

BVGer B-6744/2023 vom 20. August 2024

Bundesverwaltungsgericht, 2024-08-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6744_2023

FR: TAF B-6744/2023 du 20 août 2024

IT: TAF B-6744/2023 del 20 agosto 2024

Regeste

Marchés publics

Erwägungen

E. 1

l'effet suspensif est accordé au présent recours ;

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. a 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 notamment sur des services (cf. consid. 1.1.3) dont la valeur atteint la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation (cf. consid. 1.1.4) et si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions prévues par 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 ; 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'adjudication (cf. art. 53 al. 1 let. 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. 1 LMP, sont notamment soumises à la loi les unités de l'administration fédérale centrale (let. a). En l'espèce, il n'est pas contesté que l'Office fédéral des routes OFROU appartienne à l'administration fédérale centrale, de sorte qu'il revêt la qualité d'adjudicateur au sens de l'art. 4 al. 1 let. a LMP.

E. 1.1.3

Il n'est pas contesté en l'espèce qu'il s'agit de services au sens de l'art. 8 al. 2 let. c LMP. Il sied toutefois encore de déterminer si ceux-ci sont soumis aux accords internationaux. Les services soumis aux accords internationaux sont listés à l'annexe 3 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. arrêts du TAF B-1865/2023 du 21 septembre 2023 consid. 1.1.3 et les réf. cit.). In casu, l'appel d'offres fait référence aux catégories du CPV (Common Procurement Vocabulary) 71000000 « services d'architecture,

services de construction, services d'ingénierie et services d'inspection », 71300000 « services d'ingénierie », 71322000 « services de conception technique pour la construction d'ouvrage de génie civil », 71500000 « services relatifs à la construction » et 71600000 « service d'essais techniques, services d'analyse et services de conseil » qui correspondent aux numéros CPC prov 867 selon l'annexe 3 ch. 1 no 19 LMP et l'appendice I, annexe 5 AMP 2012, si bien qu'il s'agit de services 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 et à 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 seuils indiqués à l'annexe 4 ch. 1. La valeur seuil pour les marchés de services, en procédure sur invitation, se monte à 150'000 fr. (cf. ch. 2 de l'annexe 4 LMP) et à 230'000 fr. pour être soumise aux accords internationaux en ce qui concerne les adjudicateurs visés à l'art. 4 al. 2 let. b LMP (cf. ch. 1.1 de l'annexe 4 LMP), comme en l'espèce. Si la valeur du marché atteint uniquement la valeur seuil de 150'000 fr. et pas celle de 230'000 fr., l'effet suspensif ne peut pas être accordé (cf. art. 52 al. 1 et 2 LMP ; arrêt du TAF B-1865/2023 du 21 septembre 2023 consid. 1.1.4).

E. 1.1.4.2

En l'espèce, le marché litigieux a été adjugé pour un prix de (...) avec 7,7% de TVA de sorte que le seuil déterminant pour l'application de la loi et des accords internationaux aux services (cf. art. 8 al. 4 LMP) est 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 sur les marchés publics 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

Selon l'art. 48 al. 1 PA, a qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.

E. 1.3.1

En l'espèce, l'offre du groupement Z. _____ a été déposée par X. _____ SA et X. _____ SA (cf. p. 4 de l'offre). Cependant, ses écritures ne font mention ni de l'existence

du groupement ni de cette deuxième société. La procuration annexée au recours n'a été quant à elle établie qu'au nom de X._____ SA. Il semble ainsi que seule cette dernière a recouru contre la décision d'adjudication. Or, selon la jurisprudence, les membres d'un consortium évincé doivent recourir conjointement contre une décision d'adjudication, tels des consorts nécessaires (cf. ATF 131 I 153 consid. 5 ; ATAF 2008/7 consid. 2.2.2 ; décision incidente du TAF B-5500/2021 du 29 juillet 2022 consid. 5.4.3.2 et les réf. cit.). Néanmoins, ladite procuration a été signée par l'administrateur président de X._____ SA lequel exerçait la même fonction au sein de C._____ SA et disposait pour chacune d'elles de la signature individuelle (cf. extraits du registre de commerce : [https://\(...\)](https://(...)) et [https://\(...\)](https://(...))), consulté le 16 juillet 2024). Ainsi, il y a lieu d'admettre que le groupement Z._____ a valablement recouru.

E. 1.3.2

Le tribunal constate également que ces deux entreprises ont fusionné en (...) 2024 et ne forment dès lors plus qu'une seule société. Lors d'une fusion de sociétés, la substitution de partie s'opère de plein droit en vertu du droit fédéral (cf. art. 22 de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine [Loi sur la fusion, LFus, RS 221.301]; arrêt du TF 4A_205/2021 du 20 décembre 2021 consid. 1.1). Le consentement de l'autre partie n'est pas nécessaire, la fusion constituant un cas de succession universelle (cf. art. 17 al. 3 de loi fédérale du 4 décembre 1947 sur la procédure civile fédérale [PCF, RS 273] ; ATF 106 II 346 consid. 1 ; ATAF 2020 IV/4 consid. 9.2.1). En l'occurrence, C._____ SA a été absorbée par X._____ SA. La fusion déploie ses effets à partir de l'inscription au registre du commerce le (...) 2024. La substitution de partie par suite de fusion est ainsi intervenue de plein droit et doit être prise en considération d'office. Partant, force est de constater que X._____ SA constitue dès lors la seule partie recourante (ci-après : la recourante).

E. 1.4

Enfin, l'intérêt digne de protection du soumissionnaire évincé est notamment reconnu lorsque celui-ci a été classé au deuxième rang derrière l'adjudicataire et qu'il aurait, en cas d'admission de son recours, disposé d'une réelle chance d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ; arrêt du TAF B-4028/2023 du 20 mars 2024 consid. 1.3.1 et les réf. cit.). En l'espèce, d'après le tableau d'évaluation des offres, la recourante s'est classée au deuxième rang. De plus, en cas d'admission de son recours, au vu des griefs invoqués, elle disposerait d'une réelle chance d'obtenir le marché. Par conséquent, elle jouit d'un intérêt digne de protection à l'examen du bien-fondé de l'adjudication prononcée. Sur le vu de ce qui précède, la qualité pour recourir doit donc lui être reconnue.

E. 1.5

Les dispositions relatives à la représentation (cf. art. 11 al. 1 PA), au délai de recours (cf. art. 56 al. 1 et 2 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.

E. 1.6

Le recours est dès lors recevable, sous réserve de ce qui suit. 2. La recourante relève que, d'après ses calculs, les intimées auraient dû obtenir pour le critère CA3 « prix » la note de 4,64 et non de 4,65. Le pouvoir adjudicateur concède que la note dudit critère est erronée et que celle-ci doit être de 4,64, soit 139 points. Cependant, cette erreur n'a aucune incidence quant au classement des offres. En l'espèce, il y a lieu de constater que, même avec la

diminution de sa note à ce sous-critère, l'offre des intimées affiche un total de 412 points contre 396 points pour celle de la recourante. Dans ces circonstances, cette erreur ne permet pas à elle seule de changer le classement des offres et de conduire à l'adjudication du marché à la recourante. 3. La recourante met en cause l'impartialité du pouvoir adjudicateur dans l'évaluation des offres, sous plusieurs angles.

