

# **NE\_GERICHTE TA.2010.180 vom 29. Oktober 2010**

NE Tribunal cantonal, 2010-10-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_TA.2010.180](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_TA.2010.180)

FR: NE\_GERICHTE TA.2010.180 du 29 octobre 2010

IT: NE\_GERICHTE TA.2010.180 del 29 ottobre 2010

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté en temps utile et dans les formes légales, le recours est recevable (art.43 LCMP ; 35 LPJA par renvoi de 41 LCMP ).

### **E. 2**

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 litt.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, 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 litt.a à d LCMP ). Par ailleurs, les critères d'adjudication ne sont pas énumérés par la loi et le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix de ces critères, 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, p.323 cons.4a et les références). Outre qu'il n'en revoit pas l'opportunité, le Tribunal administratif 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 2009, p.265 cons.5b; ATF 125 II 86 cons.6).

### **E. 3**

a) Selon l'article 23 al.1 LCMP , les candidats ou les soumissionnaires remettent leur demande de participation ou leur offre, accompagnées de toutes les annexes requises, par écrit, de manière complète et dans les délais fixés (al.1). Le pouvoir adjudicateur écarte de

la procédure les demandes de participation et les offres contenant de graves vices de forme (al.2). Il exclut un soumissionnaire si celui-ci a sciemment fourni des renseignements inexacts au pouvoir adjudicateur. Il examine les offres selon des critères uniformes et en dresse un premier tableau comparatif après correction des erreurs manifestes de calcul et d'écriture (art.29 al.1 LCMP ). Il peut inviter le soumissionnaire à fournir par écrit des explications complémentaires et organise au besoin des séances de clarification à cet effet. Il peut requérir des avis d'experts (al.2). Les négociations avec les soumissionnaires sur les prix, les remises de prix et les modifications de prestations sont interdites (al.3). De même, à teneur de l'article 22 al.4 LCMP , l'offre ne peut plus être modifiée par le soumissionnaire après l'expiration du délai de dépôt, ni par le pouvoir adjudicateur. Les procédures de marchés publics revêtent un certain formalisme, qui s'exprime notamment par la nécessité d'appliquer les règles procédurales de manière uniforme à l'égard de l'ensemble des soumissionnaires. Les articles 22 al.4 et 23 al.1 et 2 LCMP relèvent de cet esprit. Cependant, dans le domaine des marchés publics comme dans d'autres domaines, le pouvoir adjudicateur doit respecter le principe de la prohibition du formalisme excessif. Si la pratique des tribunaux n'est pas uniforme, elle s'accorde en revanche à reconnaître au pouvoir adjudicateur une certaine latitude pour apprécier la portée des irrégularités commises par les soumissionnaires. Cela étant, une exclusion de l'offre incomplète n'est justifiée que si l'informalité constatée relève d'une certaine gravité (RDAF 2002 I, p.526 cons.3b et les références citées; note de Esseiva ad nos S15-S19 in DC 2/2002, p.77 ss; ATA VD du 22.06.2001 résumé in DC 2/2002, p.77 S18). Au stade d'une éventuelle décision d'exclusion, Esseiva propose de retenir, comme critères d'appréciation, l'importance de l'informalité, l'imprécision des exigences de forme contenues dans les documents d'appel d'offres, l'avantage par rapport aux autres concurrents que procurerait au soumissionnaire la réparation de l'informalité et l'intérêt du pouvoir adjudicateur à tout de même tenir compte d'une offre avantageuse. En outre, si l'offre incomplète ne peut pas être exclue en raison de l'interdiction du formalisme excessif, le pouvoir adjudicateur peut moins bien noter les critères d'adjudication liés aux documents manquants (note de Esseiva précitée; ATA FR du 09.06.2000 résumé in DC 2/2002, p.77 S17; ATA VD précité). b ) Selon l'article 22 al.4 LCMP , l'offre ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai imparti au lieu indiqué dans l'appel d'offres. L'offre constitue en effet l'expression ferme, précise et définitive de volonté du soumissionnaire qui ne nécessite plus que l'acceptation du pouvoir adjudicateur pour que le contrat soit formé ; elle a donc force obligatoire ( Flamme et al., Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, Tome 1A, 6e édition, Bruxelles 1997, p. 948). Dès lors, l'appréciation des offres s'effectue en principe sur la base des projets, tels qu'ils ont été déposés; il est cependant admissible qu'entre l'ouverture des offres et l'adjudication, un soumissionnaire donne des éclaircissements quant à son offre, à condition toutefois que celle-ci n'en soit pas modifiée (v. Zufferey/Maillard/Michel , Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p.238; Michel , Droit public de la construction, p.388 no 1939 ss; JAAC 62.32 II cons.3b, p.269; RDAF 1998 I 256-257). Des exceptions à ce principe ne doivent être admises que restrictivement. Il est par exemple possible pour un soumissionnaire de corriger une erreur de calcul ou pour l'adjudicateur de demander des informations complémentaires pour autant que cela ne conduise pas à la modification des bases de l'offre ou des prix ( Michel , op.cit., p.395 no 63 ss; DC 2000, p.130 no S49, p.131 no S51; v. aussi Galli/Lehmann/Rechsteiner , Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, nos 402-403, p.125). Ainsi, les soumissionnaires ne peuvent pas proposer une réduction de leur offre, car cela fausserait la

comparaison avec les autres offres. Si, par exemple, une entreprise est invitée par l'autorité d'adjudication à faire un nouvel examen technique de son offre et qu'elle dépose une offre revue à la baisse, il ne s'agit pas d'une mise au point technique, mais d'une modification inadmissible de l'offre. Il en va de même si un soumissionnaire accepte, à la demande de l'autorité d'adjudication, d'offrir un rabais postérieurement à l'ouverture des offres ( Michel , op.cit., p.389 no 1942 ss). L'adjudicataire ne peut pas non plus sous-traiter tout ou partie des prestations après adjudication si la sous-traitance n'a pas été annoncée dans l'offre. Cela constitue une modification inadmissible de l'offre et un motif pour révoquer l'adjudication ( Zufferey , Maillard , Michel , op.cit., p.114). Le Tribunal administratif du canton de Vaud a de son côté annulé une décision d'adjudication en raison d'une modification de l'offre portant sur la personne responsable de la conduite du projet au sein d'un consortium, modification qui par ailleurs avait été suggérée à l'adjudicataire par le pouvoir adjudicateur lui-même (arrêt GE 2001.0074 du 12.12.2001). Le Tribunal fédéral a pour sa part confirmé qu'une modification de la communauté de soumissionnaires constituait un motif d'exclusion (arrêt du TF du 09.09.2003 [2P.47/2003] cons.3.2, résumé dans DC 2003 p.156).

