



Arrêt du 19 février 2019

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Marc Steiner, Christian Winiger, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

X. _____ SA,
représentée par Maître Daniel Guignard,
recourante 1,

Y. _____ SA,
représentée par Maître Olivier Rodondi,
recourante 2,

contre

Office fédéral des routes OFROU,
Service juridique et acquisition de terrain,
3003 Berne,
pouvoir adjudicateur.

et

Consortium Z. _____, formé par :

A. _____ Sàrl,

B. _____ SA,

C. _____ SA,

toutes représentées par Anwaltskanzlei Henninger AG,
consortium intimé,

Objet

Marchés publics – (...)
Simap – ID du projet (...).

Faits :**A.**

Le (...) juillet 2017, l'Office fédéral des routes OFROU (ci-après : le pouvoir adjudicateur) a publié sur la plateforme Simap un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de construction intitulé (...).

Dans le délai de clôture pour la remise des offres, quatre soumissionnaires ont déposé une offre. Parmi lesdites offres, figuraient celle de X. _____ SA (ci-après : la recourante 1) ainsi que celle de Y. _____ SA (ci-après : le recourante 2).

B.

B.a Par décision du (...) novembre 2017, publiée sur la plateforme Simap le (...) décembre 2017, le pouvoir adjudicateur a adjudgé le marché en cause au consortium Z. _____, composé de A. _____ Sàrl, B. _____ SA et C. _____ SA (ci-après : le consortium adjudicataire ou le consortium intimé) pour un prix de (...) francs (hors TVA).

B.b Le (...) décembre 2017, le pouvoir adjudicateur a informé la recourante 1 et la recourante 2 que leurs offres n'avaient pas été retenues. A la demande de la recourante 1, le pouvoir adjudicateur l'a reçue, en date du 8 janvier 2018, et lui a fourni quelques explications concernant l'évaluation de son offre.

C.

C.a Par mémoire du 18 janvier 2018, X. _____ SA exerce un recours au Tribunal administratif fédéral contre cette décision concluant, sous suite de frais et dépens, à ce que l'offre du consortium adjudicataire soit exclue et à ce que le marché lui soit attribué. A titre subsidiaire, elle requiert l'annulation de la décision et le renvoi de la cause au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle demande en outre que l'effet suspensif soit accordé, à titre superprovisionnel puis provisionnel, au recours. A l'appui de ses conclusions, la recourante 1 se plaint d'une violation des principes de la transparence et de l'égalité de traitement en tant que l'offre du consortium adjudicataire aurait dû être exclue pour le motif que l'une des sociétés membres dudit consortium, A. _____ Sàrl, était en faillite au moment de l'adjudication, qu'elle était mise en poursuite pour le non-paiement de cotisations sociales et qu'elle avait transmis de faux renseignements en déclarant qu'elle était à jour dans

le paiement de ses charges sociales. A titre de moyen de preuve, elle requiert la production du dossier judiciaire en mains du Président du Tribunal d'arrondissement de (...). Concernant l'évaluation de son offre et de celle de l'adjudicataire, elle se prévaut de l'interdiction de l'arbitraire. Se référant à son mémoire technique, à son programme de travail, ainsi qu'à la référence requise, elle conteste la note 1 obtenue au critère C2 et réclame la note 4. Elle remet également en cause, à supposer que l'offre ne soit pas exclue, la note 5 attribuée au consortium adjudicataire. Elle se plaint également de la note 2 obtenue pour le critère C3 et réclame la note de 4 ainsi qu'une note inférieure pour le consortium adjudicataire et la recourante 2.

C.b Le 22 janvier 2018, Y._____ SA a également formé recours contre la décision d'adjudication précitée concluant principalement, sous suite de frais et dépens, à l'attribution du marché. A titre subsidiaire, elle requiert l'annulation de la décision et le renvoi de la cause au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle demande en outre que l'effet suspensif soit accordé, notamment en l'extrême urgence, au recours. A l'appui de ses conclusions, la recourante 2 invoque en substance une violation des art. 9 et 11 de la loi sur les marchés publics pour le motif que l'un des membres du consortium adjudicataire avait été déclaré en faillite au moment de l'adjudication. De même, l'exclusion de l'offre du consortium adjudicataire s'imposait en tant que A._____ Sàrl était en poursuite pour le non-paiement de cotisations AVS, comme cela ressort de l'extrait du registre des poursuites, et avait, partant, également remis de faux renseignements au pouvoir adjudicateur en déclarant s'être acquittée de ses charges sociales. Elle conteste ensuite que le consortium adjudicataire puisse satisfaire au critère d'aptitude ayant trait à un ouvrage de référence comparable ainsi qu'à la personne clé. S'agissant de l'évaluation des offres, la recourante 2 estime que la note 2 au critère C2 n'est pas soutenable en se référant aux différents éléments de son offre, la note 4 étant à tout le moins méritée. A titre de mesure d'instruction, elle requiert la production du dossier de faillite en mains du Tribunal d'arrondissement de (...).

D.

Par ordonnances respectivement des 19 et 24 janvier 2018, 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.

A la demande du pouvoir adjudicateur, à laquelle les recourantes ont acquiescé, il a été ordonné la jonction des causes par décision incidente du 7 février 2018.

F.

Invité à se déterminer sur les requêtes d'effet suspensif contenues dans chacun des recours, le pouvoir adjudicateur a conclu à leur rejet par écritures du 9 février 2018. Concernant la faillite prononcée à l'encontre d'une société membre du consortium adjudicataire, il indique qu'au moment de la décision d'adjudication, dite faillite avait été révoquée ; une exclusion pour ce motif n'était ainsi plus possible. Il relève en outre que l'art. 11 de la loi sur les marchés publics est une disposition potestative qui n'impose pas au pouvoir adjudicateur d'exclure le soumissionnaire. En l'occurrence, il a été jugé que la révocation de la faillite était une garantie suffisante pour ne pas exclure l'offre du consortium adjudicataire, précisant que le consortium dans son ensemble offrait une garantie financière suffisante. Concernant le paiement des cotisations sociales, il indique qu'un extrait du registre des poursuites ne permet pas de déterminer si la dette est éteinte ; il constate néanmoins que les poursuites pour non-paiement de cotisations sociales n'ont pas fait l'objet d'une opposition et que la faillite ordonnée a finalement été révoquée. Concernant l'aptitude du consortium soumissionnaire en lien avec l'ouvrage de référence et la personne clé, il fait valoir qu'il n'est pas exigé que les projets réalisés soient de complexité identique mais comparable. Il expose ensuite les motifs justifiant, selon lui, l'évaluation de l'offre des recourantes.

