

BVGer BVGE 2020 IV/6 vom 4. März 2020

Bundesverwaltungsgericht, 2020-03-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2020_IV_6

FR: TAF BVGE 2020 IV/6 du 4 mars 2020

IT: TAF BVGE 2020 IV/6 del 4 marzo 2020

Regeste

Marchés publics

Erwägungen

E. 3

La recourante s'en prend au point 9 du ch. 4.5 de l'appel d'offres " Exclusion, préimplication " qui prévoit que les sociétés ayant un lien juridique ou économique étroit avec l'un des bureaux d'ingénieurs y mentionnés sont exclues de la procédure. Elle entend pouvoir déposer une offre en étant assurée que la seule appartenance au même groupe que la société B. SA ne saurait conduire à son exclusion du marché.

E. 3.1.1

La LMP (RO 1996 508) ne contient pour l'heure aucune règle quant à la préimplication. Toutefois, fondé directement sur l'art. VI ch. 4 de l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (RS 0.632.231.422; ci-après: AMP), ainsi que sur l'exigence d'égalité de traitement entre soumissionnaires mais également sur la volonté de renforcer la concurrence et de favoriser une utilisation économique des fonds publics (art. 1 LMP), le Conseil fédéral a arrêté l'art. 21a de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP, RO 1996 518; cf. rapport explicatif du Département fédéral des finances [DFP] sur la modification de l'OMP du 1er janvier 2010, < <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/17764.pdf> >). Selon cette disposition, le pouvoir adjudicateur exclut un soumissionnaire de la procédure si celui-ci a participé à la préparation du marché et si l'avantage concurrentiel ainsi acquis ne peut pas être compensé par des moyens appropriés et que cette exclusion ne compromet pas l'efficacité de la concurrence entre les soumissionnaires (al. 1 let. a et let. b). Les moyens appropriés pour compenser un avantage concurrentiel sont en particulier la transmission d'indications déterminantes sur les travaux préalables, la communication des noms des participants à la préparation du marché et la prolongation des délais minimaux (art. 21a al. 2 let. a à c OMP). Dans le cadre de la révision totale de la LMP, laquelle entrera en vigueur le 1er janvier 2021, le législateur a réglé la question de la préimplication à l'art. 14 (cf. texte des dispositions finales, FF 2019 4329). Selon ce dernier, les soumissionnaires qui ont participé à la préparation d'une procédure d'adjudication ne sont pas autorisés à présenter une offre lorsque l'avantage concurrentiel ainsi acquis ne peut être compensé par des moyens appropriés et que l'exclusion ne compromet pas la concurrence efficace entre soumissionnaires (al. 1). Les moyens appropriés pour compenser un avantage concurrentiel sont en particulier: a. la transmission de toutes les indications essentielles concernant les travaux préalables; b. la communication des noms des participants à la préparation du marché; c. la prolongation des délais minimaux (al. 2). Une étude de marché requise par l'adjudicateur préalablement à l'appel d'offres n'entraîne pas la préimplication des soumissionnaires mandatés.

L'adjudicateur publie les résultats de l'étude de marché dans les documents d'appel d'offres (al. 3).

