



Cour II
B-4028/2023

Arrêt du 20 mars 2024

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Kathrin Dietrich, Marc Steiner,
Eva Schneeberger, Christian Winiger, juges,
Lu Yuan, greffière.

Parties

X._____
représentée par Maître Ema Bolomey, avocate,
recourante,

contre

Swissgrid SA,
Bleichemattstrasse 31, Case postale, 5001 Aarau 1,
représentée par Dr. iur. Martin Zobl et
Dr. iur. Matthieu Seydoux,
Walder Wyss AG,
Seefeldstrasse 123, Case postale, 8034 Zurich,
pouvoir adjudicateur,

Y._____ **AG,**
intimée.

Objet

Marchés publics,
« future SCADA et EMS (SMARTA) »,
lot 1/système de sécurité SCADA,
Simap – ID du projet n° 245159.

Faits :**A.**

Le 7 octobre 2022, Swissgrid SA (ci-après : le pouvoir adjudicateur) a publié sur la plateforme SIMAP un appel d'offres dans le cas d'une procédure ouverte pour un marché de fournitures intitulé « future SCADA et EMS (SMARTA) ». Ledit marché est composé de trois lots.

B.

Dans le délai de clôture pour le dépôt des offres, la société X. _____ (ci-après : la recourante) a déposé une offre pour le lot n° 1 « système de sécurité SCADA » pour un montant de (...) fr.

C.

C.a Par courriel du 17 avril 2023, le pouvoir adjudicateur a fait part à la recourante qu'elle faisait partie des trois entreprises ayant proposé les offres les mieux notées. Il l'a ainsi invitée à une séance de présentation qui s'est tenue le 8 mai 2023.

C.b Suite à ladite présentation, le pouvoir adjudicateur a avisé la recourante dans son courriel du 17 mai 2023 qu'elle n'avait pas été retenue pour participer à la séance de négociations contractuelles.

C.c Par courriel du 28 juin 2023, le pouvoir adjudicateur a informé la recourante des soumissionnaires ayant remporté les différents lots du marché.

D.

Par décision du 26 juin 2023, publiée le 29 juin 2023 sur la plateforme SIMAP, le pouvoir adjudicateur a notamment attribué le lot n° 1 à la société Y. _____ SA (ci-après : l'intimée ou l'adjudicataire) pour un prix de (...) fr., expliquant qu'il s'agissait de l'offre bénéficiant du meilleur rapport qualité – prix.

E.

E.a Par courriel du 6 juillet 2023, la recourante a relevé que les renseignements remis par le pouvoir adjudicateur jusqu'ici étaient peu clairs quant aux raisons pour lesquelles son offre n'avait pas été retenue. Elle a ainsi demandé que le procès-verbal de l'ouverture des offres ainsi que des informations détaillées relatives aux critères d'adjudication et à l'évaluation de son offre lui soient transmis.

E.b Dans son courriel du 12 juillet 2023 adressé à la recourante, le pouvoir adjudicateur a brièvement exposé le nombre d'offres reçues pour le lot n° 1, l'écart entre les notes attribuées aux offres, les prix proposés ainsi que la note de la recourante.

F.

Par écritures déposées le 19 juillet 2023, la recourante exerce un recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision d'adjudication. Elle forme les conclusions suivantes, sous suite de frais et dépens,

« préalablement

1. octroyer l'effet suspensif au présent recours ;
2. faire interdiction à l'autorité intimée Swissgrid SA de conclure le contrat portant sur le lot 1 avec la société Y. _____ SA ;

Principalement :

3. admettre le présent recours ;
4. réformer la décision d'adjudication du 29 juin 2023 émanant de Swissgrid SA, en ce sens que le lot n° 1 du projet ID n° 245159 concernant un marché de fournitures relatif aux systèmes « SCADA et EMS » (outils informatiques) est adjugé à X. _____ ;

Subsidiairement :

5. annuler la décision d'adjudication du 29 juin 2023 émanant de Swissgrid SA en lien avec le lot n° 1 du projet ID n° 245159 concernant un marché de fournitures relatif aux systèmes « SCADA et EMS » (outils informatiques) et renvoyer la cause à Swissgrid SA pour nouvelle décision d'adjudication dans le sens des considérants de l'arrêt rendu par le Tribunal administratif fédéral ;

Plus subsidiairement :

6. en cas de rejet de la requête d'effet suspensif et de conclusion du contrat entre le pouvoir adjudicateur et les trois sociétés adjudicatrices, constater le caractère illicite de la décision d'adjudication du 29 juin 2023 de Swissgrid SA relative au lot n° 1 à Y. _____ SA ;
7. octroyer à X. _____ des dommages-intérêts ;
8. octroyer un délai à X. _____ pour formuler ses prétentions en dommages-intérêts. »

A l'appui de ses conclusions, elle allègue tout d'abord une violation de son droit d'être entendue, en ce sens que la décision entreprise n'est pas suffisamment motivée et qu'elle n'a pas eu accès à plusieurs documents en lien avec l'adjudication. De plus, le pouvoir adjudicateur aurait violé le principe de transparence et celui d'égalité de traitement. Il aurait noté les offres par demi-point, alors que cela n'est pas prévu par la grille de notation. Elle soutient ensuite que les documents d'appel d'offres ne contiendraient pas de critères permettant de départager les deux entreprises conviées à la séance de négociations de contrat. De plus, le pouvoir adjudicateur lui aurait transmis des informations contradictoires. Selon le courriel du 17 avril 2023, elle serait classée en troisième position et aurait, par conséquent, été invitée à la séance de présentation de son offre. Cependant, après ladite séance, le pouvoir adjudicateur l'a informée, par courriel du 12 juillet 2023, que cinq offres ont été déposées et qu'elles ont reçu des notes allant de 2,27 à 3,11. Le courriel précise également que la recourante a reçu la note de 2,27 et l'adjudicataire celle de 3,30. Or, elle ne peut avoir été initialement placée en troisième position puis obtenir la moins bonne note parmi les cinq offres. Elle prétend que la plus mauvaise note aurait dû être attribuée à l'entreprise placée en cinquième position qui n'a pas été conviée à la présentation. Enfin, l'évaluation de son offre serait arbitraire, sa note globale devrait être de 5,15 et, par conséquent, le marché devrait lui être attribué.

G.

Par courrier du 31 août 2023, le pouvoir adjudicateur a indiqué à la recourante que l'adjudication devait être révoquée et la procédure interrompue. Il expose en particulier que les documents d'appel d'offres ont omis de mentionner une exigence portant sur la note minimale, en ce sens que les offres ayant obtenu une moyenne en dessous de 3 sont exclues. Il explique également que cette note a pour but de prévenir les offres n'ayant pas la qualité suffisante de continuer de participer à l'adjudication et de remporter éventuellement le marché si leur prix proposé est bas.

H.

Par décision publiée le 4 septembre 2023 sur la plateforme SIMAP, le pouvoir adjudicateur a révoqué l'adjudication du lot n° 1 et a prononcé l'interruption de la procédure. Il explique qu'une modification substantielle de la prestation demandée est nécessaire, de sorte que les exigences doivent être réexaminées afin de mettre en place une nouvelle procédure d'acquisition.

I.

Par courrier du 8 septembre 2023, la recourante a requis la suspension de la présente procédure jusqu'à droit connu sur le recours qui sera introduit contre la décision de révocation et d'interruption.

J.

Dans sa décision incidente du 12 septembre 2023, le tribunal a rejeté la demande de suspension de procédure et a ordonné la poursuite de la procédure. Il a notamment relevé que l'autorité ne pouvait reconsidérer une décision que dans le cadre de l'art. 58 PA et, dans la mesure où la décision d'interruption de la procédure ne faisant pas droit aux conclusions de la recourante, elle devait être considérée comme une conclusion du pouvoir adjudicateur invitant le tribunal à statuer dans ce sens.

K.

Par déterminations spontanées du 19 septembre 2023, la recourante a maintenu ses conclusions prises dans son recours et a demandé au tribunal de constater la nullité de la décision de révocation de l'adjudication et d'interruption de la procédure ; subsidiairement, d'annuler lesdites décisions. Elle avance en particulier que les conditions légales pour procéder à une interruption ne sont pas remplies.

L.

Dans sa réponse du 13 octobre 2023, le pouvoir adjudicateur forme les conclusions suivantes, sous suite de frais et dépens :

« préalablement :

1. renoncer à organiser un second échange d'écritures sur la question du retrait de l'effet suspensif à titre superprovisionnel ;
2. retirer l'effet suspensif au recours octroyé à titre superprovisionnel et rejeter les autres conclusions procédurales prises à titre provisionnel et superprovisionnel par X._____.
3. limiter l'objet du litige à la question de la qualité pour recourir de X._____
4. décider d'abord sur la question de l'effet suspensif, puis ensuite seulement transmettre le dossier de la cause, caviardé et préparé sur une clé USB. Renoncer toutefois à la production complète du dossier de la cause par Swissgrid et accorder l'accès au dossier uniquement dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, étant entendu que les secrets d'affaires ou autres données sensibles de tiers ne doivent pas être rendus accessibles.

Principalement :

5. déclarer le recours du 29 juin 2023 irrecevable.

Subsidiairement :

6. rejeter le recours du 29 juin 2023, dans la mesure où il est recevable, et confirmer l'adjudication du lot 1 SCADA à Y. _____ AG.

Plus subsidiairement :

7. prononcer l'interruption de la procédure d'adjudication, pour le lot 1 SCADA uniquement, du projet Simap ID-245159, dans le but d'adjuger aussi rapidement que possible ce lot, y compris en donnant droit à Swissgrid SA d'adjuger le marché de gré à gré »

Il expose en premier lieu qu'en raison du caractère urgent de la mise en œuvre de la décision d'adjudication, l'effet suspensif accordé à titre superprovisionnel doit être retiré. Il ajoute qu'il n'est désormais plus possible d'organiser une nouvelle procédure d'appel d'offres complète, dès lors que le prestataire actuel de son système SCADA a résilié le contrat de maintenance et que celle-ci ne peut être assurée que jusqu'à fin 2024, alors qu'elle est essentielle pour ledit système. Il indique qu'eu égard à ces circonstances et au risque de *blackout* encouru, il renonce à révoquer l'adjudication et à interrompre la procédure. Il note toutefois que si la décision d'adjudication ne peut être confirmée par le tribunal, il conviendrait d'interrompre la procédure dans le but de pouvoir adjuger rapidement le lot n° 1, ce qui impliquerait un droit de procéder à du gré à gré.

Il s'en prend en outre à la qualité pour recourir de la recourante, soutenant que, eu égard à sa position au dernier rang, son offre n'a aucune chance de remporter le marché. A cela s'ajoute qu'elle aurait dû être exclue pour le non-respect de plusieurs critères obligatoires ainsi que pour la remise d'informations non fiables voire trompeuses. Il conteste ensuite le grief de violation du droit d'être entendu et du principe de transparence. Il explique que, après la présentation, une seule offre bénéficiait encore d'une qualité suffisante avec une note supérieure à 3. Ni l'offre de la recourante ni celle d'un autre soumissionnaire ne pouvaient être considérées pour l'adjudication en raison de leur moyenne inférieure à cette note. En effet, lors de l'épuration des offres après la présentation, les notes de la recourante pour certains critères d'adjudication ont été réévaluées à la baisse, elle a ainsi obtenu une moyenne globale de 2,27. Par conséquent, il a invité l'intimée à une nouvelle séance de présentation, dès lors que les documents d'appel d'offres imposaient que deux soumissionnaires fussent

conviés à la séance de négociations contractuelles. Il développe et justifie ensuite l'évaluation de l'offre de la recourante selon les différents critères d'adjudication, faisant valoir que la grille de notation impose en soi l'utilisation de chiffres après la virgule et qu'une notation au centième n'est pas interdite par les documents d'appel d'offres. Il avance encore qu'il est en droit de révoquer et d'interrompre la procédure d'adjudication en tout temps. Pour justifier la révocation et l'interruption de la procédure, il reprend les explications exposées dans son courrier du 31 août 2023 et dans sa décision du 4 septembre 2023. Sur ce point, il requiert une indemnité à titre de dépens, le tribunal ayant changé selon lui sa pratique quant à l'admissibilité d'une interruption de la procédure durant la procédure de recours.

M.

Disposant de la possibilité d'exercer ses droits de partie, l'intimée ne s'est pas déterminée dans le délai imparti.

N.

Par réplique du 27 novembre 2023, la recourante a maintenu les conclusions contenues dans son recours. Elle conteste tout d'abord le caractère urgent de la mise en œuvre du marché litigieux et le retrait de l'effet suspensif accordé à titre superprovisionnel. Elle relève ensuite que la possibilité de modifier les notes après la séance de présentation n'est pas prévue par les documents d'appel d'offres. De plus, ces derniers ne contiendraient aucune exigence relative à l'obtention d'une note minimale de 3. Elle fait aussi valoir que le prix de l'offre de l'intimée et celui du soumissionnaire 3 ont été modifiés durant la procédure d'adjudication. Elle affirme quant à elle remplir l'ensemble des critères obligatoires et conteste avoir fourni de faux renseignements en lien avec son offre. S'agissant de l'accès au dossier, elle soutient que les documents produits jusqu'ici par le pouvoir adjudicateur ne lui permettraient pas de comprendre la méthode d'évaluation pour les critères d'adjudication AC 1 et AC 8. De surcroît, le pouvoir adjudicateur n'aurait pas correctement arrondi sa note pour le critère AC 1 obtenue avant la présentation et le procès-verbal d'évaluation dudit critère contiendrait une incohérence relative à la note attribuée à l'adjudicataire. Elle explique que, pour l'évaluation des exigences non fonctionnelles de la phase après la présentation, l'adjudicataire a reçu la note de 2,88 d'après le tableau concernant les critères fonctionnels, alors que celle-ci s'élève à 2,92 selon le tableau relatif aux critères non fonctionnels. Elle soutient également qu'en raison de manque d'informations concernant les sous-critères des critères d'évaluation, elle

n'était pas en mesure de préparer son offre de manière optimale. Enfin, elle aurait dû, selon elle, obtenir une note globale d'au moins 3.34.

O.

Par courrier du 30 novembre 2023, le tribunal a invité l'intimée à communiquer une adresse de notification en Suisse.

Par courrier du 6 décembre 2023, l'intimée a demandé au tribunal de continuer de lui transmettre les actes de procédure à leur adresse en Allemagne.

P.

