

BVGer B-4657/2009 vom 6. August 2009

Bundesverwaltungsgericht, 2009-08-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4657_2009

FR: TAF B-4657/2009 du 6 août 2009

IT: TAF B-4657/2009 del 6 agosto 2009

Regeste

Marchés publics

Erwägungen

E. 1.1

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours contre les décisions d'adjudication et d'interruption de la procédure d'adjudication dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) (art. 29 let. a LMP en relation avec l'art. 27 al. 1 LMP). Le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour déterminer si c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas conformé à la LMP, en n'attribuant pas un marché selon les dispositions de la loi ou en ne choisissant pas la procédure qui se serait imposée. En effet, la question de savoir si, dans un cas concret, on a renoncé à l'une des procédures prévues par la loi (procédure ouverte ou sélective) au profit d'une procédure sur invitation ou de gré à gré ne peut échapper entièrement au contrôle par le juge. Sinon, le pouvoir adjudicateur aurait la faculté de se soustraire à ce contrôle par le seul biais du recours aux clauses d'exception prévues à l'art. 3 al. 2 LMP, ce qui aurait pour effet de vider de sa substance la protection juridique dans le domaine des marchés publics (décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 1.1 et les réf. cit.). Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour connaître du présent litige.

E. 1.2

Le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour statuer sur des demandes d'octroi d'effet suspensif (art. 28 al. 2 LMP). 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. 1.3

Selon l'art. 39 al. 1 LTAF, le juge instructeur est compétent pour prendre des décisions concernant l'effet suspensif (voir message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000 ss, spéc. 4190). Il ne ressort cependant pas des travaux préparatoires que l'art. 39 al. 1 LTAF doit être considéré comme une *lex specialis* qui exclurait l'application de l'art. 55 al. 2 PA et la faculté de permettre au collège des juges de statuer sur cette question. Compte tenu de l'importance que la décision sur l'effet suspensif revêt en général dans le domaine des marchés publics, le Tribunal administratif fédéral a, dans sa jurisprudence constante rendue dans ce domaine, considéré

qu'une décision prise en collège n'était nullement exclue et qu'elle n'entraînait aucun désavantage juridique pour les recourants (décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-3402/2009 du 2 juillet 2009 consid. 1.2). Il n'y a en l'espèce pas lieu de s'écarter de cette jurisprudence.

E. 1.4

Il convient de constater qu'en l'occurrence les recourantes 1 et 2 ont pris part à la procédure devant le pouvoir adjudicateur. En tant que destinataires des actes attaqués, elles sont sans autre légitimées à demander que des mesures d'ordre procédural soient prises (décision incidente du Tribunal administratif fédéral A-2656/2009 du 15 juin 2009 consid. 2 ; REGINA KIENER in Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungs-verfahren, Zurich 2008, ad art. 55 PA n° 12 ; voir également ATF 129 II 286 consid. 1.3).

E. 2

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 qui devraient être pris en considération pour décider de l'octroi ou du refus de l'effet suspensif. Selon les principes développés par la jurisprudence et la doctrine à propos de l'art. 55 PA, auxquels il convient dès lors de se référer, l'octroi, le retrait ou la restitution de l'effet suspensif résultent d'une comparaison des intérêts à l'exécution immédiate de la décision d'une part, et au maintien du régime antérieur jusqu'à droit connu, d'autre part. Il s'agit donc de procéder à une pondération des intérêts publics et privés, respectivement entre des intérêts privés divergents. (ATF 129 II 286 consid. 3, 117 V 185 consid. 2b, 110 V 40 consid. 5b, 106 Ib 115 consid. 2a ; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Zurich 2006, p. 385 ss no 1802 ss. ; Pierre Moor, Droit administratif, vol. II, 2e éd., Berne 2002, p. 680 ss). 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, montre 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 (ATAF 2007/13 consid. 2.1 et réf. cit. ; B-3311/2009 consid. 2.1 et 2.2). Disposant d'une certaine marge d'appréciation, l'autorité se fonde en principe sur les documents qui sont dans le dossier et examine *prima facie* la requête d'effet suspensif, sans ordonner des compléments de preuves (ATF 117 V 185 consid. 2b, 110 V 40 consid. 5b, 106 Ib 115 consid. 2a). 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, dans le cadre d'un examen *prima facie* sur la base du dossier, la recevabilité du recours apparaît invraisemblable ou si un recours recevable apparaît manifestement mal fondé, la demande d'effet suspensif est d'emblée vouée à l'échec. Une pondération des intérêts ne s'avère dans ce cas-là pas nécessaire. En revanche, si la recevabilité du recours paraît *prima facie* vraisemblable ou douteuse et que le recours ne paraît pas dénué de chances de succès ou qu'il existe des doutes à ce propos, la pondération des intérêts en présence doit être effectuée (B-3311/2009 consid. 2.2 ; décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1). Selon la jurisprudence constante de l'ancienne commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM), que le Tribunal administratif fédéral a fait sienne dans son arrêt publié aux ATAF 2007/13, il

