Urteilskopf

141 II 353

27. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public dans la cause Steiner SA contre HRS Real Estate SA, Inso S.p.A. et consorts ainsi que Hôpital Riviera-Chablais (recours en matière de droit public) 2C_876/2014 du 4 septembre 2015

Regeste (de):
Art. 83 lit. f und Art. 90 BGG; Art. XIII Abs. 4 lit. b GPA; Art. 13 Abs. 1 lit. i IVöB; Art. 8 Abs. 2 lit. h des Gesetzes des Kantons Waadt über das öffentliche Beschaffungswesen; Art. 41 Abs. 1 des Reglements zum Gesetz des Kantons Waadt über das öffentliche Beschaffungswesen; öffentliches Beschaffungswesen; Bau eines interkantonalen Krankenhauses; Voraussetzungen, unter denen das gesamte Vergabeverfahren aufgehoben und die Sache zwecks Durchführung einer neuen Ausschreibung an den Auftraggeber zurückgewiesen werden kann; Grundsätze der Transparenz und der Unveränderbarkeit der Angebote.

Das kantonale Urteil, das den Zuschlagsentscheid aufhebt und die Sache an den Auftraggeber zurückweist, damit er das gesamte Vergabeverfahren von Anfang an wiederaufnehme, kommt einem Endentscheid gleich. Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung bejaht (E. 1). Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts (E. 2 und 3) und anwendbares Recht (E. 4). Angefochtenes Urteil (E. 5). Strenge Voraussetzungen, unter denen der Richter berechtigt ist, ein Vergabeverfahren abzubrechen und die vollumfängliche Wiederholung der Ausschreibung anzuordnen (E. 6). Verzicht des Auftraggebers auf Einhaltung eines Eignungskriteriums (Vorlegen von Bank-Bescheinigungen) durch die Anbieter (E. 7). Die dem Auftraggeber im Vergabeverfahren unterlaufenen Unzulänglichkeiten (z.B. Verletzung des Gundsatzes der Unveränderbarkeit der Angebote; unterlassene Anforderung zusätzlicher Angaben angesichts unüblich tiefer Preise oder in Bezug auf das Verhältnis zu Subunternehmern) wiegen im konkreten Fall nicht schwer genug, um das gesamte Verfahren abzubrechen und dem Auftraggeber anzuordnen, die Ausschreibung von Anfang an neu aufzunehmen (E. 8). Prüfung und Abweisung durch das Bundesgericht - im Rahmen der Anforderungen, welche sich aus dem Verbot der reformatio in peius ergeben - der durch das Kantonsgericht nicht behandelten Rügen (E. 9).

Regeste (fr):
Art. 83 let. f et art. 90 LTF; art. XIII par. 4 let. b AMP; art. 13 al. 1 let. i AIMP; art. 8 al. 2 let. h LMP/VD; art. 41 al. 1 RLMP/VD; marché public visant la construction d'un hôpital intercantonal; conditions permettant d'annuler toute la procédure et de renvoyer la cause à l'adjudicateur en vue d'un nouvel appel d'offres; principes de transparence et de l'intangibilité des offres.

L'arrêt cantonal qui annule la décision d'adjudication et renvoie la cause à l'adjudicateur pour qu'il reprenne ab ovo la procédure de passation du marché est assimilable à une décision finale. Question juridique de principe admise (consid. 1). Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral (consid. 2 et 3) et droit applicable (consid. 4). Arrêt attaqué (consid. 5). Conditions restrictives auxquelles le juge est en droit d'annuler la procédure de passation d'un marché public et d'ordonner le renouvellement de l'appel d'offres (consid. 6). Renonciation par l'adjudicateur au respect d'un critère d'aptitude (production d'attestations bancaires) par les soumissionnaires (consid. 7). Les manquements imputables à l'adjudicateur dans la gestion du marché public (p. ex. violation du principe de l'intangibilité des offres; omission de requérir des précisions complémentaires notamment en présence de prix anormalement bas ou par rapport à des sous-traitants) n'ont pas atteint en l'espèce la gravité suffisante pour que le juge interrompe toute la procédure, en imposant à l'adjudicateur de la reprendre depuis le début (consid. 8). Examen et rejet par le Tribunal fédéral - dans le respect de l'interdiction de la reformatio in pejus - des griefs non traités par le Tribunal cantonal (consid. 9).

Regesto (it):
Art. 83 lett. f e art. 90 LTF; art. XIII par. 4 lett. b AAP; art. 13 cpv. 1 lett. i CIAP; art. 8 cpv. 2 lett. h della

legge vodese sui mercati pubblici; art. 41 cpv. 1 del regolamento di applicazione della legge vodese sui mercati pubblici; commessa pubblica concernente la costruzione di un ospedale intercantonale; condizioni alle quali è possibile annullare l'intera procedura e rinviare la causa all'aggiudicatario affinché pubblichi un nuovo bando di concorso; principi della trasparenza e dell'intangibilità delle offerte.

La sentenza cantonale che annulla la decisione di aggiudicazione e rinvia la causa all'aggiudicatario affinché riprenda ab ovo la procedura di una commessa è equiparabile a una decisione finale. Questione giuridica di principio ammessa (consid. 1). Potere d'esame del Tribunale federale (consid. 2 e 3) e diritto applicabile (consid. 4). Sentenza impugnata (consid. 5). Condizioni restrittive alle quali il giudice può annullare la procedura relativa a una commessa pubblica e ordinare che si pubblichi un nuovo bando di concorso (consid. 6). Rinuncia dell'aggiudicatario all'osservanza di un criterio di attitudine (produzione di attestazioni bancarie) da parte degli offerenti (consid. 7). Le manchevolezze imputabili all'aggiudicatario nella gestione della commessa pubblica (ad esempio violazione del principio dell'intangibilità delle offerte; mancata richiesta di delucidazioni complementari in particolare in presenza di prezzi anormalmente bassi o per rapporto a subappaltatori) non sono nel caso specifico così gravi da permettere al giudice di interrompere tutta la procedura e d'imporre di riflesso all'aggiudicatario di ricominciarla da capo (consid. 8). Esame e reiezione da parte del Tribunale federale - nel rispetto del divieto della reformatio in peius - delle censure che non sono state evase dal Tribunale cantonale (consid. 9).

Sachverhalt ab Seite 355

BGE 141 II 353 S. 355

A.

A.a Doté de la personnalité juridique et inscrit au Registre du commerce depuis 2010, l'Hôpital Riviera-Chablais Vaud-Valais (ci-après: l'Hôpital, le pouvoir adjudicateur ou l'autorité adjudicatrice) est un établissement autonome de droit public intercantonal, dont le siège est à Rennaz (VD). Les 11 et 14 juin 2013, l'Hôpital a fait publier, dans la Feuille des avis officiels du canton de Vaud et dans le Bulletin officiel du canton du Valais, un appel d'offres en procédure ouverte portant sur la construction en entreprise générale d'un hôpital de soins aigus à Rennaz; le projet avait préalablement fait l'objet d'un concours d'architecture. L'appel d'offres décrivait en particulier le projet, les critères et les sous-critères d'évaluation avec leur pondération (sur 100 points possibles) et l'objectif financier, qui était de 207 millions de francs. Les critères d'évaluation étaient au nombre de cinq et pondérés comme suit: 1. Prix (50); 2. Organisation pour l'exécution du marché (20); 3. Qualités techniques de l'offre (14); 4. Organisation de base du candidat ou du soumissionnaire (6); 5. Références du candidat ou du soumissionnaire (10). Sous le titre "Exclusion d'un soumissionnaire", l'appel d'offres énumérait des conditions qui, si elles n'étaient pas remplies, avaient pour conséquence la mise à l'écart de l'offre concernée. Parmi ces conditions figuraient notamment: "Attestations, justificatifs et engagements exigés non remis (A.3/3.2 et 3.3); Garanties exigées non remises (A.3/3.2)". Les autres motifs d'exclusion prévus par le règlement

BGE 141 II 353 S. 356

cantonal d'application de la législation vaudoise sur les marchés publics étaient par ailleurs réservés. Le document A.3 auquel les deux conditions d'exclusion précitées faisaient référence était intitulé "Récapitulation de l'offre financière et engagements". Le ch. 3.2 consacré aux "attestations et justificatifs" se composait de deux tableaux. Le premier était précédé de la clause suivante: "Le présent dossier d'appel d'offres doit impérativement être accompagné des attestations suivantes". Suivait une série de conditions, avec l'indication des documents et attestations requis. Parmi celles-ci, la rubrique "Attestations bancaires" mentionnait: "Attestation bancaire garantissant l'octroi des crédits nécessaires au soumissionnaire, en cas d'adjudication du marché et garantissant l'établissement de la garantie bancaire de bonne exécution des travaux (10 % de la valeur du marché) cas échéant de la garantie d'acompte (100 % de la valeur de l'acompte) exigées par le MO à la signature du marché". Le second tableau figurant sur le document A.3/3.2 était précédé de la clause selon laquelle l'adjudicateur se réservait le droit d'exiger, à tout moment et dans un délai de 10 jours, l'une ou l'autre attestation, voire la totalité des attestations, notamment auprès du soumissionnaire pressenti pour être l'adjudicataire du marché. Les documents et attestations visés dans ce tableau concernaient l'annonce des sous-traitants ainsi que les certifications matériaux. Le ch. 3.3 du document A.3, intitulé "Engagement du candidat", comportait, outre une liste d'exigences que le soumissionnaire devait s'engager à respecter, le descriptif de trois garanties qui devaient être fournies, à savoir une "garantie de bonne exécution", une "garantie de restitution d'acomptes" et une "garantie contre les défauts (cautionnement solidaire)". Trois spécimens contenant un texte-type pour ces garanties figuraient au document A.9 de l'appel d'offres.