#### **E. 4**

A teneur du dossier d'appel d'offres publié le 15 janvier 2010 dans la feuille officielle (p.7, ch.3.10), les soumissionnaires ont été autorisés à faire appel à des sous-traitants pour exécuter le marché. L'adjudicateur a en l'occurrence exigé de connaître tous les sous-traitants qui participeraient à l'exécution du marché (v. document "engagement sur l'honneur", annexe P1). Cette demande était légitime (art.34 al.2 LCMP ), puisque l'un des critères d'adjudication portait précisément sur la qualification des sous-traitants (v. cons.6b ci-après). B. AG s'est engagée à déclarer tous ses sous-traitants. Selon les indications fournies dans son offre, pour pouvoir exécuter le marché , elle devait faire appel à deux sous-traitants, représentant 75 % de la part du marché, à savoir P. pour le silo, le système de réception, le stockage et le pompage de matières épaisses, et F. AG pour les conduites. On retrouve ces deux sociétés dans l'organigramme déposé dans l'offre. Dans un courrier daté du 25 mai 2010, soit postérieurement à l'adjudication, B. AG a pourtant informé le pouvoir adjudicateur que les travaux seraient exécutés par le personnel de R. AG. Jusqu'à ce courrier, elle n'a pas indiqué que cette entreprise jouerait un rôle dans l'exécution des travaux. La société n'a en effet pas été annoncée dans la liste des sous-traitants, ni mentionnée dans l'organigramme opérationnel. B. AG invoque en vain que R. AG est l'un de ses actionnaires. Dans la mesure où elle doit faire appel à du personnel d'une autre société pour exécuter les travaux, il s'agit d'un cas de sous-traitance directe qui devait être signalé au pouvoir adjudicateur dans l'offre. Cet élément, constitutif d'une modification inadmissible de l'offre, est à lui seul suffisant pour annuler la décision d'adjudication (cons.3b ci-dessus). Le Tribunal de céans, qui n'est à l'évidence pas en mesure de procéder lui-même à l'évaluation des offres (v. cons.2 et 5 ss), ne saurait adjuger le marché à l'un ou l'autre des soumissionnaires. Il appartiendra donc à V. SA de rendre une nouvelle décision, après avoir décidé en premier lieu du sort qu'il réservera à l'offre de B. AG, à la lumière des principes dégagés ci-dessus sur la modification de l'offre (cons.3b). Celle-ci devra à tout le moins être évaluée en tenant compte uniquement des sous-traitants qui ont été dûment signalés dans l'offre. Il n'est à cet égard pas exclu que la société ne soit pas en mesure d'exécuter le marché sans faire appel au personnel de R. AG ou à un autre sous-traitant qui n'a pas été annoncé, ce que le pouvoir adjudicateur devra déterminer dans le cadre d'une instruction complémentaire.

## E. 5

Très intéressant Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes avec beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification. L'adjudicateur a par ailleurs décidé d'appliquer la formule suivante pour la notation du prix :  $\text{Coût offre} \times \text{Note offre} \times 5$ . Les offres ont été évaluées au moyen des six critères d'adjudication définis ci-dessus. L'intimée s'est pour l'essentiel fondée sur le rapport établi par le bureau d'ingénieurs N. AG, société spécialisée dans le traitement des déchets (D.14a). Ce document contient plusieurs tableaux. L'un d'entre eux est intitulé "Ergebnistabelle nach SIMAP". La grille d'évaluation des offres produite à l'appui de la décision querellée se fonde sur les résultats figurant dans ce tableau, à savoir : c/aa) Deux sociétés, dont S. SA, ont déposé une variante à leur offre de base. V. SA et B. AG soutiennent à juste titre que ces variantes doivent faire l'objet d'un examen séparé (art.29 al.4 LCMP). En conséquence, il convient de prendre en compte l'offre de base la plus basse, sans tenir compte des variantes. En l'état du dossier, le Tribunal administratif est toutefois dans l'impossibilité de déterminer l'offre de référence pour le calcul du critère no 1. L'intimée a utilisé le montant de 1'682'725 francs (TTC), qui émanait d'une société qui n'est pas partie à la procédure. Un autre soumissionnaire, X. GmbH, qui a également recouru contre l'adjudication (TA.2010.175), a néanmoins déposé une offre meilleur marché, devisée à 1'660'037 francs. Ce montant n'a pourtant pas été pris en compte par le pouvoir adjudicateur, qui semble avoir corrigé l'offre de X. GmbH à 1'693'999 francs. En l'absence d'explication sur cette modification, le Tribunal de céans n'est pas en mesure de savoir quelle est l'offre de base la plus basse. Avant de rendre sa nouvelle décision, V. SA devra donc également éclaircir ce point. bb) Dans sa décision sur effet suspensif, le Tribunal administratif a considéré que la note de B. AG pour le critère no 2 devait être revue à la baisse (décision du 09.07.2010, cons.4b). Il a fixé la note à 2.97 au lieu de 4.07. Ce résultat a été obtenu après avoir divisé le montant de référence non contesté de 102'000 francs (TTC) avec celui de l'offre du tiers intéressé figurant au dossier officiel, à savoir 171'511 francs (TTC) (D.6a), puis après avoir multiplié le chiffre en résultant (0.59) par 5, conformément à la formule utilisée par l'intimée :  $\text{Montant min. Note} \times \text{Montant offre} \times 5$ . Après pondération (15%), le nombre de points s'élève ainsi à 45 points au lieu de 61. Dans ses observations, V. SA fait valoir que le montant de l'offre en matière de maintenance et d'entretien de B. AG retenu par le tribunal est inexact et s'élève à 125'395 francs (TTC). Il relève que la société a spontanément annoncé le 24 mars 2010 une "erreur de calcul" et a produit une nouvelle annexe R2 ainsi qu'une nouvelle liste des pièces à utiliser sur une durée de dix ans, faisant passer le poste "matériaux de consommation" de 95'496.75 francs (hors TVA) à 52'638 francs (hors TVA), soit une différence (avec TVA) de 46'116 francs. V. SA a décidé de prendre en considération ce nouveau montant. Le Tribunal administratif a statué sur la demande de restitution de l'effet suspensif sans avoir eu connaissance de cet élément, qui ne figurait pas au dossier. La correction du montant de l'offre a été remise après l'expiration du délai de dépôt, qui avait été fixé au 12 mars 2010 à 16 heures. Au regard de la jurisprudence citée ci-dessus, une correction entre l'ouverture des offres et l'adjudication n'est admise qu'à des conditions restrictives (cons.3b). En l'occurrence, on ne saurait considérer que B. AG a corrigé une erreur de calcul manifeste (erreur de multiplication des lignes ou d'addition des colonnes), que le pouvoir adjudicateur aurait également pu voir – et corriger d'office – lors de l'ouverture des offres (art.29 al.1 LCMP). Il s'agit au contraire, comme cela ressort du courrier explicatif de la société, d'une

nouvelle estimation du nombre de pièces nécessaires pour l'entretien du système. Cela revient à modifier l'un des fondements de l'offre (critère no 2) et, partant, à modifier l'offre de manière inadmissible (v. cons.3b ci-dessus). L'intimée et le tiers intéressé ont certes précisé que le montant résultant de l'offre comprenait (à tort) les pièces de rechange et le travail de maintenance d'une pompe devant servir environ 5'000 h/an, alors que la pompe ne devait en fait fonctionner qu'au maximum 500 h/an. Les exigences figurant à l'annexe R2 du dossier d'appel d'offre étaient néanmoins claires (évaluer le matériel nécessaire sur une durée de 10 ans) et il appartenait au soumissionnaire d'évaluer correctement le coût de la maintenance et de l'entretien. Les explications fournies par l'intimée et B. AG ne convainquent au demeurant guère l'Autorité de céans, car même si l'on peut concevoir qu'une diminution par dix de l'utilisation d'une pompe ne conduit pas nécessairement à une réduction par dix du coût de son entretien, le rapport entre le premier prix indiqué ( 95'496.75 francs ) et le second ( 52'638 francs ) n'est que d'environ 2 à 1. Le fait que cette "erreur" ait été signalée spontanément n'est pas déterminant non plus. V. SA ne peut pas davantage invoquer le principe de l'égalité de traitement, en soutenant qu'elle a également fait preuve de mansuétude à l'égard de la recourante, en acceptant une modification spontanée de l'offre. Ces " corrections" auraient pour conséquence de fausser la comparaison avec les autres offres qui n'ont pas été modifiées, ce qui serait incompatible avec le principe d'égalité de traitement. Au demeurant, les informations fournies par S. SA dans son courriel du 15 mars 2010 ont permis d'éclaircir des contradictions (l'épaisseur du revêtement interne des silos de réception et de stockage indiquée en page 11 de la partie B1 est différente de celle figurant dans les tableaux page 13 et 25 de la partie B1; le débit de la pompe de transfert de la page 8 ch.10 de la partie A est différent de celui indiqué dans différents tableaux, par exemple en page 3, 22 de la partie B1). L'offre n'a donc pas été modifiée, comme le soutient l'intimée, mais précisée, ce qui est admissible (art.29 al.2 LCMP ). On relèvera au passage que les besoins de l'intimée en ce qui concerne le rendement de la pompe de transfert ne sont pas des plus limpides, puisqu'elle demande un débit de 30 m3 par heure au chiffre 4 du cahier des charges, tout en exigeant au chiffre 5.1 du même cahier des charges une performance supérieure (les 30 m3 de déchets contenu dans le silo de réception doivent être pompés dans le silo de stockage en l'espace de 45 minutes). Le débit maximum de la pompe proposée par B. AG ne dépasse au surplus pas les 30 m3/h. Cette informalité a avantageé l'adjudicataire, qui a été mieux noté (4.07 points au lieu de 2.97). Après pondération, le nombre de points s'élève donc à 45, au lieu de 61, soit une différence de 16 points. S. SA ayant déposé l'offre la plus avantageuse, elle s'est vu à juste titre créditer la note 5 et, partant, 75 points. Le pouvoir adjudicateur prendra donc en compte cette nouvelle évaluation dans sa nouvelle décision. Si l'on se fonde sur le calcul initial, la différence du total de points entre la recourante et l'adjudicataire ne s'élève plus qu'à 4 points.

