

VD_OMNI MPU.2021.0030 vom 5. Oktober 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-10-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_MPU.2021.0030

FR: VD_OMNI MPU.2021.0030 du 5 octobre 2021

IT: VD_OMNI MPU.2021.0030 del 5 ottobre 2021

Regeste

A. _____ /SAGENORD, Société Anonyme de Gestion des Eaux du Nord Vaudois,
B. _____ | Adjudication de travaux de forage et de pose de canalisations d'eau potable. La recourante s'en prend à l'évaluation de son offre aux critères d'adjudication nos 2 (références), 3 (analyse & planning) et 5 (répercussion sur l'environnement). Le critère des références portait sur l'importance et la nature similaire des chantiers, double exigence qui figurait expressément sur le questionnaire de l'annexe Q8; or, aucune des références fournies par la recourante ne répondait à cette double exigence. S'agissant du planning des travaux, non seulement les évaluateurs n'étaient pas tenus de demander des éclaircissements à la recourante mais en outre, ils devaient tenir compte du programme proposé dans son offre, qu'ils ont estimé peu réaliste, dans leur évaluation; les éclaircissements supplémentaires apportés sur ce point par la recourante en audience sont exorbitants à l'offre et n'entrent pas en considération pour son évaluation. Quant au critère environnemental, la recourante n'a pas satisfait aux exigences du maître de l'ouvrage, puisqu'elle n'a pas répondu aux questions posées aux soumissionnaires à l'annexe R16, dans lequel les soumissionnaires devaient fournir des renseignements, notamment sur l'évacuation des matériaux du projet. L'évaluation des offres en présence et l'adjudication du marché à la concurrente de la recourante ne procède donc pas d'un abus du pouvoir d'appréciation. Rejet du recours.

Erwägungen

E. 1

a) L'art. 75 let. a de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36) subordonne la qualité pour recourir à la condition que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit annulée ou modifiée. Selon la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en lien avec l'art. 89 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110) – étant rappelé que la qualité pour recourir doit être admise en procédure cantonale de manière au moins aussi large que devant le Tribunal fédéral (art. 111 al. 1 LTF) –, le soumissionnaire évincé dispose d'un intérêt digne de protection lorsqu'il a des chances raisonnables de se voir attribuer le marché en cas d'admission de son recours (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1; TF 2D_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1). b) En l'occurrence, l'offre de la recourante a été classée, au terme de l'évaluation des offres, au deuxième rang, avec un écart de 19,91 points. A cet égard, la jurisprudence a retenu l'intérêt digne de protection du soumissionnaire évincé lorsque celui-ci avait été classé au deuxième rang derrière l'adjudicataire et qu'il aurait, en cas d'admission de son recours, disposé d'une réelle chance d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4.1 p. 27; TF 2D_39/2014 du 26 juillet 2014 consid. 1.1; 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.4.1). Il convient par conséquent d'admettre que la recourante est

légitimée à recourir. c) Pour le surplus, le recours a été déposé dans les délai et forme prescrits par les art. 10 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics [LMP-VD; BLV 726.01] et 79 LPA-VD. Il convient donc d'entrer en matière.

E. 2

On rappelle qu'aux termes de son art. 1 er al. 1 la LMP-VD régit les marchés publics: "

a. du canton, des communes et des associations intercommunales; b. des autres collectivités, notamment les caisses de pension, assumant des tâches cantonales ou communales dans la mesure où elles n'ont pas de caractère commercial ou industriel; c. subventionnés à plus de 50 % du coût total par des fonds des entités définies sous lettres a et b. " a) Cette disposition définit le champ d'application personnel (ou subjectif) du droit des marchés publics. La notion d' "autres collectivités de droit public cantonal ou communal, dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel" de l'art. 8 al. 1 let. a de l'accord intercantonal sur les marchés publics (A-IMP; BLV 726.91; dans le texte allemand: "Einrichtungen des öffentlichen Rechts auf kantonaler oder kommunaler Ebene, mit Ausnahme ihrer kommerziellen oder industriellen Tätigkeiten") doit être interprétée à la lumière des notions d'"organismes publics du niveau des districts et des communes" et d'"organismes de droit public établis au niveau cantonal n'ayant pas un caractère commercial ou industriel", au sens respectivement des ch. 3 et 2 de l'annexe 2 AMP (ATF 145 II 49 consid. 4.2 p. 53). Cette définition comporte trois éléments caractéristiques qui doivent être réalisés cumulativement (ATF 145 II 49 consid. 4.2 p. 54). Le deuxième tiret pose la condition de l'indépendance juridique. Le fait qu'une entité revêt une forme de droit privé (p. ex. société anonyme) n'empêche pas de la qualifier d'organisme de droit public (ATF 145 II 49 consid. 4.3.1 p. 54; 141 II 113 consid. 3.2.1 p. 127 dans une affaire vaudoise s'agissant de la société anonyme Tridel SA). Le troisième tiret pose la condition du rapport de dépendance à l'égard des pouvoirs publics (Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, n. 83) – "Staatsgebundenheit" – en envisageant trois critères alternatifs, dont il suffit que l'un soit réalisé (ATF 145 II 49 consid. 4.2 et 4.3.2 p. 54). Concernant le premier tiret, il importe que l'organisme exerce effectivement une activité devant satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général et non pas qu'elle ait été créée dans ce but (ATF 145 II 49 consid. 4.4.1 p. 55). La condition du but d'intérêt général est interprétée dans le sens de l'intérêt public et ne se limite pas aux tâches publiques (ATF 145 II 49 consid. 4.4.2 p. 55; 142 II 369 consid. 3.3.2 p. 374). Quant à la caractéristique que les activités de l'organisme n'aient pas un caractère industriel ou commercial, il convient d'examiner s'il existe une situation de concurrence sur des marchés qui fonctionnent, ce qui s'apprécie à la lumière des buts des marchés publics, sur la base de toutes les circonstances significatives de fait et de droit. Le mode de fixation des prix (en fonction de l'offre et de la demande ou, au contraire, selon des critères définis par les pouvoirs publics) constitue un élément important s'agissant de déterminer si la concurrence fonctionne. Un autre critère est le point de savoir si l'organisme supporte lui-même le risque économique lié à son activité. Tel n'est pas le cas notamment si d'éventuelles pertes sont compensées par des contributions publiques (et non par des recettes réalisées dans des conditions de concurrence), ce qui va à l'encontre du caractère commercial. Le fait que l'organisme puisse faire faillite joue également un rôle (ATF 145 II 49 consid. 4.5 p. 58 ss).

b) En l'occurrence, Sagenord SA est une société anonyme dont 66% du capital-actions au moins est détenu par une commune. Son conseil d'administration est composé de syndics et de municipaux des communes faisant partie de son périmètre d'activité. Dans cette mesure, la situation de Sagenord est analogue à celle de Tridel SA (cf. à cet égard ATF 141 II 113

consid. 3.2.4 p. 128 s.). La condition de la dépendance à l'égard des pouvoirs publics est donc réalisée. Quant à l'activité de Sagenord elle est indiscutablement d'intérêt général, au sens indiqué plus haut (cf. sur ce point, arrêt TF 1C_441/2011 du 9 mars 2012). Au vu de ce qui précède, force est d'admettre que Sagenord constitue un organisme de droit public au sens de l'art. 8 al. 1 let. a A-IMP et est ainsi assujettie au droit des marchés publics.