Dans sa duplique du 19 décembre 2023, le pouvoir adjudicateur explique que la procédure d'évaluation des offres relève de la méthode dite « shortlisting » prévue par la loi sur les marchés publics et que les notes octroyées avant la présentation sont provisoires. Il indique ensuite que l'absence de l'exigence de la moyenne minimale de 3 dans les documents d'appel d'offres résulte de l'utilisation d'un mauvais document de référence. Il conteste que l'évaluation de l'offre de la recourante serait arbitraire et indique que la modification des prix relèverait d'une clarification des offres.

Q.

Dans ses écritures du 11 janvier 2024, la recourante s'est déterminée sur les arguments avancés par le pouvoir adjudicateur dans sa duplique. Elle relève que les documents d'appel d'offres ne prévoient ni la possibilité de procéder à un « shortlisting » des offres ni celle de transmettre des lettres de parcage aux soumissionnaires non retenus. Elle soutient ensuite que l'ensemble des critères obligatoires seraient remplis et conteste l'évaluation de son offre. En outre, la séance de présentation constitue à elle seule un critère d'évaluation des offres ; elle ne permettrait toutefois pas de modifier les notes obtenues pour les autres critères d'adjudication. Elle conteste ensuite les arguments avancés par le pouvoir adjudicateur quant à la rectification du prix des soumissionnaires.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit :**1.**

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1).

1.1 Selon l'art. 1 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1), la présente loi s'applique à la passation de marchés publics par les adjudicateurs qui lui sont assujettis, que ces marchés soient soumis ou non aux accords internationaux.

A teneur de l'art. 52 al. 1 let. a LMP, les décisions (cf. consid. 1.1.1) des adjudicateurs (cf. consid. 1.1.2) peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral lorsqu'elles concernent un marché portant notamment sur des fournitures (cf. consid. 1.1.3) dont la valeur atteint la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation (cf. consid. 1.1.4) et si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions prévues par l'art. 10 LMP ni ne constitue un marché public visé à l'annexe 5 ch. 1 let. c et d LMP (cf. art. 52 al. 5 LMP ; cf. consid. 1.1.5).

1.1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours contre des décisions listées à l'art. 53 al. 1 LMP, notamment contre les décisions d'adjudication (cf. art. 53 al. 1 let. e LMP), comme c'est le cas en l'espèce.

1.1.2 Cette décision doit ensuite émaner d'une autorité adjudicatrice soumise à la loi (cf. art. 4 LMP).

En vertu de l'art. 4 al. 2 let. b LMP, sont notamment soumises à la loi les entreprises publiques ou privées qui assurent un service public et qui bénéficient de droits exclusifs ou spéciaux pour autant qu'elles mettent à disposition ou exploitent en Suisse la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'énergie électrique ou l'alimentation de ces réseaux en énergie électrique. Les adjudicateurs visés à l'al. 2 ne sont soumis à la présente loi que si les acquisitions sont effectuées dans le domaine d'activité en question et non dans d'autres domaines d'activité (cf. art. 4 al. 3 LMP).

En l'espèce, Swissgrid SA est une société nationale de réseau de transport au sens de l'art. 4 al. 1 let. h et de l'art. 18 de la loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEI, RS 734.7 ; cf. art. 1 et 2 des statuts du pouvoir adjudicateur, [https:// www.swissgrid.ch](https://www.swissgrid.ch)

[/fr/home/about-us/company/governance.html#statuts-et-code](#), consulté le 23 janvier 2024), à savoir le réseau électrique qui sert au transport d'électricité sur de grandes distances à l'intérieur du pays ainsi qu'à l'interconnexion avec les réseaux étrangers. Elle a pour but d'assurer l'exploitation non discriminatoire, fiable et performante du réseau de distribution comme base essentielle pour assurer l'approvisionnement sûr de la Suisse et des différentes parties du pays dans le cadre du réseau interconnecté européen ainsi que la fourniture de services associés, tels qu'en particulier la gestion des bilans d'ajustement et des congestions, les services-système et la prise en compte des intérêts nationaux et internationaux dans les activités touchant au réseau de transport (cf. art. 18 et 20 LApEI ; art. 2 al. 1 des statuts du pouvoir adjudicateur). Son capital ainsi que ses droits de vote doivent être détenus en majorité, directement ou indirectement, par les cantons et les communes. En outre, ses parts ne peuvent être cotées en bourse (cf. art. 3 et 5 al. 2 des statuts du pouvoir adjudicateur ; art. 18 al. 3 LApEI). Ses statuts sont en outre soumis à l'approbation du Conseil fédéral (cf. p. 17 des statuts du pouvoir adjudicateur ; art. 19 LApEI).

Ainsi, la société Swissgrid SA, laquelle est détenue au moins majoritairement en mains publiques, a été créée dans l'intérêt public et n'exerce guère d'activité commerciale au sens strict du terme, puisqu'elle n'est pas soumise à la concurrence. Il suit de là qu'elle revêt la qualité d'adjudicateur au sens de l'art. 4 al. 2 let. b LMP (cf. arrêt du TAF B-3709/2021 du 2 juin 2022 consid. 1.2 et les réf. cit.). En outre, le marché litigieux porte sur les systèmes SCADA et EMS qui sont des outils essentiels pour qu'un gestionnaire de réseau de transport d'électricité puisse prédire les variables physiques dudit réseau, le surveiller et le contrôler (cf. point 2.6 de l'appel d'offres). Il s'inscrit donc dans le domaine d'activités prévues par l'art. 4 al. 2 let. b LMP, à savoir la gestion et l'exploitation du réseau de transport d'électricité.

1.1.3 Il n'est pas contesté en l'espèce qu'il s'agit de fournitures au sens de l'art. 8 al. 2 let. b LMP, étant admis que le pouvoir adjudicateur n'est pas compétent en matière de défense et de sécurité au sens de l'art. 1.1 de l'annexe 2 LMP.

1.1.4 Il convient ensuite d'examiner si la valeur du marché public à adjuger atteint les seuils prescrits à l'art. 8 al. 4 LMP et à l'annexe 4 LMP.

1.1.4.1 L'art. 8 al. 4 LMP prévoit que sont soumises aux accords internationaux et à la présente loi les prestations qui sont énumérées aux

annexes 1 à 3 dont la valeur atteint les seuils indiqués à l'annexe 4 ch. 1. La valeur seuil pour les marchés de fournitures, en procédure sur invitation, se monte à 150'000 fr. (cf. ch. 2 de l'annexe 4 LMP) et à 700'000 fr. pour être soumis aux accords internationaux en ce qui concerne les adjudicateurs visés à l'art. 4 al. 2 let. b LMP (cf. ch. 1.1 de l'annexe 4 LMP), comme en l'espèce. Si la valeur du marché atteint uniquement la valeur seuil de 150'000 fr. et pas celle de 700'000 fr., l'effet suspensif ne peut pas être accordé (cf. art. 52 al. 2 LMP ; arrêt du TAF B-1865/2023 du 21 septembre 2023 consid. 1.1.4).

1.1.4.2 En l'espèce, le marché litigieux a été adjugé pour un prix de (...) francs (TVA étrangère). Le seuil déterminant pour l'application de la loi et des accords internationaux aux fournitures est dès lors sans doute atteint (cf. art. 8 al. 4 LMP).

1.1.5 Aucune des exceptions prévues par l'art. 10 LMP n'est, par ailleurs, réalisée en l'espèce. De même, le marché visé ne constitue pas un marché public figurant à l'annexe 5 ch. 1 let. c et d LMP (cf. art. 52 al. 5 LMP).

1.1.6 Le marché en cause est ainsi soumis tant à la loi sur les marchés publics qu'aux accords internationaux ; le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour connaître du présent recours.

1.2 La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la LMP et la LTAF n'en disposent pas autrement (cf. art. 55 LMP et art. 37 LTAF). Selon l'art. 56 al. 3 LMP, le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué dans la procédure de recours.

1.3 Le pouvoir adjudicateur conteste la qualité pour recourir de la recourante, soutenant que, placée en cinquième position, son offre n'a aucune chance de remporter l'adjudication en cas d'annulation de la décision entreprise. A cela s'ajoute qu'elle ne remplirait pas plusieurs critères obligatoires, de sorte qu'elle aurait dû être exclue de la procédure.

1.3.1 Selon l'art. 48 al. 1 PA, a qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. Selon la jurisprudence, l'intérêt digne de protection du soumissionnaire évincé est reconnu lorsque celui-ci a rendu vraisemblable, qu'en cas d'admission de son recours, il dispose d'une réelle chance d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ; arrêt du TAF B-1865/2023 du 21 septembre 2023 consid.

1.3 et la réf. cit. ; décision incidente du TAF B-3992/2018 du 2 octobre 2018 consid. 3.2 et la réf. cit.).

1.3.2 En l'espèce, selon le tableau d'évaluation des offres, l'adjudicataire a obtenu la note de 3.30. La recourante s'est vue, quant à elle, attribuer la note de 2.27, soit le dernier rang. Dans son recours, elle conteste que son offre ne remplisse pas les critères obligatoires et réclame l'attribution de la note totale d'au moins 3.34, ce qui la placerait en tête du classement. Aussi, nonobstant son classement à la dernière position, si ses griefs s'avéraient fondés, la recourante disposerait d'une réelle chance d'obtenir le marché. Par conséquent, elle jouit d'un intérêt digne de protection à l'examen du bien-fondé de l'adjudication prononcée. La qualité pour recourir doit donc lui être reconnue.

1.4 Les dispositions relatives à la représentation (cf. art. 11 al. 1 PA), au délai de recours (cf. art. 56 al. 1 LMP), à la forme et au contenu du mémoire de recours (cf. art. 52 al. 1 PA), ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (cf. art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

2.

Dans le cadre de la présente procédure de recours, le pouvoir adjudicateur a, par décision du 4 septembre 2023, révoqué sa décision d'adjudication et a interrompu la procédure. Toutefois, dans ses écritures du 13 octobre 2023, il explique qu'en raison de la résiliation du contrat de maintenance par son prestataire actuel, il renonce à révoquer l'adjudication et à interrompre la procédure. Il indique qu'il entend remplacer sa décision du 4 septembre par une nouvelle conclusion subsidiaire visant à interrompre la procédure d'adjudication et à adjuger le marché de gré à gré. Néanmoins, il persiste à affirmer qu'il est en droit d'interrompre la procédure en tout temps, même lorsqu'un recours est pendu devant le tribunal. Il prétend par ailleurs qu'une limitation de cette possibilité en application des art. 54 et 58 PA consisterait en une modification de la jurisprudence.

2.1 Aux termes de l'art. 54 PA, dès le dépôt du recours, le pouvoir de traiter l'affaire, objet de la décision attaquée, passe à l'autorité de recours (effet dévolutif du recours ; sur cette notion, cf. ATF 130 V 138 consid. 4.2 ; DUBEY/ZUFFEREY, droit administratif général, 2014, n° 2133). Ainsi, en matière administrative fédérale, la compétence de statuer sur la décision attaquée est en principe dévolue à l'autorité de recours, dont la décision se

substitue aux prononcés antérieurs. Celle-ci peut revoir librement la décision en fait et en droit dans la même mesure que l'autorité inférieure, laquelle perd la maîtrise de l'objet de la contestation. Il en découle en principe qu'elle n'a plus notamment, dès ce moment, la faculté de statuer sur le fond de l'affaire, de procéder à des mesures d'instruction nouvelles ou complémentaires et d'accorder ou non l'accès au dossier (cf. ATF 143 I 177 consid. 2.5.2 et 130 V 138 consid. 4.2 ; arrêt du TF 5A_923/2018 du 6 mai 2019 consid. 3.2 ; HANJÖRG SEILER, in : Praxiskommentar VwVG, 3^{ème} éd., n° 3 ss ad art. 54 PA ; MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3^{ème} éd., p. 811 s. et les réf. cit.).

2.2 Toutefois, ce principe est atténué par l'art. 58 PA. Selon cette disposition, l'autorité inférieure peut, jusqu'à l'envoi de sa réponse, procéder à un nouvel examen de la décision attaquée (al. 1) ; l'autorité de recours continue à traiter le recours, dans la mesure où la nouvelle décision de l'autorité inférieure ne l'a pas rendu sans objet, l'art. 57 étant applicable lorsque la nouvelle décision repose sur un état de fait notablement modifié ou crée une situation juridique sensiblement différente (al. 3).

Si la nouvelle décision de l'autorité inférieure fait pleinement droit aux conclusions du recours, celui-ci devient sans objet et la cause peut être rayée du rôle (cf. arrêts du TF 9C_355/2017 du 22 décembre 2017 consid. 2.1 *in fine* et 2C_733/2010 du 16 février 2011 consid. 3.2 ; arrêts du TAF C-2298/2022 du 17 janvier 2023, A-6440/2016 du 3 juillet 2017 et B-3724/2013 du 2 septembre 2013). Il faut pour cela que la nouvelle décision remplace, dans son intégralité, la décision entreprise et que les conclusions du recours correspondent parfaitement au dispositif de la nouvelle décision ; la simple annulation de la décision ne suffit pas (cf. ATF 148 I 53 consid. 1.2 ; arrêt du TAF B-1483/2022 du 13 juillet 2022 consid. 1.5). Quant au changement de la motivation, il consiste en une confirmation de la décision contestée mais ne la remplace pas ; pour cela, il faut nécessairement une modification du dispositif en faveur du requérant (cf. arrêt du TAF B-2762/2021 du 19 décembre 2022 consid. 2 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3^{ème} éd., n° 3.46).

En revanche, si la nouvelle décision de l'autorité inférieure confirme entièrement la décision objet du recours, la procédure de recours doit être poursuivie. Il en va de même si elle ne fait que partiellement droit aux conclusions du recours. L'instance de recours doit alors statuer sur les points encore litigieux ; seuls les points sur lesquels l'autorité inférieure a fait droit aux conclusions du recours sont devenus sans objet (cf. ATF 148

I 53 consid. 1.2 et 113 V 237 consid. 1a ; arrêt du TF 2C_733/2010 du 16 février 2011 consid. 3.2 ; arrêts du TAF B-1334/2021 du 21 juin 2021 consid. 3, B-3879/2020 du 2 décembre 2020 consid. 2 et A-2703/2018 du 14 juin 2018 consid. 1.3). Quant à une nouvelle décision rendue au détriment du recourant, elle est, selon la jurisprudence, nulle et doit être considérée comme une conclusion de l'autorité inférieure invitant l'autorité de recours à procéder à une *reformatio in pejus* (cf. ATF 130 V 138 consid. 4.2, 127 V 228 consid. 2b/bb ; ATAF 2011/58 consid. 6.2.2 ; arrêt du TAF F-1367/2019 du 20 juillet 2021 consid. 7.4.3 ; BENOÎT BOVAY, procédure administrative, 2015, p. 573). Il doit en aller de même lorsque la décision est modifiée dans un sens qui n'est ni favorable ni défavorable au recourant. En effet, l'autorité inférieure n'est pas habilitée à modifier l'objet de la contestation par le prononcé d'une décision en reconsidération (cf. WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, VwVG Kommentar Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren und weitere Erlasse, 2022, art. 58 n° 7). Compte tenu de l'effet dévolutif, seule l'autorité de recours peut décider si les conditions pour étendre l'objet du litige sont ou non réunies (cf. ATF 125 V 413 consid. 2a et la réf. cit.).

