

A1 13 2

ARRÊT DU 21 JUIN 2013

**Tribunal cantonal du Valais
Cour de droit public**

Composition : Jean-Pierre Zufferey, président ; Jean-Bernard Fournier et Thomas Brunner, juges ; Frédéric Fellay, greffier

en la cause

X_____ et Y_____, recourantes, représentées par Maître A_____

contre

ADMINISTRATION COMMUNALE DE B_____, autorité attaquée, et
Z_____, représentée par Maître C_____

(adjudication ; fourniture, montage et mise en service d'équipements hydro- et électromécaniques de la mini centrale de D_____)

recours de droit administratif contre la décision du 17 décembre 2012

Faits

A. Afin de valoriser le potentiel hydroélectrique de son réseau d'eau potable, la commune de B_____ décida d'aménager une nouvelle mini centrale en amont de celle construite au niveau du réservoir du E_____. Le 18 juillet 2012, dans le contexte de ce projet dénommé « D_____ », cette collectivité publique procéda à un appel d'offres en procédure sur invitation pour la fourniture, le montage et la mise en service des équipements hydro- et électromécaniques. Ceux-ci se composaient principalement d'une vanne de garde, d'une turbine Pelton à deux injecteurs, d'un alternateur synchrone, d'un by-pass dissipateur d'énergie et d'un contrôle-commande avec alimentation de secours. Le chiffre 2.8 du cahier « Informations générales, Conditions générales, Conditions particulières » de l'appel d'offres (ci-après : cahier I) annonçait trois critères d'adjudication et leur pondération : (1) « expérience, références et support technique pour des travaux similaires », pour 20 % ; (2) « adéquation de l'offre et des qualifications des soumissionnaires aux exigences techniques » et (3) « avantage économique de l'offre par sa qualité et son coût », chacun pour 40 %.

B. Quatre offres furent ouvertes le 17 septembre 2012, une des cinq entreprises présentes n'ayant pas répondu à l'invitation. Celle du groupement X_____/Y_____ (ci-après : X_____/Y_____) était la moins-disante, à 466 900 fr. L'offre demandée à Z_____ (ci-après : Z_____) avait été notée en troisième position, avec un prix de 520 908 fr.

La commune de B_____ confia à F_____ le soin d'analyser les offres. Le 16 octobre 2012, après une première évaluation où Z_____ arrivait deuxième et X_____/Y_____ troisième (cf. tableau détaillé d'évaluation du 5 octobre 2012, annexe 7 à la détermination communale du 25 février 2013), l'adjudicateur adressa à chacun des soumissionnaires une « liste de questions et compléments », à laquelle tous donnèrent suite.

Dans son rapport d'évaluation finale de novembre 2012, F_____ préconisa d'adjuger le marché à Z_____ qui, avec une note de 3.63 sur 4, arrivait en tête de son évaluation, devant X_____/Y_____ (3.57).

Dans le détail, ce groupement obtenait une note de 3.26 pour le 1^{er} critère, doté de 21 points répartis inégalement entre les quatre sous-critères utilisés – expérience (4 pts), références (4 pts), qualifications du soumissionnaire et des sous-traitants (11 pts) et support technique (2 pts), sous-critères eux-mêmes analysés par rubriques. Pondérée à 20 %, cette note donnait un score de 0.65, meilleur que les 0.6 obtenus par Z_____ (3.02 · 20 %).

Poids critère		X _____ / Y _____		Z _____	
		pt	pt pond.	pt	pt pond.
	Expérience				
4	Nombre d'années dans le domaine	4	16	3	12
	Références				
3	Nombre total de turbines à axe vertical dans la période 1996-2012	4	12	2	6
1	Nombre total de turbines à axe vertical H > 200 m	4	4	1	1
	Qualification du soumissionnaire et de ses sous-traitants				
3	Solidité de l'entreprise	2	6	4	12
2	Expérience des sous-traitants	3	6	3	6
4	Qualité du matériel (fournisseurs)	3	12	3	12
2	Crédibilité de l'offre	3	6	3.7	7.4
	Support technique				
1	Proximité	3	3	3	3
1	Service après vente	3.5	3.5	4	4
21	Note moyenne critère 1		3.26		3.02
	Nombre de points pondérés 1 (20 %)		0.65		0.60

Le 2^{ème} critère se déclinait en 13 rubriques d'un poids inégal. X _____ / Y _____ avaient obtenu la note de 1.32 (3.29 · 40 %), inférieure de 12 centièmes à celle attribuée à Z _____ (1.44 ; soit 3.59 · 40 %).

Poids critère		X _____ / Y _____		Z _____	
		pt	pt pond.	pt	pt pond.
4	Provenance des garanties de performance	4	16	4	16
6	Niveau des garanties de performance des turbines	3	18	3	18
6	Niveau des garanties de performance des alternateurs	3	18	3	18
2	Qualité générale de la construction des turbines	3.5	7	4	8
3	Qualité de la conception hydraulique	4	12	4	12
3	Qualité générale de la construction des alternateurs	3	9	3	9
3	Qualité générale de la « construction » du contrôle commande	3.5	10.5	4	12
1	Qualité générale de la construction des vannes	4	4	4	4
1	Qualité générale de la construction des by-pass	4	4	4	4
3	Respect des garanties générales du cahier des charges	2.5	7.5	4	12
4	Déviations demandées par l'entreprise	3	12	4	16
1	Assurance qualité	3.5	3.5	3.5	3.5
1	Méthodologie	3.5	3.5	4	4
38	Note moyenne critère 2		3.29		3.59
	Nombre de points pondérés 2 (40 %)		1.32		1.44

Le 3^{ème} critère avait été noté selon la formule suivante : $[1 - ((\text{« Prix de l'offre »} - \text{« Prix de l'offre la moins chère »}) / \text{« Prix de l'offre la moins chère »})] \cdot 4$. X _____ / Y _____ avaient été crédités de la note maximale (1.60 ; soit 4 · 40 %) car, bien que corrigée à 469 674 fr. 20 HT, leur offre restait la plus avantageuse. Elle devançait celle de Z _____, revue à la baisse à 472 433 fr. 65 HT pour une note de 1.59 (3.98 · 40 %).