A.b Une plate-forme internet (plate-forme SIMAP) était mise à disposition des candidats par l'Hôpital pour formuler des questions et les réponses données par l'adjudicateur étaient consultables par tous. Trois questions ont été posées au sujet des garanties bancaires exigées dans le document A.3/3.2. L'adjudicateur y a répondu en renvoyant aux spécimens figurant dans le document A.9. Une autre question a été posée en lien avec le Code des frais de construction (ci-après: CFC) 231.21, car aucune rubrique concernant le tableau électrique TP 301 ne figurait dans le document mis à disposition par l'Hôpital. Le pouvoir adjudicateur a indiqué que le poste devait être

comptabilisé dans la série de prix et il a rectifié, sur la plate-forme internet, le document concerné en y ajoutant une ligne consacrée à ce poste. Ni l'appel d'offres ni les documents l'accompagnant n'ont fait l'objet d'un recours.

A.c Dans le délai prolongé au 30 septembre 2013, cinq offres sont parvenues à l'Hôpital, pour les montants suivants: 1. Offre de 225'199'270 fr. 29 émanant d'un consortium formé de Inso Sistemi per le infrastrutture sociali S.p.A., Cossi costruzioni S.p.A., Società italiana per condotte d'acqua S.p.A. et LGV Impresa Costruzioni SA (ci-après: Inso et consorts ou le Consortium); 2. Offre de 237'492'000 fr. émanant de Steiner SA (ci-après: Steiner); 3. Offre de 238'364'640 fr. émanant de HRS Real Estate SA (ci-après: HRS); 4. Offre de 253'000'000 fr. émanant d'Implenia Suisse SA (ci-après: Implenia); 5. Offre de 265'277'243 fr. émanant de Losinger Marazzi SA (ci-après: Losinger). Tous les soumissionnaires, sauf Steiner, ont produit des documents en lien avec le ch. 3.2 du document A.3. S'agissant du tableau électrique TP 301 du CFC 231.21, Inso et consorts, Implenia et Losinger ont utilisé le document rectifié mis à disposition des soumissionnaires sur le site internet et chiffré une offre en lien avec ce poste. Steiner a utilisé le document d'origine sur lequel le poste prix pour le TP 301 ne figurait pas et n'a donc pas indiqué de prix en lien avec ce poste. L'Hôpital a procédé à l'analyse de ces offres et y a apporté différentes corrections. Le 25 novembre 2013, l'Hôpital a transmis aux soumissionnaires un tableau indiquant, pour chaque CFC, les erreurs retenues, en leur fixant un délai soit pour retourner le tableau signé, signifiant leur accord avec les corrections effectuées, soit pour indiquer les modifications qu'ils souhaitaient faire valoir avec les corrections proposées. Dans le délai imparti, Inso et consorts, Losinger ainsi que Steiner ont retourné le tableau signé sans commentaire. Implenia a retourné le questionnaire complété et

requis la modification de deux points dans le contrôle arithmétique. HRS a apporté certaines modifications aux corrections dont l'Hôpital a tenu compte et baissé le prix de son offre.

BGE 141 II 353 S. 358

L'Hôpital a aussi posé une série de questions relatives aux offres aux soumissionnaires, dont une question relative au document A.3/3.2 en réponse à laquelle Steiner a remis des documents bancaires datés du 30 septembre 2013. A la suite de ces nouveaux éléments, l'Hôpital a établi un tableau récapitulatif modifié duquel il ressortait que l'offre d'Inso et consorts de 225'199'270 fr. était augmentée de 2'437 fr. et passait ainsi à 225'201'707 fr., l'offre de Steiner de 237'492'000 fr. était augmentée de 1'245'498 fr. et passait à 238'737'498 fr., alors que l'offre de HRS de 238'364'640 fr. était réduite de 314'280 fr. et passait à 237'973'626 fr.
A

Offres à l'ouverture

B

Offres corrigées

C

Offres finales

Déposées

CHF TTC

Ctrl arithm.

CHF TTC

Différences
B-A
CHF TTC

Après questions

CHF TTC

Différences
C-B
CHF TTC

Cons. Inso

225’199’270

225’201’707

+2’437

225’201’707

0

Steiner

237’492’000

238’737’498

+1’245’498

238’737’498

0

HRS

238’364’640

238’050’360

-314’280

237’973’626

-76’734

Implenia

253’000’000

252’907’303

-92’697

251’473’923

-1’433’380

Losinger

265’277’243

263’867’729

-1’409’514

263’513’565

-354’164

B.

B.a Le 8 janvier 2014, la commission de construction de l’Hôpital a décidé, à l’unanimité et sans abstention, d’adjuger les travaux à Steiner. En fonction des cinq critères d’adjudication, Steiner avait obtenu 429,84 points, Implenia 408,55, HRS 401,87, le Consortium 401 et Losinger 363,04. Cette décision a été approuvée par les départements cantonaux vaudois et valaisan compétents. Par décision formelle du 27 janvier 2014, l’Hôpital a communiqué individuellement aux soumissionnaires le résultat de l’adjudication. Steiner a ainsi été informée que le marché lui avait été adjugé au prix de 238’737’497 fr. 60. Les soumissionnaires évincés ont pour leur part été avisés du rang obtenu, à savoir le troisième rang pour HRS et le quatrième rang pour Inso et consorts sur les cinq offres évaluées. Contre la décision du 27 janvier 2014, Inso et consorts, ainsi que HRS ont recouru auprès de la Cour de droit administratif et public

du Tribunal cantonal vaudois (ci-après: le Tribunal cantonal). HRS a conclu à l’annulation de la décision du 27 janvier 2014 et, principalement, à ce que le marché lui soit adjugé, subsidiairement, à ce que la cause soit renvoyée à l’Hôpital pour nouvelle décision. Inso et consorts ont pris les mêmes conclusions principales, mais demandé subsidiairement à ce que la cause soit renvoyée à l’Hôpital pour qu’il adjuge le marché au Consorti-

um. Les deux causes ont été jointes.

B.b Au cours de la procédure, un tableau d'analyse des corrections des CFC a été produit par l'Hôpital à la demande du Tribunal cantonal. De nouvelles erreurs, imputables à l'Hôpital lors du précédent contrôle arithmétique, ont été mises en évidence. Il était précisé que le CFC 231.21 avait été corrigé pour Steiner et pris en compte à raison de 80'000 fr. en lien avec le poste TP 301, qui manquait. Au total, les erreurs impliquaient que le prix adjugé à Steiner aurait dû être inférieur de 925'844 fr. 70 et celui du Consortium inférieur de 122'699 fr. 90. Cela signifiait, après réévaluation par l'Hôpital et production d'une nouvelle grille le 5 mai 2014, que le classement des offres ne s'en trouvait pas modifié, mais que le total des points obtenus par Steiner passait de 429,84 à 432,30. D'après les explications ultérieures fournies par l'Hôpital, la différence de 122'699 fr. 90 concernant Inso et consorts faisait passer ses points de 401 à 401,50. Inso et consorts ont produit une lettre anonyme rédigée en italien et datée du 2 février 2014. Intitulée "appalto manipolato", elle indiquait que l'offre de Steiner aurait été modifiée entre l'ouverture des offres et l'adjudication. En annexe, figurait le tableau comparatif financier par CFC que le Consortium a transmis au Tribunal cantonal et à toutes les parties à la procédure. Une procédure pénale a été ouverte par le Ministère public vaudois en lien avec cette communication, à la suite d'une plainte déposée par l'Hôpital. Le Tribunal cantonal a tenu une audience le 19 mai 2014 et obtenu des explications complémentaires des parties. L'arrêt attaqué reproduit de très larges extraits du compte-rendu de cette audience. Selon une nouvelle grille d'évaluation produite par l'Hôpital dans ses déterminations finales, même si tous les soumissionnaires avaient bénéficié de la note 5 en lien avec le critère 2.2 relatif aux sous-traitants contesté par le Consortium, lequel n'avait obtenu que 1, Steiner aurait conservé la tête du classement avec 441,96 points contre 441,00 pour Inso et consorts.

Par arrêt du 27 août 2014, le Tribunal cantonal a admis partiellement les recours, annulé la décision d'adjudication du 27 janvier 2014 et renvoyé la cause à l'autorité intimée au sens du considérant 11b, duquel il découle que c'était une annulation ab ovo de toute la procédure qui s'imposait, le dossier étant retourné à l'Hôpital pour qu'il publie un nouvel appel d'offres et répète l'intégralité de la procédure.

C.

C.a Contre cet arrêt, Steiner forme un recours en matière de droit public et - pour le cas où le premier ne serait pas recevable - un recours constitutionnel subsidiaire au Tribunal fédéral (...). Le Tribunal fédéral a admis le recours en matière de droit public de Steiner, annulé l'arrêt attaqué et confirmé la décision d'adjudication du 27 janvier 2014, dans la mesure où elle n'est pas devenue sans objet; il a déclaré irrecevable le recours constitutionnel subsidiaire parallèlement formé.

C.b Inso et consorts ont également recouru auprès du Tribunal fédéral à l'encontre de l'arrêt du 27 août 2014. Leur recours a été déclaré irrecevable par arrêt de ce jour (cf. cause 2C_886/2014). (extrait)

Erwägungen

Extrait des considérants :
I. Recevabilité

1.