## **E. 6**

a) Dans sa décision sur l'effet suspensif, le Tribunal administratif a relevé que les notes attribuées à la recourante et à B. AG, notamment aux critères 4 et 6, soulevaient différentes interrogations qui ne trouvaient pas de réponse au dossier. Malgré les échanges d'écritures subséquents, force est de reconnaître que tel est toujours le cas. b) En ce qui concerne le critère no 6, B. AG a reçu la note 5 (très intéressant). La recourante a quant à elle été créditée d'un 3 (suffisant). Il s'agissait de désigner les éventuels sous-traitants avec lesquels le soumissionnaire exécuterait le marché. B. AG a indiqué devoir faire appel à deux sous-traitants, représentant 75 % de la part du marché. S. SA a offert quant à elle différentes

variantes, à choix du maître de l'ouvrage. En ce qui concerne le silo de réception et de stockage, elle proposait son propre produit, ou de sous-traiter auprès d'une autre société. Elle proposait également d'exécuter elle-même le travail relatif à la pompe de transfert et d'injection et de faire appel à des sous-traitants pour deux autres éléments du système (vannes de répartition des boues et la tuyauterie). Selon la solution choisie, la recourante ne devait donc faire appel qu'à deux-sous-traitants (pour les vannes de répartition des boues et la tuyauterie), soit autant que B. AG. L'estimation du pourcentage de sous-traitance ne dépassait en tous les cas pas 70 %. Le Tribunal administratif a relevé que la note accordée à B. AG était sujette à caution, puisque selon l'échelle de notation du guide romand pour les marchés publics, que le Tribunal a appliquée à défaut d'avoir obtenu de l'intimée l'échelle d'évaluation qu'elle a utilisée pour apprécier ce critère, la note 5 est attribuée au soumissionnaire qui n'a pas besoin de sous-traitants directs et si ses propres compétences et expériences sont suffisantes pour exécuter le marché, ce qui n'est pas le cas du tiers intéressé. Dans ses observations complémentaires, le pouvoir adjudicateur a néanmoins précisé que ce n'est pas le nombre de sous-traitants qui est déterminant, mais bien la qualification de ceux-ci. En l'occurrence, V. SA n'a toutefois pas indiqué quels ont été les éléments d'appréciation (références des sous-traitants, réputation, etc.) qui l'ont conduite à octroyer la note maximale à B. AG. Certes, l'adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des offres et le Tribunal administratif ne peut revoir cette appréciation qu'avec une retenue particulière. Il n'en demeure pas moins que l'instance de recours doit pouvoir être en mesure de vérifier que les notes n'ont pas été attribuées de manière arbitraire mais qu'elles reposent sur des motifs pertinents. En méconnaissance des critères d'appréciation, la Cour de céans est toujours incapable de juger de leur pertinence. On ajoutera encore que la note de la recourante a été attribuée sur la base d'un critère différent de celui du tiers intéressé, puisque l'intimée a expliqué que dans la mesure où la recourante n'a pas indiqué lesquels des sous-traitants proposés exécuteraient les travaux, elle n'a pas été en mesure d'examiner leur qualification. Or, cet argument tombe à faux, puisque si S. SA n'a effectivement pas indiqué avec quels sous-traitants elle entendait exécuter le marché, elle a néanmoins fourni une liste de sous-traitants et laissé au maître d'ouvrage le choix de désigner l'(les) entreprise(s) avec la(les)quelle(s) il souhaitait travailler. Une telle façon de procéder n'était pas contraire aux conditions fixées par le pouvoir adjudicateur dans le dossier d'appel d'offres. Dès lors, l'intimée ne peut pas soutenir qu'elle n'était pas en mesure d'examiner la qualification des sous-traitants de S. SA, puisqu'elle pouvait elle-même les choisir dans la liste fournie par le soumissionnaire. Le cas échéant, elle pouvait exiger de ce dernier qu'il désigne lui-même le/les sous-traitants et procéder ensuite à l'examen de leur qualification (art.29 al.2 LCMP ). Cette solution – certainement plus à même de respecter l'égalité de traitement entre les soumissionnaires - aurait en outre été compatible avec l'article 22 al.3 LCMP tant que le/les sous-traitants sélectionnés par S. SA figurai(en)t dans l'annexe R15 de son offre. c) V. SA conteste par ailleurs tout arbitraire dans la notation du critère no 4. Au cours de la procédure de recours, elle n'a toutefois pas saisi l'occasion d'expliquer les raisons pour lesquelles B. AG était finalement mieux notée que S. SA. Le Tribunal administratif n'est donc pas en mesure d'exercer son contrôle, même sous l'angle de l'excès ou de l'abus du pouvoir d'appréciation, et, partant ne peut pas examiner à suffisance de droit la légalité de l'acte attaqué. La modification de l'une de ces deux notes pourrait être de nature à changer le classement final. Au regard des incertitudes qui pèsent sur l'évaluation de ces critères d'adjudication, il se justifie donc de renvoyer la cause à l'intimée, afin qu'elle procède à une réévaluation desdits

critères et rende une nouvelle décision. Le recours doit donc également être admis pour ces motifs.

