

BVGer B-3390/2015 vom 5. August 2015

Bundesverwaltungsgericht, 2015-08-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3390_2015

FR: TAF B-3390/2015 du 5 août 2015

IT: TAF B-3390/2015 del 5 agosto 2015

Regeste

Marchés publics

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître notamment des recours contre les décisions d'adjudication ou d'exclusion dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1 ; art. 29 let. a et d LMP en relation avec l'art. 27 al. 1 LMP). Dans ce cadre, le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour statuer sur des requêtes d'octroi de l'effet suspensif (cf. art. 28 al. 2 LMP).

E. 1.1

La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la LMP et la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en disposent pas autrement (art. 26 al. 1 LMP et art. 37 LTAF). Selon l'art. 31 LMP, le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué dans la procédure de recours.

E. 1.2

Selon une pratique bien établie, le Tribunal administratif fédéral statue en collège sur l'octroi de l'effet suspensif au recours contre une décision d'adjudication (cf. décisions incidentes du TAF B-3402/2009 du 2 juillet 2009 consid. 1.2, partiellement publiée aux ATAF 2009/19, et B-7208/2014 du 5 mars 2015 consid. 1.2).

E. 2

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1; arrêt du TAF B-6177/2008 du 25 novembre 2008 consid. 2.1 non publié aux ATAF 2008/61).

E. 2.1

La LMP s'applique uniquement aux marchés publics visés par l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (ci-après : AMP, RS 0.632.231.422). Un recours devant le Tribunal administratif fédéral n'est recevable que s'il est dirigé contre une décision prise conformément aux procédures d'adjudication prévues par la LMP (cf. a contrario art. 2 al. 3 4ème phrase LMP, voir aussi art. 39 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP, RS 172.056.11] ; ATAF 2008/61 consid. 3.1, 2008/48 consid. 2.1 et réf. cit.). Elle est applicable si l'entité adjudicatrice est soumise à la loi (art. 2 LMP), si le type de marché adjugé est visé par celle-ci (art. 5 LMP), si le marché en cause ne tombe pas sous

l'une des exceptions prévues à l'art. 3 LMP et, enfin, si la valeur du marché public à adjudger atteint les seuils prescrits à l'art. 6 al. 1 LMP.

E. 2.1.1

Ainsi, en vertu de l'art. 2 al. 1 LMP, est notamment soumise à la loi, l'administration générale de la Confédération (let. a). En l'espèce, il n'est pas contesté que l'Office fédéral des routes appartienne à l'administration générale de la Confédération, de sorte qu'il revêt la qualité d'adjudicateur au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP.

E. 2.1.2

Par marché de services au sens de la LMP, on entend un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la fourniture d'une prestation selon l'appendice 1, annexe 4, de l'AMP (art. 5 al. 1 let. b LMP). De même, en lien avec cette disposition, l'art. 3 al. 2 OMP indique à son annexe 1a les prestations qui sont considérées comme des services. En l'occurrence, le marché en cause porte sur des services soumis de par leur nature à la LMP et à l'OMP. La direction locale des travaux pour le projet d'assainissement du pont du Flon qui constitue l'objet de l'appel d'offres entre en effet dans la catégorie des services indiqués dans les deux annexes précitées, sous le numéro de référence 867 de la classification centrale des produits (CPC). Pour le reste, lesdits services n'ont pas été décomposés en lots.

E. 2.1.3

Aucune des exceptions prévues par l'art. 3 al. 1 LMP n'est, par ailleurs, réalisée en l'espèce.

E. 2.1.4

Enfin, l'art. 6 al. 1 LMP prévoit des seuils (sans la TVA) au-delà desquels la loi est applicable si la valeur estimée du marché à adjudger les atteint. L'art. 1 let. b de l'ordonnance du DEFR du 2 décembre 2013 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2014 et 2015 (RS 172.056.12) dispose en lien avec ledit article que la valeur seuil se monte à 230'000 francs pour les services. L'estimation préalable que le pouvoir adjudicateur fait de la valeur du marché est l'élément déterminant pour apprécier si le seuil fixé par la loi et l'ordonnance est atteint (cf. décision incidente du TAF B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 3.5 et réf. cit.). En l'espèce, la valeur seuil déterminante a été atteinte, les six offres déposées étant, en particulier, clairement supérieures à celle-ci.

E. 2.1.5

Il ressort de ce qui précède que la LMP s'applique dans le cas présent.