1.1 L'arrêt attaqué annule non seulement la décision d'adjudication, mais toute la procédure de marché public mise en place par l'Hôpital ab initio, lui enjoignant de publier un nouvel appel d'offres et de répéter l'intégralité de la procédure. Même si elle prononce formellement un renvoi, cette décision n'a pas un caractère incident au sens de l'art. 93 LTF, mais doit être assimilée à une décision finale, car elle met un terme définitif à la procédure litigieuse (cf. art. 90 LTF; ATF 135 III 566 consid. 1.1 p. 568; ATF 134 I 83 consid. 3.1 p. 86). En effet, le renvoi ne porte pas sur la continuation, à partir d'un certain stade, de la procédure qui a donné lieu à la décision d'adjudication du 27 janvier 2014; la procédure est mise à néant, ce qui commande qu'une nouvelle procédure distincte soit mise en place (cf. question laissée ouverte sous l'empire de l'aOJ [RS 3 521]in ATF 129 I 313 consid. 3.3 p. 318).

1.2 Rendue en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur (art. 86 al. 1 let. d et al. 2 LTF) dans une cause de droit public (art. 82 let. a LTF),

la décision entreprise concerne le domaine des marchés publics. Le recours en matière de droit public n'est donc recevable, en vertu de l'art. 83 let. f LTF, qu'à la double condition que la valeur du mandat à attribuer soit supérieure ou égale aux seuils déterminants prévus à cet effet et que la décision attaquée soulève une question juridique de principe (ATF 141 II 113 consid. 1.2 p. 116 s.; ATF 140 I 285 consid. 1.1 p. 289), ce qu'il incombe à la partie recourante de démontrer sous peine d'irrecevabilité (cf. art. 42 al. 2 LTF; ATF 141 II 14 consid. 1.2.2.1 p. 21), à moins que la question de principe s'impose avec évidence (ATF 141 II 113 consid. 1.4.1 p. 119; ATF 140 I 285 consid. 1.1.2 p. 289; ATF 139 II 404 consid. 1.3 p. 410; ATF 139 II 340 consid. 4 p. 342).

1.2.1 et

1.2.2 [Résumé: En l'occurrence, tant le critère de la valeur seuil que celui portant sur l'existence d'une question juridique de principe (admise sur le point de la possibilité pour l'adjudicateur de "neutraliser" un critère d'aptitude si aucun des soumissionnaires ne le remplit) étaient réunis].

1.3 Le recours a en outre été déposé en temps utile et dans les formes prescrites (art. 42 et 100 al. 1 LTF). La recourante, qui s'était vu adjuger le marché par la décision du 27 janvier 2014, qui a été annulée par l'arrêt attaqué, a qualité pour recourir au sens de l'art. 89 LTF.

1.3.1 et

1.3.2 [Résumé: Bien que la construction de l'Hôpital ait commencé, l'intérêt de Steiner à recourir contre l'arrêt cantonal demeure actuel; en effet, à la suite de l'arrêt du Tribunal cantonal, l'Hôpital a scindé le marché et n'a pas encore adjugé l'ensemble des travaux. Au demeurant, même si tous les lots avaient été attribués, l'entreprise ayant obtenu le marché du pouvoir adjudicateur conserverait un intérêt à faire contrôler la légalité de la décision judiciaire qui annule la décision d'adjudication rendue en sa faveur (cf. art. 9 al. 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur [LMI; RS 943.02]par analogie; ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 p. 317; arrêt 2C_811/2011 du 5 janvier 2012 consid. 1.3, in SJ 2012 I p. 285)].

1.4 Le recours en matière de droit public est partant recevable, ce qui entraîne l'irrecevabilité du recours constitutionnel subsidiaire déposé parallèlement par la recourante (cf. art. 113 LTF a contrario).

II. Pouvoir d'examen

2. Le Tribunal fédéral ne peut aller au-delà des conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF). En cas d'admission du recours, il peut statuer lui-même sur le fond ou renvoyer l'affaire à l'instance précédente ou à l'autorité qui a rendu la décision initiale (cf. art. 107 al. 2 LTF). En ce cas prévaut le principe de l'interdiction de la reformatio in pejus (cf., entre autres, arrêts 2C_585/2014 du 13 février 2015 consid. 5.2.3, in RF 70/2015 p. 518; 2C_589/2013 du 17 janvier 2014 consid. 8.2.6, in RDAF 2014 II p. 78; 2C_590/2014 du 4 décembre 2014 consid. 2.4, non publié in ATF 141 I 9). En l'espèce, la recourante devant le Tribunal fédéral est l'entreprise qui avait obtenu de la part de l'autorité adjudicatrice le marché que l'arrêt attaqué a entièrement annulé. Les soumissionnaires évincés qui avaient recouru sur le plan cantonal, mais à qui l'arrêt attaqué ne donne que partiellement gain de cause, puisque le marché n'a été adjugé ni à l'un ni à l'autre, n'ont pas recouru ou du moins pas valablement devant le Tribunal fédéral (HRS n'a pas formé de recours, alors que le recours de Inso et consorts n'est pas recevable, cf. arrêt 2C_886/2014 de ce jour). Dans un tel contexte, l'interdiction de la reformatio in pejus doit s'examiner exclusivement en lien avec le recours de Steiner. Ce principe exclut que le Tribunal fédéral, en cas d'annulation de l'arrêt attaqué, attribue le marché public litigieux à Inso et consorts ou à HRS. En effet, l'arrêt entrepris laisse encore une chance à la recourante d'obtenir le marché dans le cadre de la nouvelle procédure (cf. ATF 141 II 307 consid. 6.6 p. 315), qui serait supprimée si, par hypothèse, le Tribunal fédéral adjugeait directement le marché à un autre soumissionnaire.
Logiquement du reste, la recourante prend des conclusions excluant clairement cette éventualité, puisqu'elle demande que le marché lui soit adjugé et, subsidiairement, que la cause soit renvoyée au pouvoir adjudicateur ou au Tribunal cantonal, pour qu'après complément d'instruction, il lui adjuge le marché.

3. En matière de marchés publics, le droit matériel laisse en principe une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur, en particulier dans la phase de l'appréciation et de la comparaison des offres (cf. arrêt 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1, in SJ 2015 I p. 52). Si elle substitue son pouvoir d'appréciation à celui de l'adjudicateur, l'autorité judiciaire juge en opportunité, ce qui est interdit, tant par l'art. 16 al. 2 AIMP (cf. ATF 141 II 14 consid. 2.3 in fine p. 25;

ATF 140 I 285 consid. 4.1 p. 293; arrêt 2D_52/2011 du 10 février 2012 consid. 3.2) que par l'art. 98 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA/VD; RSV 173.36; BOVAY/BLANCHARD/GRISEL RAPIN, in Procédure administrative vaudoise annotée, 2012, n°2.2.1 ad art. 98 LPA/VD p. 445), applicable par renvoi de l'art. 10 al. 3 de la loi vaudoise du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LMP/VD; RSV 726.01). L'autorité judiciaire ne peut intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur (arrêts 2D_52/2011 du 10 février 2012 consid. 3.2; 2P.146/2001 du 6 mai 2002 consid. 4.2), ce qui, en pratique, peut s'assimiler à un contrôle restreint à l'arbitraire (ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, n. 420 p. 269). En revanche, l'autorité judiciaire n'a pas à faire preuve de la même retenue lors du contrôle des règles de procédure en matière de marchés publics (arrêt 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.4).
III. Droit applicable

4. Le marché en cause est un marché de construction qui porte sur des travaux estimés à plus de 200 millions de francs. Il est donc soumis à l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP; RS 0.632.231.422; cf. en particulier son Appendice I, Annexes 2 et 5 concernant la Suisse, documents consultables sur le site internet: www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/appendices_f.htm), aux dispositions topiques figurant dans la LMI et à l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP; RSV 726.91). En ce qui concerne le droit cantonal, il ressort de la Convention intercantonale du 17 décembre 2008 sur l'Hôpital Riviera-Chablais Vaud-Valais (C-HIRC; RSV 810.94) que la législation vaudoise s'applique (art. 22 C-HIRC), à savoir la LMP/VD précitée de même que le règlement d'application de cette loi cantonale du 7 juillet 2004 (RLMP/VD; RSV 726.01.1).
IV. Arrêt attaqué

5. Les juges cantonaux retiennent en substance que la procédure a été entachée de lourds manquements, de diverses natures, qui étaient liés à la complexité de l'appel d'offres et à la structure mise en place. Cette complexité a abouti à de nombreuses lacunes au sein des offres déposées dont le pouvoir adjudicateur n'a pas tiré les conséquences qui s'imposaient. Celui-ci a minimisé les manquements entachant les offres, renoncé à certaines exigences, menant une procédure qui s'est révélée contraire aux principes du droit des marchés publics

A l'appui de cette conclusion, l'arrêt attaqué énumère une liste de critiques envers le pouvoir adjudicateur, qui sont regroupées en cinq catégories, à savoir: 1. corrections apportées aux offres avant l'adjudication; 2. corrections apportées aux offres en cours de procédure de recours; 3. caractère lacunaire des offres; 4. prix particulièrement bas d'une offre; 5. garanties bancaires. Les précédents juges, tout en laissant la question ouverte de savoir si les manquements énumérés pouvaient conduire à l'exclusion des candidats et entraîner l'annulation de la décision attaquée, compte tenu du principe de la proportionnalité, ont toutefois considéré que, comme il ne s'agissait pas de manquements véniels, leur cumul imposait dans tous les cas une annulation de la décision attaquée. L'autorité judiciaire inférieure a au demeurant souligné que le problème des garanties bancaires était à lui seul de nature à entraîner une telle conséquence. L'arrêt attaqué considère que cette conclusion rendait vide de sens l'examen des griefs formulés par les entreprises soumissionnaires évincées par rapport à l'appréciation des critères d'adjudication 2 à 5 opérée par l'Hôpital. "A toutes fins utiles", le Tribunal cantonal a cependant traité les critiques relatives à l'appréciation du critère d'adjudication 2.2 concernant les sous-traitants et pour lequel le Consortium avait obtenu la note de 1, au motif qu'il n'avait donné aucune information. Selon les juges cantonaux, c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur avait émis des doutes concernant la capacité d'Inso et consorts à assumer elles-mêmes l'ensemble des CFC techniques sans faire appel à des sous-traitants. Toutefois, à la place de lui attribuer la note de 1 à ce sous-critère, l'Hôpital aurait dû lui demander des explications et, en l'absence de réponse satisfaisante, exclure le Consortium de l'offre.
V. Conditions de l'annulation de toute la procédure par le juge

6. Avant d'examiner la question juridique de principe concernant la "neutralisation" du critère afférent à la remise des garanties bancaires, il convient de se demander si et à quelles conditions une autorité judiciaire saisie d'un recours contre une décision d'adjudication peut décider d'annuler non seulement la décision attaquée, mais toute la procédure ab ovo ainsi que renvoyer le dossier à l'autorité adjudicatrice pour qu'elle recommence toute la procédure et procède à un nouvel appel d'offres, comme le fait l'arrêt attaqué.