G.

Par décision incidente du 15 février 2018, le Tribunal administratif fédéral a accordé aux recourantes un accès au dossier en tenant compte des prescriptions du pouvoir adjudicateur.

H.

H.a Le 2 mars 2018, la recourante 1 s'est encore exprimée et a maintenu ses conclusions. Elle précise notamment qu'au moment de l'adjudication, à savoir le (...) novembre 2017, une société membre du consortium adjudicataire était en faillite, celle-ci n'ayant été révoquée qu'ultérieurement. De même, elle fait valoir que le pouvoir adjudicateur ne prétend ni ne démontre s'être renseigné sur le paiement des cotisations sociales par ladite société, ce qui constitue une lacune dans l'examen du critère d'aptitude de la capacité économique et financière d'un

soumissionnaire dont il est connu qu'il est en liquidation. En particulier, le pouvoir adjudicateur n'a produit aucune pièce permettant d'attester du paiement par A. _____ Sàrl des cotisations sociales alors que celle-ci avait requis une prolongation de délai pour fournir un tel document. A cet égard, la recourante 1 indique qu'une réquisition de poursuite a été introduite par la Caisse AVS (...) 20 jours après la signature de la déclaration attestant le paiement des cotisations sociales, si bien que A. _____ Sàrl a transmis de faux renseignements au pouvoir adjudicateur. Elle développe ensuite ses arguments concernant l'évaluation de son offre et de celle du consortium adjudicataire. A titre complémentaire, elle a conclu au rejet du recours de la recourante 2, réclamant que la note de celle-ci au critère C3 soit ramenée à 3.

H.b Par écritures du 2 mars 2018, la recourante 2 a également confirmé ses conclusions ainsi que ses réquisitions de preuve et d'accès au dossier du consortium adjudicataire. Elle a relevé d'une part, que l'une des sociétés membres du consortium adjudicataire était en faillite au moment de l'adjudication et, d'autre part, que la déclaration selon laquelle les cotisations sociales avaient été acquittées constituait une fausse déclaration de la part de dite société puisque deux réquisitions de poursuites récentes concernaient les cotisations sociales. Elle fait en outre valoir que le fait qu'une faillite avait été prononcée imposait au pouvoir adjudicateur de procéder à un examen plus approfondi du critère d'aptitude relatif à la capacité économique et financière du consortium adjudicataire et ne pouvait pas se contenter de se référer à la révocation de dite faillite. Pour le surplus, elle reprend et complète ses griefs en lien avec l'évaluation de son offre ainsi que de celle du consortium adjudicataire.

I.

Par courrier du 5 mars 2018, elle a encore transmis un tableau chronologique de l'évaluation des offres et conclut au rejet du recours de la recourante 1.

J.

Par décision incidente du 5 avril 2018, le Tribunal administratif fédéral a admis les requêtes des recourantes et octroyé l'effet suspensif aux recours.

K.

Le 7 mai 2018, le pouvoir adjudicateur a transmis sa réponse aux recours, concluant, sous suite de frais et dépens, principalement au rejet de ceux-ci, subsidiairement, au renvoi de l'affaire pour nouvelle décision.

Reconnaissant ne pas avoir, en raison de la petite taille du marché, contrôlé plus en détail les informations fournies par A. _____ Sàrl, tout comme celles des autres soumissionnaires, il expose n'avoir dès lors eu connaissance de la mise en liquidation de celle-ci qu'une fois l'évaluation des offres terminée. L'adjudication n'ayant pas encore été prononcée, il s'est enquis de savoir ce qu'il en était et, quelques jours plus tard, la faillite était révoquée. Ceci étant, il a considéré que la décision d'annulation de la faillite par une autorité judiciaire constituait une garantie suffisante de l'aptitude économique individuelle de la société A. _____ Sàrl à réaliser le marché – les cotisations sociales mises en poursuite étant au demeurant de faible importance – et que, par ailleurs, la présence de grandes sociétés à ses côtés garantissait l'aptitude financière du consortium soumissionnaire. Aussi, faisant usage du pouvoir d'appréciation que lui confère l'art. 11 de la loi sur les marchés publics, le pouvoir adjudicateur a admis qu'une exclusion du consortium adjudicataire ne s'imposait pas compte tenu du principe de la proportionnalité. Il s'est encore déterminé sur l'évaluation à proprement parler des offres, a confirmé celle-ci et indiqué qu'en cas d'exclusion du consortium adjudicataire, le marché devrait donc être attribué à la recourante 2.

L.

Par écritures du 9 mai 2018, le consortium adjudicataire, auquel la possibilité a été offerte de se prononcer sur les recours au fond, a déposé une demande d'accès au dossier ainsi qu'une requête de prolongation de délai.

M.

Après avoir entendu les parties sur dite demande, le juge instructeur a, par décision incidente du 31 mai 2018, accordé un accès partiel au dossier de la cause.

N.

Le 21 juin 2018, le consortium intimé a transmis ses réponses aux recours en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à leur rejet, subsidiairement, au renvoi de la cause au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision. Il a en outre requis le retrait de l'effet suspensif octroyé aux recours ainsi qu'un accès élargi au dossier.

A titre principal, il fait valoir que l'appel d'offres – contre lequel aucun recours n'a été déposé – n'exige pas que le critère de l'aptitude économique et financière soit respecté individuellement par tous les membres d'une communauté de soumissionnaires. Aussi, le fait que

A._____ Sàrl se trouvait temporairement en faillite et avait temporairement des arriérés de paiement relatifs aux cotisations sociales est sans importance, les deux autres membres du consortium intimé remplissant incontestablement le critère de qualification.