E. 2.2.1

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral, les membres d'un consortium évincé doivent recourir conjointement contre une décision d'adjudication, tels des consorts nécessaires (cf. ATF 131 I 153 consid. 5 ; ATAF 2008/7 consid. 2.2.2). En l'occurrence, les trois sociétés recourantes formant le consortium ESM Group ont interjeté conjointement le présent recours.

E. 2.2.2

La qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA en relation avec l'art. 26 al. 1 LMP) contre la décision d'adjudication doit être reconnue au consortium recourant dès lors qu'à suivre son argumentation, il a des chances réelles d'obtenir le marché conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ainsi que l'arrêt du TF 2C_203/2014 du 9

mai 2015 consid. 2). En effet, classé en deuxième position parmi les soumissionnaires, il allègue en substance qu'en ayant présenté l'offre la moins chère, il a été évincé sur la base d'un seul critère d'adjudication mal évalué par le pouvoir adjudicateur ; il précise à ce propos que celui-ci a sous-évalué son offre en lui attribuant la note de 2 et a surévalué celle de l'adjudicataire en lui octroyant la note de 5. En l'occurrence, la correction de la notation réclamée aurait pour conséquence directe de lui adjuger le marché.

E. 2.2.3

Les dispositions relatives à la représentation (art. 11 al. 1 PA), au délai de recours (art. 30 LMP), à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 52 al. 1 PA), ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

E. 2.3

En conséquence, le recours ne paraît pas irrecevable. Partant, il y a lieu d'entrer en matière sur la requête d'octroi de l'effet suspensif formulée par le consortium recourant.

E. 3

A la différence de l'art. 55 al. 1 PA, l'art. 28 al. 1 LMP prévoit que le recours n'a pas d'effet suspensif. Sur demande, le Tribunal administratif fédéral peut accorder l'effet suspensif (art. 28 al. 2 LMP). La LMP ne mentionne pas les critères à prendre en considération pour statuer sur la requête d'effet suspensif. Selon les principes développés par la jurisprudence et la doctrine à propos de l'art. 55 PA, auxquels il convient de se référer, l'octroi, le retrait ou la restitution de l'effet suspensif résultent d'une mise en balance des intérêts, d'une part, à l'exécution immédiate de la décision et, d'autre part, au maintien du régime antérieur jusqu'à droit connu. Il s'agit donc de procéder à une pondération des intérêts publics et privés, voire entre des intérêts privés divergents (cf. ATF 129 II 286 consid. 3 ; décisions incidentes du TAF B-804/2014 du 16 avril 2014 consid. 3, B-3158/2011 du 12 juillet 2011 consid. 3 et réf. cit.). La réglementation spéciale de l'art. 28 LMP, prévoyant que le recours n'a pas d'effet suspensif mais qu'il peut être accordé sur demande, atteste que le législateur était conscient de la portée d'un tel effet dans le domaine des marchés publics et qu'il a voulu que cette question soit examinée de cas en cas. Cela ne signifie toutefois pas que l'effet suspensif ne peut être accordé qu'exceptionnellement (cf. ATAF 2007/13 consid. 2.1 et réf. cit. ; décision incidente du TAF B-3402/2009 précitée). Dans le cadre de l'examen de la requête sur l'effet suspensif, la jurisprudence prescrit un examen *prima facie* de l'apparence du bien-fondé du recours. Si, au regard des seules pièces du dossier, le recours apparaît manifestement irrecevable ou mal fondé, l'effet suspensif ne doit pas être octroyé. En revanche, si le recours - qui ne semble pas d'emblée irrecevable - ne paraît pas dénué de chances de succès ou qu'il existe des doutes à ce propos, il y a lieu de procéder à une pondération des intérêts en présence (cf. décisions incidentes du TAF B-3311/2009 précitée consid. 2.2 et B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1). Selon la jurisprudence, il convient, dans la pondération des intérêts, de tenir compte de celui du recourant au maintien de la possibilité d'obtenir l'adjudication, lequel présente également un intérêt public à garantir une véritable voie de droit (cf. décision incidente du TAF B-6177/2008 précitée consid. 2). A ces intérêts, s'opposent les intérêts publics que le pouvoir adjudicateur doit prendre en considération. Dans son message du 19 septembre 1994 relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC (Cycle Uruguay, Message 2 GATT) (cf. FF 1994 IV 995 ss), le Conseil fédéral relève que si un recours comportait automatiquement un effet suspensif, empêchant la conclusion du

