ne.ch
RÉPUBLIQUE ET CANTON DE NEUCHÂTEL

Jurisprudence du Tribunal Cantonal

Contact

N° dossier: **CDP.2024.20**
Autorité: CDP
Date décision: 08.08.2024
Publié le: 28.08.2024
Revue juridique: RJN 2024, P.397

Articles de loi:
Art. 9 AIMP 2019
Art. 29 AIMP 2019
Art. 48 AIMP 2019
Art. 2 al. 7 LMI

Titre: **Marchés publics. Octroi d'une concession d'affichage. Droit applicable.**

Résumé: **L'octroi d'une concession d'affichage relève d'une opératon d'acquisition soumise à l'article 9 AIMP 2019, soit au régime légal au droit des marchés publics, lorsque les prestations d'intérêts publics présentent une certaine importance. Tel est le cas en l'espèce, dès lors que la présente concession combine l'octroi d'une concession d'usage privatif du domaine public avec l'exigence de prestations d'intérêts publics à fournir par le concessionnaire (affichage officiel, culturel, touristique, politique, etc.).**

A. A._____ SA gère actuellement l'affichage sur le domaine public communal de la Ville de La Chaux-de-Fonds jusqu'au 31 décembre 2024.

Le 8 janvier 2024, faisant suite à un précédent appel d'offres du 24 juin 2022 interrompu par décision du 30 septembre 2022, la Ville de La Chaux-de-Fonds a lancé un appel à candidatures pour sa concession d'affichage sur le domaine public, avec effet au 1er janvier 2025, pour une durée de 10 ans. Selon le cahier des charges, les prestations fournies devaient comprendre les affichages commercial, culturel, aux entrées de villes, du réseau culturel urbain, du réseau bon pied bon œil, culturel gratuit, politique, de la rue Traversière, de la signalétique piétonne et enfin officiel. Le dossier d'appel d'offres précisait que les offres seraient exclusivement évaluées selon cinq critères, pondérés comme suit : critère 1 : montant de la redevance annuelle totale, 40 % ; critère 2 : synergie de communication et valorisation des acteurs locaux, 20 % ; critère 3 : structure et organisation, 20 % ; critère 4 : expérience du candidat, 10 % ; critère 5, contribution de l'entreprise au développement durable et au bien-être social, 10 %.

Le but de cette procédure est de renouveler la concession pour l'affichage sur tout le domaine public communal de la Ville de La Chaux-de-Fonds. Ce renouvellement intervient dans le contexte de l'élaboration d'une vision globale de l'affichage sur le domaine public en adéquation avec les objectifs de requalification des espaces publics et de la valorisation du patrimoine de la Ville de La Chaux-de-Fonds. Il s'agissait essentiellement d'une volonté du conseil communal d'introduire un périmètre d'exclusion de l'affichage commercial sur le domaine public au profit de l'affichage culturel et patrimonial.

Dans le cadre de l'appel d'offres, A._____ SA a posé des questions auxquelles la Ville de La Chaux-de-Fonds a répondu les 6 et 7 février 2024, par son service de l'urbanisme, des mobilités et de l'environnement.

B. A._____ SA interjette recours devant la Cour de droit public du Tribunal cantonal contre l'appel d'offres et le cahier des charges du 8 janvier 2024, demandant son annulation et concluant, avec suite de frais et dépens, à la mise en œuvre d'une nouvelle procédure d'appel d'offres au sens des considérants. Préalablement, elle sollicite l'octroi de l'effet suspensif au recours. En substance, A._____ SA invoque que le droit des marchés publics en vigueur le 1er janvier 2024, s'applique à la procédure d'octroi d'une concession d'affichage, ce que la réglementation communale en matière d'affichage prévoit également. Ensuite, se prévalant de l'application des normes du droit des marchés publics, elle relève que l'appel d'offres n'a pas fait l'objet d'une publication sur la plateforme SIMAP, qu'il est par ailleurs arbitraire dans son contenu et son éventuel résultat et viole le principe de la liberté économique, à mesure où l'un des critères d'adjudication, soit le critère 2 « *Synergie de communication et valorisation des acteurs locaux – valeur 20 %* », favorise un soumissionnaire potentiel, autrement dit un concurrent. Elle expose que son concurrent, la société C._____ SA est propriétaire du quotidien « *D.*_____ » et détient le centre d'impression dans lequel l'hebdomadaire « *E.*_____ » est imprimé ; que la société précitée est active dans le domaine de l'affichage commercial, au travers d'un consortium formé avec la société F._____ SA, qui fait partie du Groupe C._____ et que la société F._____ SA a reçu, au même titre que la recourante, le courriel de l'intimé du 8 janvier 2024 transmettant la documentation de l'appel d'offres.

