



## **Arrêt du 4 octobre 2011**

---

Composition

Bernard Maitre (président du collège),  
Vera Marantelli, David Aschmann, juges,  
Vanessa Thalmann, greffière.

---

Parties

**X. \_\_\_\_\_ SA,**  
représentée par Maître Jean-Daniel Théraulaz,  
recourante,

contre

**Office fédéral des routes, Filiale d'Estavayer-le-Lac,**  
Infrastructure routière, Place de la Gare 7,  
1470 Estavayer-le-Lac,  
pouvoir adjudicateur.

---

Objet

Marchés publics (N09 Vennes-Villeneuve Ouvrages Art  
Réhabilitation des murs de soutènement 2011 – Lot n° 23).

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

Le 7 février 2011, l'Office fédéral des routes (OFROU ; ci-après : le pouvoir adjudicateur) publia dans le Système d'information sur les marchés publics en Suisse (SIMAP ; www.simap.ch) un appel d'offres dans le cadre d'une procédure ouverte pour un marché de travaux de construction intitulé «N09 Vennes-Villeneuve Ouvrages Art Réhabilitation des murs de soutènement 2011». Le projet consiste en des «travaux d'assainissement lourd des murs de soutènement non ancrés sur le tronçon Vennes-Villeneuve de la N9. Réalisation entre autres d'un nouveau parement en béton avec mise en place d'ancrages sur 19 murs». Le marché est divisé en sept lots numérotés 23 à 29 et les offres pouvaient être soumises pour plusieurs lots.

**A.b** Dans le délai de clôture des offres, fixé au 21 mars 2011, trois offres ont été déposées pour le lot n° 23. Parmi celles-ci, figurait celle de X.\_\_\_\_\_ SA, pour un montant de (...) (TVA comprise), à laquelle étaient consentis un rabais de 5% (soit de ...) et un escompte de 3% (soit de ...).

**A.c** Par décision du 9 mai 2011, publiée sur SIMAP le 13 mai 2011, le pouvoir adjudicateur adjugea le marché de travaux de construction susmentionné à Y.\_\_\_\_\_ SA (ci-après : l'adjudicataire) au prix de Fr. 6'579'114.- (TVA comprise).

Le 16 mai 2011, le pouvoir adjudicateur a informé X.\_\_\_\_\_ SA que le marché précité avait été adjugé à Y.\_\_\_\_\_ SA.

**B.**

Par écritures du 1<sup>er</sup> juin 2011, mises à la poste le même jour, X.\_\_\_\_\_ SA (ci-après : la recourante) recourt contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Dans sa lettre d'accompagnement au recours, la recourante requiert l'octroi de l'effet suspensif. Dans son mémoire de recours, elle conclut, avec suite de dépens, à l'admission du recours, au rapport de la décision d'adjudication à Y.\_\_\_\_\_ SA et à ce que le lot n° 23 lui soit adjugé aux conditions de son offre.

La recourante reproche tout d'abord au pouvoir adjudicateur d'avoir pris en considération l'offre totale, sans tenir compte de l'escompte. Elle

allègue que la pratique en matière de marchés publics prend l'escompte en considération pour juger de l'offre économiquement la plus avantageuse et que, s'il n'en est pas tenu compte, il en est fait mention «dans les documents du soumissionnaire». Elle produit en outre le contrat d'entreprise KBOB type ainsi que le formulaire R1 du cahier d'offre (ci-après : le formulaire R1), desquels il ressort selon elle que l'escompte doit être pris en compte. Elle explique ensuite qu'elle a procédé à une évaluation de son offre ainsi que de celle de l'adjudicataire ; il en résulterait que, si l'on ne tenait pas compte de l'escompte, elle arriverait en deuxième position et que, s'il en était tenu compte, elle se retrouverait en première position. Elle soutient ainsi que, dans la mesure où «la notion d'escompte apparaît dans les documents types formulés ainsi que dans des documents masqués et que les modalités de l'escompte (délai de paiement) [qu'elle offre] sont en harmonie exacte avec les conditions de paiement définies dans le dossier d'appel d'offres», le pouvoir adjudicateur a mal appliqué ses propres règles et a violé le droit fédéral. Selon elle, l'appréciation doit donc être revue en ce sens qu'il est tenu compte de l'escompte, ce qui conduit au constat que son offre constitue l'offre économiquement la plus avantageuse.

La recourante conteste en outre l'appréciation du pouvoir adjudicateur concernant le critère de la planification. Elle souligne que la pièce n° 12 du dossier d'appel d'offres, qui indique les pièces à rendre par l'entreprise, comporte la mention selon laquelle la planification générale (pièce n° 10 du dossier d'appel d'offres) n'a pas à être produite. Elle explique ainsi que, comme les documents d'appel d'offres ne requéraient pas la production de la planification générale, elle a renoncé à déposer cette pièce, tout en précisant qu'elle était disposée à le faire si nécessaire. De l'avis de la recourante, l'indication figurant en pièce n° 12 du dossier d'appel d'offres était incompréhensible. Elle invoque donc sa bonne foi ainsi que la contradiction entre la pièce n° 12 précitée et le mode d'évaluation des offres. Elle ajoute au surplus que, lors de la séance de clarification organisée par l'OFROU le 27 avril 2011, elle a implicitement admis qu'elle respecterait le planning fixé par le maître de l'ouvrage. Selon elle, tant la transparence que le principe de la bonne foi exigerait donc, soit que cet engagement soit noté, soit que le critère du planning soit exclu de l'évaluation globale, dès lors qu'il peut être admis par principe que chacune des entreprises considérées entend respecter le planning établi par le maître de l'ouvrage.