#### **E. 7**

a) La recourante conteste la notation du critère no 5 (cons.7b/cc ci-après). Elle relève par ailleurs que l'intimée n'a pas transmis la grille d'évaluation détaillée relative spécialement aux sous-critères du critère no 5 figurant dans l'annexe R13, en violation du principe de transparence. Elle soutient que le pouvoir adjudicateur n'a pas défini d'avance, par rapport aux critères et sous critères, quelles étaient ses attentes spécifiques pour l'attribution de chacune des notes de 0 à 5 (cons.7b/bb ci-dessous) . Elle fait également valoir que le barème de notes, fondé sur le guide romand pour les marchés publics, est trop général et abstrait (cons.7b/aa ci-dessous). Pour ce critère, le pouvoir adjudicateur demandait en particulier aux soumissionnaires de développer ou de résoudre cinq aspects techniques du cahier des charges, à savoir, le système de pompe liquide épaisse (1), le type de vannes (2), la décharge de silo (3), les mesures pour la minimisation d'usure, respectivement échange simple des parties (4) et le revêtement à l'intérieur des parois de silo (5) (v. annexe R13 du dossier d'appel d'offres, D.2/5.1). Une séance d'information (obligatoire) a par ailleurs été mise sur pied le 4 février 2010, au cours de laquelle le pouvoir adjudicateur a pu préciser certains points, notamment sur le plan technique. Cette visite a fait l'objet d'un procès-verbal, dont il ressort entre autres que la teneur en matière sèche des boues se situerait entre 20 % et 35 %. b/ aa) Dans un arrêt récent, connu des mandataires de la recourante et auquel il est renvoyé (ATA du 12.08.2010 [TA.2010.209], cons.3, prochainement publié sur le site <http://jurisprudence.ne.ch>), le Tribunal administratif a déjà exposé les raisons pour lesquelles il considèrerait que le barème des notes du guide romand est suffisamment précis pour assurer une traçabilité des notes. Dans la mesure où l'échelle utilisée par l'intimée (v. cons.5a ci-dessus) est fondée sur ce guide, l'autorité adjudicatrice n'avait pas besoin de définir de manière plus précise ses attentes pour chacun des critères. Le grief de violation du principe de transparence est en conséquence mal fondé. bb) Un pouvoir adjudicateur ne saurait attribuer un marché sur la base d'autres critères d'adjudication, avec leur pondération, que ceux annoncés dans le dossier de soumission ( Galli/Moser/Lang , Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, p.225 ch.480). En outre, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsqu'en sus des critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer, ainsi que leur pondération respective, aux soumissionnaires par avance. En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres des soumissionnaires, la présentation des critères, en particulier les pourcentages de pondération arrêtés. Le principe de transparence n'exige pas toutefois la communication par avance de sous-critères ou catégories qui tendent uniquement à concrétiser les éléments qui sont inhérents au critère publié. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que la clarté et la cohérence du prix n'étaient pas un critère sortant de celui initial du prix de l'offre. L'annonce a posteriori des sous-critères de clarté et de cohérence du prix ne heurte par conséquent pas la réglementation en matière de marchés publics et, en particulier, ne viole pas le principe de la transparence (DC 4/2002, p.163 no S45; v. toutefois la critique de Esseiva à la suite de cet arrêt, p.164). A l'inverse, relève le Tribunal fédéral, s'il apparaît qu'un sous-critère revêt, aux yeux du pouvoir adjudicateur, une importance prépondérante et qu'il lui confère un rôle équivalent à celui d'un critère ou qu'un tel sous-critère ne ressort pas de ce qui est communément observé dans le cadre du critère principal auquel il se rapporte, le principe de la transparence en exige la communication par avance aux soumissionnaires

(v. aussi arrêt du Tribunal administratif du 19.08.2003 dans la cause V., [ TA 2002.176 ]). En outre, comme le relève une partie de la doctrine et de la jurisprudence cantonale, la grille d'évaluation des critères, voire des sous-critères, en tant qu'il s'agit d'une échelle des notes ou d'une matrice de calcul, ne doit pas nécessairement être portée à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation. Décider si les critères utilisés par le pouvoir adjudicateur sont inhérents ou non au critère publié, ou encore 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 l'ensemble de la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (DC 4/2003, p.154 no S40 et les références citées, ainsi que la note de Esseiva y relative, p.154; ATF 130 I 241 cons.5.1 p.248; 125 II 86 cons.7c p. 101 et les références citées). Au regard des circonstances du cas, il n'est pas arbitraire de soutenir que les cinq points définis à l'annexe R13 constituent de simples catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié. Il est vrai que la différence de notation pour le critère no 5 relève essentiellement du choix du système de pompe liquide épaisse (catégorie no 1). Cela ne signifie toutefois pas encore que le pouvoir adjudicateur ait décidé, après le dépôt des offres des soumissionnaires, d'accorder une importance prépondérante à cette catégorie, par rapport aux quatre autres. Tout d'abord, il ressort du rapport de N. AG que les cinq catégories tendant à concrétiser le critère no 5 ont fait l'objet d'un examen minutieux. Dans l'ensemble, l'expert est arrivé à la conclusion que la recourante et le tiers intéressé ont présenté des solutions assez similaires en ce qui concerne les catégories no 2 à 5. Quoi qu'en dise la recourante, une différence d'épaisseur de 200 microns dans le revêtement du silo pouvait, sans arbitraire, être considérée comme insignifiante. Il en va de même de l'utilisation d'un matériau différent et moins cher pour le fonds des silos. Les offres ont donc été départagées sur la base du choix du système de pompe liquide épaisse. Or, au final, la recourante a été créditée d'une note de 4 (bon et avantageux) contre une note de 5 (très intéressant) pour B. AG. Cette petite différence démontre que le pouvoir adjudicateur n'a pas conféré à cet aspect technique un rôle prépondérant équivalent à celui d'un critère publié. Il suit de ce qui précède que le critère no 5 d'adjudication n'a pas été changé par rapport à ce qui avait été annoncé dans le dossier d'appel d'offres. Le grief de violation du principe de transparence est en conséquence mal fondé. cc) La note attribuée à la recourante pour ce critère n'est pas non plus critiquable. Elle a en effet proposé un système de pompes tubulaires à guillotine, qui est étudié pour des produits à haute siccité, soit des produits contenant un pourcentage massique important de matière sèche. Or, lors de la visite obligatoire du 4 février 2010, le pouvoir adjudicateur a précisé que la teneur en matières sèches des boues d'évacuation se situait seulement entre 20 à 35%. La consistance de la boue à pomper était donc plutôt humide (65 % et 80 %). L'auteur du rapport a en outre signalé que le système de pompes tubulaires à guillotine présentait quelques défaillances d'étanchéité. La recourante invoque donc en vain que la solution technique qu'elle a proposée étaient en parfaite adéquation avec les déchets à traiter et qu'elle était même mieux adaptée. Ce faisant elle se contente de substituer sa propre appréciation à celle de l'évaluateur, ce qui n'est pas suffisant. Vu ce qui précède, l'argument selon lequel l'ingénieur de N. AG a fait preuve de partialité dans l'appréciation des offres est également sans fondement. c) Enfin, V. SA pouvait, sans arbitraire, corriger d'office (art.29 al.1 LCMP ) la date de validité de l'offre de B. AG (30.06.2010 au lieu de 30.06.2009) ainsi que la garantie promise par la société (24 mois au lieu de 12 mois). Dans la mesure où il prend la peine de

déposer une offre, avec tout le travail que cela implique, un soumissionnaire n'a en effet aucun intérêt à modifier unilatéralement la durée de la garantie exigée par le pouvoir adjudicataire. On peut donc admettre que la période de garantie indiquée par B. AG était une erreur d'écriture.

#### **E. 8**

Pour les motifs qui précèdent, la décision attaquée doit être annulée, ce qui conduit à l'admission du recours. La cause est renvoyée à l'intimée pour qu'elle décide du sort à réserver à l'offre de B. AG (cons.4 ci-dessus), puis procède à une réévaluation des critères d'adjudication et rende une nouvelle décision au sens des considérants (cons.5 ss ci-dessus). Les mesures d'instruction demandées par les parties ne se justifient pas, car elles ne sauraient conduire à une appréciation différente de celle exposée ci-dessus. Il est statué sans frais (art. 47 al. 1 et 2 LPJA ). La recourante a droit à des dépens, à la charge de l'intimée. Le tiers intéressé, qui a conclu au rejet du recours, n'a pas droit à des dépens.

#### **E. 9**

Parallèlement à cette procédure de recours, un autre soumissionnaire (X. GmbH) a recouru contre la décision d'adjudication. La cause est jugée dans un arrêt séparé, qui est communiqué à titre d'information à la recourante.

#### **E. 16**

al.1 et 2AIMP). 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.301cons.4a, p.323 cons.4a et les références). Outre qu'il n'en revoit pas l'opportunité, le Tribunal administratif 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 2009, p.265cons.5b;ATF 125 II 86cons.6).