La nouvelle décision, qui ne fait pas entièrement droit aux conclusions du recours, ne doit pas formellement être l'objet d'un nouveau recours ; elle est considérée par la jurisprudence comme étant attaquée avec la première décision (cf. ATF 126 III 85 consid. 3, ATF 113 V 237 consid. 1a et 107 V 250 consid. 3 ; arrêt du TF 9C_809/2012 du 31 janvier 2013 consid. 3.2 ; ATAF 2019 I/8 consid. 4.1.2 ; arrêt du TAF B-6670/2018 du 10 décembre 2020 consid. 3.2.3). Si elle fait néanmoins l'objet d'un recours, l'autorité de recours devrait, compte tenu de la litispendance, déclarer celui-ci irrecevable et considérer cette écriture comme une prise de position dans la procédure en cours (cf. arrêt du TAF A-4129/2016 du 14 décembre 2017 consid. 1.5 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, op.cit., n° 3.46 ; ANDREA PFLEIDERER, in : Praxiskommentar VwVG, 3^{ème} éd., n° 46 ss ad art. 58 PA et réf. cit.).

Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral comme du Tribunal fédéral, les art. 54 et 58 PA s'appliquent également en cas de recours contre une décision rendue en matière de marchés publics et susceptible d'être déférée à l'autorité de recours (cf. art. 53 LMP). Aussi, une procédure de recours ne devient sans objet que si la nouvelle décision du pouvoir adjudicateur fait pleinement droit aux conclusions du recours (cf. concernant l'ancien droit : ATF 148 I 53 consid. 1.2 ; arrêts du TAF B-7133/2014 du 26 mai 2015 consid. 4 et B-1459/2018 du 18 avril 2018 ;

MARTIN BEYELER, Jurisprudence en droit des marchés publics, in : Droit de la construction 4/2022, p. 226).

2.3 En l'occurrence, il ne fait pas de doute que l'interruption de la procédure d'adjudication n'exprime pas les conclusions du recours ni n'est favorable à la recourante. Il convient dès lors de déterminer s'il était loisible au pouvoir adjudicateur, comme il le prétend, de révoquer la décision d'adjudication et d'interrompre la procédure, nonobstant le recours pendant devant la cour de céans, ou si les art. 54 et 58 PA trouvent application en l'espèce. Pour ce faire, il y a lieu de procéder à l'interprétation de la LMP, en particulier l'art. 43 LMP en relation avec les art. 51 ss LMP.

2.4 Selon la jurisprudence, la loi s'interprète d'abord selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme, en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique ; cf. ATF 149 III 242 consid. 5.1 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-4173/2022 du 11 janvier 2024 consid. 6.3.2 et la réf. cit.). Lorsqu'il est appelé à interpréter une loi, le Tribunal fédéral adopte une position pragmatique en suivant ces différentes méthodes, sans les soumettre à un ordre de priorité ; en particulier, il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (cf. ATF 149 III 242 consid. 5.1 et les réf. cit.).

2.4.1 L'art. 55 LMP, inscrit dans le chapitre 8 de la loi relatif aux voies de droit, prévoit dans le texte français que, sauf disposition contraire de la présente loi, les procédures de décision et de recours sont régies par les dispositions de la PA. La version allemande énonce que « das Verfügungs- und das Beschwerdeverfahren richten sich nach den VwVG, soweit das vorliegende Gesetz nichts anderes bestimmt ». En italien, il est indiqué que « sempre che la presente legge non disponga altrimenti, la procedura decisionale e la procedura di ricorso sono rette dalle disposizioni della PA ». Ainsi, les dispositions de la PA sont pleinement applicables dans les procédures de décision et de recours dans le domaine des marchés publics, à moins que la LMP n'en dispose autrement. Par souci d'uniformité de la procédure administrative, des dérogations aux règles générales ne sont prévues que si elles sont absolument nécessaires (cf. message du

Conseil fédéral du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics [FF 2017 1695] p. 1828). Les dérogations explicites et implicites à la PA sont donc autorisées dans la mesure où elles découlent de la LMP et doivent être interprétées à la lumière de la systématique, du sens et du but de la LMP, mais aussi en conformité avec la PA et la Constitution (cf. TRÜEB/CLAUSEN, in : Wettbewerbsrecht II Kommentar VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM, THG, 2^{ème} éd., n° 5 ad art. 55 LMP). Dans le cadre de la procédure de recours, la LMP comprend plusieurs articles dérogeant aux règles de procédures prévues par la PA, à savoir en ce qui concerne l'acte attaqué (cf. art. 53), l'effet suspensif au recours (cf. art. 54), le délai et les motifs de recours (cf. art. 56 al. 1 à 3), la qualité pour recourir en cas de recours contre les adjudications de gré à gré (cf. art. 56 al. 4), la consultation des pièces (cf. art. 57) et la décision sur recours (cf. art. 58).

A ce stade, force est de constater que la LMP ne contient pas de disposition expresse dérogeant aux principes de l'effet dévolutif et de la reconsidération *pendente lite* prévus par la PA en cas de recours contre une décision susceptible d'être dévolue à l'autorité de recours.

2.4.2 Si le chapitre 8 de la LMP concerne les voies de droit, le chapitre 6 est, quant à lui, consacré au déroulement de la procédure d'adjudication. Il contient en particulier les exigences concernant le contenu de l'appel d'offres et de ses documents (cf. art. 35 et art. 36), l'ouverture des offres, leur examen, leur éventuelle rectification ainsi que leur évaluation (cf. art. 37 ss). Il comprend également les dispositions relatives à l'adjudication (cf. art. 41), à l'interruption (cf. art. 43) et à l'exclusion d'un soumissionnaire et à la révocation de l'adjudication (cf. art. 44). La loi suit ainsi le déroulement de la procédure de passation de marchés.

La disposition légale ayant trait à l'interruption de la procédure d'adjudication n'est ainsi pas envisagée comme relevant du droit de la procédure et ne figure donc pas dans le chapitre relatif aux voies de droit mais dans celui relatif au déroulement de la procédure d'adjudication. Cet élément amène dès lors plutôt à ne pas considérer l'interruption de la procédure d'adjudication comme une exception aux principes de l'effet dévolutif et de la reconsidération *pendente lite* prévus par la PA.

2.4.3 Bien que le texte et la systématique de la LMP plaident davantage en faveur de la thèse d'un règlement exhaustif de la question par la PA, il convient encore de déterminer si l'interruption de la procédure d'adjudication de l'art. 43 LMP consisterait néanmoins en une exception

aux art. 54 et 58 PA ; en d'autres termes si l'on pourrait éventuellement déduire de l'intention implicite du législateur ou de la finalité de l'interruption d'une procédure d'adjudication que celle-ci fût possible, nonobstant une procédure de recours pendante et indépendamment des conclusions formées par la partie recourante.

L'art. 43 LMP a la teneur suivante :

«¹ L'adjudicateur peut interrompre la procédure d'adjudication en particulier dans les cas suivants :

- a. il renonce, pour des motifs suffisants, à adjudger le marché public ;
- b. aucune offre ne répond aux spécifications techniques ou aux autres exigences ;
- c. en raison de modifications des conditions-cadres, des offres plus avantageuses sont attendues ;
- d. les offres présentées ne permettent pas une acquisition économique ou dépassent nettement le budget ;
- e. il existe des indices suffisants d'un accord illicite affectant la concurrence entre les soumissionnaires ;
- f. une modification importante des prestations demandées est nécessaire.

² En cas d'interruption justifiée de la procédure, les soumissionnaires n'ont pas droit à une indemnisation. »

Cette disposition met en œuvre l'art. XV par. 5 de l'Accord GATT/OMC sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP 2012, RS 0.632.231.422). Comme sous l'ancien droit (art. 30 aOMP), elle comprend une énumération non exhaustive des motifs d'interruption (cf. THOMAS LOCHER, in : Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, n° 1 ad art. 43 LMP). En effet, dans l'idéal, la procédure d'adjudication s'achève par l'attribution du marché à l'adjudicataire (cf. art. 8 LMP). Cependant, il arrive que le marché ne soit pas mené à terme, notamment en raison de vices de procédure, de la disparition du besoin ou de l'absence d'offres recevables (cf. 43 al. 1 LMP). Dans de telles situations, l'adjudicateur doit se demander s'il peut interrompre la procédure d'adjudication et, le cas échéant, comment il peut le faire, et quelles seront les conséquences juridiques de cette interruption (cf. LOCHER, op. cit., n° 2 ad art. 43 LMP). Ainsi, à l'instar de l'adjudication, l'interruption consiste en un moyen par lequel le pouvoir adjudicateur peut mettre fin à la procédure d'adjudication (cf. arrêt du TAF B-5108/2019 du 16 août 2022 consid. 5.1.1 et la réf.cit.). Toutefois, l'interruption de la procédure peut également intervenir après une première adjudication. Dans ce cas, l'interruption implique

préalablement une révocation ; la révocation et l'interruption peuvent cependant intervenir en un seul acte, notamment lorsque le pouvoir adjudicateur renonce définitivement à la prestation mise au concours (MARTIN BEYELER, Der Geltungsbereich des Vergaberechts, n. 2766 s.) Il sied encore de noter que, contrairement à l'exclusion ou à la révocation de l'adjudication (cf. art. 44 LMP), l'interruption ne concerne pas un soumissionnaire en particulier, mais porte sur l'ensemble de la procédure d'adjudication (cf. LOCHER, op. cit., n° 3 ad art. 43 LMP).

2.4.4 Selon le message du Conseil fédéral relatif à la LMP, l'interruption peut intervenir pour des raisons suffisantes à n'importe quel stade de la procédure d'adjudication (cf. message du Conseil fédéral, FF 2017 1695, p. 1804 ; TRÜEB/CLAUSEN : op.cit., n° 1 ad art. 43 LMP ; LOCHER, op. cit., n° 4 ad art. 43 LMP). Cela n'implique toutefois pas nécessairement que le pouvoir adjudicateur soit habilité à rendre une telle décision lorsque l'autorité de recours est saisie de la procédure de marché public qu'il souhaite interrompre. Le tribunal a certes admis dans sa décision incidente B-3531/2018 du 28 novembre 2018 que, en raison de l'économie de procédure, le pouvoir adjudicateur pouvait révoquer et interrompre la procédure d'adjudication même lorsqu'un recours était pendant devant le tribunal (cf. consid.6.3 ; cf. également dans ce sens : décision incidente B-2957/2017 du 23 juin 2017 consid. 5.3). Selon l'arrêt B-7133/2014 du 26 mai 2015, le tribunal a constaté que le pouvoir adjudicateur n'était pas habilité à rendre *pendente lite* une nouvelle décision qui n'était pas en faveur du recourant. Il a notamment considéré que le pouvoir adjudicateur avait statué sur des éléments objets du recours pendant devant lui ; cet arrêt ne traite toutefois pas du cas où le pouvoir adjudicateur renoncerait définitivement à la prestation mise au concours (cf. consid. 4). Statuant sur recours du pouvoir adjudicateur, le Tribunal fédéral a, quant à lui, jugé qu'il n'y avait pas eu d'interruption au sens du droit des marchés publics et a dès lors laissé indécis le point de savoir si une interruption peut intervenir *pendente lite* (cf. arrêt du TF 2C_553/2015 du 26 novembre 2015 consid. 2.6 in fine). Selon FETZ/STEINER, ce qui est déterminant d'un point de vue matériel, c'est que l'interruption ne soit pas abusive et qu'elle ne vise pas simplement à se saisir de l'objet du litige (cf. MARCO FETZ/MARC STEINER, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, 2020, n° 148). Pour MARTIN BEYELER, l'effet dévolutif empêche le pouvoir adjudicateur d'interrompre la procédure uniquement lorsque les motifs reposent sur des éléments de faits ou de droit qui sont contestés dans le cadre de la procédure de recours pendante (cf. MARTIN BEYELER, Wann ist ein Abbruch ein Abbruch ?, in BR/DC 2016 p. 225 ss, spéc. 227 en référence à l'arrêt B-7133/2014 précité).

En tout état de cause, le texte et la systématique de la loi ne soutiennent pas (cf. supra consid. 2.4.1 et 2.4.2) que l'art. 43 LMP constituerait une exception aux règles de procédure découlant des art. 54 et 58 PA et que le pouvoir adjudicateur pourrait interrompre une procédure de passation de marché bien qu'elle fasse l'objet d'un recours et qu'aucune conclusion de la partie recourante n'aille dans ce sens. En effet, si le législateur eût voulu que le pouvoir adjudicateur puisse prononcer une interruption également dans cette hypothèse – et ainsi déroger aux règles de la PA –, on ne saisis pas pourquoi il n'aurait pas intégré une règle explicite dans la loi et sous le chapitre consacré aux voies de droit, comme il l'a fait notamment pour l'effet suspensif et le délai de recours. Il a en effet jugé qu'il n'y avait lieu de déroger aux règles générales que si cela se révélait absolument nécessaire (cf. supra consid. 2.4.1). Or, le tribunal de céans ne voit pas en quoi une application des art. 54 et 58 PA lorsque, durant la procédure de recours, le pouvoir adjudicateur souhaite interrompre une procédure d'adjudication serait problématique ou contraire au but visé par l'art. 43 LMP. En effet, l'interruption demeure pleinement possible, c'est uniquement le droit de la prononcer qui, en raison du dépôt du recours, passe du pouvoir adjudicateur à l'instance de recours. Aussi, celui-là est libre de former une conclusion invitant le tribunal à prononcer une décision en ce sens. Il peut également requérir l'annulation de la décision d'adjudication et le renvoi de la cause pour le motif qu'il entend réexaminer quel sort il convient de réserver à l'objet de la contestation. On ne saurait non plus se prévaloir de l'urgence dans l'adjudication du marché et de la réalisation de celui-ci puisque le prononcé d'une interruption nécessite la réorganisation d'une procédure d'appel d'offres et d'adjudication *ab ovo* (cf. arrêt du TAF B-1680/2016 du 18 juillet 2016 consid. 4.1.1) et retarderait par là-même une nouvelle adjudication.

Cette solution s'impose en tous les cas lorsque, comme en l'espèce, le pouvoir adjudicateur souhaite, *pendente lite*, adapter les conditions d'évaluation des offres au détriment de la recourante.