C. Par décision du 8 mars 2024, faisant suite au courrier de l'intimé dans lequel celui-ci indiquait ne pas s'opposer à l'octroi de l'effet suspensif, la Cour de droit public a admis la demande de la recourante d'octroi d'effet suspensif au recours et interdit à l'intimé de poursuivre la procédure d'appel d'offres initiée le 8 janvier 2024 pour sa concession d'affichage sur le domaine public.

D. Dans sa réponse du 20 mars 2024, l'intimé conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'ensemble des conclusions de la recourante, sous réserve de la conclusion relative à l'effet suspensif réglé séparément. En substance, il conteste l'application des normes du droit des marchés publics à la procédure d'octroi d'une concession d'affichage, si bien que, selon lui, il n'y a aucun défaut de publication sur la plateforme SIMAP. Arguant que le montant de la redevance est inférieur à 250'000 francs, il allègue que, quoi qu'il en soit, il ne s'agit pas d'un marché ouvert ou sélectif, mais d'une procédure sur invitation située entre 150'000 et 250'000 francs par an. Il en infère que si le droit des marchés publics devait s'appliquer, aucune publication sur la plateforme SIMAP ne devait être réalisée. Il conteste par ailleurs le caractère discriminatoire et arbitraire du contenu de son appel d'offres, considérant que le critère 2 d'adjudication, soit « *Synergie de communication et valorisation des acteurs locaux – valeur 20 %* », ne favorise en aucun cas un concurrent, ni ne viole la liberté économique des entreprises. Il fait finalement valoir que, après ouverture des offres, il existe une différence importante en faveur du concurrent sur le critère du prix, ce qui ne « *permettrait a priori pas à la recourante de gagner le marché, même en lui donnant la note maximale sur d'autres critères* ». Il déduit de ces « *premières appréciations* » que le concurrent serait en mesure de devancer A._____ SA, indépendamment du critère litigieux. Pour ce motif, il sollicite la suspension de la procédure de recours, afin de lui permettre de mener à terme l'adjudication de la concession, ce qui rendrait sans objet l'essentiel de la motivation du recours.

E. Dans ses observations du 2 mai 2024, A._____ SA soulève préalablement la question d'une éventuelle absence d'indépendance et d'impartialité de l'intimé, à mesure où cette dernière a ouvert les enveloppes contenant les offres reçues et procédé à une analyse de celles-ci, en dépit de l'effet suspensif au recours. Elle soutient ensuite que le droit applicable mentionné dans la documentation d'appel d'offres n'est pas clair, et que, quoi qu'il en soit, selon le cahier des charges, la concession mise en soumission poursuit un but d'intérêt public et relève de l'exécution de tâches publiques. S'agissant de la publication de l'appel d'offres sur le site SIMAP, en optant pour une procédure ouverte, l'intimé n'avait pas d'autre choix que de s'y soumettre et que, même si la recourante n'a pas été impactée par la violation de la réglementation sur la publication, il s'agit d'une règle formelle dont sa seule violation entraîne l'annulation de la décision. Elle réitère que le contenu de l'appel d'offres serait discriminatoire, arbitraire et violerait le principe de la liberté économique des entreprises. Elle confirme ses conclusions et se réserve le droit de déposer formellement une requête en récusation de l'entier de l'autorité intimé. Elle requiert sur ce point la production des montants des deux offres produites lors des procédures de 2022 et 2024.

F. Par courrier du 15 mai 2024, la recourante dépose des articles de presse concernant un soutien financier octroyé par La Ville de La Chaux-de-Fonds à la presse écrite, à savoir « *D.*_____ » et « *E.*_____ ». Elle précise que cet élément renforce le sentiment d'un soutien indu

de l'un des soumissionnaires, à mesure où son concurrent est propriétaire du quotidien « *D.*_____ » et détient le centre d'impression dans lequel l'hebdomadaire « *E.*_____ » est imprimé.

G. Dans ses nouvelles déterminations du 13 juin 2024, l'intimé conteste tout manque d'indépendance et d'impartialité et s'oppose à la réquisition. Pour le reste, il confirme ses précédentes prises de positions.

H. Dans des observations finales du 9 juillet 2024, A._____ SA réitère pour l'essentiel ses griefs.

C O N S I D E R A N T

en droit

1. a) Afin de se prononcer sur la recevabilité du recours, il convient préalablement de déterminer le droit applicable, singulièrement si le litige est soumis ou non au droit des marchés publics.

Celui-ci porte sur l'attribution par le Conseil communal de la Ville de La Chaux-de-Fonds d'une concession portant sur un monopole d'affichage.

Un tel litige entre dans le champ de l'article 2 al. 7 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI). Aux termes de cette disposition, la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse.