convient, dans la pondération des intérêts, de tenir compte de ceux des recourantes consistant au maintien de la possibilité d'obtenir l'adjudication (décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 2). A ces intérêts, s'opposent les intérêts publics que le pouvoir adjudicateur doit prendre en compte. 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) (FF 1994 IV 995 ss), le Conseil fédéral relève en effet 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 (AIMP), 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 (arrêt du Tribunal fédéral 2P.165/2002 du 6 septembre 2002 consid. 2.2.2 ; voir dans le même sens ATAF 2008/7 consid. 3.3). Les éventuels intérêts de tiers, notamment des autres participants à une procédure de marchés publics, doivent, de jurisprudence constante, également être pris en considération. Compte tenu notamment des objectifs poursuivis par l'art. XX ch. 2 et 7 de l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS 0.632.231.422), entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1996, il convient toutefois de veiller à ne pas rendre illusoire la garantie d'une protection juridique efficace (ATAF 2007/13 consid. 2.2 et réf. cit.).

E. 3

Dès lors que le pouvoir adjudicateur a conclu à l'irrecevabilité du recours, il sied de procéder, en premier lieu, à l'examen de cette question.

E. 3.1

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

E. 3.2

La LMP s'applique uniquement aux marchés publics visés par l'AMP, alors que les autres marchés de la Confédération sont réglés par l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11). Il ressort de la systématique de la LMP (section 5) qu'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 dans la LMP (a contrario art. 2 al. 3 4e phrase LMP, voir aussi art. 39 OMP ; ATAF 2008/61 consid. 3.1, 2008/48 consid. 2.1 ; arrêt de la CRM du 11 octobre 2001, publié in JAAC 66.4 consid. 1b et les réf. cit.). La LMP 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 la valeur du marché public à adjuger atteint les seuils prescrits à l'art. 6 al. 1 LMP et, enfin, si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions prévues à l'art. 3 LMP.

E. 4.1

A titre liminaire, il y a lieu de préciser que le soumissionnaire qui a accepté de s'engager dans une procédure qu'il considère après coup erronée peut, *prima facie*, alléguer, dans le cadre du recours contre l'adjudication, qu'il n'existe aucune exception au sens de l'art. 3 LMP (arrêt de la CRM du 19 juillet 1999 publié in JAAC 64.8 consid. 1b/cc).

E. 4.2

Dans ses observations responsives, le pouvoir adjudicateur conclut principalement à l'irrecevabilité des recours, attendu que les décisions attaquées ne seraient pas susceptibles de recours dès lors qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'une procédure sur invitation contenue au chapitre 3 de l'OMP et que l'art. 39 postule que les décisions prises conformément aux procédures d'adjudication prévues dans le présent chapitre ne sont pas sujettes à recours.

E. 4.3

Aux termes de l'art. 2 al. 1 LMP, est soumise à la loi, l'administration générale de la Confédération. En l'espèce, il n'est pas contesté que le pouvoir adjudicateur, 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. 4.4

Par marché de construction au sens de la LMP, on entend un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la réalisation de travaux de construction de bâtiments ou de génie civil au sens du ch. 51 de la Classification centrale des produits (liste CPC) selon l'appendice 1, annexe 5, de l'Accord GATT (art. 5 al. 1 let. c LMP). Il n'est en l'espèce pas contesté que le marché en cause porte sur des travaux de construction, soit l'assainissement des joints de chaussée sur le tronçon Venness-Villeneuve et qu'un tel marché rentre dans cette catégorie.

E. 4.5

Se fondant sur l'art. 3 al. 2 let. b LMP, le pouvoir adjudicateur allègue que le marché litigieux ne tombe pas sous le champ d'application de la LMP et que, partant, les recours ne sont pas recevables dès lors que la décision entreprise n'est pas susceptible de recours.