6.1 Selon l'art. 13 al. 1 let. i AIMP, les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir la possibilité d'interrompre et de répéter la procédure de passation en cas de justes motifs uniquement. Cette exigence correspond à la ligne prévue à l'art. XIII par. 4 let. b de l'AMP selon lequel, après l'ouverture des offres, le pouvoir adjudicateur doit, en principe, adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, et ne peut y renoncer que pour des "motifs d'intérêt public" (cf. arrêt 2P.34/2007 du 8 mai 2007 consid. 6.1). En droit vaudois, l'art. 8 al. 2 let h LMP/VD reprend textuellement l'art. 13 al. 1 let. i AIMP (interruption en cas de justes motifs uniquement) et renvoie, pour les détails, aux dispositions d'exécution. L'art. 41 al. 1 RLMP/VD prévoit à ce sujet que: "L'adjudicateur peut interrompre, répéter ou renouveler la procédure pour des raisons importantes, notamment lorsque: a. aucune offre satisfaisant les exigences techniques et les critères définis dans les documents d'appel d'offres ou dans l'appel d'offres n'a été déposée; b. en raison de modifications des conditions-cadres ou marginales, des offres plus avantageuses sont attendues; c. les offres déposées ne permettent pas de garantir une concurrence efficace; d. toutes les offres dépassent le montant du crédit prévu ou octroyé à cet effet; e. le projet est modifié ou retardé de manière importante."
Il découle de cette énumération exemplative que l'interruption, la répétition ou le renouvellement de la procédure n'est possible qu'à titre exceptionnel et suppose un motif important; cette règle existe aussi pour les marchés publics soumis au droit fédéral (ATF 134 II 192 consid. 2.3 p. 198 s.). L'interruption du marché (ce qui suppose l'annulation de tous les actes déjà accomplis) apparaît donc comme une ultima ratio (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd. 2013, n. 799 p. 353). Cette approche restrictive s'explique par le fait que, lorsqu'il met en place une procédure de marché public, le pouvoir adjudicateur doit assurer à chaque soumissionnaire une chance réelle et juste d'être choisi en fonction des exigences posées. Or, cette chance est retirée lorsque le pouvoir adjudicateur interrompt la procédure sans avoir attribué le marché. Certes, les soumissionnaires pourront à nouveau déposer une offre si la procédure est répétée, mais cela engendre des coûts supplémentaires et, selon les circonstances, une diminution des chances d'obtenir le marché dans cette seconde procédure au cas où le nombre de

soumissionnaires serait plus important ou si de nouvelles exigences les désavantageaient. S'ajoute à cela que la mise en oeuvre d'une seconde procédure peut produire des effets contraires aux règles sur les marchés publics et à l'objectif de libre concurrence poursuivi, notamment parce que les précédents soumissionnaires auront pu (à tout le moins partiellement) prendre connaissance des premières offres formulées par leurs concurrents (cf. ATF 129 I 313 consid. 10 p. 328 s.). Il faut donc éviter que l'interruption de la procédure soit utilisée de manière abusive (MARTIN BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, PJA 2005/7 p. 784 ss, 789). Le caractère exceptionnel de l'interruption du marché, qu'elle soit suivie ou non de la répétition de la procédure découle aussi du fait que cette mesure implique, selon le moment où elle intervient, de revenir sur des décisions déjà entrées en force (STEFAN SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, 2010, ch. 20 p. 11), en particulier la décision de l'appel d'offres (cf. la liste des décisions figurant à l'art. 10 al. 1 LMP/VD), ce qui nuit à la sécurité juridique. Finalement, il existe un intérêt public à ce que la procédure de marché public puisse se dérouler avec toute la célérité requise, ce que confirment notamment l'instauration de délais de recours relativement brefs et l'absence d'effet suspensif automatique à différents recours, tandis que la réorganisation d'une procédure d'appel d'offres et d'adjudication ab ovo a pour conséquence de fortement retarder l'avancement d'un marché public et d'entraîner des coûts supplémentaires. Or, ces intérêts publics militent eux aussi en faveur d'un maniement très restrictif de la possibilité de réinitier ab ovo les procédures d'appel d'offres et d'adjudication.

6.2 Sur le plan technique, lorsque l'adjudication a déjà été prononcée, l'interruption de la procédure suppo-

se au préalable une révocation de la décision d'adjudication (POLTIER, op. cit., n. 358 p. 226; cf. ATF 134 II 192 consid. 2.3 p. 199). La nuance est avant tout juridique, car on admet que les motifs d'interruption du marché peuvent aussi constituer des motifs de révocation de la décision d'adjudication (cf. POLTIER, op. cit., n. 363 p. 230; BEYELER, op. cit., p. 786) qui, selon leur nature, peuvent avoir pour conséquence une interruption de la procédure et un renouvellement de celle-ci (cf. POLTIER, op. cit., n. 358 in fine p. 226). Il en découle a fortiori que l'autorité judiciaire saisie d'un recours contre la décision d'adjudication, qui n'est donc par définition pas

encore entrée en force, peut en présence de justes motifs ne pas se limiter à annuler la décision d'adjudication, mais aussi interrompre toute la procédure. Il faut toutefois que cette conséquence extrême soit justifiée par des motifs objectifs (cf. ATF 134 II 192 consid. 2.3 p. 199 concernant la révocation de l'adjudication et l'interruption de la procédure en matière de marchés publics fédéraux, aussi applicable en matière cantonale, cf. ATF 130 I 156 consid. 2.7.1 p. 164).

6.3 La formulation potestative des textes de loi implique que, même s'il existe un juste motif ou un motif important, il appartient en premier lieu au pouvoir adjudicateur de décider s'il convient d'interrompre ou non la procédure, soit définitivement soit en la répétant ou en la renouvelant. En ce domaine, celui-ci dispose d'un large pouvoir d'appréciation (BEYELER, op. cit., p. 787; SUTER, op. cit., n. 28 p. 14; cf. ATF 134 II 192 consid. 2.3 p. 199). La solution à adopter dépend des besoins de l'autorité adjudicatrice, qui jouit d'une liberté de manoeuvre étendue pour les définir (POLTIER, op. cit., n. 358 p. 225). Ainsi, l'existence d'un motif important ou juste motif n'oblige en principe pas le pouvoir adjudicateur d'annuler toute la procédure. Par exemple, lorsque les offres dépassent le montant prévu (cf. art. 41 al. 1 let. d RLPM/VD), le pouvoir adjudicateur doit conserver la possibilité de rechercher une solution, par exemple une rallonge de crédit, plutôt que d'annuler un projet qu'il juge indispensable aux besoins de la collectivité. Il n'est toutefois pas exclu que la nature du juste motif en cause impose au pouvoir adjudicateur d'annuler la procédure déjà accomplie (par exemple, si la procédure choisie l'a été en violation des règles sur les marchés publics ou si, depuis le début, la procédure est entachée de vices qui rendent impossible l'attribution du marché sur des bases correspondant aux exigences légales; cf. BEYELER, op. cit., p. 788, qui parle à ce propos de "Wurzelmängel"). En outre, même si l'interruption du marché est la seule option envisageable dans un cas déterminé, le pouvoir adjudicateur devra conserver en principe le choix de renoncer définitivement à son projet plutôt que de recommencer une nouvelle procédure (cf. SUTER, op. cit., n. 218 p. 97 s.; POLTIER, op. cit., n. 360 p. 227).

6.4 La liberté d'appréciation de l'adjudicateur dans le choix des conséquences à tirer de l'existence d'un juste motif ou motif important est toutefois limitée par le respect de la bonne foi et des principes généraux applicables au droit des marchés publics, notamment l'interdiction de discrimination entre les soumissionnaires, la proportionnalité, la transparence et l'interdiction de la modification du marché

sur des éléments essentiels (cf., sur ce dernier point, POLTIER, op. cit., n. 349 p. 218 s.). Une partie de la doctrine considère même que, sous réserve d'un changement essentiel du marché, le pouvoir adjudicateur n'est pas en droit d'interrompre la procédure si le juste motif invoqué est lié à un manquement dont il est lui-même responsable (cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 821 p. 364). D'autres auteurs et la jurisprudence retiennent plutôt que le comportement du pouvoir adjudicateur n'influence pas son droit d'interrompre la

procédure, mais ouvre la voie à une éventuelle action en responsabilité à son encontre (cf. ATF 134 II 192 consid. 2.3 p. 198 s.; BEYELER, op. cit., p. 791 s.). Il n'y a pas lieu d'entrer plus avant sur cette controverse, dès lors que ce n'est pas le pouvoir adjudicateur qui a choisi d'interrompre la procédure en l'espèce, mais l'autorité judiciaire de recours.