En synthèse, les notes se ventilaient comme suit :

Critères	Pondération	X_____/Y_____	Z_____
1	20 %	3.26	3.02
2	40 %	3.29	3.59
3	40 %	4	3.98
Total pondéré	100 %	3.57	3.63

C. Le 17 décembre 2012, la commune de B_____ informa les soumissionnaires de sa décision d'adjuger le marché à Z_____.

D. Le 28 décembre suivant, X_____/Y_____ recoururent céans en concluant à l'annulation de ce prononcé et au renvoi de l'affaire à la commune de B_____ pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Le groupement évincé dénonçait une application arbitraire de certaines dispositions de l'ordonnance cantonale sur les marchés publics du 11 juin 2003 (Omp ; RS/VS 726.100) et une violation des principes d'égalité entre concurrents, d'impartialité et de transparence garantis par l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001 (AIMP ; RS/VS 726.1). En substance, il s'étonnait que son offre fût finalement arrêtée à 469 674 fr. 20 alors que le prix articulé suite aux clarifications demandées le 12 octobre 2012 était de 449 074 fr. 20. Les recourants ne comprenaient pas non plus le prix de 472 433 fr. 35 auquel Z_____ avait décroché le marché, son offre ayant été notée à 520 908 fr. à l'ouverture. La commune de B_____ se voyait également reprocher d'avoir intégré, par le biais de questions posées en cours de procédure (n^{os} 5 et 7), des plus-values non envisagées par le cahier des charges. Sa question n° 6 avait en outre imposé un taux de molybdène supérieur à 2 % pour l'acier en contact avec l'eau potable, valeur qui n'avait jamais été exigée jusque-là. Le consortium évincé contestait enfin la note supérieure obtenue par l'adjudicataire au titre du 2^{ème} critère, dont le dossier comportait de moins bonnes références que le leur. Ils en voulaient pour preuve le marché identique qu'ils avaient récemment emporté à G_____, pour un prix pourtant plus élevé que celui proposé par l'intimé.

Le 24 janvier 2013, la commune de B_____ conclut au rejet du recours en déposant son dossier. Elle expliqua que la série de prix offerts par les recourants comportait l'ajout non autorisé d'un deuxième montant forfaitaire TTC au-dessous de celui inscrit dans la ligne réservée à cet effet. En outre, l'offre comportait un rabais consenti à tort sur un montant de TVA, d'où certaines difficultés à savoir quel montant inscrire au procès-verbal d'ouverture. Se référant au cahier des soumissions, l'adjudicateur assura ensuite que les exigences soi-disant nouvelles déduites des questions complémentaires n^{os} 5 et 7 ne l'étaient pas. Quant au taux de 2 % de molybdène, il avait été demandé à tous les soumissionnaires pour satisfaire à une charge grevant l'approbation cantonale donnée le 10 mai 2012 aux plans d'exécution. Insistant sur les clarifications qu'elle avait demandées le 16 octobre 2012, la commune de B_____ souligna que les réponses de X_____/Y_____ n'étaient, contrairement à leurs affirmations, pas entièrement satisfaisantes : les recourants

n'avaient pas précisé la nature de leur groupement ni indiqué quelles étaient leurs parts respectives dans le marché litigieux ; leur solution n'était pas conforme à celle demandée pour les vérins de commande des injecteurs ; une réserve rédhibitoire quant à l'épreuve hydraulique de la turbine avait été maintenue. La partie « faits » de la réponse communale s'arrêtait encore sur les désaccords récents que les recourants disaient avoir rencontrés avec F_____, griefs implicites de partialité auxquels cette collectivité publique opposait le but non lucratif poursuivi par cette institution et sa participation précoce dans le projet. La commune de B_____ signala aussi que le consortium évincé s'était indûment écarté du descriptif des fournitures et prestations de l'appel d'offres. Reprenant pour l'essentiel ces différents éléments dans la discussion de fond de sa réponse, elle fit encore valoir que l'offre lacunaire des recourants (absence de garanties de rendement de la turbine, émission d'une réserve sur un essai essentiel, manque d'acceptation pleine et entière des limites de fournitures en raison d'ajouts descriptifs dans la série de prix, incertitude quant au respect des délais garantis de réalisation) aurait, en soi, justifié une non-recevabilité technique. Souhaitant néanmoins maintenir en course cette offre en soi digne d'intérêt, la commune de B_____ s'était résolue à clarifier certains aspects. Cette demande de compléments, également entreprise auprès des trois autres soumissionnaires, avait permis une plus juste comparaison. Au demeurant, la démarche s'était révélée favorable aux recourants, qui avaient amélioré leur score et passé du troisième au deuxième rang. La note obtenue sous l'angle technique demeurait néanmoins la plus faible des quatre vu les nombreux écarts subsistant par rapport aux spécifications demandées.

Z_____ conclut également au rejet du recours, le 28 janvier 2013.

E. Le 12 février 2013, les recourants réclamèrent de la commune de B_____ diverses pièces qu'ils n'avaient pas trouvées au dossier consulté une première fois le 11 février 2013. Celles-ci furent déposées le 22 février 2013 par l'adjudicateur, qui dévoila aussi la formule utilisée pour noter le prix.