E. 4.5.1

Dans son courrier du 25 juillet 2009, le pouvoir adjudicateur expose qu'en janvier 2008, peu après que la construction et l'entretien des routes nationales aient passé sous la responsabilité de la Confédération, deux incidents imputables à des joints défectueux ont été enregistrés sur l'autoroute N1 dans la région d'Yverdon. Dans le premier cas, un morceau de métal arraché par un camion a été projeté sur la vitre avant du véhicule qui suivait. Dans l'autre cas, le passage sur un joint défectueux a entraîné l'éclatement d'un pneu. Il ajoute que, après avoir constaté, en novembre 2008, que deux joints gravement endommagés menaçaient de se briser sur des ponts situés à Chexbres et à Bahyse, il a fait changer ces joints dans l'urgence pendant 4 semaines en novembre 2008. Ces événements l'ont conduit à faire procéder, au cours du dernier trimestre 2008, à une expertise de tous les joints des ponts construits entre le milieu des années septante et le début des années quatre-vingt. Le résultat de cette expertise a montré que, sur le tronçon entre Venness et Villeneuve, 32 joints étaient endommagés à des degrés divers. 7 d'entre eux, en mauvais état, devaient être changés dans un délai de 3 à 6 mois (catégorie 4) ; 7, jugés dans un état défectueux avancé, devaient l'être dans un délai de 1 à 2 ans (catégorie 3-4) et 18, jugés dans un état défectueux, devaient être changés dans un délai de 3 à 5 ans (catégorie 2). Enfin, deux joints, dans un état alarmant, ont été remplacés immédiatement en 2008. En mars 2009, il a encore été informé que l'un des joints qualifiés de défectueux s'était entre-temps rompu. Dans sa réponse du 29 juillet 2009, le pouvoir adjudicateur allègue

s'être appuyé sur la clause d'exception contenue à l'art. 3 al. 2 let. b LMP dans la mesure où les travaux concernés devaient impérativement être réalisés avant l'hiver 2009, qu'une procédure appliquée à la lettre aurait signifié un temps de préparation et de réalisation internes bien plus important, ce qui aurait à son tour réduit le délai de réalisation des travaux et qu'il fallait enfin tenir compte du fait que l'adjudication pouvait être attaquée et des éventuels retards liés à la procédure. Ce faisant, il a considéré qu'il n'y avait pas d'autre mesure moins radicale dans l'application de la loi que l'exception précitée. Il indique en outre avoir estimé, dans le cas présent, que les délais de préparation et de réalisation pour une adjudication de gré à gré seraient aussi longs que pour une procédure sur invitation et avoir donc décidé de permettre un minimum de concurrence en adressant une invitation à huit entreprises, en réduisant néanmoins le délai de dépôt des offres de 20 jours. Dans leur réponse du 30 juillet 2009 au courrier du 25 juillet 2009, les recourantes 1 exposent que 3 des 6 joints à changer dans un délai de 3 à 6 mois l'ont déjà été par le consortium adjudicataire et elles se déclarent prêtes à changer les 3 autres dans des délais courts. Elles considèrent que, pour les 24 autres, il n'existe aucune urgence qui aurait empêché le pouvoir adjudicateur de respecter les procédures ordinaires de passation des marchés publics, d'autant qu'il est établi que, en 2008, des travaux ont pu se dérouler au cours du mois de novembre, de sorte que le délai prévu pour les travaux aurait pu sans problème être rallongé. Dans leurs déterminations du 31 juillet 2009, les recourantes 2 ont répondu dans le même sens que les recourantes 1. Elles ont toutefois précisé que 7 joints, et non pas 6, devaient être changés dans un délai de 3 à 6 mois.