E. 2

principalement, la décision d'adjudication du 17 novembre 2023 est réformée en ce sens que le marché litigieux est attribué à la recourante ;

E. 3

subsidiairement, la décision d'adjudication du 17 novembre 2023 est annulée et l'affaire est renvoyée à l'autorité adjudicatrice pour nouvelle décision dans le sens de considérants ;

E. 3.1

En vertu de l'art. 29 al. 1 Cst., toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. L'art. 11 let. a LMP prévoit que lors de la passation des marchés publics, l'adjudicateur doit agir de manière transparente, objective et impartiale. Aussi, dans le cadre d'une procédure d'adjudication, les soumissionnaires ont également un droit à ce que leur offre soit évaluée par une autorité d'adjudication indépendante et impartiale (cf. arrêts du TAF B-4028/2023 du 20 mars 2024 consid. 7.1.1 et les réf. cit.). L'art. 11 let. b LMP indique par ailleurs que le pouvoir adjudicateur doit prendre des mesures notamment contre les conflits d'intérêts. Selon l'art. 3 al. 1 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 12 février 2020 sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11), les collaborateurs d'un adjudicateur et les tiers mandatés par ce dernier, qui participent à une procédure d'adjudication, sont tenus de déclarer leurs activités accessoires, leurs autres mandats et les liens d'intérêts susceptibles de conduire à un conflit d'intérêt lors de la procédure d'adjudication (let. a) et de signer une déclaration d'impartialité (let. b). En outre, l'adjudicateur doit veiller à ce que ses collaborateurs qui participent à des procédures d'adjudication soient régulièrement informés de la façon dont ils peuvent éviter efficacement les conflits d'intérêts et la corruption (cf. al. 2). Ces obligations découlent notamment du principe de la transparence. Selon l'art. 2 let. b LMP, la transparence des procédures d'adjudication constitue l'un des objectifs du droit des marchés publics. Elle est un gage d'équité et d'accès au marché et sert à interpréter les dispositions qui en suivent (cf. message du Conseil fédéral, FF 2017 1695, p. 1728 et 1730). Selon la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancien droit - laquelle doit également être appliquée in casu - le principe de la transparence doit être respecté tout au long de la procédure d'adjudication, même après sa clôture. Ce principe se concrétise notamment dans l'obligation de documentation (cf. art. 40 al. 2 LMP), laquelle constitue une condition pour une protection juridique effective. En effet, sans une documentation suffisante, il n'est pas possible de déterminer de manière claire et suffisamment précise si la procédure d'adjudication s'est déroulée conformément au droit (cf. arrêts du TAF B-1606/2020 du 7 octobre 2020 consid. 3.4 et B-5601/2018 du 24 avril 2019 consid. 9.1 ; Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, no 23 ss et 57 ss). Ainsi, dès lors que l'art. 3 al. 1 let. b OMP exige la signature d'une déclaration d'impartialité par les personnes appelées à évaluer les offres, il y a lieu d'en déduire que la documentation doit également porter sur les circonstances pouvant éventuellement susciter un doute sur leur impartialité. La simple confirmation par le collaborateur qu'il n'existe pas de motifs de

récusation ne suffit en effet pas à écarter un motif de partialité (cf. arrêt du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 5.8 et les réf. cit.).

E. 3.2

La recourante soutient en premier lieu que l'erreur de calcul pour la note du critère CA3 émanerait d'une volonté du pouvoir adjudicateur de favoriser l'offre des intimées. Le pouvoir adjudicateur indique que l'erreur de calcul n'est pas une erreur de l'équipe d'évaluation. Il explique que les prix sont évalués au moyen d'un tableau Excel dans lequel les prix des offres ont été correctement saisis. Les formules de ce tableau ont ensuite arrondi le prix de l'offre de l'adjudicataire à 4,65, soit 140 points, au lieu de 4,64, soit 139 points. Le tableau contient ainsi un problème d'arrondi : le résultat de 4,65 dépend de l'intermédiaire de la colonne D (différence par rapport à l'offre la plus avantageuse en pourcent égal à la déduction de points sur le maximum de points en pourcent). En ajoutant deux positions décimales sur ce calcul intermédiaire, il survient un changement de note et de points. Les calculs ont ensuite été refaits sans calcul intermédiaire sur une feuille Excel vierge. Il souligne que, selon le masque Simap (sic), les notes pour le prix sont à arrondir à deux chiffres après la virgule et qu'il faut tenir compte des centièmes pour le calcul du prix. Ainsi, sur le vu de ce qui précède, il appert que l'erreur relative à la notation du critère CA3 des intimées relève d'un problème d'arrondi et de transposition de calculs. De plus, comme relevé précédemment, cette erreur n'a aucune incidence quant au classement des offres (cf. consid. 2). Partant, on ne saurait déduire de cette simple erreur d'arrondi une quelconque volonté du pouvoir adjudicateur de favoriser les intimées ni une évaluation arbitraire des offres. Par sa critique, la recourante se contente d'affirmer y voir la preuve d'une partialité, elle n'apporte toutefois aucun élément concret permettant de le démontrer. Infondé, le recours doit dès lors être rejeté pour ce motif.

E. 3.3

La recourante soutient ensuite que D. _____ aurait dû se récuser de la procédure d'adjudication en raison de son ancien rapport de travail avec E. _____ SA, à savoir une société-fille de A. _____ SA avant leur fusion en mai 2022.

E. 3.3.1

Le pouvoir adjudicateur relève d'abord que ce grief serait tardif, dès lors que la recourante ne l'a soulevé que dans le cadre du recours contre l'adjudication. Or, elle a pris connaissance de l'implication de D. _____ dans l'évaluation des offres lors du débriefing déjà.

E. 3.3.1.1

L'art. 13 LMP prévoit que « 1 Ne peuvent participer à la procédure d'adjudication, du côté de l'adjudicateur ou du jury, les personnes qui : a. ont un intérêt personnel dans le marché ; b. sont liées par les liens du mariage ou du partenariat enregistré ou mènent de fait une vie de couple avec un soumissionnaire ou un membre de l'un de ses organes ; c. sont parentes ou alliées, en ligne directe ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale, d'un soumissionnaire ou d'un membre de l'un de ses organes ; d. représentent un soumissionnaire ou ont agi dans la même affaire pour un soumissionnaire, ou e. ne disposent pas, pour toute autre raison, de l'indépendance nécessaire pour participer à la passation de marchés publics. 2 La demande de récusation doit être déposée immédiatement après la prise de connaissance du motif de récusation. 3 L'adjudicateur ou le jury statue sur les demandes de récusation en l'absence de la personne concernée »

E. 3.3.1.2

Selon l'art. 13 al. 2 LMP, le soumissionnaire ne doit pas attendre l'adjudication pour formuler un grief de partialité, mais déposer une demande de récusation dès qu'il a connaissance de faits rendant probable l'existence d'une partialité. Le principe selon lequel un soumissionnaire doit invoquer les irrégularités présumées dès qu'il en a pris connaissance vaut pour l'ensemble de la procédure d'adjudication. Il n'est donc pas question d'attendre, pour dénoncer une irrégularité quelle qu'elle soit, que le marché ait été adjugé à un concurrent. Si le soumissionnaire ne respecte pas l'incombanance de faire valoir immédiatement ses griefs, il peut perdre le droit de faire recours (cf. message du Conseil fédéral du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics [FF 2017 1695], p. 1761, ci-après : message du Conseil fédéral). En effet, selon la pratique, le principe de la bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit ancrés dans l'art. 5 al. 3 Cst. exigent qu'un motif de récusation allégué soit invoqué le plus tôt possible, c'est-à-dire à la première occasion après en avoir eu connaissance. Il est en effet contraire au principe de la bonne foi de ne soulever de tels griefs que dans le cadre de la procédure de recours, alors que le vice aurait pu être reconnu et invoqué auparavant (cf. ATF 132 II 485 consid. 4.3 ; arrêts du TAF B-7171/2023 du 12 juin 2024 consid. 3.2.2 et B-3126/2023 du 22 novembre 2023 consid. 4.2).

E. 3.3.1.3

En l'espèce, il est admis que l'identité des membres de l'équipe d'évaluation n'est publiée ni dans l'appel d'offres ni dans les documents y relatifs. Il est également admis que c'est seulement lors du débriefing du 21 novembre 2023 que la recourante a appris l'implication de D._____ dans l'évaluation des offres. Il suit de là qu'elle ne disposait de toutes les informations pour justifier la demande de récusation qu'au plus tôt à cette date-là, soit après la publication de l'adjudication du marché litigieux le 17 novembre 2023. Ainsi, le dépôt d'une pareille demande, postérieure à l'attribution du marché, n'aurait eu aucune influence sur la procédure d'adjudication. Dans ces circonstances, on ne saurait reprocher à la recourante d'avoir soulevé l'éventuelle partialité du pouvoir adjudicateur dans le cadre du recours contre l'adjudication (dans ce sens, voir décision incidente du TAF B-5452/2015 du 3 février 2016 consid. 4.2). Partant, contrairement à ce que prétend le pouvoir adjudicateur, le grief de défaut d'indépendance n'est nullement tardif.