E. 3.1.2

Les principes régissant la question de la préimplication en matière de marchés publics fédéraux découle de l'art. VI ch. 4 AMP (cf. arrêt du TAF B-6708/2017 du 9 mai 2018 consid. 3.1.2; décisions incidentes du TAF B-6653/2016 du 29 novembre 2016 consid. 7.1 et B-4621/2008 du 6 octobre 2008 consid. 5.1); ils consistent en outre en une forme particulière de l'application de l'égalité de traitement par le pouvoir adjudicateur à l'égard de l'ensemble des soumissionnaires, laquelle est consacrée aux art. 1 al. 2 et 8 al. 1 let. a LMP (cf. ATAF 2019 IV/2 consid. 6.8.3; décisions incidentes du TAF B-6653/2016 consid. 7.1 et B-5439/2015 du 12 novembre 2015 consid. 3.1.4). Il y a préimplication lorsqu'un soumissionnaire a participé à la procédure d'appel d'offres, par exemple en établissant les bases du projet, en élaborant les documents d'appel d'offres ou encore en fournissant au pouvoir adjudicateur des informations sur des données spécifiques techniques concernant les biens à acquérir (cf. arrêt du TF 2P.164/2004 du 25 janvier 2005 consid. 3.1; arrêt du TAF B-6708/2017 consid. 3.1.2; décisions incidentes du TAF B-6653/2016 consid. 7.2; B-2028/2013 du 15 mai 2013 consid. 6.1.4; B-4621/2008 consid. 5.2). Une telle préimplication est susceptible de porter atteinte au principe de l'égalité de traitement entre concurrents; le soumissionnaire se trouvant dans une telle situation peut en effet être tenté d'influencer le pouvoir adjudicateur en privilégiant son offre ou de mettre à profit les connaissances acquises durant la préparation de la procédure de passation (cf. arrêt du TF 2P.164/2004 consid. 3.1; Peter Galli et al., *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3e éd. 2013, no 1043 ss). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue avant l'entrée en vigueur de l'art. 21a OMP, la préimplication d'un soumissionnaire peut conduire à son exclusion de la procédure (cf. arrêt du TF 2P.164/2004 consid. 3.3; arrêts du TAF B-6708/2017 consid. 3.1.2; B-3013/2012 du 31 août 2012 consid. 3.6). Il ne sera renoncé à l'exclusion que si l'avantage concurrentiel peut être compensé (cf. arrêt du TAF B-1358/2013 du 23 juillet 2013 consid. 3.3). En tel cas, le pouvoir adjudicateur, lequel dispose d'un pouvoir d'appréciation, examinera dans le respect du principe de la proportionnalité les moyens à ordonner (cf. décision incidente du TAF B-6653/2016 consid. 7.2 in fine; Galli et al., *op. cit.*, no 1045).

E. 3.1.3

En ce qui concerne la répartition du fardeau de la preuve dans le cas de prétendus avantages concurrentiels résultant d'une implication préalable, les avis divergent (cf. Galli et al., *op. cit.*, no 1049 et réf. cit.). Selon la règle générale, la personne qui veut tirer des droits d'un fait allégué doit en prouver l'existence (cf. art. 8 CC); en cas de contestation d'une attribution de marché, le soumissionnaire qui prétend avoir de meilleures chances de se voir attribuer le marché en excluant le soumissionnaire prétendument préimpliqué doit prouver la préimplication de même que sa nature et son intensité. Que la préimplication au sens de l'art. 21a al. 1 let. a OMP entraîne un avantage concurrentiel est une présomption légale; en revanche qu'aucun avantage de ce type n'a été obtenu dans le cas d'espèce ou que l'avantage a été suffisamment compensé incombe selon les constellations soit au pouvoir adjudicateur soit au soumissionnaire préimpliqué (cf. arrêt du TF 2P.164/2004 consid. 3.3 et 5.7.3; arrêt du TAF B-7062/2017 du 22 août 2019 consid. 4.5 et réf. cit.).

