

NE_GERICHTE CDP.2017.22 vom 6. Juli 2017

NE Tribunal cantonal, 2017-07-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2017.22

FR: NE_GERICHTE CDP.2017.22 du 6 juillet 2017

IT: NE_GERICHTE CDP.2017.22 del 6 luglio 2017

Erwägungen

E. 1

LCMP ; art. 35 LPJA par renvoi de l'art. 41 LCMP). b) S'agissant de la recevabilité des observations de la Police du 22 mai 2017, contestée par la recourante, la question de savoir si l'article 43 al. 3 LCMP constitue une règle spécifique au délai de recours et non une prescription de portée générale en matière de feries judiciaires – comme le soutient l'intimée – peut rester ouverte à mesure que, quoi qu'il en soit, écarter purement et simplement cet acte ne se justifie pas et s'avère trop rigoureux en procédure administrative, car difficilement conciliable avec le principe inquisitoire (cf. Schaer , Juridiction administrative neuchâteloise, 1995, ad. art. 38, p. 164) et le droit de réplique élargi (ATF 138 I 354). Il convient dès lors de les prendre en compte.

E. 2

Sur le plan procédural, la recourante reproche à l'intimée que le dossier d'appel d'offres ne mentionnait pas la composition du comité d'évaluation des offres en violation des règles relatives à la récusation. En particulier, elle soutient que la société A. SA avait des relations d'affaires avec l'entreprise B. SA remettant ainsi en cause son indépendance. a) L'article 11 let. d AIMP impose le respect des conditions de récusation des personnes concernées lors de la passation des marchés. Dans ce cadre, l'article 11 LPJA pose les conditions devant entraîner une récusation d'office des personnes appelées à rendre ou à préparer la décision. Au sens de l'article 12 LPJA , les parties peuvent demander la récusation des personnes appelées à rendre ou à préparer une décision si les conditions de l'article 11 sont réalisées (al. 1). La demande de récusation doit être présentée sans délai à l'autorité de décision (al. 2). Le Tribunal fédéral a récemment eu l'opportunité d'exposer que les principes prévalant en matière de récusation faisaient l'objet d'une jurisprudence bien établie, y compris en matière de marchés publics (arrêt du TF du 20.02.2017 [2C_983/2016] cons. 1.2 et les références). b) En l'espèce, le domaine d'activité des entreprises soumissionnaires dans le marché en question, à savoir de larges systèmes de télécommunications, est sans conteste particulièrement spécifique, ce qui restreint naturellement le nombre d'acteurs y participant, lesquels sont inévitablement en concurrence régulièrement. Il n'est ainsi pas étonnant que l'entreprise B. et la recourante aient des relations commerciales avec la société A. SA , mandataire de l'intimée. Or, selon la jurisprudence, des contacts réguliers dans un cadre professionnel ne suffisent pas à créer une apparence de prévention (arrêt du TF du 02.12.2013 [9C_366/2013] cons. 5.2.1 et les références). Dans ce cadre, la recourante n'explique pas quelle prévention de récusation serait réalisée, ni pour quelle autre raison concrète la société A. SA n'aurait pas l'indépendance requise. En particulier, elle ne conteste pas l'évaluation effectuée et n'explique pas en quoi elle aurait été lésée. Il s'ensuit que ce grief est mal fondé, sans qu'il soit nécessaire d'instruire sur ce point, comme elle le demande.

