

NE_GERICHTE CDP.2016.76 vom 6. September 2016

NE Tribunal cantonal, 2016-09-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2016.76

FR: NE_GERICHTE CDP.2016.76 du 6 septembre 2016

IT: NE_GERICHTE CDP.2016.76 del 6 settembre 2016

Erwägungen

E. 1

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable (art. 15 AIMP; 42 al. 2 let. e, 43 al. 1 LCMP) .

E. 2

La recourante fait valoir une violation de son droit d'être entendue, compte tenu, d'une part, de l'absence de tableau final d'appréciation de l'ensemble des offres qui devait accompagner la décision querellée et, d'autre part, d'une motivation insuffisante de cette dernière ne permettant pas de comprendre ce qui a conduit à l'adjudication du marché. a) L'autorité doit indiquer dans son prononcé les motifs qui la conduisent à sa décision (ATF 139 V 496 cons. 5.1; 138 I 232 cons. 5.1; 136 II 266 cons. 3.2, et les arrêts cités). Elle n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties; elle n'est pas davantage astreinte à statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige; il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient (ATF 139 V 496 cons. 5.1; 138 I 232 cons. 5.1; 136 II 266 cons. 3.2, et les arrêts cités). Une éventuelle violation du droit d'être entendu sous cet aspect peut être réparée si le justiciable dispose de la faculté de se déterminer dans la procédure de recours, pour autant que l'autorité de recours dispose d'un plein pouvoir d'examen, en fait et en droit (ATF 135 I 279 cons. 2.6.1; 133 I 201 cons. 2.2; 132 V 387 cons. 5.1 et les arrêts cités). L'article 32 al. 1 et 2 LCMP stipule que la décision d'adjudication, sommairement motivée, est communiquée aux soumissionnaires. Elle indique notamment le nom de l'adjudicataire, le montant de l'adjudication et le tableau final d'appréciation des offres. Le tableau final d'évaluation des offres mentionne les critères d'adjudication, les pondérations et les notes obtenues par chaque soumissionnaire. Tous les noms seront caviardés à l'exception de ceux de l'adjudicataire et du destinataire de la décision. La motivation d'une décision d'adjudication peut être considérée comme suffisante lorsqu'elle fournit une justification adéquate du choix opéré sur la base des critères d'adjudication fixés dans le document d'appel d'offres, ce qui signifie qu'elle doit fournir une explication raisonnable des évaluations de chacune des offres, de manière à ce que les concurrents puissent les comparer et soulever d'éventuelles contestations (arrêt de la CDAP-VD du 20.03.2015 [MPU.2015.0011] cons. 5b et références). b) En l'occurrence, la décision du 22 février 2016 contient les éléments décrits à l'article 32 al. 2 LCMP , mais sans que ne figure l'ensemble des soumissionnaires dans le tableau final d'évaluation des offres. L'intimée a reconnu son erreur, tout en précisant qu'elle ne portait pas à conséquence du moment que la recourante avait obtenu le 2^{ème} rang. Or, la Cour de céans observe que celle-ci ne pouvait pas connaître son rang en l'absence d'indication dans la décision à ce sujet. En outre, la motivation sommaire de la décision permet de comprendre que c'est le critère 1 "qualité

architecturale et fonctionnelle du projet" qui a été déterminant pour l'adjudication du marché en faveur de Y. SA. Cette seule indication n'équivaut toutefois manifestement pas à la présentation des motifs essentiels pour lesquels l'offre de la recourante n'a pas été retenue, d'autant moins que les notes communiquées dans le tableau récapitulatif pour les 5 critères annoncés n'ont pas été motivées (Poltier , Droit des marchés publics, 2014, p. 213). Elle ne donne pas non plus les caractéristiques et avantages de l'offre choisie. Pour ces raisons, la recourante ne pouvait pas comprendre, au moment de faire recours, les raisons ayant poussé l'intimée à rejeter son offre et à adjuger le marché à un concurrent. Il est vrai que, dans le cadre de l'échange des écritures dans la procédure de recours, l'intimée a déposé au dossier le rapport d'adjudication qui contient l'évaluation de l'ensemble des offres par le comité selon les critères établis dans le cahier des charges et précisés dans ledit rapport. Ce faisant la recourante a pu prendre connaissance des motifs ayant conduit le comité d'évaluation à porter son choix sur l'offre du tiers intéressé et des raisons pour lesquelles son offre a été moins bien notée. Force est ainsi de constater que le vice a été réparé dans la procédure devant la Cour de céans. Cela étant, on relèvera qu'il est peu heureux que le rapport d'adjudication, qui est daté du 11 mars 2016, ait été rédigé après que la décision litigieuse a été notifiée aux intéressés. Il est certes exact que ce rapport ne constitue pas une exigence légale, mais sa rédaction a permis de connaître les motifs ayant guidé le comité d'évaluation sur l'offre finalement retenue. En cela, il constitue une pièce essentielle au présent dossier. Cependant, on ne saurait raisonnablement admettre que ce rapport a été rédigé de manière orientée, en fonction du choix préalable du comité d'évaluation porté sur l'offre de Y. SA. Il ressort du dossier que l'examen complet des dossiers semble bien avoir été opéré le 16 février 2016 par le comité d'évaluation et que seule la rédaction écrite du rapport et de sa motivation est intervenue après coup. Les notes arrondies au centième et figurant dans le tableau récapitulatif annexé à la décision querellée se retrouvent en effet dans les tableaux faisant partie du rapport d'adjudication et sont le résultat, pour chaque critère, des moyennes de sous-critères. Ceci laisse à penser que le rapport d'adjudication avait bien pour but de formaliser les éléments de la décision prise le 22 février 2016 et non le contraire. Il n'en demeure pas moins que cette manière de faire présente un certain risque de prévention, d'autant plus que le tableau relatif au critère 1 n'avait pas été intégré au rapport d'adjudication daté du 11 mars 2016 et n'a été versé dans la présente cause que le 6 juin 2016. Ainsi, les griefs tirés d'une violation du droit d'être entendu ainsi que de l'arbitraire sont rejetés.

E. 3

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). 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).

b) Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix des critères d'adjudication, tout comme pour l'évaluation des offres. A cet égard, le contrôle de

l'autorité de recours ne porte que sur la violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation et la constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents, à l'exclusion du grief d'inopportunité (art. 33 LPJA par renvoi de 41 LCMP; 16 al. 1 et 2 AIMP). Peut constituer un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation, et donc une violation de la loi, le fait par exemple d'accorder à certains critères une importance manifestement disproportionnée ou d'appliquer un critère de manière arbitraire à certains soumissionnaires (RJN 2003, p. 301 cons. 4a et les références). Outre le fait qu'elle n'en revoit pas l'opportunité, la Cour de droit public ne revoit l'appréciation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication qu'avec retenue, puisqu'une telle appréciation suppose souvent des connaissances techniques, qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres présentées par l'ensemble des soumissionnaires et qu'elle comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur. Sur ce point, le pouvoir d'examen de l'autorité judiciaire est pratiquement restreint à l'arbitraire (RJN 2011, p. 421 cons. 2b et les références citées).