E. 3.1.4

L'exclusion de la procédure d'adjudication s'étend non seulement aux personnes ou entreprises participant directement à la préparation du marché, mais aussi à celles qui leur sont étroitement liées (cf. arrêts du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2004.00304 du 8 décembre 2004 consid. 3.3.1; VB.2002.00263 du 18 décembre 2002 consid. 3b et d; VB.2001.00261 du 8 mai 2002 consid. 2a; Christoph Jäger, Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren, BR 1/2011 p. 11 et réf. cit., ci—après: Jäger, BR 1/2011; Gauch/Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, 1999, p. 15) au point de former entre elles de facto une unité (cf. arrêt du Tribunal administratif du canton des Grisons U 06 65 du 30 juin 2006 consid. 2). Un lien étroit (" enge Verbindung ") doit dès lors exister entre la personne ou l'entreprise préimpliquée et le soumissionnaire (cf. arrêt U 06 65 consid. 2; arrêts VB.2004.00304 consid. 3.3.1 et VB.2002.00263 consid. 3d; Jäger, BR 1/2011, op. cit., p. 11 et réf. cit.). En matière de marchés publics, ce lien est essentiellement de nature économique, mais il peut également se fonder sur des relations interpersonnelles (cf. arrêt du Tribunal cantonal du Valais A1 13 228 du 14 juin 2013 consid. 5.3; arrêt U 06 65 consid. 2; arrêts VB.2004.00304 consid. 3; VB.2002.00263 consid. 3b et d; VB 2001.00261 consid. 2a; arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich VB.2000.00068 du 6 avril 2001 consid. 4c/cc). Il appartient dès lors au pouvoir adjudicateur ou aux autorités de recours d'évaluer, en tenant compte des circonstances du cas concret - tels que le lieu d'activité, la taille et la nature des sociétés, les effectifs des organes exécutifs, la direction, les participations financières, la coopération antérieure, la proximité géographique, la présence sur le marché - si le soumissionnaire est lié à un membre de l'autorité ou à une personne sollicitée par elle d'une manière si étroite qu'il est certain ou du moins à supposer que des connaissances ou des informations pourraient lui être transmises ou qu'une influence aurait été exercée en sa faveur (cf. arrêt A1 13 228 consid. 5.3; Christoph Jäger, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2009, p. 145 ss, ci-après: Jäger, Vorbefassung; Martin Beyeler, commentaire de l'arrêt U 06 65, BR 4/2007 p. 197). Le pouvoir adjudicateur ou les autorités de recours peuvent présumer, au vu du lien étroit entre la personne préimpliquée et le soumissionnaire, que selon l'expérience générale de la vie et le cours ordinaire des choses, ce dernier bénéficierait d'un avantage concurrentiel ou d'informations privilégiées; il s'agit ainsi d'une présomption de fait (" tatsächliche Vermutung ") (cf. arrêt A1 13 228 consid. 5.3; Jäger, Vorbefassung, op. cit., p. 174). En effet, dans le cadre de préimplification indirecte, la preuve ou les indications sur la nature et l'intensité du lien entre la personne préimpliquée et le soumissionnaire relèvent de la sphère personnelle et de puissance de ce dernier; ces liens sont donc en partie - en particulier en cas de relations interpersonnelles - peu évidents à établir et la question de savoir si les connaissances spécifiques au projet acquises par la personne concernée ont été transmises au soumissionnaire ne peut généralement pas être établie de manière directe (cf. Jäger, Vorbefassung, op. cit., p. 174).

E. 3.2.1

En l'espèce, la société B. SA, dont le siège social sis H., a pour but l'exploitation d'un bureau d'études et de dessins, ainsi que la gestion de toutes affaires commerciales et financières s'y rapportant tant en Suisse qu'à l'étranger ([...]). Elle fait partie du consortium I. BSA avec lequel le pouvoir adjudicateur a conclu un contrat de mandat portant sur la phase de l'appel d'offres à la mise en service du projet " Jct. Grand-Saconnex ". Selon ledit contrat, le mandataire est chargé d'exécuter notamment les prestations telles que " reprise du projet en détail, en option; appels d'offres, comparaison et proposition d'adjudication; documents d'exécution; exécution des mesures/construction; mise en service et achèvement