E. 3.3.2

Le pouvoir adjudicateur indique ensuite que le marché litigieux n'a pas été attribué à A._____ SA mais au consortium composé de celle-ci et d'une autre entreprise. En l'espèce, il convient de rappeler tout d'abord qu'une communauté de soumissionnaires ou un consortium est une association libre de deux ou plusieurs personnes physiques ou morales juridiquement indépendantes qui présentent une demande de participation et/ou une offre conjointe les engageant solidairement à fournir la totalité de la prestation proposée (cf. Trüeb/Clausen, in : Wettbewerbsrecht II, 2ème éd., no 2 ad. art. 31 LMP) Elle consiste en une société simple au sens des art. 530 ss CO dont le but est d'exécuter le marché après l'adjudication en tant que communauté de travail avec des forces et des moyens communs (cf. Beat Joss, in : Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, nos 5 et 7 ad art. 31 LMP et les réf. cit.). Bien qu'elle n'ait pas de personnalité juridique propre, une communauté de soumissionnaires est considérée comme un seul soumissionnaire en droit des marchés publics (cf. Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, no 1464). Dans ces circonstances, il suffit que la personne du côté du pouvoir adjudicateur

et/ou du jury se trouve dans une des situations décrites à l'art. 13 al. 1 LMP avec l'un des participants du consortium pour que se pose la question de sa récusation (dans ce sens, voir arrêt du TAF B-7171/2023 du 12 juin 2024 consid. 3.4).

E. 3.3.3

La recourante indique que D. _____ a travaillé durant un peu plus de 7 ans au sein de E. _____ SA, à savoir une ancienne société fille de A. _____ SA, avant sa démission en décembre 2021. De plus, celui-ci aurait exercé une influence décisive dans l'attribution du marché aux intimées en leur octroyant systématiquement les meilleures notes. Selon le pouvoir adjudicateur, l'évaluation des offres a été effectuée par un groupe de trois personnes dont faisait partie D. _____, précisant que la démission de celui-ci de E. _____ SA remonte à environ 18 mois. En outre, les notes critiquées par la recourante concernent les critères pour lesquels aucun collaborateur de A. _____ SA n'a été proposé.

E. 3.3.3.1

Depuis l'entrée en vigueur de la révision de la législation sur les marchés publics, l'article 13 LMP prévoit une règle spéciale en matière de récusation. Selon son al. 1, l'obligation de se récuser s'applique à toutes les personnes du côté de l'adjudicateur ou du jury. Ce qui est déterminant, c'est que les personnes concernées puissent avoir une influence de fait sur la décision. Il convient de tenir compte de la fonction concrète de la personne concernée ainsi que de sa position dans la procédure (cf. Pandora Kunz-Notter, in : Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, no 5 ad art. 13 LMP et les réf. cit.). Dans le domaine des marchés publics, il faut éviter que les exigences en matière de récusation ne soient excessives, eu égard notamment au nombre de prestataires relativement restreint dans le secteur hautement spécialisé des technologies de l'information. On ne peut donc pas transposer telle quelle dans le domaine des marchés publics la pratique visant à garantir l'indépendance du juge constitutionnel. Il est par exemple possible que des personnes ayant été employées par des soumissionnaires soient engagées par les adjudicateurs. La question de l'indépendance doit donc être évaluée non pas de façon abstraite, mais en considérant les tâches et les fonctions du droit des marchés publics. Contrairement à ce que prévoit l'art. 10 PA, une simple apparence de partialité ne suffit pas pour fonder une obligation de récusation. Les circonstances justifiant la récusation sont d'autant plus valables que la relation est intense et actuelle, et en règle générale, les relations entretenues par des représentants de l'adjudicateur avec des soumissionnaires dans le cadre d'un contrat en vigueur ou d'une analyse du marché préalable à une acquisition ne sont pas assez étroites pour justifier une récusation. La partialité du pouvoir adjudicateur doit donc affecter concrètement la procédure d'acquisition, tel n'est pas le cas s'il est établi que les facteurs remettant en question l'indépendance n'ont pas influé sur la décision d'adjudication (cf. arrêts du TAF B-7171/2023 du 12 juin 2024 consid. 3.2.1, B-4028/2023 du 20 mars 2024 consid. 7.1.3 et les réf. cit. ; message du Conseil fédéral, FF 2017 1695, p. 1760 s.). Selon la jurisprudence rendue sous l'ancien droit, des liens économiques étroits, tels que des relations de travail ou d'autres rapports commerciaux, ou encore une relation de concurrence, peuvent favoriser les conflits d'intérêts s'ils sont constatés objectivement et présentent une certaine intensité. Plus ces relations ou liens sont étroits et actuels, plus ils sont susceptibles de constituer un motif de récusation. Lorsqu'un ancien employeur est concerné par la procédure, la question de savoir si l'apparence de prévention est donnée dépend de la durée des rapports de travail, du laps de temps écoulé depuis la résiliation de ceux-ci, ainsi que de la position occupée par l'ancien employé (cf. arrêt du TAF

B-4457/2020 du 8 décembre 2020 consid. 4.2 ; décision incidente du TAF B-804/2014 du 17 avril 2014 consid. 5.3.2 et la réf. cit.). Dans la mesure où ladite jurisprudence vise à déterminer l'existence ou non d'un motif de récusation, elle demeure pleinement valable sous l'empire de la LMP actuellement en vigueur (cf. Kunz-Notter, op.cit., no 19 ad art. 13 LMP).

E. 3.3.3.2

En l'espèce, il ressort du dossier que D._____ a exercé en tant qu'ingénieur chef de projet auprès de E._____ SA du 1er septembre 2014 au 31 décembre 2021. Il n'était donc pas dans un rapport de travail contractuel avec A._____ SA (cf. pce 102 des intimées « lettre de démission », pce 1 de la duplique du pouvoir adjudicateur « curriculum vitae de D._____ »). Cependant, avant leur fusion en mai 2022, ladite société détenait le capital-actions de E._____ SA, de sorte que cette dernière était l'une de ses filiales. A._____ SA était ainsi réputée exercer un contrôle sur son organe suprême, à savoir son assemblée générale (cf. art. 698 al. 1 et 963 al. 2 let. a CO ; ATAF 2020 IV/6 consid. 3.2.2). Par conséquent, les deux entreprises étaient dans une relation économique étroite. Cela étant, la question de savoir s'il y a lieu de retenir un lien économique entre D._____ et A._____ SA pouvant justifier sa récusation peut demeurer indéterminée, dès lors que, même dans l'hypothèse où ladite société dût être considérée comme son ancien employeur, la recourante ne saurait en déduire un conflit d'intérêts. En effet, dans le cas présent, quand bien même D._____ a travaillé durant un peu plus de 7 ans au sein de l'entreprise, il y a lieu de relever que l'évaluation des offres a débuté le 20 juin 2023, soit près de 18 mois après sa démission (cf. procès-verbal de l'ouverture des offres). Il apparaît également que celui-ci a travaillé en tant que chef de projet et n'a pas exercé de fonction dirigeante ayant un pouvoir décisionnel au sein de l'entreprise (cf. pce 1 de la duplique du pouvoir adjudicateur « curriculum vitae de D._____ »). Rien ne permet non plus de retenir qu'il serait l'actionnaire de ladite société. Il ne ressort pas davantage du dossier qu'il aurait continué d'entretenir des liens professionnels et/ou personnels avec A._____ SA et/ou E._____ SA après sa démission et qu'il aurait été impliqué dans la préparation de l'offre des intimées ; la recourante ne le prétend d'ailleurs nullement. Par conséquent, eu égard au laps de temps entre la fin des rapports de travail et le début de l'évaluation des offres, aux fonctions de D._____ au sein de l'entreprise ainsi qu'à l'absence de tout lien actuel, voire même récent, avec son ancien employeur, on ne saurait retenir que le prénommé ne dispose pas de l'indépendance nécessaire pour participer à l'évaluation du marché litigieux. Dans ces circonstances, point n'est besoin d'examiner plus avant la question de savoir si la supposée partialité du pouvoir adjudicateur eût concrètement affecté la procédure d'acquisition. Le recours, mal fondé, doit dès lors être rejeté.