A titre subsidiaire, il fait valoir que l'exclusion de son offre violerait le principe de la proportionnalité ainsi que le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur. Rappelant que l'art. 11 de la loi sur les marchés publics constitue une disposition potestative, il relève que seul un membre du consortium composé de trois membres est tombé en faillite, que les membres du consortium répondent solidairement de la bonne exécution du contrat envers le pouvoir adjudicateur et que, dès lors que la solvabilité des deux autres est incontestée, la faillite d'un des membres du consortium intimé n'affecte pas les capacités financières de celui-ci. Il ajoute que la créance de la Fondation collective LPP (...), ayant requis la déclaration de faillite, ne se montait qu'à une faible somme, que A._____ Sàrl a acquitté cette dette le 13 novembre 2017, que la faillite n'était que temporaire et qu'elle a été annulée le (...) décembre 2017, soit avant la publication de la décision d'adjudication le (...) décembre 2017. De même, les créances relatives à des cotisations sociales pour lesquelles A._____ Sàrl a été mise en poursuite par la caisse AVS (...) étaient relativement faibles, ne concernaient qu'un seul membre du consortium intimé et ont été payées en date des 11 et (...) décembre 2017. Il en va de même de la déclaration volontaire, erronée, qui ne porte que sur un faible montant et ne concerne qu'un seul membre du consortium. En outre, il ressortirait du texte préformulé de dite déclaration que seul le non-respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail et de l'égalité de traitement entre femmes et hommes pourrait conduire à l'exclusion de la procédure. Les soumissionnaires pouvaient donc partir de bonne foi de l'idée que d'éventuelles erreurs dans la déclaration concernant le paiement des cotisations sociales n'entraîneraient pas l'exclusion de la procédure et pourraient être corrigées ultérieurement. Il a encore annexé à son écriture les pièces du dossier de faillite du Tribunal d'arrondissement de (...). Il répond enfin aux critiques des recourantes quant à l'évaluation de son offre par le pouvoir adjudicateur et justifie les notes obtenues par celles-ci. Finalement, il fait valoir que, si le tribunal de céans devait exclure son offre, il ne pourrait pas attribuer le marché à l'une des recourantes. Relevant en effet que les offres de celles-ci ne satisfont pas aux exigences techniques fixées dans l'appel d'offres, il ajoute que l'offre de la recourante 1 devrait être exclue car elle prévoit une variante technique sans être accompagnée d'une offre de base. Il en va de même de celle de la recourante 2 qui ne remplit pas le critère d'aptitude de la

capacité technique. L'affaire devrait dans ce cas être renvoyée au pouvoir adjudicateur afin que celui-ci puisse décider d'interrompre et de répéter la procédure *ab initio*.

O.

Par décision incidente du 26 juin 2018, le juge instructeur a accordé au consortium intimé un accès élargi au dossier et lui a donné la possibilité de compléter ses réponses.

P.

Le 30 juillet 2018, le consortium intimé a déposé des compléments à ses réponses aux recours, dans lesquels il modifie ses conclusions en ce sens qu'il conclut désormais, à titre principal, à l'irrecevabilité des recours. S'agissant de la recourante 1, il soutient que son offre contient une variante non accompagnée d'une offre de base, de sorte qu'elle doit être exclue et, partant, son recours déclaré irrecevable faute de qualité pour recourir. Concernant la recourante 2, il fait valoir qu'elle ne remplit pas le critère d'aptitude de la capacité technique, si bien que son offre doit être exclue et son recours déclaré irrecevable faute de qualité pour recourir. Pour le reste, il confirme, sur la base du tableau d'évaluation produit par le pouvoir adjudicateur, le bien-fondé de l'évaluation des offres des recourantes 1 et 2.

Q.

La recourante 1 a, par réplique du 10 septembre 2018, rappelé qu'au jour du dépôt de son offre, et partant de la signature de la déclaration volontaire, A._____ Sàrl accusait des arriérés de cotisations sociales AVS et LPP et qu'à la date de l'adjudication, le (...) novembre 2017, celle-ci accusait toujours des impayés s'agissant des cotisations AVS et était en outre en faillite. La situation de A._____ Sàrl au jour de la publication de la décision d'adjudication, telle qu'exposée par le consortium intimé, ne serait donc pas pertinente en l'espèce. En outre, le consortium intimé a été dissout de plein droit par le prononcé du jugement de faillite rendu le (...) novembre 2017 contre A._____ Sàrl. Or, l'annulation de la faillite n'a pas eu pour effet de révoquer la dissolution du consortium. Ensuite, en déclarant avoir payé ses cotisations sociales, A._____ Sàrl n'a pas commis d'erreur mais a délibérément fourni une fausse déclaration. Le consortium intimé n'a de surcroît pas produit toutes les attestations de paiement requises par le pouvoir adjudicateur, lesquelles constituaient des éléments de jugement du critère d'aptitude de la capacité économique et financière. Il s'ensuit que, lorsque le pouvoir adjudicateur a décidé de ne pas exclure le consortium intimé, il a abusé de son pouvoir d'appréciation.

Elle répond encore aux critiques du consortium intimé sur son offre. Elle requiert enfin notamment de pouvoir consulter le planning des travaux fourni par le consortium intimé.

R.

Invitée à répliquer, la recourante 2 a, par écritures du 10 septembre 2018, tout d'abord relevé qu'en signant la déclaration volontaire, faisant partie intégrante de l'offre, tout soumissionnaire s'engage vis-à-vis du pouvoir adjudicateur à avoir non seulement payé ses charges sociales mais également à avoir dit la vérité. Il est donc insoutenable de prétendre que c'est de bonne foi que le consortium intimé pensait que cette « erreur » aurait pu être corrigée ultérieurement ; le montant impayé de 14'307.80 francs n'est au demeurant pas dérisoire. Enfin, ni le pouvoir adjudicateur ni le consortium intimé ne prétendent que A. _____ Sàrl aurait finalement produit les attestations desdits paiements, dûment requises pour chaque soumissionnaire par le pouvoir adjudicateur, si bien que l'offre du consortium intimé était incomplète et, partant, irrecevable. Au surplus, l'intégralité des arriérés de paiements n'avait pas été réglée par A. _____ Sàrl le jour de la publication de l'adjudication dans Simap le (...) décembre 2017, étant précisé que dite date n'est pas celle faisant foi. Elle expose encore que, le (...) novembre 2017, le consortium intimé a été dissout de plein droit en raison de l'ouverture de la faillite de A. _____ Sàrl et n'existait par conséquent plus. Il n'existait notamment plus le (...) novembre 2017 au moment où le pouvoir adjudicateur a évalué l'offre de celui-là et décidé de le choisir comme adjudicataire ; peu importe que cette décision n'ait été communiquée via Simap que bien plus tard, à un moment où la faillite de A. _____ Sàrl avait été révoquée. Ceci étant, la recourante 2 soutient que, nonobstant la formulation potestative de l'art. 11 de la loi sur les marchés publics, le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur est limité en présence d'un cas d'exclusion destiné à réaliser l'un des buts du droit des marchés publics ; l'exclusion n'est alors plus facultative mais obligatoire. L'exclusion du consortium intimé ne violait en outre pas le principe de la proportionnalité, dès lors que cette sanction avait une influence déterminante sur l'issue de la procédure et sur le classement. Quant à la prétendue exclusion de la recourante 2, avancée par le consortium intimé, pour défaut d'aptitude technique, celle-ci répond que son offre a été jugée recevable puisqu'elle a été appréciée par le pouvoir adjudicateur lequel lui a attribué la note de 2 pour le critère C2 ; à ce stade de la procédure d'adjudication, il n'y avait dès lors plus matière à exclusion.