" ([...]). La recourante a, quant à elle, son siège social à J.. Le but de l'entreprise consiste notamment en " die Erbringung von sämtlichen Dienstleistungen der Netzinfrastruktur-Branche, insbesondere Anlagen- und Kabelbau in den Bereichen Energie, Telecom und Verkehrstechnik sowie die Verleihung von Fach-Personal. Im Übrigen kann die Gesellschaft alle Geschäfte tätigen, welche der Wahrung und Förderung der Konzerninteressen dienen " ([...]). L'ensemble de ces sociétés font partie du groupe G.. En effet, la totalité de leur capital-actions est détenue par la société K. SA par le biais de sa société fille L. SA dont celle-là est l'unique actionnaire ([...]). Selon le rapport de gestion 2018 du groupe, K. SA constitue, conjointement avec les sociétés du groupe, une entreprise spécialisée dans l'énergie et les infrastructures présente au niveau international. L'entreprise propose à sa clientèle des solutions globales en s'appuyant sur son réseau de sociétés et de compétence; elle planifie, construit et exploite des infrastructures de production d'énergie et d'approvisionnement pour les entreprises, les particuliers et le secteur public et propose des modèles commerciaux numériques dans le domaine des énergies renouvelables. Le portefeuille de prestations du groupe G. va de la planification et du conseil en ingénierie pour des projets liés à l'énergie, à l'infrastructure et à l'environnement, jusqu'à la construction, les prestations de service et la maintenance de réseaux d'énergie, de télécommunication, de transport et d'eau en passant par des offres intégrées dans le domaine de la technique du bâtiment ([...]). Le groupe est ainsi dirigé " comme un réseau de sociétés à ancrage régional, qui sont actives sur le marché et y remportent de nombreux succès [et g]râce à la mise en oeuvre déterminée de [sa] stratégie, [il] maint[ient] le cap et [a] aujourd'hui une excellente position sur les marchés en croissance " ([...]). En outre, la recourante et sa société soeur B. SA font partie du périmètre de consolidation ([...]), dès lors que " [l]es sociétés sous contrôle sont consolidées selon la méthode de l'intégration globale " ([...]) et " [l]es comptes du groupe sont établis conformément aux normes comptables internationales [et] donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats de G. " ([...]). Quant à la direction du groupe G., ses missions et ses compétences consistent notamment à " [c]ontribuer de manière importante à la garantie du succès économique dans le cadre de la stratégie du groupe et des directives de la CEO[, à p]articiper activement au processus de conduite, de planification et de mise en oeuvre de la stratégie d'entreprise [et à c]oordonner et faire concorder les activités (commerciales) de chaque secteur d'activité en considérant les intérêts généraux de l'ensemble du groupe [G.], en étroite collaboration avec les autres membres de la direction du groupe. " ([...]). De plus, un des membres de la direction du groupe, soit E., officie également en qualité de président du conseil d'administration de la recourante ([...]) et tant la recourante que B. SA font partie du domaine d'activité Prestations ([...]) dont le résultat a progressé de 20 % en 2018 pour atteindre 881 millions de francs. Ceci correspond à près d'un tiers du chiffre d'affaires du groupe G. ([...]).

E. 3.2.2

En l'occurrence, il ressort de ce qui précède que les filiales du groupe sont soumises à une stratégie commune, que chaque secteur d'activité est coordonné dans les intérêts du groupe et que la croissance économique du groupe dépend de la performance de chaque entreprise qui le compose. De plus, le Tribunal relève qu'en détenant la totalité des capital-actions de la recourante et de B. SA, la maison mère du groupe G. est réputée exercer un contrôle sur l'organe suprême de ces deux entreprises, à savoir leur assemblée générale (cf. art. 698 al. 1 et 963 al. 2 let. a CO). Aussi, il sied de constater que l'ensemble des sociétés du groupe G. doivent contribuer à la rentabilité et au développement économique de celui-ci et que les

deux sociétés en question ne font pas exception à cette règle, quand bien même elles sont responsables de leur propre succès économique. Partant, même si la recourante et sa société soeur paraissent indépendantes d'un point de vue externe, les deux sociétés sont liées par des relations économiques étroites.

E. 3.3.1

La recourante fait néanmoins valoir que le pouvoir adjudicateur n'a apporté aucune preuve concrète de l'existence d'un avantage concurrentiel dont elle aurait bénéficié. De plus, elle avance que, compte tenu des règles claires contenues dans les directives internes au groupe G. ([...]), de la déclaration de B. SA du 9 septembre 2019 ([...]) ainsi que du devoir de loyauté de celle-ci envers ses clients, l'octroi d'un quelconque avantage concurrentiel n'aurait pas été possible. Elle affirme également que le document d'appel d'offres ne prévoit que des travaux standards de sorte qu'il n'est pas possible de la favoriser et qu'au vu de la " directive installations d'éclairage " du pouvoir adjudicateur, la marge de manoeuvre quant aux produits à livrer est résiduelle.

