



## **Arrêt du 3 octobre 2019**

---

Composition

Pascal Richard (président du collège),  
Eva Schneeberger, Christian Winiger, juges,  
Muriel Tissot, greffière.

---

Parties

**X. \_\_\_\_\_ SA,**  
représentée par Maître Daniel Guignard,  
recourante,

contre

**CFF SA,**  
Groupe – Droit & Compliance,  
Avenue de la Gare 43, 1003 Lausanne,  
pouvoir adjudicateur.

---

Objet

Marchés publics – procédure invitant à soumissionner  
"Gare de Vevey/Marquise/CFC222 Ferblanterie".

**Faits :****A.**

Par courriel du 14 mars 2019, CFF SA (ci-après : le pouvoir adjudicateur) a invité quatre sociétés à déposer une offre pour un marché de construction intitulé « Gare de Vevey/Marquise/CFC222 Ferblanterie ».

Dans le délai de clôture pour la remise des offres, les quatre sociétés invitées ont déposé une offre. Parmi lesdites offres, figurait celle de X. \_\_\_\_\_ (ci-après : la recourante).

**B.**

Par lettre du 5 juin 2019, le pouvoir adjudicateur a informé la recourante que son offre n'avait pas été retenue et que le marché en cause avait été attribué à la société soumissionnaire Y. \_\_\_\_\_ SA (ci-après : l'adjudicataire) pour un prix de CHF (...) (hors TVA).

**C.**

Par mémoire du 26 juin 2019, X. \_\_\_\_\_ SA exerce un recours au Tribunal administratif fédéral contre dite décision en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à ce que l'offre de l'adjudicataire soit exclue et que le marché lui soit attribué. A titre subsidiaire, elle requiert l'annulation de l'adjudication et le renvoi de la cause au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision dans le sens des considérants ; plus subsidiairement, qu'il soit constaté que l'adjudication en cause viole le droit fédéral des marchés publics. Elle demande en outre à ce que l'effet suspensif soit accordé, à titre superprovisionnel puis provisionnel, au recours, ainsi qu'à pouvoir consulter l'intégralité du dossier de la cause. A l'appui de ses conclusions, la recourante fait tout d'abord valoir que le pouvoir adjudicateur a violé la loi sur les marchés publics en adjudgeant le marché de construction litigieux selon les règles de la procédure invitant à soumissionner pour le motif que la valeur seuil à l'application de dite loi ne serait pas atteinte. En effet, le projet de rénovation des marquises historiques en jeu, pour lequel le marché litigieux a été adjudgé, s'inscrirait dans un projet de rénovation complète de la gare de Vevey, dont la valeur cumulée des travaux dépasserait largement la valeur seuil. La division du marché opérée par le pouvoir adjudicateur procéderait dès lors à l'évidence d'une volonté d'éluder les dispositions du droit fédéral des marchés publics. Celui-là ne saurait par ailleurs se prévaloir de la clause de *minimis* en tant qu'il ne s'y est jamais référé. Pour le reste, la recourante se plaint d'une violation des principes de la transparence et de l'égalité de traitement en tant que l'offre de l'adjudicataire aurait dû être exclue pour le motif que

celle-ci avait agi comme « bureau d'assistance au maître de l'ouvrage » des CFF pour le présent marché et était de ce fait préimpliquée. Elle fait également valoir que le pouvoir adjudicateur a versé dans l'arbitraire dans la manière dont il a apprécié et noté les critères d'adjudication à l'égard de son offre et de celle de l'adjudicataire.

**D.**

Par ordonnance du 27 juin 2019, le pouvoir adjudicateur a été enjoint, à titre de mesure superprovisionnelle, de n'entreprendre aucune mesure d'exécution susceptible d'influer sur l'issue du litige avant qu'il ne soit statué sur la requête d'octroi de l'effet suspensif.

**E.**

Invité à se déterminer en particulier sur l'application de la loi sur les marchés publics à la procédure de passation en cause, le pouvoir adjudicateur a, par courrier du 12 juillet 2019, soutenu que la rénovation des marquises historiques de la gare de Vevey constituait un projet pour lui-même, distinct fonctionnellement et constructivement du projet de rénovation du bâtiment voyageurs de la gare de Vevey ainsi que du projet ATR Lausanne – Villeneuve. Il a au surplus relevé qu'il paraissait contradictoire et de mauvaise foi de la part de la recourante d'accepter de présenter une offre dans une procédure invitant à soumissionner puis de se plaindre de l'application de celle-ci parce que le marché ne lui a pas été attribué.

**F.**

Disposant également de la possibilité de prendre position notamment sur l'application de la loi sur les marchés publics à la soumission litigieuse, l'adjudicataire n'a pas réagi dans le délai fixé.