contrat jusqu'à ce que la décision soit rendue, cela risquerait d'entraîner des retards et des frais supplémentaires considérables lors de l'acquisition (p. 1236). Dans le même sens, le Tribunal fédéral relève, dans le cadre de l'interprétation de l'art. 17 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994/15 mars 2001, qu'il convient de reconnaître d'emblée un poids considérable à l'intérêt public à une exécution aussi rapide que possible de la décision d'adjudication (cf. arrêt du TF 2P.103/2006 du 29 mai 2006 consid. 4.2.1 et réf. cit. ; dans le même sens ATAF 2008/7 consid. 3.3). De jurisprudence constante, il y a également lieu de tenir compte d'éventuels intérêts de tiers, notamment des autres participants à une procédure de marchés publics. Enfin, au regard notamment des objectifs poursuivis par l'art. XX ch. 2 et 7 AMP, il se justifie tout particulièrement de veiller à ne pas rendre illusoire la garantie d'une protection juridique efficace (cf. ATAF 2007/13 consid. 2.2 et réf. cit.).

E. 4

Cela précisé, il sied de procéder en premier lieu à un examen *prima facie* des chances de succès du recours. En l'occurrence, le consortium recourant se plaint de manière générale de la notation du critère d'adjudication C3, estimant que sa note devrait passer de 2 à 3, tandis que celle de l'adjudicataire devrait être raisonnablement ramenée de 5 à 4, de sorte qu'il se verrait attribuer le marché au regard du résultat de l'évaluation des autres critères d'adjudication. A ce propos, il conteste que la proposition de désigner un co-responsable en plus du responsable DLT parmi les personnes-clés, l'absence de production de planning personnel ou de prise de position sur le planning initial de l'appel d'offres ainsi que la prétendue généralité dans son analyse des risques soient propres à justifier la note de 2 pour le critère attaqué. Par ailleurs, il reproche au pouvoir adjudicateur de n'avoir pas tenu compte de son savoir-faire et de son expérience passée et critique la manière de noter de celui-ci.

E. 5

La LMP distingue les critères de qualification (ou d'aptitude) des critères d'adjudication (ou d'attribution). Selon l'art. 9 LMP, l'adjudicateur peut exiger des soumissionnaires des preuves attestant leurs capacités sur les plans financier, économique et technique. Il établit pour ce faire des critères de qualification (al. 1). Il publie les critères de qualification et la liste des preuves nécessaires dans l'appel d'offres ou les documents y relatifs (al. 2), conformément aux prescrits de l'art. 9 OMP et de l'annexe 3 de cette dernière. L'art. 11 LMP habilite l'adjudicateur à révoquer l'adjudication ou à exclure certains soumissionnaires de la procédure, notamment lorsqu'ils ne satisfont plus aux critères de qualification requis à l'art. 9 (let. a). Quant aux critères d'adjudication, l'art. 21 LMP prévoit que le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères, notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique et la valeur technique (al. 1). L'adjudicateur indique l'ordre des critères d'adjudication et leur pondération (art. 27 al. 1 1^{ère} phrase OMP). L'annexe 4 al. 1 OMP prévoit que l'appel d'offres relatif à une procédure ouverte ou sélective doit notamment contenir au minimum les critères de qualification (ch. 10), les critères d'adjudication dans les cas où il n'est pas remis de documents concernant l'appel d'offres (ch. 14) et, le cas échéant, la restriction ou l'exclusion de la possibilité de présenter des variantes au sens de l'art. 22a OMP (ch. 20). En application du principe de transparence, ancré à l'art. 1 al. 1 let. a LMP, le pouvoir adjudicateur doit s'en tenir aux

critères et justificatifs qu'il a préalablement définis lui-même et ne pas en changer entre le moment où il les a annoncés aux soumissionnaires et celui où il les utilise pour faire son choix parmi les offres (cf. ATF 130 I 241 consid. 5.1, 125 II 86 consid. 7c ; arrêts du TAF B-3526/2013 du 20 mars 2014 consid. 6.2 et B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 2.5.2, ATAF 2011/58 consid. 15.2 ; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, Berne 2014, n° 259 ss).

E. 6.1

S'agissant de la proposition de désigner un co-responsable DLT en plus d'un responsable DLT, le consortium recourant argue tout d'abord que, si cela devait constituer une variante - comme le prétendrait le pouvoir adjudicateur, en contradiction avec la formulation de son appel d'offres - son offre aurait dû être écartée et que, si elle ne l'a pas été, ce dernier n'est pas légitimé à en tenir compte ensuite de manière négative dans l'évaluation du critère d'adjudication C3.

