

NE_GERICHTE CDP.2020.393 vom 19. Februar 2021

NE Tribunal cantonal, 2021-02-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2020.393

FR: NE_GERICHTE CDP.2020.393 du 19 février 2021

IT: NE_GERICHTE CDP.2020.393 del 19 febbraio 2021

Erwägungen

E. 16

décembre 2020, X. _____ SA produit un courriel de la société A. _____ du 9 septembre 2020, aux termes duquel celle-ci demande à C. _____ SA, société active dans le camionnage et les transports en tout genre, d'établir une offre concernant une solution de secours pour la vidange de 6 conteneurs enterrés répartis dans différents villages du Littoral neuchâtelois respectant notamment la caractéristique suivante : « système de levage avec grue équipé d'un système de préhension à double crochet (par ex. de type Kinshofer) permettant la levée de conteneurs 5m 3 enterrés ». L'intéressée en déduit que la société A. _____ ne bénéficiait pas d'une solution de rechange à la date du délai de dépôt des offres, soit le 17 août 2020, et invoque, par conséquent, à nouveau une violation de l'égalité de traitement. E. Par des observations du 23 décembre 2020, la Commune du Landeron allègue que l'offre de A. _____ est conforme au cahier des charges puisque, d'une part, cette société a établi, justificatifs à l'appui dans son offre, qu'un camion répondant à toutes les conditions serait disponible courant 2021 et, d'autre part, qu'il est possible de déplacer la pince Kinshofer du camion principal sur un autre camion immatriculé. Elle fait également valoir que le courriel du 9 septembre 2020 de A. _____ à la société C. _____ SA peut concerner d'autres procédures d'appel d'offre en préparation. F. Par courrier du 28 janvier 2021, la recourante réitère, pour l'essentiel, ses griefs. Elle fait également valoir que Me D. _____, mandataire de l'intimée, se trouve dans un conflit d'intérêts. Elle allègue à cet égard que ce mandataire représente la société E. _____ SA, qui est étroitement liée à B. _____ SA puisque son directeur fait partie des organes de B. _____ SA et que la Commune du Landeron possède des actions dans cette entreprise. G. L'intimée renonce à se prononcer. H. Par décision incidente du 19 février 2021, la Cour de céans ne retient pas de violation de l'article 12 let. c LLCA et rejette la requête incidente. **C O N S I D E R A N T** en droit 1. Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable (art. 42 al. 2 let. c et 43 al. 1 LCMP ; 35 LPJA par renvoi de l'art. 41 LCMP). 2. Dans un premier argument, la recourante fait valoir que B. _____ SA aurait dû se récuser, en raison d'un conflit les ayant opposées dans le passé. a) Aux termes de l'article 29 al. 1 Cst., toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Selon la jurisprudence, ce droit permet notamment d'exiger la récusation des membres d'une autorité administrative dont la situation ou le comportement sont de nature à faire naître un doute sur leur indépendance ou leur impartialité; il tend à éviter que des circonstances extérieures à l'affaire ne puissent influencer une décision en faveur ou au détriment de la personne concernée. La récusation peut s'imposer même si une prévention effective du membre de l'autorité visée n'est pas établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle. Cependant, seules des circonstances constatées objectivement doivent être prises en