**G.**

Par décision incidente du 18 juillet 2019, le Tribunal administratif fédéral a accordé à la recourante un accès au dossier limité aux pièces telles que proposées par le pouvoir adjudicateur.

**H.**

Disposant de la possibilité de déposer d'éventuelles remarques, la recourante a fait valoir, par écritures du 2 août 2019, notamment que l'offre de l'adjudicataire était incomplète et a réitéré son grief de préimplication à l'encontre de celle-ci. Quant au choix de la procédure invitant à soumissionner, elle a à nouveau reproché au pouvoir adjudicateur d'avoir morcelé en plusieurs marchés les travaux de rénovation de la gare de

Vevey, de telle sorte qu'ils ne soient pas assujettis à la loi sur les marchés publics. Or, en considérant le projet de rénovation de la gare de Vevey dans sa globalité, la valeur seuil à l'application de la loi est largement dépassée.

**I.**

Invité à déposer sa réponse au fond, le pouvoir adjudicateur a soutenu, par écritures du 16 août 2019, que l'ouvrage à prendre en considération pour estimer la valeur du marché était celui de la seule rénovation des marquises historiques, lequel était indépendant, tant temporellement que constructivement, du projet de rénovation du bâtiment voyageurs de la gare de Vevey ainsi que de celui de l'amélioration des accès aux trains en gare de Vevey qui fait partie du projet global poursuivant ce même but sur l'ensemble de la ligne entre Lausanne et Villeneuve (ATR). En outre, même si la valeur de tous les travaux relatifs à la gare de Vevey devait être retenue, l'application de la clause de *minimis* permettait d'adjudger le marché litigieux en dehors du cadre de la loi sur les marchés publics. Enfin, la recourante, dont l'offre a été exclue, n'est quoi qu'il en soit pas apte à réaliser le marché en cause. Le pouvoir adjudicateur répond encore aux griefs de la recourante relatifs à la préimplication de l'adjudicataire, aux lacunes dans l'offre de celle-ci et à la prétendue évaluation arbitraire de son offre et de celle de l'adjudicataire.

**J.**

Disposant également de la possibilité de prendre position sur le recours, l'adjudicataire n'a pas répondu dans le délai impart.

**K.**

Invitée à se déterminer, la recourante a, dans un délai prolongé au 23 septembre 2019, en particulier répété que le marché litigieux faisait partie d'un marché de construction portant sur la rénovation/transformation de la gare de Vevey et des accès aux trains, y compris la réfection des quais. Se fondant sur des communiqués de presse émanant du pouvoir adjudicateur, elle a encore ajouté que lorsque celui-ci s'adressait au public, il considérait bel et bien l'ouvrage portant sur la rénovation et le réaménagement de la gare et de ses quais comme un ouvrage global. Elle s'est enfin prononcée sur ses griefs relatifs au fond de la cause.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

**Droit :****1.**

**1.1** Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître notamment des recours contre les décisions d'adjudication dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1 ; cf. art. 29 let. a LMP en relation avec l'art. 27 al. 1 LMP).

**1.2** Le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour déterminer si c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas conformé à la LMP en n'attribuant pas un marché selon les dispositions de la loi ou en ne choisissant pas la procédure qui se serait imposée. En effet, la question de savoir si, dans un cas concret, l'on a, à raison, renoncé à l'une des procédures prévues par la loi (procédure ouverte ou sélective, voire de gré à gré au sens de l'art. 13 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP, RS 172.056.11], sous certaines conditions) au profit d'une procédure invitant à soumissionner ou de gré à gré au sens de l'art. 36 al. 2 OMP ne peut échapper entièrement au contrôle par le juge. Sinon, le pouvoir adjudicateur aurait la faculté de se soustraire à ce contrôle par la seule affirmation, selon laquelle la LMP ne trouve pas application, ce qui aurait pour effet de vider de sa substance la protection juridique dans le domaine des marchés publics (cf. arrêts du TAF B-4657/2009 du 20 juillet 2010 consid. 1.2 et B-3311/2009 du 16 juillet 2019 consid. 1.1).

Dès lors que la recourante fait valoir que la valeur du marché à prendre en considération *in casu* dépasse le seuil relevant à l'application de la LMP, le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître du présent litige.

**2.**

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

**2.1** 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. 26 al. 1 LMP et art. 37 LTAF).

**2.2** Un recours devant le Tribunal administratif fédéral n'est recevable que s'il est dirigé contre une décision prise conformément aux procédures d'adjudication prévues par la LMP (cf. *a contrario* art. 2 al. 3 4<sup>ème</sup> phrase LMP, voir aussi art. 39 OMP ; ATAF 2008/61 consid. 3.1, 2008/48 consid. 2.1 et réf. cit.).