**C.**

Par ordonnance du 3 juin 2011, le Tribunal administratif fédéral a ordonné à titre de mesure superprovisionnelle qu'aucune mesure d'exécution ne soit entreprise jusqu'à droit connu sur la requête d'effet suspensif.

**D.**

Dans sa réponse du 21 juin 2011, le pouvoir adjudicateur conclut à la fois au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif et au rejet du recours.

S'agissant de l'escompte, le pouvoir adjudicateur rappelle que, contrairement à ce qu'allègue la recourante, il a pour pratique de ne pas le prendre en considération lors de l'évaluation du critère du prix. Il précise néanmoins que, dans le cas particulier, le formulaire R1 intitulé «Prix – Montant de l'offre financière en rapport avec le cahier des charges» indique sous la rubrique «escompte» la mention «néant». Selon lui, l'appel d'offres et, plus précisément, les documents d'appel d'offres indiquent ainsi clairement et sans aucune ambiguïté qu'ils ne permettent pas d'escompte. Quant au contrat d'entreprise KBOB mentionné par la recourante, le pouvoir adjudicateur rappelle qu'il s'agit d'un contrat-type, donc d'un modèle ne se rapportant pas à un cas particulier. Il ajoute qu'il n'est pas possible de savoir si un escompte sera convenu et à quelles conditions avant de le mettre en relation avec les offres et les documents d'appel d'offres, de sorte que la recourante ne peut tirer aucun argument des formulations standards figurant dans le contrat-type en question.

Concernant la planification, le pouvoir adjudicateur explique qu'il ne faut pas confondre la planification générale et la planification détaillée. Il souligne que la pièce n° 10 du dossier d'appel d'offres constitue un planning général qu'il a lui-même établi pour permettre aux soumissionnaires de réaliser leur planning détaillé. Il soutient ainsi que, pour des raisons évidentes, cette pièce ne figurait pas parmi les documents à rendre cités dans la pièce n° 12. Il relève en revanche que cette dernière demandait de rendre le cahier d'offre (pièce n° 13) qui comprend notamment le formulaire R2 intitulé «Programme des travaux – Planning détaillé par phases principales d'exécution pour chaque ouvrage».

**E.**

Invitée à se prononcer sur les observations du pouvoir adjudicateur relatives à l'effet suspensif, la recourante a répondu en date du 29 juin 2011.

**F.**

Invité à démontrer le caractère urgent des travaux du lot n° 23, à expliquer le cas échéant pourquoi les travaux ont déjà débuté et à se prononcer sur les observations de la recourante du 29 juin 2011, le pouvoir adjudicateur a répondu en date du 5 juillet 2011.

**G.**

Le Tribunal administratif fédéral a donné la possibilité à l'adjudicataire de se prononcer sur la demande d'effet suspensif ainsi que sur le fond du recours. Il l'a averti que s'il devait prendre des conclusions indépendantes, il deviendrait partie à la procédure et supporterait, le cas échéant, les éventuels frais de procédure.

L'adjudicataire n'a pas répondu.

**H.**

Par décision incidente du 12 juillet 2011, le Tribunal administratif fédéral a rejeté la requête d'octroi de l'effet suspensif. Dite décision n'a pas été attaquée auprès du Tribunal fédéral.

**I.**

Invitée à répliquer, la recourante a répondu le 14 juillet 2011.

En ce qui concerne l'escompte, elle soutient que l'interprétation du pouvoir adjudicateur selon laquelle la mention «néant» à la rubrique «escompte» du formulaire R1 signifie que l'escompte ne sera pas pris en considération n'est pas plus défendable que l'interprétation inverse. S'il n'est pas tenu compte de l'escompte, elle se demande pour quelle raison cette rubrique a été maintenue dans le document type à remplir. Elle se pose aussi la question de savoir quelle est la différence entre la mention «zéro» et la mention «néant». Elle souligne en outre que les explications fournies par le pouvoir adjudicateur s'agissant du contrat-type ne peuvent pas être suivies. Selon elle, la logique de l'OFROU consisterait à dire que les contrats-types ne doivent pas être pris en compte et que ce n'est «qu'en les mettant en relation avec les offres et les documents d'appel d'offres, mais sur la base du contrat signé» que l'on peut répondre «à cette question de manière certaine». Elle en conclut donc que, aux dires du pouvoir adjudicateur, il faut d'abord signer un contrat pour savoir si un escompte sera finalement convenu et, dans l'affirmative, à quelles conditions. Elle ajoute enfin que, depuis la présente affaire, il est expressément mentionné dans les documents officiels quand il est tenu compte de l'escompte ou non.

S'agissant de la planification, la recourante estime que le fait qu'elle ait précisé lors de la séance de clarification avec l'OFROU qu'elle pouvait respecter le planning établi par les documents d'appel d'offres impliquait qu'il en soit tenu compte dans la notation finale de son offre. Selon elle, une note, quelle qu'elle soit, attribuée de ce chef, faisait automatiquement de sa soumission celle qui était globalement la mieux notée et qui par conséquent impliquait l'adjudication des travaux. Elle soutient que cet élément doit être mis en relation avec la mention sur la liste des documents à produire indiquant que le planning n'avait pas à être produit. Elle ajoute enfin que la distinction faite par le pouvoir adjudicateur entre un planning général et un planning détaillé paraît artificielle.

#### **J.**

Invité à dupliquer, le pouvoir adjudicateur a répondu le 16 août 2011.