considération; les impressions purement individuelles d'une des personnes impliquées ne sont pas décisives (arrêts du TF du 07.07.2015 [1C_127/2015] cons. 3.1 ; du 30.12.2011 [2C_831/2011] cons. 3.1 ; ATF 127 I 196 cons. 2b p. 198 ; cf. également s'agissant des autorités judiciaires, ATF 138 IV 142 cons. 2.1). Contrairement à l'article 30 al. 1 Cst. féd., l'article 29 al. 1 Cst. féd. n'impose pas l'indépendance et l'impartialité comme maxime d'organisation. En règle générale, les prises de position qui s'inscrivent dans l'exercice normal de fonctions gouvernementales, administratives ou de gestion, ou dans les attributions normales de l'autorité, ne permettent pas de conclure à l'apparence de la partialité et ne justifient pas la récusation (ATF 125 I 119 cons. 3f, 125 I 209 cons. 8a ; arrêt du TF du 04.11.2004 [2P.56/2004] cons. 3.3). Une autorité a en revanche le devoir de se récuser lorsqu'il apparaît qu'elle s'est forgée une opinion inébranlable avant même d'avoir pris connaissance de tous les faits pertinents de la cause (arrêts du TF du 07.07.2015 [1C_127/2015] cons. 3.1 et du 07.01.2011 [1C_455/2010] cons. 2.2 et les arrêts cités). 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 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 citées). Sous l'angle de la bonne foi, les prétentions que tirent les parties du droit de récusation s'éteignent par péremption lorsque le plaideur procède devant un juge ou une autorité en connaissance des faits pouvant justifier une récusation; en effet, l'intéressé accepte ainsi, de manière tacite, que la personne récusable exerce ses fonctions (ATF 134 I 20 cons. 4.3.1; 132 II 485 cons. 4.3). b) En l'occurrence, la publication de l'appel d'offre, le dossier d'appel d'offres et le cahier des charges remis en consultation en juin 2020 désignent tous B. _____ SA en tant que service organisateur. Dès lors, la recourante savait, même avant le dépôt de son offre, que cette entité allait intervenir dans le marché public. En sus de l'information contenue dans les documents susmentionnés, elle a échangé plusieurs courriers électroniques avec la société B. _____ SA (courriels des 27 et 31.08.2020 et 14 et 15.09.2020). L'intéressée ne saurait ainsi faire valoir, plusieurs mois après en avoir eu connaissance, un motif de récusation. En effet, il lui appartenait de soulever un tel motif avant que la décision d'exclusion ne soit rendue. En attendant plusieurs mois, pour soulever ce grief pour la première fois, la recourante intervient tardivement (cf. notamment arrêt de la Cour de droit public du canton de Vaud du 09.03.2017 [MPU.2016.0027] cons. 5). En outre, on ne voit pas en quoi elle n'aurait pas pu faire les démarches plus tôt. En effet, elle était en mesure, même sans le concours de son avocat, de réaliser, dès juin 2020, que la société B. _____ SA, qu'elle connaît très bien au vu de la procédure qui est montée au Tribunal fédéral à deux reprises, intervenait dans la procédure et d'en avertir son conseil juridique. Une personne diligente placée dans la même situation n'aurait pas attendu plusieurs mois avant de mentionner ce problème à son avocat, ceci d'autant plus que la recourante est représentée par le même mandataire de longue date. Elle a manifestement attendu de voir quelles suites seraient données à son offre, invoquant la récusation de la société B. _____ SA lorsque l'issue de la procédure ne lui a pas convenu Aussi, le grief selon lequel l'intéressée n'a consulté son avocat que le 17 novembre

2020 tombe à faux. 3. a) Le dossier de soumission doit contenir tous les documents et toutes les informations nécessaires à la préparation d'une offre, notamment en ce qui concerne les critères d'aptitude requis ainsi que les preuves à fournir par le soumissionnaire (art.

E. 18

let. eLCMP). Le pouvoir adjudicateur fixe des critères objectifs et vérifiables pour juger de l'aptitude des soumissionnaires. Ces critères ont trait à la capacité technique, économique, financière et organisationnelle. Ils sont adaptés en fonction de la nature et de l'importance du marché (art. 19LCMP).

Le pouvoir adjudicateur examine les offres selon des critères uniformes et en dresse un premier tableau comparatif après correction des erreurs manifestes de calcul et d'écriture (art. 29 al. 1LCMP). Il vérifie en outre l'aptitude des soumissionnaires sur la base des critères contenus dans le dossier de soumission (art. 27LCMP). Un soumissionnaire est exclu de la procédure d'adjudication notamment s'il ne répond pas aux critères d'aptitude (art. 21 al. 1 let. aLCMP). La décision d'exclusion, sommairement motivée, est communiquée par le pouvoir adjudicateur au soumissionnaire concerné, au plus tard en même temps que la décision d'adjudication (art. 21aLCMP).

b) Selon la jurisprudence récemment rappelée par le Tribunal fédéral, les critères d'aptitude ou de qualification («Eignungskriterien») sont des exigences qui subordonnent l'accès à la procédure. Ces critères servent à s'assurer que le soumissionnaire a les capacités suffisantes pour réaliser le marché. Les entreprises soumissionnaires qui ne les remplissent pas voient leur offre exclue d'emblée. Cette conclusion s'impose toutefois uniquement lorsque le vice n'est pas anodin; le motif d'exclusion doit revêtir une certaine gravité («ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen»). Lorsque les manquements du soumissionnaire aux exigences d'aptitude ne sont que légers, il serait en effet disproportionné de l'exclure de la procédure d'adjudication (ATF 145 II 249cons. 3.3 et les références citées; arrêt du TF du 20.11.2020 [2D_6/2020]cons. 4.3 et les références citées).

