

# **BVGer B-4473/2022 vom 3. April 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-04-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4473\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4473_2022)

FR: TAF B-4473/2022 du 3 avril 2023

IT: TAF B-4473/2022 del 3 aprile 2023

## **Regeste**

Marchés publics

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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. 1.1**

Selon l'art. 1 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1), la présente loi s'applique à la passation de marchés publics par les adjudicateurs qui lui sont assujettis, que ces marchés soient soumis ou non aux accords internationaux. A teneur de l'art. 52 al. 1 let. b LMP, les décisions (cf. consid. 1.1.1) des adjudicateurs (cf. consid. 1.1.2) peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral lorsqu'elles concernent un marché portant sur des travaux de construction (cf. consid. 1.1.3) dont la valeur atteint la valeur seuil déterminante pour les procédures ouvertes ou sélectives (cf. consid. 1.1.4) et si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions visées à l'art. 10 LMP ni ne constitue un marché public visé à l'annexe 5 ch. 1 let. c et d LMP (cf. art. 52 al. 5 LMP ; cf. consid. 1.1.5).

##### **E. 1.1.1**

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

##### **E. 1.1.2**

Cette décision doit ensuite émaner d'une autorité adjudicatrice soumise à la loi (cf. art. 4 LMP). En vertu de l'art. 4 al. 2 let. f LMP, sont notamment soumises à la loi les entreprises publiques ou privées qui assurent un service public et qui bénéficient de droits exclusifs ou spéciaux pour autant qu'elles mettent à disposition ou exploitent en Suisse des chemins de fer, transports par chemins de fer compris. Les adjudicateurs visés à l'al. 2 ne sont soumis à la présente loi que si les acquisitions sont effectuées dans le domaine d'activité en question et non dans d'autres domaines d'activité (art. 4 al. 3 LMP). Dans le secteur du rail (construction ou exploitation d'installations ferroviaires), les CFF, les entreprises dont ils détiennent la majorité, ainsi que d'autres opérateurs ferroviaires sous l'influence dominante de la Confédération, sont soumis en qualité d'adjudicateur à la LMP (cf. arrêt du TAF B-6350/2015 du 22 février 2016 consid. 3.1). Les CFF revêtent donc en l'espèce la qualité d'adjudicateur au sens de l'art. 4 al. 2 let. f LMP. Le présent marché s'inscrit en outre dans le

domaine d'activité de ceux-ci (art. 4 al. 3 LMP).

### **E. 1.1.3**

Il n'est pas contesté en l'espèce qu'il s'agisse de travaux de construction au sens de l'art. 8 al. 2 let. a LMP. Il convient toutefois encore de déterminer si ceux-ci sont soumis aux accords internationaux. Les travaux de construction soumis aux accords internationaux sont listés à l'annexe 1 LMP. Est déterminant sur ce point le numéro de référence de la classification centrale provisoire des produits (CPC prov) établie par l'Organisation des Nations Unies (cf. arrêt du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 1.5.2). In casu, l'appel d'offres fait référence aux catégories du CPV (Common Procurement Vocabulary) 45200000 « Travaux de construction complète ou partielle et travaux de génie civil », qui correspondent aux numéros CPC prov 511 et 513 selon l'annexe 1, ch. 1 LMP et l'appendice I, annexe 6 de l'Accord GATT/OMC sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP 2012, RS 0.632.231.422), si bien qu'il s'agit de travaux de construction soumis aux accords internationaux.

### **E. 1.1.4**

Il convient ensuite d'examiner si la valeur du marché public à adjuger atteint les seuils prescrits à l'art. 8 al. 4 LMP en lien avec l'art. 16 LMP et l'annexe 4 LMP.

#### **E. 1.1.4.1**

L'art. 8 al. 4 LMP prévoit que sont soumises aux accords internationaux et à la présente loi les prestations qui sont énumérées aux annexes 1 à 3 dont la valeur atteint les valeurs seuils indiquées à l'annexe 4, ch. 1. Pour les adjudicateurs visés à l'art. 4 al. 2 let. f à h LMP, la valeur seuil pour les travaux de construction (valeur totale), en procédure ouverture ou sélective, se monte à 2 millions de francs (cf. ch. 2 de l'annexe 4 LMP) et à 8 millions de francs pour être soumis aux accords internationaux (cf. ch. 1.2 de l'annexe 4 LMP). Si la valeur du marché atteint uniquement la valeur seuil de 2 millions et pas celle de 8 millions, l'effet suspensif ne peut pas être accordé (cf. art. 52 al. 2 LMP).

#### **E. 1.1.4.2**

En l'espèce, le marché litigieux a été adjugé pour un prix de 225'124'228.50 francs (hors taxe). Le seuil déterminant pour l'application de la loi et des accords internationaux aux travaux de construction (cf. art. 8 al. 4 LMP) est dès lors franchi.

### **E. 1.1.5**

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

### **E. 1.1.6**

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

## **E. 1.2**

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

## **E. 1.3**

La qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA) doit être reconnue aux recourantes en tant qu'elles défèrent leur exclusion. Cette qualité doit également être admise en tant qu'elles s'en prennent à la décision d'adjudication, dès lors que si leur offre - qui est meilleure marché que celle des intimées - devait être évaluée, celle-ci aurait des chances réelles d'être retenue (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ainsi que l'arrêt du TF 2C\_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2 ; cf. également Martin Beyeler, in : Droit de la construction 2015, p. 214 ss). Toutefois, elles n'ont d'intérêt digne de protection à recourir contre la décision d'adjudication que si leur offre est effectivement évaluée (cf. arrêt du TAF B-1875/2014 du 16 juillet 2014 consid. 1.3). Aussi, en tant qu'elles prétendent que leur offre a été exclue à tort, elles sont pleinement légitimées à requérir l'annulation de l'adjudication et le renvoi de la cause pour nouvelle décision (cf. arrêt du TAF B-4743/2015 du 9 décembre 2015 consid. 2.2).

#### **E. 1.4**

Les dispositions relatives à la représentation (cf. art. 11 al. 1 PA), au délai de recours (cf. art. 56 al. 1 LMP), à la forme et au contenu du mémoire de recours (cf. art. 52 al. 1 PA), ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (cf. art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées. Le recours est dès lors recevable, sous réserve de ce qui suit.

#### **E. 2**

Par décision du 15 septembre 2022, le pouvoir adjudicateur a, en application des art. 44 al. 1 let. a et 44 al. 2 let. a LMP, exclu les recourantes de la procédure d'adjudication relative au marché « Doublement de la voie Gléresse-Douanne / Lot 2 / Tunnel de Ligerz » pour le motif que leur offre technique de base et leur variante ne remplissaient pas le critère impératif d'exigence minimale EM1 « Qualification suffisante et plan d'engagement de chaque personne clé prévue » selon la preuve J6.11 « Un/Une responsable durabilité et environnement pour les cahiers de 0 à 7 ». Il a ajouté qu'après vérifications, les informations fournies au sujet de cette personne clé s'étaient avérées erronées. A. \_\_\_\_\_, personne clé désignée pour assumer cette fonction, n'aurait en effet jamais exercé celle-ci jusqu'à maintenant, contrairement à ce qu'elles ont indiqué dans leur offre rectifiée. La décision d'exclusion est ainsi fondée sur la non-satisfaction de ladite exigence minimale et sur la mention d'indications fausses ou trompeuses. Par décision publiée le même jour, le pouvoir adjudicateur a également attribué le marché aux intimées. En l'espèce, les recourantes contestent aussi bien l'exclusion de leur offre de base que l'adjudication du marché aux intimées. Il convient donc en premier lieu d'examiner si c'est à juste titre que l'offre des recourantes a été écartée de la procédure de soumission (cf. consid. 1.3 ci-dessus).

#### **E. 3.1**

A l'appui de leurs conclusions, les recourantes font tout d'abord valoir que le pouvoir adjudicateur aurait violé leur droit d'être entendu, en particulier l'obligation de motiver ses décisions, dès lors qu'il ne leur aurait pas indiqué, ni dans la décision d'exclusion ni lors du débriefing, à quelles exigences concrètes du critère EM1 J6.11 A. \_\_\_\_\_ ne répondrait pas, quelles informations seraient soi-disant inexactes, sur quels moyens de preuve il fonde son appréciation et quel en est leur contenu. Ce n'est qu'avec la duplique que le pouvoir adjudicateur aurait divulgué le nom des personnes interrogées et les renseignements obtenus auprès d'elles. Elles n'auraient donc pas été préalablement entendues sur les renseignements pris auprès des personnes interrogées sur les références de A. \_\_\_\_\_. Elles font à cet égard valoir que l'art. 51 al. 1 LMP, selon lequel les soumissionnaires ne peuvent invoquer le droit

d'être entendu avant la notification de la décision, ne doit pas être interprété selon sa seule lettre ; le droit d'être entendu doit être garanti avant une décision d'exclusion, ce que le pouvoir adjudicateur n'a en l'occurrence pas respecté. Celui-ci n'aurait pas non plus expliqué, dans son courrier du 15 décembre 2021, quelles étaient les lacunes dans le dossier de A.\_\_\_\_\_ et quelles indications complémentaires il souhaitait, ce qu'elles auraient donc tenté tant bien que mal de deviner.