3.a) Selon l'article 23 al.1LCMP, les candidats ou les soumissionnaires remettent leur demande de participation ou leur offre, accompagnées de toutes les annexes requises, par écrit, de manière complète et dans les délais fixés (al.1). Le pouvoir adjudicateur écarte de la procédure les demandes de participation et les offres contenant de graves vices de forme (al.2). Il exclut un soumissionnaire si celui-ci a sciemment fourni des renseignements inexacts au pouvoir adjudicateur. Il examine les offres selon des critères uniformes et en dresse un premier tableau comparatif après correction des erreurs manifestes de calcul et d'écriture (art.29 al.1LCMP). Il peut inviter le soumissionnaire à fournir par écrit des explications complémentaires et organise au besoin des séances de clarification à cet effet. Il peut requérir des avis d'experts (al.2). Les négociations avec les soumissionnaires sur les prix, les remises de prix et les modifications de prestations sont interdites (al.3). De même, à l'exception de l'article 22 al.4LCMP, l'offre ne peut plus être modifiée par le soumissionnaire après l'expiration du délai de dépôt, ni par le pouvoir adjudicateur.

Les procédures de marchés publics revêtent un certain formalisme, qui s'exprime notamment par la nécessité d'appliquer les règles procédurales de manière uniforme à

l'égard de l'ensemble des soumissionnaires. Les articles 22 al.4 et 23 al.1 et 2 LCMP relèvent de cet esprit. Cependant, dans le domaine des marchés publics comme dans d'autres domaines, le pouvoir adjudicateur doit respecter le principe de la prohibition du formalisme excessif. Si la pratique des tribunaux n'est pas uniforme, elle s'accorde en revanche à reconnaître au pouvoir adjudicateur une certaine latitude pour apprécier la portée des irrégularités commises par les soumissionnaires. Cela étant, une exclusion de l'offre incomplète n'est justifiée que si l'informalité constatée relève d'une certaine gravité (RDAF 2002 I, p.526 cons.3b et les références citées; note de Esseivaad nos S15-S19 in DC 2/2002, p.77 ss; ATA VD du 22.06.2001 résumé in DC 2/2002, p.77 S18). Au stade d'une éventuelle décision d'exclusion, Esseiva propose de retenir, comme critères d'appréciation, l'importance de l'informalité, l'imprécision des exigences de forme contenues dans les documents d'appel d'offres, l'avantage par rapport aux autres concurrents que procurerait au soumissionnaire la réparation de l'informalité et l'intérêt du pouvoir adjudicateur à tout de même tenir compte d'une offre avantageuse. En outre, si l'offre incomplète ne peut pas être exclue en raison de l'interdiction du formalisme excessif, le pouvoir adjudicateur peut moins bien noter les critères d'adjudication liés aux documents manquants (note de Esseiva précitée; ATA FR du 09.06.2000 résumé in DC 2/2002, p.77 S17; ATA VD précité).

b) Selon l'article 22 al.4 LCMP, l'offre peut plus être modifiée à l'échéance du délai imparti au lieu indiqué dans l'appel d'offres. L'offre constitue en effet l'expression ferme, précise et définitive de volonté du soumissionnaire qui ne nécessite plus que l'acceptation du pouvoir adjudicateur pour que le contrat soit formé ; elle a donc force obligatoire (Flammeet al., Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, Tome 1A, 6e édition, Bruxelles 1997, p. 948). Dès lors, l'appréciation des offres s'effectue en principe sur la base des projets, tels qu'ils ont été déposés; il est cependant admissible qu'entre l'ouverture des offres et l'adjudication, un soumissionnaire donne des éclaircissements quant à son offre, à condition toutefois que celle-ci n'en soit pas modifiée (v. Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p.238; Michel, Droit public de la construction, p.388 no 1939 ss; JAAC 62.32 II cons.3b, p.269; RDAF 1998 I 256-257). Des exceptions à ce principe ne doivent être admises que restrictivement. Il est par exemple possible pour un soumissionnaire de corriger une erreur de calcul ou pour l'adjudicateur de demander des informations complémentaires pour autant que cela ne conduise pas à la modification des bases de l'offre ou des prix (Michel, op.cit., p.395 no 63 ss; DC 2000, p.130 no S49, p.131 no S51; v. aussi Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, nos 402-403, p.125). Ainsi, les soumissionnaires ne peuvent pas proposer une réduction de leur offre, car cela fausserait la comparaison avec les autres offres. Si, par exemple, une entreprise est invitée par l'autorité d'adjudication à faire un nouvel examen technique de son offre et qu'elle dépose une offre revue à la baisse, il ne s'agit pas d'une mise au point technique, mais d'une modification inadmissible de l'offre. Il en va de même si un soumissionnaire accepte, à la demande de l'autorité d'adjudication, d'offrir un rabais postérieurement à l'ouverture des offres (Michel, op.cit., p.389 no 1942 ss). L'adjudicataire ne peut pas non plus sous-traiter tout ou partie des prestations après adjudication si la sous-traitance n'a pas été annoncée dans l'offre. Cela constitue une modification inadmissible de l'offre et un motif pour révoquer l'adjudication (Zufferey, Maillard, Michel, op.cit., p.114). Le Tribunal administratif du canton de Vaud a de son côté annulé une décision d'adjudication en raison d'une modification de l'offre portant sur la personne

responsable de la conduite du projet au sein d'un consortium, modification qui par ailleurs avait été suggérée à l'adjudicataire par le pouvoir adjudicateur lui-même (arrêt GE 2001.0074 du 12.12.2001). Le Tribunal fédéral a pour sa part confirmé qu'une modification de la communauté de soumissionnaires constituait un motif d'exclusion (arrêt du TF du 09.09.2003 [2P.47/2003] cons.3.2, résumé dans DC 2003 p.156).

4.A teneur du dossier d'appel d'offres publié le 15 janvier 2010 dans la feuille officielle (p.7, ch.3.10), les soumissionnaires ont été autorisés à faire appel à des sous-traitants pour exécuter le marché. L'adjudicateur a en l'occurrence exigé de connaître tous les sous-traitants qui participeraient à l'exécution du marché (v. document "engagement sur l'honneur", annexe P1). Cette demande était légitime (art.34 al.2 LCMP), puisque l'un des critères d'adjudication portait précisément sur la qualification des sous-traitants (v. cons.6b ci-après).

B. AG s'est engagée à déclarer tous ses sous-traitants. Selon les indications fournies dans son offre, pour pouvoir exécuter le marché, elle devait faire appel à deux sous-traitants, représentant 75 % de la part du marché, à savoir P. pour le silo, le système de réception, le stockage et le pompage de matières épaisses, et F. AG pour les conduites. On retrouve ces deux sociétés dans l'organigramme déposé dans l'offre.

Dans un courrier daté du 25 mai 2010, soit postérieurement à l'adjudication, B. AG a pourtant informé le pouvoir adjudicateur que les travaux seraient exécutés par le personnel de R. AG. Jusqu'à ce courrier, elle n'a pas indiqué que cette entreprise jouerait un rôle dans l'exécution des travaux. La société n'a en effet pas été annoncée dans la liste des sous-traitants, ni mentionnée dans l'organigramme opérationnel. B. AG invoque en vain que R. AG est l'un de ses actionnaires. Dans la mesure où elle doit faire appel à du personnel d'une autre société pour exécuter les travaux, il s'agit d'un cas de sous-traitance directe qui devait être signalé au pouvoir adjudicateur dans l'offre.

Cet élément, constitutif d'une modification inadmissible de l'offre, est à lui seul suffisant pour annuler la décision d'adjudication (cons.3b ci-dessus). Le Tribunal de céans, qui n'est à l'évidence pas en mesure de procéder lui-même à l'évaluation des offres (v. cons.2 et 5 ss), ne saurait adjuger le marché à l'un ou l'autre des soumissionnaires. Il appartiendra donc à V. SA de rendre une nouvelle décision, après avoir décidé en premier lieu du sort qu'il réservera à l'offre de B. AG, à la lumière des principes dégagés ci-dessus sur la modification de l'offre (cons.3b). Celle-ci devra à tout le moins être évaluée en tenant compte uniquement des sous-traitants qui ont été dûment signalés dans l'offre. Il n'est à cet égard pas exclu que la société ne soit pas en mesure d'exécuter le marché sans faire appel au personnel de R. AG ou à un autre sous-traitant qui n'a pas été annoncé, ce que le pouvoir adjudicateur devra déterminer dans le cadre d'une instruction complémentaire.