S.

Invité à dupliquer, le pouvoir adjudicateur a répondu en date du 8 octobre

2018 en maintenant ses conclusions. Il a fait savoir que, lorsqu'il a eu connaissance de la faillite, l'évaluation complète des offres avait déjà eu lieu et le consortium intimé l'emportait haut-la-main. Aussi, en tenant compte des principes fondamentaux de la loi sur les marchés publics, il a considéré qu'il était proportionné de tolérer que le consortium intimé avait survécu à la faillite d'un de ses membres puisque celle-ci avait été révoquée. Il était aussi proportionné d'admettre que le consortium intimé dans son ensemble présentait des garanties financières élevées. Il était en revanche disproportionné d'exclure le consortium intimé du fait que son offre était la meilleure et que la concurrence était encouragée au mieux en ne l'excluant pas. Il était également disproportionné de tout recommencer compte tenu du temps nécessaire. Le pouvoir adjudicateur se réfère pour le reste à ses écritures s'agissant de la notation des offres.

T.

Le 11 octobre 2018, le consortium intimé a déposé ses duplicatas et confirmé ses conclusions. Celui-ci expose qu'au (...) novembre 2017 – date de la décision d'adjudication – seule la créance, au demeurant faible, de la caisse AVS (...) demeurait impayée. Il explique ensuite que la décision du (...) novembre 2017, prononçant la faillite de A. _____ Sàrl, n'a pas été révoquée mais annulée avec effet rétroactif, si bien que celle-ci n'est pas tombée en faillite. Le (...) décembre 2017 – date de la publication de la décision d'adjudication – la faillite avait déjà été annulée et A. _____ Sàrl n'accusait plus d'arriérés de cotisations sociales, contrairement à ce que prétend la recourante 2. C'est donc après avoir eu la certitude que la faillite était annulée que le pouvoir adjudicateur a publié la décision d'adjudication. En tant que presque un mois s'est écoulé entre la décision d'adjudication et sa publication, le consortium intimé considère qu'il doit être admis que la décision d'adjudication a réellement été prononcée le (...) décembre 2017. Le consortium intimé fait encore valoir que, dès lors que le critère de l'aptitude économique et financière ne devait pas être respecté par tous les membres du consortium, il suffisait que B. _____ SA et C. _____ SA eussent été en mesure de prouver qu'au moment du dépôt de l'offre, leurs renseignements, fournis dans la déclaration volontaire, étaient correctes. Le 7 décembre 2017, le consortium intimé a requis une prolongation de délai pour produire les attestations de paiement relatives à A. _____ Sàrl. Or, le pouvoir adjudicateur ayant publié la décision d'adjudication le (...) décembre 2017, le dépôt des attestations manquantes est devenu sans objet. Le fait que A. _____ Sàrl accusait des arriérés dans le paiement des cotisations sociales ne remettait en soi pas en cause la solvabilité et l'existence de celle-là ; le pouvoir adjudicateur pouvait donc faire abstraction des

attestations manquantes au moment de la décision d'adjudication, respectivement au moment de sa publication. Enfin, il maintient que la recourante 1 aurait dû être exclue et que l'évaluation de son offre par le pouvoir adjudicateur n'est pas arbitraire. Il ajoute encore que son planning des travaux contient des secrets d'affaires et ne peut donc être mis à la disposition de la recourante 1. S'agissant de la recourante 2, il relève que, selon l'appel d'offres, la capacité technique est examinée à la fois sous l'angle de l'aptitude et du critère d'adjudication C2 et que, dès lors que la prénommée ne maîtrise pas un aspect central du projet litigieux, bien que le pouvoir adjudicateur ait examiné celui-ci dans le cadre de l'évaluation du critère d'adjudication, elle aurait dû être exclue lors de l'examen de l'aptitude.

U.

Disposant de la possibilité de déposer d'éventuelles remarques, la recourante 1 a, par courrier du 15 novembre 2018, renvoyé à ses précédentes écritures et confirmé l'intégralité de ses conclusions.

V.

La recourante 2 a, quant à elle, encore formulé des remarques le 15 novembre 2018, tout en maintenant ses conclusions. Relevant qu'il n'y a en principe pas lieu de prendre en considération, lors de l'examen de la qualification d'un soumissionnaire, des faits advenus après l'échéance du délai de soumission, les explications fournies par le pouvoir adjudicateur et le consortium intimé au sujet d'une prise en compte d'informations ou de documents après la remise des offres ne sont pas pertinentes. Le dossier du consortium intimé était incomplet sur un élément relatif aux charges sociales, ce qui devait conduire au constat par le pouvoir adjudicateur qu'une condition de participation n'était pas remplie et entraîner l'exclusion du consortium intimé. La recourante 2 rappelle ensuite que, au moment du dépôt de son offre, le consortium intimé, outre le fait que son membre pilote n'avait pas dit toute la vérité au sujet de sa situation financière, n'a pas été capable de présenter toutes les qualifications exigées, ce qui constitue un vice grave dans une offre.

W.