E. 3.3.2

En l'espèce, sur le vu de la doctrine et de la jurisprudence précitées (cf. consid. 3.1.4), il n'est pas nécessaire de démontrer qu'il y a effectivement eu intention de favoriser tel ou tel candidat, dès lors qu'une preuve de ce type serait difficile à apporter; un risque concret fondé sur les liens étroits unissant la recourante et sa société soeur est suffisant pour retenir que celle-là bénéficierait d'un avantage concurrentiel ou d'informations privilégiées par rapport aux autres soumissionnaires potentiels. S'agissant des directives internes du groupe et de la déclaration de B. SA, elles ne sauraient être retenues. En effet, il appert, d'une part, que l'application effective des dispositions desdites directives est difficilement contrôlable et, d'autre part, qu'on ne peut exclure que ladite déclaration a été établie pour les seuls besoins de la cause, dès lors que celle-ci a été rédigée en particulier à l'attention de F., soit la CEO du groupe G.. De plus, la recourante ne peut rien déduire en sa faveur de l'argument selon lequel B. SA est dans l'obligation de respecter son devoir de fidélité et de loyauté; il s'agit de simples allégations. Enfin, même si les prestations requises par les documents d'appel d'offres devaient être considérées comme standards, on ne saurait exclure qu'en raison du lien étroit unissant B. SA et la recourante, cette dernière bénéficie d'un avantage concurrentiel ou d'informations privilégiées.

E. 3.4

La recourante soutient encore que son exclusion serait illicite du fait que le " Manuel sur les marchés publics - Routes nationales, OFROU " ne prévoit pas la possibilité d'exclusion en cas de préimplication indirecte. En l'espèce, le Tribunal constate que, si ledit manuel indique effectivement ([...]) que " [l]e cas classique de préimplication illicite est celui où un soumissionnaire rédige les documents d'appel d'offres pour le compte de l'autorité adjudicatrice ", cela ne signifie pas pour autant que l'exclusion d'un soumissionnaire sur la base de sa préimplication indirecte ne soit pas possible. La recourante ne saurait non plus rien déduire du " Guide de lutte contre la corruption au sein de l'OFROU "; les mesures d'audit et de compliance qui y sont prévues n'ont pas pour but d'éviter l'exclusion d'une entreprise préimpliquée.

E. 3.5

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il sied d'admettre que la recourante bénéficie d'une position privilégiée par rapport aux autres soumissionnaires potentiels en raison de

son lien étroit avec sa société soeur. Une telle situation est en soi à même de justifier l'exclusion de la recourante.

E. 4

La conséquence d'une exclusion pour préimplication doit être examinée sur la base des circonstances concrètes de chaque cas; les intérêts en jeu doivent être mis en balance, en tenant compte non seulement du principe de l'égalité de traitement, mais aussi de l'utilisation économe et efficace des ressources publiques (cf. arrêt du TAF B-3563/2016 du 22 septembre 2016 consid. 4.2; décision incidente du TAF B-6653/2016 consid. 8; Galli et al., op. cit., no 1068). Il convient d'examiner ci-après si le pouvoir adjudicateur a violé le droit fédéral en excluant la recourante et en considérant que l'avantage concurrentiel ne pouvait être compensé. Sur ce point, il sied de relever que le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué dans la procédure de recours et qu'au vu du pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur, le Tribunal se limite à examiner sous l'angle de l'excès ou de l'abus de ce pouvoir (cf. art. 31 LMP et consid. 3.1.2).

E. 4.1

La participation à la procédure d'appel d'offres peut être autorisée à condition que l'avantage résultant des connaissances acquises soit faible ou que la collaboration du soumissionnaire dans la préparation du dossier d'appel d'offres ne soit que de nature marginale, ou que les prestations requises par l'appel d'offres ne puissent être fournies que par quelques soumissionnaires ou que la collaboration et l'avantage en termes de connaissances soient communiqués aux autres soumissionnaires conformément au principe de la transparence (cf. arrêt du TF 2P.164/2004 consid. 3.3; arrêt du TAF B-3563/2016 consid. 4.2; décision incidente du TAF B-4621/2008 consid. 5.2 ss). Il ne s'agit toutefois pas d'une collaboration négligeable si un soumissionnaire a été chargé de la planification ou de la conception dans le cadre d'un projet de construction, s'il a préparé des études ou des avant—projets pour l'ensemble de l'appel d'offres et a, à cette occasion, pu étudier en détail les éléments concrets du marché ou s'il a préparé des parties essentielles, voire l'ensemble du dossier d'appel d'offres (cf. arrêt du TF 2P.164/2004 consid. 3.3 et réf. cit.; arrêt du TAF B-7062/2017 consid. 4.4; décision incidente du TAF B-6653/2016 consid. 8.1). Ainsi, la question de savoir si une préimplication peut être compensée par des moyens appropriés ou si elle doit conduire à l'exclusion dépend de l'intensité de l'implication préalable du soumissionnaire (cf. arrêt du TAF B-7062/2017 consid. 4.4). C'est notamment le cas si un soumissionnaire a participé à la préparation du descriptif des prestations: il doit, en principe, avoir pour conséquence que celui-ci n'est pas autorisé à soumissionner pour l'appel d'offres concerné (cf. Galli et al., op. cit., no 1048; arrêt du TAF B-7062/2017 consid. 4.4; décision incidente du TAF B-6653/2016 consid. 8.5). Une compensation est également impossible si un soumissionnaire est en mesure d'obtenir, sur la base des travaux préliminaires effectués, des informations et des contacts qui n'existent pas sous une forme documentée et ne peuvent donc être mis à la disposition des autres soumissionnaires dans leur intégralité (cf. arrêt du TAF B-1358/2013 consid. 4.2 et réf. cit.).