La LMP s'applique en principe uniquement aux marchés publics visés par l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (ci-après : AMP, RS 0.632.231.422), alors que les autres marchés de la Confédération sont réglés par l'OMP.

Ainsi, la LMP est applicable si l'entité adjudicatrice est soumise à la loi (art. 2 LMP), si le type de marché adjugé est visé par celle-ci (art. 5 LMP), si la valeur du marché public à adjuger atteint les seuils prescrits à l'art. 6 al. 1 LMP et, enfin, si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions prévues à l'art. 3 LMP.

**2.2.1** Depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> juin 2002, des Accords bilatéraux entre la Suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (Accord Suisse-CE, RS 0.172.052.68), les opérateurs ferroviaires sont soumis aux règles sur les marchés publics (art. 3 al. 2 let. d et al. 3 de l'Accord Suisse-CE et Annexe II B). Dans le secteur du rail (construction ou exploitation d'installations ferroviaires), les CFF, les entreprises dont ils détiennent la majorité, ainsi que d'autres opérateurs ferroviaires sous l'influence dominante de la Confédération, sont soumis en qualité d'adjudicateur à la LMP (cf. arrêt du TAF B-6350/2015 du 22 février 2016 consid. 3.1). Sont exemptées, toutes les activités de ces entreprises n'ayant pas de relation directe avec le secteur des transports (art. 2 al. 2 LMP en relation avec l'art. 2a al. 2 let. b OMP) ; l'existence de cette relation ne doit toutefois pas être soumise à des exigences trop élevées (cf. arrêt de TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 1.5 et réf. cit.).

En l'occurrence, selon le ch. 133 des conditions particulières de « l'appel d'offres », le marché en cause porte sur des travaux d'assainissement des marquises historiques sises sur les quais 1, 2 et 4 de la gare de Vevey. Dès lors que l'objet du marché de construction litigieux se situe sur les quais d'une gare exploitée par les CFF, ces travaux sont en relation directe avec le secteur des transports. Les CFF sont donc soumis, en qualité d'adjudicateur, à la LMP (cf. art. 2 al. 2 LMP en relation avec l'art. 2a al. 2 let. b OMP).

**2.2.2** Par marché de construction au sens de la LMP, on entend un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la réalisation de travaux de construction de bâtiments ou de génie civil au sens du ch. 51 de la Classification centrale des produits (liste CPC) selon l'appendice 1, annexe 5, de l'Accord GATT (art. 5 al. 1 let. c LMP).

Selon les conditions particulières de « l'appel d'offres », le marché en cause porte sur des travaux de ferblanterie/couverture/charpente destinés à rénover des marquises historiques. Ils constituent dès lors incontestablement un marché de construction soumis à la LMP.

**2.2.3** Enfin, l'art. 2a al. 3 OMP prévoit – pour les adjudicateurs tels que les CFF – des seuils (sans la TVA) au-delà desquels la loi est applicable si la valeur estimée du marché public à adjudger les atteint. Ainsi, l'art. 2a al. 3 let. d OMP dispose que la LMP n'est applicable qu'aux marchés publics dont la valeur estimée dépasse 8 millions de francs pour la construction ou l'exploitation d'installations ferroviaires par les CFF (cf. art. 2a al. 2 let. b OMP en lien avec art. 2 al. 2 LMP).

L'estimation préalable que le pouvoir adjudicateur fait de la valeur du marché est l'élément déterminant pour apprécier si le seuil fixé, en l'occurrence par l'ordonnance, est atteint (cf. arrêts du TAF B-396/2018 du 19 février 2019 consid. 2.1.3 et B-913/2012 du 28 mars 2012 consid. 4.2.1) ; la valeur du marché qui ressort de la décision d'adjudication n'est pas déterminante (cf. ATAF 2009/18 consid. 2.4).

L'estimation de la valeur du marché est une question majeure pour l'entité adjudicatrice, l'objectif sous-jacent étant de pouvoir déterminer le plus précisément possible le type de procédure à appliquer. La procédure invitant à soumissionner en particulier est celle où l'adjudicateur invite des soumissionnaires à présenter une offre dans un délai donné, sans lancer d'appel d'offres. Selon l'art. 35 al. 3 OMP, peuvent être adjugés selon la procédure invitant à soumissionner, les marchés de construction dont la valeur n'atteint pas 2 millions de francs (let. g) ou les marchés de construction au sens de l'art. 14 (let. h). Le type de procédure applicable dépend pour le pouvoir adjudicateur de la valeur de son marché, à savoir la valeur de la prestation qu'il met en appel d'offres. En cas de franchissement de la valeur seuil – au regard des offres déposées – le pouvoir adjudicateur qui n'a pas choisi la bonne procédure peut être contraint à reprendre sa procédure *ab ovo* après annulation par le juge de la décision d'adjudication (cf. OLIVIER RODONDI, La gestion de la procédure

de soumission – Questions choisies, en particulier les délais / Introduction – IV, in : Marchés publics 2008, p. 167 ss).