E. 3

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. 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, le principe de la transparence 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 particulier, les critères utilisés sont inhérents au critère publié ou relèvent d'une grille d'évaluation – dont le principe de la transparence n'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., 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, N 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, N 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 élevée. 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. 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., N 603). Les critères d'adjudication et d'aptitude doivent être interprétés au regard du principe de la confiance (Galli / Moser / Lang/Steiner , 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 des articles 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, n° 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 l'art. 41 LCMP ; art. 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 cantonal fribourgeois, 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, avait annulé la décision d'adjudication et renvoyé l'affaire au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision (RJN 2011, 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., 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 cantonal fribourgeois du 22.09.2008 [602 2008 24] cons. 4 et 5). Dans un cas relatif au contrôle des exigences formelles relatives aux critères d'aptitudes, 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 à 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

La recourante reproche à l'intimée d'avoir violé le principe de la transparence en procédant à l'évaluation des offres à l'aide d'une pondération des sous-critères qu'elle n'a pas annoncée dans l'appel d'offres. a) En l'espèce, l'appel d'offres indique que l'évaluation des

candidats se fera selon 4 critères d'adjudication et pondérations, à savoir les réponses aux exigences (60 %), le montant de l'offre (30 %), les renseignements sur le soumissionnaire (8 %) et la qualité de l'offre (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 "réponses aux exigences" était apprécié sur la base de 98 sous-critères (E-001 à E-098), dont 85 étaient pondérés à 1 % et 13 respectivement à 3 % (E-040, E-047, E-048, E-052 et E-071), 5 % (E-030), 10 % (E-002, E-003, E-029, E-035 et E-086) et 15 % (E-001 et E-033). Chacun de ces sous-critères a été évalué 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. 10 à 52), toutefois sans que la pondération de chacune n'y soit mentionnée. Le pouvoir adjudicateur soutient que ces exigences ne constituent pas des sous-critères mais uniquement la concrétisation du critère publié. A cet égard, la Cour de céans constate que le critère "réponses aux exigences" est un critère global de conformité et de technique très important – puisqu'il représente à lui seul 60 % 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 lesdites "exigences" auxquelles les soumissionnaires doivent apporter des "réponses". Ils constituent en réalité les critères concrets sur lesquels s'est basée l'intimée pour évaluer les offres et les qualifier de "sous-critères" ou d' "exigences" n'a en définitive pas de portée propre. Ceci étant, il ne ressort ni du critère publié "réponses aux exigences", ni du cahier des charges – bien qu'il les détaille (titre, exigence, remarque) – que chacun de ces 98 critères auraient une pondération propre. Pas plus ne sont-ils d'ailleurs classés dans un certain ordre d'importance dans le cahier des charges. Une telle manière de faire est en soi contraire au principe de la transparence, qui interdit au pouvoir adjudicateur d'introduire, au stade de l'évaluation des offres, des facteurs de pondération non annoncés. Compte tenu des principes dégagés ci-dessus (cons. 4 et 5), il convient de retenir que le pouvoir adjudicateur était lié par son appel d'offres et que chacun des 98 critères d'évaluation permettant de déterminer la note relative aux "exigences" avait chacun le même poids (1/98 e). Attendu que les notes de ces 98 critères n'ont pas été contestées en tant que telles, il convient d'effectuer les calculs d'évaluation en faisant fi de la pondération . Ce faisant, les offres des soumissionnaires seront évaluées sur la base des critères connus de ces derniers au moment de l'établissement de leur offre, en adéquation avec les principes régissant les marchés publics. S'agissant du critère n° 1 – réponses aux exigences – force est de constater que la recourante obtient la note de 2.74 en divisant la somme des notes obtenues (269 points) par 98 critères pour son offre de base et la note de 2.40 pour sa variante (236 points). Quant à l'entreprise B., elle obtient la note de 2.90 (284 points). La question de la licéité de la sous-pondération des trois autres critères annoncés dans l'appel d'offre (n°2 : montant de l'offre; n° 3 : renseignements sur le soumissionnaire; n° 4 : qualité de l'offre), laquelle n'a pas non plus été portée à la connaissance des soumissionnaires dans l'appel d'offre peut au demeurant rester ouverte. En effet, d'une part, elle n'a pas été discutée par les parties et, d'autre part, son application ou non n'a qu'une conséquence toute marginale sur les notes obtenues (variation maximale de + 0.01 de la note finale pour chaque critère). Même à admettre que le principe de la transparence imposerait également l'éviction de ces sous-pondérations, il ressort que la variante de la recourante – sa meilleure offre globale – obtiendrait la note finale de 2.89 alors que l'entreprise B. serait notée à 3.22. Ainsi, en tout