Les critères d'aptitude doivent pouvoir être contrôlés par l'adjudicateur avant la décision d'adjudication, ce qui exclut notamment que des éléments essentiels pour l'exécution du mandat ne soient acquis par l'adjudicataire que par la suite. Si l'adjudicateur estime qu'il suffit, pour des raisons pratiques liées à la réalité du marché, que les soumissionnaires se limitent à fournir des garanties, au moment de la décision d'adjudication, qu'ils posséderont les éléments essentiels pour l'exécution du mandat lorsque celui-ci devra être exécuté, alors il doit le mentionner dans l'appel d'offres. S'il ne le fait pas et si une telle volonté ne peut être clairement déduite d'une interprétation de l'appel d'offres, il ne peut, par la suite, attribuer le marché à une entreprise ne remplissant pas un critère d'aptitude au moment de la décision d'adjudication, sous peine de fausser l'attribution du marché. En effet, il n'est pas exclu que d'autres entreprises concurrentes, désireuses de participer au marché mais n'étant pas en mesure de remplir tous les critères d'aptitude au moment de soumissionner, y aient renoncé compte tenu de la teneur de l'appel d'offres. A titre d'exemple, dans l'ATF 143 I 177, l'entreprise qui s'était vu attribuer le marché ne disposait pas, au moment du dépôt de l'offre, de la licence d'entreprise de transport routier exigée par la législation fédérale. Le Tribunal fédéral, après avoir constaté qu'il s'agissait d'une condition impérative pour pouvoir pratiquer le transport de marchandises par route et donc d'une qualification technique essentielle à l'exécution du mandat, a retenu que le défaut de la licence en question était un vice grave qui aurait dû conduire à l'exclusion du marché de l'entreprise

concernée (ATF 145 II 249, cons. 3.3 et les références citées; arrêt du TF du 20.11.2020 précité cons. 4.3 et les références citées).

Aussi, en règle générale, les critères d'aptitude doivent être remplis au moment de la décision d'adjudication. Toutefois, l'appel d'offres peut indiquer le contraire. Cela peut résulter d'une mention claire et explicite dans le cahier des charges ou d'une interprétation des documents d'appel d'offres. Cette interprétation doit tenir compte, en particulier, des principes de la liberté d'accès au marché intérieur, de l'égalité de traitement des soumissionnaires, de la transparence et de l'utilisation économique des fonds publics, qui sous-tendent le droit des marchés publics (arrêt du TF du 30.11.2020 [2D_17/2020] cons. 1.2.5).

c) A teneur de l'article 22 al. 4 LCMP, l'offre ne peut plus être modifiée par le soumissionnaire après l'expiration du délai de dépôt, ni par le pouvoir adjudicateur. Le principe d'intangibilité de l'offre impose d'apprécier celle-ci sur la seule base du dossier remis.

Le pouvoir adjudicateur peut toutefois inviter le soumissionnaire à fournir par écrit des explications complémentaires et organise au besoin des séances de clarification à cet effet. Il peut requérir des avis d'experts (art. 29 al. 2 LCMP). Les négociations avec les soumissionnaires sur les prix, les remises de prix et les modifications de prestations sont interdites (al. 3). La distinction entre ce qui relève de la correction des erreurs et de la clarification des offres (admissible) et ce qui ressortit à la modification des offres contraire au principe de l'intangibilité peut se révéler délicate. C'est la raison pour laquelle les discussions doivent faire l'objet d'un procès-verbal précis. A tout le moins, l'opération de clarification ne doit pas entraîner de modifications matérielles des offres à l'instar d'une modification des prix, de l'octroi de remises ou rabais nouveaux, ou de modifications du contenu de la prestation offerte ou des modalités de son exécution. En particulier, le pouvoir adjudicateur ne peut pas demander au soumissionnaire de modifier son offre si celle-ci ne respecte pas une exigence du cahier des charges. Il s'agit en dernier ressort d'empêcher des comportements interdits, qui, pour le moins, éveillent le soupçon que certains soumissionnaires bénéficient d'avantages indus (arrêt du TF du 25.03.2020 [2D_33/2019] cons. 3.1 et les références citées).