E. 3.4

Toutefois, le tribunal constate encore que l'ensemble des membres du comité d'évaluation ont signé la déclaration d'impartialité (cf. p. 8 du rapport d'évaluation). Il y est également indiqué que « l'impartialité des membres chargés de l'évaluation a été vérifiée et a fait l'objet de discussions. Il a été constaté qu'aucun d'entre eux n'était partial ». Si cette indication atteste certes que le point de l'impartialité a été évoqué et qu'un contrôle à ce sujet a été effectué, elle ne permet toutefois en aucune manière de connaître quels ont précisément été les éléments abordés. Or, in casu, l'impartialité des membres du comité d'évaluation n'apparaît pas d'emblée évidente, l'un d'entre eux ayant travaillé durant plusieurs années auprès d'une société filiale de A._____ SA. Dans ces circonstances, on

est en droit d'attendre du pouvoir adjudicateur qu'il consigne au moins cet élément dans la déclaration d'impartialité de même que les raisons pour lesquelles il a estimé qu'un tel lien ne constituait pas un motif de récusation. Ainsi, l'indication figurant dans le rapport d'évaluation se révèle trop sommaire et vague pour satisfaire au principe de la transparence et au devoir de documentation. Néanmoins, selon la jurisprudence, un vice au cours d'une procédure de passation de marché ne justifie toutefois l'admission du recours et l'annulation ou la réforme de l'adjudication que s'il existe des indices que ce vice ait pu exercer une influence défavorable sur celle-ci. Un vice purement objectif ne saurait, faute d'intérêt digne de protection de celui qui s'en prévaut, conduire à l'annulation de la décision attaquée, sauf s'il s'avère particulièrement grave. S'il s'avère possible que, sans le vice de procédure, le résultat de l'adjudication aurait été différent et plus favorable au recourant, il n'est pas nécessaire que celui-ci démontre que ledit vice ait effectivement affecté le résultat de manière causale. Il incombe plutôt au pouvoir adjudicateur de prouver que le vice de procédure constaté n'a pas eu d'effet causal sur le résultat de l'adjudication. Si le lien de causalité ne peut être exclu, le pouvoir adjudicateur supporte les conséquences de l'absence de preuve et le vice de procédure doit être considéré comme suffisamment grave (cf. ATAF 2016/19 consid. 6.3.2 ; arrêt du TAF B-4028/2023 du 20 mars 2024 consid. 10.4 et la réf. cit. ; décision incidente du TAF B-3553/2019 du 24 septembre 2019 consid. 5.2). S'agissant de la violation du devoir de documentation, celui-ci peut notamment avoir pour conséquence qu'il n'est pas possible de retracer le déroulement et le résultat de la procédure d'évaluation - par conséquent, comment les offres ont évolué - et d'ainsi examiner si les principes d'égalité de traitement et de confidentialité des offres ont été respectés par le pouvoir adjudicateur. Dans un tel cas, le vice formel a été jugé suffisamment grave pour pouvoir entraîner l'annulation de l'adjudication (cf. ATAF 2016/19 consid. 6.3.2). La violation peut parfois s'apparenter à une violation de l'obligation de motivation découlant du droit d'être entendu (concernant l'obligation de motiver : ATF 146 II 335 consid. 5.1 et réf. cit.). En effet, l'obligation de documentation découlant du principe de la transparence sert, en partie à tout le moins, le même objectif, à savoir elle tend à exposer les motifs ayant conduit à la prise de décision, et permet ainsi à l'autorité de recours d'exercer correctement son contrôle (s'agissant de l'obligation de motivation : Moser/Beusch/Kneubühler/Kayser, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3ème éd., n° 3.103). Aussi, une violation de l'obligation de documentation doit pouvoir conduire aux mêmes conséquences. En l'espèce, il y a lieu de relever que la recourante connaissait la relation de travail entre D._____ et E._____ SA et que, lors de la séance du débriefing, elle a appris le rôle de celui-ci dans l'évaluation des offres (cf. p. 8 du recours). Ce n'est ainsi pas la procédure de recours qui lui a révélé les informations à documenter. Elle a également pu soulever à temps le grief du défaut d'impartialité de l'examen des offres dans le cadre de son recours (cf. consid. 3.3.1). Cependant, comme indiqué précédemment (cf. consid. 3.3.3), il n'existe aucun motif permettant de remettre en cause l'impartialité de D._____ dans l'évaluation des offres. Dans ces circonstances, même si l'on peut déplorer le manque de transparence du pouvoir adjudicateur dans la documentation des éléments concernant la question d'impartialité des membres du comité d'évaluation, ce manquement consiste, dans le cas présent, en un vice purement objectif nullement susceptible de profiter à la recourante d'une quelconque manière que ce soit. Cela n'a eu aucune influence quant au déroulement et au résultat de la procédure d'adjudication. 4. La recourante se prévaut ensuite d'une violation de son droit d'être entendue, en ce sens que la décision entreprise ne serait pas suffisamment motivée.

E. 4

plus subsidiairement, dans l'hypothèse où l'effet suspensif ne serait pas accordé au présent recours et que l'autorité adjudicatrice aurait conclu le contrat avec l'adjudicataire, le caractère illicite de la décision d'adjudication du 17 novembre 2023 est constaté ;

E. 4.1.1

La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, consacré à l'art. 29 al. 2 Cst., 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 150 III 1 consid. 4.5 et les réf. cit.). 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 145 I 167 consid. 4.4 et les réf. cit.; arrêt du TAF B-4028/223 du 20 mars 2024 consid. 3.1.2 et les réf. cit.).

E. 4.1.2

L'art. 51 al. 2 LMP prévoit que les décisions sujettes à recours doivent être sommairement motivées et indiquer les voies de droit. Cette disposition consiste en une *lex specialis* par rapport à l'art. 35 al. 1 et 3 et à l'art. 36 PA (cf. décision incidente du TAF B-3374/2023 du 28 août 2023 consid. 5.3 et les réf. cit.). Le contenu minimal de la motivation de l'adjudication d'un marché soumis aux accords internationaux est fixé à l'art. XVI par. 1 AMP 2012. Selon celui-ci, tout soumissionnaire a le droit de connaître les raisons pour lesquelles l'adjudicateur n'a pas retenu son offre ainsi que les avantages relatifs à l'offre du soumissionnaire retenu. Dans le cadre de la motivation sommaire et du débriefing, les secrets d'affaires devront être protégés (cf. art. 12 al. 2 OMP ; message du Conseil fédéral, FF 2017 1695, p. 1821). Ainsi, l'art. 51 al. 3 LMP prévoit que la motivation sommaire d'une adjudication comprend notamment le type de procédure d'adjudication utilisé et le nom du soumissionnaire retenu (let. a), le prix total de l'offre retenue (let. b) ainsi que les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue (let. c). Lors du débriefing individuel, on pourra aussi parler des faiblesses relatives des offres non retenues (cf. art. 12 al. 2 OMP ; message du Conseil fédéral, FF 2017 1695, p. 1821). L'art. 51 al. 4 LMP précise encore que l'adjudicateur ne peut fournir aucun renseignement dont la divulgation : enfreindrait le droit en vigueur ou porterait atteinte à l'intérêt public (let. a) ; porterait atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires, ou (let. b) pourrait nuire à une concurrence loyale entre les soumissionnaires (let. c).