E. 4.5.2

A teneur de l'art. 3 al. 2 let. b LMP, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'adjuger un marché selon les dispositions de la présente loi lorsque la protection de la santé et de la vie de personnes, d'animaux ou de plantes l'exige. L'art. 3 al. 2 LMP repose sur l'art. XXIII ch. 2 AMP, lequel prévoit que, sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer, soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie quelconque d'instituer ou d'appliquer des mesures : nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou à la protection de la propriété intellectuelle; ou se rapportant à des articles fabriqués ou des services fournis par des personnes handicapées, ou dans des institutions philanthropiques, ou dans les prisons. Il ressort du message du Conseil fédéral que le refus d'appliquer la loi doit être objectivement justifié et ne saurait créer une discrimination arbitraire ou infondée d'autres soumissionnaires (FF 1994 IV 995 ss, spéc. 1221). Dès lors, les exceptions, en vertu desquelles le pouvoir adjudicateur est fondé à adjuger un marché selon une procédure qui n'est pas assujettie à la LMP, doivent être limitées aux mesures nécessaires. Une mesure est nécessaire lorsqu'il n'existe aucune autre mesure moins restrictive apte à atteindre le but visé (JAAC 64.8 consid. 2aa). Les art. 3 al. 2 let. a et b LMP et XXIII ch. 2 AMP n'autorisent ainsi pas le pouvoir adjudicateur à exclure automatiquement un marché du champ d'application de la LMP pour les motifs qu'ils mentionnent. La non-application de la loi est à limiter aux cas exceptionnels pour lesquels la protection des bonnes moeurs, de l'ordre public, de la sécurité publique, de la santé et de la vie de personnes ou encore d'animaux ou de plantes ne peut pas être assurée autrement, ceci conformément au principe de proportionnalité (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des

öffentlichen Beschaffungsrechts, vol. I : Landesrecht, 2e éd., Zurich-Bâle-Genève 2007, p. 70 ss).

E. 4.5.3

En faisant application de l'art. 3 al. 2 let. b LMP, le pouvoir adjudicateur a ainsi considéré qu'il ne pouvait pas assurer, dans les délais requis, autrement que par la mise en oeuvre d'une procédure non assujettie à la loi, la protection de la santé et de la vie des usagers de la N9, compte tenu notamment du temps de préparation et de réalisation internes nécessité par une procédure prévue par la LMP. Il convient dès lors d'examiner *prima facie* s'il était possible d'atteindre ces objectifs autrement, soit par l'application d'une procédure d'adjudication prévue par la loi. Il résulte de l'art. 19 OMP que les délais minimums fixés par le pouvoir adjudicateur pour le dépôt des demandes de participation ou des offres sont dans le cas de la procédure ouverte de 40 jours. L'adjudicateur peut écourter le délai imparti pour présenter une offre si les conditions prévues à l'art. XI ch. 3 AMP sont réunies. Ce délai sera, en règle générale, de 24 jours au minimum ; il ne devra en aucun cas être inférieur à dix jours (al. 4). L'art. XI ch. 3 AMP postule que les délais mentionnés au paragraphe 2 pourront être écourtés dans les circonstances suivantes : lorsque l'urgence dûment établie par l'entité rendra inobservables les délais en question, les délais spécifiés au paragraphe 2 pourront être écourtés mais ils ne seront en aucun cas inférieurs à 10 jours à compter de la parution de l'avis mentionné au paragraphe 1 de l'art. IX (let. c). Il ressort du dossier que le pouvoir adjudicateur a invité, le 6 avril 2009, huit entreprises à soumissionner pour lesdits travaux, que celles-ci ont répondu aux alentours du 15 avril 2009, qu'après avoir pris connaissance des entreprises intéressées, le pouvoir adjudicateur leur a envoyé un dossier d'appel d'offres le 7 mai 2009 avec un délai de dépôt des soumissions au 27 mai 2009. Il s'est donc écoulé 51 jours entre l'invitation à soumissionner et le dépôt des offres. Il s'ensuit qu'on ne peut pas exclure *prima facie* qu'il aurait été possible, en dépit des contraintes temporelles, de lancer une procédure ouverte pour autant que le seuil requis soit considéré comme atteint. En outre, et bien que le pouvoir adjudicateur prétende dans ses observations qu'il n'a jamais voulu invoquer cette disposition, sans d'ailleurs en expliquer les motifs, une adjudication de gré à gré fondée sur l'art. 13 al. 1 let. d OMP aurait également pu être envisagée. Enfin, le dossier d'appel d'offres constitué par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure sur invitation paraît complet. Il comprend notamment tous les éléments nécessaires à la pondération des offres. Il ne semble dès lors pas, dans le cadre d'un examen *prima facie*, qu'une adjudication du marché selon les règles d'une procédure soumise à la loi aurait nécessité un temps de préparation et de réalisation internes plus important. Il résulte de ce qui précède que la protection de la vie et de la santé des usagers de la N9 ne nécessitait pas de faire application de la clause d'exception de l'art. 3 al. 2 LMP et que le pouvoir adjudicateur aurait donc pu adjuger le marché litigieux en respectant les règles de passation ordinaires dans la mesure où le temps à disposition le lui permettait. *Prima facie*, il convient de constater que le pouvoir adjudicateur n'était ainsi, selon toute vraisemblance, pas fondé à s'appuyer sur l'art. 3 al. 2 let. b LMP pour exclure le marché public en cause de l'application de la LMP et procéder à une adjudication de gré à gré fondée sur l'art. 36 al. 2 let. a OMP.