L'Accord intercantonal sur les marchés publics a été révisé le 15 novembre 2019 (ci-après : AIMP 2019). Le canton de Neuchâtel a adhéré à l'AIMP 2019 par décret du 5 septembre 2023 (FO 2023 N° 38) avec effet au 1er janvier 2024, promulgué par le Conseil d'État le 25 octobre 2023. Cette adhésion a entraîné la modification de la LCMP, entrée en vigueur au 1er janvier 2024. *Rationae temporis*, l'AIMP 2019 et la LCMP dans leur teneur en vigueur à cette date sont donc également applicables au présent litige (art. 64 al. 1 AIMP 2019, 16 LCMP). Selon l'article 9 AIMP 2019, la délégation d'une tâche publique ou l'octroi d'une concession sont considérés comme des marchés publics lorsque le soumissionnaire se voit accorder, du fait d'une telle délégation ou d'un tel octroi, des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte. Demeurent réservées les dispositions des lois spéciales du droit fédéral et cantonal.

b/aa) Si l'activité du monopole est liée à l'exécution d'une tâche publique (ou est accomplie dans l'intérêt public), il convient de vérifier au préalable si la concession est considérée comme un marché public au sens du droit des marchés publics (art. 9 AIMP 2019) et si elle doit faire l'objet d'un appel d'offres conformément à ces dispositions. L'article 2 al. 7 LMI reste applicable aux attributions de concessions qui ne sont pas régies par le droit des marchés publics, par exemple parce qu'une concession ne sert pas à protéger les intérêts publics au sens de l'article 9 AIMP 2019 (arrêt du Tribunal administratif bernois du 09.03.2023 [100.2021.366] cons. 6.7 ; **Poltier**, Marchés publics, délégations de tâches publiques et concessions, in : Droit de la construction, DC 2020, p. 12, cité : **Poltier**, DC).

b/bb) Sous l'égide de l'ancien droit, le Tribunal fédéral s'est prononcé à plusieurs reprises sur la question de savoir si l'octroi d'une concession d'affichage relevait de la LMI (art. 2 al. 7 LMI) ou plus spécifiquement du droit des marchés publics. Dans une première cause, il a retenu qu'une concession d'usage privatif du domaine public délivrée en matière d'affichage visait une aliénation, portant sur le droit d'usage du domaine public, transféré par l'État au bénéficiaire (par opposition aux opérations d'acquisition visées par le droit des marchés publics) ; ainsi comprise, la concession échappait au droit des marchés publics (ATF 125 I 209). Il a confirmé sa jurisprudence en 2017 (ATF 143 II 120), puis en 2022 (arrêt du TF du 30.11.2022 [2C_959/2021] cons. 2.2 et les réf. cit., non publié aux ATF 148 II 564), alors que l'AIMP 2019 n'était pas encore applicable. Dans cette dernière affaire (genevoise), le Tribunal fédéral a jugé que la cause ne portait pas sur l'attribution d'un marché public, que l'octroi de la concession litigieuse ne s'inscrivait pas dans une opération complexe ni dans un marché global et n'était subordonné à aucune contre-prestation d'une certaine importance entrant dans la notion de marché public. Il en a déduit que l'arrêt attaqué ne pouvait être qualifié, même indirectement ou partiellement, de décision en matière de marchés publics. Il a finalement laissé entendre que la règle de

l'article 9 AIMP 2019 – qui n'était pas applicable au litige, le canton de Genève n'ayant pas adhéré à l'accord – ne modifiait pas cette appréciation.

Dans un arrêt du 21 septembre 2021 (B-4786/2020), le Tribunal administratif fédéral a au contraire jugé qu'en octroyant à un tiers, au moyen d'un appel d'offres, le droit d'utiliser, à titre commercial et privatif, des biens publics, l'autorité administre et coordonne l'utilisation du domaine public (au sens large) et accomplit ainsi directement une tâche étatique (cf. arrêt précité, cons. 1.4.4 et la réf. cit.).

b/cc) La doctrine considère que les concessions visées par l'article 9 AIMP 2019 impliquent une acquisition par l'Etat à titre onéreux. Il faut que le bénéficiaire réalise des prestations d'intérêt public, correspondant à une activité économique. Le transfert par l'État à un acteur privé du droit exclusif permet à ce dernier de retirer une rémunération pour les prestations qu'il fournit à ses usagers ; l'hypothèse est ici celle d'une rémunération indirecte au sens de l'article 9 AIMP 2019. La concession peut fort bien se rattacher à une tâche publique (ainsi dans la concession de service public) ; mais ce lien n'est pas indispensable (p. ex. dans la concession d'usage privatif du domaine public). Il reste que l'article 9 AIMP 2019 exige, pour qu'il soit applicable, que la concession soit exercée dans l'intérêt public (**Poltier**, DC, p. 13, **Poltier**, Deux énigmes autour de la notion de marché public: analyse des art. 8 et 9 LMP/AIMP 2019, in : RDS 2022, p. 136, cité : **Poltier**, RDS).