E. 4.2

L'art. 21a al. 2 OMP contient une liste exemplative de mesures qui sont à disposition du pouvoir adjudicateur pour compenser un avantage concurrentiel; celui-ci dispose ainsi d'un pouvoir d'appréciation quant à la mesure à adopter (cf. arrêt du TAF B-1358/2013 consid. 4.2; Galli et al., op. cit., no 1046). Les autorités de recours observent ainsi une certaine

retenue lorsqu'elles sont appelées à examiner si un avantage concurrentiel peut être compensé par une mesure appropriée; seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné (cf. arrêt du TAF B-1358/2013 consid. 4.2; décision incidente du TAF B-6653/2016 consid. 8.3). De par sa formulation " si (...) l'avantage concurrentiel ainsi acquis ne peut pas être compensé par des moyens appropriés ", l'article 21a al. 1 OMP souligne qu'il existe des cas où la préimplication d'un soumissionnaire a atteint une telle importance qu'elle exclut toute mesure visant à compenser l'avantage concurrentiel (cf. arrêt du TAF B-1358/2013 consid. 4.2; décision incidente du TAF B-6653/2016 consid. 8.3 et réf. cit.; Galli et al., op. cit., no 1048). Dans les autres cas, comme pour le choix des éventuelles mesures compensatoires à prendre, le pouvoir adjudicateur dispose d'un certain pouvoir d'appréciation lorsqu'il doit décider si une préimplication peut être compensée ou si le soumissionnaire préimpliqué doit tout bonnement être exclu de la procédure (cf. décision incidente du TAF B-6653/2016 consid. 8.3 in fine).

E. 4.3

La recourante avance que la récusation des employés de la société B. SA permettrait déjà de pallier les avantages concurrentiels éventuels lors de l'évaluation des offres et de la mise en oeuvre du projet. Elle indique également que, selon les dispositions du " Guide de lutte contre la corruption au sein de l'OFROU " et du " Manuel sur les marchés publics - Routes nationales, OFROU ", le pouvoir adjudicateur et son personnel sont en mesure d'intervenir en cas de comportement illégal et de veiller au respect des exigences légales au moyen de directives ou d'autres mesures efficaces.

E. 4.4

Le pouvoir adjudicateur expose quant à lui qu'en cas de conflit d'intérêts, ce sont les entreprises entières qui doivent être exclues de la procédure; une récusation ne ferait que conduire au remplacement de tout le personnel de B. SA engagé dans la direction des travaux. Il est dès lors plus adéquat d'exclure les entreprises ayant un lien économique et juridique étroit avec l'équipe de la direction des travaux afin de garantir le bon et rapide déroulement des procédures. Il ajoute qu'indépendamment de l'obligation personnelle des membres de l'équipe d'évaluation de se récuser, il n'est pas à exclure qu'une entreprise ayant participé à la préparation de l'appel d'offres soutienne un soumissionnaire qui lui est proche dans ses travaux de préparation des documents d'appel d'offres. Dans un tel cas, la récusation du membre concerné de l'équipe d'évaluation ne suffirait pas pour éliminer l'avantage concurrentiel potentiel et seule l'exclusion du soumissionnaire permet de rétablir l'égalité de traitement de l'ensemble des soumissionnaires. Il ajoute enfin qu'il ne lui est pas possible de contrôler si les documents d'appel d'offres favorisent ou non une entreprise de construction en particulier.