### **E. 3.2**

Le pouvoir adjudicateur indique en particulier que la lettre du 15 décembre 2021 a valablement rempli les exigences que lui impose le respect du droit d'être entendu puisqu'il a interpellé les recourantes sur les références de A.\_\_\_\_\_. Celles-là ont d'ailleurs compris ce qui était reproché auxdites références puisqu'elles les ont modifiées. Elles auraient même pu saisir cette occasion pour remplacer A.\_\_\_\_\_ par un autre collaborateur, ce qu'elles n'ont pas fait. Elles auraient ainsi eu deux chances de s'exprimer et donc d'être entendues ; elles ne disposaient donc d'aucun droit à être consultées une troisième fois afin de donner leur version des faits par rapport aux références qu'elles avaient elles-mêmes transmises et modifiées.

### **E. 3.3**

Vu la nature formelle du droit d'être entendu, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond, ce moyen doit être examiné en premier lieu (cf. ATF 142 III 48 consid. 2.2 et réf. cit.).

#### **E. 3.3.1**

La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu consacré à l'art. 29 al. 2 Cst. le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier et celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (cf. ATF 132 V 368 consid. 3.1). Le droit d'être entendu comprend également le devoir pour l'autorité de motiver sa décision. L'étendue de la motivation dépend de l'objet de la décision, de la nature de l'affaire et des circonstances particulières du cas (cf. ATF 130 II 530 consid. 4.3, 129 I 232 consid. 3.2). Selon la jurisprudence, une violation du droit d'être entendu, même grave, peut exceptionnellement être réparée en procédure judiciaire, aux conditions que la partie lésée ait eu la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen et que le renvoi constituerait une vaine formalité, aboutissant à un allongement inutile de la procédure (cf. ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 et réf. cit.). L'art. 51 LMP prévoit que les soumissionnaires ne peuvent invoquer le droit d'être entendu avant la notification de la décision (al. 1). Les décisions sujettes à recours doivent être sommairement motivées et indiquer les voies de droit (al. 2).

#### **E. 3.3.2**

En l'espèce, l'on peut se demander si les recourantes n'auraient pas dû être invitées par le pouvoir adjudicateur à se déterminer sur le fait qu'il allait se renseigner auprès de personnes qu'elles n'avaient pas proposées comme personnes de référence dans leur soumission. Cette question peut toutefois demeurer indéterminée puisque, dans le cadre de la procédure de recours, le pouvoir adjudicateur a communiqué aux recourantes la Note décisionnelle établie par ses soins et détaillant les motifs pour lesquels leur offre ne satisfaisait pas au critère d'exigence minimale EM1 J6.11. Les noms des personnes interrogées, les renseignements obtenus ainsi

que les échanges de courriels figurent également dans ladite note (cf. consid. 6.4.2 ci-dessous). Les recourantes ont également eu connaissance des indications considérées comme erronées par le pouvoir adjudicateur. Celles-là ont ainsi disposé, durant la présente procédure, de toutes les informations nécessaires et utiles - ce qu'elles reconnaissent par ailleurs dans leurs observations finales - pour faire valoir leurs arguments devant une autorité jouissant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit - les griefs soulevés par les recourantes n'ayant pas trait à l'opportunité de la décision d'exclusion (cf. consid. 1.2 ci-dessus). Il s'ensuit qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu s'avérerait dans tous les cas guérie par la présente procédure de recours. Par ailleurs, contrairement à ce qu'elles avancent, il ressort du dossier que les recourantes ont saisi, à la suite du courrier du pouvoir adjudicateur du 15 décembre 2021, à quelles exigences du critère EM1 J6.11 leur offre ne répondait pas puisqu'elles ont notamment requalifié le poste de Conducteur de travaux occupé jusqu'alors par A. \_\_\_\_\_ en celui de « Umweltmanager » et complété la description du projet de référence en ce sens (cf. consid. 5.4 ci-dessous). Par ailleurs, si les recourantes n'avaient effectivement pas compris ce que le pouvoir adjudicateur attendait d'elles, il leur incombait de se renseigner auprès de lui. Il est en effet contraire à la bonne foi de se plaindre, à ce stade de la procédure, de ce qu'elles ignoraient en quoi leurs offres techniques ne répondaient pas à l'exigence minimale EM1 J6.11.

#### **E. 4.1**

Les recourantes font encore valoir, sur le plan formel, que l'appel d'offres ne mentionne aucun critère d'aptitude ou exigence minimale concernant les personnes clés, en particulier le Responsable durabilité et environnement. Ceux-ci sont uniquement définis dans les documents d'appel d'offres. Or, seuls les critères d'aptitude publiés dans l'appel d'offres seraient susceptibles de conduire à l'exclusion de l'offre. Les critères d'aptitude, dont le non-respect peut entraîner l'exclusion de l'offre, devraient en effet impérativement figurer, en tant que tels, dans l'appel d'offres conformément à l'art. 35 let. n LMP. L'art. 36 LMP ne laisserait pas au pouvoir adjudicateur la possibilité de n'indiquer les critères d'aptitude que dans les documents d'appel d'offres. Les recourantes ne pouvaient donc pas être exclues en raison du prétendu non-respect de l'exigence minimale EM1 J6.11.

#### **E. 4.2**

Le pouvoir adjudicateur soutient pour sa part que les documents d'appel d'offres indiquaient de manière transparente le rôle joué par le Responsable durabilité et environnement et la sanction rattachée à des manquements dans les références. Il a donc appliqué à bon droit les règles qu'il s'était fixées. Les documents d'appel d'offres étaient par ailleurs disponibles en même temps que la publication de l'appel d'offres ; les recourantes les ont d'ailleurs téléchargés le jour même de celle-ci. Par conséquent, même dans l'hypothèse - contestée - où le tribunal devait considérer que les contenus de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres ne permettaient pas de prononcer une décision d'exclusion en cas de vice relatif aux références de la personne clé J6.11, toute critique à l'encontre de ce critère aurait dû faire l'objet d'un recours contre l'appel d'offres. Les recourantes ne l'ayant pas attaqué, elles sont forcloses à contester l'exigence minimale EM1 J6.11 et la décision querellée pour ce motif.

#### **E. 4.3**

En l'espèce, l'appel d'offres énumère, à son ch. 3.7, les critères d'aptitude, à savoir : Q1 : Capacité suffisante en personnel et en moyens techniques Q2 : Rapport approprié entre la valeur du marché par an et le chiffre d'affaires annuel dans le domaine mis en soumission de

l'entreprise concernée (à savoir la catégorie de construction en fonction du projet) (max. 30%) Q3 : Sûretés financières suffisantes Q4 : Gestion suffisante de la qualité Et à son ch. 3.8, les justificatifs requis, à savoir J1.1. à J1.8, J2, J3, J4 et J5. Ces exigences figurent également, de manière plus détaillée, dans les dispositions de l'appel d'offres. L'appel d'offres ne contient pas de critères impératifs d'exigences minimales relatifs aux personnes clés. Ceux-ci sont uniquement mentionnés au ch. 3.3 des dispositions de l'appel d'offres qui précise que « l'offre doit impérativement remplir les exigences minimales (EM) ci-dessous, faute de quoi elle ne sera pas prise en compte dans l'évaluation ».

#### **E. 4.4**

Il convient donc d'examiner si, comme le soutiennent les recourantes, les critères impératifs d'exigences minimales relatifs aux personnes clés, mentionnés dans les dispositions de l'appel d'offres, devaient impérativement figurer comme critères d'aptitude dans l'appel d'offres pour entraîner, en cas de non-respect, une sanction d'exclusion.