E. 4.6

Il reste à examiner la question de l'application de la loi en raison des seuils prévus à l'art. 6 al. 1 LMP et dans l'ordonnance du DFE du 27 novembre 2008 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour l'année 2009 (RS 172.056.12). Selon l'art. 1 de l'ordonnance

précitée, la valeur seuil pour les ouvrages se monte à 9,575 mio de francs.

E. 4.6.1

Les recourantes 1 et 2 font valoir que le marché litigieux dépasse largement le seuil requis et que la LMP était donc applicable sous cet angle également. Les recourantes 2 exposent en substance que le pouvoir adjudicateur a fait une évaluation irréaliste de la valeur du marché eu égard aux travaux à entreprendre, que le principe de la prudence commandait de tenir compte que, selon l'expérience, des travaux complémentaires provoquent fréquemment des surcoûts qui auraient aussi dû être pris en compte pour évaluer la prestation mise en soumission et que le pouvoir adjudicateur ne pouvait ainsi ni imaginer ni même envisager que le seuil déclencheur ne serait pas atteint ou proche de l'être. Se référant au montant des travaux confiés finalement à l'adjudicataire, soit Fr. 9'409'014.- toutes taxes comprises, elles reprochent au pouvoir adjudicateur d'avoir joué avec l'ampleur du marché au moment du choix de la procédure et d'avoir ainsi contrevenu aux buts poursuivis par la législation sur les marchés publics. Enfin, les recourantes constatent que le ch. 4.2 des conditions générales du document d'appel d'offres prévoit lui-même que la procédure de soumission est régie par les dispositions de l'AMP. Elles constatent également que l'adjudicataire a bénéficié d'un allègement contractuel substantiel dans le sens de la suppression des pénalités de Fr. 20'000.- par jour calendaire de retard et des sanctions financières de Fr. 10'000.- pour chaque cas de non respect des horaires prévus aux ch. 5.7, respectivement 5.9 des conditions particulières du document d'appel d'offres. Elles considèrent que ces pénalités à intégrer dans l'offre, estimées à 1,5 mio de francs par les recourantes 1 et au minimum à 1 mio de francs par les recourantes 2, doivent également être prises en compte pour le calcul du seuil, lequel serait ainsi clairement dépassé. Dans sa réponse du 29 juillet 2009, le pouvoir adjudicateur relève qu'il a commis une inadvertance en laissant subsister la référence à l'AMP au ch. 4.2 des dispositions générales. Il l'impute au fait que les documents d'appel d'offres s'inspirent d'un fichier type où figurait ce libellé qu'il a oublié d'effacer. Il ajoute toutefois que cette inadvertance était facilement reconnaissable et que les recourantes pouvaient lire à plusieurs endroits que la procédure à laquelle elles participaient était une procédure sur invitation. S'agissant de la valeur seuil au sens de l'art. 6 LMP, le pouvoir adjudicateur expose que la valeur estimée du marché était de 3,5 mio de francs, soit un montant bien inférieur au seuil requis. Alléguant que la question du champ d'application de la loi ne dépend pas du montant des offres reçues mais de la valeur du marché estimée par le pouvoir adjudicateur, celui-ci soutient que la valeur estimée était réaliste, tout en admettant que, rétrospectivement, il n'est pas impossible qu'il se soit montré un peu optimiste dans son évaluation initiale. Enfin, le pouvoir adjudicateur ne conteste pas que le consortium adjudicataire n'ait pas été menacé des pénalités que prévoyaient les conditions particulières du document d'appel d'offres. Il relève toutefois que, du fait de l'interruption de la procédure sur invitation et du passage à une procédure de gré à gré, il n'était plus lié par les conditions qui prévalaient dans la procédure précédente. Au reste, le pouvoir adjudicateur soutient que les recourantes se trompent lorsqu'elles allèguent qu'il aurait fallu ajouter un montant de 1 à 1,5 mio de francs à l'offre de l'adjudicataire en raison des pénalités. Il expose à ce propos que ce n'est que dans la location de chaussée qu'il est usuel d'englober les montants éventuels d'un malus dans l'offre, que tel n'était pas le cas en l'occurrence et qu'au demeurant, rien ne signalait dans les offres des recourantes qu'elles avaient elles-mêmes calculé un poste de réserve pour ces coûts éventuels.