Aussi, les éclaircissements d'un soumissionnaire quant à son offre ne doivent pas entraîner une modification de celle-ci. Il est par exemple possible à un soumissionnaire de corriger une erreur de calcul ou à l'adjudicateur de demander des informations complémentaires, pour autant que cela ne conduise pas à la modification des bases de l'offre ou des prix (Zufferey/Maillard/Michel, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p.123, 238 et les références citées; JAAC 62/II no 32 II cons.3b).

d) 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.

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. aLCMP). Ces documents doivent comporter un cahier des charges, lequel doit être clair et complet, ce qui contribue à rendre les offres comparables entre elles. L'adjudicateur doit en principe 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. Les documents d'appel d'offres s'imposent non seulement au soumissionnaire, mais également, en principe, 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. 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 (RJN 2011, p. 403cons. 4a).

4.a) Le cahier des charges de la présente procédure de marché public prévoit que le non-respect des exigences techniques par le soumissionnaire est un motif d'exclusion de la procédure de consultation (cahier des charges, p. 9). Les aspects techniques relatifs aux véhicules utilisés mentionnent notamment ce qui suit (cahier des charges, p. 9 à 11) :

"Le nombre de véhicules engagés n'est pas défini dans ce cahier des charges. Il incombe au mandataire de mettre à disposition un nombre de véhicules adaptés et suffisants pour assurer la collecte et le service en tout temps, y compris en cas d'indisponibilité subite et imprévisible (entretien, panne, accident,).

Cela signifie que le mandataire devra anticiper les indisponibilités prévisibles et imprévisibles des véhicules usuellement utilisés pour assurer la présente prestation et disposer de solutions alternatives qu'il pourra immédiatement mettre en œuvre.

Le mandataire devra détailler dans son offre les véhicules nécessaires pour réaliser la prestation usuellement et quelle organisation il met en œuvre pour s'assurer de la disponibilité du matériel conforme en tout temps, notamment les solutions alternatives.

Le mandataire devra également préciser le nombre de véhicules conformes dont il dispose au moment de la soumission, de leur occupation actuelle et de quelle manière il compte disposer du matériel suffisant pour réaliser les prestations.

[]" (p. 9).

"Les véhicules participant à la présente prestation pour la part levage et vidage des équipements de collecte devront être dotés des équipements suivants :

- []

- Système de levage avec grue équipé d'un système de préhension à double crochet (par ex. de type Kinshofer) permettant la levée de conteneurs de 5m³ enterrés," (p. 10).

"En cas d'indisponibilité prévisible ou non, quelle que soit la durée des véhicules principaux dédiés à la réalisation de la prestation, le mandataire doit utiliser d'autres véhicules répondant aux mêmes exigences techniques. Le mandataire doit donc anticiper les indisponibilités et disposer de solutions de secours pour lesquels il aura préalablement

fourni les justificatifs." (p. 11).

L'annexe R6, nommée «Planification des moyens», prévoit que le candidat est tenu d'indiquer les moyens matériels nécessaires et de préciser s'ils sont déjà à sa disposition et disponibles à la date du démarrage ou s'ils doivent être acquis ou loués. Pour chaque moyen matériel, le candidat doit préciser l'identifiant, le type de véhicule (châssis, énergie, émissions, dimensions, PTAC et poids utile), le(s) système(s) de préhension (marques, types et positions), le(s) système(s) de pesage (marques, types et positions), le(s) système(s) de lecture de puce (marques, types et positions), le système embarqué de gestion de données et ordinateur de bord (marque et type), la disponibilité ou la prévision d'acquisition ou de location et joindra tous les justificatifs, soit les documents de propriété, le contrat de location ou le devis pour acquisition ou location (avec mention des délais) et la documentation technique des équipements.