6.5 En résumé, s'il n'est certes pas exclu d'emblée qu'une autorité judiciaire saisie d'un recours contre une décision d'adjudication puisse non seulement annuler celle-ci, mais aussi prononcer l'interruption du marché en annulant toute la procédure et en renvoyant le dossier à l'adjudicateur pour qu'il la recommence, ce procédé doit rester exceptionnel. En effet, il revient à supprimer tout pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice. Il est donc subordonné à l'existence de motifs d'intérêt public qualifiés et implique que le pouvoir adjudicateur n'aurait pas eu d'autre choix.

6.6 Appliqués au cas d'espèce, ces principes supposent de se demander, tout d'abord, si les manquements dans la procédure retenus dans l'arrêt attaqué constituent des justes motifs ou des raisons importantes (cf. art. 8 al. 2 let h LMP/VD et art. 41 al. 1 RLMP/VD). Puis, le cas échéant, il faudra examiner si, pour des motifs d'intérêt public qualifiés, la seule conséquence possible était en l'occurrence l'annulation non seulement de la décision d'adjudication mais de toute la procédure ainsi que le renvoi du dossier au pouvoir adjudicateur pour qu'il publie un nouvel appel d'offres et répète l'intégralité de la procédure. VI. Garanties bancaires

7. Les manquements liés aux garanties bancaires doivent être examinés en premier lieu, dès lors que, selon l'arrêt attaqué, ceux-ci justifiaient à eux seuls l'annulation du marché. Cet examen se recoupe avec la question juridique de principe posée par la recourante, qui consiste à se demander si le pouvoir adjudicateur est en droit de

"neutraliser" un critère d'attribution qu'il a lui-même posé, en y renonçant si aucun des soumissionnaires ne s'y est conformé.

7.1 En matière de marchés publics, on distingue les critères d'aptitude ou de qualification ("Eignungskriterien"), qui servent à s'assurer que le soumissionnaire dispose des capacités suffisantes afin de réaliser le marché (cf. art. 13 al. 1 let. d AIMP), des critères d'adjudication ou d'attribution qui se rapportent en principe directement à la prestation requise et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie (cf. ATF 140 I 285 consid. 5 p. 293 s. et les références). Les entreprises soumissionnaires qui ne remplissent pas un des critères d'aptitude posés voient leur offre exclue, sans compensation possible (ATF 139 II 489 consid. 2.2.4 p. 494), alors que la non-réalisation d'un critère d'adjudication n'est pas éliminatoire, mais peut être compensée par une pondération avec d'autres critères d'adjudication (cf. ATF 140 I 285 consid. 5 p. 294 et les références).

7.2 En l'espèce, le ch. 3.2 du document A3, qui fixe la liste des attestations et justificatifs à remettre, contient la clause selon laquelle le dossier d'appel d'offres doit "impérativement" être accompagné des documents énumérés, parmi lesquels figurent les attestations bancaires litigieuses. Ces documents sont destinés à attester de la capacité financière des soumissionnaires leur permettant de mener à terme des travaux de construction d'une grande ampleur. La remise de ces moyens de preuves a été conçue comme un critère d'aptitude, ce qui n'est du reste pas contesté. Il ressort de l'arrêt attaqué qu'aucun des soumissionnaires n'a annexé à l'offre l'ensemble des attestations exigées. A cet égard, le fait que Steiner n'avait remis aucune des attestations demandées avec son offre, mais avait seulement signé pour accord le document A3, alors que les autres soumissionnaires avai-

ent certes fourni des documents, mais insuffisants, comme l'a constaté l'arrêt attaqué d'une manière qui lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), n'y change rien. Un critère d'aptitude ne se pondère ni ne se compense; soit il est réalisé, soit il ne l'est pas (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 603 p. 263). Partant, contrairement à ce que soutiennent Inso et consorts dans leur réponse, il n'y avait pas lieu d'éliminer uniquement la recourante et pas les autres soumissionnaires, mais il fallait les traiter de la même manière.

BGE 141 II 353 S. 370

7.3 Le fait qu'aucune des offres ne remplit un critère d'aptitude constitue une raison importante ou un juste motif qui permet à l'adjudicateur d'interrompre, puis de répéter ou renouveler la procédure, comme le prévoit l'art. 41 al. 1 let. a RLMP/VD en lien avec l'art. 8 al. 2 let. h LMP/VD (cf. consid. 6.1 supra). Cette ultima ratio suppose toutefois un intérêt public suffisant et doit en principe être laissée au pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur (cf. consid. 6.4 supra). A cet égard, la solution moins extrême consistant à "neutraliser" le critère d'aptitude et à ne pas éliminer d'emblée tous les soumissionnaires et éviter ainsi l'interruption du marché ne saurait être exclue sans autre examen. En effet, l'impossibilité de respecter un critère d'attribution décrit par le pouvoir adjudicateur lui-même dans son appel d'offres peut être le signe d'une inadéquation de l'exigence avec la réalité du marché, de sorte que celui-ci doit en principe avoir le choix des conséquences à en tirer. Le pouvoir adjudicateur peut opter pour une interruption de la procédure s'il s'agit pour lui d'une condition sine qua non, mais il doit aussi garder la possibilité de continuer celle-ci en renonçant à un critère apparemment inadapté, difficilement réalisable en pratique ou peu clair, puisqu'aucune des offres ne le respecte. Le pouvoir adjudicateur doit seulement veiller à ce que la solution choisie ne soit pas contraire à la bonne foi, ne modifie pas l'offre sur un point important et respecte les principes à la base des marchés publics (cf. art. 1 al. 3 AIMP et art. 3 LMP/VD). Si le pouvoir adjudicateur envisage de renoncer à exiger le respect d'un critère d'aptitude, il lui faudra prendre en considération, notamment, la possibilité que d'autres entreprises puissent avoir au préalable renoncé à soumissionner du fait qu'elles savaient d'emblée ne pas pouvoir remplir ledit critère compte tenu de l'intérêt public. Il s'agira ainsi de soupeser l'intérêt de ces sociétés à une éventuelle répétition de la procédure de marché public, notamment, avec l'intérêt public à ce que celle-ci puisse aller de l'avant avec toute la diligence requise.

7.4 En l'espèce, le critère lié aux garanties bancaires ne concernait pas la capacité financière des soumissionnaires elle-même, mais les moyens de preuve à fournir en vue d'établir cette capacité.

7.4.1 Si l'intérêt public du soumissionnaire à conclure un marché portant sur un contrat d'entreprise générale d'une grande ampleur avec une entreprise présentant des aptitudes financières suffisantes est évident et est du reste imposé par la loi (cf. art. 8 al. 2 LMP/VD, complété par l'art. 24 RLMP/VD), la remise de documents propres à

BGE 141 II 353 S. 371

prouver la capacité financière des soumissionnaires ne revêt pas la même portée, dans la mesure où une entreprise peut remplir les exigences financières indispensables, sans présenter tous les documents le démontrant dans les délais fixés. C'est pourquoi, du reste, la législation laisse à l'adjudicateur le soin de définir les critères d'aptitude et les moyens de preuve à apporter pour évaluer la capacité financière des soumissionnaires (cf. art. 24 al. 1 LMP/VD). L'intérêt public à interrompre un marché au motif qu'aucune des entreprises n'a fourni les documents exigés dans l'appel d'offres à titre de moyens de preuve n'est donc en principe pas déterminant si la preuve que les documents requis étaient censés administrer a pu l'être d'une autre façon ou par un autre moyen.

7.4.2 Au demeurant, ce critère d'aptitude était entaché d'un défaut décisif. En effet, l'arrêt attaqué constate, d'une manière qui lie la Cour de céans (art. 105 al. 1 LTF), que le dossier d'appel d'offres n'indiquait pas clairement ni le nombre ni la nature exacts des garanties bancaires qui devaient être produites. Certains soumissionnaires ont du reste posé des questions au pouvoir adjudicateur à ce sujet, mais les juges ont constaté que les réponses données n'avaient pas permis de lever les doutes qui pouvaient légitimement être émis sur la base du dossier d'appel d'offres. Or, en présence d'un critère d'aptitude défini de façon vague par l'adjudicateur lui-même, on voit mal qu'il existe un intérêt public suffisant pour permettre à l'autorité judiciaire d'imposer une interruption de toute la procédure pour ce motif, alors que, si le pouvoir adjudicateur l'avait fait, on risquait précisément de le lui reprocher (cf. consid. 6.4 in fine supra). Du reste, la position des juges cantonaux à cet égard n'est pas dépourvue d'ambiguïté. Tenant compte de l'imprécision entachant l'appel d'offres, ils ont estimé que le pouvoir adjudicateur aurait dû clarifier ses exigences et accorder un délai supplémentaire à tous les soumissionnaires pour fournir les attestations nécessaires. Ne l'ayant pas fait, il avait commis un grave manquement qui justifiait d'annuler toute la procédure et de recommencer celle-ci ab ovo. Ce raisonnement revient à imposer à l'autorité adjudicatrice une interruption de la procédure au seul motif que celle-ci n'a pas mis en place la procédure décrite dans l'arrêt attaqué. Ce faisant, les juges cantonaux n'ont pas examiné la solution choisie par le pouvoir adjudicateur consistant à renoncer à sanctionner et à éliminer tous les soumissionnaires en raison du non-respect du critère d'attribution concernant les garanties bancaires, puis à exiger dans une liste de questions ultérieures, les