Le 7 mars 2013, après une nouvelle consultation du dossier, X_____/Y_____ étoffèrent leur argumentation tout en maintenant leurs conclusions. En résumé, ils reprochaient à la commune de B_____ d'avoir pondéré les sous-critères à l'insu des soumissionnaires, donc en violation du principe de transparence. L'adjudicateur se voyait en outre reprocher de ne pas avoir exclu l'offre de Z_____ qui, initialement, proposait un alternateur muni d'un système de refroidissement à eau alors que le cahier des charges le demandait à air. Raisonnant en cascade, les recourants relevaient que, dans un deuxième temps, à la suite des compléments demandés par l'adjudicateur, l'intimé avait proposé un alternateur différent, conférant à l'offre un caractère nouveau la rendant irrecevable. A les suivre, la commune de B_____ aurait donc dû, à tout le moins, en faire abstraction pour n'analyser que la première. Ce faisant, elle aurait alors été contrainte de noter moins bien l'adjudicataire (1.48 en lieu et place de 1.59 pour le critère n° 3 et 1.24 contre 1.44 pour le critère n° 2), qui aurait alors obtenu une note finale de 3.32, de 0.25 inférieure à la leur. Sous chiffre III de leur détermination, les recourants s'en prirent à l'évaluation qu'avait portée l'adjudicateur sur différents sous-critères qu'il s'imposait, en bref, de revoir à la hausse pour eux

(« solidité de l'entreprise », + 2 pts ; « qualité générale de la construction des alternateurs », + 1 pt ; « respect des garanties générales du cahier des charges », + ½ pt) et à la baisse pour Z_____ (« nombre d'années dans le domaine », - 1pt ; « respect des garanties générales du cahier des charges », - 1 pt ; « déviation demandée par l'entreprise », - 1 pt). Avec ces réévaluations et malgré la prise en compte de l'alternateur proposé en cours de procédure par l'adjudicataire, les recourants arrivaient, avec un résultat de 3.67, devant Z_____, à créditer d'une note de 3.5.

Le 26 mars 2013, la commune de B_____ contesta l'ensemble des griefs des recourants et dénia à leurs correctifs tout fondement objectif. Le tableau d'évaluation avait déjà intégré les éléments qu'ils invoquaient en leur faveur et ceux négatifs pour l'intimé. En substance, l'adjudicateur expliqua aussi que le système de refroidissement à eau proposé par Z_____ constituait une alternative intéressante au système demandé par le cahier des charges. Celui-ci comportait en effet un risque de surchauffe, qu'il avait certes jugé acceptable, mais que l'adjudicataire pouvait légitimement avoir voulu écarter. Du reste, un autre soumissionnaire s'était lui aussi inquiété de ce danger. De ce point de vue, l'exclusion voulue par les recourants, pour des vices somme toute mineurs, se heurtait à l'interdiction du formalisme excessif. Au contraire, les écarts et les lacunes que présentait leur offre – entachée de modifications empêchant une comparaison valable, non-conforme aux caractéristiques techniques requises et dont certains postes n'avaient pas été chiffrés – auraient, pour leur part, justifié une telle issue. La commune de B_____ dénia finalement à l'entreprise de génie civil qu'était X_____ la qualité pour recourir, le marché litigieux étant sans rapport avec son domaine d'activité. Par ailleurs, aucune des quatre personnes capables d'engager cette société n'avait signé le cahier des soumissions. Au terme de sa détermination, l'adjudicateur prit des conclusions en six points (let. a à f) se résumant au maintien de sa décision d'adjudication ainsi qu'à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

Le 26 mars 2013, agissant par le biais d'un avocat, Z_____ conclut au rejet du recours, sous suite de frais et dépens. Avec la société H_____, qui procéda à ses côtés, elle insista sur la question de l'alternateur, en rappelant que l'appel d'offres permettait aux soumissionnaires d'offrir des variantes à la condition qu'une offre soit formulée pour la solution de base. C'était ce qu'elle avait fait, sauf à dire que l'offre intitulée « BASE » se rapprochait plus d'une variante alors que celle qu'elle avait nommée « OPTION ALTERNATEUR IP23 » se soumettait, pour sa part, entièrement aux exigences du cahier des charges. Sous cet angle, il apparaissait que l'adjudicateur aurait dû retenir le montant de cette variante énoncément présentée comme telle lors de l'ouverture des offres. Pour le reste, Z_____ souligna que l'offre « OPTION ALTERNATEUR IP23 » finalement prise en compte n'avait été modifiée ni sur un plan technique, ni sur un plan financier. La réduction de prix de 29 663 fr. qu'elle impliquait par rapport à l'offre « BASE » se retrouvait en effet déjà dans l'offre initiale (520 908 fr. [offre « BASE »] - 491 245 fr. [offre « OPTION ALTERNATEUR IP 23 »]). L'intimé fit encore remarquer que, bien qu'étant une pièce importante de l'ensemble, l'alternateur ne représentait que 8 % (40 000 fr.) du montant total offert. Cela étant, ses réponses aux questions complémentaires de l'adjudicateur ne pouvaient avoir conféré à son

offre un caractère nouveau (inadmissible). L'adjudicataire s'attacha enfin à défendre les notes attribuées par la commune de B_____.

Les recourants réagirent le 22 avril 2013 aux écritures de la commune de B_____ et de Z_____.

Leurs observations furent transmises à la commune de B_____, qui déclara renoncer à se déterminer, le 26 avril 2013, et à l'adjudicataire, qui le fit brièvement le 4 mai 2013.

L'instruction s'est close le 6 mai 2013 par la communication aux recourants de ces écritures finales.

Considérant en droit

1.1 Arrivés au deuxième rang de l'évaluation, avec une note inférieure de six centièmes à celle obtenue par Z_____ (3.57 contre 3.63), les recourants peuvent sérieusement entrevoir l'obtention du marché. Cette perspective légitime leur recours (art. 80 al. 1 let. a et 44 al. 1 let. a de la loi du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives – LPJA ; RS/VS 172.6, en relation avec les art. 15 et 16 de la loi du 8 mai 2003 concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics – Lmp ; RS/VS 726.1 ; voir p. ex. ACDP A1 13 30 du 17 avril 2013 consid. 1.3).

1.2.1 Arguant du fait que le marché ne concernait pas le domaine d'activités de X_____, active dans le génie civil, la commune de B_____ prétend que cette société n'aurait pas d'intérêt à agir. Elle invoque un arrêt genevois (ATA 302/2011 du 17 mai 2011) qui, cependant, contredit précisément sa thèse. Ce précédent rappelle en effet la règle prescrivant aux membres d'un consortium d'agir de concert à peine d'irrecevabilité. Il s'ensuit que Y_____ ne pouvait procéder sans X_____ à ses côtés, et réciproquement.