E. 4

La recourante invoque le fait que la procédure litigieuse aurait dû être soumise à concours et non à une procédure ouverte d'appel d'offres. a) Les décisions du pouvoir adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal cantonal (art. 42 al. 1 LCMP; 15 al. 1 AIMP) et plus particulièrement à la Cour de droit public (art. 47 OJN). Sont réputées décisions sujettes à recours, notamment, la publication de l'appel d'offres (art. 16, 42 al. 2 let. a LCMP; 15 al.1 bis let. a AIMP) ainsi que le dossier de soumission dès sa mise à disposition (art. 18, 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. 43 al.1 LCMP; 15 al. 2 AIMP). 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). Les documents de l'appel d'offres qui contiennent les conditions fixées par l'adjudicateur pour la qualification des candidats font partie intégrante de l'appel d'offres, si bien que les éventuels vices les affectant doivent être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure, dans le délai de dix jours dès leur remise, à l'instar de ce qui est prévu pour recourir contre l'appel d'offres lui-même. Le Tribunal fédéral a en outre précisé que la forclusion tirée du principe de la bonne foi ne peut toutefois être opposée à une partie que pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées ou, à tout le moins, qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. L'article 15 al. 1 et 2 LCMP stipule que le pouvoir adjudicateur peut organiser un concours, lorsque le choix d'un projet nécessite une évaluation préalable de diverses solutions, notamment sous l'angle conceptuel, esthétique, structurel, écologique, économique ou technique. Les bâtiments et les autres ouvrages pour lesquels l'intégration dans le site revêt un caractère déterminant font en principe l'objet d'un concours. b) En l'espèce, l'appel d'offres porte sur la planification et la construction d'une salle de sport et d'un parking public souterrain. Il a été réservé aux entreprises totales capables de réaliser l'ensemble des études de projet, y compris les procédures de permis de construire, la construction et la mise en service. Compte tenu de l'implantation du projet à venir, à savoir au centre du territoire communal, et du fait que l'ancienne salle de gymnastique sise sur la même parcelle sera maintenue dans un premier temps avant d'être soit assainie soit démolie pour faire place à la construction d'une salle polyvalente, l'appel d'offres a insisté sur le fait que « le projet de la salle de sport devra[it] tenir compte de ces éventualités et démontrer la pertinence de son implantation et de son organisation en termes d'accès et d'éventuelles synergies futures ».

Dans ces conditions, la question peut effectivement se poser de savoir s'il n'aurait pas été plus opportun pour l'intimée de choisir la procédure de concours d'architectes dans un premier temps. Cela dit, l'importance des aspects conceptuel, structurel et d'implantation dans le site ressortait de l'appel d'offres, si bien qu'il appartenait à la recourante de contester le choix de la procédure (concours / appel d'offres) au stade de l'appel d'offres, sous peine de forclusion, selon les formes et délais prévus (ATF 130 I 241 cons. 4.2 p. 245; 125 I 203 cons. 3a p. 205 ss). La recourante, qui s'en est abstenue, est par conséquent forclosée sur ce point.

E. 5

La recourante reproche ensuite à l'intimée d'avoir violé le principe de la transparence en procédant à l'évaluation des offres à l'aide de sous-critères qu'elle n'a pas annoncés dans l'appel d'offres. a) Le principe de la transparence, ancré à l'article 1 al. 2 let. b LCMP, exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions; à tout le moins doit-il spécifier clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective. En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères (ATF 130 I 241 cons. 5.1, 125 II 86 cons. 7c et les références citées). Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et sous-critères utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul, etc.) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 130 I 241 cons. 5.1 et les références citées; arrêt du TF du 23.05.2008 [2D_22/2008] cons. 2.1). Le point de savoir si, dans un cas d'espèce, les critères utilisés sont inhérents au critère publié ou relèvent d'une grille d'évaluation, en sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 cons. 5.1 et les références citées; arrêt du TAF du 15.04.2011 [B 7337/2010] cons. 15.2 et les références citées; cf. également RJN 2011, p. 421 cons. 3a). b) En l'espèce, l'appel d'offres indique que l'évaluation des candidats se fera selon 5 critères d'adjudication et pondérations, à savoir la qualité architecturale et fonctionnelle du projet (35%), le prix (30%), l'organisation pour le projet et références des personnes clés (15%), la qualité technique du projet (10%) et la garantie de respect des délais et du plan de paiement (10%). Il renvoie, pour chaque critère, aux explications fournies dans le chapitre 3 « Documents à remettre pour l'offre ». Ce chapitre ne contient toutefois pas clairement de sous-critères. Le barème d'évaluation des critères d'adjudication fixe en outre une notation de 0 à 5, les demi-points pouvant être utilisés si nécessaire. Ainsi, l'appel d'offres n'ayant pas annoncé le recours à des sous-critères pour l'évaluation des offres, il convient de déterminer si ceux-ci - à l'exception du critère 2 qui n'a pas été évalué au moyen de sous-critères - étaient inhérents au critère publié de sorte

que le principe de la transparence n'en exigeait pas leur communication à l'avance. aa) S'agissant du critère 1, le rapport d'adjudication indique l'existence de 7 sous-critères, à savoir (1) la qualité architecturale et l'identité du projet ; (2) la qualité des espaces intérieurs et les techniques constructives utilisées ; (3) le respect du programme ; (4) la qualité fonctionnelle des projets ; (5) la qualité des différents accès et des liaisons internes et externes ; (6) l'insertion du projet dans le site et les relations avec les autres bâtiments ; (7) l'expression et la qualité de traitement des espaces extérieurs. Il ne précise pas leur pondération, de sorte que chaque sous-critère a été estimé de manière égale. Le tableau d'évaluation de ce critère 1 ne figurant pas dans le rapport d'adjudication précité, l'intimée l'a versé au dossier sur réquisition de la Cour de céans le