E. 4.6.2

Comme le relève à juste titre le pouvoir adjudicateur, l'estimation préalable qu'il fait de la valeur du marché est l'élément déterminant pour apprécier si le seuil fixé par la loi et l'ordonnance est atteint (B-3311/2009 consid. 3.5). Lorsqu'un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un ouvrage, leur valeur totale est déterminante (art. 7 al. 2 LMP).

E. 4.6.3

Selon la doctrine, la pratique enseigne combien le franchissement des seuils est une question épineuse dès lors qu'il est difficile de savoir à l'avance quel sera exactement l'ampleur finale du marché considéré. Le pouvoir adjudicateur est en droit de se tromper, aussi longtemps qu'il est de bonne foi. Il ne l'est certainement pas s'il sait à l'avance que la prestation adjugée ne suffira pas pour réaliser le projet escompté mais qu'il s'y tient afin de rester en dessous des seuils. Aussi, cet auteur suggère au praticien de ne pas "jouer" avec l'ampleur du marché en relevant qu'un montant d'adjudication très proche du seuil paraîtra a priori suspect aux juges appelés à le contrôler et que la réalisation d'un ouvrage provoque très fréquemment des surcoûts en cours de réalisation, en particulier en cas de modification de commande (JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY in Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, vol. 17, Fribourg 2002, p. 81 ss). Selon une opinion semblable exprimée en doctrine, le pouvoir adjudicateur ne doit pas calculer trop étroitement la valeur du marché et devrait plutôt se référer à la marge supérieure de l'estimation (Galli/Moser/LANG/CLERC, op. cit., p. 81 no 183 avec réf. à la jurisprudence cantonale). Dans le même sens, le Tribunal administratif du canton de Zurich a considéré que le choix de la procédure à retenir devait se déterminer en fonction de la marge supérieure de l'estimation. Dans l'affaire à juger, les offres variaient entre Fr. 89'247.40 et Fr. 168'513.50 de sorte qu'il fallait en tous les cas estimer le marché à plus de Fr. 100'000.- et le tribunal a jugé que le pouvoir adjudicateur aurait été retenu de choisir une procédure sur invitation (arrêt VB 1999.00125 du 3 novembre 1999 publié en extrait in Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts [RB] 1999 no 65 consid. 2b). Les principes ci-dessus paraissent raisonnables et il serait pour le moins hardi pour un pouvoir adjudicateur de se risquer à n'estimer la valeur du marché que par le bas pour se soustraire à l'application de la loi.

E. 4.6.4

En l'espèce, pour estimer la valeur du marché, le pouvoir adjudicateur a fait appel à trois bureaux d'ingénieurs. Le premier a établi un devis pour les travaux à accomplir sur les ouvrages Cornallaz, Chenaux et Rio d'Enfer, le deuxième, pour les ouvrages Criblette, Crau-Coulet, Clarens et Cabinet et le troisième, pour l'ouvrage Chandelard. Les divers montants articulés dans ces devis totalisaient ensemble Fr. 3'504'784.- hors taxes. Compte tenu du fait que ce montant représente 36,6% de la valeur seuil de 9,575 mio de francs, on ne peut, prima facie du moins, pas faire grief au pouvoir adjudicateur d'avoir voulu "jouer" avec le franchissement des seuils, ce d'autant qu'il estimait pouvoir se prévaloir de l'exception prévue l'art. 3 al. 2 LMP. L'examen des offres déposées dans la procédure sur invitation et de l'offre transmise par l'adjudicataire de gré à gré fait toutefois apparaître des différences très importantes avec le montant estimé par le pouvoir adjudicateur. A elle seule, l'offre des recourantes 2, portant uniquement sur le lot no 2, dépasse déjà de plus de 1,4 mio de francs le montant estimé pour l'ensemble des travaux. L'offre de la recourante 1, portant sur les lots nos 1 et 2, est supérieure au triple du montant estimé. Enfin, l'offre finalement adjugée