E. 4.2

En l'espèce, la décision entreprise indique aux points 1.3 et 3.2 le mode de procédure d'adjudication utilisé, l'identité du soumissionnaire retenu et le prix d'adjudication. Elle expose également au point 3.3 que « après évaluation des offres présentées, les soumissionnaires ont été jugés qualifiés et capables sur les plans financier et économique. De toutes les offres, c'est l'offre de l'adjudicataire qui a reçu le plus de points. Elle est ainsi la plus avantageuse dans son ensemble. L'offre de l'adjudicataire séduit par une très bonne notation dans le critère d'adjudication CA1.1 [qualité du soumissionnaire - responsable APR] ». De plus, dans son courrier du 17 novembre 2023 (cf. pce 5 du recours), le pouvoir adjudicateur a notamment transmis à la recourante un aperçu anonymisé de l'évaluation des offres lequel expose précisément le nombre de points et les notes que les soumissionnaires

ont reçus pour chaque critère d'adjudication (cf. pce 6 du recours). En outre, eu égard aux différents griefs contenus dans son recours, il y a lieu de constater que la recourante a obtenu, lors de la séance du débriefing, des informations concernant l'évaluation de son offre, en particulier les faiblesses de celle-ci. En conséquence, elle disposait de toutes les informations nécessaires pour comprendre le classement de son offre et de l'attaquer devant le tribunal. Il en découle que le pouvoir adjudicateur a satisfait à son devoir de motivation. Autre est toutefois la question de savoir si la motivation est convaincante ; ceci sera examiné ultérieurement (cf. consid. 6 ss). Par surabondance, même s'il eût fallu constater un éventuel défaut de motiver, les explications fournies dans le cadre de la présente procédure l'auraient manifestement guéri. Infondé, le recours doit être rejeté sur ce point.

E. 5

Dans la mesure où la recourante fait grief au pouvoir adjudicateur d'avoir refusé, d'une part, d'établir un procès-verbal de la séance du débriefing et d'autre part, de contresigner les notes qu'elle a prises, son grief ne saurait prospérer. En effet, l'art. 12 OMP en lien avec l'art. 51 LMP prévoit que si un soumissionnaire non retenu le demande, l'adjudicateur procède avec lui à un débriefing (al. 1). Le débriefing consiste en particulier à communiquer au soumissionnaire concerné les principales raisons pour lesquelles son offre a été écartée. Les règles de confidentialité définies à l'art. 51 al. 4 LMP doivent être observées (al. 2). Cette disposition n'oblige aucunement le pouvoir adjudicateur à établir un procès-verbal (voir ég. arrêt du TAF B-1831/2018 du 1er novembre 2018 consid. 2.2.2 et la réf. cit.) ni de contresigner un tel document établi par le soumissionnaire lui-même. Quant à la valeur probante des notes prises par la recourante, lesquelles n'ont pas été validées par le pouvoir adjudicateur, elles doivent dès lors être considérées comme de pures allégations de partie.

E. 6

La recourante s'en prend à l'évaluation du sous-critère CA1.1 à plusieurs titres.

E. 6.1

Elle se plaint en premier lieu d'une violation du principe de la transparence. Elle soutient que, lors de la séance du débriefing, le pouvoir adjudicateur l'aurait informée que l'évaluation dudit sous-critère s'était basée sur trois sous-critères, à savoir le projet de référence, le curriculum vitae, la similarité entre le projet de référence et celui de l'appel d'offres. Or, ces sous-critères ne figurent ni dans l'appel d'offres ni dans les documents y relatifs.

E. 6.1.1

Selon la jurisprudence, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix et l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication, celui-là étant libre de spécifier ses besoins en tenant compte de la solution qu'il désire (cf. ATF 141 II 14 consid. 7.1 et 137 II 313 consid. 3.4 ; arrêt du TAF B-4028/2023 du 20 mars 2024 consid. 9.1 et les réf. cit.). Le principe de la transparence - ancré à l'art. 2 let. b LMP - exige toutefois du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions ; il est également tenu d'indiquer la pondération des critères retenus (cf. art. 29 al. 3 LMP). En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective (cf. ATAF 2011/58 consid. 15.2 et la réf. cit. ; arrêt du TAF B-255/2021 du 30 juin 2021 consid. 3.3 et la réf. cit.). Le

principe de la transparence n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié (cf. ATF 143 II 553 consid. 7.7 et la réf. cit. ; ATAF 2011/58 consid. 15.2 ; arrêt du TAF B-255/2021 du 30 juin 2021 consid. 3.3 et la réf. cit.). Cette jurisprudence, rendue sous l'empire de l'ancien droit, demeure pleinement valable dans le cadre du nouveau droit du marché public (cf. Trüeb/Clausen, op. cit., nos 18 ad. 29 LMP ; Etienne Poltier, droit des marchés publics, 2ème éd., no 574). Une fois les critères d'aptitude et d'adjudication arrêtés dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur doit en règle générale s'y tenir. En vertu des principes de la transparence et de l'égalité de traitement, il ne saurait les modifier ultérieurement. S'il ignore des critères dûment fixés, en modifie la portée ou la pondération ou encore s'il en ajoute de nouveaux, le pouvoir adjudicateur agit de manière contraire au droit des marchés publics (cf. ATAF 2019 IV/1 consid. 3.3 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-4028/2023 du 20 mars 2024 consid. 10.2 et les réf. cit.).

E. 6.1.2

En l'espèce, le sous-critère CA1.1 « responsable APR » a une pondération de 25% et exige ce qui suit : « un objet de référence de complexité comparable, déjà réalisé au cours des 10 dernières années, pour la phase OFROU : DP/MP (ou phases analogues selon SIA 112) et phase SIA 112 : 41, dans le cadre d'une fonction équivalente ou d'une fonction suppléante dans le même domaine spécialisé. Avec indication de la période, du volume investi (montant hors TVA des honoraires supérieur à 250'000.- CHF), des travaux exécutés ou des prestations fournies par la personne-clé, et indication de l'interlocuteur de l'organe de référence (ancien mandat) autorisé à fournir des renseignements et de son numéro de téléphone. Preuves pour ce critère : Référence de la personne-clé ayant la fonction de responsable APR contenant les éléments suivants : nom, prénom, société, profession, année de remise du diplôme, formation initiale/continue, projet, fonction, période, coût des travaux (CHF), montant des honoraires (CHF), travaux exécutés / prestations de l'entreprise, phases SIA/OFROU exécutées et état d'avancement actuel du projet ainsi que les coordonnées de l'interlocuteur du mandant de référence autorisé à fournir des renseignements. Le soumissionnaire doit également expliquer dans quelle mesure le projet cité est-il comparable avec le présent projet et dans quelle mesure les prestations fournies sont-elles comparables avec le présent projet. Eléments de jugement : «référence fournie : comparabilité/équivalence du projet (ampleur, degré de difficulté, domaine) et de la fonction avec le marché mis en appel d'offres ; formation de base et continu, membre de commission d'expert en relation avec les documents concernés par le projet ; expérience : nombre d'années d'expérience dans les domaines concernés par le projet, adéquation des projets de référence en relation avec le marché, fonctions exercées dans les projets de référence. Qualité des prestations fournies dans les projets de référence. »

E. 6.1.3

Le rapport d'évaluation retient ce qui suit : « (...). Référence fournie : (...). Formation de base et continue, membre de commissions d'expert en relation avec les domaines concernés par le projet : - (...) ; - (...). Expérience : (...). - (...) Synthèse : (...) »

E. 6.1.4

Ainsi, sur le vu de ce qui précède, le pouvoir adjudicateur a bien tenu compte des trois éléments de jugement - dûment annoncés dans l'appel d'offres et détaillés dans les documents y relatifs - pour évaluer si et dans quelle mesure l'offre de la recourante satisfaisait le sous-critère CA1.1. D'ailleurs, ces éléments ne sont pas vraiment différents de ceux énoncés par la recourante, à savoir le projet de référence, le curriculum vitae, la similarité entre le projet de référence et celui de l'appel d'offres ; il s'agit uniquement d'une autre manière de les dénommer. Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté sur ce point.

E. 6.2

La recourante relève que A. _____ SA est une holding alors que ce sont la succursale (...) de celle-ci avec B. _____ SA qui ont remporté le marché. Or, selon l'appel d'offres, en cas de holding, les références soumises doivent provenir de l'entité candidate. Elle semble ainsi prétendre que les intimées n'auraient pas soumis l'un de leurs projets comme référence. En l'espèce, l'appel d'offres indique à son point 3.8 qu'« en cas de holdings, seule la référence de l'entreprise candidate pour le mandat compte ». In casu, A. _____ SA (...) n'est pas une société fille mais bien une succursale de la société homonyme avec son siège principal à (...) (cf. registres de commerce : [...], consulté le 15 juillet 2024). Une succursale consiste en une partie d'une entreprise principale qui dispose durablement de ses propres installations où elle exerce une activité analogue à celle de l'entreprise principale et qui jouit d'une certaine indépendance financière et commerciale. Néanmoins, elle n'a pas la personnalité juridique (cf. ATF 144 V 313 consid. 6.3 et les réf. cit. ; arrêt du TF 4A_476/2021 du 6 juillet 2022 consid. 3.1). Dans ces circonstances, A. _____ SA (...) ne constitue qu'un prolongement de la société principale. De plus, à la lecture de l'offre des intimées, c'est bien un projet réalisé par celles-ci qui a été présenté comme référence.