E. 6

La recourante fait valoir une violation du principe de l'intangibilité des offres, en arguant que le sous-critère 2 (plan de paiement) a fait l'objet de corrections de la part de l'intimée. Selon la jurisprudence, il est interdit à l'adjudicateur de modifier l'offre qui lui est soumise. Il s'agit du principe dit de l'intangibilité des offres, qui découle de l'interdiction des rounds de négociation (Poltier , op. cit. , n° 315, p. 197 ; Galli/Moser/Lang/Steiner , Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2013, p. 312 ss). Il est toutefois admis que l'adjudicateur puisse corriger les effets d'une mauvaise compréhension de l'offre par un soumissionnaire, afin de rendre les offres comparables entre elles, par exemple en supprimant une plus-value sans objet. En l'espèce, l'appel d'offres indique à la lettre A.8.8, qui précise la présentation de l'échéancier de paiement, que chaque acompte devra être associé à une fin de tâche identifiable sur le planning, et que le dernier acompte sera de 5% du montant total du marché. L'adjudicataire comme tous les autres soumissionnaires, à l'exception de la recourante, ont fixé des acomptes en fin de tâches, mais sans faire coïncider le montant de l'acompte à celui de la tâche à laquelle il était associé. Les explications de la lettre A.8.8 ne sont certes pas très claires, dans la mesure où seul le moment de l'exigibilité de l'acompte est fixé, mais non la manière d'en calculer le montant. La recourante a pourtant compris cette exigence puisqu'elle a calculé le montant des acomptes conformément à ce qu'entendait l'adjudicateur. Il aurait alors appartenu aux autres soumissionnaires de poser une question à cet égard à l'adjudicateur si cette exigence n'était pas claire pour eux. En aucun cas, il n'était admissible que l'intimée demande aux soumissionnaires de modifier le montant des acomptes fixés dans leur offre. Peu importe à cet égard que l'intimée ait tenu compte de cet élément dans son évaluation puisque l'adjudicataire a obtenu la note de 4.5, alors que la recourante a obtenu la note maximale de 5. Une violation du principe de l'intangibilité des offres doit ainsi être admise.

E. 7

La recourante conteste enfin l'évaluation des critères d'adjudication 1, 3, 4 et 5. En résumé, elle estime avoir pleinement rempli le cahier des charges exigé, au contraire de l'adjudicataire dont l'offre retenue devra faire l'objet d'une multitude d'ajustements qui engendreront un surcoût non admissible. a) Il n'y a pas en droit des marchés publics d'obligation à charge du pouvoir adjudicateur de conclure un contrat après avoir adjugé un marché. Mais l'adjudication lie l'autorité adjudicatrice en ce sens que celle-ci est tenue, si elle passe un contrat, de le conclure avec l'adjudicataire, et non avec un autre soumissionnaire (ATF 129 I 410 cons. 3.4). Car la procédure d'adjudication n'est pas une fin en soi, elle ne vise pas à procurer à l'autorité adjudicatrice une faculté abstraite de passer un marché. Elle a pour but d'évaluer l'offre économiquement la plus avantageuse pour une

prestation déterminée, de sorte que la passation du contrat n'est permise que pour cette prestation, respectivement cette offre économiquement la plus avantageuse, et avec l'auteur de celle-ci. Aussi l'adjudication est-elle plus contraignante qu'une simple permission de conclure puisqu'elle s'accompagne d'une interdiction pour l'adjudicateur de conclure tout autre contrat que celui qu'elle décrit en termes de prestations, de prestataire et de prix (Zufferey/Dubey , Quid après l'adjudication ?, in : DC, Colloque Marchés publics, 2004, p. 64). En modifiant son contenu au stade de l'exécution, cela équivaldrait, d'une part, à une révocation partielle implicite de la première décision d'adjudication, dans un cas non permis par la loi, et sans que cette révocation ne fasse l'objet d'une notification et, d'autre part, à la passation d'un autre marché, par une quasi procédure de gré à gré, dans un cas non énuméré par la loi (Clerc , L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, p. 498 ; arrêt du TA du 26.01.2010 [TA.2009.434 +437] cons. 3b). b) En l'espèce, la Cour de céans observe que le critère déterminant qui a conduit à adjuger le marché à Y. SA est le critère 1. L'évaluation architecturale et fonctionnelle de ce projet opérée par le comité d'évaluation relève avant tout une implantation avantageuse du projet qui « ouvre l'angle avec l'ancienne salle de gymnastique et permet ainsi de dégager un espace horizontal généreux et facilement exploitable » et qui intègre le sort incertain de l'ancienne salle de gymnastique. En outre, « le volume hors sol du projet (...) libère une grande esplanade horizontale en ouest et permet de répondre au souhait de la commune de disposer d'un espace adapté aux contraintes de l'organisation de manifestations villageoises ». Ces points semblent avoir été déterminants dans la préférence accordée par le comité d'évaluation à ce projet. Cependant, le rapport d'évaluation relève plusieurs éléments posant problèmes. Premièrement, un croisement de gabarit nécessitera un repositionnement, voire un redimensionnement du projet ou l'obtention d'une dérogation. Par ailleurs, tant l'accès de base au parking souterrain par la rue [aaaa], que la variante par la rue [bbbb], ont été jugés insatisfaisants, respectivement peu satisfaisants, ce qui implique une nouvelle étude à cet égard. De même, la dimension du parking souterrain qui compte 57 places a-t-elle été jugée insuffisante et les espaces de circulation et de manœuvre estimés sous-dimensionnés, ce qui nécessitera un redimensionnement. S'agissant de la circulation interne des spectateurs des manifestations sportives, il a été déploré l'absence d'escalier intérieur depuis le parking et un système de circulation verticale (escalier et ascenseur) est souhaité. « L'organisation spatiale et le dimensionnement des locaux dédiés aux activités sportives (vestiaires, sanitaires, etc.) ainsi que généralement tous les locaux du rez-de-chaussée inférieur ne donnent pas satisfaction. Les espaces « mangés » par les rampes du parking devraient être exploités afin d'améliorer l'organisation générale de ce niveau ». Enfin, « un local de rangement pour le matériel d'extérieur devrait trouver sa place au niveau de l'esplanade supérieure ». Il s'ensuit que de très nombreuses modifications sont souhaitées par l'adjudicateur et qu'elles auront une incidence notoire sur le projet tel que soumis par l'adjudicataire, non seulement en termes d'implantation, mais également de dimensionnement du projet et, en conséquence, de prix. Ainsi, en adjugeant le marché à Y. SA, l'intimée se trouve dans la situation paradoxale où elle est liée par ce projet, tout comme l'adjudicataire lui-même, alors qu'elle admet dans le même temps que ce projet n'est pas satisfaisant et qu'il nécessitera d'importantes modifications, principalement en ce qui concerne l'organisation du parking et le dimensionnement des locaux dédiés au sport. Cette situation ne saurait être cautionnée par la Cour de céans, puisque la décision d'adjudication lie de manière obligatoire les parties quant au contenu du futur contrat. Cela dit, le projet de la recourante n'est pas exempt non plus de manquements qui ont d'ailleurs