E. 4.5

En l'espèce, il sied de rappeler que la société B. SA est membre du consortium I. BSA dont le mandat porte en particulier sur l'établissement des documents d'appel d'offres et le contrôle subséquent des travaux (cf. consid. 3.2.1). Sur le vu de la jurisprudence précitée (cf. consid. 4.1), il y a lieu de retenir que ladite société a pris part de manière importante à la préparation du marché et que sa préimplication ne saurait être compensée par des mesures appropriées. De plus, compte tenu du lien étroit existant entre B. SA et la recourante, on ne saurait exclure que cette dernière ait bénéficié d'un avantage concurrentiel, à savoir que les documents d'appel d'offres auraient été établis de manière à la favoriser et que des

informations lui auraient été transmises (cf. consid. 3.1.4 et 3.3.2). Sur ce point, on ne saisit pas quelles mesures le pouvoir adjudicateur eût pu prendre. Il suit de là qu'il n'y a pas d'excès du pouvoir d'appréciation. Le Tribunal relève encore que le cas d'espèce se distingue de celui de l'arrêt B-6708/2017. En effet, dans ledit arrêt, le pouvoir adjudicateur a indiqué que, malgré sa préimplication, le recourant en cause pourrait déposer une offre dans la procédure de passation et n'avait justifié l'exclusion prononcée que pour des raisons de calendrier. Or, in casu, le pouvoir adjudicateur n'a jamais prétendu que l'avantage concurrentiel dont dispose la recourante était susceptible d'être compensé; bien au contraire, il a déjà exposé dans sa prise de position du 17 octobre 2019 qu'en raison du lien étroit entre B. SA et la recourante, l'offre éventuelle de celle-ci serait exclue de la procédure de soumission.

E. 4.6.1

La recourante soutient enfin que le critère attaqué ainsi que son exclusion auront pour conséquence de porter atteinte à une concurrence efficace, en ce sens que le cercle de soumissionnaires potentiels serait restreint. Elle expose que peu d'offres ont été déposées dans plusieurs procédures d'appels d'offres comparables au cas d'espèce.

E. 4.6.2

Le pouvoir adjudicateur estime quant à lui qu'au vu des statistiques des marchés ouverts de construction portant sur la fibre optique, le câblage, l'éclairage, la vidéo et le courant fort des dernières années, il y a une concurrence suffisante. Il explique que, dans la procédure relative au lot (...) citée par la recourante, tous les domaines BSA ont été réunis en un seul lot et que les grands lots conduisent en général à moins d'offres. La quantité d'offres dans une procédure d'appel d'offres dépend dès lors de manière prépondérante de la structure de l'offre [recte: du lot] et du nombre de domaines techniques qu'il regroupe. Par ailleurs, il indique que les lots sont adaptés en fonction des possibilités du marché et des besoins spécifiques d'un projet. Ce n'est donc pas l'utilisation de la clause d'exclusion qui influence le nombre d'offres déposées mais bien le nombre de domaines BSA regroupés dans un lot.

E. 4.6.3

Si l'avantage concurrentiel ne peut pas être compensé, le pouvoir adjudicateur peut renoncer à l'exclusion et admettre le soumissionnaire avantage à participer à la procédure d'appel d'offres si l'exclusion risque de nuire à une concurrence efficace (cf. art. 21a al. 1 let. b OMP; décision incidente du TAF B-6653/2016 consid. 8.7). En effet, en matière de marchés publics, le principe de l'utilisation économe des fonds publics doit rester compatible avec l'objectif de promotion d'une concurrence efficace tel qu'énoncé à l'art. 21a al. 1 let. b OMP (cf. ATAF 2017 IV/3 consid. 4.7.3 et 2010/58 consid. 6.3). La détermination des conditions d'aptitude et des critères de qualification doit ainsi tenir compte des effets sur la concurrence entre soumissionnaires, afin que demeure une concurrence résiduelle suffisante (cf. ATAF 2010/58 consid. 6.3; Etienne Poltier, Droit des marchés publics, 2014, n°324).

