

NE_GERICHTE CDP.2017.119 vom 30. Juni 2017

NE Tribunal cantonal, 2017-06-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2017.119

FR: NE_GERICHTE CDP.2017.119 du 30 juin 2017

IT: NE_GERICHTE CDP.2017.119 del 30 giugno 2017

Erwägungen

E. 1

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable (art. 42 al. 2 let. e et 43 al. 1 LCMP ; 35 LPJA par renvoi de l'article 41 LCMP).

E. 1.00

pour le critère 3. c) En résumé, en pondérant et en accordant plus d'importance à certains des sous-critères (E-001 à E-140), en se fondant uniquement sur l'exigence E-134 pour la notation du critère 3 sans l'annoncer au préalable et de manière générale, en ne transmettant pas l'ensemble des données nécessaires et en manquant de clarté dans les documents d'appel d'offres, en particulier le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur a violé les principes de la transparence et de la confiance. L'écart de notation entre la recourante et le tiers intéressé étant très faible, il reste à examiner si les irrégularités commises ont eu une incidence sur le classement final des soumissionnaires (cons. 5c ci-dessus). On se limitera à examiner l'influence de cette violation uniquement entre les parties à la procédure, soit la recourante et le tiers, les autres soumissionnaires ayant renoncé à recourir contre la décision d'adjudication.

E. 2

Les dispositions d'exécution cantonales de l'accord intercantonal sur les marchés publics doivent garantir des critères d'attribution propres à adjudger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 13 let. f AIMP). Pour en décider, le pouvoir adjudicateur prend en considération l'ensemble des critères définis dans le dossier de soumission, à l'exclusion de critères étrangers au marché, propres à créer une inégalité de traitement entre les soumissionnaires (art. 30 al. 1 et 2 LCMP). Au sens de l'article 13a LCMP, lorsqu'un dossier de soumission est établi, il est mis à disposition ou transmis aux soumissionnaires. Il définit les critères d'aptitude et les critères techniques ou autres par ordre d'importance ainsi que leur pondération (al. 1). Les offres sont jugées d'abord selon les critères d'aptitude, puis selon les critères techniques ou autres et enfin selon le prix (al. 2; également art. 12a LCMP). Enfin, selon l'article 18 let. f LCMP, les critères d'adjudication doivent figurer par ordre d'importance ainsi que leur pondération. Cette réglementation a pour but d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires, de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication, d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés, ainsi que de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 2 let. a à d LCMP).

E. 3

La recourante se plaint de plusieurs griefs qui sont intrinsèquement liés entre eux. En premier lieu, elle reproche à l'intimé un manque de clarté de l'appel d'offres et du cahier des charges en alléguant notamment que l'exigence E-134 ne requerrait pas la production

d'une annexe de contrat d'entretien. Deuxièmement, elle soutient implicitement que l'adjudicateur a violé le principe de la transparence en utilisant à plusieurs reprises l'exigence E-134 pour évaluer l'offre aussi bien sous l'angle du critère "Réponse aux exigences" (critère d'adjudication 1) que sous l'angle du "Service après-vente" (critère 3), alors que cela n'avait pas été annoncé dans les documents remis aux soumissionnaires. Elle note, à cet égard, une notation incohérente, puisqu'elle a reçu la note de 2 au sous-critère E-134, et la note de 1 pour le critère 3. Enfin, la recourante allègue que l'exigence E-132 concernant le service après-vente était éliminatoire et qu'à ce titre les autres soumissionnaires auraient dû être exclus du marché sachant qu'ils ne remplissaient pas la condition.

E. 4

a) Le principe de la transparence, ancré à l'article 1 al. 2 let. c LCMP, est une condition indispensable au contrôle du respect de l'application de la loi et du bon déroulement des procédures. Il vise à permettre aux participants de connaître à l'avance les diverses étapes de la procédure et leur contenu en leur fournissant toutes les informations minimales et utiles afin de pouvoir présenter une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur. Sa portée étant controversée (à ce sujet, cf. cons. 5a), il a été jugé que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas, après le dépôt des offres, modifier d'une manière ou d'une autre les critères d'adjudication et les sous-critères qui s'y rapportent, leur ordre d'importance ou leur pondération respective. Ainsi, certaines autorités reconnaissent comme contraire au droit des marchés publics le fait d'introduire, au stade de l'analyse des offres, des facteurs de pondération non annoncés, qui faussent l'ordre d'importance des critères d'adjudication fixé par le cahier des charges (décision incidente du TAF du 30.07.2010 [B-4860/2010] cons. 4.2; JAAC 65.78 cons. 2, JAAC 64.30 cons. 4; ATF 130 I 241 ; Rodondi, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in : RDAF 2001 I 389, p. 406). De l'avis du Tribunal fédéral, ce principe n'exige toutefois pas, en général, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et sous-critères utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul, etc.) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (ATF 130 I 241 cons. 5.1 et les références citées; arrêt du TF du 23.05.2008 [2D_22/2008] cons. 2.1). En tout état de cause, le point de savoir si, dans un cas, les critères utilisés sont inhérents au critère publié ou relèvent d'une grille d'évaluation, que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 cons. 5.1 et les références citées; arrêt du TAF du 15.04.2011 [B_7337/2010] cons. 15.2 et les références citées; cf. également RJN 2011, p. 421 cons. 3a). Néanmoins, si le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective (ATF 130 I 241 cons. 5.1; décision du TAF du 30.07.2010 [B_4860/2010] cons. 4.2; Rodondi, op. cit. in : RDAF 2001 I 389, p. 406). Dans ce cadre, et comme l'a clairement exposé le Tribunal cantonal