E. 2.00

15 30.00 392.10 2 Par comparaison il appert que, si le total des points de l'adjudicataire devait être revu à la baisse par rapport à la décision attaquée, l'écart entre les deux offres se creuserait, passant de 19,91 à 22,35 points. Cette erreur, dont la recourante ne dit mot, ne prête donc pas à conséquence et n'entraîne pas l'annulation de la décision attaquée. b) La recourante s'en prend à la note de 3,83 qui a été attribuée à son offre au critère n°2 (référence du soumissionnaire). Les références de la recourante ont été jugées un peu plus que suffisantes, quand bien même elle prétend avoir démontré, par le formulaire Q8, avoir d'ores et déjà réalisé par le passé des travaux de l'envergure de ceux soumis à l'appel d'offres. aa) La recourante a cité dans l'annexe Q8 trois références de forage horizontal ("Horizontalspülbohrungen") à l'appui de son offre. La première concerne *****; elle a trait à des travaux dirigés de lignes ***** à *****. Selon ses explications, ce chantier aurait présenté des difficultés particulières en raison de l'inaccessibilité du terrain et de la proximité parallèle de l'autoroute et de la route principale; le rayon de forage était extrêmement étroit et la roche fissurée. Les évaluateurs ont cependant estimé que ces travaux, qui portaient sur une ligne électrique, ne correspondaient pas, par leur nature, au présent marché de forage d'une canalisation. Les deux autres références concernent les communautés régionales de ***** et *****; il s'agit de travaux de forage dirigé pour l'approvisionnement en eau. Selon la recourante, le premier projet aurait présenté des difficultés en termes d'accessibilité vu le terrain accidenté et de réalisation vu la tendresse de la roche; la réalisation du deuxième projet constituait, toujours selon la recourante, un défi puisque la texture du sol était grossière et le terrain d'intervention, exposé à des dangers d'éruption, ne présentait que très peu de couverture. En outre, de nombreux câbles rendaient les opérations difficiles, tout comme la proximité de la zone ferroviaire CFF et de la route cantonale. Les évaluateurs ont cependant estimé que ces deux marchés, de 0,57 respectivement 0,50 millions de francs, étaient d'une valeur économique nettement inférieure à celle du marché du litige. L'autorité intimée indique que le critère annoncé, retenu pour l'évaluation, portait sur l'importance et la nature similaire des chantiers. Cette double exigence figurait expressément sur le questionnaire de l'annexe Q8. Or, elle constate qu'aucune des références fournies par la recourante ne répondait à cette double exigence. Au final, les trois références ont ainsi reçu des notes de 4, 4, respectivement 3,50, d'où une note finale de 3,83 pour la recourante. bb) Dans sa réplique, la recourante considère qu'aucune raison ne commandait aux évaluateurs de mieux noter les références de l'adjudicataire que les siennes. On relève, par comparaison, que l'adjudicataire a fourni, elle aussi, trois références. La première concerne la réalisation d'un forage pour la déviation d'un réseau d'eau à ***** pour le compte des *****; ce marché portait sur un montant de 1,9 millions de francs. La deuxième a trait à la réalisation d'un forage dirigé et de fouilles de raccordement pour la nouvelle conduite d'eau potable des communes de ***** et *****; ce marché portait sur un montant de 0,85 millions de francs. La troisième concerne des travaux de forage dirigé sous les voies CFF, l'A9, la route cantonale et le gazoduc, dans les communes de ***** et *****; ce marché portait sur un montant de 0,8 millions de francs. On peut admettre sans arbitraire que les deux premières