1.2.2 A l'appui de sa conclusion en irrecevabilité, l'adjudicateur relève encore que l'offre déposée par les recourants était signée par J_____, qui n'avait pas le pouvoir d'engager X_____. De son point de vue, il était donc exclu d'attribuer le marché à un groupement dont l'engagement d'un des membres était douteux. L'argumentation relève cependant du fond et ne saurait, de ce fait, justifier une non-entrée en matière d'ordre procédural. Sur ce plan, l'avocat de X_____ a en effet justifié de ses pouvoirs de représentation en déposant une procuration dont la commune de B_____ ne discute pas la validité.

1.3 Régulièrement formé, le recours est au surplus recevable (art. 16 al. 2 Lmp, 80 let. b et c, 46 et 48 LPJA).

1.4 Dans ce contentieux, le Tribunal s'en tient aux griefs invoqués, n'examine que ceux motivés conformément aux réquisits légaux et ne contrôle que la légalité de la décision attaquée, non son opportunité (art. 80 al. 1 let. c et 48 al. 2 LPJA, 16 AIMP et 16 Lmp ; ACDP A1 13 30 précité consid. 1.3).

2. La commune de B_____ se voit d'abord reprocher de ne pas avoir annoncé aux soumissionnaires la pondération des sous-critères.

2.1 Ce prétendu manquement ne viole pas le droit valaisan, qui n'instaure une obligation d'information préalable qu'au regard des critères d'adjudication et de leur pondération (art. 2 al. 1 let. j Omp). Quoi qu'en disent les recourants, il ne heurte pas non plus le principe de transparence fixé à l'article 1 alinéa 3 lettre c AIMP. De jurisprudence, ce principe n'impose en effet pas la communication par avance de sous-critères ou de catégories qui ne tendent qu'à concrétiser le critère publié. Autrement formulée, cette règle vaut aussi longtemps que ces sous-critères ou ses catégories 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 (arrêt du Tribunal fédéral 2D_50/2009 du 25 février 2010 consid. 2.4 et les références aux ATF 130 I 241 consid. 5.1 et 125 II 86 consid. 7c ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_22/2008 du 23 mai 2008 consid. 2.1 ; RVJ 2004 p. 56 consid. 3b). En l'espèce, les recourants se limitent à contester le principe même d'une pondération différenciée des sous-critères, sans toutefois prétendre que l'une ou l'autre des hypothèses postulant un devoir d'information préalable aurait été réalisée.

2.2 Le Tribunal ne voit pas que tel serait le cas. L'intitulé énumératif du critère « expérience, référence, support technique », annonçait explicitement trois des quatre sous-critères pris en compte par l'adjudicateur. Le quatrième, « qualification du soumissionnaire et de ses sous-traitants », n'en ressort certes pas. Il n'en est pas pour autant inédit puisque l'appel d'offres précisait, au chiffre 2.8 du cahier I, qu'« une attention particulière sera[it] portée aux qualifications des entreprises [...] ». Cet avertissement annonçait l'importance particulière que l'adjudicateur allait attacher à ce sous-critère. Pour le reste, l'évaluation des offres se présente, pour ce premier critère, sous la forme d'une matrice qui, conformément à la jurisprudence citée plus haut, et sous réserve d'un abus ou d'un excès du pouvoir d'appréciation nullement établis ici, ne devait pas nécessairement être portée par avance à la connaissance des soumissionnaires. A y regarder de plus près, force est de constater qu'aucune des neufs rubriques explicitant le critère n° 1 et ses quatre sous-critères n'influence de manière décisive la note attribuée à ce titre, qui ne compte elle-même que pour 20 % du résultat final.

L'évaluation du critère n° 2, « adéquation de l'offre et des qualifications des soumissionnaires aux exigences techniques », s'est faite, elle aussi, au moyen d'une grille d'évaluation jugeant les offres sur treize aspects techniques. Là encore, les recourants ne soutiennent pas que les éléments appréciés feraient davantage que concrétiser le critère annoncé ou que la pondération de l'une ou l'autre des rubriques aurait été exagérée ou, au contraire, sous-estimée. En vertu de son pouvoir d'appréciation, l'adjudicateur pouvait, par exemple, légitimement attacher plus d'importance aux

garanties de performance des turbines et des alternateurs (facteur 6) qu'à l'assurance qualité ou à la méthodologie (facteur 1). Cette pondération différenciée n'apparaît techniquement pas insoutenable ; elle ne suscite d'ailleurs aucune critique motivée de la part du groupement évincé. En tout état de cause, il n'apparaît pas que la commune de B_____ ait conféré à l'un des treize aspects analysés pour noter le critère n° 2 un poids décisif.

Il n'y a enfin rien à redire à propos du critère n° 3, « avantage économique de l'offre par sa qualité et son coût », noté uniquement au regard des prix offerts.

3. Les recourants soutiennent que l'offre de Z_____ aurait dû être exclue en raison de sa non-conformité aux spécifications du cahier des charges. Alors que la commune de B_____ avait demandé un alternateur refroidi à air (cf. ch. 3.10.1 du cahier I), l'adjudicataire avait, dans un premier temps, offert un alternateur équipé d'un refroidisseur à eau. C'était seulement sur demande de l'adjudicateur que l'intimé avait offert un alternateur répondant aux spécifications requises. Il y avait donc eu nouvelle offre de sa part, ce que le droit des marchés publics interdisait.

3.1. Z_____ ne conteste pas l'écart de son offre dite « BASE » par rapport aux exigences de l'adjudicateur. Cette société rappelle toutefois avoir accompagné cette offre d'une proposition intitulée « OPTION ALTERNATEUR IP 23 » qui, pour sa part, aurait respecté toutes les exigences du cahier des charges. Ainsi et en réalité, l'offre dénommée « BASE » s'apparentait plus à une variante de l'offre « IP 23 », qui avait été présentée à tort comme optionnelle. Sur le fond, cette confusion était sans conséquence. Tout au plus avait-elle amené la commune de B_____ à retenir, lors de l'ouverture des offres, le montant de l'offre « BASE » plutôt que l'offre « IP 23 », alors qu'il aurait précisément fallu faire le contraire, la seconde étant plus proche du cahier des charges. La validité initiale de l'offre « IP 23 », proposée à un prix que sa réponse du 29 octobre 2012 n'avait pas modifié, ne s'en était cependant pas trouvée affectée.