vaudois dans un arrêt récent (arrêt du 14.12.2016 [MPU.2016.0019] cons. 3a), l'appel d'offres et, par conséquent, le contenu des documents d'appel d'offres constituent des éléments déterminants de la procédure des marchés publics. En effet, l'appel d'offres est l'acte qui ouvre la procédure de marchés publics et constitue une décision susceptible de recours au sens du droit suisse (art. 42 al. 2 let. a LCMP; Poltier, *Droit des marchés publics*, 2014, no 284). Ces documents doivent comporter un cahier des charges, lequel doit être clair et complet, ce qui contribue à rendre les offres comparables entre elles (Galli/Moser/Lang/Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e édition, 2013, no 383). L'adjudicateur doit assumer les conséquences d'un manquement y relatif, même si les soumissionnaires ont de leur côté un devoir de poser des questions lorsque les documents de l'appel d'offres ne sont pas clairs, devoir qui ne saurait toutefois être défini de manière trop large (Galli/Moser/Lang/Steiner, *op. cit.*, nos 384, 387 et 674, avec les renvois à la jurisprudence et à la doctrine). Les documents d'appel d'offres s'imposent non seulement au soumissionnaire, dont l'offre sera exclue si elle n'en respecte pas les prescriptions et conditions (art. 21 LCMP) mais également au pouvoir adjudicateur qui se trouve lié par leur contenu et n'est pas libre de les modifier comme il l'entend après leur publication (arrêt du TF du 30.05.2000 [2P.151/1999] cons. 4c). b) Il est dès lors essentiel que l'autorité adjudicatrice décrive soigneusement l'objet du marché et les conditions qui lui sont applicables, ce qui implique qu'elle ait procédé à une définition précise de ses besoins. Concrètement, cela suppose que le cahier des charges contienne, en principe à tout le moins, un descriptif des prestations demandées, qui doit être clair et complet; à défaut surgiront des problèmes pour la suite de la procédure de soumission, notamment sur le plan de la comparabilité des diverses offres en présence. En règle générale, la faculté des entreprises concurrentes de poser des questions au pouvoir adjudicateur n'est pas suffisante en présence d'un descriptif imprécis (arrêt de la CDP du 24.02.2011 [CDP.2010.230] cons. 4a). c) Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur doit établir des critères d'adjudication qui se rapportent directement à la prestation elle-même et conduisent à une notation plus ou moins bonne. Parmi ces critères, on recense notamment le délai de livraison, la qualité, l'engagement des entreprises en faveur de la formation et du perfectionnement professionnel, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, la convenance de la prestation, l'esthétique, l'écologie, la valeur technique et culturelle, la créativité, l'assurance qualité et l'infrastructure. Ils sont à distinguer des critères d'aptitude qui, bien qu'ils concernent la personne même du soumissionnaire, doivent également être directement et concrètement en rapport avec la prestation à accomplir, en ce sens qu'ils doivent porter sur des qualifications nécessaires pour mener à bien cette prestation (ATF 129 I 313 cons. 8.1; Rodondi, *op. cit.*, in : RDAF 2001 I 389 p. 394). Le non-respect d'un critère d'aptitude conduit, sous réserve de la prohibition du formalisme excessif, à l'exclusion de la procédure (art. 21 let. a LCMP; arrêt du TF du 14.08.2007 [2P.322/2006] cons. 3.3.1; Rodondi, *Les délais en droit des marchés publics*, in : RDAF 2007 I 277, p. 287). Un critère d'aptitude ne se pondère ni ne se compense; soit il est réalisé, soit il ne l'est pas (Galli / Moser / Lang/Steiner, *op. cit.*, no 603). Les critères d'adjudication et d'aptitude doivent être interprétés au regard du principe de la confiance (Galli / Moser / Lang, *op. cit.*, nos 567 et 862). Le pouvoir adjudicateur doit en conséquence choisir des critères conformes aux principes de non-discrimination et adaptés au contenu du marché. Un critère est réputé étranger à l'adjudication lorsqu'il sort du champ d'application de l'article 13 let. f AIMP, soit lorsqu'il n'est pas propre à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (Dubey, *Le concours en droit des marchés publics*, thèse Fribourg 2005, p. 249, no 733). En d'autres termes, il faut, pour que