Les concessions qui recouvrent une simple aliénation ne sont donc en principe pas concernées (ainsi certaines concessions domaniales), ce qui correspond aux principes dégagés par le Tribunal fédéral à l'aune de l'ancien droit. Toutefois, selon **Poltier**, il arrive fréquemment que l'État, lorsqu'il confère une concession d'usage privatif du domaine public, combine l'octroi de celle-ci avec l'exigence de prestations à fournir par le concessionnaire: on peut alors basculer, à tout le moins lorsque ces prestations présentent une certaine importance, dans une opération d'acquisition, relevant soit de l'article 8, soit de l'article 9 AIMP 2019. Quoi qu'il en soit, dans le contexte de l'article 9 AIMP 2019, le bénéficiaire reçoit de l'État un droit (qui peut être qualifié d'exclusif ou spécial) lui permettant d'exercer une activité économique ; il le fera à ses risques et périls (et pour son compte). En résumé, si la doctrine majoritaire s'accorde à retenir que seule la concession de service public entre dans les prévisions de l'article 9 AIMP 2019, **Poltier** soutient que d'autres concessions sont également visées, pour autant qu'elles soient exploitées dans un but d'intérêt public (**Poltier**, RDS, p. 151).

c) Selon l'article 4 du Règlement d'affichage de La Ville de La Chaux-de-Fonds (RS-CDF 60.103, ci-après : règlement d'affichage), les procédés d'affichage susceptibles de prendre place sur le territoire communal sont : a) Les enseignes d'entreprise ; elles sont destinées à signaler une entreprise ou à en faire la publicité. Elles entretiennent toujours un rapport de lieu et de proximité immédiate avec le bâtiment abritant l'entreprise qu'elles signalent. À défaut, il s'agit d'affichage commercial ; b) L'affichage commercial ; il est destiné à faire de la publicité pour des entreprises, des produits, des prestations de service, des manifestations, des idées ou autres, sans rapport de lieu avec l'emplacement des procédés ; c) L'affichage commercial pour l'immobilier ; il s'agit des procédés temporaires appliqués sur ou près d'un immeuble, indiquant qu'un objet y est à louer, à vendre ou à construire. Ils doivent être enlevés dès qu'un locataire ou un acquéreur est trouvé ; d) L'affichage officiel ; il s'agit des publications d'informations officielles émanant de la Confédération, de l'armée, du Canton ou de la commune ; e) L'affichage culturel ; il est destiné à promouvoir les manifestations culturelles ou éducatives ; f) L'affichage touristique ; il est destiné à l'information touristique au sens large, englobant notamment : les plans de ville, les listes des hôtels, des musées, les itinéraires de découvertes, les sentiers pédestres, les horaires des transports publics ; g) L'affichage politique ; il est destiné à la publication des idées, recommandations de vote ou d'élection des partis politiques et des groupes d'intérêt. Le Conseil communal promeut les manifestations culturelles ou éducatives en mettant gratuitement à disposition du public des supports prévus à cet effet. Les procédés d'affichage culturel sont remis au service des Affaires culturelles pour pose et approbation (art. 16 du règlement d'affichage). Le Conseil communal intègre, dans la concession de l'affichage commercial (art. 19 ci-dessous), l'obligation à charge du concessionnaire de mettre gratuitement à disposition des partis politiques et groupes d'intérêts des supports, en nombre suffisant pour les campagnes des élections ou des votations (art. 17 al. 1 du règlement d'affichage).

Aux termes de l'article 19 al. 1 du règlement d'affichage, sur le domaine public, l'affichage commercial fait l'objet d'une concession exclusive attribuée par le Conseil communal qui en fixe la durée. Le Conseil communal peut attribuer cette concession sous forme d'appel d'offres public. Dans ce cas, la législation sur les marchés publics s'applique à l'attribution.

Selon le concept envisagé par l'intimé figurant dans le cahier des charges ressortant de l'appel d'offres du 8 janvier 2024, celui-ci entend élaborer une vision globale de l'affichage sur le domaine public en adéquation avec les objectifs de requalification des espaces publics et la valorisation du patrimoine culturel de la Ville. Dans ce cadre-là, le conseil communal s'est engagé à favoriser la part d'affichage culturel et d'utilité publique et de contraindre l'affichage commercial dans des zones bien définies. La future concession d'affichage doit pouvoir répondre à ces différents objectifs.