3.2 Dans un premier temps, il s'agit de déterminer si, parallèlement à l'offre « BASE » et dont la non-conformité aux spécifications requises n'est pas contestée, celle dénommée « IP 23 » peut être considérée comme étant une offre de base complète répondant aux exigences de l'adjudicateur.

3.2.1 Parmi les documents à remettre avec l'offre, le chiffre 2.7.4 du cahier I mentionne « une description technique et les spécifications de l'alternateur » et « les courbes ou tableaux de rendements prévisibles garantis de [...] l'alternateur [...] ». A cet égard, force est de constater que l'offre déposée le 10 septembre 2012 ne fournit que les spécifications techniques (cahier technique [II], ch. 2.2.1) et les courbes de rendement (onglet 5 du classeur de Z_____) de l'alternateur offert sous intitulé « BASE ». Cette dernière pièce montre qu'il s'agit d'un alternateur LSA R/H 49.1 – 4P, semblable à celui offert par le soumissionnaire K_____ (cf. onglet 4 de son classeur, où l'on retrouve, dans le descriptif officiel du constructeur L_____, la page 4 insérée dans l'offre de Z_____).

3.2.2 Dans sa détermination du 26 mars 2013, l'adjudicataire explique que « l'option d'un alternateur refroidi à eau correspond totalement à l'alternateur refroidi à air au niveau électrique et en ce qui concerne ses performances/rendement », raison pour laquelle il n'y avait aucun besoin d'une deuxième documentation complète dans la variante de la série de prix alternateur « IP 23 ». Avec les recourants, on peut dès lors s'étonner du dépôt subséquent d'un descriptif de l'alternateur LSA 49.1 M6 offert par l'intimé en réponse à la demande communale d' « établir une option avec un alternateur à refroidissement à air comme demandé au cahier des charges ». La réponse tient dans le fait que l'alternateur LSA R/H 49.1 – 4P est un produit différent de l'alternateur LSA 49.1 M6, quand bien même ses performances techniques seraient comparables ; le constructeur Leroy Sommer a d'ailleurs établi, pour chacun de ces alternateurs, un descriptif propre (comparer onglet 4 du classeur K_____ et annexe à la réponse du 29 octobre 2012 de Z_____).

3.2.3 En outre, comme le relèvent avec raison les recourants, l'indice IP définit les degrés de protection procurés par les enveloppes, mais non le mode de refroidissement de l'alternateur. Il ressort de la norme internationale IEC 60529 transmise le 22 avril 2013 par X_____/Y_____ (annexe B de leur détermination) que l'indice IP 55 suggéré par l'adjudicateur (cf. ch. 2.2.1 du cahier II) correspond à une protection du matériel contre la poussière et contre la pénétration d'eau projetée à la lance. L'indice IP 23 garantit, quant à lui, une protection du matériel contre des corps solides étrangers d'un diamètre supérieur ou égal à 12.5 mm et contre la pluie. Dès lors, la mention « OPTION IP 23 » ne saurait présumer l'existence d'un alternateur équipé d'un refroidissement à air, comme le laisse implicitement entendre Z_____ en soutenant que l'offre articulée sous cette dénomination se conformait à cette exigence de l'adjudicateur. Le Tribunal en veut pour preuve que ni la fondation F_____, pourtant spécialisée en mini-hydraulique, ni la commune de B_____ n'ont vu, dans l'offre « IP 23 » de l'adjudicataire, la proposition d'un alternateur équipé du mode de refroidissement voulu. Le conseiller technique de l'adjudicateur parle en effet de mise en conformité de l'alternateur (cf. son rapport d'analyse des offres de novembre 2012, p. 15, pièce 9 déposée le 25 février 2013 par la commune de B_____ ; cf. ég. les tableaux d'évaluation provisoire, puis définitif de F_____, pièces 7 et 8 des pièces déposées à cette occasion). Quant à la commune de B_____, elle a clairement rappelé, dans sa lettre du 16 octobre 2012 (question n° 3), que le refroidissement de l'alternateur devait être à air, constaté que « [l']offre [de Z_____] propos[ait] un refroidissement à eau [...] » et invité cette entreprise à lui proposer un alternateur conforme aux spécifications requises. L'adjudicataire s'est exécuté en proposant l'alternateur 49.1 M6, jamais évoqué ni décrit dans l'offre du 10 septembre 2012.

3.2.4 Certes, d'après les indications de Z_____, la moins-value (29 663 fr.) de cet alternateur refroidi à air correspond à la différence entre le montant de l'offre « BASE » et de l'offre « IP 23 ». Cette corrélation financière existe, mais ne saurait amener le Tribunal à retenir que l'intimé avait, parallèlement à l'alternateur refroidi à eau qu'il assure aujourd'hui être une variante, déposé une offre de base complète respectant le cahier des charges. Adopter ce point de vue reviendrait, en effet, à ignorer le constat explicite de non-conformité dressé par des spécialistes après analyse des offres

reçues, à faire fi de la demande de la commune de B_____ visant à obtenir de Z_____ une offre se pliant aux exigences du cahier des charges et, finalement, à passer sous silence la proposition documentée fournie par cette société en réponse à cette requête, mais sans référence aucune à l'offre dite « OPTION IP 23 ». Il faut encore relever qu'en contradiction avec l'indice de protection 23 décrit initialement comme variante à celle de degré 55 de leur offre « BASE », l'alternateur proposé par l'adjudicataire devait finalement présenter un IP 55, alors que cette machine aurait dû, à tout le moins et en bonne logique, correspondre à l'offre consistant à proposer un indice de protection IP 23.