2.4.5 En définitive, les art. 54 et 58 PA sont pleinement applicables pour l'ensemble des procédures du droit des marchés publics. Le pouvoir adjudicateur est dessaisi de la cause et la compétence pour trancher l'affaire est entièrement dévolue à l'autorité de recours. Il ne peut donc reconsidérer sa décision que selon les prescriptions de l'art. 58 PA. Partant, le pouvoir adjudicateur ne peut, dans les circonstances de l'espèce, prononcer une interruption de la procédure d'adjudication durant la litispendance que si celle-là fait pleinement droit aux conclusions de la partie recourante. S'il rend une telle décision alors que le recours ne

comporte aucune conclusion en ce sens, l'autorité de recours doit l'assimiler à une conclusion du pouvoir adjudicateur l'invitant à statuer dans ce sens.

Cette solution ne porte pour le reste atteinte à aucun intérêt public digne de protection et préserve davantage l'intérêt privé de la partie recourante, qui n'a pas à former de nouveau recours à l'encontre de la décision d'interruption.

2.5 En l'espèce, la recourante a conclu dans son recours à l'annulation de l'adjudication et à l'attribution du marché. Or, dans sa décision du 4 septembre 2023, le pouvoir adjudicateur a, d'une part, annulé l'adjudication et, d'autre part, interrompu la procédure. Cette décision n'a pas fait entièrement droit aux conclusions de la recourante, dès lors qu'elle n'a qu'annulé l'adjudication. Quant au prononcé de l'interruption de la procédure, il ne fait nullement droit aux conclusions de la recourante, qui a confirmé sa volonté d'obtenir l'adjudication. Dans ces circonstances, cette décision du pouvoir adjudicateur doit être considérée comme une conclusion invitant le tribunal à statuer en ce sens. C'est d'ailleurs ce qu'a fait le pouvoir adjudicateur à titre subsidiaire dans ses déterminations du 13 octobre 2023.

3.

La recourante se prévaut tout d'abord d'une violation de son droit d'être entendue, sous plusieurs angles.

3.1

3.1.1 Elle fait valoir que la décision entreprise n'est pas suffisamment motivée et qu'elle n'est pas en mesure de comprendre les raisons pour lesquelles son offre n'a pas remporté l'adjudication.

Le pouvoir adjudicateur rétorque que la décision déférée contient les informations essentielles relatives à l'adjudication. De plus, dans son courriel du 12 juillet 2023 adressé à la recourante, il a exposé la position qu'occupe son offre ainsi que sa note, le nombre d'offres déposées, la note et le prix de l'adjudicataire.

3.1.2 La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, consacré à l'art. 29 al. 2 Cst., le devoir pour l'autorité de motiver sa décision. L'étendue de la motivation dépend de l'objet de la décision, de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas (cf. ATF 147 IV 379 consid. 1.6.5,

143 III 65 consid. 5.2 et les réf. cit). Selon la jurisprudence, une violation du droit d'être entendu, même grave, peut exceptionnellement être réparée en procédure judiciaire, aux conditions que la partie lésée ait eu la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen et que le renvoi constituerait une vaine formalité, aboutissant à un allongement inutile de la procédure (cf. ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 et les réf. cit. ; arrêts du TAF B-1865/2023 du 21 septembre 2023 consid. 4.3.1 et B-4473/2022 du 3 avril 2023 consid. 3.3.1).

3.1.3 L'art. 51 LMP prévoit que les décisions sujettes à recours doivent être sommairement motivées et indiquer les voies de droit (al. 2). Le contenu minimal de la motivation de l'adjudication d'un marché soumis aux accords internationaux est fixé à l'art. XVI par. 1 AMP 2012. Selon celui-ci, tout soumissionnaire a le droit de connaître les raisons pour lesquelles l'adjudicateur n'a pas retenu son offre ainsi que les avantages relatifs à l'offre du soumissionnaire retenu. Dans le cadre de la motivation sommaire et du débriefing, les secrets d'affaires devront être protégés (cf. art. 12 al. 2 OMP ; message du Conseil fédéral, FF 2017 1695, p. 1821). Ainsi, l'art. 51 al. 3 LMP prévoit que la motivation sommaire d'une adjudication comprend notamment le type de procédure d'adjudication utilisé et le nom du soumissionnaire retenu (let. a), le prix total de l'offre retenue (let. b) ainsi que les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue (let. c). L'art. 51 al. 4 LMP précise que l'adjudicateur ne peut fournir aucun renseignement dont la divulgation : enfreindrait le droit en vigueur ou porterait atteinte à l'intérêt public (let. a) ; porterait atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires, ou (let. b) pourrait nuire à une concurrence loyale entre les soumissionnaires (let. c).

3.1.4 En l'espèce, dans la décision attaquée, le pouvoir adjudicateur se limite à justifier l'attribution du marché en indiquant que l'offre de l'adjudicataire représente le « meilleur rapport qualité-prix ». Quant aux informations contenues dans son courriel du 12 juillet 2023, elles ne portent que sur le classement et la note de l'offre de la recourante, le nombre d'offres déposées ainsi que la note et le prix de l'adjudicataire. Ce faisant, le pouvoir adjudicateur n'a nullement exposé quels étaient les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre de l'adjudicataire, de sorte qu'il n'a manifestement pas satisfait à son devoir de motivation au sens de l'art. 51 al. 3 let. c LMP.

3.1.5 Toutefois, dans le cadre de la présente procédure de recours, la recourante a notamment été renseignée quant à l'évaluation de son offre, y compris les notes attribuées pour chaque critère d'adjudication avant et

après la présentation, de même que les notes attribuées pour chaque critère d'adjudication à l'intimée, avant et après la présentation. Elle a également pu consulter une version caviardée du tableau d'évaluation de l'ensemble des offres déposées pour le lot n° 1 ainsi que du rapport d'adjudication. De plus, le pouvoir adjudicateur a exposé les insuffisances de son offre ainsi que les raisons pour lesquelles celle-ci aurait dû être exclue. La recourante a ainsi pu prendre connaissance des caractéristiques et avantages décisifs de l'offre de l'intimée ainsi que des faiblesses de la sienne. Une fois en possession de ces informations, elle a pu compléter ses écritures et faire valoir ses arguments contre l'exclusion et l'évaluation de son offre. La recourante a donc disposé, durant la présente procédure, de toutes les informations nécessaires et utiles pour comprendre l'exclusion et l'évaluation de son offre et ainsi développer ses arguments devant une autorité jouissant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit – les griefs invoqués par la recourante n'ayant pas trait à l'opportunité de la décision d'adjudication (cf. consid. 1.2 ci-dessus). Renvoyer la cause au pouvoir adjudicateur pour ce motif ne constituerait dès lors qu'une vaine formalité. Il s'ensuit que la violation du droit d'être entendue de la recourante a été guérie par la présente procédure de recours. Il en sera néanmoins tenu compte dans le cadre de la fixation des frais et dépens.

3.2 La recourante soutient ensuite que le pouvoir adjudicateur aurait violé son droit d'être entendue en omettant de lui accorder l'accès au procès-verbal d'ouverture des offres, à l'évaluation des offres ainsi qu'à la grille de notation.

3.2.1 S'agissant tout d'abord de l'accès au procès-verbal d'ouverture des offres, l'art. 37 LMP prévoit en particulier qu'un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres. Il doit mentionner au minimum les noms des personnes présentes, les noms des soumissionnaires, la date de remise des offres, les éventuelles variantes ainsi que le prix total de chaque offre. Il est rendu accessible sur demande à tous les soumissionnaires au plus tard après l'adjudication (cf. al. 2 et 4).

En l'espèce, par courriel du 6 juillet 2023 (cf. pce 14 du recours), la recourante a expressément demandé au pouvoir adjudicateur de produire le procès-verbal de l'ouverture des offres. Cependant, celui-ci n'y a pas donné suite. Ainsi, la recourante n'a pas pu avoir accès au document requis. Il suit de là que le pouvoir adjudicateur a derechef violé le droit d'être entendue de celle-ci.

Toutefois, le procès-verbal d'ouverture des offres a été transmis – dans sa version caviardée – à la recourante dans le cadre de l'échange d'écritures effectué par le tribunal et sur lequel celle-là a pu se déterminer. Dans ces circonstances, le renvoi de la cause pour ce motif serait une vaine formalité. La violation du droit d'être entendu s'avère donc guérie par la présente procédure de recours.

3.2.2 Quant à la consultation de l'évaluation des offres, l'art. 57 LMP prévoit qu'au cours de la procédure de décision, les soumissionnaires n'ont pas le droit de consulter les pièces (cf. al. 1). Dans la procédure de recours, le recourant peut, sur demande, consulter les pièces relatives à l'évaluation de son offre et les autres pièces de la procédure déterminantes pour la décision, à moins qu'un intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (cf. al. 2). Ainsi, en ce qui concerne la phase de la procédure d'adjudication (procédure de décision), la consultation des pièces, au sens des art. 26 à 28 PA, est explicitement exclue. Cela se justifie par la nécessité de protéger les secrets d'affaires et la concurrence efficace entre les soumissionnaires. Ce n'est que pour la phase de la procédure de recours qu'un droit de consulter des pièces est prévu. Pour pouvoir exercer ce droit, le recourant doit faire une demande. Par ailleurs, il n'est autorisé à consulter que les pièces relatives à l'évaluation de son offre et d'autres pièces déterminantes pour les décisions. Il n'existe, sans l'accord des concernés, aucun droit général à la consultation des offres des concurrents. Les offres contenant un savoir-faire et des informations couverts par le secret des affaires des soumissionnaires (cf. art. 11 let. e et 51 al. 4 LMP), le soumissionnaire évincé n'a droit qu'à la communication des éléments propres à justifier la décision d'adjudication (cf. art. 51 al. 3 LMP ; cf. arrêt du TF 2C_365/2022 du 19 janvier 2023 consid. 4.2 et les réf. cit ; arrêts du TAF B-2862/2023 du 22 novembre 2023 consid. 6.1 et B-1865/2023 du 21 septembre 2023 consid. 10 ; message du Conseil fédéral, FF 2017 1695 p. 1829 s.).

En l'espèce, il n'est pas contesté que les documents relatifs à l'évaluation des offres n'ont pas été remis à la recourante alors que celle-ci en a fait la demande dans son courriel du 6 juillet 2023 (cf. pce 14 du recours), à savoir avant l'introduction du recours devant le tribunal. Or, à l'exception du procès-verbal de l'ouverture des offres (cf. art. 37 al. 4 LMP), la recourante ne dispose pas d'un droit de consulter les pièces avant la procédure de recours. Demeure toutefois réservée la procédure de recours contre le prononcé d'une sanction (cf. art. 53 al. 3 LMP) ; ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Dans ces circonstances, le pouvoir adjudicateur n'a pas violé le droit d'être entendue de la recourante en lui refusant l'accès auxdits documents.

Autre est la question de savoir si elle a disposé d'un accès suffisant auxdits documents durant la présente procédure, question qui sera examinée plus loin (cf. consid. 14).

3.2.3 Concernant l'échelle de notation, le tribunal constate que, comme le relève à juste titre le pouvoir adjudicateur, celle-ci figure parmi les documents d'appel d'offres remis à la recourante avant le dépôt de son offre (cf. « evaluation of the qualitative award criteria AC1-AC8 », point 6.2.1 du document pce A1 « procedural instructions » de la pce 9 du recours). De plus, celle-là se réfère à plusieurs reprises audit document dans ses écritures, soutenant en particulier que le pouvoir adjudicateur n'aurait pas procédé à la notation des différents critères selon l'échelle prévue à cet effet. Dans ces circonstances, elle ne saurait prétendre ne pas en avoir eu connaissance ni se plaindre d'une violation du droit d'être entendue.

4.

La recourante avance ensuite que les documents d'appel d'offres prévoient une séance de négociation en présence des deux meilleures entreprises, mais ils n'exposent pas quels sont les critères permettant de les départager. Elle s'en prend ainsi à un défaut contenu dans les documents d'appel d'offres.

Depuis la révision totale du droit des marchés publics – applicable en l'espèce –, les prescriptions contenues dans les documents d'appel d'offres, dont l'importance est identifiable, ne peuvent être contestées que dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offres (cf. art. 53 al. 2 LMP ; cf. arrêt du TF 2C_222/2023 du 19 janvier 2024 consid. 1.5.1 ; arrêts du TAF B-1865/2023 du 21 septembre 2023 consid 5.4.2.4, B-4473/2023 du 3 avril 2023 consid. 4.4.2 et la réf. cit.). Or, en l'espèce, l'appel d'offres indique au point 4.6 « autres indications » que « les trois meilleurs fournisseurs après la phase d'évaluation seront invités à la séance de présentation des fournisseurs. Les deux meilleurs fournisseurs après la présentation seront invités pour la phase de négociation. La commande est passée sous réserve de l'approbation de l'achat par le conseil d'administration de Swissgrid SA ». De plus, l'absence de critère permettant de départager les soumissionnaires invités à la séance de négociation était identifiable lors du lancement de la procédure et ne nécessitait pas un examen approfondi des documents d'appel d'offres. Partant, la question de savoir si l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres auraient dû ou non exposer des critères d'évaluation des

soumissionnaires invités à la séance de négociation ne peut plus être examinée dans le cadre de la présente procédure contre l'adjudication.

Le grief soulevé se révèle dès lors tardif et la recourante est forclosée à faire valoir ce moyen à ce stade de la procédure.

5.

La recourante prétend également que la méthode d'évaluation dite « shortlisting » n'aurait pas été annoncée comme l'exige l'art. 40 al. 2 LMP, de sorte que le pouvoir adjudicateur ne pouvait évaluer une seconde fois son offre et modifier les notes déjà attribuées avant la présentation. De plus, cette dernière constitue à elle seule un critère d'évaluation, elle ne permet ni au pouvoir adjudicateur de réévaluer les notes octroyées aux autres critères d'adjudication ni de vérifier si les exigences obligatoires sont respectées.