d/aa) En l'espèce, la recourante soutient que le nouveau droit des marchés publics, à savoir l'AIMP 2019 et la LCMP, s'applique à la procédure d'octroi d'une concession, à mesure où le soumissionnaire se voit accorder des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité directe ou indirecte. Au surplus, elle allègue que la législation communale prévoit qu'en matière de concession, la législation en matière de droit des marchés publics est applicable. Dans ses observations sur le recours, l'intimé conteste l'application des normes du droit des marchés publics en cas d'attribution d'une concession portant sur un monopole d'affichage. Il soutient que si l'intérêt public à l'affichage est manifeste, il ne s'agit en revanche pas d'une tâche publique, si bien que l'article 9 AIMP 2019 ne saurait trouver application dans le cas d'espèce.

d/bb) En préambule, la Cour de céans observe que le droit cantonal neuchâtelois, plus particulièrement la LCMP, n'exclut pas l'application des règles du droit des marchés publics lors de l'attribution des concessions, étant précisé que l'article 19 du règlement d'affichage s'y réfère expressément en cas d' « *appel d'offres public* ». La réserve de l'article 9 AIMP 2019 n'entre par conséquent pas en ligne de compte. On relèvera au passage que le législateur communal semble avoir souhaité soumettre l'octroi d'une concession au droit des marchés publics. En effet, l'article 19 al. 1 du règlement d'affichage impose l'application de la législation sur les marchés publics en cas d'appel d'offres. Or, cet appel d'offres est quoi qu'il en soit obligatoire, que cela soit à l'aune de l'article 9 AIMP 2019 ou de l'article 2 al. 7 LMI. Cette question peut toutefois rester ouverte, car, pour les motifs qui suivent, le droit des marchés publics est de toute façon applicable au litige.

d/cc) La présente concession combine l'octroi d'une concession d'usage privatif du domaine public avec l'exigence de prestations d'intérêts publics à fournir par le concessionnaire. Le bénéficiaire reçoit de l'État un droit d'exclusif lui permettant certes d'exercer une activité économique à ses risques et périls et pour son compte, mais il doit également mettre gratuitement à dispositions des supports, en nombre suffisant, pour des affichages d'intérêts publics (affichage officiel, culturel, touristique, politique, etc. cf. cons.1c ci-dessus). Le droit exclusif permet au concessionnaire de retirer une rémunération pour les prestations qu'il fournit à des tiers (affichage commercial) ; il s'agit ainsi d'une rémunération indirecte au sens de l'article 9 AIMP 2019. Il n'est pas utile de déterminer si la concession litigieuse se rattache ou non à une tâche publique. En effet, selon l'avis de **Poltier**, dont la Cour de céans fait sien, dans une telle constellation, on peut basculer dans une opération d'acquisition relevant de l'article 9 AIMP 2019, à tout le moins lorsque les prestations d'intérêts publics présentent une certaine importance. Tel est le cas ici. Avec la recourante, force est en effet de constater que le règlement d'affichage de l'intimé, ainsi que le cahier des charges de l'appel d'offres prévoient que la concession doit pouvoir répondre à des objectifs d'intérêts publics. Avec son nouveau concept, l'intimé entend expressément promouvoir les affichages officiel, culturel, touristique et politique en l'intégrant dans l'affichage commercial (cf. cons. 1c ci-dessus). Cette volonté affirmée permet ainsi de se convaincre que les prestations d'intérêts publics présentent dans le cas particulier une certaine importance, de sorte que l'octroi de la concession litigieuse relève d'une opération d'acquisition soumise à l'article 9 AIMP 2019. Cette situation s'écarte des cas jurisprudentiels cités ci-dessus (cons. 1b/bb), dans lesquels l'octroi des concessions n'était subordonné à aucune contre-prestation d'une certaine importance.

Par surabondance, on notera que l'intimé a explicitement soumis, quoi qu'il en dise, la présente procédure au droit des marchés publics tels qu'il est défini à l'article 9 AIMP 2019. L'appel d'offres de 2024 se réfère à la législation sur les marchés publics d'une part, tout en l'excluant, d'autre part (« *[l]a présente procédure est soumise à la nouvelle législation sur les marchés publics qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2024 ; [l]a présente concession n'est pas soumise à l'art. 19.1 du règlement d'affichage 60.103* »). En présence de cette contradiction flagrante, la recourante a interpellé l'intimé qui a confirmé que l'exclusion de l'article 19.1 du règlement d'affichage – et donc l'exclusion de l'application du droit des marchés publics à la procédure – relevait d'une erreur de sa part due à l'ancien appel d'offres. L'intimé a ainsi expressément confirmé que le droit des marchés publics s'appliquait à la procédure. Dès lors, il adopte un comportement contraire à la bonne foi en soutenant, dans un premier

temps, que la législation sur les marchés publics s'appliquait à la procédure, puis en revenant, dans un second temps, sur ses déclarations en prétendant que la question de la législation applicable n'était pas claire.