3.2.5 Il ressort des considérants qui précèdent qu'il n'était pas possible de trouver, dans la soumission déposée le 10 septembre 2012 sans référence aucune à l'alternateur 49.1 M6 proposé le 29 octobre 2012, la solution de refroidissement à air demandée. Ni F_____ ni l'adjudicateur n'ont inféré cette solution de la seule indication « IP 23 ». L'offre articulée sous cet intitulé a été explicitement présentée comme une variante relative au mode de protection IP 55 offerte dans celle dite « BASE », qui porte de manière non contestée sur un alternateur refroidi à eau. La lettre accompagnant le dossier de l'adjudicataire (onglet 1 de son classeur) s'attache d'ailleurs à justifier cette option d'un mode de protection de degré 23, « utilisé habituellement pour ce genre d'installation ». Cela étant, en offrant un alternateur refroidi à eau plutôt qu'à air, Z_____ a déposé une offre non conforme au cahier des charges.

3.3 Il convient, partant, de se demander si l'adjudicateur pouvait valablement inviter l'intimé à lui fournir, après l'ouverture des offres, un alternateur avec refroidissement à air et à intégrer cette proposition subséquente dans la comparaison.

3.3.1 Selon l'article 14 alinéa 1 Omp, qui consacre le principe de l'intangibilité des offres, « l'offre doit être écrite et complète [...]. Elle ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai, sous réserve de l'article 19 alinéa 2 [Omp]. » Cette disposition se rapporte à la correction des erreurs évidentes, telles que des erreurs de calcul et d'écriture. L'article 20 Omp autorise pour sa part l'adjudicateur à réclamer aux soumissionnaires des explications écrites relatives à leur offre. Cette faculté doit néanmoins s'exercer dans les limites découlant de l'interdiction des rounds de négociations statué par l'article 11 lettre c AIMP et rappelée à l'article 21 Omp. Il ressort de ces diverses règles qu'une fois les délais de dépôt passés, le pouvoir adjudicateur ne peut accepter que certaines explications très limitées, destinées à préciser certains points de l'offre, mais non pas à la modifier, sous peine de porter atteinte à l'égalité de traitement entre concurrents (ATC FR du 5 juin 2008 602 2008-21 consid. 2a ; RJN 2000 p. 245 consid. 3a ; P. Galli/A. Moser/E. Lang/E. Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2^{ème} éd., n° 444; N. Michel, Droit public de la construction, n° 1939).

3.3.2 En l'espèce, la commune de B_____ ne s'est manifestement pas contentée d'épurer l'offre de Z_____ et de requérir de cette entreprise des explications censées la préciser ou la clarifier. En l'invitant à « établir une option avec un alternateur à refroidissement à air comme demandé au cahier des charges », cette collectivité publique a été bien plus loin. Elle a en effet permis à l'adjudicataire de

corriger son offre sur un aspect matériel dont les incidences financières se sont révélées décisives pour l'attribution du marché. Donnant suite à cette requête, le groupement intimé a ainsi proposé un alternateur refroidi à air dont l'offre ne se déduisait nullement de la soumission entrée le 10 septembre 2012. Cette offre, à considérer de ce fait comme nouvelle nonobstant une moins-value de 29 663 fr. correspondant à la différence entre les séries de prix « BASE » et option « IP 23 », fait que les notes attribués aux recourants et à Z_____ sont, sous l'angle du prix, quasi à égalité (4 et 3.98). S'il fallait faire abstraction de l'alternateur après l'ouverture des offres et tabler sur la machine offerte en « BASE », l'écart entre ces notes aurait cependant été de 27 centièmes : l'offre de X_____/ Y_____, à 469 674 fr. 20 après correction, aurait toujours été la moins chère, et donc obtenu la note maximale de 4. Celle de Z_____, à 501 081 fr. (505'281 fr. – 4'200 fr. d'une option déjà comprise dans l'offre, cf. annexe 5 du rapport d'évaluation finale), aurait été de 3.73 : $[1 - ((\text{« 501 081 »} - \text{« 469 674 »}) / \text{« 469 674 »}) \cdot 4 = 3.73$. Le classement final en aurait été modifié :

Critères	pondération	BMG	TJL
1	20 %	3.26	3.02
2	40 %	3.29	3.59
3	40 %	4	3.73
Total pondéré	100 %	3.57	3.53

3.3.3 Il est vrai que la demande formulée par la commune de B_____ tendait à faciliter la comparaison des offres par la suppression d'une non-conformité à l'une des spécifications de l'alternateur. Il n'en demeure pas moins que la règle prévalant en droit des marchés publics est que les offres doivent être évaluées comme elles se présentent lors de l'ouverture, sous réserve de simples corrections avant tout arithmétiques, et non comme elles pourraient être (M. Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, n° 303). Par voie d'exception à cette règle cardinale, la correction demandée par l'adjudicateur aurait été envisageable si les quatre soumissionnaires avaient offert un alternateur muni d'un système de refroidissement s'écartant de celui exigé (H. Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, 7^{ème} éd., n° 410 p. 529). L'hypothèse n'entraîne cependant pas en ligne de compte ici puisque les recourants s'en sont tenus, pour leur part, aux réquisits du cahier des charges. Cela étant, l'offre d'un alternateur LSA 49.1 M6 refroidi à air constitue une modification illégale de l'offre déposée, dont l'adjudicateur n'avait pas à prendre en compte ni, d'abord, à réclamer.

3.4 A ce stade, il reste à examiner si la commune de B_____ aurait été en droit d'apprécier l'offre comportant un alternateur IP 55 refroidi à eau.

3.4.1 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, afin que la décision d'adju-

dication puisse être prise en connaissance de cause, dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement (arrêt du Tribunal fédéral 2P.130/2005 du 21 novembre 2005 consid. 7 ; art. 14 al. 1 Omp). Aussi, une offre ne correspondant pas aux prescriptions du cahier des charges doit, par principe, être exclue (M. Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, n^{os} 1914 et 1965 ; P. Galli/A. Moser/E. Lang/E. Clerc, *op. cit.*, n° 272 ; D. Kuonen, *Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht*, p. 180 s.). C'est le sort que l'article 23 alinéa 1 Omp réserve au soumissionnaire lorsque, au moment du dépôt de son offre ou au moment de l'adjudication, son offre ne remplit pas les exigences figurant dans le document d'appel d'offres ou d'invitation. De ce point de vue, la recevabilité de l'offre d'un alternateur refroidi à eau qui, de l'aveu même de Z_____, constituait une solution « contraignante » nécessitant « quelques adaptations mécaniques et hydrauliques », raison pour laquelle cette société invitait l'adjudicateur « à ne pas tenir compte de cette proposition » (cf. sa lettre du 29 octobre 2012), paraît discutable.