##### **E. 4.4.1**

L'art. 27 LMP prévoit que « l'adjudicateur définit de manière exhaustive, dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres, les critères d'aptitude auxquels doivent répondre les soumissionnaires. Ces critères doivent être objectivement nécessaires et vérifiables pour le marché concerné » (al. 1). « L'adjudicateur indique dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres quelles preuves les soumissionnaires doivent fournir et à quel moment » (al. 3). Les critères d'aptitude sont des exigences minimales relatives à l'aptitude des soumissionnaires. La satisfaction des critères d'aptitude doit être cruciale pour l'exécution du marché (cf. Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics [FF 2017 1695], 1786 et 1796). Cette disposition correspond à l'art. 9 de l'ancienne loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (aLMP, RO 1996 508) qui prévoyait que l'adjudicateur pouvait exiger des soumissionnaires des preuves attestant leurs capacités sur les plans financier, économique et technique, qu'il établissait pour ce faire des critères de qualification (al. 1) ; il publiait les critères de qualification et la liste des preuves nécessaires dans l'appel d'offres ou les documents y relatifs (al. 2). La doctrine et la jurisprudence relatives à l'ancien droit retiennent d'ailleurs que les exigences minimales d'aptitude des soumissionnaires doivent, compte tenu de leur importance, être annoncées dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres pour satisfaire au principe de transparence (cf. Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, 2014, n° 290 ; cf. ATAF 2019 IV/1 consid. 3.3 ; décision incidente du TAF B-3390/2015 du 5 août 2015 consid. 5). Bien que l'art. 27 LMP soit plus détaillé que l'art. 9 aLMP, il n'en résulte dès lors pas de nouveautés fondamentales (cf. Hans Rudolf Trüeb/Nathalie Clausen, *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, 2e éd. 2021, p. 437 n°1 ; cf. arrêts du TAF B-4467/2021 du 15 juin 2022 consid. 3.1 et B-4165/2022 du 23 novembre 2022 consid. 3.3). L'art. 35 let. n LMP, cité par les recourantes, prévoit quant à lui que l'appel d'offres contient au minimum les critères d'aptitude et les preuves requises. Selon l'art. 36 LMP, les documents d'appel d'offres contiennent notamment les indications suivantes, à moins que celles-ci ne figurent déjà dans l'appel d'offres : les exigences de forme, les conditions de participation à la procédure d'adjudication, y compris la liste des informations et des documents que les soumissionnaires doivent fournir en relation avec ces conditions et l'éventuelle pondération des critères d'aptitude (let. c). Les art. 35 et 36 LMP correspondent aux annexes 4 et 5 de l'ancienne ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (aOMP, RO 1996 518 ; cf. FF 2017 1695, 1795 ss) qui prévoyait que l'appel d'offres relatif à une procédure

ouverte ou sélective devait contenir au moins les indications minimales suivantes : critères de qualification (cf. annexe 4 al. 1 ch. 10 aOMP) ; et les documents d'appel d'offres remis dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective au moins les indications suivantes : ordre de priorité et pondération des critères de qualification (cf. annexe 5 ch. 6 aOMP). Enfin, l'art. 44 al. 1 LMP prévoit que l'adjudicateur peut notamment exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication s'il est constaté qu'il ne remplit pas les conditions de participation à la procédure d'adjudication (let. a), ce qui correspond ici aussi à l'art. 11 let. a aLMP qui postulait que le pouvoir adjudicateur pouvait exclure certains soumissionnaires de la procédure d'adjudication lorsqu'ils ne satisfaisaient plus aux critères de qualification requis à l'art. 9.

#### **E. 4.4.2**

Il suit de ce qui précède qu'il ne ressort ni de la lettre de la loi ni des débats parlementaires ou encore du message du Conseil fédéral que le législateur ait voulu limiter l'exclusion au non-respect de critères d'aptitude figurant dans l'appel d'offres. Rien ne permet d'étayer et de suivre la thèse avancée par les recourantes. Les exigences minimales d'aptitude garantissent que le soumissionnaire dispose de l'aptitude minimale à réaliser le marché. Le non-respect de celles-ci conduit donc à l'exclusion de l'offre d'un soumissionnaire et ce, qu'elles soient publiées dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres (cf. arrêt du TAF B-4467/2021 précité concernant une exclusion prononcée par l'autorité de recours en cas de non-respect d'un critère d'aptitude arrêté dans les documents d'appel d'offres). Au demeurant, les recourantes ne sauraient faire valoir de bonne foi que leur offre ne pouvait être exclue pour non-respect du critère EM1 J6.11 puisque le ch. 3.3 des dispositions de l'appel d'offres mentionnait expressément que « l'offre d[evait] impérativement remplir les exigences minimales (EM) ci-dessous, faute de quoi elle ne sera[it] pas prise en compte dans l'évaluation » (cf. consid. 4.3 ci-dessus). En effet, eu égard à l'art. 53 al. 2 LMP - qui prévoit que les prescriptions contenues dans les documents d'appel d'offres dont l'importance est identifiable ne peuvent être contestées que dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offres - les recourantes sont forcloses à faire valoir ce moyen à ce stade de la procédure (cf. en ce sens arrêt du TAF B-4467/2021 précité consid. 3.3.3).

#### **E. 5**

Sur le fond, les recourantes font valoir que leur offre satisfait au critère d'exigence minimale EM1 J6.11 et que c'est donc à tort qu'elle a été exclue de la procédure d'adjudication.

##### **E. 5.1**

Les documents d'appel d'offres - auxquels renvoie le ch. 3.1 de l'appel d'offres « Conditions générales de participation » - contiennent, sous la partie B B2 Dispositions de l'appel d'offres, cahier 0, ch. 3.3, les « Critères impératifs d'exigences minimales ». Sous la colonne « Justificatifs », il est indiqué les justificatifs requis pour toutes les personnes clés (J6) et pour chaque personne clé individuellement (J6.0 à J6.11). Est en particulier considéré comme personne clé le « Responsable durabilité / environnement » (J6.11). Ainsi, pour l'exigence minimale EM1 « Qualification suffisante et plan d'engagement de chaque personne clé prévue », les dispositions de l'appel d'offres requièrent les justificatifs suivants pour chaque personne clé (J6) : - « Indication sur la formation et l'expérience professionnelle du personnel prévu ; - 1 référence d'un projet réalisé au cours des 15 dernières années et comparable au présent marché sur le plan de la taille, de la complexité et des attributions du personnel clé impliqué. La référence fournie doit indiquer, pour

l'essentiel, la fonction, les tâches principales et l'expérience acquise. Les projets de référence doivent être terminés ou avoir été réalisés conformément aux conditions pour chaque personne clé ; - Indications sur la planification de l'engagement du personnel clé pour la durée du projet ; - Attestation de disponibilité pour la durée de l'engagement de la personne clé signée par l'employeur et l'intéressé/e. Si la référence exigée provient d'une entreprise sous-traitante, le soumissionnaire doit joindre une attestation de ce dernier certifiant qu'il exécutera les prestations en cas d'adjudication. De manière générale, une personne clé ne peut remplir qu'une seule fonction. Ceci est impératif pour les fonctions J6.0, J6.1, J6.2, J6.3, J6.4, J6.5, J6.8 et J6.9. Sous réserve d'une disponibilité suffisante (que le soumissionnaire devra prouver dans son offre), une personne clé pourrait remplir plusieurs fonctions. Ceci est valable pour les critères J6.6, J6.7, J6.10 et J6.11. » Pour la personne clé J6.11 « Un/une responsable durabilité et environnement pour les cahiers de 0 à 7 », les dispositions de l'appel d'offres exigent les justificatifs suivants : « 1 référence de projet de tunnel avec excavation à l'explosif, gros oeuvre achevé à environ 90% Montant min > 10 MCHF HT (entier du marché) Maîtrise de la langue française. Niveau min. B1 selon CECR ou équivalent. Cette personne clé peut provenir d'un sous-traitant. »

### **E. 5.2**

En l'occurrence, les recourantes ont proposé A.\_\_\_\_\_, en tant que personne clé, pour assumer la fonction de Responsable durabilité et environnement (J6.11) et ont fourni à l'appui la référence suivante : Nom du projet de référence : « CFF (...) ». Description : « (...) ». Justification de la comparabilité avec le présent projet sur le plan de la taille, de la complexité et des tâches : « (...) ». Indications sur la fonction, les tâches principales et les expériences acquises dans le cadre de ce projet : « A.\_\_\_\_\_ travaille dans le bureau technique sur le chantier, il est responsable pour la centrale à béton et toute la documentation de qualité et préparation du planning et les différents rapports du chantier. » Personne de référence : H.\_\_\_\_\_ Le curriculum vitae de A.\_\_\_\_\_ joint à l'offre indique que sa fonction auprès des recourantes est celle de Conducteur de travaux ; c'est également celle qu'il a occupée dans les trois références figurant dans son curriculum vitae, dont le projet de référence fourni à l'appui de l'exigence minimale EM1 J6.11.