À mesure où le droit des marchés publics s'applique dans le cas d'espèce, le recours contre l'appel d'offres, interjeté dans les formes et délai légaux est recevable (art. 53 al. 1 let. a, 56 al. 1 AIMP 2019, 35 LPJA par renvoi de l'art. 3 LCMP).

2. a) Les opérations relevant de l'article 9 AIMP 2019 sont soumises au régime légal applicable au droit des marchés publics, sous réserve des accords internationaux (**Poltier**, RDS, p. 144). En particulier, les critères d'adjudication sont fixés en application de l'article 29 AIMP (**Poltier**, DC, p. 12, art. 8 al. 1 LCMP).

b) Selon l'article 48 AIMP 2019, dans les procédures ouvertes ou sélectives, l'adjudicateur publie l'avis préalable, l'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption de la procédure sur une plateforme Internet pour les marchés publics exploitée conjointement par la Confédération et les cantons. Il publie également les adjudications de gré à gré des marchés soumis aux accords internationaux.

Suivant sa valeur et les valeurs seuils, un marché public peut, au choix de l'adjudicateur, être adjugé selon la procédure ouverte, la procédure sélective, la procédure sur invitation ou la procédure de gré à gré (art. 17 AIMP 2019). La procédure est choisie en fonction de la valeur du marché et des valeurs seuils indiquées aux annexes 1 et 2 (art. 16 al. 1 AIMP 2019). Dans la procédure ouverte, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché. Tout soumissionnaire peut présenter une offre (art. 18 AIMP 2019). La procédure sur invitation est applicable aux marchés publics qui ne sont pas soumis aux accords internationaux et qui atteignent les valeurs seuils indiquées dans l'annexe 2 (art. 20 al. 1 AIMP 2019). Dans la procédure sur invitation, l'adjudicateur invite les soumissionnaires de son choix à présenter une offre, sans lancer d'appel d'offres public. À cette fin, il établit des documents d'appel d'offres. Il demande si possible au moins trois offres (art. 20 al. 2 AIMP 2019). Dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge un marché public directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres. Il peut demander des offres à des fins de comparaison et procéder à des négociations (art. 21 AIMP 2019). L'annexe 2 s'applique aux marchés non soumis aux accords internationaux. En cas de marché public de services, la procédure de gré à gré s'applique en dessous de 150'000 francs, la procédure sur invitation en dessous de 250'000 francs et la procédure ouverte/sélective dès 250'000 francs. L'adjudicateur estime la valeur probable du marché (art. 15 al. 1 AIMP 2019). Pour les contrats de durée déterminée, la valeur du marché est calculée en additionnant les rémunérations à verser sur toute la durée du contrat, y compris les rémunérations liées aux éventuelles options de prolongation (art. 15 al. 4 AIMP 2019).

c) En l'espèce, la recourante soutient que la procédure d'appel d'offres n'a pas fait l'objet d'une publication sur la plateforme SIMAP, si bien que l'appel d'offres doit être annulé et l'intimé doit être invité à procéder à nouveau. Celui-ci prétend qu'il ne s'agit pas d'un marché ouvert ni d'un marché sélectif, de sorte que l'article 48 al. 1 AIMP 2019 ne trouverait pas application. Il s'agirait, selon lui, d'une procédure sur invitation située entre 150'000 et 250'000 francs par an. Le montant de la redevance est de moins de 250'000 francs, selon les offres reçues. Il allègue que le défaut de publication n'a eu aucune conséquence pour la recourante qui a pu déposer un recours – alors que la finalité de l'article 48 al. 1 AIMP 2019 vise à ce que les concurrents soient informés de l'ouverture du marché –, rendant ainsi son grief sans objet et/ou mal fondé.

Contrairement à ce que soutient l'intimé, la procédure d'appel d'offres relève bien d'une procédure ouverte soumise à l'article 48 AIMP 2019, comme celui-ci l'a expressément prévu dans son dossier d'appel d'offres : « *[l]e cahier des charges et les conditions de la procédure sont adressés par voie électronique aux candidats qui en font la demande* ». On ajoutera que les déclarations de l'intimé selon lesquelles le montant de la redevance serait de moins de 250'000 francs, selon les offres reçues, ne sont étayées par aucune pièce permettant de se convaincre du bien-fondé de ses propos. La recourante, gérant actuellement l'affichage sur le domaine public communal de l'intimé, a déposé une facture datée du 28 décembre 2023 relative à l'année 2023. Un montant net de 37'939 francs a été facturé à l'intimé, si bien que l'on peut estimer la valeur probable du marché, sur dix ans, à plus de 250'000 francs. Cette appréciation est d'ailleurs entièrement confirmée par la redevance que la recourante a offerte dans la présente affaire, laquelle, cumulée sur la durée du contrat, s'élève également notablement à plus de 250'000 francs. En pareilles circonstances, l'intimé aurait dû, quoi qu'il

en soit, passer par la procédure ouverte d'appel d'offres et, dès lors, était tenu de réaliser une publication sur la plateforme SIMAP conformément aux exigences légales. Le fait que la recourante ait pu déposer un recours contre l'appel d'offre n'y change rien. La procédure relative à l'attribution par l'intimé d'une concession portant sur un monopole d'affichage l'a été en violation de la procédure de publication prévue à l'article 48 al. 1 AIMP 2019, ne permettant ainsi pas une concurrence efficace entre les soumissionnaires. Ce vice est, en l'espèce, à lui seul propre à entraîner l'annulation de l'appel d'offres du 8 janvier 2024.