l'utilisation d'un critère soit admissible, que les aspects examinés au titre de ce critère permettent de mettre en évidence un avantage significatif ou encore clairement identifiable dans le cadre de l'exécution du marché (s'agissant des réserves émises au sujet du critère de la formation des apprentis, ATF 129 I 313 cons. 8.3; investissement en personnel pour des prestations d'ingénierie civile, comme critère d'aptitude, Tribunal administratif du canton de Zurich du 30.08.2006 [VB.2005.00240], résumé in DC 2/2008 p. 94, S13; critère de l'exigence d'un service d'entretien, d'un service après-vente et d'un service de dépannage pour l'adjudication de travaux de génie civil, arrêt GE.2007.0077 précité; critère du respect de l'environnement, arrêt GE.2004.0147 du 27.01.2005 et les références citées). A défaut, son utilisation contrevient au principe de transparence, de sorte que le résultat est entaché d'arbitraire. d) Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix des critères d'adjudication, tout comme pour l'évaluation des offres. A cet égard, le contrôle de l'autorité de recours ne porte que sur la violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation et la constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents, à l'exclusion du grief d'inopportunité (art. 33 LPJA par renvoi de 41 LCMP ; 16 al. 1 et 2 AIMP). Peut constituer un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation, et donc une violation de la loi, le fait par exemple d'accorder à certains critères une importance manifestement disproportionnée ou d'appliquer un critère de manière arbitraire à certains soumissionnaires (RJN 2003, p. 301 cons. 4a et les références). Outre le fait qu'elle n'en revoit pas l'opportunité, la Cour de droit public ne revoit l'appréciation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication qu'avec retenue, puisqu'une telle appréciation suppose souvent des connaissances techniques, qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres présentées par l'ensemble des soumissionnaires et qu'elle comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur. Sur ce point, le pouvoir d'examen de l'autorité judiciaire est pratiquement restreint à l'arbitraire (RJN 2011, p. 421 cons. 2b et les références citées).

E. 5

a) La réponse apportée par la pratique administrative n'est pas uniforme lorsqu'elle est confrontée à une violation du principe de la transparence. Le Tribunal administratif fédéral, par exemple, considère que l'obligation de communiquer préalablement tous les points de vue déterminants pour la décision d'adjudication est de nature formelle, de sorte qu'en cas de violation de la règle, la décision attaquée doit être annulée, même en l'absence d'un rapport de causalité entre l'erreur de procédure et l'adjudication (par exemple : arrêt du TAF du 15.04.2011 [B_7337/2010] cons. 15.2). D'autres tribunaux, en particulier le Tribunal administratif du canton de Vaud, recommandent d'examiner si le vice a eu une influence sur le résultat du marché et faussé le jeu de la concurrence (arrêt du 22.09.2008 de la IIème Cour administrative [602 2008-24] cons. 5a). Dans une affaire datant de 2011, où il était reproché au pouvoir adjudicateur d'avoir modifié la méthode de notation lors de l'évaluation des offres, la Cour de droit public s'est référée à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, a annulé la décision d'adjudication et renvoyé l'affaire au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision (RJN 2011, p. 421 , p. 425). Il s'agissait toutefois d'un cas particulier, puisque la méthode de notation choisie initialement n'était pas utilisable. La Cour de céans avait ainsi jugé nécessaire de mettre à néant la procédure et d'en ouvrir une nouvelle, afin de donner la possibilité au pouvoir adjudicateur de choisir une méthode de notation plus appropriée et de permettre aux soumissionnaires d'être correctement informés des conditions de passation du marché. Pour les raisons qui suivent, en particulier à la lumière de jurisprudences postérieures à 2011, il y a lieu de se distancer de la solution

retenue au RJN 2011 p. 425 . b) Dans la mesure où le législateur a voulu une procédure de passation rapide, il convient d'éviter, dans la mesure du possible, la répétition d'une procédure qui aboutirait de toute manière au même résultat. Par ailleurs, la transparence des procédures de passation des marchés n'est pas un objectif, mais un moyen contribuant à atteindre le but central du droit des marchés publics qui est le fonctionnement d'une concurrence efficace, garanti par l'ouverture des marchés et en vue d'une utilisation rationnelle des deniers publics (ATF 141 II 353 cons. 8.2.3; ATF 125 II 86 cons. 7c; Tercier , La libéralisation du marché de la construction, in Journées du droit de la construction, 1997, vol. I, p. 2 ss, 16 et 24 ss; arrêt du TF du 31.03.2015 [2C_1131/2013] cons. 8.2). A cet égard, le Tribunal fédéral a retenu que la violation du principe de la transparence n'avait pas de portée propre et se confondait, en réalité, avec les griefs tirés de l'application arbitraire des règles et principes qui gouvernent les procédures de marchés publics, telles l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'utilisation parcimonieuse des deniers publics, la concurrence efficace ou l'égalité de traitement entre soumissionnaires (ATF 130 I 241 cons. 5.3). Ainsi, si ce but est atteint et que les soumissionnaires n'ont pas été lésés par un vice de transparence, rien ne justifie l'annulation de la procédure (Rodondi , op. cit., in : RDAF 2001 I 389, p. 410 et les références citées; Zufferey/Maillard/Michel , Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, p. 142; arrêts du Tribunal administratif du canton de Vaud du 10.11.2015 [MPU.2015.0040] cons. 6b/bb et cc, du 11.08.2015 [MPU.2015.0034] cons. 3c; arrêt du Tribunal du canton de Fribourg du 22.09.2008 [602 2008 24] cons. 4 et 5). Dans un cas concernant un contrôle des exigences formelles relatives aux critères d'aptitude, susceptibles d'entraîner l'exclusion d'un soumissionnaire, la Haute Cour a d'ailleurs récemment exposé que la violation de certains principes ne justifie pas nécessairement la mise à néant de la procédure. Il faut en particulier y renoncer lorsque le manquement s'avère être de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif recherché par la prescription formelle violée (ATF 141 II 353 cons. 8.2.1 et les références citées). c) En l'occurrence, il y a lieu de se rallier à cette analyse. A teneur de la récente jurisprudence du Tribunal fédéral, la répétition d'une procédure doit demeurer l'exception. En cas de violation d'une règle de procédure, telle que le principe de transparence, il se justifie dès lors d'examiner au préalable si le vice a eu une influence sur le résultat du marché et faussé le jeu de la concurrence. Cette solution permet d'éviter la répétition d'une procédure qui aboutirait de toute manière au même résultat, de répondre de manière optimale à l'exigence de célérité présidant dans ce type de procédure, sans nuire au but central du droit des marchés publics qui est le fonctionnement d'une concurrence efficace, garanti par l'ouverture des marchés et en vue d'une utilisation rationnelle des deniers publics.