Au sujet de l'escompte, il précise que le formulaire R1 est un document au format «Excel». Il explique que la ligne «Total de l'offre y compris TVA» est une formule qui calcule les montants inscrits dans les cellules «Total HT de l'offre selon série de prix dûment remplie», «rabais» et «TVA». Il soutient que la recourante a donc dû modifier le tableau «Excel» pour que le «Total de l'offre y compris TVA» prenne en considération l'escompte. Il rappelle à ce propos que le ch. 2 des dispositions relatives à la procédure d'adjudication des marchés de construction (pièce n° 2 des documents d'appel d'offres) prévoit que : les modifications des documents fournis par le maître d'ouvrage ne sont pas admises ; le cas échéant, les offres qui contreviennent à cette règle peuvent être exclues de l'adjudication.

S'agissant de la planification, le pouvoir adjudicateur souligne que la recourante a choisi de ne pas remettre le planning détaillé, contrairement à ce qui ressort clairement des documents d'appel d'offres. Il expose que, conformément au principe de l'égalité de traitement, il ne pouvait pas privilégier l'offre de la recourante en lui attribuant une autre note – que la note 0 – puisque celle-là n'a sciemment pas remis le planning en question. Compte tenu de l'importance du marché, il est d'avis que la recourante aurait dû profiter de la ronde des questions/réponses pour s'assurer que le planning détaillé n'était pas à remettre.

#### **K.**

Par ordonnance du 17 août 2011, le Tribunal administratif fédéral a mis un terme à l'échange d'écritures. Il a toutefois donné à la recourante la possibilité de formuler ses remarques éventuelles sur la duplique du

pouvoir adjudicateur. Cette dernière s'est ainsi exprimée une nouvelle fois dans son courrier du 5 septembre 2011.

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

## **Droit :**

### **1.**

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître 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) (art. 29 let. a LMP en rel. avec l'art. 27 al. 1 LMP). La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la LMP et la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en disposent pas autrement (art. 26 al. 1 LMP et art. 37 LTAF).

### **2.**

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

**2.1.** La LMP s'applique en principe uniquement aux marchés publics visés par l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS 0.632.231.422), alors que les autres marchés de la Confédération sont réglés par l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11). Il ressort de la systématique de la LMP (section 5) qu'un recours devant le Tribunal administratif fédéral n'est recevable que s'il est dirigé contre une décision prise conformément aux procédures d'adjudication prévues par la LMP (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).

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 le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions prévues à l'art. 3 LMP et, enfin, si la valeur du marché public à adjuger atteint les seuils prescrits à l'art. 6 al. 1 LMP.

**2.1.1.** En vertu de l'art. 2 al. 1 LMP, est notamment soumise à la loi, l'administration générale de la Confédération (let. a). En l'espèce, il n'est pas contesté que l'Office fédéral des routes appartienne à l'administration générale de la Confédération, de sorte qu'il revêt la qualité d'adjudicateur au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP.

**2.1.2.** 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).

En l'espèce, il n'est pas contesté que le marché en cause porte sur des travaux de construction. Il ressort en effet de l'appel d'offres qu'il s'agit de travaux d'assainissement lourd des murs de soutènement non ancrés sur le tronçon Vennes-Villeneuve de la N9 et de la réalisation entre autres d'un nouveau parement en béton avec la mise en place d'ancrages sur dix-neuf murs. Les travaux ont été décomposés en sept lots numérotés de 23 à 29. En particulier, l'adjudication litigieuse porte sur le lot n° 23, lequel concerne la réalisation de trois murs d'environ 1'100 m<sup>2</sup>.

**2.1.3.** Aucune des exceptions prévues par l'art. 3 al. 1 LMP n'est en l'espèce réalisée.

**2.1.4.** L'art. 6 LMP prévoit des seuils (sans la TVA) au-delà desquels la loi est applicable si la valeur estimée du marché à adjuger les atteint. L'art. 1 let. c de l'ordonnance du DFE du 11 juin 2010 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour le deuxième semestre de l'année 2010 et l'année 2011 (RS 172.056.12) dispose que la LMP n'est applicable qu'aux marchés publics dont la valeur estimée dépasse Fr. 8'700'000.- pour les ouvrages.

L'estimation préalable que le pouvoir adjudicateur fait de la valeur du marché est l'élément déterminant pour apprécier si le seuil fixé par la loi et l'ordonnance est atteint (décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 3.5 et les réf. cit.). Le pouvoir adjudicateur est certes en droit de se tromper, aussi longtemps seulement qu'il est de bonne foi (voir arrêt du Tribunal administratif fédéral B-4657/2009 du 20 juillet 2010 consid. 2.7.3). La valeur du marché qui ressort de la décision d'adjudication n'est pas déterminante (ATAF 2009/18 consid. 2.4).

Un marché ne peut être subdivisé en vue d'éviter les dispositions de la LMP (art. 7 al. 1 LMP). Si un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un ouvrage, leur valeur totale est déterminante. Le Conseil fédéral fixe la valeur de chacun des marchés de construction, qui sont dans tous les cas soumis aux dispositions de la LMP. Il détermine le pourcentage qu'ils doivent représenter dans l'ensemble de l'ouvrage (clause de minimis) (art. 7 al. 2 LMP). Edicté en exécution de cette disposition, l'art. 14 OMP – intitulé «clause de minimis» – prévoit que, lorsque l'adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction en rapport avec la réalisation d'un ouvrage dont la valeur totale atteint 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 deux millions de francs (let. a) ; et la somme des valeurs de ces marchés ne dépasse pas 20% de la valeur totale de l'ouvrage (let. b).