3. a) Le but de la législation en matière de marché public est de garantir le respect de principes énoncés dans l'AIMP 2019, soit en particulier de garantir la non-discrimination et l'égalité de traitement de chaque soumissionnaire (art. 2 let. c AIMP 2019) ainsi qu'une concurrence efficace (art. 2 let. d AIMP 2019). Selon l'article 11 al. 1 AIMP 2019, lors de la passation des marchés publics, l'adjudicateur observe les principes suivants : il agit de manière transparente, objective et impartiale (let. a) ; il prend des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption (let. b) ; il veille à l'égalité de traitement des soumissionnaires dans toutes les phases de la procédure (let. c) ; il n'engage pas de négociations portant sur le prix (let. d) ; il s'engage à observer le caractère confidentiel des indications fournies par les soumissionnaires (let. e).

Aux termes de l'article 29 AIMP, l'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication en lien avec les prestations. Outre le prix et la qualité de la prestation, il peut notamment prendre en considération des critères tels que l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts du cycle de vie, l'esthétique, le développement durable, la plausibilité de l'offre, la créativité, le service après-vente, les conditions de livraison, l'infrastructure, le caractère innovant, la fonctionnalité, le service à la clientèle, les compétences techniques et l'efficacité de la méthode (al. 1). Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, l'adjudicateur peut prendre en compte à titre complémentaire la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation professionnelle initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée (al. 2). L'adjudicateur indique les critères d'adjudication et leur pondération dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Il peut renoncer à indiquer la pondération lorsque le marché porte sur des solutions, des propositions de solutions ou des procédés (al. 3).

Pour autant qu'il respecte les principes d'égalité de traitement, d'interdiction de discrimination et de libre concurrence décrits ci-dessous, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix des critères d'adjudication. A cet égard, le contrôle de l'autorité de recours ne porte que sur la violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation et la constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents, à l'exclusion du grief d'inopportunité (art. 56 al. 4 AIMP 2019). Peut constituer un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation, et donc une violation de la loi, le fait par exemple d'accorder à certains critères une importance manifestement disproportionnée ou d'appliquer un critère de manière arbitraire à certains soumissionnaires.

b) De manière plus générale, le principe de non-discrimination se rattache principalement au principe de l'égalité de traitement de l'article 8 al. 1 Cst. féd. et à celui de la liberté économique de l'article 27 Cst. féd. (**Poltier**, Droit des marchés publics, 2e éd., Berne 2023, n. 493). La liberté économique, telle que consacrée par l'article 27 Cst. féd. a pour but de protéger toute activité économique privée tendant à la production d'un gain, soit toute activité exercée par une personne dans un but lucratif. Elle garantit l'existence d'un ordre économique fondé sur le marché et sur un minimum de concurrence (**Malinverni/Hottelier/Hertig Rendall/Flückiger**, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 2021, n. 960 et 1035 et les arrêts cités).

c/aa) En l'espèce, la recourante soutient que le contenu de l'appel d'offres de l'intimé est arbitraire et viole les principes de l'égalité de traitement, de l'interdiction de la discrimination et de la liberté économique, à mesure où l'un des critères d'adjudication, soit le critère 2 « *Synergie de communication et valorisation des acteurs locaux – valeur 20 %* », favorise un soumissionnaire potentiel, autrement dit un concurrent, à savoir C._____ SA (F._____ SA), qui est propriétaire du média local « *D.*_____ » et imprime également l'hebdomadaire « *E.*_____ ». Elle allègue que, dès lors qu'un acteur du marché de l'affichage possède un journal et en imprime un autre, aucun autre concurrent actif dans le domaine de l'affichage commercial ne serait à même d'obtenir la notation maximale au critère d'adjudication, de sorte que la concurrence équitable est mise à mal. Au surplus, elle fait valoir que le fait que des synergies puissent exister résulte d'un choix entrepreneurial relevant de la liberté économique des entreprises. L'intimé ne peut se prévaloir ainsi d'aucun intérêt public, ni

d'aucune justification à voir les acteurs médiatiques locaux être valorisés ou favorisés. L'intimé conteste le caractère discriminatoire et arbitraire du critère d'adjudication. Il prétend qu'il n'y a pas besoin d'être un média local pour proposer des synergies de communication avec les acteurs locaux ; que cette situation pourrait même être favorable à la recourante, celle-ci étant l'actuelle titulaire du monopole d'affichage et ce depuis de nombreuses années ; qu'elle pouvait ainsi construire des liens et des partenariats locaux importants, et que même si le critère d'adjudication peut être critiquable, le grief de la recourante s'avère être sans objet après le dépouillement et l'analyse des deux offres reçues. Il conteste également que le contenu de son appel d'offres violerait la liberté économique des entreprises.