références répondent à la double exigence de l'importance et de la nature similaire des chantiers; cette double exigence ne paraît en revanche pas complètement remplie pour la troisième. Au final, ces trois références ont reçu des notes de 5, 5, respectivement 4,50, d'où une note finale de 4,83 pour l'adjudicataire. Dans ses dernières écritures, la recourante reproche à l'autorité intimée de ne pas avoir tenu compte du fait qu'elle s'était prévalu, s'agissant de la référence ayant trait à la communauté régionale de *****, d'un marché portant sur la construction d'une conduite en fonte, au contraire de l'adjudicataire dont les références portent uniquement sur des conduites en polyéthylènes (PE). Cette explication n'est guère de nature à modifier l'appréciation de l'autorité intimée; il ressort en effet des conditions particulières de l'appel d'offres que sur les huit conduites prévues dans le présent marché, deux seront en fonte (soit 2'100m de conduites) et six en PE (2'900m de conduites). Quant au diamètre de la conduite posée par la recourante à *****, il est de 600mm, soit un diamètre de toute façon supérieur à celui des conduites à poser dans les trois tronçons du présent marché (cf. Rapport projet d'ouvrage/Mesure C3, p. 8). Sur ce point également, les références de l'adjudicataire paraissent plus pertinentes que celles fournies par la recourante. cc) Il résulte de ce qui précède que cette notation repose sur une appréciation objective et n'est en aucun cas constitutive d'un abus, par le pouvoir adjudicateur, de son pouvoir d'appréciation. c) La recourante conteste la note de 2.73 attribuée à son offre pour le critère n° 3 (analyse du mandat et planning). Pour ce critère, les soumissionnaires devaient remettre un planning intentionnel des travaux et une analyse succincte de ceux-ci sur deux pages A4 au maximum. Au surplus, ils étaient invités à se référer au ch. 630 des conditions particulières du DAO, dont le contenu est le suivant: "(...) 630 Termes, délais Dates principales probables: Début de construction : Juin 2021 Fin de construction * : A convenir avec le mandataire * L'entrepreneur est libre de proposer un planning avec des attaques sur plusieurs fronts simultanés . Planning Le début des travaux est fixé sous réserve de décisions de l'autorité compétente et de l'autorisation de construire. Le morcellement du chantier par étapes et sous-étapes et les conséquences y relatives ne donneront lieu à aucune plus-value. L'entreprise doit en tenir compte dans le calcul des prix unitaires ou dans l'installation de chantier de la série de prix. En cas de retard sur le programme, le MO pourra demander, sans aucune plus-value, des équipes et engins supplémentaires, ainsi que toutes mesures propres à activer les travaux, afin de respecter les délais impartis. L'entrepreneur ne pourra, en aucun cas, suspendre le travail, même temporairement, sans entente préalable avec le MO ou son représentant. Etant donné les contraintes existantes pour l'exécution des travaux, la DT se réserve le droit et la possibilité, selon les nécessités, de modifier l'ordonnancement des travaux, afin de terminer une partie de l'ouvrage avant d'entreprendre le tronçon suivant. De manière générale, les modifications du programme ne provoquant pas d'arrêt du chantier ne donneront pas droit à une indemnité particulière. Cependant, l'entrepreneur peut proposer à la DT une organisation différente, si celle-ci va dans le sens d'une amélioration du planning ou de la qualité. Le fractionnement des travaux par étapes et sous-étapes, prévu par le programme ou ultérieurement ordonné par la DT, ne donnera lieu à aucune plus-value ni revendication. En sus, avant de démarrer les travaux, l'entrepreneur doit s'assurer sur place de l'exactitude des indications qui lui ont été remises, notamment des cotes figurant sur les plans. Il lui incombe également de signaler sans délai à la direction des travaux toute erreur qu'il pourrait constater dans les instructions reçues susceptible de compromettre la bonne exécution des travaux. (...) " La recourante a reçu la note de 2,60 pour son planning contre 3,90 à l'adjudicataire. Pour l'analyse, l'adjudicataire a reçu la note de 5 contre 3 pour la recourante. Au final, les deux

concurrents ont obtenu des notes de 4.27 respectivement 2.73. La recourante critique cette évaluation et prétend qu'une note minimale de 3.5, voire 3, aurait dû lui être attribuée pour ce critère. aa) S'agissant du sous-critère 3.2, la recourante a produit un planning des travaux projetés sur une période de 48 jours, ainsi qu'un rapport technique. Ces documents sont rédigés en allemand. Les évaluateurs ont tenu compte dans leur notation de plusieurs éléments qui ont conduit à la dépréciation de l'offre de la recourante. Les évaluateurs ont, pour l'essentiel, estimé que le programme des travaux prévus, 48 jours, était extrêmement court au regard de l'estimation faite sur ce point par le mandataire de l'autorité intimée, 80 jours. Pour ce dernier, la durée des travaux a été sous-estimée par la recourante. Il s'est dit conforté dans son estimation initiale par le fait que l'adjudicataire a proposé un programme de travaux sur 79 jours. La notation du planning a été arrêtée arithmétiquement, en tenant compte des écarts entre la moyenne des candidats (64 jours), la durée des travaux proposée par l'adjudicataire (79 jours) et la durée indiquée par la recourante (48 jours). Tous ces éléments ont conduit les évaluateurs à attribuer à l'offre de la recourante la note de 2,60 pour son planning contre 3,90 à l'adjudicataire. Selon les explications de la recourante, si l'autorité intimée devait douter du caractère réaliste du programme des travaux, il lui appartenait, selon l'art. 34 RLMP-VD, d'obtenir de sa part des éclaircissements sur ce point. Toujours selon la recourante, l'autorité intimée ne pouvait en revanche pas, sans interpellation préalable, abaisser sa note au seul motif qu'elle ne tenait pas pour fondées ses déclarations. Le grief de la recourante tombe à faux. On rappelle à cet égard que l'offre est intangible (cf. art. 29 al. 3 RLMP-VD), ce qui signifie qu'une offre ne doit en principe s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 p. 374 et les références citées). C'est seulement lorsqu'une offre apparaît peu claire que, dans une telle hypothèse, le pouvoir adjudicateur est autorisé à demander des explications aux soumissionnaires (Poltier, op. cit., n°314). Il est également admis que l'adjudicateur puisse corriger les erreurs évidentes de calcul et d'écriture, conformément à l'art. 33 al. 2 RLMP-VD, notamment après avoir demandé des explications au soumissionnaire, en application de l'art. 34 al. 1 RLMP-VD. Ces corrections, tout comme la clarification, ne sauraient cependant aboutir à une modification de l'offre (cf. arrêt MPU.2020.0011 du 20 juillet 2020 consid. 3a et réf. citées). Par conséquent, non seulement les évaluateurs n'étaient pas tenus de demander des éclaircissements à la recourante sur son programme mais en outre, ils devaient tenir compte du planning des travaux sur 48 jours proposé dans son offre dans leur évaluation. En audience, le représentant de la recourante a expliqué qu'il disposait d'une calculatrice interne lui permettant de déterminer la durée des travaux au regard de son expérience personnelle, qui s'étend sur une période de vingt ans, de même que leurs coûts. Il en résulte que, sur les 48 jours annoncés dans son programme, la recourante a compté 10-12 jours pour l'installation du chantier et 12 jours pour le forage pilote; elle s'est référée à cet égard au chantier des *****, à *****, qu'elle a du reste cité dans ses références (cf. supra, b). Selon elle, le programme de 48 jours est parfaitement réaliste. La recourante a sans doute joint à son offre le programme des travaux, mais sans décrire la calculatrice retenue; son représentant s'est justifié sur ce point en expliquant qu'il n'avait pas été demandé aux soumissionnaires de détailler leurs calculs. En audience, le représentant de la recourante a ajouté sur ce point que cette dernière disposait d'un matériel spécifique, à savoir des machines pesant 110 tonnes et des plaques d'acier, qui rendrait les prestations de l'entreprise plus efficaces. La recourante n'a cependant pas fourni cette information dans son offre, ce que son représentant a du reste admis en audience, invoquant à cet égard le secret des affaires. L'autorité intimée demeurant dans l'ignorance de ce qui