Le consortium intimé s'est encore prononcé, de manière spontanée, par courrier du 23 novembre 2018. Il a relevé qu'il était en mesure, depuis la date de remise de son offre, d'exécuter correctement le marché litigieux. Il expose avoir toujours existé depuis sa fondation advenue avant le dépôt de son offre, et ses capacités techniques, nécessaires pour l'exécution du marché litigieux, n'ont pas été remises en cause par la recourante 2. Il fait

encore valoir que des modifications de l'offre après le délai de soumission sont possibles dans la mesure où il s'agit de défauts mineurs. Aussi, les paiements de cotisations sociales effectués par A. _____ Sàrl après le dépôt de l'offre, notamment ceux effectués jusqu'à la date de publication de la décision d'adjudication, doivent être pris en considération.

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 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.

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 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). 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^{ème} phrase LMP, voir aussi art. 39 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP, RS 172.056.11] ; ATAF 2008/61 consid. 3.1, 2008/48 consid. 2.1 et réf. cit.).

Celle-ci 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.

2.1.1 Ainsi, 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).

Par marché de fournitures au sens de la LMP, on entend un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant l'acquisition de biens mobiliers, notamment sous forme d'achat, de crédit-bail (leasing), de bail à loyer, de bail à ferme ou de location-vente (art 5 al. let. a LMP). Est déterminant sur ce point le numéro de référence de la classification centrale provisoire des produits (CPCprov) établie par l'Organisation des Nations Unies (cf. arrêt du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 1.5.2).

Il est envisageable qu'une acquisition publique consiste simultanément en plusieurs prestations dont les caractéristiques sont décrites à l'art. 5 let. a-c LMP. Dans une telle situation, la doctrine et la jurisprudence ont mis au point des critères de différenciation afin de déterminer le marché en cause dont la qualification est essentielle à l'application des valeurs seuils (cf. art. 6 al. 1 LMP). Deux théories concurrentes ont été développées pour distinguer un marché de construction d'un marché de fournitures.

2.1.2.1 Selon l'opinion de BEYELER, lorsqu'une soumission publique comprend la fourniture de matériel de construction et la réalisation d'un ouvrage, on suppose qu'il s'agit d'un marché de fournitures, si le matériel de construction acheté par le maître de l'ouvrage l'est pour son usage propre ; par exemple, s'il est destiné à être installé directement par celui-ci ou s'il est mis à disposition de tiers. En revanche, le marché sera qualifié de construction si le matériel ou des parties de celui-ci sont utilisés par le soumissionnaire pour la réalisation, l'assemblage ou l'installation de l'ouvrage (cf. MARTIN BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich, Bâle, Genève, 2012, n° 939-941 ; MARTIN BEYELER,

Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Bund, Kantone, Europäischer Gerichtshof, Zurich, Bâle, Genève, 2016, p. 19 n° 24). Ne sont pas assimilés à une prestation de construction, les services qui, bien qu'ils soient en relation avec la réalisation, la transformation ou la destruction d'un ouvrage, consistent principalement en une activité intellectuelle telle que des prestations architecturales ou d'ingénieries qui ne nécessitent pas de travaux de nature physique. Enfin, en cas de doute quant à la qualification d'une prestation, il convient de se référer, en matière de construction, à la liste de classification CPCprov Division 51 ainsi qu'aux sous-classes qui en découlent (cf. arrêt du TAF B-579/2015 du 19 mars 2015 consid. 4.2 ; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, op. cit., n° 942).

2.1.2.2 En application de la théorie de la prépondérance (« *Schwergewichts – oder Präponderanztheorie* »), si une acquisition publique comporte plusieurs prestations distinctes (construction, fournitures, services), il est nécessaire d'examiner laquelle de ces prestations est – notamment économiquement – prépondérante afin de déterminer la valeur seuil applicable à l'ensemble du marché (cf. arrêt du TAF B-579/2015 consid. 4.3.6 ; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, Berne 2014, p. 135, GALLI/MOSER /LANG/ STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2013, n° 240 ss). L'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM) a qualifié un contrat mixte de contrat de fournitures dès lors que la valeur de celles-ci était supérieure à celle des travaux de construction, en cas contraire, le contrat devrait être qualifié de construction (cf. décision de l'ancienne CRM du 29 juin 1998 publiée dans la jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, JAAC, 63.15 consid. 1).

2.1.2.3 En l'espèce, le marché en cause constitue un lot du projet de (...), projet portant sur des travaux de génie civil et de prestations en électromécanique et programmation. Le projet global paraît constituer un marché de construction au sens de la LMP (CPCprov 513) que l'on applique l'une ou l'autre théorie.

En particulier, l'adjudication litigieuse se rapporte au lot n° (...) portant sur la fourniture et la pose de (...). Le lot en question relève de la construction en ce qui concerne la pose d'installations (CPCprov 516) et de fournitures (CPCprov 472) pour le matériel de (...). L'application de l'une ou l'autre théorie pourrait conduire à une qualification différente du marché (cf. également décisions incidentes du TAF B-6327/2016 et B-6332/2016

du 21 novembre 2016 consid. 2.2.2). La question n'a toutefois pas à être examinée plus avant dès lors que la LMP s'applique dans les deux hypothèses (cf. infra consid. 2.1.3).

2.1.3 L'art. 6 al. 1 LMP prévoit des seuils (hors TVA) au-delà desquels la loi est applicable si la valeur estimée du marché à adjudger les atteint. L'art. 1 de l'ordonnance du DEFR du 23 novembre 2015 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2016 et 2017 (RS 172.056.12) dispose en lien avec ledit article que la valeur seuil se monte respectivement à 8'700'000 francs pour les ouvrages (let. c) et à 230'000 francs pour les fournitures (let. a). 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 (cf. arrêt du TAF B-985/2015 du 12 juillet 2015 consid. 2.4 et réf. cit.).

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 projet de réaffectation a, selon le pouvoir adjudicateur, une valeur globale de 16'650'000 francs. Il s'ensuit que la valeur estimée du projet dépasse très largement le seuil légal de 8'700'000 francs. En outre, les travaux relatifs au lot n° (...) ont été estimés par le pouvoir adjudicateur à 790'000 francs. Le pouvoir adjudicateur dispose toutefois d'une certaine liberté pour décider quels marchés, parmi ceux inférieurs au montant de minimis, il entend assujettir ou non aux procédures de marché public (cf. ATAF 2009/18 consid. 2.4.2 et réf. cit.). Il a *in casu* renoncé à faire usage de la clause de minimis.