c/bb) La collectivité publique doit en principe choisir des critères d'adjudication en lien avec les prestations (cons. 3a ci-dessus). Dans le cas particulier, le critère visant une certaine collaboration avec les différents médias locaux est certes louable. En effet, s'agissant d'une activité qui, par définition, devait s'exercer sur le territoire de l'intimé, il est compréhensible d'essayer de favoriser les synergies avec des acteurs locaux. On peut toutefois sérieusement douter que ce critère soit suffisamment en lien avec le marché en cause. À cela s'ajoute qu'un des soumissionnaires, qui a reçu le dossier d'appel d'offres, à savoir la société F._____ SA, est propriétaire du quotidien « *D.*_____ » et détient le centre d'impression de l'hebdomadaire « *E.*_____ ». La société F._____ SA est active dans le milieu de l'affichage. Dès lors, contrairement à ce que prétend l'intimé, un des soumissionnaires potentiels serait à l'évidence avantagé de par son implication concrète et sa proximité certaine avec un certain nombre de médias locaux. Ce constat est renforcé, comme le relève la recourante, par le soutien financier de plus de 37'000 francs alloué par l'intimé à « *D.*_____ » et « *E.*_____ ». Le fait que la recourante est l'actuelle titulaire du monopole d'affichage ne permet pas de rétablir une égalité de traitement entre les différents soumissionnaires. Le critère d'adjudication 2 viole ainsi le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires et l'interdiction de la discrimination. Il discrimine en effet les entreprises ou établissements qui ne seraient pas propriétaires de médias locaux ou impliqués dans ceux-ci.

Dès lors, au vu des circonstances, l'intimé ne peut faire usage d'un tel critère d'adjudication dans sa procédure d'appel d'offres.

4. a) Pour ces motifs, le cahier des charges doit être annulé. Une nouvelle procédure d'appel d'offres devra être organisée ab ovo en respectant les principes dégagés ci-dessus, ce qui implique en particulier d'appliquer le droit des marchés publics, conformément à l'article 9 AIMP 2019.

Le recours doit être admis, la décision litigieuse annulée, sans qu'il soit nécessaire de donner suite aux moyens de preuve requis, les pièces du dossier de la présente cause s'étant révélées suffisantes pour trancher le litige. La cause sera renvoyée à l'intimé pour initier une nouvelle procédure d'appel d'offres au sens de ce qui précède. Compte tenu de l'issue du litige (reprise de la procédure ab ovo), le grief (éventuel) de la recourante tendant à la récusation de l'entier de l'intimé pour la présente procédure est sans objet et n'a dès lors pas à être examiné. L'arrêt au fond rend la décision sur l'effet suspensif sans objet.

b) Vu l'issue du litige, il n'y a pas lieu de percevoir de frais (art. 47 al. 1 et 2 LPJA, par renvoi de l'art. 3 al. 1 LCMP). L'avance de frais de la recourante lui sera restituée. Celle-ci, qui a procédé par l'intermédiaire d'un mandataire autorisé (art. 51 al. 1 LPJA) a droit à une indemnité de dépens pour la présente procédure (art. 48 al. 1 LPJA). En l'absence d'un mémoire d'honoraires, le temps consacré à la présente cause peut être évalué à quelque 15 heures au tarif de 280 francs de l'heure, soit un montant de 4'200 francs, auquel il faut rajouter les débours calculés forfaitairement à 10 % des dépens, soit 420 francs et la TVA à 8,1 %, par 374.20 francs, soit un total de 4'994.20 francs à charge de l'intimé.

Par ces motifs,
LA COUR DE DROIT PUBLIC

1. Admet le recours.
2. Annule la décision litigieuse et renvoie la cause à l'intimé pour nouvelle procédure d'appel d'offres, au sens des considérants du présent jugement.
3. Dit que la décision sur l'effet suspensif n'a plus d'objet.
4. Statue sans frais et ordonne le remboursement à la recourante de son avance de frais.

5. Alloue à la recourante une indemnité de dépens de 4'994.20 francs à la charge de l'intimé.

Neuchâtel, le 8 août 2024