L'AMP, comme la législation suisse, contiennent diverses règles visant à appréhender des situations spécifiques ou délicates s'agissant de l'estimation de la valeur d'un marché. Il existe ainsi une règle empêchant de scinder les quantités à acquérir dans l'intention d'éviter l'application des règles du droit des marchés publics (cf. ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, n. 221).

Ainsi, l'art. 7 al. 1 LMP prévoit qu'un marché ne peut être subdivisé en vue d'éviter les dispositions de la LMP. Selon l'art. 7 al. 2 1<sup>ère</sup> phrase LMP, si un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un ouvrage, leur valeur totale – et non pas la valeur de chaque marché individuellement – est déterminante pour apprécier si la valeur seuil pour les marchés de construction est atteinte (*Bauwerkregel*) (cf. ATAF 2009/18 consid. 2.4 et réf. cit. ; arrêt du TAF B-913/2012 précité consid. 4.2.1 et réf. cit. ; voir ég. sur ce point Message du Conseil fédéral du 15 février 2017 relatif à la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics [FF 2017 1695, spéc. 1767]). Il faut donc que la valeur totale estimée de tous les marchés de construction nécessaires à la réalisation de l'ouvrage franchisse (*in casu*) le seuil de 8 millions de francs. Lorsque l'estimation de l'ouvrage dépasse la valeur seuil, l'ensemble des marchés de construction qui le composent doivent faire l'objet d'une procédure de mise en concurrence. Dans un souci de simplification, une exception est cependant ménagée pour les travaux de minime importance (clause de *minimis*, cf. *infra* consid. 2.2.3.4) (cf. POLTIER, op. cit., n. 222).

En cas de travaux réalisés simultanément, voire successivement, mais présentant un lien entre eux, la question demeure de savoir si on a affaire à un seul ou au contraire à une pluralité d'ouvrages (cf. POLTIER, op. cit., n. 222). Selon l'art. 5 al. 2 LMP, un « ouvrage » est le résultat de l'ensemble des travaux de construction de bâtiments ou de génie civil selon l'al. 1 let. c, destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. Peut seulement remplir une fonction économique ou technique ce qui est viable en soi, c'est-à-dire ce qui pourrait raisonnablement aussi être construit séparément (cf. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, n. 952 p. 489). Ce qui est déterminant c'est de savoir si, au sein du marché de construction, l'on perçoit un ouvrage propre isolé ou une partie d'un projet de construction plus grand (cf. arrêt du TAF B-913/2012 précité consid. 4.2.1 et réf. cit.). Dans son arrêt publié aux ATAF 2009/18, le Tribunal administratif fédéral s'est référé à la

jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, selon laquelle l'existence d'un ouvrage doit être appréciée par rapport à la fonction économique et technique du résultat commun des travaux concernés (critère de l'identité fonctionnelle) (cf. arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France, C-16/98, point 36 ; voir également POLTIER, op. cit., n. 221).

Enfin, il ressort du message du Conseil fédéral du 15 février 2017 relatif à la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (FF 2017 1695) que, pour estimer la valeur du marché, il y a lieu de prendre en compte l'ensemble des prestations à adjudger et toutes les rémunérations y afférentes qui sont en étroite relation d'un point de vue matériel ou juridique. Des prestations sont en étroite relation par exemple lorsqu'elles ne peuvent être raisonnablement acquises indépendamment l'une de l'autre, en particulier parce qu'elles remplissent le même but, qu'elles doivent être accomplies par la même personne ou qu'une répartition des responsabilités n'est pas souhaitable (cf. p. 1764).

Ceci étant, il s'agira d'apprécier les faits dans chaque cas concret et le principe administratif de la bonne foi permettra de dire si des prestations ont entre elles un lien de connexité tel qu'elles constituent en réalité un même marché (cf. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 82).