E. 6.2

En l'occurrence, sous la rubrique 2.8 concernant l'objet du marché, il est mentionné ce qui suit : "2.8 Des variantes sont-elles admises? Non Remarques : En tous les cas, les offres globales et forfaitaires et/ou les offres avec un tarif horaire moyen ne sont pas admises." Par ailleurs, sous le point Q3 de la rubrique 3.8 de l'appel d'offres concernant les justificatifs requis pour le critère d'aptitude des personnes-clés, il ressort en particulier ce qui suit : "Q3 Personnes-clés (chiffre 2.0.10 du document de l'offre) Q3.1 : Référence du responsable DLT [...] Q3.2 : Preuve que la disponibilité des personnes-clés (*) [...] Q3.3 : Exigences linguistiques : Les personnes-clés(*) [...] (*) Sont considérées comme personnes-clés pour les critères d'aptitudes : - le Responsable de la DLT - l'Adjoint remplaçant du responsable de la DLT [...]" De même, sous le point C.2 de la rubrique 3.9 de l'appel d'offres concernant les critères d'adjudication, il est indiqué ce qui suit : "C2 COMPÉTENCES ET RÉFÉRENCES DES PERSONNES-CLÉS [25%] [...] C2.1 Responsable de la DLT [15%] [...] C2.2 Adjoint remplaçant du responsable de la DLT [10%]" Enfin, sous le chiffre 2.0.10, en pages 21 à 24 des documents de l'offre de prestations du mandataire traitant des références des personnes-clés, il est toujours fait référence au "responsable de la DLT" ainsi qu'à l'"adjoint remplaçant au responsable de la DLT".

E. 6.3

Il appert des différents passages précités que l'appel d'offres ne prévoyait effectivement qu'un seul responsable DLT ainsi qu'un seul adjoint remplaçant en qualité de personnes-clés. Aussi, le grief de violation du principe de la transparence apparaît infondé sur ce point. Cela étant, il ne saurait être reproché au pouvoir adjudicateur d'avoir voulu éviter tout formalisme excessif en n'excluant pas le consortium recourant pour avoir présenté une offre proposant deux co-responsables. Une exclusion de la procédure d'adjudication n'aurait d'ailleurs pas profité à celui-ci. La question de savoir si l'offre du consortium recourant doit être qualifiée de variante peut, pour le reste, rester ouverte.

E. 6.4

Le fait d'avoir tenu compte de cet élément lors de l'évaluation du critère d'adjudication C3 ne prête pas davantage le flanc à la critique. Le critère des personnes-clés n'est pas seulement un critère d'aptitude, mais est également un critère d'adjudication. Il est d'ailleurs courant de faire appel à des critères mixtes qui permettent de dégager la meilleure offre d'un point de vue qualitatif parmi celles qui répondent à un standard minimal déterminé par le

pouvoir adjudicateur. Il ne s'agit pas d'un double examen illicite de l'aptitude lorsque, par exemple, les personnes-clés sont prises en considération aussi bien au moment de la pré-qualification qu'à celui de l'évaluation des critères d'adjudication (cf. ATF 139 III 489 consid. 2.1 et 2.2 ; ATAF 2011/58 consid. 12.2 et réf. cit.). En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur n'a certes pas pris en considération les documents fournis pour le co-responsable proposé lors de l'évaluation du critère d'adjudication C.2.1, examinant uniquement les compétences et références du responsable DLT. Le point de savoir si ce procédé se justifie peut toutefois demeurer indécis, dès lors que le consortium recourant ne conteste pas la note de 4 qui lui a été attribuée pour ce critère. Par ailleurs, sous le critère d'adjudication C3 - relatif à l'analyse des tâches et la proposition de marche à suivre, l'organisation, le concept de gestion de la qualité ainsi que l'analyse des risques -, le pouvoir adjudicateur a retenu que la proposition de nommer un co-responsable en plus n'était déjà pas appropriée pour le motif que, selon les éléments de jugement décrits dans l'appel d'offres pour l'évaluation dudit critère - à savoir en particulier l'organisation interne ainsi que la répartition des tâches et des responsabilités (y compris la suppléance) -, ni la responsabilité DLT assumée par les deux responsables ni la répartition des tâches entre les deux responsables DLT, ni encore celle entre ceux-ci et l'adjoint remplaçant n'étaient décrites et délimitées à suffisance. Cette critique paraissant fondée, comme il le sera vu au consid. 7, la question de savoir si la proposition de désigner deux co-responsables DLT constitue en tant que telle un élément négatif dans l'évaluation du critère C3 par rapport au standard minimal déterminé dans l'appel d'offres peut rester ouverte.