5.1 Selon l'art. 40 al. 2 LMP, lorsque l'examen et l'évaluation approfondis des offres exigent des moyens considérables et à condition de l'avoir annoncé dans l'appel d'offres, l'adjudicateur peut soumettre toutes les offres à un premier examen sur la base des documents remis et les classer. Il choisit ensuite si possible les trois offres les mieux classées et les soumet à un examen et à une évaluation détaillée. Le message du Conseil fédéral y relatif indique que, « selon la complexité des marchés, l'évaluation des offres peut requérir des moyens plus ou moins importants ». Aussi, « compte tenu du principe d'économicité, l'adjudicateur doit pouvoir écarter un certain nombre d'offres après avoir procédé à une première évaluation et ne soumettre que les offres restantes à un examen et à une évaluation plus détaillée. Les soumissionnaires dont les offres sont exclues à ce stade sont informés de cette décision, laquelle n'est pas attaquable en tant que telle. Par souci de transparence, il est recommandé d'annoncer dans l'appel d'offres le recours à cette procédure d'évaluation en deux temps et le nombre d'offres qui feront l'objet d'une évaluation approfondie » (cf. FF 2017 1695, p. 1800 ss ; ATAF 2022 IV/4 consid. 2.3.2). Le « shortlisting » concerne aussi bien l'examen que la notation des offres et ne se limite pas à la seule évaluation des critères d'adjudication. Si les soumissionnaires ne remplissent pas un ou plusieurs critères obligatoires lors du premier examen des offres, ils ne peuvent pas être pris en compte pour la « shortlist » (cf. DANIEL STUCKI, Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, n° 22 ad art. 40 LMP). En outre, la lettre dite de parcage, à savoir la lettre par laquelle un soumissionnaire est informé que son offre ne sera pas examinée plus avant jusqu'à la décision d'adjudication, en particulier, ne peut donner lieu à un recours. La décision

communiquée par cette lettre ne peut être attaquée qu'avec la décision finale, à savoir la décision d'adjudication (cf. ATAF 2022 IV/4 consid. 2.3 et les réf. cit.)

5.2 En l'espèce, l'appel d'offres indique à son point 4.6 que « the 3 best providers after the evaluation will be invited to the provider presentation » et que « the 2 best providers after the provider presentation will be invited to contract negotiations ». Les documents d'appel d'offres (cf. pt 4 du document A1 « procedural instruction ») exposent notamment les étapes conduisant à la décision d'adjudication, à savoir :

« 1. [...]

[...]

5. deadline for submission of the offer	16.12.2022
6. opening of offers	22.12.2022
7. evaluation of the offers until	24.02.2023
8. suppliers presentation	06 – 17.03.2023
9. contract clarification	03. – 21.04.2023
10. award decision and communication until	07.06.2023
11. [...] »	

Pour le point 8, les documents d'appel d'offres spécifient que « those suppliers who can advance to the first three place after the evaluation of the award criteria will be invited for the presentation ». Ils précisent pour le point 9 que « after the final evaluation, Swissgrid reserves the right to invite the best two suppliers to negotiate the contact ».

5.3 Sur le vu de ce qui précède, il appert que le pouvoir adjudicateur soumet tout d'abord les offres déposées à un premier examen, puis sur la base de leur résultat, il établit un classement provisoire. Il sélectionne ensuite les trois soumissionnaires ayant reçu les meilleures notes pour les convier à une présentation de leur offre. Enfin, après une évaluation finale, le pouvoir adjudicateur invite les deux meilleurs soumissionnaires à la séance des négociations contractuelles.

Ainsi, le recours à la méthode dite « shortlisting » pour l'évaluation des offres a dûment été annoncé dans l'appel d'offres et ses documents. Il n'est

pas non plus contesté que l'examen et l'évaluation approfondis de toutes les offres dans le cas présent exigent des moyens considérables. Par conséquent, les conditions posées à l'art. 40 al. 2 LMP étant remplies, le pouvoir adjudicateur était en droit de procéder à une évaluation des offres en deux étapes. Dans ces circonstances, les notes attribuées après la première évaluation sont provisoires et ont seulement pour but de déterminer les soumissionnaires qui seront conviés à la présentation. Leurs offres sont ensuite soumises à une seconde évaluation. Si, comme en l'espèce, le pouvoir adjudicateur constate lors de l'évaluation finale que l'offre contient des lacunes ou des contradictions, il doit en tenir compte et ajuster les notes provisoires octroyées. Partant, on ne saurait lui reprocher d'avoir modifié les notes de la recourante selon les éléments ressortant de sa présentation. Autre est toutefois la question de savoir si son évaluation s'avère justifiée (cf. consid. 11).

5.4 De même, lorsque, comme en l'espèce, les informations données par la recourante durant sa présentation font apparaître que l'offre ne respecte pas plusieurs spécifications techniques obligatoires, le pouvoir adjudicateur doit les prendre en considération et se demander si l'offre doit ou non être exclue, quand bien même cette dernière paraissait remplir lesdites spécifications lors de la première évaluation. Quant à la question de savoir si l'évaluation de ces exigences est conforme au droit, elle sera examinée plus loin (cf. consid. 9).

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, le grief de la recourante se révèle infondé et doit être rejeté.

6.

La recourante soutient que le pouvoir adjudicateur aurait violé le principe de l'intangibilité de l'offre, faisant valoir que le prix de plusieurs soumissionnaires a été modifié en cours de procédure d'adjudication.

Le pouvoir adjudicateur admet que l'offre de l'adjudicataire ainsi que celles des soumissionnaires 3 et 4 ont subi des rectifications de prix après leur dépôt. Il fait toutefois valoir qu'elles sont licites et ne résultent pas d'une négociation de prix.

6.1

6.1.1 En matière de marché public prévaut le principe de l'intangibilité de l'offre à l'échéance du délai (cf. « Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote »). Cela signifie qu'une offre ne peut en

principe plus être modifiée, complétée ou corrigée après avoir été déposée auprès de l'adjudicateur par le soumissionnaire. Par conséquent, l'appréciation des offres s'effectue en principe sur la base des projets tels qu'ils ont été déposés. La modification de l'offre, intervenue après le délai de remise, est en principe sanctionnée par l'exclusion (cf. ATF 141 II 353 consid. 8.2.2 ; arrêts du TAF B-5257/2022 du 24 avril 2023 consid. 2.2.1.1, B-2686/2022 du 16 janvier 2023 consid. 3.5.2 et les réf. cit. ; DOMENICO DI CICCIO, Le prix en droit des marchés publics : le prix comme valeur du marché et comme critère d'examen de l'offre, 2022, n° 1115 p. 337).

6.1.2 La loi fédérale sur les marchés publics permet néanmoins une dérogation au principe de l'intangibilité des offres, hormis les simples cas de rectifications des erreurs manifestes de celles-ci (cf. art. 38 LMP ; arrêts du TAF B-5257/2022 du 24 avril 2023 consid. 2.2.1.2 s. et B-2686/2022 du 16 janvier 2023 consid. 3.5.1). Son art. 39 prévoit qu'en vue de déterminer l'offre la plus avantageuse, l'adjudicateur peut, en collaboration avec les soumissionnaires, rectifier les offres en ce qui concerne les prestations et les modalités de leur exécution (al.1). Toutefois, une rectification n'est effectuée que : a) si aucun autre moyen ne permet de clarifier l'objet du marché ou les offres ou de rendre les offres objectivement comparables sur la base des critères d'adjudication, ou b) si des modifications des prestations sont objectivement et matériellement nécessaires ; dans ce cas, l'objet du marché, les critères et les spécifications ne peuvent cependant être adaptés de manière telle que la prestation caractéristique ou le cercle des soumissionnaires potentiels s'en trouvent modifiés (cf. al. 2). Quant à l'adaptation des prix, elle ne peut être demandée que dans le cadre d'une rectification effectuée pour l'une des raisons mentionnées à l'al. 2 (cf. al. 3). L'adjudicateur doit en outre consigner dans des procès-verbaux les résultats de la rectification des offres (cf. al. 4 LMP). Selon l'art. 10 al. 2 OMP, le procès-verbal de la rectification d'une offre contient au moins les indications suivantes : a. le lieu ; b. la date ; c. les noms des participants ; d. les parties de l'offre qui ont été rectifiées ; e. les résultats de la rectification.

6.1.3 La rectification peut se révéler indispensable en particulier lorsque le marché porte sur des prestations complexes. Elle sert à dissiper les malentendus et à combler les lacunes manifestes des documents d'appel d'offres. Par ailleurs, elle offre à l'adjudicateur un moyen d'améliorer, dans certaines limites, la définition de l'objet du marché au cours de la procédure d'adjudication, contribuant ainsi à l'assouplissement de cette dernière, et lui permet de rendre les offres comparables (cf. message du Conseil fédéral, FF 2017 1695, p. 1799). Elle n'a pas pour but de mettre en

conformité des offres qui, au départ, ne satisfaisaient clairement pas aux conditions du marché (cf. décision incidente du TAF B-3196/2022 du 27 mars 2023 consid. 6.2.2 ; message du Conseil fédéral, FF 2017 1695, p. 1799 ; JEAN-MICHEL BRAHIER, *Offre et contrat : vérification, épuration, rectification et négociation*, in : *marchés publics 2018*, n° 81, p. 306). La rectification n'est possible que dans les hypothèses visées par l'art. 39 al. 2 LMP. L'art. 39 al. 3 LMP n'autorise une adaptation des prix après l'ouverture des offres que dans le cadre d'une rectification effectuée pour l'un des motifs mentionnés à son al. 2. En effet, une telle adaptation peut s'avérer nécessaire lorsque l'objet du marché doit être modifié ou précisé dans le cadre de la rectification des offres. L'impératif de l'économicité des acquisitions peut impliquer qu'une modification des prestations offertes conduise à une adaptation des prix (cf. décision incidente du TAF B-3196/2022 du 27 mars 2023 consid. 6.2.2 ; message du Conseil fédéral, FF 2017 1695, p. 1755 et p. 1799 s. ; BRAHIER, *op. cit.*, n° 80, p. 305). En d'autres termes, la modification et l'ajustement du prix doivent être corrélés. Le prix ne peut être ajusté qu'en relation avec la partie de la prestation qui subit un changement ou qui est manifestement affectée par celui-ci (cf. arrêt du TAF B-5257/2022 du 24 avril 2023 consid. 2.2.1.4 ; CHRISTOPH JÄGER, *Technische Verhandlungen – Bereinigung der Angebote nach Art. 39 BöB 2019 /IVöB 2019* in : *Aktuelles Vergaberecht 2020*, n°s 72, p. 387 ss). En revanche, si l'objet de la prestation est modifié de manière substantielle, la procédure doit être interrompue et le marché doit faire l'objet d'un nouvel appel d'offres (cf. décision incidente du TAF B-3196/2022 du 27 mars 2023 consid. 6.2.2 ; BRUNO GYGI, in : *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020*, n° 29 ad art. 39).

Enfin, outre le principe de l'offre la plus avantageuse économiquement (cf. arrêt du TAF B-5257/2022 du 24 avril 2023 consid. 2.2.1.4 ; décision incidente du TAF B-3196/2022 du 27 mars 2023 consid. 6.2.2 ; BRAHIER, *op.cit.*, n° 75, p. 304), l'ensemble de ce processus doit respecter les principes de la transparence et l'égalité de traitement des soumissionnaires. Il n'est pas permis d'avantager certains soumissionnaires ou d'en désavantager d'autres, par exemple en n'accordant une rectification de son offre (de prix) qu'à un seul soumissionnaire choisi arbitrairement (cf. arrêt du TAF B-5257/2022 du 24 avril 2023 consid. 2.2.1.4 ; GYGI, *op.cit.*, n° 30 ad art. 39 ; TRÜEB/CLAUSEN, *op. cit.*, n° 8 ad art. 39). En outre, les soumissionnaires doivent avoir été invités au préalable par le pouvoir adjudicateur pour procéder à des adaptations de prix ou de prestations ; ils ne peuvent les effectuer de leur propre initiative (cf. arrêt du TAF B-5257/2022 du 24 avril

2023 consid. 2.2.1.4). De plus, afin de respecter le principe de confiance et l'interdiction de venire contra factum proprium, le pouvoir adjudicateur doit indiquer clairement aux soumissionnaires s'il souhaite uniquement recevoir des informations sur l'offre ou s'il souhaite les inviter à adapter leurs offres (cf. arrêt du TAF-B-5257/2022 du 24 avril 2023 consid. 2.2.1.4).

6.2 En l'espèce, le point 4.1 du document A2.1 « Requirements Specification Future SCADA EMS (SMARTA) » des documents d'appel d'offres indique que :

« in the subsequent operations phase the supplier provides support and maintenance services. Furthermore, the partner shall supply additional implementation based on Change Requests and additional training, consulting and additional other services based on Service Requests in the operations phase. Conditions for these additional services shall be defined in the contract and the prices shall be defined in the Price Sheet in the Criteria Catalogue ».

Le point 4.2.1 relatif au « support for Operations Phase » prévoit que :

« The supplier is obliged to provide maintenance and support for the offered solution in accordance with the contract, the SLA and this document at least until 15 years for Lot 1: SCADA [...]. The initial contract period for the operational phase is implementation period plus 5 years. Swissgrid reserves the right to prolong this period by Lot 1: SCADA: 2 times 5 years up to 15 years in total [...] »

6.3 En l'espèce, le fichier Excel relatif au prix du marché concerné a la teneur suivante (cf. document C1.5 des documents d'appel d'offres) :

Position	Description	Unit of measure	Price per Unit in CHF excl. VAT	# of units	Costs in CHF excl. VAT	Comments	
Implementation project							
1	Fix price offer for the whole implementation project as described in the document "A2.2 Project Requirements"	Fixed lump sum	CHF 0.00	5	CHF 0.00		
2					CHF 0.00		
Options							
3	Hardware for the whole solution as described in documents A2.1, A2.3, C1.1, C1.4 and offered in C2.1	Fixed lump sum		1	CHF 0.00		
4	Fix price offer for the whole implementation of the State Estimation as described in the documents A2.1, C1.1, C1.4 and offered in C2.1	Fixed lump sum		1	CHF 0.00		
5							
Operation Phase							
6	Initial license fees	one off	CHF 0.00		CHF 0.00		
7	Recurring license fees	yearly	CHF 0.00		CHF 0.00		
8	Support fees	yearly	CHF 0.00		CHF 0.00		
9			CHF 0.00		CHF 0.00		
Option Operation Phase State Estimation							
10	Initial license fees	one off	CHF 0.00		CHF 0.00		
11	Recurring license fees	yearly	CHF 0.00		CHF 0.00		
12	Support fees	yearly	CHF 0.00		CHF 0.00		
13			CHF 0.00		CHF 0.00		
Prolongation of the operation phase							
14	Recurring license fees	yearly	CHF 0.00		CHF 0.00		
15	Support Fees	yearly	CHF 0.00		CHF 0.00		
16			CHF 0.00		CHF 0.00		
Option: Prolongation of the operation phase for State Estimation							
17	Recurring license fees	yearly	CHF 0.00		CHF 0.00		
18	Support Fees	yearly	CHF 0.00		CHF 0.00		
19			CHF 0.00		CHF 0.00		
Optional Services on Demand							
20	Additional Training off site	per hour	CHF 0.00	40	CHF 0.00		
21	Additional Training on site	per hour	CHF 0.00	40	CHF 0.00		
22	Consulting regarding of the SCADA Soution off site	per hour	CHF 0.00	320	CHF 0.00		
23	Consulting regarding of the SCADA Soution on site	per hour	CHF 0.00	80	CHF 0.00		
24	Change/Service Request off site	per hour	CHF 0.00	1400	CHF 0.00		
25	Change/Service Request on site	per hour	CHF 0.00	200	CHF 0.00		
					Total costs:	CHF 0.00	

6.4 In casu, il ressort du courriel du 10 mars 2023 de l'adjudicataire que, suite à l'appel téléphonique du pouvoir adjudicateur, elle a transmis une nouvelle liste de prix. Ledit courriel fait notamment état de ce qui suit :

« Price sheet Lot 1 SCADA

Pos. 8 : Menge von 1 auf 5 erhöht (da Vertragsdauer 5 Jahre)

Pos. 12 : Menge von 1 auf 5 erhöht

Pos. 15 : Menge von 1 auf 10 erhöht (da Optional 5 + 5 weitere Jahre)

Pos. 18 : Menge von 1 auf 10 erhöht (s.o.) »

La liste de prix y annexée contient quant à elle la nouvelle durée des prestations susmentionnées ainsi que leur montant adapté. Toutefois, comme relève le pouvoir adjudicateur, le montant total de la prestation pour les positions 15 et 18 s'avère erroné, dès lors que la multiplication du prix unitaire par le nombre d'années, à savoir 10, a donné le chiffre 0. Le 15 mars 2023, l'adjudicataire a transmis une nouvelle liste de prix afin de remédier à ces erreurs. Elle a en outre indiqué dans son courriel que le prix total de son offre contenait désormais le prix correct pour la durée totale de 15 ans.