été jugés, pour certains, rédhibitoires. Il présente, en particulier et quoi qu'en pense la recourante, une erreur dans les dimensions de la salle de sport. L'appel d'offres exige en effet, dans le descriptif d'architecture, des dimensions normalisées pour une salle simple, à savoir 28m x 16m x 7m (A3, p. 8). Il précise qu'elles se définissent en fonction des dimensions de la surface de jeu auxquelles on ajoute les distances de sécurité, la salle simple de 28m x 16m étant déterminée par la surface de jeu pour le basketball, soit de 26m x 14m. Ces dimensions correspondent à celles recommandées par la Norme OFSPO 201 (éditée par l'Office fédéral du sport, p. 32) ainsi que par le Bureau de prévention des accidents (cf. Documentation technique 2.020 du bpa). Ainsi, la recourante se méprend dans le calcul de la surface de la salle en rajoutant la distance de sécurité à l'aire de 28m x 16m, alors que celle-ci comprend en réalité déjà la distance de sécurité. Ainsi en raison du surdimensionnement de la salle de sport engendrant une grande emprise au sol, conjugué à une implantation du projet parallèle à l'ancienne salle de gymnastique, le projet présente un manque de surfaces extérieures tant en termes de qualité et que de quantité, ce qui a été jugé rédhibitoire par le comité d'évaluation. Ce dernier a également regretté que la circulation dans le bâtiment ne puisse se faire sans transiter par les espaces dédiés aux sportifs ou au public. Un problème de surchauffe lié à l'éclairage naturel ainsi qu'un risque de perturbation des activités sportives en raison de la grande ouverture ouest sont relevés. Dans ces conditions, on ne saurait prétendre que le projet de la recourante aurait pu être exécuté tel quel. Il aurait au contraire également nécessité des modifications importantes en ce qui concerne principalement l'implantation du bâtiment et son dimensionnement. Rien n'indique enfin que ces modifications engendreraient une diminution du coût total du projet. c) Dans ces conditions, attendu qu'aucun des six projets soumis ne satisfaisait les exigences techniques et les critères définis dans l'appel d'offres, il aurait appartenu à l'intimée d'interrompre la procédure d'adjudication et de répéter la procédure conformément à l'article 36 LCMP. Aussi convient-il d'admettre le recours et d'annuler la décision entreprise ainsi que la procédure d'appel d'offres qui l'a précédée. Il appartiendra à l'intimée de procéder à un nouvel appel d'offres limité à la participation de la recourante et à celle de Y. SA, puisque l'annulation de la décision litigieuse ne peut pas bénéficier aux soumissionnaires évincés qui n'ont pas pris part à la procédure de recours (Poltier, op. cit., p. 276). Ce faisant, l'intimée veillera à remédier aux manquements constatés dans le présent jugement. Il lui appartiendra en particulier de faire coïncider d'un point de vue temporel le rapport d'adjudication avec la décision d'adjudication, de respecter le principe de la transparence en définissant clairement dans l'appel d'offres les sous-critères au cas où leur pondération n'est pas égale, en motivant de manière plus précise l'évaluation des groupes 1 et 2 du comité d'évaluation, ainsi qu'en protocolant les déclarations des soumissionnaires en cas d'audition. L'intimée veillera également à respecter le principe de l'interdiction des négociations conduisant à une modification des offres après leur dépôt. Compte tenu de l'issue du litige, il n'y a pas lieu de donner suite aux réquisitions de la recourante en ce qui concerne l'audition de différents témoins.

E. 8

Il s'ensuit que le recours est admis et la décision annulée. Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de percevoir de frais (art. 47 al. 1 et 2 LPJA, par renvoi de l'art. 41 LCMP). L'avance de frais de la recourante lui sera restituée. Celle-ci, qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire autorisé (art. 51 al. 1 LPJA) a droit à une indemnité de dépens pour la présente procédure ainsi que pour la procédure incidente de requête d'effet suspensif et de mesures provisionnelles urgentes. En l'absence d'un mémoire d'honoraires et compte tenu de

l'ampleur et de la difficulté du dossier, le temps consacré à la présente cause, y compris à la procédure incidente, peut être évalué à quelque 12 heures au tarif de 250 francs de l'heure, soit un montant de 3'000 francs, auquel il faut rajouter les débours calculés forfaitairement à 10% des dépens, soit 300 francs et la TVA, par 264 francs, soit un total de 3'564 francs à charge de l'intimée. Le tiers intéressé qui succombe n'a pas droit à des dépens.

E. 32

al. 1 et 2 LCMP stipule que la décision d'adjudication, sommairement motivée, est communiquée aux soumissionnaires. Elle indique notamment le nom de l'adjudicataire, le montant de l'adjudication et le tableau final d'appréciation des offres. Le tableau final d'évaluation des offres mentionne les critères d'adjudication, les pondérations et les notes obtenues par chaque soumissionnaire. Tous les noms seront caviardés à l'exception de ceux de l'adjudicataire et du destinataire de la décision. La motivation d'une décision d'adjudication peut être considérée comme suffisante lorsqu'elle fournit une justification adéquate du choix opéré sur la base des critères d'adjudication fixés dans le document d'appel d'offres, ce qui signifie qu'elle doit fournir une explication raisonnable des évaluations de chacune des offres, de manière à ce que les concurrents puissent les comparer et soulever d'éventuelles contestations (arrêt de la CDAP-VD du 20.03.2015 [MPU.2015.0011] cons. 5b et références).

b) En l'occurrence, la décision du 22 février 2016 contient les éléments décrits à l'article 32 al. 2 LCMP, mais sans que ne figure l'ensemble des soumissionnaires dans le tableau final d'évaluation des offres. L'intimée a reconnu son erreur, tout en précisant qu'elle ne portait pas à conséquence du moment que la recourante avait obtenu le 2^{ème} rang. Or, la Cour de céans observe que celle-ci ne pouvait pas connaître son rang en l'absence d'indication dans la décision à ce sujet. En outre, la motivation sommaire de la décision permet de comprendre que c'est le critère 1 "qualité architecturale et fonctionnelle du projet" qui a été déterminant pour l'adjudication du marché en faveur de Y. SA. Cette seule indication n'équivaut toutefois manifestement pas à la présentation des motifs essentiels pour lesquels l'offre de la recourante n'a pas été retenue, d'autant moins que les notes communiquées dans le tableau récapitulatif pour les 5 critères annoncés n'ont pas été motivées (Poltier, Droit des marchés publics, 2014, p. 213). Elle ne donne pas non plus les caractéristiques et avantages de l'offre choisie. Pour ces raisons, la recourante ne pouvait pas comprendre, au moment de faire recours, les raisons ayant poussé l'intimée à rejeter son offre et à adjuger le marché à un concurrent. Il est vrai que, dans le cadre de l'échange des écritures dans la procédure de recours, l'intimée a déposé au dossier le rapport d'adjudication qui contient l'évaluation de l'ensemble des offres par le comité selon les critères établis dans le cahier des charges et précisés dans ledit rapport. Ce faisant la recourante a pu prendre connaissance des motifs ayant conduit le comité d'évaluation à porter son choix sur l'offre du tiers intéressé et des raisons pour lesquelles son offre a été moins bien notée. Force est ainsi de constater que le vice a été réparé dans la procédure devant la Cour de céans.