E. 6

a) Dans le cas particulier, on doit considérer que le dossier d'appel d'offres, en particulier le cahier des charges, est problématique à plusieurs titres. Tout d'abord, l'appel d'offres indique que l'évaluation des candidats se fera selon 5 critères d'adjudication et pondérations différentes, à savoir "Réponse aux exigences" (55 %), le "Montant de l'offre" (35 %), le "Service après-vente" (5 %), la "Qualité de l'offre" (3 %) et les "Renseignements sur le soumissionnaire" (2 %). Ce document ne renvoie à aucune autre explication comprenant des sous-critères. Le barème d'évaluation des critères d'adjudication fixe en outre une notation de 1 à 4 selon l'échelle suivante : "4 = excellent; 3 = bon; 2 = suffisant; 1 = insuffisant; 0 = non conforme". Or, il ressort du rapport de détail d'évaluation des offres que le critère 1

"Réponse aux exigences" était apprécié sur la base de 140 sous-critères (E001 à E-140), dont 82 étaient pondérés à 0,5 %, 57 à 1 % et 1 à 2 %. Chacune de ces exigences a été évaluée selon la notation précédemment exposée. Ces exigences correspondent à celles détaillées dans la description de l'ouvrage (cahier des charges – P-05) fournie avec l'appel d'offres (p. 4 à 49), toutefois sans que la pondération de chacune n'y soit mentionnée. D'emblée, il sied d'observer que les exigences E-001 à E-140 du cahier des charges se rapportaient directement à la prestation elle-même (objet du marché) de sorte qu'elles devaient être considérées comme des [sous] critères d'adjudication (cf. cons. 4c ci-dessus). Aussi, la dénomination éliminatoire de certains de ces sous-critères et le contenu du chapitre 5.1.2 du cahier des charges ne sont pas compatibles avec la règle selon laquelle un critère d'adjudication ne saurait être éliminatoire (art. 21 let. a LCMP a contrario, cf. également cons. 4c ci-dessus). La Cour de céans constate également que le critère 1 "Réponse aux exigences" est un critère global de conformité et de technique très important – puisqu'il représente à lui seul 55 % de la note finale – qui, par sa généralité, ne peut pas être évalué par lui-même. Son libellé impose en effet qu'il soit concrétisé par certaines exigences auxquelles les soumissionnaires devaient apporter des réponses. Lesdites exigences constituent en réalité les critères concrets sur lesquels s'est basé l'intimé pour évaluer les offres. En tout état de cause, la qualification de "sous-critères" ou d' "exigences" n'est pas décisive en soi. Cependant, il ne ressort ni des critères publiés, notamment "Réponse aux exigences", ni du cahier des charges – bien qu'il les détaille (titre, exigence, remarque) – que chacun de ces 140 critères auraient une pondération propre. Pas plus d'ailleurs qu'ils n'ont été classés dans un certain ordre d'importance dans le cahier des charges. Une telle manière de faire est problématique au regard du principe de la transparence, qui interdit au pouvoir adjudicateur d'introduire, au stade de l'évaluation des offres, des facteurs de pondération non annoncés. b/aa) Par ailleurs, on constate que le cahier des charges souffre d'un manque de clarté à plusieurs égards. Ce document (P-05 de l'appel d'offres) est composé d'une partie introductive avec l'objet du document et les étapes à suivre (chapitre 1); d'une description générale du lot (chapitre 2); d'une description détaillée (chapitre 3) comprenant 140 exigences (E001-E140), avec la statique (chapitre 3.1), le déploiement (chapitre 3.2), l'aménagement et équipements du véhicule (chapitre 3.3), l'aménagement et équipements intérieurs (chapitre 3.4), les options supplémentaires (chapitre 3.5); la documentation (chapitre 4); la garantie, support et maintenance (chapitre 5) comprenant la garantie (5.1), le support demandé (5.2), la maintenance (5.3) et enfin la réalisation (chapitre 6). Toutefois, bien que le cahier des charges décrive et détaille chacune des 140 exigences dans les chapitres 3 à 6, il n'est aucunement fait mention du ou des critères principaux auxquels les exigences se rapportent. Ce faisant, on ne saurait d'emblée retenir – à l'aune des principes de transparence et de la confiance – que les 140 exigences ou sous-critères se rapportaient exclusivement au critère 1 "Réponse aux exigences", comme le soutient l'intimé. A cet égard, il ressort de l'appel d'offres que le pouvoir adjudicateur a valorisé le service après-vente en lui accordant plus d'importance et en le concrétisant par le critère d'adjudication 3 intitulé "Service après-vente". Si le choix de ce critère – en parfaite conformité avec l'objet du marché – entre dans le large pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur et ne saurait prêter flanc à la critique, il convient néanmoins de rappeler qu'il appartenait à l'intimé d'indiquer les sous-critères qu'il entendait privilégier et de les communiquer par avance aux soumissionnaires. Dans la mesure où il n'est pas fait allusion à quel(s) critères se rapportaient les exigences (sous-critères) du cahier des charges, la Cour de céans retient, à l'instar de la recourante (cf. son courrier du