En l'espèce, le marché «N09 Vennes-Villeneuve Ouvrages Art Réhabilitation des murs de soutènement 2011» comprend sept lots. L'estimation opérée par le pouvoir adjudicateur s'élève pour l'ensemble du marché précité à Fr. 50'900'000.- (toutes taxes comprises), ce qui correspond à environ 47 mio sans la TVA. Il s'ensuit que la valeur estimée du projet telle qu'elle ressort de l'appel d'offres dépasse à elle seule largement le seuil légal de Fr. 8'700'000.-. En outre, les travaux relatifs au lot n° 23 ont été estimés par le pouvoir adjudicateur à Fr. 8'900'000.- (toutes taxes comprises), ce qui correspond à un montant d'environ Fr. 8'250'000.- sans la TVA. Ce dernier montant dépasse également le montant de minimis de deux millions de francs prévu à l'art. 14 let. a OMP. Il en résulte que l'adjudication du lot n° 23 tombe sous le champ d'application de la LMP.

**2.1.5.** Il ressort de ce qui précède que la LMP s'applique in casu.

**2.2.** La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante en sa qualité de soumissionnaire évincé (art. 48 al. 1 PA en rel. avec l'art. 26 al. 1 LMP ; ATAF 2008/7 consid. 2.2.1 et les réf. cit.). Les dispositions relatives à la représentation (art. 11 PA), au délai de recours (art. 30 LMP), à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 52 al. 1 PA), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

**3.**

La recourante peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation et la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 49 let. a et b PA en rel. avec l'art. 26 al. 1 LMP). Le grief de l'inopportunité ne peut en revanche pas être invoqué (art. 31 LMP).

**4.**

La recourante conteste tout d'abord l'évaluation effectuée par le pouvoir adjudicateur concernant le critère d'adjudication C1 «Prix».

**4.1.** La recourante reproche au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir pris l'escompte en considération dans l'évaluation du prix. Elle fait valoir que la pratique en matière de marchés publics prend l'escompte en considération pour juger de l'offre économiquement la plus avantageuse ; s'il n'en est pas tenu compte, il en serait fait mention «dans les documents du soumissionnaire». Elle se réfère en outre au contrat-type d'entreprise KBOB et au formulaire R1 du cahier d'offre, desquels il ressort selon elle que l'escompte doit être pris en compte. De l'avis de la recourante, l'interprétation du pouvoir adjudicateur selon laquelle la mention «néant» à la rubrique «escompte» du formulaire R1 signifie que l'escompte ne sera pas pris en considération n'est pas plus défendable que l'interprétation inverse. S'il n'est pas tenu compte de l'escompte, elle se demande pour quelle raison cette rubrique a été maintenue dans le document type à remplir. Elle se pose aussi la question de savoir quelle est la différence entre la mention «zéro» et la mention «néant». Elle souligne en outre que les explications fournies par le pouvoir adjudicateur s'agissant du contrat-type ne peuvent pas être suivies. Selon elle, la logique de l'OFROU consisterait à dire que les contrats-types ne doivent pas être pris en compte et que ce n'est «qu'en les mettant en relation avec les offres et les documents d'appel d'offres, mais sur la base du contrat signé» que l'on peut répondre «à cette question de manière certaine». Elle en conclut donc que, aux dires du pouvoir adjudicateur, pour savoir si un escompte sera finalement convenu et, dans l'affirmative, à quelles conditions, il faut d'abord signer un contrat. Elle ajoute enfin que, depuis la présente affaire, il est expressément mentionné dans les documents officiels quand il est tenu compte de l'escompte ou non.

Pour sa part, le pouvoir adjudicateur relève que, contrairement à ce qu'allègue la recourante, il a pour pratique de ne pas prendre l'escompte en considération lors de l'évaluation du critère du prix. Il précise néanmoins que, dans le cas particulier, le formulaire R1 intitulé «Prix –

Montant de l'offre financière en rapport avec le cahier des charges» indique sous la rubrique «escompte» la mention «néant». Il ajoute que dit formulaire est un document au format Excel et explique que la ligne «Total de l'offre y compris TVA» est une formule qui calcule les montants inscrits dans les cellules «Total HT de l'offre selon série de prix dûment remplie», «rabais» et «TVA». Il soutient que la recourante a donc dû modifier le tableau Excel pour que le «Total de l'offre y compris TVA» prenne en compte l'escompte. Selon lui, l'appel d'offres et, plus précisément, les documents d'appel d'offres indiquaient ainsi clairement et sans aucune ambiguïté qu'ils ne permettaient pas d'escompte. Quant au contrat d'entreprise KBOB mentionné par la recourante, le pouvoir adjudicateur rappelle qu'il s'agit d'un contrat-type, donc d'un modèle ne se rapportant pas à un cas particulier. Il ajoute qu'il n'est pas possible de savoir si un escompte sera convenu et à quelles conditions avant de le mettre en relation avec les offres et les documents d'appel d'offres, de sorte que la recourante ne peut tirer aucun argument des formulations standards figurant dans le contrat-type en question.

**4.2.** Le ch. 3.9 de l'appel d'offres a trait aux critères d'adjudication. Il précise ce qui suit concernant le critère d'adjudication C1 (prix) :

C1 : Prix (40%)

Description

Le maximum de points est attribué à l'offre révisée au prix le plus bas. Les offres, dont le prix est supérieur de 30% ou plus à celui de l'offre la plus basse, obtiennent 0 point. Entre deux, l'évaluation est linéaire.