### **E. 5.3**

Il ressort de la Note décisionnelle, versée au dossier et établie par le pouvoir adjudicateur, que - sur la base des offres initialement déposées par les recourantes - la personne clé J6.11, A.\_\_\_\_\_, ne remplissait pas le critère d'exigence minimale EM1 car sa fonction dans le projet de référence et auprès des recourantes, à savoir Conducteur de travaux, ne correspondait pas à celle requise, soit Responsable durabilité et environnement. Le curriculum vitae de A.\_\_\_\_\_ ne faisait pas davantage mention de références avec la fonction de Responsable durabilité et environnement. Le comité d'évaluation a alors demandé à différents responsables CFF, actifs dans le projet de référence, de préciser la fonction de A.\_\_\_\_\_ dans celui-ci. Il en résulte que le prénommé n'a été aucunement impliqué dans les aspects environnementaux du projet et n'apparaît pas comme Responsable environnement sur l'organigramme de ce chantier. Par courrier du 15 décembre 2021, le pouvoir adjudicateur a informé les recourantes qu'après analyse des éléments figurant dans leurs offres techniques et vérifications auprès des maîtres d'ouvrage concernés, la personne clé J6.11 Responsable durabilité et environnement proposée ne répondait pas aux exigences minimales EM1 des dispositions de l'appel d'offres. Il a en particulier ajouté que les coordonnées des personnes de contact pour les références indiquées, auprès desquelles il

pourra se renseigner, devaient être valables et actualisées. Il leur a en conséquence donné la possibilité de rectifier leurs offres jusqu'au 14 janvier 2022. Il en a fait de même avec tous les autres soumissionnaires dès lors qu'aucune des offres déposées ne satisfaisait à tous les critères impératifs d'exigences minimales et que l'ensemble des entreprises susceptibles de soumissionner pour ce marché et de réaliser ce projet avaient remis une offre.

#### **E. 5.4**

Les recourantes ont déposé leur offre (de base) rectifiée le 13 janvier 2022, tout en maintenant A. \_\_\_\_\_ au poste clé de Responsable durabilité et environnement ainsi que le projet de référence initialement proposé. Elles ont toutefois remplacé la personne de référence désignée par B. \_\_\_\_\_ et complété, en allemand, la fiche du projet de référence, comme suit : Description : « (...) ». Justification de la comparabilité avec le présent projet sur le plan de la taille, de la complexité et des tâches : « (...) ». Indications sur la fonction, les tâches principales et les expériences acquises dans le cadre de ce projet : « Herr A. \_\_\_\_\_ hat in der Funktion Bauführer im Technischen Büro folgende Aufgaben wahrgenommen: - Detaillierte Ausarbeitung der AVOR - Umsetzung der Qualitätssicherung - Umsetzung der Betonproduktion - Detailplanung und Umsetzung der Umweltbelange (Lärm, Erschütterung, Staub, Materialbewirtschaftung, Abwasserbehandlung) - Erstellen der Baustellendokumentation Die Umsetzung erfolgte nach Vorgaben der Baustellenleitung. » Rôle/fonction auprès du consortium : « Bauführer Technisches Büro (Umwelt / Nachhaltigkeit / QM / AVOR). » Les recourantes ont encore transmis un curriculum vitae actualisé de A. \_\_\_\_\_. Dans cette nouvelle version (en allemand), celui-ci occupe désormais auprès des recourantes la fonction de « Bauführer Nachhaltigkeits- und Umweltmanager ». Sa fonction est également modifiée dans les trois références où il apparaît en tant que « Bauführer / Umweltmanager ». Dans la lettre accompagnant leur offre rectifiée, les recourantes ont précisé que, dans le projet de référence, A. \_\_\_\_\_, « en sa qualité de responsable de l'environnement au niveau de conducteurs de travaux, [...] a mis en oeuvre de manière conséquente au sein du bureau technique les exigences contractuelles et légales en matière de durabilité et d'environnement ».

#### **E. 5.5**

Il ressort de la Note décisionnelle, à la suite des compléments apportés par les recourantes, que, outre les recherches effectuées à l'interne des CFF, le comité d'évaluation a contacté le O. \_\_\_\_\_ pour vérifier la fonction de A. \_\_\_\_\_ dans le cadre du projet M. \_\_\_\_\_, indiqué comme référence dans son curriculum vitae. Or, il s'avère que A. \_\_\_\_\_ y a exercé non pas la fonction de Responsable durabilité et environnement mais celle de bureau technique, contrairement à ce qui figure dans son curriculum vitae modifié. Le pouvoir adjudicateur conclut ainsi que, malgré la rectification de leur offre, les recourantes ne remplissent toujours pas les exigences minimales EM1 J6.11 et relève de surcroît que les informations fournies s'avèrent erronées. Partant, il a exclu l'offre des recourantes par décision du 15 septembre 2022, dont est recours.

#### **E. 6.1**

Dans le cadre de la procédure de recours, le pouvoir adjudicateur a précisé que, selon l'entreprise qui a effectué le suivi environnemental de la phase de réalisation (SER) dans le projet de référence, ce sont d'autres personnes (notamment D. \_\_\_\_\_) qui occupaient les fonctions correspondantes à celle d'un Responsable durabilité et environnement dans le

projet de référence. L'organigramme de ce chantier attestait également du fait que A.\_\_\_\_\_ n'avait pas ce rôle puisque seul C.\_\_\_\_\_ était le responsable QSE (Qualité, Sécurité, Environnement). En outre, selon les renseignements pris auprès de E.\_\_\_\_\_, cheffe de projet Environnement auprès du pouvoir adjudicateur, celle-ci n'a jamais eu à traiter avec A.\_\_\_\_\_ des questions de durabilité et d'environnement dans le projet de référence. Il en était de même s'agissant de la référence du projet M.\_\_\_\_\_. Selon le chef de projet, F.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_ occupait sur ce chantier la fonction de bureau technique ; il n'exerçait aucune responsabilité en matière de durabilité et d'environnement. Ainsi, aucune des personnes contactées n'a pu confirmer que A.\_\_\_\_\_ avait déjà endossé le rôle de Responsable durabilité et environnement. Il ne remplissait ainsi pas l'exigence minimale EM1 J6.11 fixée dans les dispositions de l'appel d'offres. Les recourantes avaient en outre modifié ses références de façon contraire à la vérité. Pour ces motifs, le pouvoir adjudicateur était en droit d'exclure l'offre des recourantes du marché public.

## **E. 6.2**

Selon celles-ci, le pouvoir adjudicateur veut donner au critère d'exigence minimale EM1 J6.11 une signification qui ne ressort pas des documents d'appel d'offres. C'est pourquoi, il n'a pas posé les bonnes questions aux bonnes personnes et a mal interprété leurs réponses. Le pouvoir adjudicateur a manifestement une compréhension subjective de cette exigence qui s'écarte de son sens objectif. Il semble en effet s'imaginer que le Responsable durabilité et environnement est une fonction telle que l'ont exercée D.\_\_\_\_\_ et C.\_\_\_\_\_ dans le projet de référence. Or, ceux-ci assumaient des tâches certes importantes mais différentes de celles exigées en l'espèce par les documents d'appel d'offres. C'est en effet une fonction telle que celle occupée par A.\_\_\_\_\_ dans le projet de référence qui a été requise pour la personne clé J6.11. A.\_\_\_\_\_ répond donc aux exigences générales J6 et spécifiques J6.11 fixées par le pouvoir adjudicateur, tant pour l'offre initiale que, a fortiori, pour l'offre complétée. Les informations fournies ne sont nullement erronées. La protection de l'environnement et le développement durable font partie (depuis toujours) des tâches du Conducteur de travaux au sein du bureau technique. Les recourantes ont de ce fait modifié, dans leur offre, l'intitulé du poste occupé par A.\_\_\_\_\_ dans le projet de référence et dans son curriculum vitae par celui de Responsable durabilité et environnement afin d'expliquer que le Conducteur de travaux est le responsable des aspects environnementaux sur le chantier. Elles ont également exposé de manière plus détaillée, dans la rubrique « Justification de la comparabilité » de l'offre complétée, les tâches relevant concrètement de l'environnement et du développement durable qu'impliquait son activité de Conducteur de travaux dans le bureau technique du projet de référence. Il s'agit des travaux typiques qu'un Conducteur de travaux doit effectuer dans cette fonction en application des directives de la direction du chantier. Le projet de référence prouverait ainsi que A.\_\_\_\_\_ dispose précisément de l'expérience nécessaire à un Responsable durabilité et environnement. Les recourantes relèvent par ailleurs que le pouvoir adjudicateur ne prétend pas que les activités mentionnées dans leur offre complétée ne seraient pas comparables aux tâches que le Responsable durabilité et environnement aura à accomplir dans le projet soumissionné. La seule raison de leur exclusion semble être qu'il est arrivé - à tort - à la conclusion, sur la base des renseignements récoltés, que les informations fournies dans la fiche technique n'étaient pas correctes. Par ailleurs, elles soutiennent que l'exigence minimale EM1 J6.11 ne requiert pas que la personne clé du projet de référence ait occupé une fonction de Responsable durabilité et environnement ou une fonction similaire. Et pour cause, une telle fonction n'a pratiquement jamais été exercée sur les chantiers des 15 dernières années (âge

de la référence selon critère J6). Elles ajoutent que les documents d'appel d'offres ne définissent aucune exigence matérielle claire et concrète ; les exigences relatives au critère EM1 J6.11 sont formulées de manière ouverte. Elles ne connaissent donc pas les attentes du pouvoir adjudicateur pour la personne clé Responsable durabilité et environnement, qu'elles rencontraient du reste pour la première fois, ni même le profil d'exigences pour cette fonction. Le pouvoir adjudicateur ne peut donc pas attendre de ladite personne clé qu'elle satisfasse à des exigences qu'il n'a pas demandées dans le dossier d'appel d'offres, sauf à violer les principes de la transparence et de la bonne foi. Elles relèvent enfin que le fait qu'aucun soumissionnaire ne répondait initialement aux critères impératifs d'exigences minimales tend à démontrer que le pouvoir adjudicateur a fixé des exigences exagérées.