E. 6.3

La recourante critique ensuite l'évaluation du sous-critère CA1.1, soutenant que la note maximale devrait lui être octroyée.

E. 6.3.1

Selon la jurisprudence, 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 également d'une grande liberté d'appréciation dans l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication (cf. ATF 141 II 14 consid. 7.1, 137 II 313 consid. 3.4 ; ATAF 2019 IV/1 consid. 3.3 ; arrêts du TAF B-7171/2023 du 12 juin 2024 consid. 4.1, B-4028/2023 du 20 mars 2024 consid. 9.1 et les réf. cit.). 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 141 II 14 consid. 7.1, 137 II 313 consid. 3.4 ; ATAF 2019 IV/1 consid. 3.3 ; arrêts du TAF B-7171/2023 du 12 juin 2024 consid. 4.1, B-4028/2023 du 20 mars 2024 consid. 9.1 et les réf. cit.).

E. 6.3.2

En l'espèce, l'appel d'offres du marché litigieux indique à son point 4.6 que : « l'évaluation des critères d'adjudication, s'exprime toujours en notes entiers, selon une échelle de 0 à 5 : 0 = évaluation impossible ; aucune information 1 = critère très mal rempli ; informations

insuffisantes et incomplètes 2 = critère mal rempli ; informations sans lien suffisant avec le projet 3 = critère rempli de manière normale, qualité correspondant aux exigences de l'appel d'offres 4 = critère bien rempli ; de manière satisfaisante, bonne qualité 5 = critère très bien rempli de manière très satisfaisante ; excellente qualité, contribution très importante à la réalisation de l'objectif Si un critère principal est composé de sous-critères, ceux-ci sont notés. Le nombre de points du critère est obtenu à partir de la somme des notes des sous-critères, multipliée par leur pondération. »

E. 6.3.3

En tant que la recourante fait valoir la note qu'elle a obtenue au sous-critère « responsable APR » dans le cadre des autres procédures d'adjudication lancées par le pouvoir adjudicateur pour réclamer l'octroi de cette même note pour la présente procédure, son argument tombe à faux. En effet, selon la jurisprudence, les (bonnes) notes obtenues par le soumissionnaire pour de précédentes offres ne jouent aucun rôle dans l'évaluation du présent marché litigieux, chaque offre étant évaluée pour elle-même par une équipe d'évaluation propre (cf. arrêt du TAF B-396/2018 du 19 février 2019 consid. 5.7 in fine).

E. 6.3.4.1

Le pouvoir adjudicateur indique que la recourante n'a pas obtenu la note de 5 pour le sous-critère CA1.1 en raison de l'élément de jugement « référence fournie ». Il explique que les travaux exécutés dans le cadre de son projet de référence ne sont pas en tous points similaires à ceux faisant l'objet du marché litigieux. Il relève que l'inventaire sur lequel porte le projet du marché litigieux est plus important en nombre et en typologies d'ouvrages que celui du projet de référence soumis par la recourante. Il explique que ce dernier a trait (...). Or, le projet de la présente adjudication concerne le secteur des Toules, qui est un sous-tronçon particulier du tronçon d'entretien de la N21.12 Liddes - Bourg St-Bernard, soit une route nationale de 3ème classe. Le périmètre d'étude s'étend sur plus de 5 kilomètres de route couverte dans un milieu alpin qui est composée d'une multitude de galeries adjacentes, ponctuellement fondée sur des ponts/demi-ponts et d'un tunnel intermédiaire. Le projet du présent marché porte donc sur 47 objets d'inventaire OFROU. Quant aux mesures réalisées/projetées, il expose que le projet de référence de la recourante porte sur (...). Le curriculum vitae de son responsable APR prévoit à cet égard : (...). En revanche, le projet de la présente adjudication a trait à une série de cinq mesures transitoires UeMa, à savoir les mesures T/U, 15.1B, 15.2B, 15.2D et 15.2E. Dans le cadre des mesures réalisées/projetées, le marché concerné compte 8 études/investigations (ZE[relevé d'étude]), soit les mesures 15.3A, 15.3B, 15.3C, 15.3D, 15.3E, 15.3F, 15.3G et autres mesures 1. Ainsi, les mesures et études/investigations prévues pour le marché litigieux sont bien plus variées, nombreuses et impliquent plus de domaines spécialisés que dans le projet de référence de la recourante, notamment en ce qui concerne (...). Le pouvoir adjudicateur relève aussi que le projet de référence de la recourante s'inscrit dans le contexte de (...). Or, le projet du marché concerné se trouve dans un contexte de route nationale de 3ème classe (circulation bidirectionnelle) en milieu alpin (entre 1'700 et 1'950 mètres d'altitude) et exposée aux dangers naturels, notamment aux chutes de pierres et avalanches. Le contexte du projet du marché concerné comporte ainsi davantage de contraintes et des particularités qui lui sont propres. Il fait ensuite savoir que la gestion du trafic et du phasage des travaux du présent marché sont plus complexes et contraignantes que celles du projet de référence de la recourante. Il explique que ce dernier fait mention de (...). Cependant, il en va différemment pour le projet de la présente adjudication. La largeur de la chaussée existante ne permet pas la réalisation de

déviations. La gestion du trafic sera ici une série d'entraves successives (circulation alternée sur une des deux voies). Les travaux sur la N21.12 (le long de la galerie des Toules) seront réalisés depuis une des deux voies de circulation. Cette dernière sera fermée à la circulation et une gestion de trafic à l'aide de feux de chantier et/ou l'une régulation du trafic manuelle sera/seront mis(es) en place pour permettre la circulation alternée sur toute la longueur des chantiers. La durée maximale des chantiers, le nombre maximal de chantiers en cours simultanément ainsi que les distances entre eux seront déterminés en fonction des charges de trafic (très variables et avec des pics de trafic importants les weekends/jours fériés en période estivale, sans compter la présence de cyclistes durant cette période qui est aussi contraignante). Des remontées de files sur des chantiers successifs, sur la route communale au nord, la route cantonale et le tunnel du Grand-Saint-Bernard au sud, sont à éviter à tout prix. Il indique que le défi consiste à planifier des interventions prévues tout en réduisant les perturbations pour la population et les autorités locales. Enfin, il expose que le projet de référence présenté par les intimées n'est pas seulement d'une complexité supérieure au projet du présent marché, il s'inscrit également dans un contexte identique, porte sur une route nationale couverte de 3ème classe, exposée aux dangers naturels et avec un trafic journalier moyen bien plus élevé.

E. 6.3.4.2

Les intimées estiment que le projet de référence présentée par la recourante diffère sensiblement du projet du présent marché, dès lors qu'il ne s'agit pas du même type de travaux, d'une part et, qu'il concerne un (...), d'autre part. De plus, le projet de référence ne se situe pas (...), si bien que l'environnement de travail est différent. Il n'est pas non plus soumis aux mêmes problématiques relatives (...). Au contraire, leur projet de référence est en tous points similaire à celui du marché litigieux, en ce sens qu'il concerne (...) et qu'il se situe (...).