Le soumissionnaire 3 explique dans son courriel du 9 mars 2023 adressé au pouvoir adjudicateur que, en raison d'une mauvaise compréhension, le nombre d'années indiqué pour les opérations prévues aux positions 14, 16

et 19 de sa liste de prix est erroné ; celui-ci aurait dû être de 10 ans au lieu de 5 ans. Il a ainsi demandé au pouvoir adjudicateur d'ajuster ces facteurs afin de rendre son offre comparable aux autres.

Quant au soumissionnaire 4, il ressort de son courriel du 9 mars 2023 que, suite à son entretien téléphonique avec le pouvoir adjudicateur, il a adapté la position 14 de sa liste de prix. Il indique qu'il a augmenté la durée de l'option de la prolongation de 5 à 10 ans et qu'il a aussi dû corriger la moyenne annuelle du prix de la licence en tenant compte de l'indexation. Il explique qu'à partir du prix de la licence initiale indiquée à la position 6, le prix augmente annuellement selon un certain taux de pourcentage.

6.5 Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que le nombre d'années nécessaires pour les différentes phases du marché concerné a été fixé dans les documents d'appel d'offres. Or, il s'avère que trois des cinq soumissionnaires n'ont pas correctement compris cet aspect ; l'ampleur des prestations offertes est donc divergente. Les rectifications opérées visent ainsi, d'une part, à clarifier la durée des différentes phases d'opération, et d'autre part, à ce que l'ensemble des offres dispose du même nombre d'années pour ces phases afin qu'elles soient comparables. Il ne s'agit pas d'une opération visant à mettre ces offres en conformité avec les exigences du marché. En outre, le prix unitaire proposé initialement n'a pas subi de modification – à l'exception du soumissionnaire 4 qui l'a adapté en tenant compte du taux d'indexation. Il suit de là que le pouvoir adjudicateur a clarifié et précisé un aspect de l'objet du marché pour dissiper toute équivoque dans le but de rendre les offres comparables. Dans ce cadre-là, une adaptation du prix s'avère nécessaire et est la conséquence des rectifications effectuées. Dans ces circonstances, ces rectifications répondent aux conditions prévues à l'art. 39 al. 2 let. a LMP et l'adaptation du prix ne résulte pas d'une négociation proscrite par l'art. 11 let. d LMP. Par ailleurs, le tribunal constate que, selon le rapport d'évaluation des offres, ces modifications ont abouti à une augmentation du prix des offres concernées, de sorte que la recourante, dont le prix proposé est devenu le plus avantageux, ne subit aucun préjudice.

Partant, le grief de la recourante doit dès lors être rejeté.

6.6 Cependant, le tribunal constate que le pouvoir adjudicateur n'a pas établi de procès-verbal comme l'exigent l'art. 39 al. 4 LMP et l'art. 10 al. 2 OMP. Toutefois, après l'examen de l'ensemble des documents produits devant le tribunal, à savoir les courriels échangés entre les soumissionnaires concernés et le pouvoir adjudicateur, les listes de prix

corrigées ainsi que le tableau d'épuration du prix (« Bereinigung der Kosten ») contenu dans le rapport d'évaluation des offres, il est en mesure de déterminer les éléments tels que la date, le lieu, les participants, les parties de l'offre rectifiées ainsi que le résultat de la rectification. Il suit de là que, quand bien même l'absence de procès-verbal est regrettable, elle n'a pas empêché le tribunal d'effectuer un examen circonstancié de la régularité des rectifications. Le principe de proportionnalité s'oppose en l'espèce à ce que, pour ce seul motif, l'adjudication soit annulée et la cause renvoyée.

7.

La recourante se plaint également de ce que le tableau de la composition du comité d'évaluation n'inclut pas le critère AC 7, de sorte qu'elle ignore qui sont les personnes présentes à la séance de la présentation qui ont procédé à la réévaluation de son offre et qui ont abaissé ses notes, notamment celle de l'AC 1. De plus, selon les affirmations contenues dans sa réponse, le comité d'évaluation aurait préjugé son offre de manière défavorable. A cela s'ajoute que les différentes remarques au sujet de la capacité de ses représentants à communiquer en anglais laissent entendre que les soumissionnaires de langue germanophones auraient été avantagés.

7.1

7.1.1 En vertu de l'art. 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. L'art. 11 LMP prévoit en particulier que lors de la passation des marchés publics, l'adjudicateur doit agir de manière transparente, objective et impartiale. Aussi, dans le cadre d'une procédure d'adjudication, les soumissionnaires ont également un droit à ce que leur offre soit évaluée par une autorité d'adjudication indépendante et impartiale (cf. arrêts du TAF B-3126/2023 du 22 novembre 2023 consid. 4.2 et B-1865/2023 du 21 septembre 2023 consid. 6.2.3 ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n° 1071 p. 493).

7.1.2 L'art. 13 LMP prévoit que

« ¹ Ne peuvent participer à la procédure d'adjudication, du côté de l'adjudicateur ou du jury, les personnes qui :

- a. ont un intérêt personnel dans le marché ;
- b. sont liées par les liens du mariage ou du partenariat enregistré ou mènent de fait une vie de couple avec un soumissionnaire ou un membre de l'un de ses organes ;

- c. sont parentes ou alliées, en ligne directe ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale, d'un soumissionnaire ou d'un membre de l'un de ses organes ;
- d. représentent un soumissionnaire ou ont agi dans la même affaire pour un soumissionnaire, ou
- e. ne disposent pas, pour toute autre raison, de l'indépendance nécessaire pour participer à la passation de marchés publics.

² La demande de récusation doit être déposée immédiatement après la prise de connaissance du motif de récusation.

³ L'adjudicateur ou le jury statue sur les demandes de récusation en l'absence de la personne concernée »

7.1.3 Dans le domaine des marchés publics, il faut éviter que les exigences en matière de récusation ne soient excessives, eu égard notamment au nombre de prestataires relativement restreint dans le secteur hautement spécialisé des technologies de l'information. On ne peut donc pas transposer telle quelle dans le domaine des marchés publics la pratique visant à garantir l'indépendance du juge constitutionnel. Il est par exemple possible que des personnes ayant été employées par des soumissionnaires soient engagées par les adjudicateurs. La question de l'indépendance doit donc être évaluée non pas de façon abstraite, mais en considérant les tâches et les fonctions du droit des marchés publics. Contrairement à ce que prévoit l'art. 10 PA, une simple apparence de partialité ne suffit pas pour fonder une obligation de récusation. La partialité du pouvoir adjudicateur doit donc affecter concrètement la procédure d'acquisition, tel n'est pas le cas s'il est établi que les facteurs remettant en question l'indépendance n'ont pas influé sur la décision d'adjudication (cf. arrêts du TAF B-3126/2023 du 22 novembre 2023 consid. 4.2 et B-1865/2022 du 21 septembre 2023 consid. 6.2.3 ; message du Conseil fédéral, FF 2017 1695, 1760 s.).

7.2 En l'espèce, il ressort du tableau contenu dans la duplique du pouvoir adjudicateur – transmis dans sa version caviardée à la recourante – que 25 personnes ont participé à l'évaluation du critère AC 1. Le tribunal constate, en outre, que chacun des thèmes a été examiné par au moins deux personnes. Concernant la réévaluation de l'offre de la recourante, il convient de relever que le critère AC 7 ne porte que sur la présentation en tant que telle et qu'il a fait l'objet d'une évaluation propre. La liste des personnes présentes à cette séance a par ailleurs été communiquée en amont à la recourante dans la convocation qui lui est adressée le 14 avril 2023 (cf. pce 11 du recours). Comme relevé précédemment (cf. consid. 5.3), les informations recueillies lors de cette présentation relatives aux autres critères d'adjudication ont ensuite été prises en compte par les

examineurs pour procéder à l'évaluation finale de l'offre de la recourante. Lorsque ces informations font apparaître que celle-ci contient des lacunes ou des contradictions, les notes provisoires accordées initialement sont modifiées en conséquence. Partant, rien ne laisse supposer que la réévaluation de l'offre de la recourante n'a pas été effectuée par les examinateurs compétents pour évaluer les différents critères d'adjudication d'après le tableau de la composition du comité d'évaluation. La recourante n'apporte dans tous les cas aucun élément permettant de démontrer le contraire.

S'agissant de la déclaration du pouvoir adjudicateur selon laquelle « les évaluateurs ont alors relevé que s'agissant de l'offre de la recourante, celle-ci avançait être parfaitement capable de livrer certaines fonctionnalités alors même que d'autres soumissionnaires établis ont exprimé des difficultés voire une inaptitude à les livrer, ce qui a éveillé certains doutes sur la plausibilité de l'offre de la recourante » (cf. p. 20 de la réponse), force est de constater que le prénommé se limite à constater ici que la recourante prétend pouvoir remplir certaines exigences alors que cela s'avère difficile pour des soumissionnaires plus expérimentés dans le domaine du marché litigieux. Cette seule affirmation est ainsi insuffisante pour permettre au tribunal de relever un éventuel manque d'impartialité dans l'évaluation de l'offre en question. Elle ne permet pas non plus de retenir que l'adjudication aurait été impactée en ce sens que des soumissionnaires dits établis auraient été mieux évalués. La recourante n'apporte d'ailleurs aucun moyen de preuve concret permettant de le démontrer.

Quant à l'allégation de la recourante selon laquelle les soumissionnaires germanophones seraient avantagés, il y a lieu de relever que le pouvoir adjudicateur expose dans sa réponse concernant le critère d'adjudication AC 4 que « la communication, qui est essentielle dans ce type de projet, a été difficile malgré les connaissances en anglais [de niveau] B2 annoncées par la recourante » (cf. p. 22 de la réponse) et que « la phase de présentation a montré que les compétences orales en anglais de la plupart des représentants de la recourante étaient très limitées, ce qui augmente la probabilité de malentendus et d'erreurs » (cf. p. 29 de la réponse). Il reproche ainsi à la recourante de ne pas disposer de niveau suffisant en anglais, alors que, selon le critère d'adjudication AC 4, les employés des soumissionnaires participant au marché litigieux doivent avoir le niveau B2 du Cadre Européen Commun de Référence (CECR) en allemand ou en anglais. Dans ces circonstances, lesdites remarques qui se rapportent à l'évaluation d'un critère d'adjudication ne laissent en rien supposer que les

soumissionnaires germanophones seraient favorisés par rapport aux autres soumissionnaires non germanophones.

7.3 Il suit de ce qui précède qu'il n'existe au dossier aucun élément qui laisse penser que des personnes autres que les examinateurs prévus à cet effet eussent procédé à l'évaluation des critères d'adjudication des offres et que ceux-ci n'eussent pas fait preuve d'impartialité. Par ailleurs, la recourante n'indique pas non plus quels autres motifs étrangers auraient pu influencer l'évaluation de son offre.

Mal fondé, le grief doit dès lors être rejeté.

8.

Le pouvoir adjudicateur avance ensuite que, lors de la présentation, certaines informations apportées par la recourante contredisaient celles contenues dans son offre. Il prétend que cette dernière aurait dû être exclue de la procédure d'adjudication, faisant valoir qu'elle ne remplirait pas plusieurs exigences techniques obligatoires et que la recourante ne serait pas un partenaire fiable, dès lors qu'elle aurait fourni des indications trompeuses. Il explique également qu'il n'a pas été nécessaire de procéder auparavant à une évaluation plus approfondie du respect de ces critères, puisque l'offre ne pouvait remporter l'adjudication en raison d'autres motifs. Lors de la procédure du recours, il a néanmoins réexaminé le respect de ces critères et est arrivé à la conclusion que l'offre devrait être exclue pour différents manquements graves concernant des critères obligatoires.

La recourante rétorque que son offre satisfait l'ensemble des critères obligatoires et qu'elle n'a transmis aucun renseignement trompeur.

8.1

8.1.1 En vertu de l'art. 44 al. 1 let. b LMP, l'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication, le radier d'une liste ou révoquer une adjudication s'il est constaté que le soumissionnaire, un de ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier remet une offre ou une demande de participation qui est entachée d'importants vices de forme ou qui s'écarte de manière importante des exigences fixées dans l'appel d'offres. Il en va ainsi d'une offre incomplète sur un point essentiel ou qui s'écarte significativement des conditions figurant dans les documents d'appel d'offres ou émet des réserves sur certaines règles fixées par l'adjudicateur. De telles offres doivent être traitées de manière stricte dans l'intérêt de la comparabilité des offres et du respect du principe

de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op.cit., n° 470 p. 209 ; arrêts du TAF B-1865/2023 du 21 septembre 2023 consid. 5.3.2 et B-2686/2022 du 16 février 2023 consid. 3.3). Les exigences doivent en outre être remplies tout au long de la procédure et même après l'adjudication (cf. arrêt du TAF B-396/2018 et B-505/2018 du 19 février 2019 consid. 3.4.1 ; ETIENNE POLTIER, droit des marchés publics, 2^{ème} éd., [ci-après : marchés publics] n° 595 p. 292 ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op.cit., n° 534 s., p. 231).