Instructions pour compléter la série de prix :

Le soumissionnaire doit remettre un exemplaire papier de la série de prix, dûment datée et signée (à l'encre noire pour des raisons de reproduction) ; c'est ce document qui a valeur contractuelle en cas d'adjudication. Le soumissionnaire remettra également le fichier informatique SIA 451 correspondant.

Le total HT de la série de prix sera reporté dans le formulaire R1.

Éléments de jugement

Montant de l'offre financière selon cahier de l'offre.

En outre, le ch. 3.3 «Conditions de paiement» prévoit que le montant doit être indiqué en francs suisses et que le paiement sera effectué dans les 45 jours suivant la réception de la facture à l'OFROU. Quant au ch. 3.4 «Coûts à inclure dans le prix offert», il précise que la rémunération et les prix couvrent toutes les prestations figurant dans les documents d'appel d'offres (ch. 3 du contrat KBOB) et nécessaires à l'exécution du contrat, y compris les prestations accessoires.

Le contrat-type KBOB figure en pièce n° 3 du dossier d'appel d'offres. Son ch. 3.1 a trait à la rémunération selon l'offre. Il comprend notamment une ligne destinée à l'escompte où il est précisé qu'il vaut pour tout paiement effectué dans les trente jours après l'échéance. Le ch. 3.3 «escompte» mentionne que l'escompte convenu est valable pour toutes les factures.

Enfin, le formulaire R1 à remplir se présente ainsi :

|  |       |       |
|--|-------|-------|
| TOTAL HT de l'offre selon série de prix dûment remplie |       | 0.00  |
| Rabais   |       | 0.00  |
| Escompte   |       | Néant |
| TVA  | 8.00% | 0.00  |
| TOTAL de l'offre y compris TVA                         |       | 0.00  |

**4.3.** Il ressort de ce qui précède que, contrairement à ce qu'allègue le pouvoir adjudicateur, l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres ne sont pas parfaitement clairs sur le point de savoir si un escompte est autorisé ou non. Le renvoi du ch. 3.4 de l'appel d'offres au ch. 3 du contrat KBOB laisse plutôt penser qu'un escompte sera pris en compte. D'ailleurs, le tableau récapitulatif des soumissionnaires par lots établi par le pouvoir adjudicateur pour les lots n° 23 à 29 montrent que, sur les 26 offres déposées par dix entreprises ou consortiums, onze proposent un escompte et sont issues de cinq entreprises ou consortiums. Il en résulte que 50% des entreprises ou consortiums qui ont soumissionné ont proposé un escompte. Cela permet donc de penser que l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres étaient ambigus sur ce point.

Le principe de la transparence – exigence indispensable au contrôle du respect de l'application de la loi et du bon déroulement des procédures – vise à permettre aux participants de connaître à l'avance les diverses étapes de la procédure et leur contenu en leur fournissant toutes les informations minimales et utiles pour leur permettre de présenter une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 86 consid. 7c). Toutefois, on doit également tenir compte du fait que l'on est en droit d'attendre des soumissionnaires – en général, des entreprises habituées aux procédures d'appel d'offres –, qu'ils fassent preuve de l'attention commandée par les circonstances lors de l'examen de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres.

En l'espèce, les soumissionnaires devaient remplir le formulaire R1 et le remettre au pouvoir adjudicateur. Ce formulaire comporte une rubrique «escompte», à laquelle il est indiqué la mention «néant». Dit formulaire se présente en outre sous la forme d'un tableau «Excel», dont la formule de la ligne «Total de l'offre y compris TVA» calcule les montants inscrits dans les cellules «Total HT de l'offre selon série de prix dûment remplie», «rabais» et «TVA». Ainsi, par la mention explicite «néant» à la rubrique «escompte» du formulaire R1 et en excluant ce dernier de la formule «Total de l'offre y compris TVA», le pouvoir adjudicateur a expressément exclu la prise en compte d'un escompte (sur le sujet, voir : décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-1383/2011 du 23 mai 2011 consid. 5.2.5 ; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ÉLISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich/Bâle/Genève 2007, 2<sup>e</sup> éd., n° 548).

Aussi, en constatant la mention «néant» à la rubrique «escompte», la recourante ne pouvait pas ignorer qu'un escompte était exclu. En effet, cette mention est à ce point explicite qu'elle suffit, à elle seule, à exclure un escompte. A cela s'ajoute qu'il aurait dû apparaître clairement à la recourante que l'escompte était exclu lorsqu'elle s'est rendue compte que, pour comptabiliser l'escompte dans le total de l'offre, elle devait modifier la formule définie de la ligne «Total de l'offre y compris TVA». Néanmoins, si malgré la clarté du formulaire R1 qu'elle devait remplir, la recourante avait encore un doute quant à la prise en compte ou non de l'escompte, son devoir de diligence lui imposait de se renseigner auprès du pouvoir adjudicateur durant la ronde des questions afin d'obtenir les éclaircissements nécessaires (voir à ce propos décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-8244/2010 du 23 février 2011 consid. 4.2). Il ne ressort cependant pas du dossier que la recourante a requis des renseignements sur ce point.

**4.4.** Il appert de ce qui précède que, d'une part, le formulaire R1 que les soumissionnaires devaient remplir ne laisse aucun doute quant à la volonté du pouvoir adjudicateur d'exclure un escompte et que, d'autre part, la recourante a manqué à son devoir de diligence. Il s'ensuit que c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur n'a pas pris en considération l'escompte lors de l'évaluation du critère d'adjudication C1 «Prix». Le recours doit donc être rejeté sur ce point.