5. Cela étant, d'autres motifs encore conduisent à l'annulation de la décision attaquée.

a) A teneur du dossier d'appel d'offres, les critères d'adjudication en fonction desquels les offres seraient évaluées, ainsi que leur pondération, étaient, dans l'ordre d'importance, les qualités et l'adéquation des solutions techniques proposées pour l'exécution du marché (critère no 5) à raison de 35 %, le montant de l'offre en rapport avec le cahier des charges (critère no 1) à raison de 25 %, le montant de l'offre en matière de maintenance et d'entretien dès l'exécution du marché achevée (critère no 2), à raison de 15 %, la répartition des tâches et des responsabilités pour l'exécution du marché (critère no 3) à raison de 10 %, les mesures proposées en matière de santé et sécurité au travail pour l'exécution du marché

(critère no 4), à raison de 10 % et enfin les qualifications des sous-traitants et des fournisseurs directs pour l'exécution du marché (critère no 6) à raison de 5 %.

Le dossier d'appel d'offres mentionnait également les éléments d'appréciation de ces critères. Le barème des notes à appliquer allait de la note 0 à la note 5. La note pouvait être précise jusqu'au centième. Le dossier contient les précisions suivantes:

Candidat qui n'a pas fourni l'information ou le document non éliminatoire demandé par rapport à un critère fixé

Insuffisant

Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond pas aux attentes

Partiellement suffisant

Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond que partiellement aux attentes

Suffisant

Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé et dont le contenu répond aux attentes minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats

Bon et avantageux

Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes et qui présente un minimum d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification

Très intéressant

Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes avec beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification

L'adjudicateur a par ailleurs décidé d'appliquer la formule suivante pour la notation du prix :

Coût offre min

Note offre = \* 5

Coût offre x

b) Les offres ont été évaluées au moyen des six critères d'adjudication définis ci-dessus.

L'intimée s'est pour l'essentiel fondée sur le rapport établi par le bureau d'ingénieurs N. AG, société spécialisée dans le traitement des déchets (D.14a). Ce document contient plusieurs tableaux. L'un d'entre eux est intitulé "Ergebnistabelle nach SIMAP". La grille d'évaluation des offres produite à l'appui de la décision querellée se fonde sur les résultats figurant dans ce tableau, à savoir :

c/aa) Deux sociétés, dont S. SA, ont déposé une variante à leur offre de base. V. SA et B. AG soutiennent à juste titre que ces variantes doivent faire l'objet d'un examen séparé (art.29 al.4 LCMP). En conséquence, il convient de prendre en compte l'offre de base la plus basse, sans tenir compte des variantes. En l'état du dossier, le Tribunal administratif est toutefois dans l'impossibilité de déterminer l'offre de référence pour le calcul du critère no

1. L'intimée a utilisé le montant de 1'682'725 francs (TTC), qui émanait d'une société qui n'est pas partie à la procédure. Un autre soumissionnaire, X. GmbH, qui a également recouru contre l'adjudication (TA.2010.175), a néanmoins déposé une offre meilleur marché, devisée à 1'660'037 francs. Ce montant n'a pourtant pas été pris en compte par le pouvoir adjudicateur, qui semble avoir corrigé l'offre de X. GmbH à 1'693'999 francs. En l'absence d'explication sur cette modification, le Tribunal de céans n'est pas en mesure de savoir quelle est l'offre de base la plus basse. Avant de rendre sa nouvelle décision, V. SA devra donc également éclaircir ce point.

bb) Dans sa décision sur effet suspensif, le Tribunal administratif a considéré que la note de B. AG pour le critère no 2 devait être revue à la baisse (décision du 09.07.2010, cons.4b). Il a fixé la note à 2.97 au lieu de 4.07. Ce résultat a été obtenu après avoir divisé le montant de référence non contesté de 102'000 francs (TTC) avec celui de l'offre du tiers intéressé figurant au dossier officiel, à savoir 171'511 francs (TTC) (D.6a), puis après avoir multiplié le chiffre en résultant (0.59) par 5, conformément à la formule utilisée par l'intimée :

Montant min.

Notemontant  $x = * 5$

Montant offre X

Après pondération (15%), le nombre de points s'élève ainsi à 45 points au lieu de 61.

Dans ses observations, V. SA fait valoir que le montant de l'offre en matière de maintenance et d'entretien de B. AG retenu par le tribunal est inexact et s'élève à 125'395 francs (TTC). Il relève que la société a spontanément annoncé le 24 mars 2010 une "erreur de calcul" et a produit une nouvelle annexe R2 ainsi qu'une nouvelle liste des pièces à utiliser sur une durée de dix ans, faisant passer le poste "matériaux de consommation" de 95'496.75 francs (hors TVA) à 52'638 francs (hors TVA), soit une différence (avec TVA) de 46'116 francs. V. SA a décidé de prendre en considération ce nouveau montant.

Le Tribunal administratif a statué sur la demande de restitution de l'effet suspensif sans avoir eu connaissance de cet élément, qui ne figurait pas au dossier. La correction du montant de l'offre a été remise après l'expiration du délai de dépôt, qui avait été fixé au 12 mars 2010 à 16 heures. Au regard de la jurisprudence citée ci-dessus, une correction entre l'ouverture des offres et l'adjudication n'est admise qu'à des conditions restrictives (cons.3b). En l'occurrence, on ne saurait considérer que B. AG a corrigé une erreur de calcul manifeste (erreur de multiplication des lignes ou d'addition des colonnes), que le pouvoir adjudicateur aurait également pu voir et corriger d'office lors de l'ouverture des offres (art.29 al.1 LCMP). Il s'agit au contraire, comme cela ressort du courrier explicatif de la société, d'une nouvelle estimation du nombre de pièces nécessaires pour l'entretien du système. Cela revient à modifier l'un des fondements de l'offre (critère no 2) et, partant, à modifier l'offre de manière inadmissible (v. cons.3b ci-dessus).

L'intimée et le tiers intéressé ont certes précisé que le montant résultant de l'offre comprenait (à tort) les pièces de rechange et le travail de maintenance d'une pompe devant servir environ 5'000 h/an, alors que la pompe ne devait en fait fonctionner qu'au maximum 500 h/an. Les exigences figurant à l'annexe R2 du dossier d'appel d'offre étaient néanmoins claires (évaluer le matériel nécessaire sur une durée de 10 ans) et il appartenait au soumissionnaire d'évaluer correctement le coût de la maintenance et de l'entretien. Les explications fournies par l'intimée et B. AG ne convainquent au demeurant guère l'Autorité

de céans, car même si l'on peut concevoir qu'une diminution par dix de l'utilisation d'une pompe ne conduit pas nécessairement à une réduction par dix du coût de son entretien, le rapport entre le premier prix indiqué (95'496.75 francs) et le second (52'638 francs) n'est que d'environ 2 à 1.