Cela étant, on relèvera qu'il est peu heureux que le rapport d'adjudication, qui est daté du 11 mars 2016, ait été rédigé après que la décision litigieuse a été notifiée aux intéressés. Il est certes exact que ce rapport ne constitue pas une exigence légale, mais sa rédaction a permis de connaître les motifs ayant guidé le comité d'évaluation sur l'offre finalement retenue. En cela, il constitue une pièce essentielle au présent dossier. Cependant, on ne saurait raisonnablement admettre que ce rapport a été rédigé de manière orientée, en fonction du choix préalable du comité d'évaluation porté sur l'offre de Y. SA. Il ressort du dossier que

l'examen complet des dossiers semble bien avoir été opéré le 16 février 2016 par le comité d'évaluation et que seule la rédaction écrite du rapport et de sa motivation est intervenue après coup. Les notes arrondies au centième et figurant dans le tableau récapitulatif annexé à la décision querellée se retrouvent en effet dans les tableaux faisant partie du rapport d'adjudication et sont le résultat, pour chaque critère, des moyennes de sous-critères. Ceci laisse à penser que le rapport d'adjudication avait bien pour but de formaliser les éléments de la décision prise le 22 février 2016 et non le contraire. Il n'en demeure pas moins que cette manière de faire présente un certain risque de prévention, d'autant plus que le tableau relatif au critère 1 n'avait pas été intégré au rapport d'adjudication daté du 11 mars 2016 et n'a été versé dans la présente cause que le 6 juin 2016.

Ainsi, les griefs tirés d'une violation du droit d'être entendu ainsi que de l'arbitraire sont rejetés.

3.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). 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).

b) Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix des critères d'adjudication, tout comme pour l'évaluation des offres. A cet égard, le contrôle de l'autorité de recours ne porte que sur la violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation et la constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents, à l'exclusion du grief d'inopportunité (art.

E. 33

LPJA par renvoi de 41 LCMP; 16 al. 1 et 2 AIMP). Peut constituer un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation, et donc une violation de la loi, le fait par exemple d'accorder à certains critères une importance manifestement disproportionnée ou d'appliquer un critère de manière arbitraire à certains soumissionnaires (RJN 2003, p. 301 cons. 4a et les références). Outre le fait qu'elle n'en revoit pas l'opportunité, la Cour de droit public ne revoit l'appréciation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication qu'avec retenue, puisqu'une telle appréciation suppose souvent des connaissances techniques, qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres présentées par l'ensemble des soumissionnaires et qu'elle comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur. Sur ce point, le pouvoir d'examen de l'autorité judiciaire est pratiquement restreint à l'arbitraire (RJN 2011, p. 421 cons. 2b et les références citées).

4. La recourante invoque le fait que la procédure litigieuse aurait dû être soumise à concours et non à une procédure ouverte d'appel d'offres.

a) Les décisions du pouvoir adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal cantonal (art. 42 al. 1 LCMP; 15 al. 1 AIMP) et plus particulièrement à la Cour de droit public (art. 47 OJN). Sont réputées décisions sujettes à recours, notamment, la publication

de l'appel d'offres (art. 16, 42 al. 2 let. a LCMP; 15 al.1 bis let. a AIMP) ainsi que le dossier de soumission dès sa mise à disposition (art. 18, 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. 43 al.1 LCMP; 15 al. 2 AIMP). 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). Les documents de l'appel d'offres qui contiennent les conditions fixées par l'adjudicateur pour la qualification des candidats font partie intégrante de l'appel d'offres, si bien que les éventuels vices les affectant doivent être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure, dans le délai de dix jours dès leur remise, à l'instar de ce qui est prévu pour recourir contre l'appel d'offres lui-même. Le Tribunal fédéral a en outre précisé que la forclusion tirée du principe de la bonne foi ne peut toutefois être opposée à une partie que pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées ou, à tout le moins, qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. L'article 15 al. 1 et 2 LCMP stipule que le pouvoir adjudicateur peut organiser un concours, lorsque le choix d'un projet nécessite une évaluation préalable de diverses solutions, notamment sous l'angle conceptuel, esthétique, structurel, écologique, économique ou technique. Les bâtiments et les autres ouvrages pour lesquels l'intégration dans le site revêt un caractère déterminant font en principe l'objet d'un concours.

b) En l'espèce, l'appel d'offres porte sur la planification et la construction d'une salle de sport et d'un parking public souterrain. Il a été réservé aux entreprises totales capables de réaliser l'ensemble des études de projet, y compris les procédures de permis de construire, la construction et la mise en service. Compte tenu de l'implantation du projet à venir, à savoir au centre du territoire communal, et du fait que l'ancienne salle de gymnastique sise sur la même parcelle sera maintenue dans un premier temps avant d'être soit assainie soit démolie pour faire place à la construction d'une salle polyvalente, l'appel d'offres a insisté sur le fait que « le projet de la salle de sport devra[it] tenir compte de ces éventualités et démontrer la pertinence de son implantation et de son organisation en termes d'accès et d'éventuelles synergies futures ». Dans ces conditions, la question peut effectivement se poser de savoir s'il n'aurait pas été plus opportun pour l'intimée de choisir la procédure de concours d'architectes dans un premier temps. Cela dit, l'importance des aspects conceptuel, structurel et d'implantation dans le site ressortait de l'appel d'offres, si bien qu'il appartenait à la recourante de contester le choix de la procédure (concours / appel d'offres) au stade de l'appel d'offres, sous peine de forclusion, selon les formes et délais prévus (ATF 130 I 241 cons. 4.2 p. 245; 125 I 203 cons. 3a p. 205 ss). La recourante, qui s'en est abstenue, est par conséquent forclosée sur ce point.

5. La recourante reproche ensuite à l'intimée d'avoir violé le principe de la transparence en procédant à l'évaluation des offres à l'aide de sous-critères qu'elle n'a pas annoncés dans l'appel d'offres.

a) Le principe de la transparence, ancré à l'article 1 al. 2 let. b LCMP, exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions; à tout le moins doit-il spécifier clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective. En tous les cas, le principe de la

transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères (ATF 130 I 241cons. 5.1, 125 II 86cons. 7c et les références citées). Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et sous-critères utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul, etc.) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 130 I 241cons. 5.1 et les références citées; arrêt du TF du 23.05.2008 [2D_22/2008]cons. 2.1). Le point de savoir si, dans un cas d'espèce, les critères utilisés sont inhérents au critère publié ou relèvent d'une grille d'évaluation, en sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241cons. 5.1 et les références citées; arrêt du TAF du 15.04.2011 [B 7337/2010] cons. 15.2 et les références citées; cf. également RJN 2011, p. 421cons. 3a).

b) En l'espèce, l'appel d'offres indique que l'évaluation des candidats se fera selon 5 critères d'adjudication et pondérations, à savoir la qualité architecturale et fonctionnelle du projet (35%), le prix (30%), l'organisation pour le projet et références des personnes clés (15%), la qualité technique du projet (10%) et la garantie de respect des délais et du plan de paiement (10%). Il renvoie, pour chaque critère, aux explications fournies dans le chapitre 3 « Documents à remettre pour l'offre ». Ce chapitre ne contient toutefois pas clairement de sous-critères. Le barème d'évaluation des critères d'adjudication fixe en outre une notation de 0 à 5, les demi-points pouvant être utilisés si nécessaire. Ainsi, l'appel d'offres n'ayant pas annoncé le recours à des sous-critères pour l'évaluation des offres, il convient de déterminer si ceux-ci - à l'exception du critère 2 qui n'a pas été évalué au moyen de sous-critères - étaient inhérents au critère publié de sorte que le principe de la transparence n'en exigeait pas leur communication à l'avance.