E. 7.1

S'agissant de l'évaluation du critère d'adjudication C3, le consortium recourant fait valoir divers griefs qu'il convient d'examiner l'un après l'autre avant d'en examiner la portée en lien avec les critiques d'ordre général qu'il formule à l'encontre de la notation dudit critère.

E. 7.2

Pour autant qu'il respecte les principes de transparence, d'égalité de traitement, d'interdiction de discrimination et de libre concurrence, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix des critères d'aptitude et d'adjudication, des justificatifs requis, ainsi que dans l'évaluation de ces critères (cf. arrêts du TAF B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 7.3.1 et B-4958/2013 précité consid. 2.5.3 ainsi que réf. cit. ; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich/Bâle/Genève 2013, 3e éd., n° 557). Dans le cadre de son contrôle, l'autorité judiciaire doit dès lors faire preuve d'une certaine retenue et laisser au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement, dans la mesure où l'appréciation des prestations de l'offre sur la base des critères d'adjudication suppose des connaissances techniques, repose nécessairement sur une comparaison des offres soumises et comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur (cf. arrêt du TF 2D_87/2008 du 10 novembre 2008 consid. 2 ; ATAF 2008/7 consid. 4 et réf. cit. ; RDAF 2004 I p. 292). A l'instar du Tribunal fédéral, l'appréciation du Tribunal administratif fédéral ne saurait donc se substituer à celle du pouvoir adjudicateur ; seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné (cf. ATF 125 II 86 consid. 6 ; arrêts du TF 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1 et 2D_87/2008 précité consid. 2 ; arrêts du TAF B-4071/2014 précité consid. 7.3.1, B-4958/2013 précité consid. 2.5.3 et B-4902/2013 du 14 mars 2014 consid. 4.4). Les critères d'adjudication et d'aptitude doivent pour le reste être interprétés au regard du principe de la confiance (cf.

Galli/Moser/Lang/Steiner, op. cit., n° 567 et 862 ; arrêt du TAF B-4902/2013 précité consid. 4.5).

E. 7.3

En l'occurrence, sous le point C.3 de la rubrique 3.9 de l'appel d'offres concernant le critère d'adjudication attaqué, il est indiqué ce qui suit : "PREUVES : (chiffre 2.3.3 du document de l'offre) - Analyse des tâches confiées par le mandant et proposition de marche à suivre - Organisation du projet - Concept gestion de la qualité - Analyse des risques ÉLÉMENTS DE JUGEMENT : - Identification des objectifs principaux du mandat et du projet (qualité, coûts, délais, autres) - Esprit de synthèse de l'analyse et de la description du mandat - Pertinence et efficacité de la marche à suivre proposée pour le déroulement du projet. Le candidat devra d'une part décrire la marche à suivre proposée et d'autre part, les moyens pour sa mise en pratique - Pertinence et efficacité du planning proposé pour le déroulement du projet - Organisation interne et externe (relation avec les autres intervenants du projet) du candidat. Les ressources nécessaires devront être engagées pour tenir les délais. En cas de sous-traitance, désigner nommément le ou les sous-traitants, ainsi que les objets sous-traités. - Pertinence et efficacité du flux décisionnel et d'information - Répartition des tâches et des responsabilités (y.c. suppléance), notamment journalière pour couvrir un travail en 2 équipes, voire 3 équipes (nuit) de l'entreprise - Méthodologie et processus qualité. Le candidat indiquera la méthodologie et les processus qualité appliqués afin de répondre aux enjeux techniques et aux risques identifiés. - Analyse des risques spécifiques au projet : les risques que le soumissionnaire juge pertinents sont énumérés (qualité, coûts, délais, autres), y.c. la pertinence des mesures associées. L'adjudicataire veut s'assurer de la bonne compréhension du candidat sur les enjeux techniques et les risques du projet. - Clarté des documents" En ce qui concerne l'évaluation des critères d'adjudication autres que celui du prix, l'appel d'offres prévoit que : "L'évaluation est toujours indiquée au moyen des notes 0 à 5 : 0 = évaluation impossible ; aucune information 1 = critère très mal rempli ; informations insuffisantes et incomplètes 2 = critère mal rempli ; informations sans lien suffisant avec le projet 3 = critère rempli de manière normale, moyenne ; qualité moyenne correspondant aux exigences de l'appel d'offres 4 = critère rempli de manière satisfaisante ; bonne qualité 5 = critère rempli de manière très satisfaisante ; excellente qualité, contribution très importante à la réalisation de l'objectif Calcul des points : Somme de toutes les notes multipliées par leur pondération (maximum de points possible : note 5 x 100 = 500 points) Les décimales doivent être prises en compte dans le cadre de la multiplication par la pondération du critère concerné."