### **E. 6.3**

En l'occurrence, le litige porte sur le seul projet de référence, selon l'exigence minimale EM1 J6 (cf. consid. 5.1 ci-dessus), dont la comparabilité au présent marché sur le plan des attributions du Responsable durabilité et environnement est contestée. Aussi, il convient tout d'abord de déterminer ce qu'il y a lieu d'entendre par la personne clé J6.11 Responsable durabilité et environnement prévue dans les dispositions de l'appel d'offres.

#### **E. 6.3.1**

Pour autant qu'il respecte les principes de transparence, d'égalité de traitement, d'interdiction de discrimination et de libre concurrence, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix des critères d'aptitude et d'adjudication, des justificatifs requis, ainsi que dans l'évaluation de ces critères (cf. ATF 137 II 313 consid. 3.4 ; ATAF 2019/1 consid. 3.3 ; arrêt du TAF B-351/2022 du 18 mai 2022 consid. 2.1). Dans le cadre de son contrôle, l'autorité judiciaire doit dès lors faire preuve d'une certaine retenue et laisser au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques. A l'instar du Tribunal fédéral, l'appréciation du Tribunal administratif fédéral ne saurait donc se substituer à celle du pouvoir adjudicateur ; seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné (cf. ATF 125 II 86 consid. 6 ; arrêts du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 2.5.3 et B-4902/2013 du 14 mars 2014 consid. 4.4). En outre, en application du principe de transparence, ancré à l'art. 2 let. b 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 ; ATAF 2011/58 consid. 15.2). Le nouveau droit ne modifiant pas la jurisprudence y relative rendue sous l'empire de l'ancien droit, celle-ci peut dès lors être reprise (cf. arrêt du TAF B-4467/2021 précité consid. 3.1). Les soumissionnaires peuvent en principe s'attendre à ce que le pouvoir adjudicateur interprète les critères d'aptitude et d'adjudication selon leur sens commun. S'il n'entend pas leur donner une telle interprétation, les critères concernés devront être en conséquence définis de manière aussi détaillée que possible dans les documents d'appel d'offres afin que les soumissionnaires puissent connaître les exigences que leur offre doit satisfaire (cf. ATAF 2011/58 consid. 13.2.1). Les critères d'aptitude et d'adjudication doivent ainsi être interprétés au regard du principe de la confiance ; la volonté subjective du pouvoir adjudicateur importe peu (cf. ATF 141 II 14 consid. 7.1 ; arrêt du TF 2C\_1101/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.4.1 ; ATAF 2019/1 consid. 3.3 ; arrêt du TAF B-351/2022 précité consid. 2.1). Le pouvoir adjudicateur ne peut donc attribuer à un critère un autre sens que celui qui ressort d'une interprétation, conforme au

principe de la bonne foi, des indications figurant dans les documents d'appel d'offres (cf. arrêt du TAF B-7337/2010 du 15 avril 2011 consid. 13.2.1). S'agissant de notions techniques, il convient en outre de tenir compte de la compréhension telle qu'elle est répandue dans les milieux spécialisés ou telle qu'elle a été comprise par les parties concernées dans le projet litigieux (cf. ATF 141 II 14 consid. 7.1 ; arrêt du TAF B-4467/2021 précité consid. 3.3.4).

### **E. 6.3.2**

En l'espèce, se fondant sur une interprétation étymologique du terme allemand désignant la personne clé J6.11, à savoir « Nachhaltigkeits-und Umweltmanager », les recourantes relèvent que le mot anglais « manager » est encore souvent utilisé pour désigner des personnes ayant des fonctions de direction. Cependant, lorsqu'il est combiné avec des substantifs représentant une activité ou un domaine d'activité spécifique, le gestionnaire n'est plus, depuis longtemps, une personne occupant un poste de direction supérieur mais "seulement" un professionnel avec ou sans fonction de direction qui gère son domaine d'activité, c'est-à-dire qu'il exécute lui-même les tâches à accomplir ou veille à ce qu'elles le soient. Le terme de Responsable durabilité et environnement désigne donc la personne qui, dans le cadre d'une fonction hiérarchique sur le chantier, est chargée de veiller au respect et à la mise en oeuvre des exigences environnementales. Il ne peut donc pas s'agir de D.\_\_\_\_\_ ou de C.\_\_\_\_\_, qui figurent dans l'organigramme du projet de référence sous la fonction « Gestion environnement » et qui travaillent principalement au siège de l'entreprise, assument des tâches stratégiques et normatives dans le domaine de l'environnement et de la durabilité et ne consacrent que 5 à 10% environ de leur temps de travail à un projet spécifique. Ils sont en effet responsables des questions de la protection de l'environnement et du développement durable de tous les projets de construction et ne gèrent donc pas les aspects environnementaux et de durabilité sur le chantier. Ils ne répondent dès lors pas au profil du Responsable durabilité et environnement défini par l'exigence EM1 J6.11, dont on attend qu'il consacre, sinon 100%, du moins une grande partie de son temps de travail au chantier pendant toute la durée du projet. Or, c'est le cas de A.\_\_\_\_\_ qui sera présent à plein temps dans le présent projet pendant la quasi-totalité de la durée du chantier, comme cela ressort du plan d'engagement contenu dans l'offre. Comme déjà dit, la responsabilité de la protection de l'environnement et du développement durable sur le chantier incombe (depuis toujours) au bureau technique et aux Conducteurs de travaux et a, en l'occurrence, été assumée dans le projet de référence par A.\_\_\_\_\_, comme cela ressort de l'organigramme. Il n'y aurait en effet, à la connaissance des recourantes, guère de Responsable durabilité et environnement spécifiquement désigné sur le chantier. L'organigramme du projet de référence ne le prévoyait en tout cas pas. Il s'ensuit que les dispositions de l'appel d'offres exigent clairement une personne sur place qui consacre une part importante de son temps de travail à la mise en oeuvre des exigences de durabilité et environnementales sur le chantier. Il est donc contraire aux documents d'appel d'offres que le pouvoir adjudicateur exige en l'espèce que le Responsable durabilité et environnement remplisse le profil d'exigences de D.\_\_\_\_\_ ou C.\_\_\_\_\_ dans le projet de référence.

### **E. 6.3.3**

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a requis, au titre de critères impératifs d'exigences minimales EM1, une « Qualification suffisante et un plan d'engagement de chaque personne clé prévue ». Pour chacune des personnes clés (J6), il est mentionné, à titre de justificatif, «