5. La recourante fait grief à l'autorité d'avoir fait preuve d'arbitraire dans le cadre de l'appréciation des critères d'aptitude puisqu'elle disposait, selon elle, d'une solution alternative.

Elle allègue encore que l'autorité a violé son droit d'être entendue en tant qu'elle ne lui a pas offert la possibilité de compléter son dossier d'offre sur la question des solutions alternatives. Il apparaît toutefois que cet argument doit plutôt être analysé sous l'angle du principe de l'intangibilité de l'offre que du droit d'être entendue.

En dernier lieu, elle fait valoir une inégalité de traitement par rapport à l'entreprise A. _____ qui selon ses dires, ne bénéficie pas de solution de secours.

a) Se pose, en premier lieu, la question de savoir si l'offre de la recourante remplissait ou non les conditions posées par le cahier des charges du pouvoir adjudicateur et si, par conséquent, ce dernier était en droit de l'exclure de la procédure.

Celle-ci a déposé une offre indiquant quatre véhicules (annexe R6). Les deux premiers, Futuricum 1 et Futuricum 2, acquis en 2018, respectivement 2020, étaient disponibles immédiatement. En revanche, il était mentionné que les deux autres véhicules, Futuricum 3 et Futuricum 4, étaient commandés. Elle a fourni, à ce titre, une confirmation de commande, toutefois sans mention des délais de livraisons. L'offre présentée n'étant pas claire sur la question de savoir si les camions disponibles ou en commande étaient ou non équipés d'un système de préhension à double crochet (par ex. de type Kinshofer), le pouvoir adjudicateur a demandé des clarifications par un courriel du 27 août 2020. Dans le cadre de ses explications complémentaires, la recourante a exposé que le véhicule Futuricum 1 actuellement disponible était équipé d'un système de préhension Kinshofer, que le véhicule Futuricum 3, disponible en avril 2021, était équipé d'un crochet simple et que les deux autres véhicules, soit Futuricum 2 et Futuricum 4 ne possédaient pas de système de préhension (annexe au courriel du 15.09.2020). Aussi, seul un des quatre véhicules proposés était équipé d'un système de préhension à double crochet.

Au vu de ce qui précède, il apparaît que la recourante n'a pas proposé de solutions alternatives disponibles au moment du dépôt de son offre répondant aux exigences techniques du cahier des charges, en l'occurrence un système de préhension à double crochet. Les véhicules commandés et livrés en avril et juillet 2021 ne sont pas équipés d'un tel système et elle n'a pas non plus proposé de solutions alternatives respectant les exigences techniques dont elle pourrait se prévaloir au moment de la prestation, soit le

1er janvier 2022, à défaut de pouvoir s'en prévaloir au moment du dépôt de son offre. Aussi, la question de la possibilité, pour l'intéressée, de remplir les conditions de l'aptitude ultérieurement à la décision d'adjudication ne se pose donc pas ici.

Dans son recours, cette dernière fait valoir qu'elle disposait de solutions de secours sous la forme d'un prêt de camion de remplacement de la Ville de Neuchâtel ou de la société F. _____ SA pour vider les conteneurs enterrés, ce que le pouvoir adjudicateur savait. Or, même si ce type de solution alternative aurait pu être suffisante au vu du cahier des charges qui ne prévoit pas de nombre minimum de véhicules (point 3.1.1. du cahier des charges), la recourante n'a pas mentionné avoir de telles possibilités avant la procédure recours. Au vu du principe de l'intangibilité de l'offre, il apparaît évident que des compléments à l'offre, notamment concernant les prestations ou leur exécution, ne sauraient intervenir au stade du recours. Seules des explications complémentaires à des fins de clarifications étaient possibles, explications qui ont en l'espèce été demandées par le pouvoir adjudicateur. Aussi, de telles solutions alternatives ne peuvent être prises en compte. Par surabondance, il sied de constater que la recourante n'a pas produit de justificatif à l'appui de ses allégations (par exemple une offre de contrat prêt ou un contrat de prêt avec les entités mentionnées), alors que le cahier des charges et l'annexe R6 l'exigeaient expressément (point 3.3). Le grief de la recourante doit ainsi être écarté.