**2.2.3.1** En l'espèce, le marché de construction, objet de l'adjudication contestée, s'inscrit dans le projet de rénovation des marquises historiques I (quai 1) et II (quais 2 et 4) de la gare de Vevey. Les travaux de rénovation ont été subdivisés en six parties – correspondant à six corps de métier différents – faisant chacune l'objet d'une soumission séparée (cf. ch. 151 conditions particulières), à savoir :

*CFC 211 : Travaux de l'entreprise de maçonnerie*

*CFC 213 : Construction métallique/serrurerie*

*CFC 218 : Echafaudages*

*CFC 222 : Ferblanterie/couverture/charpente*

*CFC 227 : Traitement des surfaces*

*CFC 230 : Installations électriques*

Il ressort du dossier d'adjudication que chacune de ces parties a été estimée par le pouvoir adjudicateur à un montant inférieur à 2 millions de francs. Il en ressort également que celui-là a considéré l'ensemble de ces marchés de construction comme ne formant qu'un seul et même ouvrage et estimé sa valeur à 5'780'000 francs. La valeur seuil de 8 millions de francs à l'application de la loi n'étant pas atteinte pour cet ouvrage, il a dès lors soumis l'attribution de chacun de ces six marchés à une procédure invitant à soumissionner au sens de l'art. 35 al. 3 let. g OMP.

**2.2.3.2** Selon la recourante, le projet de rénovation des marquises historiques s'inscrit dans un projet plus large, soit la rénovation complète de la gare de Vevey, dont les premiers travaux ont débuté en octobre 2017. Ces travaux participeraient d'un même programme et d'une même intention du pouvoir adjudicateur. L'enjeu résiderait en effet dans l'exploitation nouvelle de la ligne ferroviaire par des rames à deux étages. Or, cette exploitation requiert, outre des travaux de réaménagement de la gare aux fins de maîtriser l'augmentation du flux de passagers et de rehaussement des quais, la réfection des marquises en vue notamment de leur adaptation au nouveau profil d'espace libre ainsi que la démolition et la reconstruction de l'abri voyageurs existant sur le quai central. L'ouvrage déterminant n'aurait ainsi pas trait qu'à la seule rénovation des marquises, si bien que la valeur pertinente serait celle de l'addition de tous les travaux afférents à la restauration, le réaménagement, la transformation et la réfection du bâtiment de la gare de Vevey, des accès aux trains, des quais et des marquises historiques et dépasserait dès lors largement la valeur seuil requise. La recourante fait encore valoir à cet égard que les Chambres fédérales ont alloué au pouvoir adjudicateur un crédit d'engagement largement supérieur à ladite valeur seuil pour procéder à la rénovation de la gare de Vevey et que celui-ci a décortiqué ce crédit pour le diviser en plusieurs projets, dont celui de la rénovation des marquises. Si, pour des raisons techniques et de planification, le pouvoir adjudicateur a décidé de ne pas entreprendre, en une seule fois et sous entreprise totale, l'intégralité desdits travaux, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un seul ouvrage.

**2.2.3.3** Afin de déterminer la valeur estimée du marché à prendre en considération *in casu*, il s'agit dès lors en premier lieu d'examiner si, comme le prétend la recourante, le projet de rénovation des marquises historiques est lié à d'autres travaux de construction entrepris à la gare de Vevey et forment ensemble un ouvrage.

Il ressort du dossier que le pouvoir adjudicateur a entrepris, depuis 2017, plusieurs travaux de construction sur le site de la gare de Vevey :

Le projet « ATR (Automatisation Télécommande Réseau) Lausanne-Villeneuve, Automatisation et modernisation du tronçon de ligne » qui, comme l'a exposé le pouvoir adjudicateur dans ses prises de positions, concerne toute la ligne de chemins de fer entre ces deux localités, avec les différentes haltes et gares que cette ligne comporte, et dont l'estimation avoisine les 100 millions de francs. L'objectif du projet ATR Lausanne – Villeneuve était d'automatiser l'exploitation de ladite ligne et d'aménager l'infrastructure ferroviaire pour permettre l'augmentation de la fréquence des trains ainsi que la circulation de trains plus longs et/ou à deux étages. Ce projet a en particulier impliqué la prolongation de quais, notamment à la gare de Vevey (quais 1 et 2), ainsi que le rehaussement de ces quais dans le contexte de l'adaptation des infrastructures aux personnes à mobilité réduite. De nouveaux accès aux quais prolongés 1 et 2 ont été créés, soit des escaliers couverts par de nouvelles marquises type RV05. Les surfaces du bâtiment voyageurs de la gare de Vevey ont également dû être réaménagées afin de faire face à la hausse du nombre de voyageurs due à l'arrivée des rames à deux étages et à l'augmentation de la cadence des trains.