08.05.2017), que tout soumissionnaire pouvait raisonnablement partir de l'idée que certaines des exigences seraient utilisées pour noter le critère "Réponse aux exigences" et d'autres pour noter le critère "Service après-vente". En effet, si les chapitres 3 et 4 du cahier des charges sont inhérents à la description du véhicule ainsi qu'à la documentation requise, on observe que le chapitre 5 est consacré à la garantie, au support et à la maintenance. Plusieurs éléments contenus dans les exigences E-132 à E-136 font d'ailleurs expressément référence au service après-vente. Aussi, on peut admettre, en application de la règle de la confiance, que tout soumissionnaire placé dans les mêmes circonstances aurait compris que le critère 3 "Service après-vente" allait être évalué sur la base des exigences E-132 à E-136. En se fondant exclusivement sur l'exigence E-134 du cahier des charges sans l'indiquer dans l'appel d'offres et en lui donnant une importance prépondérante (5 % de la note globale), le pouvoir adjudicateur a évalué le critère 3 en violation du principe de transparence. cc) Plus spécifiquement, on doit admettre que l'exigence E-134 ("Le soumissionnaire propose un contrat d'entretien pour le système de l'échelle/ du bras et du véhicule") n'est pas explicite. En effet, s'il est fait mention du terme contrat d'entretien, la production d'un contrat d'entretien en annexe au cahier des charges ne s'imposait pas comme une exigence obligatoire. Ceci d'autant moins que le point 1.5.1 du cahier des charges indiquait que pour chaque exigence, le soumissionnaire devait décrire sous la rubrique réponse, la solution proposée pour répondre à l'exigence. Cette description ne devait donc pas renvoyer à une documentation générale d'un fournisseur mais apporter la preuve que le soumissionnaire avait compris l'exigence et avait trouvé une solution adéquate. C'est ainsi que dans sa réponse à cette exigence, la recourante a précisé qu'elle proposerait, cas échéant, un contrat d'entretien pour un entretien annuel de la partie échelle. Aussi, et dans la mesure où le cahier des charges imposait de fournir des réponses sur les éléments essentiels que peut contenir un contrat de service après-vente, les soumissionnaires n'étaient pas en mesure de comprendre qu'un contrat devait encore être produit en annexe aux réponses au cahier des charges. Il ne faisait d'ailleurs sens de produire un tel document alors que les éléments essentiels figuraient dans les exigences E-132 à E-136. Cas échéant, il appartenait à l'intimé de l'indiquer de manière explicite ou encore de le mentionner dans le chapitre 4, soit la documentation à fournir. Ce faisant, vu le manque de clarté de l'exigence E-134, le pouvoir adjudicateur n'était pas en droit d'exiger une annexe de contrat d'entretien et a contrario de sanctionner la non production d'un tel contrat pour l'évaluation des offres, respectivement pour l'évaluation de l'exigence E-134 au risque de violer les principes de transparence et de la confiance. Finalement, par surabondance, on relèvera que les notes attribuées à l'exigence E-134 et celle reportée au critère 3 manquent de cohérence et ne trouvent pas de justification suffisante dans les explications fournies ultérieurement par l'intimé. En effet, si l'élément déterminant était le dépôt du contrat, on peine à comprendre comment la recourante a pu, d'un côté, obtenir la note de 2.00 pour l'exigence E-134, et d'un autre côté obtenir la note de

E. 7

Le pouvoir adjudicateur étant lié par son appel d'offres (cons. 4a ci-dessus), il faut retenir que chacune des 140 exigences dans le cahier des charges avait le même poids. Par ailleurs, on doit considérer que le critère 3 "Service après-vente" devait être évalué au regard des exigences E-132 à E-136 et que les autres exigences (135) devaient servir au critère 1 "Réponse aux exigences". a) Dans ce cadre, il convient de refaire les calculs de l'évaluation sans la pondération des exigences afin que les soumissionnaires soient évalués sur des critères qu'ils connaissaient, réparant ainsi la violation des principes de la transparence et de

la confiance, tout en garantissant une concurrence efficace. S'agissant du critère 1, en divisant la somme des notes obtenues (400 points) par 135 exigences, la recourante obtient la note moyenne arrondie de 2.96 et une note finale pondérée (55 %) de 1.63. Quant à Z. _____ AG, elle obtient la note moyenne de 3.09 (417 points/135) et une note finale pondérée de 1.70. S'agissant du critère 3, en divisant la somme des notes obtenues aux exigences E-132 à E-136 (15 points) par 5, la recourante obtient la note moyenne de 3.00 et une note finale pondérée (5 %) de 0.15. Quant à Z. _____ AG, elle obtient la note moyenne de 3.2 (16 points/5) et une note finale pondérée de 0.16. b) Partant, en additionnant la note obtenue pour chaque critère avec sa pondération, la recourante obtient la note finale de 3.33 (1.63 + 1.40 + 0.15 + 0.07 + 0.08) alors que Z. _____ AG obtient la note de 3.25 (1.70 + 1.23 + 0.16 + 0.07 + 0.09), le marché devant dès lors, sur cette base d'évaluation, être attribué à la recourante.