précède, la recourante ne saurait, par conséquent, se plaindre de ce qu'il n'ait pas été tenu compte de ces différents éléments dans l'évaluation de son offre. Les éclaircissements supplémentaires apportés en audience sont à cet égard exorbitants à l'offre et n'entrent pas en considération pour son évaluation, dès lors que, comme on l'a dit plus haut, seul l'état de fait tel qu'il se présente au moment de la décision d'adjudication est déterminant . bb) Au sous-critère 3.1, l'analyse de l'adjudicataire a été jugée très détaillée, claire et précise avec des suggestions; la note de 5 a été attribuée à son offre. La recourante a reçu, pour sa part, la note de 3. Il est tout d'abord apparu que cette dernière n'avait, à l'inverse de l'adjudicataire, pas fourni d'organigramme de chantier; l'autorité intimée estime que ce manquement est important, dès lors que la planification en force de travail est un des critères de réussite et d'efficacité d'un projet. La recourante objecte que cette exigence ne ressortait pas de l'appel d'offres. Les évaluateurs ont en outre constaté que l'analyse des travaux fournie par la recourante était bonne, mais plutôt succincte. Elle consiste en un «Bauprogramm» tenant sur un diagramme de six lignes. Par ailleurs, cette analyse n'a pas été rédigée en français, ni traduite d'allemand en français. Pour l'autorité intimée, cet élément est important sous l'angle de l'organisation du soumissionnaire; elle fait valoir à cet égard que la maîtrise de la langue, la lecture des documents, le suivi des instructions de la direction de chantier, sont des facteurs essentiels sur un chantier, en particulier lors de travaux spéciaux qui sont coordonnés avec un ouvrage global. La recourante relève sur ce point qu'il n'a pas été requis des soumissionnaires de produire les annexes R5 à R12 relatives à l'organisation pour l'exécution du marché. Pour elle, il appartenait à l'autorité intimée de solliciter expressément des informations plus étayées dans le dossier d'appel d'offres. En outre, elle a rappelé avoir indiqué à l'autorité intimée, dans son courriel du 10 mai 2021, qu'elle disposait en tout temps sur le chantier du personnel parlant le français et que sa propre traductrice participerait aux réunions de chantier. De ce qui précède, il apparaît que l'offre de la recourante répond sans doute aux attentes du maître de l'ouvrage, mais sans pouvoir se prévaloir d'un avantage particulier par rapport à celle de sa concurrente. En effet, on relève, par comparaison, que l'adjudicataire a fourni une analyse détaillée, contenant des informations beaucoup plus complètes que celles fournies par la recourante, contenant par ailleurs des suggestions de réalisation, ce que les évaluateurs ont constaté dans leur rapport . cc) Au vu de ce qui précède, la notation de ce critère repose sur une appréciation objective et n'est pas constitutive d'un abus par le pouvoir adjudicateur de son pouvoir d'appréciation. d) La recourante soutient que l'attribution d'une note de 2 pour le critère n°5 (répercussion sur l'environnement) est totalement dépourvue d'objectivité et abusive. Les soumissionnaires devaient remplir et joindre à leur offre l'annexe R16. aa) Dans ce document, il appartenait aux soumissionnaires d'indiquer le nom, le lieu et la distance (en km) des décharges prévues pour l'évacuation des matériaux du projet, des fournisseurs prévus pour l'apport des graves, graviers et sables, du fournisseur central prévu pour l'apport des enrobés bitumineux. En outre, il leur a été demandé de décrire les qualités et avantages respectifs de ces trois produits, tout ceci sur une page A4 recto au maximum. L'annexe R16 était en lien avec le ch. 820 des conditions particulières de l'appel d'offres, aux termes duquel: " (...) 820 Travaux de remise en état Objectifs de la remise en état L'objectif de la remise en état consiste, au sein du périmètre de remise en état, au-dessus du niveau de la nappe phréatique, à savoir qu'aucune matière étrangère à l'environnement, quelle qu'elle soit, n'encombre le site. L'excavation permettant la mise au jour des parties souterraines de bâtiment doit à nouveau être comblée/remplie couche par couche (couches d'env. 50 cm) au moyen d'une lourde compression dans les fouilles apparues et consolider

de manière professionnelle (par couche ; valeur ME = 50 MN/m²). Les matériaux de remplissage doivent être des matériaux d'excavation (sol naturel) "propres" et bien compressibles. Voir aussi pos. 560. Les matériaux de démolition doivent être conditionnés de manière à protéger l'environnement, évacués de façon professionnelle et éliminés par un recyclage du plus haut degré possible, conformément à la loi en vigueur. Méthodes de remise en état et technique de construction En principe, la méthode de remise en état est au choix du soumissionnaire. Elle doit toutefois être documentée dans le programme des échéances et dans l'analyse d'ordre. L'offre de place pour le dépôt intermédiaire des décharges d'excavation provenant de la mise au jour des parties de bâtiment et d'installation souterraines est très limitée. Charges relatives à la gestion des matériaux En principe, après la remise en état ou la démolition, l'intégralité des matériaux "étrangers" provenant des remises en état appartient à l'entrepreneur, à l'exclusion des matériaux d'excavation creusé sur place. Avant la mise en œuvre des travaux de remise en état, le soumissionnaire exécutant doit documenter le flux des matériaux jusqu'à la réception finale conformément à la directive cantonale sur la gestion des eaux et déchets de chantier (DCPE 872 de juin 2001) et le faire approuver par la direction des travaux. Après l'achèvement des travaux de remise en état, l'entrepreneur doit documenter l'intégralité des flux de matériaux et d'éliminations des déchets au moyen des justificatifs aussi bien qualitatifs que quantitatifs d'élimination des déchets à l'attention de la direction des travaux/Maître de l'ouvrage (actes finaux). (...) " Dans l'annexe R16 jointe à son offre, l'adjudicataire a indiqué *****, *****, et *****km aux produits 1 et 2, *****, *****, *****, ***** km au produit 3. Elle a fourni une description détaillée de ces trois produits, ajoutant la gestion des boues générées par le forage, qui ne lui paraissait pas traitée par l'appel d'offres et pour laquelle elle a fourni une solution de recyclage sur le site. Une note de 4.42 a été attribuée à son offre. Pour sa part, la recourante n'a pas fourni les indications requises à l'annexe R16. A la question du descriptif, elle a répondu de la façon suivante: " (...) 1. Descriptif, qualités et avantages du produit n°1 ? Wir müssen nur den anfallenden und überschüssigen Bohrschlamm entsorgen. Dies wird durch unseren Subunternehmer ***** aus ***** in einer nahegelegenen Deponie entsorgt. Es gibt keine weiteren Materialien welche entsorgt werden müssen. (Nous avons seulement à éliminer la boue de forage résultante et excédentaire. Ceci est éliminé par notre sous-traitant *****, à ***** dans une décharge voisine. Il n'y a pas d'autres matériaux à éliminer.) 2. Descriptif, qualités et avantages du produit n°2 ? Wir benötigen für die ausgeschriebenen Arbeiten keinen Kies und keinen Sand. (Nous n'avons pas besoin de gravier ou de sable pour les travaux annoncés.) 3. Descriptif, qualités et avantages du produit n°3 ? Wir benötigen für die ausgeschriebenen Arbeiten keinen Asphalt. (Nous n'avons pas besoin d'asphalte pour les travaux annoncés). " Au final, une note de 2 a été attribuée à l'offre de la recourante pour ce critère. L'autorité intimée justifie cette note du fait que la recourante n'a fourni aucune réponse concernant le lieu et la distance des décharges qui seraient utilisées, démontrant qu'elle n'a pas suffisamment analysé le marché pour pouvoir répondre aux exigences environnementales, comportant notamment la réduction de la distance de transport des matériaux à évacuer, suite au forage. bb) La recourante critique cette notation, qu'elle estime arbitraire. Dans sa réplique, elle explique avoir eu connaissance de la qualité des sols, dans la mesure où un rapport géologique a été joint au dossier d'appel d'offres et que sa soumission a tenu compte de ce fait. Il ressort de ses explications qu'elle n'avait pas à renseigner l'autorité intimée s'agissant des graves, graviers, sables et enrobés bitumeux, puisqu'elle n'a pas prévu d'en utiliser. La recourante admet cependant qu'on puisse lui