Parallèlement à ces réaménagements, le bâtiment voyageurs de la gare de Vevey a également été assaini afin de le remettre en valeur pour la Fête des Vignerons 2019 : les fenêtres datant des années 60 ont été remplacées ; les verrières devant la gare ont été restaurées. Un chauffage à distance a été installé ainsi que de nouvelles toilettes publiques et un nouvel ascenseur permettant d'accéder au quai 1.

Enfin, s'agissant du projet de rénovation des marquises historiques de la gare de Vevey, il ressort des conditions particulières de « l'appel d'offres » intitulé « ATR Lausanne – Villeneuve/Gare de Vevey/Rénovation marquises historiques » que celui-ci concerne les travaux d'assainissement des marquises I (quai 1) et II (quais 2 et 4) de la gare de Vevey qui ont débuté vers la mi-août 2019 pour s'achever en décembre 2020 (ch. 133).

Il ressort du dossier (cf. ATR Lausanne – Villeneuve/projet de construction/rapport technique du 30 juillet 2013) que la gare de Vevey dans son ensemble est classée d'importance nationale à l'inventaire des gares historiques. A ce titre, les marquises de quai construites en 1909 doivent être sauvegardées dans leur intégralité. Les marquises I et II ont

obtenu la note 2 au recensement architectural du canton du Vaud. Elles satisfont aux besoins fonctionnels dans ce secteur de la gare. Elles se composent d'une structure métallique rivetée en treillis couvertes par un chevronnage et lambrissage en bois ; la ferblanterie-couverture varie selon la marquise. Les structures porteuses métalliques des marquises des quais 1 et 2 ont été contrôlées sur la base des normes actuelles pour la maintenance des structures porteuses. Le respect de ces nouvelles prescriptions a exigé qu'elles soient renforcées pour répondre principalement aux effets transversaux et soulevants dus au vent (cf. Convention d'utilisation Marquises existantes historiques).

Le projet de rénovation des marquises historiques prévoit, selon les conditions particulières de « l'appel d'offres », les interventions suivantes :

- le renforcement de la structure métallique (renforcement des piliers et des fondations) ;
- l'adaptation des bords de marquises au PEL (profil d'espace libre) ;
- la rénovation de la couverture et de la ferblanterie ;
- la rénovation du traitement de surface ;
- le renouvellement des installations électriques ;
- la démolition de l'abri voyageurs existant sur le quai central (quai 2/4) ;
- la mise en place d'un nouvel abri voyageurs sur le quai central ;
- la mise en place d'une nouvelle batterie de tubes et de nouvelles chambres (projet câble) sur le quai central ;
- le complément d'éclairage sur les quais 1 et 2/4.

Il s'ensuit que les travaux de rénovation des marquises historiques visent à adapter celles-ci aux normes actuelles, notamment à renforcer les structures vieillissantes et ainsi sauvegarder ces bâtisses. Ceux-ci poursuivent dès lors un but commun et remplissent, en soi, une fonction technique, à savoir préserver une construction historique visant à abriter les voyageurs sur des quais existants. Le résultat de ces travaux de rénovation ne dépend pas de la réalisation d'autres travaux de construction sur ces mêmes quais ; il est « viable » et remplit une fonction en soi.

En particulier, la rénovation des marquises historiques sur des quais existants n'est nullement nécessaire, et réciproquement, au projet d'aménagement de l'infrastructure ferroviaire visant à augmenter la cadence des trains ainsi qu'à permettre la circulation de trains plus longs

et/ou à deux étages. A ce titre, les quais 1 et 2 de la gare de Vevey ont notamment été prolongés. De nouveaux accès ainsi que de nouvelles marquises ont ainsi été construits sur ces quais prolongés. Même si elles visent toutes deux à abriter les voyageurs sur les quais, la rénovation de marquises historiques vieillissantes sur des quais existants – initiée à la suite d'un rapport technique sur l'état de ses structures – n'a pas de lien de connexité avec la construction de nouvelles marquises sur des quais prolongés visant à accueillir des trains plus longs. Ces travaux sont donc temporellement, économiquement et techniquement indépendants du projet ATR Lausanne – Villeneuve. Ils ne remplissent pas une fonction technique commune. Ces projets existent et sont techniquement et fonctionnellement viables indépendamment l'un de l'autre. Les travaux de rénovation des marquises historiques ont par ailleurs commencé (bien) après l'achèvement du projet ATR Lausanne – Villeneuve. Ils ne sont pas liés entre eux d'une manière telle qu'ils devraient être perçus comme un ouvrage unique.