Indications sur la planification de l'engagement du personnel clé pour la durée du projet ». Aucune présence minimale n'est requise. Rien dans le dossier d'appel d'offres ne laisse à penser, comme le soutiennent les recourantes, que la personne clé J6.11 devrait être présente de manière quasi permanente sur le chantier et, par voie de conséquence, relèverait du bureau technique sur le chantier. Au contraire, il est mentionné dans lesdites dispositions de l'appel d'offres qu'il n'est pas attendu de la personne clé J6.11 qu'elle soit engagée à plein temps dans le projet, dès lors qu'elle est autorisée à remplir plusieurs fonctions - contrairement à d'autres personnes clés (cf. consid. 5.1 ci-dessus). Il ressort par ailleurs du plan d'engagement des personnes clés contenu dans l'offre des intimées que la personne clé J6.11 est engagée dans le projet pour un nombre d'heures sensiblement inférieur (entre [...] et [...] heures par mois) à celui de A.\_\_\_\_\_, qui réalisera un plein temps durant la quasi-totalité du chantier. A noter au surplus que les recourantes se contredisent elles-mêmes lorsqu'elles relèvent, dans leurs écritures, que « Dass die Beschwerdeführerinnen die Aufgabe des "Responsable durabilité et environnement" bzw. "Nachhaltigkeits- und Umweltmanager/in" [...] für die Aufgabe ein Vollzeit- und nicht nur - wie von den Ausschreibungsunterlagen erlaubt - ein Teilzeitpensum vorsehen, zeigt, für wie wichtig sie die Themen Umweltschutz und Nachhaltigkeit erachten ». « Damit werden die Anforderungen der Vergabestelle übertroffen, welche keinen 100%-igen Einsatz der Schlüsselperson verlangt ». En outre, le pouvoir adjudicateur a requis plusieurs personnes clés, s'agissant de l'exigence minimale EM1, dont notamment « un/e Responsable durabilité et environnement pour les cahiers de 0 à 7 » (J6.11) et des « Conducteurs/trices de travaux » (J6.3 à J6.7), actifs dans un cahier chacun. Ainsi, si le pouvoir adjudicateur a exigé, aux postes clés, non seulement des Conducteurs de travaux mais également un Responsable durabilité et environnement, c'est dire que ses attentes, en termes de disponibilité, de tâches à effectuer et donc de qualités requises, étaient différentes pour chacun de ces postes. En effet, si, comme le soutiennent les recourantes, le bureau technique est seul compétent pour mettre en oeuvre les exigences contractuelles et légales en matière de durabilité et d'environnement sur le chantier, le Responsable durabilité et environnement, expressément requis, en tant que tel, par le pouvoir adjudicateur, aura nécessairement d'autres attributions que celles relevant des Conducteurs de travaux. A noter à cet égard que le Responsable durabilité et environnement a une fonction transversale dès lors qu'il est actif sur l'ensemble des cahiers du lot 2, contrairement aux Conducteurs de travaux. De même, si, à la connaissance des recourantes, il n'existerait guère de Responsable durabilité et environnement spécifiquement désigné sur le chantier, celles-ci pouvaient et même devaient en déduire que le poste de Responsable durabilité et environnement exigé en l'occurrence par le pouvoir adjudicateur n'était pas comparable à celui de Conducteur de travaux. Aussi, si, du point de vue des recourantes, le Conducteur de travaux est la personne responsable des aspects environnementaux sur le chantier, il n'en demeure pas moins que le pouvoir adjudicateur a expressément prévu un poste clé de Responsable durabilité et environnement pour le marché en cause, distinct de celui de Conducteur de travaux, à l'instar de ce qu'il avait déjà exigé dans le projet de référence, réalisé par les recourantes. En effet, il ressort de l'organigramme du projet de référence qu'il y avait un poste de « Gestion environnement », occupé par C.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_, soit, aux dires des recourantes, des personnes qui ne travaillaient pas sur le chantier et qui ne consacraient que 5 à 10% de leur temps de travail audit projet. Il en va de même du projet M.\_\_\_\_\_ (également réalisé par les recourantes), pour lequel l'organigramme du chantier mentionne le poste de « QM / Umwelt / Sicherheit », distinct de celui de « Technisches Büro », occupé par A.\_\_\_\_\_. Les recourantes

connaissaient donc les profils requis pour ces types de personnes clés. A noter que, s'agissant de l'organigramme du projet soumissionné, les recourantes exposent avoir présenté, contrairement aux deux projets précités, la fonction de Responsable durabilité et environnement séparément du bureau technique dans le but de montrer l'importance qu'elles accordaient à cette fonction, conformément à la volonté du pouvoir adjudicateur. Or, cet argument ne convainc pas dès lors que, dans les précédents organigrammes, les recourantes avaient également désigné spécifiquement un responsable QSE, respectivement un poste de « Gestion environnement ». Dans le projet soumissionné, le poste de Responsable durabilité et environnement est le seul poste clé relatif à l'environnement prévu par le pouvoir adjudicateur, ce qui démontre qu'il correspond bien aux postes de « Gestion environnement » et « QSE » des précédents projets. Pour finir, il ressort du dossier que le projet a été présenté aux soumissionnaires potentiels lors d'une séance qui s'est tenue le 8 juillet 2021. Les recourantes ont également eu la possibilité de poser des questions via SIMAP durant le délai d'établissement des offres, ce qu'elles n'ont pas fait. Elles n'ont pas davantage interpellé le pouvoir adjudicateur à la suite de son courrier du 15 décembre 2021 qui pourtant indiquait clairement que la personne clé J6.11 ne répondait pas aux exigences minimales des dispositions de l'appel d'offres. Elles sont donc malvenues de soutenir, à ce stade de la procédure, que l'exigence minimale EM1 J6.11 était formulée de manière ouverte, de sorte qu'elles ne connaissaient pas les attentes du pouvoir adjudicateur pour ladite personne clé, qu'elles rencontraient par ailleurs pour la première fois. A noter toutefois que, dans leurs observations finales, elles ont, de manière contradictoire, indiqué que « Da die Anforderung [EM1 J6.11] für die Beschwerdeführerinnen klar war, gab es keinen Grund, im Rahmen der Fragerunde oder nach Erhalt des Schreibens der Vergabestelle vom 15. Dezember 2021 Rückfragen zu stellen ».

#### **E. 6.3.4**

Il suit de tout ce qui précède que rien dans le dossier ne permet, raisonnablement et de bonne foi, de suivre l'interprétation des recourantes selon laquelle c'est un poste tel que celui occupé par A. \_\_\_\_\_ dans le projet de référence et dans celui M. \_\_\_\_\_, soit Conducteur de travaux au sein du bureau technique sur le chantier, que le pouvoir adjudicateur attendait en l'occurrence pour la personne clé J6.11. Aussi, contrairement à ce que font valoir les recourantes, le pouvoir adjudicateur n'a pas donné à l'exigence minimale EM1 J6.11 Responsable durabilité et environnement une signification qui s'écarte d'une interprétation des dispositions de l'appel d'offres conforme au principe de la confiance. Le prénommé a par ailleurs indiqué dans ses écritures que tous les autres soumissionnaires avaient compris ses attentes pour la personne clé J6.11 et que seules les recourantes avaient été exclues de la procédure de soumission. Partant, en demandant aux personnes interrogées si A. \_\_\_\_\_ avait bien assumé la fonction de Responsable durabilité et environnement dans le projet de référence et dans celui M. \_\_\_\_\_, le pouvoir adjudicateur s'est correctement renseigné. Les informations ainsi obtenues ne résultent dès lors pas d'une formulation erronée ou d'une mauvaise compréhension de la question posée, comme l'affirment les recourantes.

#### **E. 6.4**

Ceci étant, il convient d'examiner si les renseignements ainsi récoltés permettent, comme le soutient le pouvoir adjudicateur, de retenir que A. \_\_\_\_\_ ne répondrait pas aux exigences minimales EM1 J6.11 et que, partant, les recourantes auraient fourni de fausses informations.

#### **E. 6.4.1**

Celles-là font valoir à cet égard que lesdits renseignements ont été recueillis auprès de personnes n'ayant pas eu de contacts directs avec A. \_\_\_\_\_ et n'ayant donc pas été proposées comme personnes de référence. Elles ne pourraient dès lors pas se prononcer sur les tâches assumées par A. \_\_\_\_\_ en lien avec l'environnement dans le projet de référence et, partant, sur ses qualifications. Les recourantes se plaignent en outre de ce que l'on ne trouve dans le dossier aucun renseignement qui aurait été directement obtenu auprès de B. \_\_\_\_\_, à savoir la personne de référence indiquée dans l'offre complétée. Il ne leur semble pas non plus que le pouvoir adjudicateur ait interrogé qui que ce soit sur l'offre et le curriculum vitae complétés ni même que ceux-ci aient été transmis à quiconque. S'agissant du projet M. \_\_\_\_\_, elles relèvent que la personne interrogée par le pouvoir adjudicateur, à savoir F. \_\_\_\_\_, ne se trouvait sur place qu'une fois par mois. Les renseignements fournis par celui-ci ne sont donc pas pertinents ; c'est le SER qui était en charge de ces questions.