reprocher de ne pas avoir indiqué avec précision où se situe la décharge auprès de laquelle elle entend évacuer les matériaux. En effet, elle a simplement indiqué que son sous-traitant, une entreprise de *****, évacuerait ceux-ci dans une décharge voisine, sans autre précision. En audience, le représentant de la recourante a rappelé que cette dernière disposait d'installations de recyclage, ce qui ressortirait, selon elle, des références qu'elle a fournies; lors du forage, 80% des résidus est restitué dans ses installations et peut être réutilisé. Il en ressort que la recourante tend à recycler le plus de résidus possibles sur le chantier, pour évacuer le solde (boue de forage, bentonite) dans une décharge spéciale. Son représentant a en outre expliqué que ces résidus seraient évacués par le sous-traitant Landolt, à Langenthal, tout en admettant qu'il ignorait où était située la décharge dans laquelle cette dernière entreprise évacuerait le matériau; il a ajouté sur ce point que c'est seulement après, à réception de la feuille de transport, que la recourante apprenait où le matériau évacué avait été entreposé. On relèvera donc que la recourante n'a pas satisfait aux exigences du maître de l'ouvrage, puisqu'elle n'a pas répondu aux questions posées aux soumissionnaires à l'annexe R16. cc) Un autre élément a également été mis en avant par l'autorité intimée pour justifier la décote de l'offre de la recourante. Elle rappelle qu'à l'annexe R16, en lien avec le ch. 820 des conditions particulières, il était exigé des soumissionnaires d'indiquer également la quantité des enrobés pour la remise en état des lieux. En outre, elle rappelle qu'une quantité importante de sable devait être fournie pour enrober la conduite. Or, force est de constater que la recourante n'a pas répondu à ces questions dans l'annexe R16, ce qui pose la question de sa compréhension de ce qui était attendu à ce critère. Ainsi qu'on l'a vu plus haut, son offre, incomplète, aurait pu être exclue de la procédure, vu l'art. 32, 2^{ème} tiret, let. a RLMP-VD. Les évaluateurs ont néanmoins estimé qu'en dépit du vice dont elle est entachée, cette offre était recevable. Toutefois, au vu de la réponse lacunaire et incomplète fournie par la recourante au critère n°5, lui attribuer la note de 2, qui sanctionne une offre dont le contenu ne répond que partiellement aux attentes du maître de l'ouvrage, ne relève certainement pas d'un abus de l'autorité intimée de son pouvoir d'appréciation. 1. Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Au vu du sort du recours, les frais de justice, y compris l'indemnité d'interprète, seront mis à la charge de la recourante (cf. art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD). Pour les mêmes raisons, des dépens seront alloués à l'autorité intimée, qui obtient gain de cause avec l'assistance d'un avocat; ces dépens seront mis à la charge de la recourante (cf. art. 55 al. 1, 91 et 99 LPA-VD).

E. 3

p. 363; 125 II 86 consid. 6 p. 98/99; arrêt MPU.2017.0044 du 3 mai 2018 consid. 3b). De même, il vérifie librement si les conditions prévues par la loi pour le prononcé d'une exclusion sont remplies; il respecte toutefois le pouvoir d'appréciation laissé au pouvoir adjudicateur par les dispositions régissant l'exclusion (arrêt MPU.2020.0002 du 31 juillet 2020 consid. 2). b) En revanche, lorsque le droit matériel laisse une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, ce qui est en particulier le cas dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres (cf. ATF 141 II 353 consid. 3 p. 362), le juge doit veiller à ne pas s'immiscer de façon indue dans la liberté de décision de l'autorité chargée de l'adjudication. Il ne lui appartient donc pas de substituer sa propre appréciation à celle de l'adjudicateur dans l'attribution d'un marché public (cf. ATF 143 II 120 consid. 7.2 p. 134 et les arrêts cités; v. ég. TF 2D_35/2017 du 5 avril 2018 consid. 5.1), à défaut de quoi l'autorité judiciaire juge en opportunité, ce qui est interdit, tant par l'art. 16 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (AIMP; BLV 726.91) que par

l'art. 98 LPA-VD (cf. ATF 141 II 14 consid. 2.3 in fine p. 25; 140 I 285 consid. 4.1 p. 293). L'autorité judiciaire ne peut ainsi intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur, ce qui en pratique peut s'assimiler à un contrôle restreint à l'arbitraire (ATF 141 II 353 consid. 3 p. 363 et les références citées). La notation est arbitraire lorsqu'elle repose sur des considérations dénuées de toute pertinence ou d'une autre manière manifestement insoutenables (ATF 141 III 564 consid. 4.1 p. 566; 125 II 86 consid. 6 p. 98s. avec renvoi à ATF 121 I 225 consid. 4b p. 230). c) On rappelle par ailleurs qu'en droit des marchés publics, c'est l'état de fait tel qu'il se présente au moment de la décision d'adjudication qui est déterminant et non celui qui prévaut lors du jugement sur un éventuel recours (ATF 143 I 177 consid. 2.5 p. 184 s.).