E. 7.4.1

Concernant l'évaluation de sa proposition de co-responsabilité, le consortium recourant invoque qu'elle est la meilleure sur l'ensemble des plans - notamment en cas d'absence, de maladie ou de vacances - et doit être envisagée comme une solution créative à prendre en considération par le pouvoir adjudicateur au regard de la définition de la note 5 telle que prévue dans l'appel d'offres. Comme mentionné au consid. 6, cette question peut demeurer incertaine, dès lors que, conformément à ce qu'a constaté le pouvoir adjudicateur, il apparaît, à première vue, que les chiffres 1 et 2 de la rubrique 2.3.3 concernant le critère d'adjudication C3 de l'offre (pages 56 à 62) du consortium recourant ne décrivent pas suffisamment la répartition des responsabilités et des tâches entre les deux co-responsables proposés ainsi qu'entre ceux-ci et l'adjoint remplaçant. A titre d'exemple, si le consortium recourant relève certes qu'en désignant plusieurs personnes pour une même prestation, il est

nécessaire de désigner clairement un unique responsable vis-à-vis du maître d'ouvrage et des différents intervenants (page 58 de l'offre), il paraît se limiter à présenter l'organisation du projet, l'expérience de chacun de ses collaborateurs ainsi que le rôle qu'ils endosseront aux chiffres 2.1 à 2.4 de la rubrique 2.3.3, sans expliquer spécifiquement comment fonctionne le partage de responsabilité entre les co-responsables DLT ainsi qu'entre ceux-ci et l'adjoint remplaçant, soit les interactions entre ces différents rôles et leur rapport vis-à-vis du pouvoir adjudicateur. Du reste, dans ses écritures, le consortium recourant ne présente aucun élément propre à remettre en cause les critiques émises par le pouvoir adjudicateur à ce sujet, se contentant de les contester. Il en va de même en ce qui concerne l'organisation externe, soit les relations avec les autres intervenants du projet. Dans ces conditions, on ne saurait exclure un risque de renvoi de responsabilité entre les personnes concernées dont fait état le pouvoir adjudicateur au regard du manque de clarté de l'organisation. Enfin, ce dernier a respecté le principe de la transparence, toutes les critiques émises se rapportant aux éléments de jugement décrits dans l'appel d'offres pour le critère C3, en particulier à celui de l'organisation interne et externe du candidat, de la pertinence et à l'efficacité du flux décisionnel et d'information, de la répartition des tâches et des responsabilités ainsi que de la clarté des documents.

E. 7.4.2

S'agissant du planning personnel ou de la prise de position sur le planning initial de l'appel d'offres, le consortium recourant reconnaît lui-même avoir sciemment renoncé de fournir l'un ou l'autre, n'ayant pas estimé nécessaire d'élaborer plus avant un planning de ses prestations (cf. chiffre 3 de la rubrique 2.3.3 concernant le critère d'adjudication C3, page 63 de l'offre). En outre, il admet que cela a pu avoir un effet sur la notation. Dans ces conditions, rien ne permet, à première vue, de remettre en cause le reproche que lui fait le pouvoir adjudicateur de n'avoir pas rempli les exigences minimales en la matière, la production d'un planning personnel - dont la pertinence et l'efficacité doivent au surplus être appréciées - figurant clairement parmi les éléments de jugement décrits dans l'appel d'offres. Au demeurant, le planning présenté par l'adjudicataire se distingue nettement du planning initial de l'appel d'offres du point de vue qualitatif.

E. 7.4.3

Par ailleurs, il ressort du contenu du chiffre 4 de la rubrique 2.3.3 (pages 63 à 65 de l'offre) que le consortium recourant a effectué l'analyse des risques en s'inspirant d'analyses réalisées pour le compte du pouvoir adjudicateur et sur la base desquels il a établi un tableau traitant différents thèmes. Relevant que le tableau proposé s'applique à n'importe quels autres projets autoroutiers avec entrave au trafic, le pouvoir adjudicateur estime que l'analyse des risques présentée par le consortium recourant n'est pas assez spécifique au projet et indique que, pour améliorer son évaluation, celui-ci aurait dû fournir une liste de risques étoffée comprenant des mesures adaptées et concrètes, soit faites sur mesure pour le projet en question. S'il relève une discordance d'avec le pouvoir adjudicateur au sujet de ce que doit qualitativement contenir une telle analyse, le consortium recourant ne conteste pas en soi que son analyse n'est pas assez spécifique au projet concerné. Aussi, compte tenu de la latitude de jugement reconnue par la jurisprudence au pouvoir adjudicateur (cf. consid. 7.3) - laquelle n'est d'ailleurs pas contestée en l'espèce - et dès lors que rien ne permet, à première vue, de conclure que le réquisit dudit pouvoir quant à l'analyse des risques serait dénué de tout fondement, la critique du consortium recourant ne semble pouvoir prospérer. Au demeurant, le contenu du tableau dressé en pages 64 et 65 de l'offre du consortium