E. 8

Il découle des considérants qui précèdent que le recours est admis sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs soulevés par la recourante. La décision d'adjudication du 2 mai 2017 est réformée en ce sens que le marché est adjugé à X. _____ AG pour le montant total TTC de 748'116 francs (cf. procès-verbal d'ouverture des offres).

E. 9

Le présent arrêt au fond rend sans objet la requête d'effet suspensif de la recourante.

E. 10

Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de percevoir des frais (art. 47 al. 1 et 2 LPJA par renvoi de l'art. 41 LCMP). Par ailleurs, il n'y a pas lieu d'allouer des dépens à la recourante, dès lors qu'elle n'en demande pas et qu'elle n'est pas représentée par un mandataire professionnel (art. 48 al. 1 LPJA a contrario, 51 al. 1 LPJA).

E. 16

et 24 ss; arrêt du TF du 31.03.2015 [2C_1131/2013] cons. 8.2). A cet égard, le Tribunal fédéral a retenu que la violation du principe de la transparence n'avait pas de portée propre et se confondait, en réalité, avec les griefs tirés de l'application arbitraire des règles et principes qui gouvernent les procédures de marchés publics, telles l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'utilisation parcimonieuse des deniers publics, la concurrence efficace ou l'égalité de traitement entre soumissionnaires (ATF 130 I 241 cons. 5.3). Ainsi, si ce but est atteint et que les soumissionnaires n'ont pas été lésés par un vice de transparence, rien ne justifie l'annulation de la procédure (Rodondi, op. cit., in : RDAF 2001 I 389, p. 410 et les références citées; Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, p. 142; arrêts du Tribunal administratif du canton de Vaud du 10.11.2015 [MPU.2015.0040] cons. 6b/bb et cc, du 11.08.2015 [MPU.2015.0034] cons. 3c; arrêt du Tribunal du canton de Fribourg du 22.09.2008 [602 2008 24] cons. 4 et 5). Dans un cas concernant un contrôle des exigences formelles relatives aux critères d'aptitude, susceptibles d'entraîner l'exclusion d'un soumissionnaire, la Haute Cour a d'ailleurs récemment exposé que la violation de certains principes ne justifie pas nécessairement la mise à néant de la procédure. Il faut en particulier y renoncer lorsque le manquement s'avère être de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif recherché par la prescription formelle violée (ATF 141 II 353 cons. 8.2.1 et les références citées).

c) En l'occurrence, il y a lieu de se rallier à cette analyse. A teneur de la récente jurisprudence du Tribunal fédéral, la répétition d'une procédure doit demeurer l'exception. En cas de violation d'une règle de procédure, telle que le principe de transparence, il se justifie dès lors d'examiner au préalable si le vice a eu une influence sur le résultat du marché et faussé le jeu de la concurrence. Cette solution permet d'éviter la répétition d'une procédure qui aboutirait de toute manière au même résultat, de répondre de manière optimale à l'exigence de célérité présidant dans ce type de procédure, sans nuire au but central du droit des marchés publics qui est le fonctionnement d'une concurrence efficace, garanti par l'ouverture des marchés et en vue d'une utilisation rationnelle des deniers publics.

6.a) Dans le cas particulier, on doit considérer que le dossier d'appel d'offres, en particulier le cahier des charges, est problématique à plusieurs titres.

Tout d'abord, l'appel d'offres indique que l'évaluation des candidats se fera selon 5 critères d'adjudication et pondérations différentes, à savoir "Réponse aux exigences" (55 %), le "Montant de l'offre" (35 %), le "Service après-vente" (5 %), la "Qualité de l'offre" (3 %) et les "Renseignements sur le soumissionnaire" (2 %). Ce document ne renvoie à aucune autre explication comprenant des sous-critères. Le barème d'évaluation des critères d'adjudication fixe en outre une notation de 1 à 4 selon l'échelle suivante : "4 = excellent; 3 = bon; 2 = suffisant; 1 = insuffisant; 0 = non conforme". Or, il ressort du rapport de détail d'évaluation des offres que le critère 1 "Réponse aux exigences" était apprécié sur la base de 140 sous-critères (E-001 à E-140), dont 82 étaient pondérés à 0,5 %, 57 à 1 % et 1 à 2 %. Chacune de ces exigences a été évaluée selon la notation précédemment exposée. Ces exigences correspondent à celles détaillées dans la description de l'ouvrage (cahier des charges P-05) fournie avec l'appel d'offres (p. 4 à 49), toutefois sans que la pondération de chacune n'y soit mentionnée.

D'emblée, il sied d'observer que les exigences E-001 à E-140 du cahier des charges se rapportaient directement à la prestation elle-même (objet du marché) de sorte qu'elles devaient être considérées comme des [sous] critères d'adjudication (cf. cons. 4c ci-dessus). Aussi, la dénomination éliminatoire de certains de ces sous-critères et le contenu du chapitre 5.1.2 du cahier des charges ne sont pas compatibles avec la règle selon laquelle un critère d'adjudication ne saurait être éliminatoire (art. 21 let. aLCMPa contrario, cf. également cons. 4c ci-dessus).