## 5.

La recourante conteste ensuite l'appréciation du pouvoir adjudicateur concernant le critère d'adjudication C2 «Programme des travaux» et le sous-critère d'adjudication C3.1 «Qualité du programme des travaux».

**5.1.** La recourante relève que la pièce n° 12 du dossier d'appel d'offres comporte la mention selon laquelle la planification générale (pièce n° 10 du dossier d'appel d'offres) ne devait pas être produite. Elle explique qu'elle a par conséquent renoncé à déposer cette pièce, tout en précisant qu'elle était disposée à le faire si nécessaire. Invoquant sa bonne foi, la recourante allègue que l'indication figurant en pièce n° 12 du dossier d'appel d'offres était incompréhensible. Elle ajoute en outre que, lors de la séance de clarification organisée par l'OFROU le 27 avril 2011, elle a implicitement admis qu'elle respecterait le planning fixé par le maître de l'ouvrage, ce qui selon elle impliquerait sa prise en compte dans la notation finale de son offre. Elle prétend au surplus qu'il peut être admis par principe que chacune des entreprises considérées entend respecter le planning établi par le maître de l'ouvrage. Elle ajoute enfin que la distinction faite par le pouvoir adjudicateur entre un planning général et un planning détaillé paraît artificielle.

Quant au pouvoir adjudicateur, il souligne qu'il ne faut pas confondre la planification générale et la planification détaillée. Il explique que la pièce n° 10 du dossier d'appel d'offres constitue un planning général qu'il a lui-même établi pour permettre aux soumissionnaires de réaliser leur planning détaillé. Il soutient ainsi que, pour des raisons évidentes, cette pièce ne figurait pas parmi les documents à rendre cités dans la pièce n° 12. Il relève en revanche que cette dernière demandait de rendre le cahier d'offre (pièce n° 13) qui comprend notamment le formulaire R2 «Programme des travaux – Planning détaillé par phases principales d'exécution pour chaque ouvrage». Il rappelle que la recourante a délibérément choisi de ne pas remettre le planning détaillé. Il expose ainsi que, conformément au principe de l'égalité de traitement, il ne pouvait pas privilégier l'offre de la recourante en lui attribuant une autre note – que la note 0 – puisque celle-là n'a sciemment pas remis le planning en question. Compte tenu de l'importance du marché, il est d'avis que la recourante aurait dû profiter de la ronde des questions/réponses pour s'assurer que le planning détaillé n'était pas à remettre. Il ajoute au surplus que les documents d'appel d'offres ont été limpides pour les autres soumissionnaires, puisque tous ont remis un planning détaillé.

**5.2.** En l'espèce, la recourante a rempli le formulaire R2 de la manière suivante : «Selon la pièce 12, aucun planning n'est à rendre avec la soumission. Si notre offre devait être intéressante, nous établirons avec plaisir un programme des travaux détaillé en fonction des informations dont nous disposerons.».

Il convient ainsi dans un premier temps d'examiner l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres concernant les critères d'adjudication litigieux afin de déterminer si, comme le prétend la recourante, aucun planning n'était à rendre avec la soumission.

**5.2.1.** Le ch. 3.9 de l'appel d'offres souligne que les documents liés aux critères d'adjudication qui y sont énumérés doivent être joints au dossier d'offre (pièce n° 13 «cahier d'offre»). S'agissant du critère d'adjudication C2 (programme des travaux) et du sous-critère d'adjudication C3.1 (qualité du programme des travaux), il précise ce qui suit :

C2 : Programme des travaux (20%) : Planning détaillé par phases principales d'exécution pour chaque ouvrage

#### Description

Sur la base des indications définies dans la pièce 10 Planning général, le soumissionnaire établira un planning détaillé des travaux pour chaque mur, comprenant au minimum les phases suivantes :

- Installation chantier
- Travaux préparatoires (terrassement, hydrodémolition)
- Béton (armatures, coffrage, bétonnage, cure)
- Ancrages (forages, ancrages, mise en tension) si nécessaire, en fonction du type des murs inclus dans le lot
- Travaux finitions (remblayage, chaussée)

De plus, il conviendra de faire apparaître dans le planning de chaque mur les jalons principaux ainsi que la durée totale des travaux et la durée des périodes chômées.

Le programme des travaux sera reporté dans le formulaire R2. Aucune restriction de format n'est spécifiée.

#### Éléments de jugement

Sous ce critère, seule la durée des travaux sera jugée.

## C3 : Qualité et plausibilité du programme des travaux (20%)

## C3.1 Qualité du programme des travaux (10%)

## Description

Ce critère est analysé sur la base du programme des travaux établi sur le critère 2 (cahier d'offre, formulaire R2).

## Éléments de jugement

Ce critère a pour objet d'évaluer le contenu du programme des travaux et que l'ensemble des phases et sous-phases soient détaillées.