état de cause, l'évaluation du marché public sur une base d'évaluation conforme au principe de la transparence demeure inchangée. La recourante n'aurait dès lors de toute manière pas obtenu le marché. Cette constatation a au demeurant pour conséquence de rendre vide d'objet l'argument de la recourante selon lequel elle aurait mieux pu calibrer son offre en ayant connaissance de sous-pondération du critère n° 1, dès lors que ce manquement a été corrigé. Le recours est mal fondé sur ce point. Les prétentions de la recourante fondées sur l'article 46 LCMP sortent de l'objet de la contestation (RJN 2008, p. 290) et sont irrecevables.

E. 7

Il s'ensuit que le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité et la décision confirmée. La cause ayant au demeurant pu être jugée en l'état du dossier, les actes d'instruction requis par les parties ne se justifient pas. Vu l'issue du litige, les frais sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 47 al. 1 LPJA, par renvoi de l'art. 41 LCMP). Il n'y a pas lieu de lui allouer de dépens. L'intimée n'étant pas représentée par un mandataire professionnel, elle n'y a pas droit (art. 48 LPJA a contrario). Il convient en revanche de condamner la recourante à en verser au tiers intéressé. Les mandataires de ce dernier n'ayant pas déposé de mémoire d'honoraires, leur montant sera fixé sur la base du dossier (art. 66 al. 2 TFrais). L'indemnité sera arrêtée à 2'000 francs tout compris, incluant les dépens relatifs à la décision sur l'effet suspensif.

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., 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 cantonal fribourgeois du 22.09.2008 [602 2008 24] cons. 4 et 5). Dans un cas relatif au contrôle des exigences formelles relatives aux critères d'aptitudes, 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 à 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. La recourante reproche à l'intimée d'avoir violé le principe de la transparence en procédant à l'évaluation des offres à l'aide d'une pondération des sous-critères qu'elle n'a pas annoncée dans l'appel d'offres.

a) En l'espèce, l'appel d'offres indique que l'évaluation des candidats se fera selon 4 critères d'adjudication et pondérations, à savoir les réponses aux exigences (60 %), le montant de l'offre (30 %), les renseignements sur le soumissionnaire (8 %) et la qualité de l'offre (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 "réponses aux exigences" était apprécié sur la base de 98 sous-critères (E-001 à E-098), dont 85 étaient pondérés à 1 % et 13 respectivement à 3 % (E-040, E-047, E-048, E-052 et E-071), 5 % (E-030), 10 % (E-002, E-003, E-029, E-035 et E-086) et 15 % (E-001 et E-033). Chacun de ces sous-critères a été évalué 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. 10 à 52), toutefois sans que la pondération de chacune n'y soit mentionnée.

Le pouvoir adjudicateur soutient que ces exigences ne constituent pas des sous-critères mais uniquement la concrétisation du critère publié. A cet égard, la Cour de céans constate que le critère "réponses aux exigences" est un critère global de conformité et de technique très important puisqu'il représente à lui seul 60 % 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 lesdites "exigences" auxquelles les soumissionnaires doivent apporter des "réponses". Ils constituent en réalité les critères concrets sur lesquels s'est basée l'intimée pour évaluer les offres et les qualifier de "sous-critères" ou de "exigences" n'a en définitive pas de portée propre.

Ceci étant, il ne ressort ni du critère publié "réponses aux exigences", ni du cahier des charges bien qu'il les détaille (titre, exigence, remarque) que chacun de ces 98 critères auraient une pondération propre. Pas plus ne sont-ils d'ailleurs classés dans un certain ordre d'importance dans le cahier des charges. Une telle manière de faire est en soi contraire au principe de la transparence, qui interdit au pouvoir adjudicateur d'introduire, au stade de l'évaluation des offres, des facteurs de pondération non annoncés.