8.1.2 Ainsi, en présence d'un motif d'exclusion, l'art. 44 LMP prévoit que le pouvoir adjudicateur « peut » exclure un soumissionnaire de la procédure. L'exclusion n'est donc pas automatique ; elle relève de la marge d'appréciation du pouvoir adjudicateur. Toutefois, lorsqu'un cas d'exclusion est destiné à réaliser un but essentiel du droit des marchés publics, le pouvoir adjudicateur ne jouit que d'un pouvoir limité de renoncer à l'exclusion (cf. ATF 143 II 425 consid. 4.4.3 et 4.6 ; arrêt du TAF B-1865/2023 du 21 septembre 2023 consid. 5.3.3). En tout état de cause, la faculté laissée à l'adjudicateur d'exclure un candidat ou d'écartier son offre doit respecter les principes de proportionnalité et de prohibition du formalisme excessif, quel que soit le motif d'exclusion (cf. arrêt du TF 2C_782/2012 du 10 janvier 2013 consid. 2.3 et les réf. cit. ; ATAF 2019 IV/1 consid. 4.1 ; arrêts du TAF B-1865/2023 du 21 septembre 2023 consid. 5.3.3 et B-2686/2022 du 16 janvier 2023 consid. 3.4 ; message du Conseil fédéral, FF 2017 1695, 1808). Un motif d'exclusion doit donc revêtir une certaine gravité. Il en est ainsi lorsque l'égalité de traitement entre l'offre défectueuse et les autres offres ne peut plus être garantie. Une exclusion serait en revanche disproportionnée ou excessivement formaliste lorsque l'écart entre l'offre et les exigences de l'appel d'offres n'a qu'un caractère marginal et une importance insignifiante sous l'aspect du rapport entre le prix et la prestation (cf. ATF 145 II 249 consid. 3.3, 143 I 177 consid. 2.3.1, 141 II 353 consid. 8.2.1 et les réf. cit. ; arrêt du TF 2C_222/2023 du 19 janvier 2024 consid. 1.5.2 ; ATAF 2019 IV/1 consid. 4.1 ; arrêt du TAF B-2686/2022 du 16 janvier 2023 consid. 3.4). Pour certains défauts qu'elle ne considère ni comme mineurs ni comme particulièrement graves, la jurisprudence a créé une zone intermédiaire dans laquelle l'adjudicateur est libre de prononcer l'exclusion du soumissionnaire ou d'y renoncer et, dans ce cas, de remédier au défaut dans le cadre de l'épuration des offres (cf. arrêt du TAF B-2686/2022 du 16 janvier 2023 consid. 3.4 ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op.cit., n° 453, p. 203)

8.1.3 En vertu de l'art. 30 al. 1 LMP, l'adjudicateur fixe les spécifications techniques nécessaires dans l'appel d'offres ou dans les documents

d'appel d'offres. Celles-ci définissent les caractéristiques de l'objet du marché, telles que sa fonction, ses performances, sa qualité, sa sécurité, ses dimensions ou les procédés de production et fixent les exigences relatives au marquage ou à l'emballage.

Dans la mesure où les spécifications techniques déterminent le contenu et les caractéristiques de l'offre, elles sont, comme les critères d'aptitude, de nature absolue et doivent être considérées comme des critères dits obligatoires (« Musskriterien ») ; leur non-respect peut également conduire à l'exclusion de l'offre (cf. arrêt du TF 2C_698/2019 du 24 avril 2020 consid. 1.2.3 ; arrêt du TAF B-415/2023 du 16 mai 2023 consid. 5.2 ; ETIENNE POLTIER, marchés publics, n° 557 p. 274).

8.2 En l'espèce, les documents d'appel d'offres exigent que l'offre du soumissionnaire doit satisfaire, sans restriction, l'ensemble des critères d'aptitude et des spécifications techniques (critère obligatoire) pour être évaluée. Si l'offre ne satisfait pas un ou plusieurs de ces critères, elle doit être exclue (cf. pt 6.1 du document A1 « procedural instructions », pce 9 du recours). Le critère AC 1 de l'appel d'offres contient au total 1'116 spécifications techniques qui sont subdivisées en des critères fonctionnels (« functional requirements SCADA ») et des critères non fonctionnels (« non functional requirements »). Pour chaque spécification technique, le soumissionnaire doit indiquer dans les fichiers Excel correspondants s'il est capable ou non de la satisfaire. Il doit également fournir une description simple et compréhensible de la manière dont cette spécification est remplie. Lorsque les explications ne peuvent être données dans lesdits fichiers Excel, le soumissionnaire doit les exposer dans les documents « Explanation Functional Requirements SCADA (C3.1) » et « Explanation Non-Functional Requirements for SMARTA_SYSTEM (C3.4) ». Ces informations sont ensuite prises en compte dans l'évaluation des réponses données dans les fichiers Excel (cf. p.1 des documents C3.1 et C3.4).

9.

Il convient d'examiner ci-après si l'offre de la recourante respecte les différentes spécifications techniques obligatoires F3-8-1-13, F3-8-2-4, F3-10-4-2, F3-12-1, NF1-14-1 et F4-4-4-3-2 que le pouvoir adjudicateur considère comme non satisfaites.

9.1 Pour autant qu'il respecte les principes de transparence, d'égalité de traitement, d'interdiction de discrimination et de libre concurrence, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix des critères d'aptitude et d'adjudication, des justificatifs requis, ainsi

que dans l'évaluation de ces critères (cf. ATF 141 II 14 consid. 7.1, 137 II 313 consid. 3.4 ; ATAF 2019 IV/1 consid. 3.3 ; arrêts du TAF B-4473/2022 du 3 avril 2023 consid. 6.3.1 et B-351/2022 du 18 mai 2022 consid. 2.1). Cela vaut également pour les spécifications techniques (cf. arrêts du TAF B-415/2023 du 16 mai 2023 consid. 5.1.3 et 5.2, B-1511/2020 du 16 février 2021 consid. 4.5 et les réf. cit.). Dans le cadre de son contrôle, l'autorité judiciaire doit dès lors faire preuve d'une certaine retenue et laisser au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques. A l'instar du Tribunal fédéral, l'appréciation du Tribunal administratif fédéral ne saurait donc se substituer à celle du pouvoir adjudicateur ; seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné (cf. ATF 141 II 14 consid. 7.1, 125 II 86 consid. 6 ; arrêt du TAF B-4473/2022 du 3 avril 2023 consid. 6.3.1 et les réf. cit.).

9.2

9.2.1 S'agissant tout d'abord de l'exigence F3-8-1-13, elle indique que :

« the Listening Mode must be used also during the commissioning phase on the new SCADA system, when parallel operation between existing SCADA and new SCADA system is established »

La recourante expose dans son offre que :

« (...) ».

La question 4.4.1.1 de la présentation consiste en :

« (...) ».

Le procès-verbal de la présentation retient que :

« (...) ».

9.2.2 Le pouvoir adjudicateur avance que la recourante a indiqué lors de la présentation que (...) devaient être assignés au nouveau système SCADA. Or, (...) pendant la phase de mise en service affecte et dégrade la redondance « hot-hot » des RTU. Ce manquement implique un risque élevé de se retrouver avec un système non vérifié et entraîne des déclenchements des manœuvres involontaires lors des tests, ce qui peut causer des accidents de personnes et des erreurs de manipulation dans le réseau à très haute tension. De plus, la recourante n'a pas mentionné le mode d'écoute dans le cadre de sa réponse à la question 4.4.1.1 de la

présentation. Le pouvoir adjudicateur en déduit que soit l'offre ne contient pas cet élément soit la recourante n'a pas saisi les besoins du marché concerné.

La recourante conteste qu'elle n'ait pas abordé le mode d'écoute durant la présentation. Elle expose que trois diapositives intitulées « Testing and parallel Work – clarification of parallel work with existing SCADA/EMS system » ont été présentées. A cela s'ajoute que ses représentants auraient évoqué le mode d'écoute en employant le terme de mode avec verrouillage de contrôle ou « mode with lock control » en anglais. Elle explique ensuite que sa réponse donnée à l'occasion de la présentation ne signifie pas qu'elle n'utilisera pas le mode d'écoute décrit dans son offre lors de la mise en œuvre du système SCADA. Elle ajoute qu'elle a toujours utilisé de tels mécanismes pour toutes les mises en œuvre, en particulier dans les situations où elle remplace des systèmes SCADA d'autres fabricants. De plus, elle est un fabricant d'équipement RTU utilisé dans de nombreuses stations en Europe et que la question de la communication SCADA – RTU lui est donc familière, en particulier en ce qui concerne le processus de migration du système A vers le système B d'un autre fabricant. En outre, elle a simplement indiqué lors de la présentation que (...) et que sa réponse ne consistait qu'à montrer les variantes possibles du fonctionnement en parallèle.

9.2.3 En l'espèce, il est admis que des diapositives en lien avec la clarification du travail parallèle avec le système SCADA/EMS existant ont été présentées. Cependant, il n'y ressort pas expressément que le sujet du mode d'écoute aurait été abordé. La recourante ne précise pas non plus quel élément contenu dans ces diapositives permet de démontrer que cet élément a été mentionné. Quant au procès-verbal de la présentation – lequel a été approuvé et signé par la recourante (cf. p. 28 de la pce 17 du recours) – il ne contient aucune information relative au mode d'écoute. La recourante se limite à alléguer que ses représentants auraient abordé ce sujet, elle n'apporte toutefois aucun élément concret pouvant l'étayer. De surcroît, le tribunal souligne que si la recourante souhaitait apporter des précisions ou des corrections relatives aux informations retranscrites dans le procès-verbal, il lui appartenait de le faire savoir au pouvoir adjudicateur avant d'approuver son contenu en apposant sa signature. Or, rien n'indique qu'elle aurait entrepris de telles démarches ; elle ne le prétend d'ailleurs pas.

Quant (...), les diapositives invoquées par la recourante indiquent ce qui suit : « (...) » (cf. diapositives de présentation « swissgrid non-fonctionnel

Stream – Architecture », pce 16 du recours). A la lecture du procès-verbal de la présentation, il s'avère que le recourante a bien confirmé qu'il était nécessaire (...). De surcroît, outre que les variantes ne sont pas admises dans le présent marché (cf. point 2.11 de l'appel d'offres), sa réponse ne laisse en rien supposer qu'il s'agirait d'une proposition de variantes. Ainsi, comme relève le pouvoir adjudicateur, rien ne permet de déduire que la configuration que propose la recourante n'engendrerait pas des dégradations de la redondance « hot-hot » des RTU ; celle-là ne le conteste d'ailleurs pas. Quant à son argument selon lequel elle serait coutumière avec le processus de migration des systèmes, il ne permet en rien de démontrer que l'exigence du mode d'écoute est satisfaite dans le cas présent ; cet argument ne lui est donc d'aucune aide. Partant, force est de constater que l'appréciation du pouvoir adjudicateur selon laquelle l'offre ne remplit pas le critère F3-8-1-13 ne prête pas le flanc à la critique.

9.3

9.3.1 Le critère F3-8-2-4 prévoit que :

« Each IEC104 RTU shall be connected to Data Center A and Data Center B with 2 independent communication channels for each data center. Separate communication channel will be used for the connection to the SCADA Test system »

La recourante a indiqué dans son offre écrite que :

« (...) ».

La sous-question 15 de la question 4.1.1.1 de la présentation est formulée comme suit :

« (...) »

La réponse de la recourante consiste en :

« (...) ».

9.3.2 Le pouvoir adjudicateur relève que le schéma contenu dans l'offre de la recourante montre certes (...). Toutefois, lors de la présentation, celle-là a déclaré que le système de test SCADA n'avait pas de (...). Les affirmations de la recourante sur cet élément ne sont donc pas cohérentes et démontrent une confusion possible entre les QA (sic) et les systèmes de test.

La recourante explique que (...) proposé par son offre est un élément configurable qui peut être utilisé ou non dans un environnement de test ou de développement donné, en fonction des besoins et de la nature de l'utilisation de cet environnement et de la nécessité de communiquer avec les dispositifs RTU. L'utilisation du (...) nécessite également la préparation et la configuration de ressources d'infrastructure informatique appropriées, de sorte que cet élément n'est pas rigide lié à l'environnement SCADA. Dans la pratique, en fonction de la nature des travaux de développement et de test effectués, des environnements de développement et de test spécifiques sont dupliqués et (...) n'est pas nécessaire dans tous les cas. De plus, elle a indiqué lors de la présentation que (...) existait dans les systèmes de production et QA. (...) est par défaut un composant du système/environnement de production et Q/A (sic), tandis que pour les autres environnements, il s'agit d'un composant optionnel qui peut être ajouté selon les besoins. De surcroît, elle n'a pas confondu les systèmes QA et TEST (sic) et elle a présenté les différentes variantes de la solution, lesquelles ont été discutées lors de la présentation. La recourante avance encore que son offre écrite contient un dessin montrant explicitement (...) pour chaque environnement requis et que ce schéma montre précisément que le système d'essai sera équipé (...).

9.3.3 En l'espèce, il est admis que l'offre écrite de la recourante prévoit un (...) tant pour le système de production que pour celui de test (cf. document C2.1 p. 9, pce 10 du recours). Or, lors de la présentation, elle a déclaré que le système de test n'avait pas de (...). De plus, elle a indiqué que (...) pouvait être ajouté en cas de besoin, ce qui démontre également que la solution proposée ne prévoit pas initialement un tel élément. La présentation de la recourante vient ainsi contredire la solution contenue dans son offre écrite. Quant aux autres arguments soulevés, ils se limitent à exposer que (...) serait un élément optionnel pour le système de test, ils ne permettent pas d'établir en quoi la réponse fournie durant la présentation ne contredirait pas l'offre écrite. Le tribunal note ensuite que dans le cadre d'un marché d'une telle importance, il est primordial que l'offre du soumissionnaire soit aussi précise que possible et dénuée de toute confusion ; on est en droit d'attendre du soumissionnaire que les éléments exposés lors de sa présentation soient pleinement conformes à ceux contenus dans son offre écrite. Dans ces circonstances, les informations ressortant de la présentation de l'offre doivent également être prises en compte, en particulier en ce qui concerne la conformité de celle-ci avec les exigences obligatoires. Partant, c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur a relevé le manque de cohérence de l'offre de la recourante et a constaté le non-respect de celle-ci avec l'exigence précitée ; les

éléments apportés par celle-là ne sont pour le reste pas de nature à démontrer le contraire.