Au vu de ce qui précède, l'argument de la recourante selon lequel l'autorité ne lui a pas offert la possibilité de compléter son dossier d'offre sur la question des solutions alternatives tombe également à faux. En effet, comme mentionné ci-dessus, au vu du principe de l'intangibilité de l'offre et du fait que son offre ne proposait pas de telles solutions, le pouvoir adjudicateur ne pouvait lui octroyer la possibilité de compléter son offre et d'y ajouter une ou des prestations.

Aussi, comme l'intéressée ne bénéficie pas et ne bénéficiera pas, en janvier 2022, de second véhicule conforme aux exigences techniques mais également pas de solution alternative démontrée par des justificatifs, il convient d'admettre, à l'instar du pouvoir adjudicateur, qu'elle ne remplissait pas les exigences techniques du cahier des charges (point 3). Ce dernier étant clair sur le fait que le non-respect des exigences techniques qui comprend l'exigence d'une solution de secours répondant aux mêmes critères techniques que la solution principale entraîne l'exclusion de la procédure (chiffre 3.1), il faut admettre, selon le principe de la confiance (sur la manière d'interpréter un critère d'adjudication ou d'aptitude, cf. ATF 141 II 14; arrêt du TF du 24.01.2013 [2C_1101/2012] cons. 2.4.1), que le vice de la recourante n'était pas anodin et permettait de l'exclure de la procédure. En effet, il ressort du cahier des charges que le pouvoir adjudicateur, chargé d'organiser de manière diligente la gestion des déchets de sa commune, avait des attentes élevées sur la question des solutions de secours immédiatement disponibles en cas de défaillance de la solution principale. Au vu de ce qui précède, la décision d'exclusion de la recourante par le pouvoir adjudicateur ne saurait être considérée comme arbitraire.

b) La recourante fait encore valoir une inégalité de traitement en relation avec la société A. _____, qui ne bénéficierait pas non plus de solution alternative et qui n'a pas été exclue du marché public.

b/aa) L'article 1 al. 3 let. a de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) poursuit notamment l'objectif d'assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires.

Ainsi, à teneur de l'article 11 let. a et eAIMP, lors de la passation de marchés, l'adjudicateur doit veiller à respecter le principe de non-discrimination et d'égalité de traitement entre chaque soumissionnaire (let. a). A ce propos, la législation neuchâteloise sur les marchés publics a également notamment pour but de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et d'assurer l'impartialité de l'adjudication (art. 1 al. 2 let. bLCMP). Les soumissionnaires doivent être traités de manière égale à toutes les étapes de la procédure d'adjudication, et ne doivent faire l'objet d'aucune discrimination, notamment par le biais de la détermination des spécifications techniques ou des produits à utiliser (art. 3 al. 1 et 2, 4LCMP).

L'inégalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst. féd.) apparaît comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 137 I 167cons. 3.5 ;129 I 346cons. 6). Le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique est spécifiquement garanti à l'article 27 Cst. féd. En vertu de ce principe, les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique (concurrents directs) sont prohibées (ATF 130 I 26cons. 6.3.3.1 ; arrêt du TF du 29.08.2011 [2C_116/2011]cons. 7.1). Il y a notamment inégalité de traitement lorsque l'Etat accorde un privilège ou une prestation à une personne, mais dénie ceux-ci à une autre personne qui se trouve dans une situation comparable (ATF 140 I 201cons. 6.5.1).

Le justiciable ne peut généralement pas se prétendre victime d'une inégalité devant la loi lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été fausement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas. En effet, il n'y a en principe pas d'égalité dans l'illégalité. Cela présuppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question. Le citoyen ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi. Il faut encore que l'autorité n'ait pas respecté la loi selon une pratique constante, et non pas dans un ou quelques cas isolés, et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'impose de donner la préférence au respect de la légalité (ATF 139 II 49cons. 7.1, p. 61 et les références ; arrêt du TF du 17.06.2014 [8C_605/2013]cons. 3.3 ;ATF 136 I 65cons. 5.6, p. 8). En résumé, pour se prévaloir du droit à l'égalité dans l'illégalité, il faut que l'auteur de la pratique soit l'autorité qui tranche le cas d'espèce, que la situation de l'administré soit comparable à celle faisant l'objet de la pratique, que la pratique soit constante, ce qui suppose un certain nombre de décisions, et qu'elle soit contraire au droit. La jurisprudence admet une pratique constante lorsqu'il existe des précédents, lorsque l'autorité admet qu'elle suit une pratique, lorsqu'elle se fonde sur une ordonnance administrative ou lorsque la pratique est notoire (Gavillet, La pratique administrative dans l'ordre juridique suisse, thèse, 2018, p. 198 ss et les références citées). La réalisation des conditions de l'égalité dans l'illégalité est admise avec une grande retenue par les tribunaux (Gavillet, op.cit., p. 196 et les références citées).