documents prouvant l'assise financière des soumissionnaires. Même si la solution préconisée par les juges cantonaux peut sembler préférable à celle choisie par l'Hôpital, car elle permet de contrôler d'emblée et de manière a priori fiable la solidité financière de tous les soumissionnaires, la voie choisie par le pouvoir adjudicateur ne portait pas atteinte au principe de l'égalité entre les soumissionnaires, puisque tous étaient traités de la même manière; elle n'entraînait pas non plus une modification des exigences posées dans l'offre au travers d'une renonciation au critère de la capacité financière, étant donné que la recourante a dû fournir les garanties financières en décembre 2013, soit avant que le marché ne lui soit adjugé. Tout au plus pourrait-on retenir que le principe de transparence aurait exigé que l'Hôpital informât expressément les soumissionnaires de sa renonciation à les sanctionner dans leur ensemble pour le non-respect de ce critère. Toutefois, ce manquement n'a contredit ni l'intérêt public sous-tendant le critère d'aptitude en cause, ni n'a pénalisé les entreprises soumissionnaires ou encore favorisé indûment l'adjudicataire. En effet, celui-ci a dû fournir les moyens de preuves propres à établir sa solidité financière. Partant, le mode de procédé choisi par l'adjudicateur, même s'il n'était pas idéal, ne pouvait en tous les cas constituer un juste motif permettant, voire justifiant à lui seul d'annuler toute la procédure.

VII. Autres manquements retenus dans l'arrêt attaqué

8. S'agissant des autres manquements, le Tribunal cantonal, tout en les qualifiant de "lourds" ou "non véniels", a laissé indécis le point de savoir s'ils pouvaient justifier individuellement l'annulation de la procédure, considérant que c'était leur cumul qui imposait, dans tous les cas, cette conséquence. Il convient donc de les passer en revue et de vérifier si, envisagés globalement, ils suffisent à fonder l'arrêt entrepris.

8.1 Les manquements en question ont été énumérés au consid. 9a de l'arrêt attaqué. Les premiers reproches concernent l'épuration des offres et le contrôle arithmétique auquel s'est livré l'adjudicateur, en particulier s'agissant de la recourante. Il est fait grief à l'Hôpital d'avoir corrigé les opérations erronées, sans demander d'explications au préalable. Il lui est aussi reproché de n'avoir pas tenu compte de plusieurs postes que la recourante avait portés entre parenthèses dans le CFC 272.2, alors que Steiner n'avait pas fourni d'explication

suffisante. Le pouvoir adjudicateur aurait en outre complété l'offre

BGE 141 II 353 S. 373

lacunaire de la recourante concernant le poste TP 301 du CFC 231.21 relatif aux tableaux électriques en retenant un prix de 80'000 fr., contrairement au principe de l'intangibilité des offres. En outre, l'Hôpital a lui-même commis des erreurs en corrigeant les offres. Ainsi, il a supprimé à juste titre un poste calculé à double par HRS, mais n'a pas adapté le rabais en conséquence. Lors du contrôle arithmétique subséquent, le pouvoir adjudicateur a aussi ajouté des erreurs portant sur des montants importants aux offres de l'adjudicataire et d'Inso et consorts, nuisant ainsi gravement à la traçabilité des corrections. Certaines corrections arithmétiques demeurent par ailleurs incompréhensibles. Enfin, il est reproché au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir tiré de conséquence du fait que les offres de HRS et de l'adjudicataire (recte: Inso et consorts) étaient également incomplètes. Ainsi, lorsque HRS a demandé de pouvoir compléter son offre sur plusieurs postes portant sur un montant total de 354'050 fr., l'Hôpital s'est contenté de refuser. Il n'a en outre demandé aucune explication à Inso et consorts concernant certains prix paraissant anormalement bas contenus dans son offre, alors que l'écart par rapport à la moyenne des soumissionnaires atteignait plus de 50 % de l'offre.

8.2 L'arrêt attaqué n'explique pas de manière précise dans quelle mesure les manquements évoqués ci-dessus constitueraient des atteintes graves aux règles en matière de marchés publics, mais évoque la violation de certains principes, tels ceux de l'intangibilité des offres ou de la traçabilité. Il convient tout d'abord de les cerner, avant de pouvoir évaluer s'il y a bien eu manquement et quelle en est la gravité.

8.2.1 Au préalable, il est utile de mentionner que la jurisprudence a récemment rappelé que, lors du contrôle des exigences formelles, les autorités ne doivent pas perdre de vue que, s'il est conforme au but et à la nature de la procédure de marchés publics que la violation de certaines exigences de forme par un soumissionnaire puisse entraîner son exclusion du marché, une telle conséquence ne se justifie pas en présence de n'importe quel vice. Il faut en particulier y renoncer lorsque celui-ci s'avère être de peu de gravité ou ne compromet pas sérieusement l'objectif recherché par la prescription formelle violée (arrêts 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1, in SJ 2015 I p. 52; 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.1; 2D_50/2009 du 25 février 2010 consid. 2.4 et les arrêts cités; 2P.219/2003 du 17 juin 2005 consid. 3.3).

BGE 141 II 353 S. 374

8.2.2 En matière de marché public prévaut le principe de l'intangibilité de l'offre à l'échéance du délai (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 710 p. 312: "Prinzip der grundsätzlichen Unveränderbarkeit der Angebote"), qui est du reste rappelé à l'art. 29 al. 3 RLMP/VD. Cela signifie qu'une offre ne doit en principe s'apprécier que sur la seule base du dossier remis (arrêt 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1, in SJ 2015 I p. 52). En revanche, les erreurs évidentes de calcul et d'écritures peuvent être corrigées (art. 33 al. 2 RLMP/VD). Le droit vaudois impose qu'à la suite de ces corrections, un tableau comparatif objectif des offres soit établi (art. 33 al. 3 RLMP/VD). En outre, toujours selon la législation cantonale, l'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires des explications relatives à leur offre de même qu'à leur aptitude et à celle de leurs sous-traitants (art. 35 al. 1 RLMP/VD). Cette possibilité exprime la tendance actuelle dans la plupart des cantons (sauf dans le canton de Genève, semble-t-il) qui permet de tempérer une application trop formaliste du principe de l'intangibilité des offres selon laquelle il y aurait lieu d'exclure un soumissionnaire dès qu'une offre est incomplète, quelle que soit l'importance du manquement (cf. arrêts 2C_418/2014 précité consid. 4.1, in SJ 2015 I p. 52; 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.3 et les auteurs cités). La distinction entre ce qui relève

de la correction des erreurs et de la clarification des offres (admissible) et ce qui ressortit à la modification des offres contraire au principe de l'intangibilité peut se révéler délicate (cf. POLTIER, op. cit., n. 223 p. 222; exemples cités par GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 713 ss p. 213 ss).

8.2.3 Le principe de la "traçabilité" des offres et des corrections est invoqué à plusieurs reprises dans l'arrêt attaqué, mais sans être défini. Il peut être rattaché au principe de transparence mentionné à l'art. 1 al. 3 let. c AIMP et 3 al. 1 let. c LMP/VD et à l'intangibilité de l'offre décrite ci-dessus. Celui-ci exige notamment que le pouvoir adjudicateur décrive précisément ce qu'il attend des soumissionnaires, au besoin en les informant; ensuite, il doit se conformer aux conditions qu'il a préalablement annoncées et ne peut s'écarter des règles du jeu qu'il s'est lui-même fixées (cf. POLTIER, op. cit., n. 259 p. 161). La traçabilité implique dans ce contexte que le soumissionnaire doit pouvoir comprendre les corrections apportées à son offre et ainsi être en mesure de les vérifier. Comme le rappelle pertinemment la recourante, la transparence des procédures de passation des marchés n'est toutefois pas un objectif, mais un moyen contribuant

à atteindre le but central du droit des marchés publics qui est le fonctionnement d'une concurrence efficace, garanti par l'ouverture des marchés et en vue d'une utilisation rationnelle des deniers publics (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 100 et la référence à PIERRE TERCIER, La libéralisation du marché de la construction, in Journées du droit de la construction, 1997, vol. I, p. 2 ss, 16 et 24 s.; cf. aussi arrêt 2C_1131/2013 du 31 mars 2015 consid. 8.2, non publié in ATF 141 II 113).