Le dossier d'appel d'offres comprend quatorze pièces. La pièce n° 12 indique les pièces que l'entreprise doit rendre comme suit :

|            |  |                 |
|------------|--|-----------------|
| Pièce 1 :  | Indications du soumissionnaire                           | Oui             |
| Pièce 2 :  | Dispositions relatives à la procédure d'adjudication     | Non             |
| Pièce 3 :  | Contrat d'entreprise KBOB type                           | Non             |
| Pièce 4 :  | Dispositions particulières inhérentes au projet          | Non             |
| Pièce 5 :  | Conditions particulières (base CAN 102)                  | Non             |
| Pièce 6 :  | Devis descriptif (yc fichier SIA 451)                    | Oui,<br>signé   |
| Pièce 7 :  | Schéma de calcul SSE                                     | Oui             |
| Pièce 8 :  | Code de conduite   | Oui,<br>signé   |
| Pièce 9 :  | Plans/Schémas de la gestion de trafic                    | Non             |
| Pièce 10 : | Planification générale                                   | Non             |
| Pièce 11 : | Analyses de prix de toutes les installations de chantier | Oui,<br>signées |
| Pièce 12 : | Pièces à rendre par ENT                                  | Non             |
| Pièce 13 : | Cahier d'offre   | Oui,<br>signé   |
| Pièce 14 : | Déclaration volontaire (Engagement sur l'honneur)        | Oui,<br>signée  |

**5.2.2.** Comme l'indique très clairement la pièce n° 12 du dossier d'appel d'offres exposée ci-dessus, la pièce n° 10 «Planification générale» ne figure pas parmi les pièces qui doivent être remises au pouvoir adjudicateur par les soumissionnaires. Cette pièce n° 10 constitue – comme son intitulé l'indique – un planning général, lequel se présente sous la forme d'un tableau et mentionne en particulier le début, la fin et la durée des travaux. Elle a été établie par le pouvoir adjudicateur pour tous

les murs visés par les lots n° 23 à 29. C'est ainsi en toute logique qu'il n'était pas requis des soumissionnaires qu'ils remettent au pouvoir adjudicateur une pièce que ce dernier avait lui-même établie.

En revanche et, contrairement à ce que soutient la recourante, il ne ressort pas de la pièce n° 12 qu'aucun planning n'était à rendre avec la soumission. Sur ce point, le Tribunal de céans peine à comprendre l'argumentation de la recourante, tant l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres – en particulier les pièces n° 12 et 13 – étaient, comme nous le verrons ci-après, clairs quant au fait que les soumissionnaires devaient produire un planning détaillé pour chaque ouvrage.

Il ressort en effet de l'appel d'offres (voir consid. 5.2.1 ci-dessus) que le critère d'adjudication C2 est uniquement jugé sur la durée des travaux. Il demande ainsi aux soumissionnaires d'établir, sur la base des indications définies dans la pièce n° 10, un planning détaillé des travaux pour chaque mur comprenant au minimum les phases «installation chantier», «travaux préparatoires», «béton», «ancrages si nécessaire» et «travaux finitions». Il précise qu'il conviendra de faire apparaître dans le planning de chaque mur les jalons principaux ainsi que la durée totale des travaux et la durée des périodes chômées. Il exige enfin le report du programme des travaux dans le formulaire R2. L'appel d'offres relève en outre que les documents liés aux critères d'adjudication doivent être joints au dossier d'offre, soit à la pièce n° 13. A ce propos, la pièce n° 12 indique également que la pièce n° 13 «Cahier d'offre» – comprenant en particulier le formulaire R2 «Programme des travaux – Planning détaillé par phases principales d'exécution pour chaque ouvrage» – doit être remise signée au pouvoir adjudicateur. Cette pièce n° 13 contient en page 3 un tableau intitulé «Récapitulation des pièces» qui indique, pour chaque pièce, le numéro du formulaire, l'objet de celui-ci ainsi que le nombre de pages A4. Pour le formulaire R2, il est indiqué sous le nombre de pages A4 «1 A4 ou A3».

Il résulte clairement de ce qui précède que le pouvoir adjudicateur attendait des soumissionnaires qu'ils établissent un planning détaillé sur la base de la planification générale figurant dans le dossier d'appel d'offres. Tant l'appel d'offres que les documents d'appel d'offres sont dénués de toute ambiguïté sur ce point. D'ailleurs, le fait que tous les autres soumissionnaires aient, comme le relève le pouvoir adjudicateur, remis un tel planning détaillé démontre bien que les documents en question étaient clairs et qu'ils n'ont posé aucun problème de compréhension. C'est donc en vain que la recourante prétend que la pièce n° 12 du dossier d'appel d'offres n'était pas compréhensible.

Au demeurant, si malgré la clarté de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres, la recourante avait un doute quant à l'exigence ou non de produire un planning détaillé, elle avait l'obligation de se renseigner auprès du pouvoir adjudicateur durant la ronde des questions (voir à ce propos décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-8244/2010 du 23 février 2011 consid. 4.2). L'appel d'offres mentionnait à cet égard très clairement que les éventuelles questions devaient être posées en français sur le forum du site [www.simap.ch](http://www.simap.ch) jusqu'au 21 février 2011. La recourante ne peut ainsi pas invoquer sa bonne foi alors même qu'estimant que la pièce n° 12 était incompréhensible, elle n'a pas requis d'éclaircissements auprès du pouvoir adjudicateur.

**5.3.** Reste à examiner si, comme le prétend la recourante, le pouvoir adjudicateur aurait dû tenir compte, lors de l'évaluation du critère d'adjudication C2 et du sous-critère C3.1, du fait que cette dernière a précisé, durant la séance de clarification, qu'elle pouvait respecter le planning établi par les documents d'appel d'offres.

**5.3.1.** Selon l'art. 19 al. 1 LMP, les soumissionnaires remettent leur offre par écrit, de manière complète et dans les délais fixés. Aux termes de l'art. 21 al. 1 LMP, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères, notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique et la valeur technique. L'art. 25 OMP prévoit que l'adjudicateur rectifie les offres du point de vue technique et comptable de manière uniforme de façon qu'elles puissent être comparées objectivement (al. 1). S'il prend contact à cette fin avec le soumissionnaire, il en garde une trace permettant d'en reconstituer la chronologie et la teneur (al. 2). Il évalue les offres rectifiées selon les critères d'adjudication (al. 3).