E. 6.3.4.3

La recourante rétorque que son projet de référence est équivalent au projet du marché litigieux et qu'il revêt même une complexité supérieure. Elle relève que, s'agissant des objets d'inventaire, les deux projets en comparaison portent sur (...). Son projet de référence représenterait par ailleurs un ensemble uni et indissociable, ce que reflète d'ailleurs la structure intrinsèque de l'ouvrage. De plus, chacun des chantiers implique à la fois (...). Le document intitulé « le complexe de (...) », fourni par le pouvoir adjudicateur, met par ailleurs en exergue la complexité de son projet. Elle ajoute que dans le cadre d'une adjudication, la qualité des objets inclus dans l'inventaire des soumissionnaires devrait prévaloir sur leur nombre. Elle fait ensuite valoir que les démarches requises pour la réfection d'un ouvrage énumérées par les intimées sont pleinement applicables à son projet de référence. A cela s'ajoute qu'elle serait l'autrice de la liste des travaux nécessaires exposée par le pouvoir adjudicateur. Elle avance également que la principale différence relative au contexte entre son projet de référence et le projet du présent marché réside dans la présence (...) sur la route du Grand-St-Bernard. Néanmoins, leur cadre des travaux reste similaire en ce sens que les deux projets portent sur des (...). Elle ajoute que les travaux sur (...), réalisés dans le cadre de son projet de référence, représentent un défi supérieur à ce que l'on peut rencontrer sur une route nationale de 3ème classe, à l'instar de celle du projet du marché litigieux. De surcroît, son projet de référence fait face à un plus grand nombre de contraintes, dès lors que la région concernée est confrontée à des risques naturels non négligeables. Elle précise que la réalisation de travaux sur la route du Grand-St-Bernard,

dotée de seulement deux voies de circulation, présente des facilités comparatives. En ce qui concerne la gestion du trafic et du phasage de travaux, son projet de référence comporterait (...). Dans le cadre de ces travaux, elle a dû mener des opérations sur (...). De plus, le chantier a été effectué (...). Or, le projet du marché litigieux se déroule sur une voie bidirectionnelle accueillant une circulation quotidienne nettement moins dense où l'installation de feux de signalisation pour réguler le trafic est envisageable.

E. 6.3.4.4

En l'espèce, le projet de référence soumis par la recourante se rapporte, certes, à des travaux de (...). Cependant, ces travaux portent sur (...), alors que les chantiers de l'objet du présent marché concernent une route de montagne bidirectionnelle de 3ème classe composée de plusieurs galeries adjacentes. Le projet de référence diverge ainsi du présent marché déjà sur ce point. En outre, les études/investigations prévues dans le cadre du présent marché sont également plus variées et nombreuses. A ce propos, la recourante se contente d'affirmer que les étapes nécessaires pour la réfection d'un ouvrage, énumérées par les intimées, sont aussi applicables à son projet de référence sans toutefois apporter d'éléments permettant de le démontrer. Quant à son argument selon lequel elle est à l'origine de la liste des travaux nécessaires, on peine à voir ce qu'elle entend en déduire en sa faveur. En effet, le fait d'avoir établi la liste des travaux ne signifie pas pour autant que le projet de référence présenté est semblable au projet du marché litigieux, la comparabilité des projets devant être évaluée selon des éléments concrets. Par ailleurs, dans la mesure où la recourante insiste sur le fait que sa référence serait plus complexe en termes de contexte, de gestion du trafic et de phasage des travaux, il convient de rappeler que l'élément de jugement « référence fournie » a pour but d'examiner si la référence soumise est ou non comparable au projet du marché litigieux sous l'angle de l'ampleur, du degré de difficulté, du domaine concerné et de la fonction. Elle ne saurait prétendre à la note maximale du simple fait que son projet de référence serait plus complexe, alors que celui-ci n'est pas en tous points similaire à l'objet du marché litigieux. En effet, un projet peut être d'une complexité supérieure à un autre sans pour autant lui être comparable.

E. 6.3.5

La recourante avance encore que le pouvoir adjudicateur a omis de tenir compte dans son évaluation de l'expérience professionnelle de son responsable APR déjà réalisé sur l'ouvrage « (...) ». En l'espèce, Il ressort du rapport d'évaluation que le pouvoir adjudicateur a bien examiné l'expérience professionnelle du responsable APR. La recourante cite par ailleurs dans ses écritures l'appréciation de celui-ci à ce sujet. Cependant, comme le souligne à juste titre le pouvoir adjudicateur, la liste des projets menés par cette personne doit être examinée sous l'angle de l'élément de jugement « expérience professionnelle » et non pas selon celui de « référence fournie ». Ainsi, l'expérience professionnelle du responsable APR n'a pas d'incidence sur l'évaluation du projet de référence présenté par la recourante. En outre, le tribunal constate que celle-ci n'a pas proposé le projet « (...) » comme référence pour le sous-critère CA1.1. Au contraire, elle a choisi de le soumettre en tant que projet de référence pour le responsable DTL, à savoir le sous-critère CA1.2. Dans ces circonstances, on ne saurait reprocher au pouvoir adjudicateur de ne pas l'avoir pris en compte dans l'évaluation du sous-critère CA1.1.

E. 6.3.6

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, force est de constater que le projet de référence soumis par la recourante n'est pas en tous points comparable au projet du présent marché, de sorte que la note de 4 attribuée par le pouvoir adjudicateur pour le critère CA1.1 n'est pas critiquable. Les arguments amenés par celle-là ne permettent en tous les cas pas de l'établir. Mal fondé, le recours doit partant être rejeté pour ce motif.

E. 7

La recourante conteste ensuite l'évaluation du sous-critère CA2.1 pour lequel elle a reçu la note de 3. Elle soutient que la note de 4 devrait lui être accordée.

E. 7.1

Ledit sous-critère est décrit comme suit : CA2.1 « qualité de l'offre : analyse des tâches, des risques et des opportunités », [12,5%] Preuves pour ce critère : L'analyse des tâches consiste en une identification et évaluation des conditions cadres liées au projet avec description des propres tâches principales et spécifiques à effectuer ; L'analyse des risques consiste en l'identification des risques mais aussi des opportunités et la description des mesures d'optimisation correspondantes du point de vue de la technique, de la qualité, des coûts et des délais. Eléments de jugement : Identification et évaluation des conditions cadres liées au projet ; Identification des tâches principales et spécifiques liées au mandat ; Pertinence et efficacité des propres tâches principales par rapport au mandat ; Pertinence des risques relevés et liés au projet et adéquation/efficacité des mesures proposées pour éliminer ou réduire les risques avec définition des responsables ; Pertinence et efficacité des opportunités d'optimisation du projet identifiées.

E. 7.2

Le rapport d'évaluation retient ce qui suit : « (...) Synthèse : (...) »

E. 7.3

Le pouvoir adjudicateur reproche à la recourante de s'être focalisées sur la révision des mesures prévues pour ne pas gêner le trafic alors que cela n'est pas l'objet du présent mandat. Il s'agit avant tout de réaliser l'ensemble des prestations définies dans l'appel d'offres et il n'appartient pas au soumissionnaire d'y revenir. Il ajoute que, contrairement à la recourante, les intimées ont clairement identifié et évalué les conditions cadres liées au projet. Il en va de même des tâches principales et spécifiques liées au mandat. S'agissant de la pertinence et l'efficacité des propres tâches principales par rapport au mandat, l'offre des intimées contient des propositions pertinentes et efficaces alors que celles de la recourante sont très sommaires. En outre, les intimées ont relevé 11 risques pertinents liés au projet tandis que l'offre de la recourante ne comporte aucune analyse de risque. De plus, les mesures proposées pour éliminer ou réduire les risques et les opportunités d'optimisation du projets identifiées s'avèrent également adéquates et pertinentes. Aucune analyse des opportunités n'a en revanche été effectuée par la recourante. Enfin, l'offre des intimées contient de bonnes indications par rapport à l'ensemble des éléments de jugement, ce qui n'est pas le cas de l'offre de la recourante.

E. 7.4

La recourante fait valoir qu'elle a correctement évalué et identifié les conditions-cadre en spécifiant les tâches inhérentes au projet, incluant (...). En ce qui concerne les mesures de gestion de trafic, il incomberait précisément au mandataire d'élaborer des solutions assurant l'exécution optimale de l'ouvrage, dès lors que selon le cahier des charges, le mandataire

doit détecter et corriger les manquements significatifs. De plus, l'échéancier qu'elle a proposé serait plus adapté à l'urgence des interventions, il s'agit d'une amélioration constructive du projet soumis (sic).