8.2.4 En vertu de ces principes, on ne peut reprocher à l'autorité adjudicatrice d'avoir manqué à ses devoirs en corrigeant les erreurs de calculs et d'écritures lorsqu'elle a procédé à l'examen des offres. Elle n'avait pas à demander au préalable des explications aux soumissionnaires, dès lors que, comme le prévoit le droit cantonal, elle a ensuite établi un tableau comparatif incluant ses corrections qu'elle a transmis aux soumissionnaires concernés, leur donnant l'occasion de prendre position. Or, selon l'arrêt attaqué, la recourante et le Consortium ont retourné le document signé, sans commentaire, bien que, s'agissant de Steiner, la suite de la procédure a révélé que les modifications effectuées étaient très nombreuses et à son désavantage. En outre, ces deux soumissionnaires ne se sont pas aperçus de ce que le tableau comparatif comportait encore des erreurs. Quant à HRS, elle a apporté des corrections en sa faveur dont le pouvoir adjudicateur a tenu compte dans le décompte final. On voit mal qu'à ce stade, on puisse retenir une violation du principe de transparence (en lien avec la traçabilité) ou de l'intangibilité des offres s'agissant de la correction d'erreurs de calcul dont les soumissionnaires ont été dûment informés, qu'ils ont pu vérifier par rapport à leur offre initiale et à propos de laquelle ils ont pu se déterminer. Le Tribunal cantonal reconnaît en outre que ces corrections portaient très souvent sur des montants minimes, n'avaient pas pour conséquence de modifier le classement des soumissionnaires et ne révélaient pas la moindre volonté de l'autorité adjudicatrice de favoriser Steiner. Dans ce contexte, il est difficile de saisir ce qu'il entend lorsqu'il affirme à plusieurs reprises que ces erreurs et leurs corrections ont nui très gravement à la "traçabilité" des offres. Certes, on peut déplorer que les erreurs aient été si nombreuses, que toutes n'aient pas été mises en évidence lors de l'épuration des offres par l'adjudicateur et que celui-ci en ait ajouté lui-même à ce stade. Cela étant, du moment où ni les erreurs ni les corrections apportées n'étaient de nature à modifier le résultat de l'adjudication, ce comportement

négligent n'a pas porté à conséquence. En outre, hormis quatre montants mis entre parenthèses dans l'offre de Steiner pour un total de 11'233 fr. et dont l'arrêt attaqué retient que l'on ne peut comprendre si l'adjudicateur en a ou non tenu compte, les juges cantonaux n'ont pas mis concrètement en évidence d'autres erreurs ou corrections qui seraient incompréhensibles. Du reste, il appartenait en premier lieu aux soumissionnaires de s'en plaindre lorsqu'elles ont reçu le tableau comparatif, ce qu'elles n'ont pas fait. En revanche, sur la base des faits constatés, il faut donner raison au Tribunal cantonal lorsqu'il retient que, sur deux points (postes indiqués entre parenthèses par la recourante au sein du CFC 272.2 et offres incomplètes concernant le tableau électrique, poste TP 301, du CFC 231.21), l'autorité adjudicatrice aurait dû, pour respecter le principe de l'intangibilité des offres, demander des explications complémentaires à Steiner et ne procéder aux corrections qu'après avoir obtenu des réponses suffisantes. Ces manquements n'ont cependant, eux non plus, pas porté à conséquence pour le présent litige, dès lors que, d'une part, ils ont abouti à désavantager l'adjudicataire, car le montant de 80'000 pour le poste TP 301 est plus élevé que le montant proposé par les autres soumissionnaires pour ce poste et la recourante l'a elle-même accepté. D'autre part, s'agissant des quatre postes indiqués entre parenthèses, l'explication de Steiner, qui s'est contentée d'affirmer qu'il ne fallait pas comptabiliser ceux-ci, car ils étaient déjà compris dans d'autres postes, est effectivement insuffisante; on ignore toutefois si, en définitive, le pouvoir adjudicateur en a tenu compte et le total de ces quatre postes s'élève à 11'233 fr. uniquement. Ces manquements ne sauraient ainsi être qualifiés de graves. Quant aux nouvelles erreurs commises lors des corrections opérées par le pouvoir adjudicateur, notamment l'absence d'adaptation du calcul du rabais lors de la suppression d'un montant porté à double dans l'offre de HRS, il s'agit toujours d'erreurs de calcul dont les corrections, également au stade de la procédure devant l'autorité judiciaire, sont possibles et doivent du reste être effectuées, ce qui a été visiblement le cas. Du reste, l'autorité adjudicatrice a produit, en mai 2014, des tableaux d'analyse des corrections par CFC et une nouvelle grille d'évaluation dont il ressortait que la note attribuée à la recourante passait de 4.20 à 4.25, le total de ses points augmentant de 429,84 à 432,30, puisque son offre se trouvait diminuée de 925'844 fr. 70. L'arrêt attaqué constate ainsi que ces nouveaux résultats ne modifiaient pas le classement des soumissionnaires, même si cette

nouvelle grille ne corrigeait que l'erreur relative à l'offre de l'adjudicataire et non celle relative à l'offre d'Inso et consorts, qui pour sa part devait être inférieure de 122'699 fr. 90.

8.3 Il a également été reproché au pouvoir adjudicateur non pas d'avoir corrigé, mais d'être demeuré passif alors que les offres de HRS et de Inso et consorts étaient incomplètes.

8.3.1 (...) C'est à la suite de questions posées par l'adjudicateur à HRS que ce soumissionnaire avait ajouté cinq plus-values à son offre pour un montant total de 345'050 fr., mais en vertu du principe de l'intangibilité des offres, c'était à juste titre que l'Hôpital n'en avait pas tenu compte. Ce raisonnement correct ne met en évidence aucun manquement, de sorte que l'on ne saisit pas ce que reproche l'arrêt attaqué à l'adjudicateur à cet égard.

8.3.2 En ce qui concerne Inso et consorts, il est fait grief à l'Hôpital de n'avoir demandé aucune explication concernant des prix anormalement bas compris dans un classeur, alors que ceux-ci étaient inférieurs à la moyenne des cinq offres de plus de 50 %. Dans un tel cas, il ne suffisait pas de demander au soumissionnaire s'il confirmait les prix proposés, ce qui avait été fait, mais il fallait également l'enjoindre de les justifier. Il n'était donc pas admissible de retenir, comme l'avait fait le pouvoir adjudicateur, qu'Inso et consorts ne pourraient jamais "tenir les prix offerts". Il aurait appartenu à l'Hôpital de clarifier de manière attentive l'offre du Consortium sur ce point et, tel qu'il résulte du considérant de synthèse 10b de l'arrêt attaqué, de prononcer, à défaut de réponse satisfaisante à de telles questions, une sanction d'exclusion au lieu de se limiter à mal noter le soumissionnaire. D'après l'art. 32 al. 1, 2e tiret, let. b RLMP/VD, une offre peut être exclue notamment lors-

qu'elle comporte des prix anormalement bas non justifiés selon l'art. 36 RLMP/VD. Cette dernière disposition prévoit que "si pour un marché donné, des offres paraissent anormalement basses par rapport à la prestation, l'adjudicateur, avant de pouvoir exclure ces offres, demande par écrit les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de l'offre. Ces précisions peuvent concerner notamment le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail (...)".
Selon le droit cantonal, le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation d'exclure une offre si celle-ci s'avère anormalement basse. Il est uniquement tenu de demander des précisions ("demande"),

conformément au droit d'être entendu, lorsqu'il envisage d'exclure une offre; dans un tel cas, il faut permettre au soumissionnaire visé de s'expliquer et de justifier le prix avantageux qu'il offre (cf. ATF 130 I 241 consid. 7.3 p. 255). En effet, une offre anormalement basse ne constitue pas en soi un procédé inadmissible (cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 1115 p. 517 ss), pour autant que le soumissionnaire remplisse les critères d'aptitude et les conditions légales réglementant l'accès à la procédure (cf., pour ces notions, ATF 140 I 285 consid. 5.1 p. 293 s.), ce que l'autorité adjudicatrice doit vérifier en requérant des précisions en cas de doute à ce sujet (cf. ATF 141 II 1 4 consid. 10.3 p. 48; arrêt 2P.254/2004 du 15 mars 2005 consid. 2.2). En revanche, si un soumissionnaire a certes formulé une offre anormalement basse de nature à susciter des doutes quant à sa capacité à exécuter le marché (critères d'aptitude) ou à remplir les conditions légales fixées et qui aurait partant justifié une demande d'explications de la part de l'adjudicateur dans la perspective de son exclusion, mais qu'en définitive ce soumissionnaire n'a pas obtenu le marché, le manquement procédural de l'adjudicataire n'aura déployé aucune conséquence pratique sur le résultat du marché. S'il ne saurait être nié, ce vice de forme ne peut donc être sanctionné pour lui-même (cf. consid. 8.2.1 supra).
En l'occurrence, à supposer que les différences de prix figurant dans un classeur aient justifié que l'Hôpital demande au Consortium des explications en vue d'une exclusion du marché, ce manquement n'a eu aucune incidence sur l'adjudication, puisque l'offre d'Inso et consorts figurait au quatrième rang sur les cinq entreprises soumissionnaires. (...)

8.4 Le dernier manquement retenu dans l'arrêt attaqué est en lien avec la qualification des sous-traitants (sous-critère 2.2 des critères d'adjudication figurant dans l'appel d'offres). Tous les soumissionnaires ont respecté ce critère excepté le Consortium, qui n'a mentionné aucun sous-traitant et a été sanctionné par la note de 1 pour ce sous-critère par le pouvoir adjudicateur. Celui-ci avait, à juste titre selon les juges cantonaux, émis des doutes quant à la capacité d'Inso et consorts à pouvoir assumer l'ensemble des CFC sans faire appel à des sous-traitants et à respecter la législation suisse sur les travailleurs détachés. Les juges précédents ont considéré que le pouvoir adjudicateur aurait dû demander des éclaircissements à Inso et consorts sur ce point, comme l'art. 34 al. 1 RLMP/VD en prévoit la possibilité et, en l'absence de réponse satisfaisante, prononcer l'exclusion de l'offre, puisqu'il en allait de l'aptitude de ce soumissionnaire.