Ces marquises historiques sont propres à la gare de Vevey. Leurs travaux de rénovation ne sauraient dès lors être considérés comme ne formant qu'un seul et même ouvrage avec le projet global d'amélioration des accès aux trains sur l'ensemble de la ligne entre Lausanne et Villeneuve. Il en va *a fortiori* de même avec la rénovation du bâtiment voyageurs de la gare de Vevey, que celui-ci ait été remis en valeur en vue de la Fête des vigneron (antérieure à la rénovation des marquises historiques) ou réaménagé afin de faire face à la hausse du nombre de voyageurs due à l'arrivée des rames à deux étages et à l'augmentation de la cadence des trains.

Enfin, le fait que le pouvoir adjudicateur ait intégré au marché de construction de rénovation des marquises historiques également la démolition et reconstruction de l'abri voyageurs existant sur le quai central peut se justifier par des motifs d'opportunité, dès lors que cette construction se trouve sous la marquise historique II. Un lien de connexité ou une interdépendance des travaux à entreprendre sur cette partie du quai central peut les faire apparaître comme un ouvrage unique doté d'une continuité fonctionnelle.

Il suit de ce qui précède qu'il y a lieu d'admettre que la rénovation des marquises historiques de la gare de Vevey constitue un ouvrage à part entière au sens de l'art. 5 al. 2 LMP.

L'argument de la recourante selon lequel l'Assemblée fédérale a alloué au pouvoir adjudicateur un crédit d'engagement largement supérieur à la

valeur seuil pour procéder à la rénovation de la gare de Vevey n'y change rien. L'octroi d'un crédit d'engagement pour réaliser des travaux n'est pas déterminant pour apprécier l'existence d'un ouvrage au sens de la loi.

La valeur de l'ouvrage à prendre en considération pour déterminer si le marché en cause est ou non soumis à la LMP est dès lors celle de la seule rénovation des marquises historiques de la gare de Vevey. Le pouvoir adjudicateur a ainsi pris, à raison, en considération les six marchés de construction nécessaires à la réalisation dudit ouvrage et estimé sa valeur totale à 5'780'000 francs, soit en deçà du seuil de 8 millions de francs à l'application de la LMP.

**2.2.3.4** Au demeurant, même à supposer, comme le prétend la recourante, que la valeur déterminante serait en l'espèce celle de « l'addition de tous les travaux afférents à la restauration, le réaménagement, la transformation et la réfection du bâtiment de la gare de Vevey, des accès aux trains, des quais et des marquises historiques », le marché de construction, objet de l'adjudication contestée, aurait néanmoins pu être soustrait à la procédure de soumission par le pouvoir adjudicateur.

Selon l'art. 7 al. 2 2<sup>e</sup> phrase LMP, il appartient au Conseil fédéral de fixer la valeur de chacun des marchés de construction qui sont dans tous les cas soumis aux dispositions de la loi et de déterminer le pourcentage qu'ils doivent représenter dans l'ensemble de l'ouvrage. Edicté en exécution de cette disposition, l'art. 14 OMP – intitulé « clause de *minimis* » (*Bagatellklausel*) – prévoit que, lorsque l'adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction en lien avec la réalisation d'un ouvrage dont la valeur totale dépasse le seuil déterminant, il n'est pas tenu de les adjuger en se conformant aux dispositions de la loi, pour autant que les conditions suivantes soient remplies : la valeur de chacun de ces marchés est inférieure à 2 millions de francs (let. a) ; et la somme des valeurs des marchés non soumis ne dépasse pas 20% de la valeur totale de l'ouvrage (let. b) (cf. arrêt du TAF B-396/2018 du 19 février 2019 consid. 2.1.3 ; ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, op. cit., p. 83). Il ressort de ce qui précède que chaque lot ou marché de construction, dont la valeur est inférieure à 2 millions de francs, peut être adjugé en dehors du cadre de la loi ; la valeur de tous les lots ou marchés dont l'adjudication n'est pas soumise à la loi ne doit toutefois pas dépasser 20% de la valeur totale de l'ouvrage. Selon la doctrine et la jurisprudence, l'adjudicateur possède une certaine liberté pour décider quels marchés, parmi ceux inférieurs au montant de *minimis*, il entend soustraire aux procédures de marché public. L'adjudicateur doit par conséquent indiquer s'il entend soustraire un lot ou marché à la

procédure de soumission lorsque celui-ci intègre un ouvrage qui est, dans son ensemble, soumis à la loi (cf. ATAF 2009/18 consid. 2.4.2 et réf. cit. ; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, in : Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3<sup>e</sup> éd. 2013, p. 597 n° 1229).