E. 3.3

p. 250/251; 141 II 353 consid. 8.2.1 et les références). L'exclusion de la procédure doit se faire dans le respect du principe de la proportionnalité; elle ne peut se fonder sur des éléments mineurs, ou du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication (TF 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.2; voir ég. arrêts MPU.2015.0037 du 25 janvier 2016 consid. 6a; MPU.2015.0038 du 5 septembre 2015 consid. 2a). Il est excessivement formaliste d'exclure une offre de la procédure, en raison de la violation d'une règle formelle, sans inviter le soumissionnaire à corriger un défaut véniel (arrêts précités MPU.2015.0037 consid. 6a et MPU.2015.0038 consid. 2a). Il est admis à cet égard que l'on ne se trouve pas en présence d'une violation de règles essentielles de la procédure lorsqu'une évaluation sérieuse de l'offre paraît possible malgré le vice dont celle-ci est entachée (Poltier, op. cit., n°312, réf. citée). Dès lors, lorsque le vice dont l'offre est entachée a été guéri par l'adjudicateur, il appartient à celui-ci de procéder à son évaluation (arrêt MPU.2015.0016 précité consid. 4b). b) Selon les explications de l'autorité intimée, l'offre de la recourante, dont une partie est rédigée en langue allemande, ne respectait pas les art. 3.3 et 3.8 DAO. Elle rappelle que les dispositions cantonales d'exécution règlent notamment la forme des publications obligatoires en matière de marchés publics (art. 8 al. 2 let. a LMP-VD). Or, ces dispositions précisent que les appels d'offres ou en vue d'une préqualification, les documents de soumission, cahiers des charges, spécifications techniques, ainsi que les offres sont rédigés en français (art. 14 RLMP-VD). Citant le projet de nouveau RLMP (art. 16 al. 3), elle fait valoir à cet égard que la recourante n'a pas sollicité de pouvoir rédiger son offre ou certains documents annexés à celle-ci, dans une autre langue que le français. Pour l'autorité intimée, l'offre de la recourante aurait dû, pour ce motif, être déclarée irrecevable. En outre, selon ses explications, la recourante n'aurait pas proposé, dans son offre, un service de traduction, ce qui démontrerait son inaptitude à réaliser le marché. La recourante rappelle, pour sa part, que, par courriel du 14 avril 2021, elle a interpellé le mandataire de l'autorité intimée au sujet de la langue de la procédure et lui a en particulier demandé si l'offre pouvait être déposée en allemand ou en anglais. Par réponse du même jour, il lui a été confirmé, en allemand, que l'offre pouvait être traitée dans cette langue; à aucun moment, il ne lui a été indiqué que ce critère constituerait un motif d'exclusion. Pour la recourante, se prévaloir, dans de telles conditions, de l'irrecevabilité d'une offre rédigée en allemand serait empreint de mauvaise foi et traduirait une attitude contradictoire qui ne saurait être protégée. aa) Découlant directement de l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le droit à la protection de la bonne foi préserve la confiance légitime que le citoyen met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 144 II 49 consid. 2.2 p. 52; arrêt TF 2C_667/2018 du 7

mai 2019 consid. 7.1). Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore que l'administré se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée et que l'intérêt à une correcte application du droit ne se révèle pas prépondérant sur la protection de la confiance (ATF 141 V 530 consid. 6.2 p. 538; 137 II 182 consid. 3.6.2 p. 193; 137 I 69 consid. 2.5.1 p. 72-73; 131 II 627 consid. 6.1; 129 II 361 consid. 7.1 p. 381 et les références; arrêts TF 2C_398/2020 du 5 février 2021 consid. 6.1; 1C_587/2017 du 19 mars 2018 consid. 3.1; 1C_179/2016 du 10 mai 2017 consid. 7.1; CDAP AC.2017.0417 du 23 juillet 2018 consid. 4a). bb) Comme on l'a vu plus haut, il ressort du ch. 3.8 DAO que la langue officielle acceptée pendant la durée de la procédure était le français et du ch. 3.3 DAO que seules les offres présentées dans la langue imposée seraient prises en considération. En l'espèce, l'offre de la recourante s'est écartée de ces prescriptions. Le programme des travaux, prévus sur 48 jours, est rédigé en allemand et en anglais; le rapport technique, la description des références, le curriculum vitae des personnes-clés, de même que les spécificités des produits proposés pour l'exécution du marché sont rédigés en allemand. Cette offre était par conséquent exposée au risque d'être exclue de la procédure; contrairement à ce que soutient la recourante, le contenu des documents d'appel d'offres est dénué de toute ambiguïté sur ce point. Ceci étant, la recourante a produit le courrier électronique qu'elle a adressé au mandataire de l'autorité intimée le 14 avril 2021 avant de déposer son offre. Dans ce courriel, elle a fait part à ce dernier de son intérêt à soumissionner et lui a expressément demandé si elle pouvait fournir les éléments techniques de son offre en allemand ou en anglais. Aux termes de la réponse du mandataire (en allemand), du même jour: " Nous vous confirmons volontiers avoir reçu votre demande concernant la soumission mentionnée ci-dessus. A cet égard, nous tenons à souligner une fois encore que la langue des offres est le français. Si vous n'avez pas la possibilité de traduire le rapport (ndlr: technique) , nous l'évaluerons dans la version allemande. " Comme le soutient la recourante l'autorité adjudicatrice a dès lors démontré, par sa réponse, qu'elle était encline et apte à traiter l'offre de la recourante, quand bien même celle-ci s'est écartée des règles de procédure, puisque ses éléments techniques étaient rédigés dans une autre langue que le français. Du reste, il ressort des procès-verbaux que non seulement l'offre de la recourante n'a pas été exclue de la procédure, mais a bien été évaluée au regard des cinq critères d'adjudication retenus par l'autorité intimée. Dans ces conditions, force est de retenir que d'exclure à présent cette offre, pour le seul motif qu'elle ne respecte pas la langue de la procédure constituerait un comportement contradictoire et interviendrait de façon contraire au principe de la bonne foi, tel que rappelé plus haut. c) L'autorité intimée indique en outre que l'offre de la recourante était irrecevable, dans la mesure où cette dernière n'a pas rempli les documents relatifs au critère n° 5 concernant la répercussion des travaux sur l'environnement. Comme on le verra plus loin, l'offre de la recourante est, à cet égard, incomplète, puisque cette dernière n'a pas répondu aux questions qui étaient posées aux soumissionnaires à l'annexe R16 que ceux-ci devaient remplir. Cependant, l'argumentation de l'autorité intimée ne peut être suivie, puisqu'elle reconnaît elle-même

avoir tenu compte de l'information incomplète de la recourante dans l'évaluation de son offre au critère en question. En effet, la note de 2, qui sanctionne une offre considérée comme partiellement suffisante, a été attribuée à l'offre de la recourante. On y reviendra plus loin. Il n'y a donc pas lieu de suivre l'autorité intimée dans ses explications; ceci d'autant moins qu'il ressort du procès-verbal d'évaluation, dans lequel les critères d'aptitude et d'adjudication ont été listés, que les évaluateurs eux-mêmes ont estimé que l'offre de la recourante était recevable.