#### **E. 6.4.2**

Le principe de la bonne foi exige certes que le pouvoir adjudicateur se détermine d'abord sur la base des informations fournies dans l'offre. Toutefois, selon la jurisprudence, celui-ci est en principe autorisé, dans le cadre de l'établissement des faits, à s'informer au-delà des renseignements transmis par le soumissionnaire (cf. ATF 139 II 489 consid. 3.2). En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a indiqué, dans ses écritures, que B. \_\_\_\_\_, personne de référence proposée, s'était récusée en raison de liens familiaux avec une personne occupant une fonction dirigeante auprès d'un autre soumissionnaire. Les renseignements ont donc notamment été pris auprès de E. \_\_\_\_\_, cheffe de projet Environnement auprès du pouvoir adjudicateur, par l'intermédiaire de J. \_\_\_\_\_, membre du comité restreint du présent projet. E. \_\_\_\_\_ était en charge des questions environnementales dans le projet de référence. Il ressort ainsi des renseignements pris par J. \_\_\_\_\_ - recensés dans un courriel du 8 novembre 2021 à l'adresse du pouvoir adjudicateur - que A. \_\_\_\_\_ ne peut se prévaloir que d'une seule année d'expérience professionnelle, et ce en qualité de Conducteur de travaux, ce qui ne correspond aucunement aux attentes que l'on peut avoir d'un Responsable durabilité et environnement dans un projet dans lequel cette dimension peut être qualifiée de hautement sensible (fonction clé). Renseignements pris auprès de ses collègues ayant travaillé avec A. \_\_\_\_\_, il indique que celui-ci n'a été aucunement impliqué dans les aspects environnementaux du projet de référence. Dans un second courriel du 27 janvier 2022 destiné au pouvoir adjudicateur, J. \_\_\_\_\_ a indiqué, s'appuyant sur l'organigramme du projet de référence, que A. \_\_\_\_\_ assumait uniquement la fonction de Conducteur de travaux. Il a ajouté que, selon le SER, le prénommé n'a, à aucun moment, été en charge des aspects environnementaux dans le projet de référence, cette fonction ayant été assurée par d'autres personnes. Dans un courriel du 8 février 2022, le pouvoir adjudicateur s'est également adressé à E. \_\_\_\_\_ en lui demandant de lui confirmer que A. \_\_\_\_\_ exerçait une autre fonction pour elle dans le projet de référence que celle de Responsable durabilité et environnement, auquel elle a apporté, le jour même, la réponse suivante : « Nous (mon responsable SER et moi-même) n'avons jamais eu affaire à cette personne pour des questions de durabilité et environnement sur le lot 2 du projet [de référence]. Je ne sais pas s'il avait une autre fonction sur ce chantier et, cas échéant, laquelle cela pouvait être. Voir avec les CPG. La référence ci-dessous est donc incorrecte ». Le pouvoir adjudicateur a également contacté O. \_\_\_\_\_, qui est le maître d'ouvrage sur le

projet M.\_\_\_\_\_, en lui demandant de lui confirmer que A.\_\_\_\_\_ avait travaillé sur ce projet en tant que Responsable durabilité et environnement et pas uniquement en tant que Conducteur de travaux. Par courriel du 18 février 2022, F.\_\_\_\_\_, chef de projet, a répondu que A.\_\_\_\_\_ y occupait, depuis le mois d'octobre 2021, la fonction de bureau technique. Il a ajouté qu'en tant que collaborateur du bureau technique, il est la cheville ouvrière de tous les sujets techniques. En ce qui concerne l'environnement, c'est le SER qui joue le rôle de chef de file. Il a ajouté qu'il ne pouvait pas dire dans quelle mesure A.\_\_\_\_\_ était suffisamment qualifié en tant que Responsable durabilité et environnement car il occupe une autre fonction dans le projet M.\_\_\_\_\_.

#### **E. 6.4.3**

Les personnes interrogées par le pouvoir adjudicateur ont ainsi toutes nié que A.\_\_\_\_\_ avait assumé la fonction de Responsable durabilité et environnement tant dans le projet de référence que dans celui M.\_\_\_\_\_. Les recourantes ne contestent d'ailleurs pas que A.\_\_\_\_\_ n'a pas assumé la fonction de Responsable durabilité et environnement au sens où il convient de l'entendre. Elles indiquent en effet elles-mêmes que les tâches que le prénommé a effectuées dans le projet de référence et qui sont détaillées dans l'offre complétée sont les tâches typiques d'un Conducteur de travaux (cf. consid. 6.2 ci-dessus). Partant, l'on ne saurait reprocher au pouvoir adjudicateur d'avoir considéré que les attributions de A.\_\_\_\_\_ dans le projet de référence (ainsi que dans celui M.\_\_\_\_\_), où il a occupé le poste de Conducteur de travaux au sein du bureau technique, n'étaient pas comparables à celles attendues en l'espèce pour le poste clé de Responsable durabilité et environnement. Contrairement à ce qu'avancent les recourantes, une comparabilité des attributions était expressément exigée, dans les dispositions de l'appel d'offres, pour l'ensemble des personnes clés (J6) et, donc, également pour le Responsable durabilité et environnement (J6.11) (cf. consid. 5.1 ci-dessus). La justification de la comparabilité des tâches était par ailleurs expressément requise dans la fiche de référence remplie par les recourantes, ce qu'elles ont de surcroît compris au vu des explications fournies dans leur offre complétée (cf. consid. 5.4 ci-dessus).

#### **E. 6.4.4**

En tout état de cause, à supposer que A.\_\_\_\_\_ ait exercé, dans le projet de référence, des attributions comparables à celles d'un Responsable durabilité et environnement, il y a lieu de rappeler que la qualification des soumissionnaires est à examiner sur la base des renseignements et justificatifs requis et fournis. En l'espèce, la référence produite, de même que celle relative au M.\_\_\_\_\_, ainsi que les renseignements recueillis auprès des personnes interrogées n'ont pas permis d'établir que A.\_\_\_\_\_ satisfaisait à l'exigence minimale EM1 J6.11. Il n'appartient en principe pas au pouvoir adjudicateur de clarifier la question de l'aptitude d'un soumissionnaire lorsque les preuves apportées ne satisfont pas aux exigences fixées dans les documents d'appel d'offres. Ceci vaut même si, ce faisant, l'offre économiquement la plus avantageuse ne peut être prise en considération (cf. arrêt du TAF B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 8.2.1). De même, sous la double réserve des éclaircissements fournis dans le cadre de l'épuration des offres et de la prohibition du formalisme excessif, l'on ne saurait, en vertu du principe de l'égalité de traitement, remédier ultérieurement à une aptitude insuffisante ou insuffisamment prouvée à la date d'expiration du dépôt des offres (cf. art. 34 al. 1 LMP). Ainsi, une offre dans laquelle manquent tout ou partie des moyens de preuve de l'aptitude requis doit en principe être écartée et ne saurait être ultérieurement complétée par le soumissionnaire concerné (cf. JAAC 2004 n°10 p. 112

consid. 3c.aa et réf. cit.). Il suit de là que les pièces produites par les recourantes, dans le cadre de la procédure de recours, visant à attester des compétences de A. \_\_\_\_\_ en tant que Responsable durabilité et environnement sont, quoi qu'il en soit, tardives. Au demeurant, ces pièces ne sont pas aptes à prouver que A. \_\_\_\_\_ dispose d'une expérience préalable comparable à celle d'un Responsable durabilité et environnement. En effet, celles-ci indiquent quelles tâches en lien avec l'environnement ont été assumées par A. \_\_\_\_\_ en tant que Conducteur de travaux au sein du bureau technique sur le chantier dans le projet de référence. Or, comme déjà exposé, ce n'est pas le poste clé attendu en l'espèce selon l'exigence minimale EM1 J6.11. Sur le vu de ce qui précède, le tribunal admet, conformément à la retenue qu'il s'impose (cf. consid. 6.3.1 ci-dessus), que c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur a considéré que l'offre des recourantes ne répondait pas au critère d'exigence minimale EM1 J6.11.

#### **E. 6.4.5**

A noter enfin que, contrairement à ce que prétendent les recourantes, l'exigence minimale EM1 J6.11 ne saurait être qualifiée d'excessive ou de disproportionnée en tant que seules celles-ci ont été exclues de la procédure de soumission. En tout état de cause, elles devaient soulever ce moyen dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offres (cf. art. 53 al. 2 LMP) ; elles sont dès lors forcloses à le faire valoir contre leur exclusion.

#### **E. 7**

Reste pour finir à examiner si l'exclusion de l'offre des recourantes ne consacre pas une violation du droit.

#### **E. 7.1**

Celles-ci avancent en effet qu'à supposer que leur offre ne satisfait pas à l'exigence minimale EM1 J6.11 ou qu'elles aient fourni de faux renseignements sur ce point, une exclusion serait excessivement formaliste puisque ce manquement ne résulterait probablement que d'une erreur mineure dans l'établissement de l'offre. Une exclusion serait de même disproportionnée par rapport à l'enjeu économique dès lors qu'elle reviendrait à payer (en adjugeant le marché aux intimées) plus de (...) millions de francs supplémentaires les travaux mis au concours pour la seule raison que l'une des douze personnes clés proposées ne remplirait pas entièrement les exigences requises. A fortiori, l'on ne saurait exclure une offre en raison d'un simple malentendu quant aux exigences posées à une personne clé. De même, une telle sanction est d'autant moins justifiée que les soumissionnaires sont déjà tenus, de par la loi et par contrat, de respecter toutes les exigences en matière de protection de l'environnement et de développement durable. A cela s'ajoute le fait que les exigences posées au Responsable durabilité et environnement sont en l'espèce incontestablement dépassées en tant que A. \_\_\_\_\_ est engagé à plein temps dans le projet alors qu'un engagement à temps partiel est admissible, c'est dire l'importance qu'elles accordent à la durabilité et à la protection de l'environnement. Il est donc incompréhensible qu'une exclusion soit nécessaire pour atteindre les objectifs environnementaux du pouvoir adjudicateur. Une exclusion serait ainsi en outre contraire à l'objectif d'une concurrence efficace.