recourant paraît effectivement présenter une approche générale de la problématique, tant au niveau des thèmes abordés que des analyses et mesures proposées. Dans ces conditions et au regard de la formulation de l'élément de jugement caractéristique, la critique du pouvoir adjudicateur satisfait au principe de transparence et est à première vue défendable, le consortium recourant ne pouvant simplement substituer sa propre appréciation à celle de ce dernier.

E. 7.4.4

Le consortium recourant se plaint encore de ce qu'il n'a pas été tenu compte de son expérience professionnelle pour l'évaluation du critère d'adjudication C3, contrairement à ce qui a été fait lors de celle des critères d'adjudication C2.1 et C2.2. Ce faisant, il perd de vue que les preuves et les éléments de jugement prédéfinis pour l'évaluation de ces derniers critères ne sont pas les mêmes que ceux prévus pour celle du critère C3, ceux-là n'ayant pas le même objet que celui-ci. De plus, s'il avait voulu remettre en cause les critères d'adjudication ainsi que leurs preuves et éléments d'évaluation, le consortium recourant aurait dû attaquer l'appel d'offres (cf. ATAF 2014/14 consid. 4.4 et réf. cit.), ce qu'il n'a cependant pas fait. Au demeurant, le critère C3 portant plutôt sur la manière d'exécuter les services pour lesquels l'appel d'offres a été lancé - alors que les critères C2.1 et C2.2 concernent spécifiquement les qualifications des personnes appelées, le cas échéant, à les exécuter - il paraît à première vue défendable de ne prendre uniquement en considération la valeur du contenu intrinsèque de l'offre pour l'évaluation du critère, sans se référer à nouveau à l'expérience des dites personnes.

E. 7.4.5

Enfin, le consortium recourant conteste la note de 2 en tant que telle pour le critère d'adjudication C3. Il allègue que, si l'évaluation du critère C3 aboutit à une note unique et globale allant de 1 à 5 en fonction des éléments de jugement définis dans l'appel d'offres, il appert que le pouvoir adjudicateur additionne en réalité les diverses lacunes retenues à l'instar de sous-critères qui ne sont nullement annoncés dans ce dernier, ce qui serait contraire au principe de la transparence. Il ajoute que, même en raisonnant de la sorte, l'addition de plusieurs notes de qualité moyenne découlant de chaque sous-critère ne peut qu'aboutir à une note finale moyenne et non pas à celle de 2. S'il est vrai que l'évaluation du critère C3 est sanctionnée par une note d'ensemble, il y a lieu de souligner que celle-ci se détermine sur la base des différents éléments de jugement prédéfinis dans l'appel d'offre. Ces derniers ne constituent cependant pas des sous-critères qui représenteraient, à leur tour, chacun une partie du pourcentage de pondération du critère C3, fixé à hauteur de 25%. Au regard de ce qui a été développé aux considérants précédents (cf. consid. 7.4.1 - 7.4.3), il peut être constaté que l'offre du consortium recourant présente, à première vue, des lacunes dans plusieurs éléments de jugement sur les dix prévus au total pour l'évaluation dudit critère. En ce qui concerne le grief que formule implicitement le consortium recourant quant à l'absence d'attribution de demi-notes, il n'est pas recevable, dès lors qu'il n'a pas attaqué l'appel d'offres sur cette question (cf. ATAF 2014/14 consid. 4.4 et réf. cit.). Dans ces conditions, la notation à 2 du pouvoir adjudicateur paraît défendable, le critère d'adjudication C3 pouvant être considéré, dans son ensemble, comme mal rempli. Partant, nul n'est besoin d'examiner plus avant l'évaluation de l'offre de l'adjudicataire sur ce même critère, une éventuelle notation à 4 de celle-ci n'ayant plus aucune incidence quant à l'appréciation des chances de succès du recours.