E. 4

Selon l'autorité intimée, l'offre de la recourante était irrecevable et aurait dû être exclue de la procédure, dès l'instant où cette dernière s'est affranchie des règles prescrites dans le cahier des charges. En audience, elle a évoqué la possibilité que la Cour puisse prononcer l'exclusion de cette offre. a) aa) L'art. 32, 1^{er} tiret, let. a du règlement d'application de la LMP-VD, du 7 juillet 2004 (RLMP-VD; BLV 726.01.1) prescrit qu'une offre peut être exclue notamment lorsque le soumissionnaire ne satisfait pas ou plus aux critères d'aptitude exigés. On rappelle à cet égard que l'adjudicateur définit des critères d'aptitude objectifs et les preuves à apporter pour l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires (art. 24 al. 1 RLMP-VD). Les critères d'aptitude concernent en particulier les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques, organisationnelles et de gestion environnementale (al. 2). bb) En outre, aux termes de l'art. 32, 2^{ème} tiret, let. a RLMP-VD, une offre peut être exclue lorsqu'elle n'est pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, incomplètement remplie ou ayant subi des adjonctions ou modifications. Les indications que fournit le soumissionnaire dans son offre doivent être correctes, complètes et conformes aux exigences de l'adjudicateur, telles qu'elles ressortent de l'appel d'offres et des documents annexés, de manière à ce que la décision d'adjudication puisse être prise en connaissance de cause et dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement (arrêts CDAP MPU.2020.0003 du 24 juillet 2020 consid. 3c; MPU.2019.0012 précité consid. 3a et les références). cc) L'exclusion peut intervenir d'emblée, après la constatation du défaut rédhibitoire entachant l'offre, ou après l'évaluation, pour autant que l'application des critères d'adjudication reste " traçable " , conformément au principe de la transparence (arrêts MPU.2019.0012, déjà cité, consid. 3a; MPU.2015.0057 du 20 janvier 2016 consid. 3c; MPU.2015.0026 du 30 juin 2015 consid. 4b). L'exclusion peut même être prononcée par substitution de motifs, jusque et y compris dans le cours de la procédure de recours dirigé contre la décision d'adjudication (arrêts précités MPU.2015.0057 consid. 3b; MPU.2015.0026 consid. 4b; MPU.2015.0016 du 26 mai 2015 consid. 4b et les arrêts cités, not. GE.2005.0046 du 12 juillet 2005 consid. 2, dans lequel le Tribunal a laissé ce point indéci: la présentation d'une offre indiquant un prix variable n'était pas admissible et aurait dû entraîner son exclusion; le recours devait de toute façon être admis pour un autre motif). dd) S'il est conforme au but et à la nature de la procédure de marchés publics que la violation de certaines exigences de forme par un soumissionnaire puisse entraîner son exclusion du marché, une telle conséquence ne se justifie pas en présence de n'importe quel vice. Il faut en particulier y renoncer lorsque celui-ci apparaît de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif recherché par la prescription formelle violée (ATF 145 II 249 consid.

E. 4.27

20 85.40

E. 5

La recourante s'en prend à la décision attaquée et invoque tout d'abord une violation du principe de transparence. Elle se plaint de ce que les critères d'adjudication aient été rédigés de manière vague par le pouvoir adjudicateur, sans qu'aucun sous-critère spécifique ne soit précisé dans le cahier des charges. L'autorité intimée relève, pour sa part, que si la recourante avait des remarques à formuler au sujet du dossier d'appel d'offres, elle devait les faire valoir dans un recours dirigé contre ce dernier, ce qu'elle n'a pas fait. a) Selon l'art. 10 al. 1 let. a LMP-VD, l'appel d'offres constitue une décision sujette à recours dans le délai de dix jours à compter de sa publication (cf. aussi art. 15 al. 1bis let. a A-IMP). En outre, les principes et les critères énoncés dans l'appel d'offres font généralement partie intégrante de celui-ci, si bien qu'ils doivent, en vertu du principe de la bonne foi, être contestés à ce stade de la procédure déjà, sous peine de forclusion (cf. ATF 125 I 203 consid. 3a p. 205s.; TF 2C_107/2007 du 22 janvier 2008 consid. 2.1; arrêts MPU.2016.0006 du 13 juillet 2016 consid. 3c; MPU.2015 du 20 janvier 2016 consid. 4b et MPU.2015.0007 du 21 mai 2015 consid. 3a). En revanche, des documents sont encore attaquables avec la décision d'adjudication lorsqu'ils ont été remis aux soumissionnaires après le délai fixé dans l'avis officiel pour recourir contre l'appel d'offres public (ATF 130 I 241 consid. 4.2 p. 246; 129 I 313 consid. 6.2 p. 322). Il convient cependant de ne pas se montrer trop strict dans l'application de ce principe et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes. Ainsi, cette conséquence ne peut 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. Même s'il n'a pas l'obligation de saisir immédiatement le juge, le soumissionnaire qui constate une irrégularité dans le déroulement de la procédure d'appel d'offres n'en demeure pas moins tenu, en principe, de la signaler sans attendre à l'adjudicateur, au risque d'adopter un comportement contraire aux principes de la bonne foi et de la sécurité du droit (cf. Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in : ZBl 104/2003 p. 1 ss, 10). On ne saurait de ce fait exiger que les soumissionnaires procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, ce d'autant que leurs connaissances en ce domaine sont généralement limitées et le délai pour déposer les offres relativement court (ATF 130 I 241 consid. 4.3 p. 247; MPU.2016.0024 précité consid. 2b). Or, si le soumissionnaire qui omet de contester l'appel d'offres – alors qu'il aurait pu et dû le faire – sur un point ne peut faire valoir le même moyen à l'appui d'un recours contre l'adjudication, il doit en aller de même de celui qui le conteste, mais par un acte déclaré irrecevable (arrêt MPU.2017.0006 du 5 décembre 2017 consid. 3b, confirmé par arrêt TF 2C_58/2018 du 29 juin 2018). b) Selon les explications de la recourante, il appartenait au pouvoir adjudicateur, en vertu du principe de transparence, d'étayer de manière complète les composantes des différents critères pour permettre aux soumissionnaires de déposer un dossier démontrant la satisfaction des éléments attendus. Elle relève à cet égard que les dispositions contenues dans le cahier des charges sont d'ordre général et imprécises, dans la mesure où elles ne permettent pas de saisir les exigences précises de l'adjudicatrice. On rappelle que le principe de la transparence – ancré aux art. 2 let. b LMP-VD et 13 let. 1 RLMP-VD – 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 (ATF 130 I 241