E. 7.5

En l'espèce, il n'est pas contesté que l'offre de la recourante s'est essentiellement focalisée sur la remise en question des mesures prévues pour ne pas perturber le trafic. Or, il ressort du point 2.6 de l'appel d'offres que l'objet du présent projet consiste en l'exécution des mesures transitoires (UeMa) et des études/investigations (ZE) d'ici 2026 au secteur des Toules de la N21. Les mesures à réaliser et leur planification sont par ailleurs décrites dans le document « Description du projet et cahier des charges ». En outre, quand bien même l'offre soumise doit tenir compte des exigences en lien avec la gestion de la circulation (cf. p. 12 de « description du projet et cahier des charges »), il n'est en revanche nullement exigé du soumissionnaire de repenser les mesures pour ne pas gêner le trafic. En effet, contrairement à ce que prétend la recourante, le cahier des charges n'impose nullement aux soumissionnaires de détecter et de corriger des manquements liés aux mesures prévues. Dans ces circonstances, force est de constater que le soumissionnaire doit se limiter à démontrer en quoi son offre permettrait d'accomplir au mieux les mesures prévues, il ne lui appartient pas de les revoir. C'est donc à tort que l'offre de la recourante s'est concentrée sur la révision des mesures pour ne pas affecter le trafic routier. Quant aux tâches inhérentes au projet relevées par la recourante, il convient de noter que le pouvoir adjudicateur ne lui a aucunement reproché de ne pas les avoir identifiées mais de l'avoir fait de manière très sommaire. Sur ce point, la prénommée n'apporte aucun élément concret permettant de démontrer le contraire, elle se contente en effet d'inviter le tribunal à procéder à l'évaluation de son offre en lien avec cet aspect. Or, lors de l'examen des griefs matériels, le tribunal ne saurait substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur (cf. consid. 6.3.1).

E. 7.6

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, force est de constater qu'en attribuant à la recourante la note de 3 pour le sous-critère CA2.1, laquelle correspond par ailleurs à « critère rempli », le pouvoir adjudicateur n'a pas excédé ni abusé de son pouvoir d'appréciation. Le recours doit par conséquent être rejeté sur ce point.

E. 8

Enfin, la recourante s'en prend au sous-critère CA2.3 « plausibilité de l'offre », pour lequel elle a reçu la note de 2, soit 10 points.

E. 8.1

Elle prétend que ce sous-critère serait dénué de tout fondement objectif et qu'il aurait uniquement pour but d'affaiblir le critère du prix.

E. 8.1.1

Depuis la révision totale du droit des marchés publics - applicable en l'espèce -, 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 (cf. art. 53 al. 2 LMP ; cf. arrêt du TF 2C_222/2023 du 19 janvier 2024 consid. 1.5.1 ; arrêts du TAF B-4028/2023 du 20 mars 2024 consid. 4 et les réf. cit.).

E. 8.1.2

En l'espèce, l'appel d'offres indique au point 4.6 « autres indications » que le sous-critère CA2.3 consiste en l'évaluation de la « plausibilité de l'offre - Selon le dossier d'appel d'offres [documents de l'offre de prestations de mandataire] ». Ces derniers exposent à leur page 25 que le critère CA2.3 consiste à « [...] vérifier la cohérence et concordance globale de l'offre. Pour évaluer ce critère, les informations des documents de l'offre tels que l'analyse des tâches, des risques et des opportunités, la marche à suivre, le planning et l'organisation, la gestion de la qualité, les ressources et la répartition des honoraires par catégorie seront croisées, ce qui permettra de vérifier la plausibilité globale de l'offre. Aucun document spécifique n'est demandé au soumissionnaire. ». Ainsi, tant le contenu du critère CA2.3 que son but étaient clairement identifiables lors du lancement de la procédure ; cela ne nécessitait ainsi pas un examen approfondi des documents d'appel d'offres. Partant, la question de savoir si le pouvoir adjudicateur aurait excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation dans le choix du critère CA2.3 ne peut plus être examinée dans le cadre de la présente procédure contre l'adjudication. Le grief se révèle dès lors tardif et la recourante est forclosée à faire valoir ce moyen à ce stade de la procédure. En tant qu'il est dirigé contre l'appel d'offres, le recours se révèle ainsi irrecevable.

E. 8.2

En tant qu'elle critique l'évaluation de ce sous-critère, il convient de noter qu'elle a obtenu au total 396 points pour son offre. Dans ces circonstances, même à supposer qu'elle obtînt, comme elle le requiert, la note de 3 pour ce sous-critère, à savoir 5 points supplémentaires (la note de 3 x pondération de 5 pour ledit sous-critère - 10 points reçus), cela ne lui suffirait toujours pas pour se hisser devant les intimées dont l'offre bénéficie de 412 points au total (après rectification du pouvoir adjudicateur dans sa réponse) et se voir attribuer le marché (396+5=401). Partant, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant les griefs soulevés par la recourante relatifs à l'évaluation dudit sous-critère.

E. 9

S'agissant du droit à la consultation du dossier, la recourante a eu partiellement accès à celui-ci dans la mesure fixée par l'ordonnance du 21 février 2024.

E. 9.1

Selon l'art. 57 al. 2 LMP, dans la procédure de recours, le recourant peut, sur demande, consulter les pièces relatives à l'évaluation de son offre et les autres pièces de la procédure déterminantes pour la décision, à moins qu'un intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose. Il n'existe, sans l'accord des concernés, aucun droit général à la consultation des offres des concurrents (cf. arrêt du TF 2C_365/2022 du 19 janvier 2023 consid. 4.2 et les réf. cit ; arrêt du TAF B-4028/2023 du 20 mars 2024 consid. 12.1 et la réf. cit.). Les offres contenant un savoir-faire et des informations couverts par le secret des affaires des soumissionnaires (cf. art. 11 let. e et 51 al. 4 LMP), le soumissionnaire évincé n'a droit qu'à la communication des éléments propres à justifier la décision d'adjudication (cf. art. 51 al. 3 LMP).

E. 9.2

En l'espèce, la recourante a pu consulter le dossier d'appel d'offres - dont certaines pièces dans une version anonymisée, à savoir le procès-verbal d'ouverture des offres, le rapport d'évaluation, l'analyse des offres - à l'exception des offres des autres soumissionnaires. Ainsi, il y a lieu d'admettre qu'elle a pu suffisamment prendre connaissance des éléments pertinents du dossier pour être en mesure de se déterminer valablement.

E. 10

Afin de corroborer les allégués contenus dans ses écritures, la recourante requiert l'audition de témoins et l'interrogatoire des parties. 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 celles-ci ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 et les réf. cit. ; arrêt du TAF B-4473/2022 du 3 avril 2023 consid. 13). Or, le tribunal s'estime en l'espèce suffisamment renseigné pour statuer en l'état du dossier ; les pièces versées à la cause sont en effet suffisantes pour établir les faits pertinents de l'affaire. Les mesures d'instruction requises par la recourante ne sont ainsi pas de nature à modifier la conviction du tribunal. Aussi, procédant par appréciation anticipée des preuves, le tribunal rejette les requêtes de preuves proposées.

E. 11

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

E. 12.1

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).

E. 12.2

En l'occurrence, la recourante ayant entièrement succombé, l'ensemble des frais judiciaires devrait être mis à sa charge. Partant, il y a lieu d'arrêter les frais de procédure, à charge de la recourante, à 7'000 francs. Ceux-ci sont prélevés sur l'avance de frais du même montant acquittée le 23 décembre 2023.

E. 13.1

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (cf. art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (cf. art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations ; à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF). Les autorités fédérales n'ont pas droit aux dépens (cf. art. 7 al. 3 FITAF).

E. 13.2

Sur le vu de l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens. Les intimées, qui obtiennent gain de cause à l'issue du présent arrêt et qui sont représentées par un avocat, dûment mandaté par procuration, ont droit à des dépens. L'intervention de celui-ci - qui n'a produit aucune note de frais et honoraires - a impliqué le dépôt d'une réponse de 8 pages et

d'une duplique de 3 pages. Au regard de l'ampleur et de la complexité de la présente affaire, il se justifie, compte tenu du barème précité, d'allouer aux intimées une indemnité équitable de dépens de 2'000 francs et de mettre celle-ci à la charge de la partie recourante (cf. art. 64 al. 2 PA).

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