aa) S'agissant du critère 1, le rapport d'adjudication indique l'existence de 7 sous-critères, à savoir (1) la qualité architecturale et l'identité du projet ; (2) la qualité des espaces intérieurs et les techniques constructives utilisées ; (3) le respect du programme ; (4) la qualité fonctionnelle des projets ; (5) la qualité des différents accès et des liaisons internes et externes ; (6) l'insertion du projet dans le site et les relations avec les autres bâtiments ; (7) l'expression et la qualité de traitement des espaces extérieurs. Il ne précise pas leur pondération, de sorte que chaque sous-critère a été estimé de manière égale. Le tableau d'évaluation de ce critère 1 ne figurant pas dans le rapport d'adjudication précité, l'intimée l'a versé au dossier sur réquisition de la Cour de céans le 6 juin 2016. On y constate que, parmi les sous-critères pré-décrits, certains ont été agencés différemment et qu'ils ont été réduits au nombre de 6, les sous-critères 1, 2 et 3 étant regroupés en un seul alors que les « techniques constructives utilisées » ont fait l'objet d'un sous-critère distinct auquel le « parking » a été ajouté. L'intimée ne s'est pas expliquée sur les raisons de ces modifications et il ne peut être exclu que ce réagencement ait pu avoir une incidence sur la notation des sous-critères et, partant, sur la note finale du critère 1. Cette manière de

faire n'est dès lors pas admissible et se heurte de manière choquante au principe de la transparence. Il en va de même des différentes méthodes d'évaluation appliquées par chacun des deux groupes d'évaluation. Alors que le groupe 1 a apprécié les offres en attribuant une note pour chaque sous-critère, le groupe 2 s'est contenté de mettre note globale au critère 1, sans explication. Même si toutes les offres ont été évaluées selon ces deux mêmes méthodes, il n'en demeure pas moins que cette manière de faire manque manifestement de transparence, d'autant plus que les évaluations faites par le groupe 2 semblent avoir été décisives dans la note finale du critère 1, puisque c'est l'offre de l'adjudicataire qui s'est nettement détachée des autres offres avec une note du groupe 2 de 4.50, alors que la recourante n'a obtenu que 3.00 et que les 4 autres offres ont obtenu respectivement 2.00, 2.00, 2.50 et 3.00.

bb) En ce qui concerne le critère 3 « Organisation pour le projet et références des personnes clés », le rapport d'adjudication mentionne les sous-critères suivants et leur pondération : (1) qualité de l'organigramme 25% ; (2) références et expériences du chef de projet 25% ; (3) références et expériences de l'architecte 20% ; (4) références et expériences de l'ingénieur civil 15% ; (5) références et expériences de l'ingénieur CV 5% ; (6) références et expériences de l'ingénieur S 5% ; (7) références et expériences de l'ingénieur E 5%. Ces sous-critères demeurent manifestement dans le critère principal qu'ils se limitent à concrétiser, attendu que l'appel d'offres renvoie, pour le critère 3, aux explications contenues au chapitre 3 A.8.5 (organigramme) et A.8.6 (références des personnes clés), et non A.8.3 et A.8.4 comme la recourante l'invoque à tort. On relèvera à toutes fins utiles que les lettres A.8.3 et A.8.4 (références de constructions de salles de sport en entreprise générale) sont des critères d'aptitude des soumissionnaires et non des critères d'adjudication (appel d'offres, chap. 4.4, p. 15). Cela dit, et comme le relève à juste titre la recourante, la pondération différenciée des sous-critères qui va de 5% à 25% est problématique, dans la mesure où elle n'a pas été préalablement annoncée dans l'appel d'offres. Il y a ainsi lieu de retenir une violation du principe de la transparence également pour l'établissement de ce critère.

cc) Le critère 4 concerne, quant à lui, la « qualité technique du projet ». On constate dans le rapport d'évaluation qu'il a lui aussi été subdivisé en 5 sous-critères, à savoir : (1) qualité du concept énergétique et des installations CVCSE-MCRG 20% ; (2) qualité et contenu des fiches locaux remis (CVSE) 20% ; (3) qualité des schémas de principe des installations, tracés unifilaires (CVSE) 20% ; (4) qualité des descriptifs détaillés des équipements et du matériel principal (CVSE) 20% ; (5) dimensionnement, prix unitaires annoncés (CVS) 20%. Ces sous-critères, pondérés de manière équivalente, ne sortent manifestement pas du cadre du critère 4 qu'ils sont supposés concrétiser. La recourante critique cependant le recours par l'intimée à des sous-sous-critères. Celle-ci s'est expliquée sur ce point, en faisant valoir que les 5 sous-critères ont été appliqués pour chaque corps de métier (chauffage, ventilation, sanitaire et électricité) et pris en compte de manière équivalente, à raison de 25% pour chaque sous-sous-critère. Il ressort néanmoins du tableau relatif au critère 4 que l'intimée a versé au dossier le 6 juin 2016 que le sous-critère 5 présente une pondération différenciée de ses sous-sous-critères, soit 70% et 30%, ce qui s'écarte des 25% appliqués pour les autres sous-sous-critères. Cette différence de pondération aurait dû être indiquée dans l'appel d'offres. Aussi le principe de la transparence est-il violé à cet égard également.

dd) En ce qui concerne le critère 5 « Analyse de la garantie de respect des délais et du plan de paiement », force est de constater, comme l'■a invoqué la recourante, que les deux sous-critères fixés, à savoir (1) l'■analyse et commentaire du planning d'■ensemble du projet étude et réalisation, et (2) le plan de paiement, ont été pondérés de manière différenciée. Il ressort certes des explications relatives à ces deux éléments et contenues dans l'■appel d'■offres que le planning d'■ensemble du projet doit être élaboré sur 2 pages A3 et indiquer au minimum 5 jalons clés (démarrage des prestations, dépôt du dossier à la mise à l'■enquête, retour de l'■autorisation de construire, démarrage des travaux et remise de l'■ouvrage) ainsi que différentes périodes (études par phases SIA, travaux de terrassement, travaux spéciaux de bétonnage, de pose de la charpente et de la façade, travaux CVSE, mises en service, réceptions). Quant au second sous-critère, il se borne à présenter un échéancier de paiement basé sur les jalons clés d'■avancement du projet. On voit ainsi clairement l'■importance largement moindre du second sous-critère et du travail bien moins conséquent qu'■il engendrait, ce qui pouvait en soi justifier une pondération différenciée (70% / 30%). Il n'■en demeure pas moins qu'■elle aurait dû être annoncée dans le cahier des charges. En omettant de le faire, le principe de la transparence a, une fois encore, été violé.

c) La recourante reproche encore une violation du principe de la transparence dans la mesure où les déclarations d'■audition des soumissionnaires n'■ont pas été protocolées, ce qui empêche tout contrôle judiciaire notamment sur les questions abordées oralement, en ce qui la concerne, au sujet de la ventilation de la salle de sport et des aménagements extérieurs du projet.