consid. 5.1 p. 248). En l'occurrence, les critères d'adjudication ont été publiés; ils ont été repris dans le DAO, qui avait été remis à la recourante et dont elle disposait pour rédiger son offre. Ces critères ont été complétés par la liste des annexes que les soumissionnaires devaient remplir et joindre à leur offre et par les conditions particulières, définies par le mandataire de l'autorité intimée. La recourante, qui s'en prend à la configuration de l'appel d'offres, avait à ce moment-là, lorsqu'elle a pris connaissance de ces différents documents, la faculté de faire valoir ses moyens. Or, elle a déposé son offre le 20 avril 2021 sans émettre la moindre réserve; à aucun moment, elle n'a recouru contre l'appel d'offres. Dans ces conditions, au stade de l'adjudication, elle est forclosée à faire valoir ce moyen à l'encontre de la décision attaquée.

E. 5.00

10 50.00

E. 6

Ce point n'a pas été soulevé par la recourante, mais le procès-verbal d'évaluation des offres fait apparaître que certains critères, notamment les critères nos 2 et 3, dont la notation est critiquée par la recourante, étaient eux-mêmes divisés en sous-critères. a) Le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle la présentation des critères annoncés après le dépôt des offres (cf. ATF 130 I 241 consid. 5.1 p. 248; 125 II 86 consid. 7c p. 101 et les références citées). Il exige du pouvoir adjudicateur, lorsqu'en sus des critères il établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, qu'il communique ceux-ci par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective. Ce principe n'exige cependant 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 (cf. ATF 143 II 553 consid. 7.7 p. 566). 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 (cf. ATF 130 I 241 consid. 5.1 p. 248; 125 II 86 consid. 7c p. 101 et les références citées). b) En l'occurrence, s'agissant tout d'abord du critère n°2, il était attendu de chaque soumissionnaire qu'il fournisse si possible trois références en rapport avec le type de marché à exécuter, en termes de complexité et d'importance, démontrant l'aptitude, les compétences et l'expérience nécessaires pour le marché à exécuter, achevées depuis moins de 10 ans ou en cours d'exécution mais proche d'être achevées et reflétant le même type d'organisation exigée pour le marché à exécuter (cf. annexe Q8). Chacune des références avait le même poids. Le procès-verbal montre que les évaluateurs ont noté chaque référence pour elle-même au regard des exigences attendues par le maître de l'ouvrage. La note finale résulte de la moyenne des trois notes attribuée à chaque référence. Cela n'était pas expressément indiqué dans le DAO; néanmoins, on retiendra que cette matrice de calcul était inhérente au critère principal et ressortait implicitement de l'annexe Q8. Le critère n°3 est subdivisé en deux sous-critères; les soumissionnaires devaient remettre un planning intentionnel des travaux et une analyse succincte de ceux-ci. On peut admettre que cette subdivision est inhérente au critère principal. Il appert en outre que la pondération du premier sous-critère (planning) était d'un tiers, celle du second (analyse) étant de deux tiers.

La note finale du critère résultait de la moyenne des deux notes. En revanche, les soumissionnaires ignoraient la façon dont le sous-critère 3.2 (planning et durée des travaux) serait noté. Or, la notation du planning a été arrêtée arithmétiquement, en tenant compte des écarts entre la moyenne des candidats et l'écart en pour-cent au-dessus de cette moyenne permettant au candidat d'obtenir encore la note maximale, d'une part, et l'écart en pour-cent en dessous de la moyenne des candidats permettant au candidat d'obtenir encore la note maximale, d'autre part. Cette méthode s'écarte sans doute de celle préconisée par l'annexe T4 du Guide romand pour les marchés publics; elle n'a pas été annoncée aux soumissionnaires. Toutefois, il est ressorti de l'instruction que cette méthode avait bien été arrêtée avant l'ouverture des offres, de sorte que tout risque ultérieur de manipulation éventuelle du résultat final peut être écarté.

E. 7

La recourante s'en prend à l'évaluation de son offre aux critères d'adjudication nos 2 (références), 3 (analyse & planning) et 5 (répercussion sur l'environnement). Il ressort de ses explications que l'autorité intimée aurait abusé de son pouvoir d'appréciation en confirmant les notes que le groupe des évaluateurs a attribuées à son offre pour ces trois critères. a) A titre préliminaire, on constate que l'évaluation est entachée d'une erreur, qui demeure cependant sans conséquence sur le résultat final. Les évaluateurs n'ont pas tenu compte de la pondération des critères nos 3, 4 et 5, telle qu'elle était annoncée dans le DAO, au ch. 4.7, à savoir 20, 10, respectivement 15%, puisqu'ils ont, dans le tableau multicritères, appliqué pour ces trois critères une pondération de 10, 15 respectivement 20%. Une évaluation conforme au ch. 4.7 DAO aurait donné le résultat suivant:

Critère 1	Critère 2	Critère 3	Critère 4	Critère 5	Prix	Références (annexe Q8)	Analyse & Planning	Capacité personnel + personne-clé (annexe Q4+)	Répercussion sur l'environnement (R16)	Nom du soumis-sionnaire	Montant de l'offre après vérification (TTC)	Note attribuée	Pondération du critère	Nombre de points	Note attribuée	Pondération du critère	Nombre de points	Note attribuée	Pondération du critère	Nombre de points	Total des points	Classement
B.	_____	1'399'140,55	3.53	40	141.25	4.83	15	72.50														

E. 10

50.00 4.42

E. 15

57.50 2.73

E. 20

54.60