La conformité de l'offre aux conditions d'appel d'offres et, en particulier, aux spécifications techniques du marché, constitue un critère préalable d'adjudication, qu'il figure ou non expressément dans les critères d'adjudication énoncés par le pouvoir adjudicateur pour un marché particulier («adéquation de la prestation» selon l'art. 21 al. 1 LMP). Ainsi, une fois le délai pour introduire les offres échu, il est en principe interdit d'y apporter des corrections. Les offres non conformes aux conditions établies par l'appel d'offres doivent par conséquent être exclues. Si toutefois le vice n'influence pas le résultat de la procédure d'adjudication et n'est pas d'une certaine importance, l'exclusion viole le principe de la

proportionnalité et de l'interdiction du formalisme excessif (arrêt du TF du 12 avril 2002, in : Droit de la construction [DC] 4/2003 p. 156 ad S49). Il résulte de ce qui précède que l'examen des offres s'effectue en principe, sous réserve de formalisme excessif, sur la base des projets tels qu'ils ont été déposés et non tels qu'ils pourraient être (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-4860/2010 du 13 juillet 2011 consid. 5.4). En application de l'art. 25 OMP, le pouvoir adjudicateur est seulement autorisé à rectifier les offres du point de vue technique et comptable de manière uniforme, de sorte qu'elles puissent être comparées objectivement. Il ne saurait à cet effet modifier ou compléter une offre sans s'exposer à une violation du principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 1 al. 2 LMP (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-4860/2010 précité consid. 5.4 et les réf. cit.).

**5.3.2.** Comme nous l'avons vu ci-dessus, la recourante disposait, avant l'évaluation des offres, de tous les renseignements nécessaires pour constituer une offre complète. Or, elle a délibérément renoncé à produire un planning détaillé. Il ne s'agit donc pas d'une omission. Comme le relève DENIS ESSEIVA (DC 2005 p. 175 ad S48), celui qui dépose une offre incomplète prend le risque soit d'être exclu de la procédure si l'informalité est grave, soit d'être préterité au niveau de la notation d'un ou de plusieurs critères d'adjudication. In casu, le pouvoir adjudicateur – faisant usage de son large pouvoir d'appréciation en la matière – a considéré que la non-production du planning détaillé n'était pas un vice suffisamment grave pour écarter l'offre de la recourante. Toutefois, il a sanctionné ce défaut de production du planning détaillé lors de l'attribution des points, en octroyant la note 0 au critère d'adjudication C2 ainsi qu'au sous-critère C3.1. Comme mentionné ci-dessus, le critère d'adjudication C2 concerne le programme des travaux et le sous-critère d'adjudication C3.1 la qualité du programme des travaux, lesquels constituent incontestablement des éléments essentiels de l'appel d'offres. Or, selon la jurisprudence du Tribunal, lorsqu'une offre est irrégulière sur des éléments essentiels, il est en principe exclu de la compléter lors de la révision des offres. Dans l'intérêt de l'analyse comparative des offres et afin de garantir l'égalité de traitement, il convient d'adopter une position stricte à ce sujet (arrêt du TF 2D\_34/2010 du 23 février 2011 consid. 2.4). Il résulte de ce qui précède que, contrairement à ce que soutient la recourante, c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur n'a pas tenu compte de la déclaration faite par la recourante lors de la séance de clarification au terme de laquelle cette dernière serait à même de respecter les délais fixés par le maître de l'ouvrage. Au demeurant, on doit bien constater que la recourante s'est contentée d'affirmer de

manière générale son aptitude à exécuter les travaux dans les délais prévus par le maître de l'ouvrage sans apporter d'éléments concrets à l'appui de son allégation. En effet, elle ne fournit pas les indications requises dans le cadre du critère d'adjudication C2 et du sous-critère C3.1 – lesquelles sont par ailleurs particulièrement justifiées eu égard à la nature des travaux à effectuer –, de sorte que cette déclaration ne peut en aucun cas être assimilée au planning détaillé demandé.

Il appert de ce qui précède que, conformément à l'appel d'offres qui mentionnait que la note 0 était attribuée en cas d'évaluation impossible ou d'absence d'information, c'est à bon droit que le pouvoir adjudicateur a octroyé la note 0 au critère d'adjudication C2 et au sous-critère C3.1.

**5.3.3.** Il ressort de ce qui précède que le recours doit également être rejeté sur ce point.

## **6.**

Il résulte de ce qui précède que, mal fondé, le recours doit être rejeté.

## **7.**

**7.1.** Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe (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 1<sup>ère</sup> phrase et 4 FITAF).

En l'espèce, les frais de procédure, lesquels comprennent également les frais relatifs à la décision incidente du 12 juillet 2011, doivent être fixés à Fr. 9'900.-. Ils seront compensés, dès l'entrée en force du présent arrêt, par l'avance de frais du même montant versée par la recourante le 15 juin 2011.

**7.2.** Compte tenu de l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF a contrario).

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

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Les frais de procédure, relatifs au présent arrêt et à la décision incidente du 12 juillet 2011, d'un montant de Fr. 9'900.-, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant sera compensé par l'avance de frais déjà versée de Fr. 9'900.- 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)
- au pouvoir adjudicateur (acte judiciaire)
- à l'adjudicataire (en extrait)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

La greffière :

Bernard Maitre

Vanessa Thalmann

**Indication des voies de droit :**

Pour autant que les conditions au sens des art. 82 ss, 90 ss et 100 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110) soient remplies, 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. 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 : 10 octobre 2011