De même, à supposer qu'il s'agisse d'un marché de fournitures, la valeur seuil de 230'000 francs serait également atteinte.

2.1.4 Aucune des exceptions prévues par l'art. 3 al. 1 LMP n'est, par ailleurs, réalisée en l'espèce.

2.1.5 Il ressort de ce qui précède que la LMP s'applique dans le cas présent.

2.2 La qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA en relation avec l'art. 26 al. 1 LMP) doit être reconnue à la recourante 2, classée au deuxième rang, dès lors que, en cas d'exclusion du consortium intimé, elle a de réelles chances d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ; arrêt du TF 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2). Quant à la recourante 1, classée troisième, elle réclame, outre l'exclusion du consortium intimé, l'attribution de la note 4 aux critères C2 et C3 ; dans ces circonstances, l'on peut admettre qu'elle a également ses chances d'obtenir le marché (cf. décision incidente du TAF B-3196/2016 du 31 août 2016 consid. 5.5). Elle a donc aussi un intérêt à ce que soit examiné le bien-fondé de l'adjudication prononcée.

2.3 Les dispositions relatives à la représentation (cf. art. 11 al. 1 PA), au délai de recours (cf. art. 30 LMP et 22a al. 1 PA), à la forme et au contenu du mémoire de recours (cf. art. 52 al. 1 PA), ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (cf. art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées pour chacun des recours.

Les recours sont ainsi recevables.

3.

Les recourantes se plaignent tout d'abord d'une violation des principes de la transparence et de l'égalité de traitement en tant que le pouvoir adjudicateur n'a pas examiné l'aptitude économique et financière d'une société membre du consortium intimé, A._____ Sàrl. Elles lui reprochent en outre d'avoir violé l'art. 11 LMP, dès lors que, en dépit de l'ouverture de la faillite de la société pilote du consortium intimé, de cotisations sociales impayées et de la remise de faux renseignements, il n'a pas exclu le consortium intimé de la procédure d'adjudication.

3.1 En l'espèce, il est établi que A._____ Sàrl accusait, au jour du dépôt de l'offre du consortium intimé, le (...) août 2017, des arriérés de paiement de cotisations sociales LPP et AVS. La Fondation collective LPP (...) a en effet introduit des poursuites contre dite société en date du 9 août 2017, et

requis sa faillite, pour un montant de 14'307.80 francs (frais inclus), lequel a été acquitté le 13 novembre 2017. La caisse AVS (...) a, après lui avoir notifié des sommations de payer en date des 4 juillet et 5 septembre 2017, également mis en poursuite la société le 20 septembre 2017 pour une créance de 3'676.60 francs, payée le 11 décembre 2017, et le 14 décembre 2017 pour une seconde créance de 3'688.50 francs, réglée le (...) décembre 2017. Il est également établi que A._____ Sàrl n'a pas produit les justifications des paiements des cotisations AVS et LPP dûment requises par le pouvoir adjudicateur. Il ressort également de l'offre du consortium intimé que A._____ Sàrl a, à la date du dépôt de celle-ci, certifié être à jour dans le paiement de ses charges sociales et attesté pouvoir transmettre les justifications des paiements des cotisations sociales à la demande du pouvoir adjudicateur. Il est enfin établi que A._____ Sàrl a été déclarée en faillite par décision du (...) novembre 2017. La faillite a par la suite été annulée par décision du (...) décembre 2017. Il s'ensuit qu'au moment où l'adjudication a été prononcée, le (...) novembre 2017, une société membre du consortium intimé était en faillite ; au moment de la publication de la décision sur la plateforme Simap, le (...) décembre 2017, la faillite avait toutefois été annulée.

3.2 L'appel d'offres, publié sur la plateforme Simap le (...) juillet 2017, retient la capacité économique et financière comme critère d'aptitude (ch. 3.7 de l'appel d'offres). Concernant les justificatifs requis – lesquels doivent être déposés en même temps que le dossier de l'offre à moins que cela ne soit spécifié autrement – il est prévu notamment ce qui suit (ch. 3.8) :

« Q2 CAPACITE ECONOMIQUE ET FINANCIERE

Q2.1 Chiffre d'affaires

Le chiffre d'affaires annuel est supérieur au double du montant annuel du marché

Q2.2 Documents à remettre

Documents à remettre avec l'offre du soumissionnaire :

- déclaration volontaire du soumissionnaire (signée) ;
- Extrait(s) du registre du commerce ou, pour les sociétés ayant leur siège à l'étranger, attestation(s) analogue(s) (datant de moins de trois mois par rapport au délai de remise de l'offre).

Q2.3 Attestations à remettre après la remise de l'offre

Attestations à remettre après la remise de l'offre par le soumissionnaire sur demande du mandant dans un délai de 7 jours :

- extraits du registre des poursuites (plus récents que trois mois par rapport au délai du dépôt de l'offre) ;
- justifications des paiements actuels pour AVS/AI/APG/AC ainsi que SUVA et AFC ;
- justifications des paiements actuels pour la LPP ;
- attestation(s) d'assurance responsabilité civile professionnelle pour les dommages et les montants de couvertures comme précisés dans le projet de contrat. »

3.2.1 La « déclaration volontaire du soumissionnaire », susmentionnée au pt Q2.2 de l'appel d'offres, se présente comme suit dans les documents d'appel d'offres :

- Pour les prestations fournies en Suisse, le soumissionnaire s'engage à observer les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est fournie.
- Pour les prestations fournies en Suisse, il s'engage également à respecter le principe de l'égalité de traitement entre femmes et hommes sur le plan salarial.
- S'il ne respecte pas les principes susmentionnés, le soumissionnaire doit à l'adjudicateur une peine conventionnelle, ainsi que le stipule le chiffre 13 du texte prévu pour le contrat d'entreprise.
- Le soumissionnaire qui confie les mandats qui lui ont été attribués, ou des parties de ces mandats à des tiers est tenu d'exiger que ces dernières s'engagent par écrit à respecter les principes susmentionnés.
- L'adjudicateur est en droit de contrôler l'observation des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail et de l'égalité de traitement entre femmes et hommes. Sur demande, le soumissionnaire doit apporter la preuve qu'il a respecté ces principes.
- Si le soumissionnaire ne respecte pas les principes susmentionnés, l'adjudicateur peut l'exclure de la procédure, révoquer l'adjudication ou, si le contrat a été conclu, réclamer le paiement de la peine conventionnelle.
- Le soumissionnaire déclare par ailleurs avoir payé les impôts fédéraux et les cotisations sociales (impôts fédéraux, TVA, AVS, AI, APG, AC, LPP et LAA).