L'article 29 al. 2 LCMPne prévoit pas d'obligation d'organiser des séances de clarification pour tous les soumissionnaires (arrêt de la CDP du 03.07.2012 [CDP.2012.78]), ni d'informer ces derniers de la mise en ■uvre d'une telle séance ou de leur communiquer les questions qui y ont été posées. L'■AIMPne prévoit pas davantage une telle obligation, mais sa directive d'■exécution (DEMP) exige que les déclarations orales des soumissionnaires relatives à leur aptitude et à leur offre soient retranscrites par l'■adjudicateur. Le dossier d'■appel d'■offres réserve la possibilité à l'■adjudicateur de convoquer les candidats à une audition, mais il ne stipule nullement que les déclarations seront protocolées. Toutefois, il précise à son point 2.3 que la procédure se déroulera notamment conformément à l'■AIMPet à ses directives d'■exécution. Ainsi, et comme le relève à juste titre la recourante, il appartenait à l'■intimée de protocoler les déclarations des soumissionnaires faites à l'■occasion de la séance de clarification, d'■autant plus que les discussions sembleraient avoir porté, en ce qui concerne la recourante, sur les dimensions de la salle de sport et l'■installation d'■un système de ventilation naturelle du bâtiment, points qui ont manifestement eu un certain poids dans l'■évaluation de cette offre. Le principe de la transparence a également été violé sur ce point.

6. La recourante fait valoir une violation du principe de l'■intangibilité des offres, en arguant que le sous-critère 2 (plan de paiement) a fait l'■objet de corrections de la part de l'■intimée. Selon la jurisprudence, il est interdit à l'adjudicateur de modifier l'offre qui lui est soumise. Il s'agit du principe dit de l'intangibilité des offres, qui découle de l'interdiction des rounds de négociation (Poltier, op. cit., n° 315, p. 197 ; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2013, p. 312 ss). Il est toutefois admis que l'adjudicateur puisse corriger les effets d'■une mauvaise compréhension de l'■offre par un soumissionnaire, afin de rendre les offres comparables entre elles, par exemple en

supprimant une plus-value sans objet. En l'espèce, l'appel d'offres indique à la lettre A.8.8, qui précise la présentation de l'échéancier de paiement, que chaque acompte devra être associé à une fin de tâche identifiable sur le planning, et que le dernier acompte sera de 5% du montant total du marché. L'adjudicataire comme tous les autres soumissionnaires, à l'exception de la recourante, ont fixé des acomptes en fin de tâches, mais sans faire coïncider le montant de l'acompte à celui de la tâche à laquelle il était associé. Les explications de la lettre A.8.8 ne sont certes pas très claires, dans la mesure où seul le moment de l'exigibilité de l'acompte est fixé, mais non la manière d'en calculer le montant. La recourante a pourtant compris cette exigence puisqu'elle a calculé le montant des acomptes conformément à ce qu'entendait l'adjudicateur. Il aurait alors appartenu aux autres soumissionnaires de poser une question à cet égard à l'adjudicateur si cette exigence n'était pas claire pour eux. En aucun cas, il n'était admissible que l'intimée demande aux soumissionnaires de modifier le montant des acomptes fixés dans leur offre. Peu importe à cet égard que l'intimée ait tenu compte de cet élément dans son évaluation puisque l'adjudicataire a obtenu la note de 4.5, alors que la recourante a obtenu la note maximale de 5. Une violation du principe de l'intangibilité des offres doit ainsi être admise.

7. La recourante conteste enfin l'évaluation des critères d'adjudication 1, 3, 4 et 5. En résumé, elle estime avoir pleinement rempli le cahier des charges exigé, au contraire de l'adjudicataire dont l'offre retenue devra faire l'objet d'une multitude d'ajustements qui engendreront un surcoût non admissible.

a) Il n'y a pas en droit des marchés publics d'obligation à charge du pouvoir adjudicateur de conclure un contrat après avoir adjugé un marché. Mais l'adjudication lie l'autorité adjudicatrice en ce sens que celle-ci est tenue, si elle passe un contrat, de le conclure avec l'adjudicataire, et non avec un autre soumissionnaire (ATF 129 I 410 cons. 3.4). Car la procédure d'adjudication n'est pas une fin en soi, elle ne vise pas à procurer à l'autorité adjudicatrice une faculté abstraite de passer un marché. Elle a pour but d'évaluer l'offre économiquement la plus avantageuse pour une prestation déterminée, de sorte que la passation du contrat n'est permise que pour cette prestation, respectivement cette offre économiquement la plus avantageuse, et avec l'auteur de celle-ci. Aussi l'adjudication est-elle plus contraignante qu'une simple permission de conclure puisqu'elle s'accompagne d'une interdiction pour l'adjudicateur de conclure tout autre contrat que celui qu'elle décrit en termes de prestations, de prestataire et de prix (Zufferey/Dubey, *Quid après l'adjudication ?*, in : DC, Colloque Marchés publics, 2004, p. 64). En modifiant son contenu au stade de l'exécution, cela équivaldrait, d'une part, à une révocation partielle implicite de la première décision d'adjudication, dans un cas non permis par la loi, et sans que cette révocation ne fasse l'objet d'une notification et, d'autre part, à la passation d'un autre marché, par une quasi procédure de gré à gré, dans un cas non énuméré par la loi (Clerc, *L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*, p. 498 ; arrêt du TA du 26.01.2010 [TA.2009.434+437] cons. 3b).

b) En l'espèce, la Cour de céans observe que le critère déterminant qui a conduit à adjuger le marché à Y. SA est le critère 1. L'évaluation architecturale et fonctionnelle de ce projet opérée par le comité d'évaluation relève avant tout une implantation avantageuse du projet qui « ouvre l'angle avec l'ancienne salle de gymnastique et permet ainsi de dégager un espace horizontal généreux et facilement exploitable » et qui intègre le sort incertain de l'ancienne salle de gymnastique. En outre, « le volume hors sol du projet () libère une grande esplanade horizontale en ouest et permet de répondre au souhait de la commune de