E. 8

En conclusion, il y a lieu de retenir qu'à l'aune de l'examen *prima facie* de ses chances de succès, le recours paraît manifestement infondé, de sorte que la requête d'octroi de l'effet suspensif doit être rejetée, sans qu'il doive être procédé plus avant à une pesée des intérêts en présence. Ledit rejet entraîne par conséquent l'annulation de la mesure superprovisionnelle prononcée sous chiffre 2 du dispositif de l'ordonnance du 28 mai 2015.

E. 9

S'agissant du droit à la consultation du dossier, il convient tout d'abord de relever que le consortium recourant a eu partiellement accès à celui-ci, dans la mesure fixée par décision incidente du 15 juin 2015. Suite à celle-ci, le consortium recourant a maintenu sa requête tendant à l'accès au dossier dans ses déterminations du 24 juin 2015, réitérant en particulier sa volonté de consulter l'offre de l'adjudicataire. Par ordonnance du 29 juin 2015, le Tribunal administratif fédéral a invité l'adjudicataire à se prononcer sur la consultation de son offre. Par courrier du 3 juillet 2015, Ya. _____ SA - soit l'une des deux sociétés du groupement formant l'adjudicataire - s'est explicitement opposée à une telle consultation ; pour sa part, Yb. _____ SA n'a pas réagi à l'invitation. Selon la jurisprudence rendue en application de l'art. 27 PA, il n'existe aucun droit général à la consultation des offres des concurrents, sans l'accord explicite des concernés (cf. décision incidente du TAF B-3604/2007 du 16 novembre 2007 consid. 2.1 et réf. cit.). A ce propos, la protection du secret d'affaires s'étend aux documents internes du pouvoir adjudicateur relatifs à l'évaluation des offres, dans la mesure où cette évaluation révèle des informations sur celles-ci, informations elles-mêmes protégées par le secret des affaires. Il faut garantir qu'il puisse prendre connaissance - au moins indirectement - des pièces qui ont motivé et sont à la base de la décision attaquée et ainsi être en mesure d'évaluer le bien-fondé de ses griefs dans l'optique d'un éventuel recours au Tribunal fédéral (cf. décision incidente de l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics [CRM] du 4 mai 2004, publiée in : *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC]* 68.89 consid. 3b ; notamment décisions incidentes du TAF B-2675/2012 du 23 juillet 2012 consid. 5 et B-3803/2010 du 23 juin 2010 consid. 7.4 ainsi que réf. cit.). En l'occurrence, au regard des dernières conclusions du consortium recourant en la matière, seul demeure litigieux l'accès à l'offre de l'adjudicataire. Celui-ci n'ayant pas donné d'accord explicite à la consultation de son offre, il sied d'examiner si le consortium recourant a pu suffisamment prendre connaissance des éléments pertinents du dossier pour être en mesure de se déterminer valablement. Dans sa prise de position du 11 juin 2015, le pouvoir adjudicateur s'est prononcé sur chaque grief avancé par le consortium recourant en lien avec l'évaluation du critère d'adjudication C3, exposant de manière détaillée pour quelles raisons son offre ne remplissait pas les exigences minimales requises et appelait la notation attribuée, de quelle façon elle pouvait être améliorée pour y répondre et en quoi l'offre de l'adjudicataire correspondait mieux à ses attentes. Dans ces conditions, il y a lieu de retenir que le consortium recourant disposait de connaissances suffisantes pour être en mesure d'examiner le bien-fondé de la décision d'adjudication et, partant, d'évaluer correctement les chances de succès de son recours ; son droit d'être entendu n'est dès lors pas violé. Au demeurant, la note de 2 obtenue par le consortium recourant pour le critère C3 paraissant défendable, les chances de succès du recours peuvent se déterminer sans devoir examiner l'évaluation de l'offre de l'adjudicataire sur ce même critère (cf. consid. 7.4.5), de sorte que le contenu de l'offre de celui-ci n'est en soi pas un élément pertinent à ce stade de la procédure. Par

conséquent, le rejet de la requête d'accès au dossier telle que formulée par le consortium recourant - soit en particulier celle d'accès à l'offre de l'adjudicataire - est confirmé en l'état de la procédure. Pour le reste, la question de l'accès au dossier dans le cadre de la procédure au fond sera tranchée, le cas échéant, par décision incidente séparée (cf. notamment décisions incidentes du TAF B-2675/2012 précitée consid. 5 et B-3803/2010 précitée consid. 7.4 ainsi que réf. cit.).

E. 10

La question des frais et dépens liés à la présente décision incidente sera réglée dans l'arrêt final.

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