3.4.2 La commune de B_____ semble d'un avis contraire. Céans, elle vante en effet les mérites d'un refroidissement à eau, solution qu'elle prétend qualitativement meilleure que celle demandée. Il ressort de ses explications que le refroidissement à air requis comportait un risque de surchauffe du bâtiment et de l'alternateur. Bien que jugé acceptable en l'occurrence, ce risque n'en était pas moins réel. Z_____ ne pouvait dès lors pas se voir reprocher d'avoir tenté de parer à ce danger objectif en proposant un alternateur refroidi à eau. Dans son écriture du 26 mars 2013, l'intimé s'est également employé à détailler les nombreux avantages techniques de sa solution à eau, fruit d'une réflexion technique plus aboutie qui, selon elle, ne pouvait influencer défavorablement l'offre ou sa notation : le droit de marchés publics ne sanctionnerait jamais négativement des solutions innovantes.

Il n'y a pas lieu d'approfondir ces considérations techniques et d'en vérifier le bien-fondé. Le Tribunal se bornera à rappeler que, dans le présent marché, les soumissionnaires étaient en effet libres de proposer des variantes, mais à la condition expresse que le soumissionnaire remette aussi une offre pour la solution de base (ch. 2.7.7 du cahier I). Cette exigence a pour conséquence qu'une variante déposée sans offre de base doit être exclue (ACDP A1 10 83 consid. Fa ; D. Kuonen, *op. cit.*, p. 154 ; J.-B. Zufferey/C. Maillard/N. Michel, *Droit des marchés publics*, p. 115 ; M. Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, n° 2027; dans les pratiques cantonales : p. ex. VvGer GR U 09 15 du 27 avril 2009 consid. 3e ; TA GE ATA/626/2009 du 1^{er} décembre 2009 consid. 9e ; AGVE 2001 p. 336 consid. 3c). Dès lors que le groupement intimé n'avait pas déposé d'offre de base conforme au cahier des charges (consid. 3.2), sa solution de refroidissement à eau ne devrait, en soi, pas être prise en compte (en tant que variante).

3.4.3 La question de savoir si cette issue rédhitoire critiquée en doctrine (P. Gauch/H. Stöckli, *Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics*, n° 19.3) s'impose en l'espèce restera indécise. En effet, l'offre prévoyant un alternateur refroidi à eau aurait de toute manière terminé derrière celle des recourants. La conclusion découle des notes attribuées pour les prix offerts, comme on l'a vu plus haut (consid. 3.3.2) : l'offre des recourants, à 469 674 fr. 20 après correction, aurait

obtenu la note maximale de 4 et Z_____, à 501 081 fr. après correction, 3.73 (plutôt que 3.98). La différence, même pondérée à 40 %, est décisive pour le classement final, qui verrait de toute manière X_____/Y_____ terminer premier avec une note globale de 3.57, devant Z_____, avec 3.53.

4. Le groupement évincé pourrait obtenir l'attribution du marché. Cette perspective suppose toutefois qu'il échappe aux motifs d'exclusion invoqués par la commune de B_____ dans ses déterminations des 24 janvier et 26 mars 2013. En résumé, cette collectivité publique dénonce le caractère lacunaire de l'offre des recourants et ses écarts par rapport au cahier des charges.

4.1 Dans le détail, l'adjudicateur leur reproche de n'avoir pas respecté « de manière systématique » les matériaux suggérés par le cahier des charges. Il explique aussi que le niveau de bruit de l'alternateur était très largement supérieur au niveau demandé (80 dB) et que les vannes de garde de la machine et du by-pass n'avaient pas le diamètre requis. Sur ces divers points, le cahier des charges n'émettait toutefois que des suggestions, comme le relève avec raison le groupement recourant (cf. ch. 2.1.1 et 2.2.1 du cahier II). Une exclusion pour non-conformité ne saurait dès lors entrer en considération. Sous l'angle des matériaux suggérés, la commune de B_____ a expliqué que ceux que préconisait le cahier des charges avaient été sélectionnés afin de respecter le taux de 2 % de molybdène imposé dans la décision d'approbation des plans d'exécution de la petite centrale (détermination du 24 janvier 2013, p. 7). Or, il s'avère que cette exigence du canton n'a pas été signalée dans les documents d'appel d'offres. De surcroît, l'adjudicateur a concédé que les autres offres ne respectaient « pas toujours » lesdites exigences cantonales, raison pour laquelle il avait, plutôt que de renouveler l'appel d'offres, opté pour une demande de clarification auprès de tous les soumissionnaires. Sur cet arrière-plan, la commune de B_____ ne saurait reprocher aux recourants, qui ont modifié leur offre en conséquence, des écarts fautifs et rédhibitoires par rapport au cahier des charges. Sur la problématique des diamètres non respectés, il apparaît que Z_____ s'est également distancé des données suggérées au niveau du by-pass (cf. ch. 2.1.3 du cahier II du classeur Z_____). En tout état de cause, le Tribunal relève que l'adjudicateur a considéré que les diminutions de section proposées par les recourants demeuraient acceptables (cf. sa détermination du 26 mars 2013, p. 5).

4.2 La commune de B_____ souligne que le tableau des rendements garantis de la turbine n'avait pas été rempli. Cette omission n'apparaît toutefois pas suffisamment grave pour entraîner une exclusion. Avec raison, l'adjudicateur avait du reste permis aux recourants de compléter leur dossier sur ce point, ce qu'ils ont fait dans le cadre d'un procédé dicté par l'interdiction du formalisme excessif (art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 – Cst. féd ; RS 101). En tout état de cause, le Tribunal relève que X_____/Y_____ avaient fourni les courbes de rendements de la turbine dans un document (onglet 12 de leur classeur) dont la commune de B_____ avait dit se satisfaire pour peu qu'il fût encore signé (question 4 des compléments demandés le 16 octobre 2012). Or, dans sa réponse du 25 octobre 2012, le groupement évincé a expressément confirmé la validité des rendements qu'indiquait ce document, qu'il a retourné signé, comme l'avait requis la commune de B_____.