disposer d'un espace adapté aux contraintes de l'organisation de manifestations villageoises ». Ces points semblent avoir été déterminants dans la préférence accordée par le comité d'évaluation à ce projet. Cependant, le rapport d'évaluation relève plusieurs éléments posant problèmes. Premièrement, un croisement de gabarit nécessitera un repositionnement, voire un redimensionnement du projet ou l'obtention d'une dérogation. Par ailleurs, tant l'accès de base au parking souterrain par la rue [aaaa], que la variante par la rue [bbbb], ont été jugés insatisfaisants, respectivement peu satisfaisants, ce qui implique une nouvelle étude à cet égard. De même, la dimension du parking souterrain qui compte 57 places a-t-elle été jugée insuffisante et les espaces de circulation et de manœuvre estimés sous-dimensionnés, ce qui nécessitera un redimensionnement. S'agissant de la circulation interne des spectateurs des manifestations sportives, il a été déploré l'absence d'escalier intérieur depuis le parking et un système de circulation verticale (escalier et ascenseur) est souhaité. « L'organisation spatiale et le dimensionnement des locaux dédiés aux activités sportives (vestiaires, sanitaires, etc.) ainsi que généralement tous les locaux du rez-de-chaussée inférieur ne donnent pas satisfaction. Les espaces « mangés » par les rampes du parking devraient être exploités afin d'améliorer l'organisation générale de ce niveau ». Enfin, « un local de rangement pour le matériel d'extérieur devrait trouver sa place au niveau de l'esplanade supérieure ». Il s'ensuit que de très nombreuses modifications sont souhaitées par l'adjudicateur et qu'elles auront une incidence notable sur le projet tel que soumis par l'adjudicataire, non seulement en termes d'implantation, mais également de dimensionnement du projet et, en conséquence, de prix. Ainsi, en adjugeant le marché à Y. SA, l'intimée se trouve dans la situation paradoxale où elle est liée par ce projet, tout comme l'adjudicataire lui-même, alors qu'elle admet dans le même temps que ce projet n'est pas satisfaisant et qu'il nécessitera d'importantes modifications, principalement en ce qui concerne l'organisation du parking et le dimensionnement des locaux dédiés au sport. Cette situation ne saurait être cautionnée par la Cour de céans, puisque la décision d'adjudication lie de manière obligatoire les parties quant au contenu du futur contrat.

Cela dit, le projet de la recourante n'est pas exempt non plus de manquements qui ont d'ailleurs été jugés, pour certains, rédhibitoires. Il présente, en particulier et quoi qu'en pense la recourante, une erreur dans les dimensions de la salle de sport. L'appel d'offres exige en effet, dans le descriptif d'architecture, des dimensions normalisées pour une salle simple, à savoir 28m x 16m x 7m (A3, p. 8). Il précise qu'elles se définissent en fonction des dimensions de la surface de jeu auxquelles on ajoute les distances de sécurité, la salle simple de 28m x 16m étant déterminée par la surface de jeu pour le basketball, soit de 26m x 14m. Ces dimensions correspondent à celles recommandées par la Norme OFSPO 201 (éditée par l'Office fédéral du sport, p. 32) ainsi que par le Bureau de prévention des accidents (cf. Documentation technique 2.020 du bpa). Ainsi, la recourante se méprend dans le calcul de la surface de la salle en rajoutant la distance de sécurité à l'aire de 28m x 16m, alors que celle-ci comprend en réalité déjà la distance de sécurité. Ainsi en raison du surdimensionnement de la salle de sport engendrant une grande emprise au sol, conjugué à une implantation du projet parallèle à l'ancienne salle de gymnastique, le projet présente un manque de surfaces extérieures tant en termes de qualité et que de quantité, ce qui a été jugé rédhibitoire par le comité d'évaluation. Ce dernier a également regretté que la circulation dans le bâtiment ne puisse se faire sans transiter par les espaces dédiés aux sportifs ou au public. Un problème de surchauffe lié à l'éclairage naturel ainsi qu'un risque de perturbation des activités sportives en raison de la grande ouverture ouest sont

relevés. Dans ces conditions, on ne saurait prétendre que le projet de la recourante aurait pu être exécuté tel quel. Il aurait au contraire également nécessité des modifications importantes en ce qui concerne principalement l'implantation du bâtiment et son dimensionnement. Rien n'indique enfin que ces modifications engendreraient une diminution du coût total du projet.

c) Dans ces conditions, attendu qu'aucun des six projets soumis ne satisfaisait les exigences techniques et les critères définis dans l'appel d'offres, il aurait appartenu à l'intimée d'interrompre la procédure d'adjudication et de répéter la procédure conformément à l'article 36LCMP. Aussi convient-il d'admettre le recours et d'annuler la décision entreprise ainsi que la procédure d'appel d'offres qui l'a précédée. Il appartiendra à l'intimée de procéder à un nouvel appel d'offres limité à la participation de la recourante et à celle de Y. SA, puisque l'annulation de la décision litigieuse ne peut pas bénéficier aux soumissionnaires évincés qui n'ont pas pris part à la procédure de recours (Poltier, op. cit., p. 276). Ce faisant, l'intimée veillera à remédier aux manquements constatés dans le présent jugement. Il lui appartiendra en particulier de faire coïncider d'un point de vue temporel le rapport d'adjudication avec la décision d'adjudication, de respecter le principe de la transparence en définissant clairement dans l'appel d'offres les sous-critères au cas où leur pondération n'est pas égale, en motivant de manière plus précise l'évaluation des groupes 1 et 2 du comité d'évaluation, ainsi qu'en protocolant les déclarations des soumissionnaires en cas d'audition. L'intimée veillera également à respecter le principe de l'interdiction des négociations conduisant à une modification des offres après leur dépôt.

Compte tenu de l'issue du litige, il n'y a pas lieu de donner suite aux réquisitions de la recourante en ce qui concerne l'audition de différents témoins.

8. Il s'ensuit que le recours est admis et la décision annulée. Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de percevoir de frais (art. 47 al. 1 et 2LPJA, par renvoi de l'art. 41LCMP). L'avance de frais de la recourante lui sera restituée. Celle-ci, qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire autorisé (art. 51 al. 1 LPJA) a droit à une indemnité de dépens pour la présente procédure ainsi que pour la procédure incidente de requête d'effet suspensif et de mesures provisionnelles urgentes. En l'absence d'un mémoire d'honoraires et compte tenu de l'ampleur et de la difficulté du dossier, le temps consacré à la présente cause, y compris à la procédure incidente, peut être évalué à quelque 12 heures au tarif de 250 francs de l'heure, soit un montant de 3'000 francs, auquel il faut rajouter les débours calculés forfaitairement à 10% des dépens, soit 300 francs et la TVA, par 264 francs, soit un total de 3'564 francs à charge de l'intimée. Le tiers intéressé qui succombe n'a pas droit à des dépens.

Par ces motifs, la Cour de droit public

1. Admet le recours et annule la décision d'adjudication du 22 février 2016.
2. Renvoie la cause à l'intimée, au sens des considérants du présent jugement, afin de recommencer la procédure d'appel d'offres qui sera limitée à X. SA et Y. SA.
3. Statue sans frais et ordonne le remboursement à la recourante de son avance de frais.
4. Alloue à la recourante une indemnité de dépens de 3'564 francs, débours et TVA compris, à la charge de l'intimée.

Neuchâtel, le 6 septembre 2016

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