de gré à gré est deux fois et demie plus élevée que le montant estimé. Comme relevé ci-dessus, le montant estimé par le pouvoir adjudicateur est déterminant pour apprécier si les seuils prévus par la loi sont atteints. C'est donc à lui de déterminer, sous cet angle, si le marché qu'il entend mettre au concours est soumis à la loi. Cette compétence a pour corollaire que l'estimation à laquelle il se livre doit être faite avec sérieux et prudence. Il est certes possible qu'un adjudicateur puisse se tromper de bonne foi. Mais compte tenu des objectifs poursuivis par la loi, on ne saurait admettre que le bien-fondé d'une estimation ne puisse pas être soumis au contrôle du juge. Or, en l'espèce, il paraît établi, dans le cadre d'un examen *prima facie*, que le montant estimé est très éloigné de la réalité. Le pouvoir adjudicateur ne peut donc pas sans autre se prévaloir de sa propre estimation pour persister à soutenir que le seuil de l'art. 6 LMP ne serait pas atteint. Même s'il s'est fondé de bonne foi sur les devis soumis par les bureaux d'ingénieurs, il n'en reste pas moins que le principe de la bonne foi ne peut être utilisé pour vider la loi de sa substance et réaliser des objectifs que le législateur n'a pas voulu atteindre (ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. 1, Neuchâtel 1984, p. 389). Le marché objet de la procédure a en l'occurrence été adjugé pour un montant de Fr. 8'744'436.- hors taxes, soit pour un montant qui n'est inférieur que de 8,6% à la valeur seuil de 9,575 mio de francs pour les ouvrages de construction. Au regard de l'offre des recourantes 1 de Fr. 11'779'543.-, elle-même supérieure de 21% à cette valeur seuil, il y a lieu de considérer que, indépendamment même de la question de l'incidence des pénalités prévues, une estimation réaliste devait conduire à conclure que le marché objet de la procédure se situait dans une tranche très proche ou dépassant le seuil prévu à l'art. 6 LMP. Force est donc de constater que la valeur des travaux de construction en cause a très vraisemblablement été sous-estimée par le pouvoir adjudicateur et que, au vu des offres obtenues, on ne saurait pas non plus, dans le cadre d'un examen *prima facie*, exclure d'emblée une application de la loi en raison du non-franchissement du seuil.

E. 4.6.5

Au reste, les conditions touchant au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours sont réalisées.

E. 4.7

Il résulte ainsi de l'examen *prima facie* que les recours n'apparaissent ni manifestement irrecevables ni manifestement mal fondés. Il convient dès lors de procéder à la pondération des intérêts en présence pour juger de la requête portant sur l'effet suspensif.

E. 5.1

En principe, l'effet suspensif ne peut plus être accordé lorsqu'un contrat est déjà conclu entre l'adjudicateur et un soumissionnaire. Il convient cependant de déroger à cette règle lorsqu'il existe *prima facie* des doutes suffisants quant à la validité de la conclusion du contrat (B-3402/2009 consid. 7.1 et les réf. cit. ; décision incidente de la CRM du 15 juillet 1997 publiée in JAAC 62.32I consid. 2a et 2c). Dans sa réponse au recours, le pouvoir adjudicateur relève que si l'interruption de la procédure n'a pas fait l'objet d'une décision séparée, c'était pour rendre public simultanément le nom de l'adjudicataire. Il souligne qu'il aurait pu informer les acteurs impliqués dès la mi-juin, dès réception de l'offre de l'adjudicataire et de son évaluation et que ce retard s'explique probablement par un excès de travail en interne. Il n'en reste pas moins que la méthode choisie par le pouvoir adjudicateur apparaît critiquable. Elle a eu pour conséquence de priver les recourantes de la possibilité

d'attaquer la décision d'interruption et de requérir l'effet suspensif en temps utile. En outre, en concluant le contrat deux jours après la notification des décisions attaquées, le pouvoir adjudicateur l'a fait sans attendre de savoir si un recours allait être déposé, ce que la jurisprudence interdit, à l'exception des cas de nécessité absolue (décision incidente de la CRM du 16 novembre 2001 publiée in JAAC 66.37, consid. 2a et 2b) Quand bien même le contrat a été conclu, il convient dès lors de procéder à la pesée des intérêts.