- Si la prestation est exécutée à l'étranger, le soumissionnaire déclare de respecter les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) mentionnées à l'annexe 2a OMP.

Par sa signature sur la page de garde, le soumissionnaire certifie l'exactitude des données fournies et se déclare prêt à prouver ces dernières.

Le soumissionnaire autorise les autorités fiscales, les établissements d'assurances sociales, les commissions professionnelles paritaires et d'autres organes officiels à communiquer au service d'achat des renseignements en rapport avec les thèmes ci-dessus, mêmes si cela est contraire à des dispositions légales.

3.2.2 Quant aux « Attestations à remettre après la remise de l'offre » susmentionnées au pt Q2.3 de l'appel d'offres, elles figurent sous cette forme dans le dossier d'appel d'offres :

Attestations à remettre après la remise de l'offre par le soumissionnaire sur demande du mandant dans un délai de 7 jours, à savoir :

- * extraits du registre des poursuites (plus récents que trois mois par rapport au délai de dépôt de l'offre) ;
- * justifications des paiements actuels pour AVS/AI/APG/AC ainsi que SUVA et AFC ;
- * justifications des paiements actuels pour la LPP ;
- * attestation d'assurance resp. pour les groupements l'engagement d'une assurance couvrant les sommes exigées.

Par sa signature sur la page de garde, le soumissionnaire atteste pouvoir transmettre les documents aux conditions susmentionnées.

3.3 Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix et l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication, celui-là étant libre de spécifier ses besoins en tenant compte de la solution qu'il désire (cf. ATF 137 II 313 consid 3.4 traduit au JdT 2012 I p. 20). Les critères d'aptitude sont destinés à garantir que seuls les soumissionnaires vraisemblablement aptes à exécuter correctement le mandat aient une chance d'obtenir l'adjudication (cf. ATF 143 I 177 consid. 2.3). Une fois les critères d'aptitude et d'adjudication arrêtés dans l'appel d'offres ou les

documents d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur doit en règle générale s'y tenir. En vertu des principes de la transparence et de l'égalité de traitement, il ne saurait les modifier ultérieurement. S'il ignore des critères dûment fixés, en modifie la portée ou la pondération ou encore s'il en ajoute de nouveaux, le pouvoir adjudicateur agit de manière contraire au droit des marchés publics (cf. décision incidente du TAF B-4637/2016 1 du 9 octobre 2016 consid. 6.4 ; arrêts du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 2.5.2 et B-891/2009 du 5 novembre 2009 consid. 3.4 et les réf. cit.). Les soumissionnaires peuvent en principe s'attendre à ce que le pouvoir adjudicateur interprète les critères d'aptitude et d'adjudication selon leur sens commun. S'il n'entend pas leur donner une telle interprétation, les critères concernés devront être en conséquence définis de manière aussi détaillée que possible dans les documents d'appel d'offres afin que les soumissionnaires puissent connaître les exigences que leur offre doit satisfaire (cf. ATAF 2011/58 consid. 13.2.1). Les critères d'adjudication et d'aptitude doivent ainsi être interprétés au regard du principe de la confiance ; la volonté subjective du pouvoir adjudicateur importe peu (cf. ATF 141 II 14 consid. 7.1 ; arrêt du TF 2C_1101/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.4.1).

Lors de la procédure de passation de marché, l'aptitude des soumissionnaires à réaliser celui-ci doit être vérifiée. Selon l'art. 9 LMP, l'adjudicateur peut exiger des soumissionnaires des preuves attestant leurs capacités sur les plans financier, économique et technique. Il établit pour ce faire des critères de qualification (al. 1). Il publie les critères de qualification et la liste des preuves nécessaires dans l'appel d'offres ou les documents y relatifs (al. 2). Le pouvoir adjudicateur qui ne vérifie pas l'aptitude d'un soumissionnaire contrevient au principe de l'égalité de traitement et viole le droit des marchés publics (cf. décision de l'ancienne CRM du 16 août 1999, publiée in : JAAC 64.29 consid. 4). L'appréciation desdites aptitudes relève du pouvoir d'appréciation des autorités adjudicatrices (cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n° 535). L'insuffisance face à un critère de qualification ne peut être compensée par un excédent face à d'autres critères (cf. arrêt du TAF B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 8.1.1).

3.4 A teneur de l'art. 11 LMP, l'adjudicateur peut en particulier révoquer l'adjudication ou exclure certains soumissionnaires de la procédure notamment lorsque a) ils ne satisfont plus aux critères de qualification requis à l'art. 9 ; b) ils ont transmis de faux renseignements à l'adjudicateur ; c) ils n'ont pas payé, en tout temps ou en partie, les impôts ou les cotisations sociales ; d) ils ne satisfont pas aux obligations fixées à

l'art. 8 ; e) ils ont conclu des accords qui restreignent sensiblement ou qui suppriment toute concurrence efficace ; f) ils font l'objet d'une procédure de faillite.

3.4.1 Pour être adjudicataire de la prestation proposée, le soumissionnaire doit non seulement avoir passé l'étape qualificative et présenté l'offre la plus avantageuse économiquement mais encore avoir observé et respecté, tout au long de la procédure, les autres conditions fixées par l'adjudicateur, sous peine d'être exclu de la procédure d'adjudication (cf. ATF 140 I 285 consid. 5.1). Ces autres conditions – qui se distinguent des critères de qualification au sens de l'art. 9 LMP – sont les conditions d'admission au marché ou conditions de participation (*Grundvoraussetzungen, Teilnahmebedingungen*). La plupart des conditions d'admission au marché s'inscrivent dans le catalogue des motifs d'exclusion que prévoient les différentes réglementations, soit, au niveau fédéral, l'art. 11 let. b à f LMP, l'absence de motifs d'exclusion constituant une condition (implicite) de participation à une procédure d'adjudication. Dites conditions recouvrent des exigences qui ont trait au soumissionnaire ou à son offre. Leur publication se fait dans l'appel d'offres ou dans les pièces explicatives remises aux candidats soumissionnaires. Les conditions d'admission liées au soumissionnaire visent à s'assurer que les candidats engagés dans un marché s'y comportent de manière loyale et conformément à certaines règles de droit public. Le pouvoir adjudicateur, en tant qu'acheteur public, doit ainsi, par la fixation de ces conditions, veiller à ce que le futur adjudicataire et ses partenaires contractuels respectent l'ordre juridique (cf. OLIVIER RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in : RDAF 2001 I p. 387 ss ; CHRISTOPH JÄGER, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in *Aktuelles Vergaberecht*, Zufferey/Stöckli [éd.], 2014, p. 331 ss n° 16 ss ; POLTIER, op. cit., p. 186 ss).