La Cour de céans constate également que le critère 1 "Réponse aux exigences" est un critère global de conformité et de technique très important ■ puisqu'il représente à lui seul 55 % de la note finale ■ qui, par sa généralité, ne peut pas être évalué par lui-même. Son libellé impose en effet qu'il soit concrétisé par certaines exigences auxquelles les soumissionnaires devaient apporter des réponses. Lesdites exigences constituent en réalité les critères concrets sur lesquels s'est basé l'intimé pour évaluer les offres. En tout état de cause, la qualification de "sous-critères" ou d' "exigences" n'est pas décisive en soi. Cependant, il ne ressort ni des critères publiés, notamment "Réponse aux exigences", ni du cahier des charges ■ bien qu'il les détaille (titre, exigence, remarque) ■ que chacun de ces 140 critères auraient une pondération propre. Pas plus d'ailleurs qu'ils n'ont été classés dans un certain ordre d'importance dans le cahier des charges. Une telle manière de faire est problématique au regard du principe de la transparence, qui interdit au pouvoir adjudicateur d'introduire, au stade de l'évaluation des offres, des facteurs de pondération non annoncés.

b/aa) Par ailleurs, on constate que le cahier des charges souffre d'un manque de clarté à plusieurs égards. Ce document (P-05 de l'appel d'offres) est composé d'une partie introductive avec l'objet du document et les étapes à suivre (chapitre 1); d'une description générale du lot (chapitre 2); d'une description détaillée (chapitre 3) comprenant 140 exigences (E001-E140), avec la statique (chapitre 3.1), le déploiement (chapitre 3.2), l'aménagement et équipements du véhicule (chapitre 3.3), l'aménagement et équipements intérieurs (chapitre 3.4), les options supplémentaires (chapitre 3.5); la documentation (chapitre 4); la garantie, support et maintenance (chapitre 5) comprenant la garantie (5.1), le support demandé (5.2), la maintenance (5.3) et enfin la réalisation (chapitre 6). Toutefois, bien que le cahier des charges décrive et détaille chacune des 140 exigences dans les chapitres 3 à 6, il n'est aucunement fait mention du ou des critères principaux auxquels les exigences se rapportent. Ce faisant, on ne saurait émettre à l'aune des principes de transparence et de la confiance que les 140 exigences ou sous-critères se rapportaient exclusivement au critère 1 "Réponse aux exigences", comme le soutient l'intimé.

A cet égard, il ressort de l'appel d'offres que le pouvoir adjudicateur a valorisé le service après-vente en lui accordant plus d'importance et en le concrétisant par le critère d'adjudication 3 intitulé "Service après-vente". Si le choix de ce critère est en parfaite conformité avec l'objet du marché et entre dans le large pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur et ne saurait prêter flanc à la critique, il convient néanmoins de rappeler qu'il appartenait à l'intimé d'indiquer les sous-critères qu'il entendait privilégier et de les communiquer par avance aux soumissionnaires. Dans la mesure où il n'est pas fait allusion à quel(s) critères se rapportaient les exigences (sous-critères) du cahier des charges, la Cour de cassation retient, à l'instar de la recourante (cf. son courrier du 08.05.2017), que tout soumissionnaire pouvait raisonnablement partir de l'idée que certaines des exigences seraient utilisées pour noter le critère "Réponse aux exigences" et d'autres pour noter le critère "Service après-vente". En effet, si les chapitres 3 et 4 du cahier des charges sont inhérents à la description du véhicule ainsi qu'à la documentation requise, on observe que le chapitre 5 est consacré à la garantie, au support et à la maintenance. Plusieurs éléments contenus dans les exigences E-132 à E-136 font d'ailleurs expressément référence au service après-vente. Aussi, on peut admettre, en application de la règle de la confiance, que tout soumissionnaire placé dans les mêmes circonstances aurait compris que le critère 3 "Service après-vente" allait être évalué sur la base des exigences E-132 à E-136. En se fondant exclusivement sur l'exigence E-134 du cahier des charges sans l'indiquer dans l'appel d'offres et en lui donnant une importance prépondérante (5 % de la note globale), le pouvoir adjudicateur a évalué le critère 3 en violation du principe de transparence.

cc) Plus spécifiquement, on doit admettre que l'exigence E-134 ("Le soumissionnaire propose un contrat d'entretien pour le système de l'échelle/ du bras et du véhicule") n'est pas explicite. En effet, s'il est fait mention du terme contrat d'entretien, la production d'un contrat d'entretien en annexe au cahier des charges ne s'imposait pas comme une exigence obligatoire. Ceci d'autant moins que le point 1.5.1 du cahier des charges indiquait que pour chaque exigence, le soumissionnaire devait décrire sous la rubrique réponse, la solution proposée pour répondre à l'exigence. Cette description ne devait donc pas renvoyer à une documentation générale d'un fournisseur mais apporter la preuve que le soumissionnaire avait compris l'exigence et avait trouvé une solution adéquate. C'est ainsi que dans sa réponse à cette exigence, la recourante a précisé qu'elle proposerait, cas échéant, un contrat d'entretien pour un entretien annuel de la partie échelle. Aussi, et dans la mesure où le