Le fait que cette "erreur" ait été signalée spontanément n'est pas déterminant non plus. V. SA ne peut pas davantage invoquer le principe de l'égalité de traitement, en soutenant qu'elle a également fait preuve de mansuétude à l'égard de la recourante, en acceptant une modification spontanée de l'offre. Ces "corrections" auraient pour conséquence de fausser la comparaison avec les autres offres qui n'ont pas été modifiées, ce qui serait incompatible avec le principe d'égalité de traitement. Au demeurant, les informations fournies par S. SA dans son courriel du 15 mars 2010 ont permis d'éclaircir des contradictions (l'épaisseur du revêtement interne des silos de réception et de stockage indiquée en page 11 de la partie B1 est différente de celle figurant dans les tableaux page 13 et 25 de la partie B1; le débit de la pompe de transfert de la page 8 ch.10 de la partie A est différent de celui indiqué dans différents tableaux, par exemple en page 3, 22 de la partie B1). L'offre n'a donc pas été modifiée, comme le soutient l'intimée, mais précisée, ce qui est admissible (art.29 al.2LCMP). On relèvera au passage que les besoins de l'intimée en ce qui concerne le rendement de la pompe de transfert ne sont pas des plus limpides, puisqu'elle demande un débit de 30 m3 par heure au chiffre 4 du cahier des charges, tout en exigeant au chiffre 5.1 du même cahier des charges une performance supérieure (les 30 m3 de déchets contenu dans le silo de réception doivent être pompés dans le silo de stockage en l'espace de 45 minutes). Le débit maximum de la pompe proposée par B. AG ne dépasse au surplus pas les 30 m3/h.

Cette informalité a avangagé l'adjudicataire, qui a été mieux noté (4.07 points au lieu de 2.97). Après pondération, le nombre de points s'élève donc à 45, au lieu de 61, soit une différence de 16 points. S. SA ayant déposé l'offre la plus avantageuse, elle s'est vu à juste titre créditer la note 5 et, partant, 75 points.

Le pouvoir adjudicateur prendra donc en compte cette nouvelle évaluation dans sa nouvelle décision. Si l'on se fonde sur le calcul initial, la différence du total de points entre la recourante et l'adjudicataire ne s'élève plus qu'à 4 points.

6.a) Dans sa décision sur l'effet suspensif, le Tribunal administratif a relevé que les notes attribuées à la recourante et à B. AG, notamment aux critères 4 et 6, soulevaient différentes interrogations qui ne trouvaient pas de réponse au dossier. Malgré les échanges d'écritures subséquents, force est de reconnaître que tel est toujours le cas.

b) En ce qui concerne le critère no 6, B. AG a reçu la note 5 (très intéressant). La recourante a quant à elle été créditée d'un 3 (suffisant). Il s'agissait de désigner les éventuels sous-traitants avec lesquels le soumissionnaire exécuterait le marché. B. AG a indiqué devoir faire appel à deux sous-traitants, représentant 75 % de la part du marché. S. SA a offert quant à elle différentes variantes, à choix du maître de l'ouvrage. En ce qui concerne le silo de réception et de stockage, elle proposait son propre produit, ou de sous-traiter auprès d'une autre société. Elle proposait également d'exécuter elle-même le travail relatif à la pompe de transfert et d'injection et de faire appel à des sous-traitants pour deux autres éléments du système (vannes de répartition des boues et la tuyauterie). Selon la solution choisie, la recourante ne devait donc faire appel qu'à deux-sous-traitants (pour les vannes de répartition des boues et la tuyauterie), soit autant que B. AG. L'estimation du pourcentage

de sous-traitance ne dépassait en tous les cas pas 70 %.

Le Tribunal administratif a relevé que la note accordée à B. AG était sujette à caution, puisque selon l'échelle de notation du guide romand pour les marchés publics, que le Tribunal a appliquée à défaut d'avoir obtenu de l'intimée l'échelle d'évaluation qu'elle a utilisée pour apprécier ce critère, la note 5 est attribuée au soumissionnaire qui n'a pas besoin de sous-traitants directs et si ses propres compétences et expériences sont suffisantes pour exécuter le marché, ce qui n'est pas le cas du tiers intéressé.

Dans ses observations complémentaires, le pouvoir adjudicateur a néanmoins précisé que ce n'est pas le nombre de sous-traitants qui est déterminant, mais bien la qualification de ceux-ci. En l'occurrence, V. SA n'a toutefois pas indiqué quels ont été les éléments d'appréciation (références des sous-traitants, réputation, etc.) qui l'ont conduite à octroyer la note maximale à B. AG. Certes, l'adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des offres et le Tribunal administratif ne peut revoir cette appréciation qu'avec une retenue particulière. Il n'en demeure pas moins que l'instance de recours doit pouvoir être en mesure de vérifier que les notes n'ont pas été attribuées de manière arbitraire mais qu'elles reposent sur des motifs pertinents. En méconnaissance des critères d'appréciation, la Cour de céans est toujours incapable de juger de leur pertinence.

On ajoutera encore que la note de la recourante a été attribuée sur la base d'un critère différent de celui du tiers intéressé, puisque l'intimée a expliqué que dans la mesure où la recourante n'a pas indiqué lesquels des sous-traitants proposés exécuteraient les travaux, elle n'a pas été en mesure d'examiner leur qualification. Or, cet argument tombe à faux, puisque si S. SA n'a effectivement pas indiqué avec quels sous-traitants elle entendait exécuter le marché, elle a néanmoins fourni une liste de sous-traitants et laissé au maître d'ouvrage le choix de désigner l'(les) entreprise(s) avec la(les)quelle(s) il souhaitait travailler. Une telle façon de procéder n'était pas contraire aux conditions fixées par le pouvoir adjudicateur dans le dossier d'appel d'offres. Dès lors, l'intimée ne peut pas soutenir qu'elle n'était pas en mesure d'examiner la qualification des sous-traitants de S. SA, puisqu'elle pouvait elle-même les choisir dans la liste fournie par le soumissionnaire. Le cas échéant, elle pouvait exiger de ce dernier qu'il désigne lui-même le/les sous-traitants et procéder ensuite à l'examen de leur qualification (art.29 al.2LCMP). Cette solution ■ certainement plus à même de respecter l'égalité de traitement entre les soumissionnaires - aurait en outre été compatible avec l'article 22 al.3LCMP tant que le/les sous-traitants sélectionnés par S. SA figurai(en)t dans l'annexe R15 de son offre.

c)V. SA conteste par ailleurs tout arbitraire dans la notation du critère no 4. Au cours de la procédure de recours, elle n'a toutefois pas saisi l'occasion d'expliquer les raisons pour lesquelles B. AG était finalement mieux notée que S. SA. Le Tribunal administratif n'est donc pas en mesure d'exercer son contrôle, même sous l'angle de l'excès ou de l'abus du pouvoir d'appréciation, et, partant ne peut pas examiner à suffisance de droit la légalité de l'acte attaqué.

La modification de l'une de ces deux notes pourrait être de nature à changer le classement final. Au regard des incertitudes qui pèsent sur l'évaluation de ces critères d'adjudication, il se justifie donc de renvoyer la cause à l'intimée, afin qu'elle procède à une réévaluation desdits critères et rende une nouvelle décision. Le recours doit donc également être admis pour ces motifs.

7.a) La recourante conteste la notation du critère no 5 (cons.7b/cc ci-après). Elle relève par ailleurs que l'intimée n'a pas transmis la grille d'évaluation détaillée relative spécialement aux sous-critères du critère no 5 figurant dans l'annexe R13, en violation du principe de transparence. Elle soutient que le pouvoir adjudicateur n'a pas défini d'avance, par rapport aux critères et sous critères, quelles étaient ses attentes spécifiques pour l'attribution de chacune des notes de 0 à 5(cons.7b/bb ci-dessous). Elle fait également valoir que le barème de notes, fondé sur le guide romand pour les marchés publics, est trop général et abstrait (cons.7b/aa ci-dessous).