Celle-ci signale également que des postes n'avaient pas été chiffrés par X_____/Y_____, à savoir le profilé IPN nécessaire pour le montage et la maintenance et la bride de l'alternateur pour le canal de refroidissement. Ces éléments l'ont été le 25 octobre 2012 et les montants articulés à cette occasion montrent qu'il ne s'agit pas d'éléments significatifs : la plus-value pour le profilé IPN est de 1620 fr. et celle de la bride de 2150 fr. En outre, sur ce dernier point, l'omission des recourants semble imputable à l'adjudicateur puisque le chiffre 3.2 du cahier I expliquait que le système de ventilation n'était pas inclure (cf. ég. onglet 3 du classeur X_____/Y_____ ch. 1.3).

4.3 L'adjudicateur invoque un refus d'essai de pression de la turbine. Voulant savoir de la commune de B_____ si cet essai portait sur la turbine – ce qui lui paraissait irréaliste – et/ou sur le collecteur, les recourants avaient effectivement émis une réserve à ce sujet. Ils l'ont toutefois levée le 25 octobre 2012, après avoir obtenu la confirmation que l'essai demandé portait bien sur le collecteur, ce qui n'était pas clair initialement. L'adjudicateur observe encore que « les commandes des vérins de commandes » des injecteurs ne comportent pas de volant de manœuvre. Une manœuvre sans moyen auxiliaire externe n'était donc pas possible, ce qui était contraire au principe même d'un dispositif de sécurité. Interpellés à ce sujet le 16 octobre 2012, les recourants avaient assuré l'adjudicateur d'une possibilité d'action manuelle sur les vérins, mais, compte tenu de la démultiplication et du nombre de tours nécessaires pour effectuer un mouvement significatif, ils avaient conseillé de les actionner avec une perceuse électrique, de préférence à accumulateurs, pour garantir la sécurité en cas de panne du réseau électrique. Ces explications, ajoutées au schéma annexé à leur détermination du 22 avril 2013 (G), viennent tempérer les critiques communales. L'adjudicateur excipe enfin du délai de réalisation annoncé comme probablement supérieur au délai requis. Néanmoins, le chiffre 2.5 du cahier I ne donne qu'un planning prévisionnel, en précisant que le programme définitif des travaux sera établi d'entente entre le maître d'ouvrage et le fournisseur et que les délais principaux proposés par le fournisseur devront être indiqués dans l'offre. Le Tribunal ne saurait donc voir, dans ces conditions encore à discuter, des délais impératifs dont le non-respect serait propre à entraîner une exclusion du soumissionnaire.

4.4 A l'appui de sa conclusion en irrecevabilité du recours, la commune de B_____ observait que l'offre ne revêtait pas les signatures des personnes pouvant engager la société X_____. Sur un plan de la validité de l'offre, il incombe à l'adjudicateur confronté à un tel manquement d'octroyer un délai au représentant pour justifier de ses pouvoirs de représentation (M. Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, n^{os} 1778 ss, spéc. 1783). Attaqué céans sur ce point, le groupement recourant a produit une procuration de l'entreprise précitée en faveur de J_____. Ainsi, l'offre engage valablement les deux membres du consortium évincé.

4.5 Dans les différents griefs avancés par la commune de B_____, et repris sur deux points par Z_____ (non-conformité des matériaux utilisés et refus d'essai sur la turbine), le Tribunal ne décèle donc pas de motifs pour lesquels X_____/Y_____ devraient être exclus.

5.1 Rien n'indiquant que l'adjudicateur ait conclu de contrat définitif avec Z_____, sa décision du 17 décembre 2012 doit être réformée et le marché litigieux adjugé aux recourants (art. 18 al. 1 AIMP ; art. 37 al. 1 Omp). C'est en effet ce à quoi tend implicitement leur conclusion en renvoi de l'affaire à la commune de B_____ pour nouvelle décision au sens des considérants, le recours ayant au surplus démontré que le premier rang devait leur revenir.

5.2 Cette issue du litige s'impose sans qu'il soit nécessaire d'examiner si la notation des offres de l'adjudicataire et/ou de X_____/Y_____ consacre un abus du pouvoir d'appréciation de la commune de B_____, comme le prétend subsidiairement le groupement dont l'éviction se révèle injustifiée pour d'autres motifs. Son moyen tiré d'une impartialité de F_____ n'a pas non plus à être analysé : non étayé, il serait de toute manière irrecevable (art. 80 al. 1 let. c et 48 al. 2 LPJA).

5.3 L'arrêt rend sans objet la demande d'effet suspensif.

5.4 Z_____, qui succombe, est tenu de supporter les frais de justice, arrêtés à 1500 fr. (art. 88 al. 2 et 89 al. 1 LPJA, art. 3, 11, 13 al. 1 et 25 de la loi du 11 février 2009 fixant le tarif des frais et dépens devant les autorités judiciaires ou administratives – LTar ; RS/VS 173.8). Les entreprises recourantes, créancières solidaires, ont droit à 2000 fr. de dépens, à verser par moitié chacune par Z_____ et la commune de B_____ (art. 91 al. 1 LPJA ; 4, 27 et 39 LTar).

Prononce

1. Le recours est admis, la décision communiquée le 17 décembre 2012 annulée et le marché litigieux adjugé à X_____ et Y_____.
2. La requête d'effet suspensif est classée.
3. Les frais de justice, par 1500 fr., sont mis à la charge de Z_____.
4. Le groupement formé de X_____ et Y_____ a droit à 2000 fr. de dépens à verser par moitié chacune par Z_____ et la commune de B_____.
5. Le présent arrêt est communiqué à Me A_____, pour les recourants, à Me C_____, pour Z_____, et à la commune de B_____.

Sion, le 21 juin 2013