b/bb) En l'espèce, la recourante allègue que la société A. _____ ne remplit pas les conditions du cahier des charges puisqu'elle ne bénéficierait pas d'une solution alternative. Elle fait ainsi valoir qu'elle-même a été exclue de manière contraire au droit puisqu'elle se trouve dans la même situation que l'entreprise A. _____. Pour les motifs qui précèdent (cons. 5a), il a été établi que l'exclusion de la recourante est conforme au droit. En se comparant à une entreprise qui, selon elle, ne remplirait pas le cahier des charges sans avoir été exclue, la recourante fait en réalité valoir le principe de l'égalité de

traitement dans l'illégalité.

Toutefois, pour que ce principe puisse être appliqué, les conditions susmentionnées doivent être remplies. Or, on ne saurait retenir que, dans le cas d'espèce, le pouvoir adjudicateur a pour pratique constante, dans le sens défini ci-dessus, dans les procédures de marchés publics qu'il conduit, de ne pas exclure alors que cela devrait être le cas un soumissionnaire qui ne remplit pas le cahier des charges. En effet, l'argumentation de la recourante ne démontre pas que l'intimée procéderait, dans le cadre d'une véritable pratique, de manière arbitraire en maintenant dans la procédure d'adjudication des soumissionnaires dont l'offre ne remplit pas les conditions d'aptitude posées. Cela ne ressort également pas du dossier, ce d'autant qu'un autre soumissionnaire a été écarté pour cause d'inaptitude.

Aussi, même s'il devait être conclu que A. _____ ne bénéficie pas d'une solution de secours et qu'elle devrait, de ce fait, être exclue de la procédure d'adjudication, la recourante ne pourrait valablement s'en prévaloir. Une pratique constante illégale du pouvoir adjudicateur fait défaut en l'espèce, de sorte que le principe de la légalité l'emporte sur le principe de l'égalité de traitement. La recourante ne peut ainsi faire valoir aucun droit du fait que A. _____, dont l'offre serait selon elle incomplète et insuffisante au sens du cahier des charges, n'a pas été exclue de la procédure (cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Glaris du 29.04.2003 [VG. 2002.00139] cité par Moser André W., Rechtsprechung - Entschiedenenes und Unentschiedenes in : DC 2004 p. 74, 80 ; arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 27.01.2010 [VB.2009.00635] cons.2.4).

Au vu de ce qui précède, la question peut donc rester ouverte de savoir si l'offre de A. _____ comprend une ou des solutions alternatives suffisantes et si le courriel adressé à C. _____ SA du 9 septembre 2020 concernait la présente procédure de marché public ou non.

La décision litigieuse peut dès lors être confirmée.

6. Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté, sans qu'il soit nécessaire de donner suite aux moyens de preuve requis, les pièces du dossier de la présente cause s'étant révélées suffisantes pour trancher le litige.

La Cour de céans ayant statué au fond, la demande d'octroi d'effet suspensif est sans objet.

7. Les frais de la procédure sont mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 47 al. 1 LPJA par renvoi de 41 LCMP) et qui n'a de ce fait pas droit à des dépens. L'intimée n'a pas davantage droit à des dépens (art. 48 al. 1 LPJAa contrario).

Par ces motifs, la Cour de droit public

1. Rejette le recours.

2. Dit que la requête d'effet suspensif est sans objet.

3. Met à la charge de la recourante un émolument de décision de 2'000 francs et les débours par 200 francs, montants partiellement compensés par son avance.

4. N'alloue pas de dépens.

Neuchâtel, le 19 février 2021

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