Compte tenu des principes dégagés ci-dessus (cons. 4 et 5), il convient de retenir que le pouvoir adjudicateur était lié par son appel d'offres et que chacun des 98 critères d'évaluation permettant de déterminer la note relative aux "exigences" avait chacun le même poids (1/98e). Attendu que les notes de ces 98 critères n'ont pas été contestées en tant que telles, il convient d'effectuer les calculs d'évaluation en faisant fi de la pondération. Ce faisant, les offres des soumissionnaires seront évaluées sur la base des critères connus de ces derniers au moment de l'établissement de leur offre, en adéquation avec les principes régissant les marchés publics.

3. Agissant du critère n° 1 réponses aux exigences force est de constater que la recourante obtient la note de 2.74 en divisant la somme des notes obtenues (269 points) par 98 critères pour son offre de base et la note de 2.40 pour sa variante (236 points). Quant à l'entreprise B., elle obtient la note de 2.90 (284 points).

La question de la licéité de la sous-pondération des trois autres critères annoncés dans l'appel d'offre (n°2 : montant de l'offre; n° 3 : renseignements sur le soumissionnaire; n° 4 : qualité de l'offre), laquelle n'a pas non plus été portée à la connaissance des soumissionnaires dans l'appel d'offre peut au demeurant rester ouverte. En effet, d'une part, elle n'a pas été discutée par les parties et, d'autre part, son application ou non n'a qu'une conséquence toute marginale sur les notes obtenues (variation maximale de + 0.01 de la note finale pour chaque critère).

Même à admettre que le principe de la transparence imposerait également l'éviction de ces sous-pondérations, il ressort que la variante de la recourante sa meilleure offre globale obtiendrait la note finale de 2.89 alors que l'entreprise B. serait notée à 3.22. Ainsi, en tout état de cause, l'évaluation du marché public sur une base d'évaluation conforme au principe de la transparence demeure inchangée. La recourante n'aurait dès lors de toute manière pas obtenu le marché. Cette constatation a au demeurant pour conséquence de rendre vide d'objet l'argument de la recourante selon lequel elle aurait mieux pu calibrer son offre en ayant connaissance de sous-pondération du critère n° 1, dès lors que ce manquement a été corrigé. Le recours est mal fondé sur ce point. Les prétentions de la recourante fondées sur l'article 46LCMP sortent de l'objet de la contestation (RJN 2008, p. 290) et sont irrecevables.

7. Il s'ensuit que le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité et la décision confirmée. La cause ayant au demeurant pu être jugée en l'état du dossier, les actes d'instruction requis par les parties ne se justifient pas. Vu l'issue du litige, les frais sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 47 al. 1LPJA, par renvoi de l'art. 41LCMP). Il n'y a pas lieu de lui allouer de dépens. L'intimée n'étant pas représentée par un mandataire professionnel, elle n'y a pas droit (art. 48LPJAa contrario). Il convient en revanche de condamner la recourante à en verser au tiers intéressé. Les mandataires de ce dernier n'ayant pas déposé de mémoire d'honoraires, leur montant sera fixé sur la base du dossier (art. 66 al. 2TFrais). L'indemnité sera arrêtée à 2'000 francs tout compris, incluant les dépens relatifs à la décision sur l'effet suspensif.

Par ces motifs, la Cour de droit public

1. Rejette le recours dans la mesure de sa recevabilité.

2. Met à la charge de la recourante des frais par 2'860 francs, y compris ceux relatifs à la décision sur l'effet suspensif, montant partiellement compensé par son avance de frais.

3. Condamne la recourante à verser une indemnité de dépens de 2'000 francs tout compris à l'entreprise B. SA.

Neuchâtel, le 6 juillet 2017