E. 4.6.4

En l'espèce, l'objet du marché concerne en particulier les travaux d'équipement électrique et les prestations requises consistent essentiellement en la fabrication, la livraison, l'installation et la mise en service des équipements BSA, à savoir " Energie (E) - Eclairage (B) - Câblage (K) - Installations auxiliaires (N) " (cf. point 2.5 et 2.6 de l'appel d'offres). Sur le vu de la description des tâches requises, on peut déduire que la participation à la

procédure de soumission est ouverte et s'adresse à toutes les sociétés d'ingénierie du marché ayant une expérience dans la réalisation desdites tâches, à l'exception de celles ayant un lien étroit avec les entreprises citées par le point 9 du ch. 4.5 de l'appel d'offres. Ensuite, il ressort du tableau des statistiques que, pour les marchés portant sur la fibre optique, le câblage, l'éclairage, la vidéo ainsi que le courant fort, le nombre d'offre varie de deux à neuf en fonction des projets concernés durant les huit dernières années; il y a donc lieu de retenir l'existence d'une concurrence suffisante. Finalement, la recourante n'allègue nullement que le nombre de soumissionnaires dans les procédures de marchés publics qu'elle mentionne est réduit à cause de l'existence d'une clause d'exclusion; elle se contente d'affirmer que peu d'offres ont été déposées dans lesdites procédures. Aussi, même si la concurrence pourrait être plus forte, comme le relève la recourante, elle demeure suffisante pour ne pas mettre en balance les différents buts de la loi, à savoir, d'une part, l'égalité de traitement et, d'autre part, la concurrence efficace (cf. ATAF 2018 IV/6 consid. 3.5; Galli et al., op. cit., no 1048).

E. 4.6.5

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, rien ne permet de déduire que l'exclusion de la recourante en raison de sa préimplication indirecte aurait pour conséquence une restriction de la concurrence, ce d'autant plus que les motifs de son exclusion, à savoir notamment la sauvegarde de l'égalité de traitement entre les potentiels soumissionnaires et la réduction de risque de conflit d'intérêts, sont légitimes (cf. consid. 3.2) et sont des objectifs du droit des marchés publics - à l'avenir ancrés dans la LMP (cf. consid. 3.1.1) - et donc d'intérêt public (cf. arrêts du TAF B-6626/2016 du 30 août 2017 consid. 8.5.5 in fine et B-4288/2014 du 25 mars 2015 consid. 4.5). Aussi, même s'il en résulte une limitation du cercle des soumissionnaires potentiels, celle-ci est justifiée.

E. 4.7

La recourante prétend encore que la pratique du pouvoir adjudicateur serait incohérente, en ce sens qu'elle n'a pas été exclue d'une précédente procédure de passation alors que sa société soeur y avait pris part préalablement et qu'aucun des derniers appels d'offres publiés sur Simap ne contenait de clause d'exclusion. Le pouvoir adjudicateur avance quant à lui que le fait qu'il ait renoncé, dans certaines procédures d'adjudication, à faire figurer la clause d'exclusion ou en ait fait figurer une autre ne change rien au fait que les questions de préimplication, de conflit d'intérêts et de récusation sont traitées de manière systématique et circonstanciée dans chaque procédure. In casu, dans la mesure où l'exclusion de la recourante est en l'espèce justifiée, elle ne saurait déduire quoique ce soit du fait de ne pas avoir été exclue dans d'autres procédures ni du fait qu'aucune exclusion du même type n'a à ce jour été prononcée. En effet, le principe de la légalité de l'activité administrative prévaut en principe sur celui de l'égalité de traitement. En conséquence, l'administré ne peut généralement pas se prétendre victime d'une inégalité devant la loi lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas (cf. ATF 126 V 390 consid. 6a; arrêt du TF 1C_544/2014 du 1er avril 2015 consid. 5.1). En effet, rien ne laisse à penser que le pouvoir adjudicateur n'entend pas s'en tenir, en principe, à l'exclusion pour les cas de préimplication indirecte (cf. sur l'égalité dans l'illégalité: arrêt du TF 1C_436/2014 du 5 janvier 2015 consid. 5 et réf. cit.).

E. 5

(...)

E. 6

(...) il appartient au pouvoir adjudicateur de se prononcer sur des demandes concrètes quant à une exclusion éventuelle d'un soumissionnaire potentiel sans qu'une offre n'ait été déposée [au préalable].

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