cahier des charges imposait de fournir des réponses sur les éléments essentiels que peut contenir un contrat de service après-vente, les soumissionnaires n'étaient pas en mesure de comprendre qu'un contrat devait encore être produit en annexe aux réponses au cahier des charges. Il ne faisait d'ailleurs sens de produire un tel document alors que les éléments essentiels figuraient dans les exigences E-132 à E-136. Cas échéant, il appartenait à l'intimé de l'indiquer de manière explicite ou encore de le mentionner dans le chapitre 4, soit la documentation à fournir. Ce faisant, vu le manque de clarté de l'exigence E-134, le pouvoir adjudicateur n'était pas en droit d'exiger une annexe de contrat d'entretien et a contrario de sanctionner la non production d'un tel contrat pour l'évaluation des offres, respectivement pour l'évaluation de l'exigence E-134 au risque de violer les principes de transparence et de la confiance. Finalement, par surabondance, on relèvera que les notes attribuées à l'exigence E-134 et celle reportée au critère 3 manquent de cohérence et ne trouve pas de justification suffisante dans les explications fournies ultérieurement par l'intimé. En effet, si l'élément déterminant était le dépôt du contrat, on peine à comprendre comment la recourante a pu, d'un côté, obtenir la note de 2.00 pour l'exigence E-134, et d'un autre côté obtenir la note de 1.00 pour le critère 3.

c) En résumé, en pondérant et en accordant plus d'importance à certains des sous-critères (E-001 à E-140), en se fondant uniquement sur l'exigence E-134 pour la notation du critère 3 sans l'annoncer au préalable et de manière générale, en ne transmettant pas l'ensemble des données nécessaires et en manquant de clarté dans les documents d'appel d'offres, en particulier le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur a violé les principes de la transparence et de la confiance. L'écart de notation entre la recourante et le tiers intéressé étant très faible, il reste à examiner si les irrégularités commises ont eu une incidence sur le classement final des soumissionnaires (cons. 5c ci-dessus). On se limitera à examiner l'influence de cette violation uniquement entre les parties à la procédure, soit la recourante et le tiers, les autres soumissionnaires ayant renoncé à recourir contre la décision d'adjudication.

7. Le pouvoir adjudicateur étant lié par son appel d'offres (cons. 4a ci-dessus), il faut retenir que chacune des 140 exigences dans le cahier des charges avait le même poids. Par ailleurs, on doit considérer que le critère 3 "Service après-vente" devait être évalué au regard des exigences E-132 à E-136 et que les autres exigences (135) devaient servir au critère 1 "Réponse aux exigences".

a) Dans ce cadre, il convient de refaire les calculs de l'évaluation sans la pondération des exigences afin que les soumissionnaires soient évalués sur des critères qu'ils connaissent, réparant ainsi la violation des principes de la transparence et de la confiance, tout en garantissant une concurrence efficace.

Calculant du critère 1, en divisant la somme des notes obtenues (400 points) par 135 exigences, la recourante obtient la note moyenne arrondie de 2.96 et une note finale pondérée (55 %) de 1.63. Quant à Z. _____ AG, elle obtient la note moyenne de 3.09 (417 points/135) et une note finale pondérée de 1.70.

Calculant du critère 3, en divisant la somme des notes obtenues aux exigences E-132 à E-136 (15 points) par 5, la recourante obtient la note moyenne de 3.00 et une note finale pondérée (5 %) de 0.15. Quant à Z. _____ AG, elle obtient la note moyenne de 3.2 (16 points/5) et une note finale pondérée de 0.16.

b) Partant, en additionnant la note obtenue pour chaque critère avec sa pondération, la recourante obtient la note finale de 3.33 (1.63 + 1.40 + 0.15 + 0.07 + 0.08) alors que Z. _____ AG obtient la note de 3.25 (1.70 + 1.23 + 0.16 + 0.07 + 0.09), le marché devant dès lors, sur cette base d'évaluation, être attribué à la recourante.

8. Il découle des considérants qui précèdent que le recours est admissibles qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs soulevés par la recourante. La décision d'adjudication du 2 mai 2017 est réformée en ce sens que le marché est adjugé à X. _____ AG pour le montant total TTC de 748'116 francs (cf. procès-verbal d'ouverture des offres).

9. Le présent arrêt au fond rend sans objet la requête d'effet suspensif de la recourante.

10. Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de percevoir des frais (art. 47 al. 1 et 2 LPJA par renvoi de l'art. 41 LCMP). Par ailleurs, il n'y a pas lieu d'allouer des dépens à la recourante, dès lors qu'elle n'en demande pas et qu'elle n'est pas représentée par un mandataire professionnel (art. 48 al. 1 LPJA a contrario, 51 al. 1 LPJA).

Par ces motifs, la Cour de droit public

1. Admet le recours.

2. Réforme la décision d'adjudication du 2 mai 2017 en ce sens que le marché est adjugé à X. _____ AG pour le montant total TTC de 748'116 francs.

3. Statue sans frais et ordonne la restitution à la recourante de son avance de frais.

4. N'alloue pas de dépens.

Neuchâtel, le 30 juin 2017

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