35) et à 25h30 d'activité au tarif horaire de 490 francs plus la TVA à 8 % pour 2011 (13'494.60). Il apparaît, à la lecture du détail de l'activité déployée, que le nombre d'heures allégué doit être quelque peu réduit. On ne peut en effet admettre 15h30 pour les observations sur l'effet suspensif (procédure), compte tenu de nombre d'heures mentionné pour l'étude du dossier et les recherches juridiques, qui font l'objet de rubriques séparées. Il en va de même des 10h00 indiquées pour les observations au Tribunal administratif (procédure). Ces rubriques peuvent être diminuées de moitié environ, de sorte qu'il sera tenu compte d'une activité correspondant à une soixantaine d'heures de travail. Par ailleurs, si le tarif horaire pratiqué peut effectivement varier en fonction notamment de la complexité de la cause et des intérêts financiers en jeu, un tarif horaire de 490 francs apparaît néanmoins excessif. Un montant de l'ordre de 350 francs de l'heure semble plus approprié en l'espèce. Compte tenu de ces éléments, l'indemnité de dépens allouée au Consortium B. peut être fixée au total, honoraires, frais et TVA compris, à 24'000 francs (art. 49 ss de

l'arrêté susmentionné, par renvoi de l'art. 58 dudit arrêté).

Par ces motifs, LA Cour de droit public

1. Rejette le recours.

2. Dit que la requête d'effet suspensif est sans objet.

3. Met à la charge du Consortium X. un émolument de décision de 6'000 francs et les débours par 600 francs, montants partiellement compensés par son avance de frais.

4. Alloue au Consortium B. une indemnité de dépens de 24'000 francs, TVA comprise, à charge du Consortium X..

Neuchâtel, le 24 février 2011

AU NOM DE LA Cour de droit public

Le greffier

Le président

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