E. 5.2

Dans le cas d'espèce, les intérêts des recourantes résident dans la possibilité de voir leur offre respective évaluée et de pouvoir obtenir le marché. Il s'agit en l'occurrence d'intérêts financiers et commerciaux auxquels vient s'ajouter l'intérêt public à une protection juridique efficace. De son côté, le pouvoir adjudicateur fait pour l'essentiel valoir la sécurité du trafic autoroutier ainsi que le danger pour la vie et l'intégrité corporelle que représentent les joints défectueux sur les ouvrages, objet de la procédure. L'essentiel des motifs invoqués ont été mentionnés au consid. 4.5.1 ci-dessus auquel il est renvoyé. Il n'est pas contesté que 7 joints doivent être changés dans un délai de 3 à 6 mois (catégorie 4). Il ressort en outre du dossier (annexe à la réponse du pouvoir adjudicateur du 29 juillet 2009) que l'un des joints du pont du Cabinet, pourtant rangé dans la catégorie des joints défectueux nécessitant une intervention dans les 3 à 5 ans (catégorie 3), s'est rapidement détérioré de sorte qu'une intervention est nécessaire à court terme et un changement d'ici la fin de l'année. De même, un joint du pont de la Paudèze au km 10.850, également rangé dans la catégorie 3, s'est lui aussi détérioré et doit être vérifié sans plus tarder. Ceci montre que, nonobstant la catégorie dans laquelle ils ont été rangés suite aux expertises effectuées au cours du dernier semestre 2008, les joints, objet des travaux, présentent des risques à ne pas sous-estimer. Si les incidents dans la région d'Yverdon (projection de la partie métallique d'un joint arraché par un camion sur la vitre avant du véhicule qui suivait et éclatement d'un pneu après le franchissement d'un joint défectueux) ne concernent pas le tronçon A9 de l'autoroute N9, il n'en reste pas moins qu'ils montrent que des défauts des joints comportent des risques sérieux pour la sécurité du trafic autoroutier dont on ne peut nier qu'il est particulièrement dense sur le tronçon en cause. Le pouvoir adjudicateur expose enfin de manière convaincante que les travaux doivent impérativement être achevés avant le mois de novembre, soit avant les températures hivernales et les premières chutes de neige. Il est selon lui possible que des joints cassent à tout moment, que des parties métalliques s'en détachent avec le risque d'accident qui en découle et ajoute que les opérations de déneigement entraînent une contrainte mécanique élevée qui s'exerce sur ces joints, provoquant par là directement une dégradation de leur état. Les recourantes 2 contestent que les travaux ne puissent pas être réalisés au cours du mois de novembre et produisent des documents concernant une intervention par elles faite en novembre et décembre 2008 sur un joint du pont de la Bahyse, soit vraisemblablement dans le cadre de l'intervention d'urgence sur ce pont, mentionnée par le pouvoir adjudicateur dans son courrier du 25 juillet 2009. En tout état de cause, il ressort des documents produits que les travaux n'ont pu être achevés entièrement, que les deux appuis de culée manquants ont été provisoirement calés au motif que leur remplacement ne pourrait s'effectuer que lorsque les conditions météorologiques permettraient la mise en oeuvre de mortiers de scellement des nouveaux appuis. Au regard de ces divers éléments, il convient d'admettre que l'intérêt public invoqué par le pouvoir adjudicateur, en l'occurrence les impératifs de la sécurité du trafic, est prépondérant, qu'il l'emporte sur les intérêts des recourantes et qu'il commande de ne pas interrompre les travaux en cours jusqu'à droit connu sur les recours. Le fait que les recourantes se déclarent

prêtes à intervenir à court terme sur les objets de la catégorie 4, qui n'ont pas déjà été changés par l'adjudicataire, n'est pas de nature à modifier cette appréciation notamment en raison de l'écoulement du temps et des contraintes qu'impliqueraient le démontage du chantier de l'adjudicataire et la mise en place du nouveau.

E. 5.3

Il résulte de ce qui précède que les demandes d'octroi de l'effet suspensif doivent être rejetées, ce qui entraîne l'annulation de la mesure superprovisionnelle, objet des ch. 3 des dispositifs des ordonnances du Tribunal administratif fédéral du 21 juillet 2009 et de l'ordonnance subséquente rendue le 24 juillet 2009.

E. 6

Consultation des pièces du dossier (...)

E. 7

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

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