Ce reproche est difficile à saisir. En effet, le critère 2.2 concerne un critère d'adjudication en lien avec les sous-traitants et non une condition d'aptitude, de sorte qu'en sanctionnant la réponse d'Inso et consorts sur ce critère par la note de 1, le pouvoir adjudicateur s'est en principe conformé aux règles posées dans l'appel d'offres. On ne voit partant pas qu'une telle notation traduise un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité, puisqu'il est constaté que la réponse du Consortium n'était pas suffisante. A supposer même que le pouvoir adjudicateur eût voulu ériger la question des sous-traitants en un critère d'aptitude ou que l'art. 34

al. 1 RLMP/VD puisse être valablement interprété comme ayant introduit d'office - soit indépendamment des critères fixés dans l'appel d'offres - un tel critère d'aptitude en lien avec l'engagement de sous-traitants par le soumissionnaire, il conviendrait de rejeter l'argument retenu. Il est vrai que, dans l'hypothèse sus-évoquée, l'Hôpital aurait pu nourrir des doutes légitimes au sujet de la capacité du Consortium (et non des sous-traitants) à réaliser lui-même le marché sur tous les aspects techniques sans faire appel à des sous-traitants; on aurait ainsi pu s'attendre à ce qu'il demande des explications complémentaires à ce sujet, l'absence d'une réponse satisfaisante excluant le Consortium du marché, sans lui permettre de participer à la phase d'adjudication. Ce manquement devrait toutefois être relativisé. D'une part, la ligne de partage entre les critères d'aptitude et les critères d'adjudication n'est pas toujours facile à tirer et il n'est pas rare que le pouvoir adjudicateur fasse d'un critère d'aptitude un simple critère d'adjudication, qui, s'il n'est pas rempli, n'est pas éliminatoire (ETIENNE POLTIER, Les marchés publics, premières expériences vaudoises, RDAF 2000 I p. 297 ch. 4.3b p. 306 s.). En outre, à l'instar de ce qui s'est produit avec les prix anormalement bas, le non-respect de la procédure qui aurait permis d'exclure Inso et consorts en raison de leur incapacité n'a eu aucun effet sur l'attribution du marché public.

8.5 En résumé, si l'on apprécie la situation dans son ensemble, il apparaît que le pouvoir adjudicateur a vérifié et corrigé les offres de manière légère, laissant passer trop d'erreurs; il a également omis à plusieurs reprises de demander des renseignements complémentaires aux soumissionnaires. L'ensemble de la procédure révèle ainsi des manquements et des négligences qui témoignent d'un certain amateurisme dans la mise en place et la gestion d'un marché public d'une telle importance et qui sont à déplorer. Toutefois, les infractions au droit des marchés publics à proprement parler, envisagées

globalement et même si on les met en relation avec le manque de transparence concernant le procédé suivi relatif aux garanties bancaires, n'ont pas atteint, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal cantonal en violation des principes énoncés au consid. 6 supra, la gravité suffisante pour permettre à une autorité judiciaire d'interrompre la procédure, en imposant au pouvoir adjudicateur de tout recommencer (cf. consid. 6.6 supra). Bien que l'on puisse envisager des situations dans lesquelles un intérêt public prépondérant commanderait de mettre à néant un marché public même en l'absence d'erreurs graves impactant sur le sort final de l'adjudication contestée, par exemple si la fausse procédure a été appliquée, l'absence d'erreurs causales graves doit en règle générale être considérée comme un indice pour le défaut de justification concernant l'annulation complète d'un marché public. Or, force est de souligner qu'en l'occurrence, aucun de ces manquements n'était de nature à entraîner des effets sur la décision d'adjudication du marché à Steiner. En effet, les erreurs de calcul et les corrections elles-mêmes erronées décrites dans l'arrêt attaqué n'étaient, comme l'a relevé le Tribunal cantonal, pas propres à entraîner une modification de l'évaluation des offres et partant, de l'attribution du marché à la recourante. Au contraire, une bonne partie des erreurs commises l'avaient été au détriment de celle-ci, de sorte que leur correction améliorait sa situation. Quant à la circonstance que le pouvoir adjudicateur aurait, le cas échéant, dû demander des éclaircissements à Inso et consorts sur leur capacité en lien avec le critère des sous-traitants et des prix anormalement bas, ils se révèlent aussi sans incidence sur l'attribution du marché dans tous les cas: si les explications permettaient de justifier les postes et donc d'améliorer l'évaluation des critères d'adjudication, le Consortium serait au mieux arrivé en deuxième position et, en cas de réponse insatisfaisante dans l'hypothèse d'un critère d'aptitude, Inso et consorts auraient dû être exclus du marché.

VIII. Griefs non examinés par le Tribunal cantonal

9. Dans sa réponse, HRS soutient que le respect de son droit d'être entendue oblige le Tribunal fédéral, s'il parvenait à la conclusion que l'annulation complète du marché public ne s'imposait pas sur la base des man-

quements retenus dans l'arrêt attaqué, de renvoyer la cause au Tribunal cantonal, afin qu'il examine les manquements que HRS avait fait valoir dans son recours sur le plan cantonal en lien avec les

critères 2 à 5 et que cette autorité judiciaire rende une nouvelle décision.

9.1 L'argument est fondé. Il ressort en effet de l'arrêt attaqué que les juges cantonaux n'ont pas estimé utile, compte tenu des manquements qu'ils avaient déjà constatés et qui, selon eux, suffisaient à justifier l'annulation ab ovo de toute la procédure, d'examiner les autres griefs soulevés par les parties en lien avec l'appréciation par le pouvoir adjudicateur des critères d'adjudication 2 à 5, sous réserve de l'évaluation du critère des sous-traitants concernant Inso et consorts (cf. consid. 8.4 supra). Le Tribunal cantonal ne s'est donc pas prononcé sur des griefs qui, potentiellement, auraient pu mettre en évidence des manquements graves propres à justifier une mise à néant de la procédure de marché public. Dans cette mesure, les griefs soulevés par les deux soumissionnaires, qui recouraient sur le plan cantonal, doivent être examinés par la Cour de céans (cf. ATF 141 II 14 consid. 8.2 p. 38).

9.2 En principe, comme le souligne à juste titre HRS, il conviendrait de renvoyer la cause au Tribunal cantonal pour qu'il examine cet aspect (cf. art. 107 al. 2 LTF). Toutefois, s'agissant d'un marché public d'importance (cf. ATF 141 II 14 consid. 8.2 p. 38), des impératifs d'économie de procédure et de célérité justifient, à titre exceptionnel, que le Tribunal fédéral renonce à un tel renvoi et procède lui-même à l'examen de fond (ATF 141 II 14 consid. 1.6 p. 24 s.), étant précisé que sa cognition n'est pas plus étroite que celle de l'autorité judiciaire précédente, qui ne peut revoir l'opportunité de la décision d'adjudication (cf. consid. 3 supra). Or, s'agissant d'apprécier une offre, le pouvoir adjudicateur possède un pouvoir d'appréciation étendu qui doit être respecté (cf. ATF 141 II 14 consid. 8.3 p. 38 s.; ATF 139 II 185 consid. 9 p. 196 ss). Le droit d'être entendu des parties demeure garanti, puisqu'elles savaient que le Tribunal fédéral pouvait en tout état réformer l'arrêt attaqué et qu'elles ont eu l'occasion, dans le cadre du double échange d'écritures ordonné dans la présente procédure, de se prononcer sur tous les aspects et tous les arguments soulevés. Sur le plan cantonal également, elles ont eu à plusieurs reprises l'occasion de se déterminer sur les critiques concernant l'évaluation des critères d'adjudication soulevés par HRS et par Inso et consorts. Il en découle que la Cour de céans procédera elle-même à cet examen, en se fondant sur le dossier cantonal (art. 105 al. 2 LTF; cf. ATF 141 II 14 consid. 8.2 p. 38).

9.3 L'examen du bien-fondé de ces critiques ne s'impose toutefois que si elles portent sur des manquements propres à justifier l'annulation ab ovo de la procédure. En effet, l'interdiction de la reformatio in pejus ne permet pas, dans le cadre de la présente procédure, d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire. Comme déjà indiqué (cf. consid. 2 supra), l'adjudication du marché à HRS ou à Inso et consorts, qui n'ont pas recouru valablement devant le Tribunal fédéral, bien que l'arrêt cantonal ne leur ait donné que partiellement gain de cause, est exclu. En effet, il conduirait à modifier l'arrêt attaqué au détriment de la recourante, alors que celui-ci lui laisse encore une chance d'obtenir le marché dans le nouvel appel d'offres, chance qu'une adjudication à un autre soumissionnaire supprimerait.

9.4 Selon l'arrêt attaqué, les autres griefs que le Tribunal cantonal n'a pas estimé nécessaire d'aborder concernent les critères d'adjudication 2 à 5. Ces critiques soulevées par le Consortium et par HRS sur le plan

cantonal portent toutes sur l'évaluation desdits critères à laquelle l'Hôpital s'est livré. (...)

9.5 (...) Aucun de ces griefs ne met en évidence l'existence de manquements graves propres à conduire à une annulation de l'intégralité de la procédure. En effet, même si l'on pouvait retenir un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur dans l'évaluation de l'un ou l'autre critère (ce qui n'est au demeurant pas manifeste), cet abus pourrait, si plusieurs critères étaient concernés et dans le meilleur des cas, entraîner une modification déterminante dans les points obtenus justifiant l'annulation de la décision d'adjudication, voire l'attribution du marché soit à HRS, soit au Consortium. Il s'agirait toutefois toujours d'une question relative à l'appréciation des critères d'adjudication, qui ne dénote pas un intérêt public propre à justifier une mesure aussi radicale que l'interruption de toute la procédure et sa répétition intégrale. Il n'y a donc pas lieu d'examiner si les critiques sont ou non fondées. Si HRS ou le Consortium estimaient que c'était à tort que le Tribunal cantonal n'avait pas examiné leurs griefs, qui pourtant, de leur point de vue, justifiaient de leur attribuer le marché, alors qu'il l'avait annulé entièrement, ces soumissionnaires devaient s'en plaindre par un recours devant le Tribunal fédéral. Cependant, ils ne l'ont pas fait ou, du moins, pas valablement s'agissant du recours d'Inso et consorts.