9.4 A ce stade, force est de constater que l'offre de la recourante s'avère contradictoire sur certains points et ne remplit pas plusieurs spécifications techniques exigées par les documents d'appel d'offres. Ces manquements ne résultent par ailleurs pas d'une erreur ou d'une inadvertance ; la recourante ne le prétend d'ailleurs pas. En outre, il est expressément prévu au point 6.1 du document A1 « procedural instructions » que l'offre doit impérativement remplir l'ensemble des critères de spécifications techniques, faute de quoi elle serait exclue. Ces critères constituent ainsi des éléments fondamentaux pour le projet mis au concours et leur manquement ne relève pas de simple vice d'importance mineure. Partant, on ne saurait reprocher au pouvoir adjudicateur d'avoir écarté l'offre de la recourante de la procédure d'adjudication ; on ne saurait y voir un quelconque formalisme excessif ou une violation du principe de proportionnalité. De plus, il n'est pas non plus arbitraire d'exclure l'offre de la recourante ultérieurement, à savoir durant la procédure de recours, dès lors que les différentes lacunes se sont révélées seulement à ce moment-là (cf. consid. 5.4)

En tant que la recourante prétend que son offre respecterait les spécifications techniques obligatoires F3-10-4-2, F3-12-1, NF1-14-1 et F4-4-4-3-2, cette question peut demeurer indécise, son offre devant déjà être exclue pour le non-respect des exigences F3-8-1-13 et F3-8-2-4. De même, nul n'est besoin d'examiner si elle devait également être exclue en application de l'art. 44 al. 1 let. h et al. 2 let. a LMP, à savoir si elle constituait ou non un partenaire fiable et si elle avait fourni à l'adjudicateur des indications fausses ou trompeuses.

10.

10.1 La recourante soutient encore que le pouvoir adjudicateur aurait introduit une note d'exclusion de 3 durant la procédure d'adjudication et qu'il l'aurait utilisée pour l'exclure. Elle lui reproche également d'avoir invité l'adjudicataire à une séance de présentation supplémentaire alors qu'une telle possibilité n'est prévue ni par l'appel d'offres ni par les documents y relatifs.

Le pouvoir adjudicateur concède que la note de 3 ne ressort ni de l'appel d'offres ni de ses documents. Il explique que l'omission de cette note est due à l'utilisation d'un mauvais document de référence. Il confirme

également que l'adjudicataire, même si elle disposait de la meilleure offre d'un point de vue qualitatif, n'a pas été conviée à la première présentation en raison de son quotient moins avantageux. Cependant, après ladite présentation, un seul des trois soumissionnaires a obtenu une moyenne supérieure à 3, les deux autres soumissionnaires ont donc été exclus. Ainsi, il a dû convier l'adjudicataire à présenter son offre lors d'une séance de présentation supplémentaire, dès lors que, selon les documents d'appel d'offres, deux soumissionnaires sont nécessaires pour la phase de négociations contractuelles.

10.2 Comme relevé précédemment, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix et l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication, celui-là étant libre de spécifier ses besoins en tenant compte de la solution qu'il désire (cf. consid. 9.1). Les critères d'aptitude sont destinés à garantir que seuls les soumissionnaires vraisemblablement aptes à exécuter correctement le mandat aient une chance d'obtenir l'adjudication (cf. ATF 143 I 177 consid. 2.3). Une fois les critères d'aptitude et d'adjudication arrêtés dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur doit en règle générale s'y tenir. En vertu des principes de la transparence et de l'égalité de traitement, il ne saurait les modifier ultérieurement. S'il ignore des critères dûment fixés, en modifie la portée ou la pondération ou encore s'il en ajoute de nouveaux, le pouvoir adjudicateur agit de manière contraire au droit des marchés publics (cf. ATAF 2019 IV/1 consid. 3.3 et les réf. cit ; arrêts du TAF B-3126/2023 du 22 novembre 2023 consid. 5.3 et B-4704/2021 du 18 mai 2022 consid. 4.2.1 ; décision incidente du TAF B-3553/2019 du 24 septembre 2019 consid. 6.2).

10.3 En l'espèce, il est admis que l'exigence de la note minimale de 3 ne figure ni dans l'appel d'offres ni dans les documents y relatifs. Le pouvoir adjudicateur a ainsi introduit un nouveau critère durant la procédure d'adjudication. Eu égard à la jurisprudence précitée, il a agi de manière contraire aux principes de la transparence et de l'égalité de traitement. Par conséquent, l'exclusion du soumissionnaire 5 et de la recourante en raison de la seule insuffisance de leur note serait contraire au droit. Il se poserait, en principe, la question de savoir si le soumissionnaire 5 aurait dû être invité à la phase de négociations contractuelles au lieu de l'adjudicataire, puisque la recourante devait, comme nous l'avons vu, être exclue pour le non-respect des exigences techniques (cf. consid. 9).

Cette question peut toutefois demeurer indécise pour les motifs qui suivent.

10.4 Selon la jurisprudence, un vice au cours d'une procédure de passation de marché ne justifie toutefois l'admission du recours et l'annulation ou la réforme de l'adjudication que s'il existe des indices que ce vice ait pu exercer une influence défavorable sur celle-ci. Un vice purement objectif ne saurait, faute d'intérêt digne de protection de celui qui s'en prévaut, conduire à l'annulation de la décision attaquée, sauf s'il s'avère particulièrement grave. S'il s'avère possible que, sans le vice de procédure, le résultat de l'adjudication aurait été différent et plus favorable au recourant, il n'est pas nécessaire que celui-ci démontre que ledit vice ait effectivement affecté le résultat de manière causale. Il incombe plutôt au pouvoir adjudicateur de prouver que le vice de procédure constaté n'a pas eu d'effet causal sur le résultat de l'adjudication. Si le lien de causalité ne peut être exclu, le pouvoir adjudicateur supporte les conséquences de l'absence de preuve et le vice de procédure doit être considéré comme suffisamment grave (cf. ATAF 2016/19 consid. 6.3.2 ; arrêt du TAF B-1486/2022 du 13 juillet 2022 consid. 6.1 et les réf. cit. ; décision incidente du TAF B-3553/2019 du 24 septembre 2019 consid. 5.2).

En l'espèce, comme indiqué précédemment (cf. consid. 9), l'offre de la recourante doit être exclue en raison du non-respect de plusieurs spécifications techniques obligatoires. Par conséquent, même en cas d'annulation de la décision entreprise, elle ne pourrait en aucun cas obtenir un résultat d'adjudication lui étant plus favorable. En effet, elle ne dispose d'aucune chance, d'une part, d'être conviée à la phase de négociations contractuelles, et d'autre part, de remporter le marché concerné. Dans de telles circonstances, l'éventuelle violation des principes de la transparence et de l'égalité de traitement commise par le pouvoir adjudicateur aurait pour conséquence l'organisation d'une séance de négociations contractuelles entre deux autres soumissionnaires que l'adjudicataire. Du point de vue de la recourante, il consisterait en un vice purement objectif nullement susceptible de lui profiter d'une quelconque manière que ce soit. Il n'y a dès lors nul besoin de l'examiner plus avant.

Quant aux griefs de la recourante concernant la notation à la décimale, la manière d'arrondir ses notes ainsi que l'éventuelle incohérence dans la notation de l'adjudicataire contenue dans les tableaux d'évaluation du critère AC 1, il convient de relever que, même à supposer que le tribunal dût constater une violation en ce sens, la recourante ne saurait rien en déduire en sa faveur, dès lors que son offre devait dans tous les cas être exclue pour le non-respect de plusieurs spécifications techniques obligatoires (cf. consid. 9 et consid. 10.4). Point n'est donc besoin d'examiner plus avant ces griefs.

Pour les mêmes motifs, nul n'est besoin d'examiner les griefs portant sur l'évaluation de l'offre de la recourante.

11.

En définitive, il y a lieu d'admettre que l'exclusion de l'offre de la recourante de la procédure d'adjudication ne procède pas d'une violation du droit fédéral. Mal fondé, le recours doit ainsi être rejeté.

12.

S'agissant du droit à la consultation du dossier, la recourante a eu partiellement accès à celui-ci dans la mesure fixée par l'ordonnance du 16 octobre 2023.

12.1 Selon l'art. 57 al. 2 LMP, dans la procédure de recours, le recourant peut, sur demande, consulter les pièces relatives à l'évaluation de son offre et les autres pièces de la procédure déterminantes pour la décision, à moins qu'un intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose. Il n'existe, sans l'accord des concernés, aucun droit général à la consultation des offres des concurrents (cf. arrêt du TF 2C_365/2022 du 19 janvier 2023 consid. 4.2 et les réf. cit ; décision incidente du TAF B-3390/2015 du 5 août 2015 consid. 9). Les offres contenant un savoir-faire et des informations couverts par le secret des affaires des soumissionnaires (cf. art. 11 let. e et 51 al. 4 LMP), le soumissionnaire évincé n'a droit qu'à la communication des éléments propres à justifier la décision d'adjudication (cf. art. 51 al. 3 LMP).

12.2 En l'espèce, la recourante a pu consulter le dossier d'appel d'offres – dont certaines pièces dans une version anonymisée, à savoir le procès-verbal d'ouverture des offres, le rapport d'évaluation, l'analyse des offres – à l'exception des offres des autres soumissionnaires. Au regard des conclusions et griefs du recours, il y a lieu d'admettre qu'elle a pu suffisamment prendre connaissance des éléments pertinents du dossier pour être en mesure de se déterminer valablement, en particulier dans l'optique d'un éventuel recours contre le présent arrêt.

13.

Le présent arrêt rend sans objet la requête d'octroi de l'effet suspensif.

14.

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et

indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (cf. art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF).

En l'occurrence, la recourante ayant entièrement succombé, l'ensemble des frais judiciaires devrait être mis à sa charge. Le tribunal estime cependant justifié d'y renoncer partiellement en raison des circonstances particulières de l'espèce ; le pouvoir adjudicateur n'a en effet pas donné à la recourante les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre de l'intimée, comme la loi l'y oblige, contraignant la prénommée à porter la cause devant la cour de céans afin de pouvoir connaître les raisons pour lesquelles l'offre retenue avait été mieux notée que la sienne (cf. consid. 4 ci-dessus ; cf. ATF 126 II 111 consid. 7b ; arrêt du TF 1C_254/2017 du 5 janvier 2018 consid. 3.2 et les réf. cit. ; ATAF 2008/47 consid. 5.1 ; arrêts du TAF B-1865/2023 du 21 septembre 2023 consid. 11, B-270/2022 du 11 avril 2023 consid. 12 et la réf. cit.).

Partant, il y a lieu d'arrêter les frais de procédure, à charge de la recourante, à 10'000 francs. Ceux-ci sont prélevés sur l'avance de frais de 12'000 francs acquittée le 26 juillet 2023. Le solde de 2'000 francs, qui ne saurait être mis à la charge de l'intimée dès lors qu'elle n'a pas pris de conclusions, lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

15.

15.1 L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Les autorités fédérales, et en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (cf. art. 7 al. 3 FITAF). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (cf. art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (cf. art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (cf. art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (cf. art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations ; à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (cf. art. 14 FITAF).

En l'espèce, concernant les indemnités de dépens à octroyer à la recourante, il convient d'adopter les mêmes considérations régissant les frais de procédure à l'octroi des indemnités de dépens (cf. *supra* consid. 14 ; ATF 126 II 111 consid. 7b ; arrêt du TF 1C_254/2017 du 5 janvier 2018 consid. 3.2 et la réf. cit ; ATAF 2008/47 consid. 5.1). En cas de rejet du recours, celle-ci doit correspondre au travail rendu nécessaire à l'invocation, dans le recours, d'une violation du droit d'être entendu exclusivement (cf. arrêts du TAF B-1865/2023 du 21 septembre 2023 consid. 12.1 et B-270/2022 du 11 avril 2023 consid. 13). En l'occurrence, ce n'est que dans le cadre de la procédure de recours que la recourante a pu connaître les motifs ayant conduit à l'adjudication du marché à l'intimée. La recourante, représentée par une avocate dûment mandatée par procuration, n'a produit aucune note de frais et honoraires. Il se justifie dès lors de lui allouer *ex aequo et bono* une indemnité réduite de dépens de 3'000 francs, à la charge du pouvoir adjudicateur, l'intimée n'ayant pas pris de conclusions (cf. art. 64 al. 2 PA).

15.2 En tant que le pouvoir adjudicateur requiert l'octroi des indemnités de dépens, dès lors qu'il a dû mobiliser des ressources importantes et coûteuses en raison du changement de pratique du tribunal quant à l'admissibilité d'une interruption de la procédure d'adjudication *pendante lite*, sa requête ne peut prospérer. En effet, selon la jurisprudence constante du Tribunal administratif fédéral, tous les adjudicateurs qui passent des marchés dans le cadre des accords internationaux et de la LMP, y compris ceux qui sont organisés sous la forme d'une entreprise de droit privé, sont considérés comme des autorités fédérales au sens de l'art. 7 al. 3 FITAF en ce qui est de la question d'éventuelles indemnités de dépens dans la procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral. Partant, même s'ils obtiennent gain de cause, ils n'ont pas droit à des dépens (cf. arrêts du TAF B-4564/2022 du 5 décembre 2022 consid. 7 et B-4165/2022 du 23 novembre 2022 consid. 8 ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op.cit., n° 1443, p. 743). De plus, comme indiqué précédemment (cf. consid. 2), on ne saisit pas en quoi le pouvoir adjudicateur aurait subi un quelconque préjudice en raison de la précision de la jurisprudence ; au contraire, si sa position avait été confirmée, il n'aurait pu renoncer à l'interruption de la procédure de passation sans devoir prononcer une nouvelle décision la révoquant et adjugeant à nouveau le marché.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans le sens des considérants.

2.

La requête d'octroi de l'effet suspensif est sans objet.

3.

Les frais de procédure sont arrêtés à 10'000 francs et mis à la charge de la recourante. Ceux-ci sont prélevés sur l'avance de frais de 12'000 francs déjà perçue. Le solde de 2'000 francs sera restitué à la recourante dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.

Une indemnité réduite, d'un montant de 3'000 francs, est allouée à la recourante à titre de dépens et mise à la charge du pouvoir adjudicateur.

5.

Il n'est pas alloué de dépens au pouvoir adjudicateur.

6.

Le présent arrêt est adressé à la recourante, à l'intimée et au pouvoir adjudicateur.

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

La greffière :

Pascal Richard

Lu Yuan

Indication des voies de droit :

Pour autant qu'elle soulève une question de principe (cf. art. 83 let. f ch. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110] a contrario), la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification. Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 27 mars 2024

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire ; annexe : formulaire « adresse de paiement »)
- au pouvoir adjudicateur (n° de réf. SIMAP - ID du projet 245159 ; acte judiciaire)
- à l'intimée (version sans les secrets d'affaires de la recourante ; recommandé avec avis de réception)