#### **E. 7.2**

L'art. 44 al. 1 LMP prévoit que l'adjudicateur peut notamment exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication s'il est constaté en particulier que le soumissionnaire ne remplit pas ou plus les conditions de participation à la procédure d'adjudication (al. 1 let. a).

L'exclusion relève donc de la marge d'appréciation du pouvoir adjudicateur ; elle n'est pas automatique (cf. arrêt du TAF B-2686/2022 du 16 janvier 2023 consid. 3.4). Les critères de qualification sont destinés à garantir que seuls les soumissionnaires vraisemblablement aptes à exécuter correctement le mandat aient une chance d'obtenir l'adjudication (cf. Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, 2012, n° 1478 ss ; Christoph Jäger, *Ausschluss vom Verfahren - Gründe und der Rechtsschutz/I.-III.*, *Aktuelles Vergaberecht* 2014, p. 325 ss, p. 343 n° 48). Les critères de qualification sont en principe des critères d'exclusion en ce sens que même le défaut d'un seul d'entre eux doit entraîner l'exclusion (cf. ATF 141 II 353 c. 7.1, 139 II 489 consid. 2.2.4), sauf lorsque les vices sont insignifiants et que l'exclusion apparaîtrait disproportionnée (cf. ATF 143 I 177 consid. 2.3.1 ; arrêts du TF 2C\_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 3.3 et 2C\_665/2015 du 26 janvier 2016 consid. 1.3.3). Tel est le cas lorsque l'offre souffre d'un défaut de moindre importance ne justifiant pas une exclusion (cf. art. 44 al. 1 let. b LMP a contrario), tel une erreur formelle ou l'absence d'un document, dont l'omission résulte manifestement d'une inadvertance. Dans ces situations, le soumissionnaire doit être invité à réparer le vice. Doit en revanche être exclu le soumissionnaire qui ne propose pas des personnes clés répondant aux attentes minimales de l'adjudicateur figurant dans l'appel d'offres (formation et références), puisque les capacités techniques ne sont pas suffisantes (cf. arrêts du TAF B-7337/2010 du 15 avril 2011 consid. 12.2 et B-8062/2010 du 15 avril 2011 consid. 14.2 ; Jean-Michel Brahier, *Marchés publics* 2018, note de bas de page n° 29). Enfin, l'insuffisance face à un critère de qualification ne peut pas être compensée par un excédent face à d'autres critères (cf. arrêt du TAF B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 8.1.1 et 8.2.1).

### **E. 7.3**

En l'espèce, le défaut d'expérience comparable de A. \_\_\_\_\_ au poste de Responsable durabilité et environnement ne résulte pas d'une erreur ou d'une inadvertance. Il a été démontré ci-dessus que l'offre des recourantes ne satisfaisait pas à l'exigence minimale EM1 J6.11. Que ce manquement découle d'une mauvaise compréhension des dispositions de l'appel d'offres par les recourantes n'y change rien. De même, le fait que A. \_\_\_\_\_ soit engagé à plein temps dans le projet ou que l'offre des recourantes soit meilleur marché que celle des intimées ne permet pas de compenser le manque de qualification suffisante du prénommé pour occuper le poste clé J6.11 dans le marché soumissionné. Le ch. 3.3 des dispositions de l'appel d'offres indiquait expressément que l'offre devait impérativement remplir les exigences minimales EM, faute de quoi elle ne serait pas prise en compte dans l'évaluation. A cela s'ajoute que le pouvoir adjudicateur a informé les recourantes, le 15 décembre 2021, que la personne clé J6.11 proposée ne répondait pas aux exigences minimales et leur a offert d'y remédier. L'on ne saurait ainsi non plus y voir un quelconque formalisme excessif ou une violation du principe de proportionnalité. C'est donc à juste titre que le pouvoir adjudicateur a écarté l'offre des recourantes de la procédure de soumission. Ceci étant, nul n'est besoin d'examiner si l'offre des recourantes devait également être exclue en application de l'art. 44 al. 2 let. a LMP.

### **E. 8**

En définitive, il y a lieu d'admettre que l'exclusion de l'offre des recourantes de la procédure d'adjudication ne procède pas d'une violation du droit fédéral.

### **E. 9**

En tant que l'offre des recourantes a été valablement exclue de la procédure de passation, celles-ci n'ont pas d'intérêt digne de protection à recourir contre la décision d'adjudication ; le marché ne peut dans tous les cas leur être attribué. La conclusion du recours tendant à l'annulation de la décision d'adjudication est de ce fait irrecevable (cf. Jäger, op. cit., p. 356 n° 88 ; arrêts du TAF B-7337/2010 précité consid. 5 et B-1470/2010 du 29 septembre 2010 consid. 1.7).

#### **E. 10**

Mal fondé, le recours doit ainsi être rejeté, dans la mesure où il est recevable.

#### **E. 11**

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

#### **E. 12**

S'agissant enfin du droit à la consultation du dossier, le juge instructeur a transmis aux recourantes, par ordonnance du 18 novembre 2022, les pièces, communiquées par le pouvoir adjudicateur, ayant fondé leur exclusion de la procédure d'adjudication, telles que sollicitées dans leur recours. Dans leurs observations finales, elles ont relevé que, dès lors que le pouvoir adjudicateur avait fourni tous les documents et informations pertinents relatifs à l'objet du litige, leur droit à l'accès au dossier avait été respecté. La requête des recourantes tendant à la consultation des pièces du dossier relatives à l'appréciation du critère d'exigence minimale EM1 J6.11 est ainsi devenue sans objet.

#### **E. 13**

Afin de démontrer que les informations fournies dans leur offre sont correctes et que A.\_\_\_\_\_ remplit les exigences minimales EM1 J6.11, les recourantes ont encore sollicité dans leurs écritures l'audition, à titre de témoins, des personnes interrogées par le pouvoir adjudicateur et de celles désignées dans leur soumission, ainsi que l'audition de A.\_\_\_\_\_ et de G.\_\_\_\_\_, chef de projet SER dans le projet M.\_\_\_\_\_. Elles ont encore demandé à ce qu'une expertise soit réalisée afin de déterminer, dans un projet tel que celui mis au concours, quelles sont les tâches du bureau technique et des Conducteurs de travaux qui y travaillent et notamment quelles sont leurs tâches en matière de développement durable et de protection de l'environnement. Selon la jurisprudence, l'autorité peut renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 140 I 285 consid. 6.3.1, 136 I 229 consid. 5.3, 130 II 425 consid. 2.1, 125 I 127 consid. 6c/cc in fine, 124 I 208 consid. 4a et réf. cit. ; arrêts du TAF B-325/2013 du 20 mai 2014 consid. 4.2 in fine et B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 7.1). En l'espèce, il a été démontré plus haut que, sur la base des éléments dont il disposait, le pouvoir adjudicateur n'a ni excédé ni abusé de son pouvoir d'appréciation en retenant que A.\_\_\_\_\_ n'avait pas exercé la fonction de Responsable durabilité et environnement dans le projet de référence au sens où il convient de l'entendre, ce que les recourantes ont par ailleurs elles-mêmes reconnu (cf. consid. 6.4.3 et 6.4.4 ci-dessus). Aussi, il n'est nullement pertinent de déterminer quelles sont les tâches en lien avec l'environnement d'un Conducteur de travaux au sein du bureau technique, que ce soit dans le projet de référence ou dans celui mis au concours. Partant, il y a lieu de rejeter les réquisitions de preuve sollicitées par les recourantes.

#### **E. 14**

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (cf. art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF). En l'espèce, il y a lieu d'arrêter les frais de procédure à 50'000 francs et de les mettre à la charge des recourantes. Ceux-ci sont compensés par l'avance de frais, du même montant, acquittée par les prénommées le 11 octobre 2022.

#### **E. 15**

Compte tenu de l'issue de la procédure, les recourantes n'ont pas droit à des dépens (cf. art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF a contrario). Quant au pouvoir adjudicateur, il n'y a, en toute hypothèse, pas droit (cf. art. 7 al. 3 FITAF ; arrêt du TAF B-5379/2021 du 30 mai 2022 consid. 9).

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