En l'espèce, il ressort du dossier de passation que le pouvoir adjudicateur a estimé la valeur du marché « CFC 222 : Ferblanterie/couverture/charpente » à 1'200'000 francs. Les offres déposées pour réaliser lesdits travaux oscillent entre 1'144'749.30 francs et 1'473'224.15 francs bruts, si bien que le montant de *minimis* (2 millions de francs) n'est pas atteint pour ce marché. En outre, comme déjà dit, le pouvoir adjudicateur a estimé les six marchés de construction relatifs à la rénovation des marquises historiques – tous adjugés au terme d'une procédure invitant à soumissionner – à une valeur totale de 5'780'000 francs, ce qui est largement inférieur aux 20% du montant des travaux globaux, devisés à plus de 100 millions de francs.

Aussi, à supposer que le marché de construction litigieux s'inscrive dans la réalisation d'un ouvrage dont la valeur estimée totale excède le seuil à l'application de la LMP, le pouvoir adjudicateur pouvait le soustraire à celle-ci en se prévalant de la clause de *minimis*. La recourante fait toutefois valoir que le pouvoir adjudicateur ne s'en serait pas prévalu. Il est vrai que celui-ci n'a, à aucun moment, indiqué faire usage de la clause de *minimis*. Cela étant, il estimait être en présence d'un marché indépendant. Ce nonobstant, en optant pour une procédure invitant à soumissionner – par nature non assujettie à la loi (cf. chapitre 3 OMP « autres marchés ») – le pouvoir adjudicateur a, par acte concluant, exprimé, très clairement, son intention de faire usage de la clause de *minimis* et donc de ne pas soumettre le marché aux dispositions de la loi (cf. *a contrario* ATAF 2009/18 consid. 2.4.2).

**2.2.4** Enfin, l'on peut encore se poser la question de savoir si, en vertu du principe de la bonne foi, le grief de la recourante à l'encontre du choix de la procédure invitant à soumissionner ne serait pas tardif. En effet, la recourante a déposé une offre dans une procédure invitant à soumissionner sans avoir à aucun moment fait part de ses doutes quant au choix de la procédure.

Cette question peut néanmoins demeurer indécise au regard de ce qui précède.

**2.2.5** Il ressort en effet de ce qui précède que la LMP ne s'applique pas dans le cas présent. Le pouvoir adjudicateur n'a dès lors pas violé le droit fédéral des marchés publics en adjudgeant le marché de construction « Gare de Vevey/Marquise/CFC222 Ferblanterie » selon les règles de la procédure invitant à soumissionner. Or, l'art. 39 OMP prévoit que les décisions prises au terme notamment d'une procédure invitant à soumissionner ne sont pas sujettes à recours.

Le recours formé par la recourante contre la décision du pouvoir adjudicateur du 5 juin 2019 est par conséquent irrecevable.

### **3.**

La recourante a requis la production par le pouvoir adjudicateur du dossier que celui-ci a constitué et soumis à l'Assemblée fédérale en vue d'obtenir le crédit d'engagement de la rénovation de la gare de Vevey. Comme exposé plus haut, dite pièce n'est pas de nature à démontrer l'existence ou non d'un ouvrage au sens de la LMP (cf. consid. 2.2.3.3). Le tribunal de céans s'estime par ailleurs suffisamment renseigné pour statuer en l'état du dossier. Il n'y a donc pas lieu de donner suite à dite réquisition d'instruction, laquelle est écartée par appréciation anticipée des preuves.

La recourante a également requis l'audition d'un témoin à l'appui de son grief relatif à la préimplication de l'adjudicataire. Compte tenu de l'issue de la présente procédure, il n'y a pas davantage lieu de donner suite à dite réquisition.

S'agissant enfin du droit à la consultation du dossier, la recourante a eu partiellement accès à celui-ci dans la mesure fixée par décision incidente du 18 juillet 2019. Au regard des conclusions et griefs du recours, 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, en particulier dans l'optique d'un éventuel recours contre le présent arrêt.

### **4.**

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

### **5.**

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 (art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF).

En l'espèce, il y a lieu de fixer les frais de procédure à 3'000 francs et de les mettre à la charge de la recourante. Ceux-ci sont imputés sur l'avance de frais de 5'000 francs acquittée par la recourante le 18 juillet 2019. Le solde de 2'000 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

**6.**

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).

Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est irrecevable.

**2.**

Les frais de procédure, d'un montant de 3'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ceux-ci sont imputés sur l'avance de frais de 5'000 francs déjà perçue. Le solde de 2'000 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

**3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire ; annexe : formulaire « adresse de paiement »)
- au pouvoir adjudicateur (acte judiciaire)
- à l'adjudicataire (en extrait ; courrier A)

Le président du collège :

La greffière :

Pascal Richard

Muriel Tissot

**Indication des voies de droit :**

Pour autant qu'elle soulève une question de principe (cf. art. 83 let. f ch. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110] *a contrario*), la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification. Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 4 octobre 2019