Pour ce critère, le pouvoir adjudicateur demandait en particulier aux soumissionnaires de développer ou de résoudre cinq aspects techniques du cahier des charges, à savoir, le système de pompe liquide épaisse (1), le type de vannes (2), la décharge de silo (3), les mesures pour la minimisation d'usure, respectivement échange simple des parties (4) et le revêtement à l'intérieur des parois de silo (5) (v. annexe R13 du dossier d'appel d'offres, D.2/5.1). Une séance d'information (obligatoire) a par ailleurs été mise sur pied le 4 février 2010, au cours de laquelle le pouvoir adjudicateur a pu préciser certains points, notamment sur le plan technique. Cette visite a fait l'objet d'un procès-verbal, dont il ressort entre autres que la teneur en matière sèche des boues se situerait entre 20 % et 35 %.

b/aa) Dans un arrêt récent, connu des mandataires de la recourante et auquel il est renvoyé (ATA du 12.08.2010 [TA.2010.209], cons.3, prochainement publié sur le site <http://jurisprudence.ne.ch>), le Tribunal administratif a déjà exposé les raisons pour lesquelles il considérait que le barème des notes du guide romand est suffisamment précis pour assurer une traçabilité des notes. Dans la mesure où l'échelle utilisée par l'intimée (v. cons.5a ci-dessus) est fondée sur ce guide, l'autorité adjudicatrice n'avait pas besoin de définir de manière plus précise ses attentes pour chacun des critères. Le grief de violation du principe de transparence est en conséquence mal fondé.

bb) Un pouvoir adjudicateur ne saurait attribuer un marché sur la base d'autres critères d'adjudication, avec leur pondération, que ceux annoncés dans le dossier de soumission (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, p.225 ch.480). En outre, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsqu'en sus des critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer, ainsi que leur pondération respective, aux soumissionnaires par avance. En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres des soumissionnaires, la présentation des critères, en particulier les pourcentages de pondération arrêtés. Le principe de transparence n'exige pas toutefois la communication par avance de sous-critères ou catégories qui tendent uniquement à concrétiser les éléments qui sont inhérents au critère publié. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que la clarté et la cohérence du prix n'étaient pas un critère sortant de celui initial du prix de l'offre. L'annonce a posteriori des sous-critères de clarté et de cohérence du prix ne heurte par conséquent pas la réglementation en matière de marchés publics et, en particulier, ne viole pas le principe de la transparence (DC 4/2002, p.163 no S45; v. toutefois la critique de Esseiva à la suite de cet arrêt, p.164). A l'inverse, relève le Tribunal fédéral, s'il apparaît qu'un sous-critère revêt, aux yeux du pouvoir adjudicateur, une importance prépondérante et qu'il lui confère un rôle équivalent à celui d'un critère ou qu'un tel sous-critère ne ressort pas de ce qui est communément observé dans le cadre du critère principal auquel il se rapporte, le principe de la transparence en exige la communication par avance aux soumissionnaires (v. aussi arrêt du Tribunal administratif du 19.08.2003 dans la cause V., [TA 2002.176]). En

outre, comme le relève une partie de la doctrine et de la jurisprudence cantonale, la grille d'évaluation des critères, voire des sous-critères, en tant qu'il s'agit d'une échelle des notes ou d'une matrice de calcul, ne doit pas nécessairement être portée à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation. Décider si les critères utilisés par le pouvoir adjudicateur sont inhérents ou non au critère publié, ou encore 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 l'ensemble de la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (DC 4/2003, p.154 no S40 et les références citées, ainsi que la note de Essevay relative, p.154; ATF130 I 241 cons.5.1 p.248; 125 II 86 cons.7c p. 101 et les références citées).

Au regard des circonstances du cas, il n'est pas arbitraire de soutenir que les cinq points définis à l'annexe R13 constituent de simples catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié. Il est vrai que la différence de notation pour le critère no 5 relève essentiellement du choix du système de pompe liquide épaisse (catégorie no 1). Cela ne signifie toutefois pas encore que le pouvoir adjudicateur ait décidé, après le dépôt des offres des soumissionnaires, d'accorder une importance prépondérante à cette catégorie, par rapport aux quatre autres. Tout d'abord, il ressort du rapport de N. AG que les cinq catégories tendant à concrétiser le critère no 5 ont fait l'objet d'un examen minutieux. Dans l'ensemble, l'expert est arrivé à la conclusion que la recourante et le tiers intéressé ont présenté des solutions assez similaires en ce qui concerne les catégories no 2 à 5. Quoiqu'en dise la recourante, une différence d'épaisseur de 200 microns dans le revêtement du silo pouvait, sans arbitraire, être considérée comme insignifiante. Il en va de même de l'utilisation d'un matériau différent et moins cher pour le fonds des silos.

Les offres ont donc été départagées sur la base du choix du système de pompe liquide épaisse. Or, au final, la recourante a été créditée d'une note de 4 (bon et avantageux) contre une note de 5 (très intéressant) pour B. AG. Cette petite différence démontre que le pouvoir adjudicateur n'a pas conféré à cet aspect technique un rôle prépondérant équivalent à celui d'un critère publié. Il suit de ce qui précède que le critère no 5 d'adjudication n'a pas été changé par rapport à ce qui avait été annoncé dans le dossier d'appel d'offres. Le grief de violation du principe de transparence est en conséquence mal fondé.

cc) La note attribuée à la recourante pour ce critère n'est pas non plus critiquable. Elle a en effet proposé un système de pompes tubulaires à guillotine, qui est étudié pour des produits à haute siccité, soit des produits contenant un pourcentage massique important de matière sèche. Or, lors de la visite obligatoire du 4 février 2010, le pouvoir adjudicateur a précisé que la teneur en matières sèches des boues d'évacuation se situait seulement entre 20 à 35%. La consistance de la boue à pomper était donc plutôt humide (65 % et 80 %). L'auteur du rapport a en outre signalé que le système de pompes tubulaires à guillotine présentait quelques défaillances d'étanchéité. La recourante invoque donc en vain que la solution technique qu'elle a proposée étaient en parfaite adéquation avec les déchets à traiter et qu'elle était même mieux adaptée. Ce faisant elle se contente de substituer sa propre appréciation à celle de l'évaluateur, ce qui n'est pas suffisant.

Vu ce qui précède, l'argument selon lequel l'ingénieur de N. AG a fait preuve de partialité dans l'appréciation des offres est également sans fondement.

c) Enfin, V. SA pouvait, sans arbitraire, corriger d'office (art.29 al.1LCMP) la date de validité de l'offre de B. AG (30.06.2010 au lieu de 30.06.2009) ainsi que la garantie promise par la société (24 mois au lieu de 12 mois). Dans la mesure où il prend la peine de déposer une offre, avec tout le travail que cela implique, un soumissionnaire n'a en effet aucun intérêt à modifier unilatéralement la durée de la garantie exigée par le pouvoir adjudicataire. On peut donc admettre que la période de garantie indiquée par B. AG était une erreur d'écriture.

8. Pour les motifs qui précèdent, la décision attaquée doit être annulée, ce qui conduit à l'admission du recours. La cause est renvoyée à l'intimée pour qu'elle décide du sort à réserver à l'offre de B. AG (cons.4 ci-dessus), puis procède à une réévaluation des critères d'adjudication et rende une nouvelle décision au sens des considérants (cons.5 ss ci-dessus). Les mesures d'instruction demandées par les parties ne se justifient pas, car elles ne sauraient conduire à une appréciation différente de celle exposée ci-dessus.

Il est statué sans frais (art. 47 al. 1 et 2LPJA). La recourante a droit à des dépens, à la charge de l'intimée. Le tiers intéressé, qui a conclu au rejet du recours, n'a pas droit à des dépens.

9. Parallèlement à cette procédure de recours, un autre soumissionnaire (X. GmbH) a recouru contre la décision d'adjudication. La cause est jugée dans un arrêt séparé, qui est communiqué à titre d'information à la recourante.

Par ces motifs, LA Cour de droit public

1. Admet le recours et annule la décision entreprise.
2. Renvoie la cause à l'intimée pour nouvelle décision au sens des considérants.
3. Statue sans frais et ordonne la restitution à la recourante de son avance de frais.
4. Alloue à la recourante une indemnité de dépens de 3'000 francs, à la charge de l'intimée.

Neuchâtel, le 29 octobre 2010

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