Parmi les conditions d'admission au marché liées à la personne du soumissionnaire, on trouve notamment le paiement des cotisations sociales (cf. RODONDI, op. cit, p. 391 ; JÄGER, op. cit., p. 339 n° 35), dont le non-respect peut conduire à l'exclusion du soumissionnaire de la procédure de passation en application de l'art. 11 let. c LMP (cf. supra consid. 3.4).

3.4.2 L'art. 11 LMP n'a pas été débattu à l'Assemblée fédérale. Selon le Message du Conseil fédéral, « la disposition définit les motifs pour lesquels un soumissionnaire peut être exclu d'une procédure d'adjudication [...]. Elle présente également quelques raisons particulièrement graves qui laissent

supposer que le soumissionnaire n'est plus apte à remplir le marché » (cf. Message relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC, cycle d'Uruguay, du 19 septembre 1994 ; FF 1994 IV 995 p. 1229 ; sur le débat parlementaire, voir BO 1994 E 1171 ss, 1315 ss ; BO 1994 N 2287 ss).

Selon plusieurs auteurs, le paiement des impôts et des cotisations sociales (cf. art. 11 let. c LMP), à l'instar du respect des obligations fixées à l'art. 8 LMP (cf. art. 11 let. d LMP), a essentiellement pour but d'empêcher que des soumissionnaires ne jouissent d'avantages concurrentiels en ne respectant pas leurs obligations envers le fisc ou les travailleurs. Il s'agit d'éviter que, par la violation de ses obligations de citoyen, un soumissionnaire bénéficie d'un avantage concurrentiel par rapport à un concurrent qui s'acquitterait des siennes ; l'idée est que les concurrents soient placés à armes égales (cf. ATF 143 II 425 consid. 4.4.3 traduit au JdT 2018 I 55 ; POLTIER, op. cit., p. 187 n° 298 et 190 n° 305 ; JÄGER, op. cit., p. 339 ss n° 33 ss ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., p. 215 n° 486, 223 n° 512). Comme déjà dit, le pouvoir adjudicateur doit veiller à ce que le futur adjudicataire respecte l'ordre juridique. Il doit ainsi requérir les justificatifs y relatifs ou faire signer une déclaration sur l'honneur (cf. JÄGER, op. cit., p. 339 n° 33). Un principe central de la passation des marchés veut que ceux-ci ne soient attribués qu'aux soumissionnaires qui garantissent qu'ils s'acquittent de toutes leurs obligations de droit public, en particulier le paiement des cotisations sociales et des impôts. Aussi, en pratique, il est souvent exigé dans les appels d'offres la remise d'une déclaration volontaire du soumissionnaire (*Selbstdeklaration*) par laquelle celui-ci atteste répondre aux conditions d'admission au marché (cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., p. 215 n° 488). Si, après avoir signé cette déclaration et l'avoir jointe à son offre, il apparaît que le soumissionnaire n'était pas en règle au moment de la remise de l'offre, celui-ci peut être exclu pour faux renseignements au sens de l'art. 11 let. b LMP (cf. GUERRIC RIEDI, Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg, Aktuelles Vergaberecht 2016 / Marchés publics 2016, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs / IV. Le travail au noir, p. 329-349). Les faux renseignements englobent notamment des indications inexactes sur le versement des impôts et des cotisations sociales, le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs ou l'égalité de traitement entre hommes et femmes, fournies délibérément par le soumissionnaire en remplissant la déclaration volontaire (cf. Manuel sur les marchés publics Routes nationales OFROU, 8^e éd. p. 85, consultable sur le site internet de l'OFROU).

3.5 En l'espèce, le consortium intimé et le pouvoir adjudicateur font valoir, à titre principal, que l'appel d'offres – lequel n'a pas été attaqué – n'exige pas que le critère d'aptitude Q2 « capacité économique et financière » soit respecté individuellement par tous les membres d'une communauté de soumissionnaires. En particulier, la signification du mot « certification » n'est explicitée ni dans l'appel d'offres ni dans le dossier d'appel d'offres ; les annexes y relatives n'exigent pas davantage « expressément » que le renseignement requis soit donné par chaque membre du consortium. Aussi, le fait que A. _____ Sàrl se trouvait temporairement en faillite et avait temporairement des arriérés de paiement relatifs aux cotisations sociales est sans importance, étant donné que les deux autres membres du consortium intimé, à savoir B. _____ SA et C. _____ SA, remplissent incontestablement, depuis le dépôt de l'offre et jusqu'à ce jour, le critère de l'aptitude économique et financière.

3.5.1 Le chiffre 3.7 de l'appel d'offres mentionne, sous le titre « Critères d'aptitude », les trois critères que les soumissionnaires doivent impérativement satisfaire pour être qualifiés pour la suite de la procédure, à savoir : « capacité technique », « capacité économique et financière » et « personnes-clés ». Il y est précisé que ceux-ci « ne doivent pas être remplis par chaque partenaire mais par l'association, à moins qu'une exigence ne se réfère expressément aux partenaires individuellement, comme par exemple la certification ». Le ch. 3.8 de l'appel d'offres « Justificatifs requis » mentionne les éléments de preuve à apporter par le soumissionnaire pour permettre au pouvoir adjudicateur d'examiner si les critères d'aptitude sont réalisés. Il ressort ainsi de la lettre de l'appel d'offres que le critère de l'aptitude économique et financière ne doit, le cas échéant, pas être rempli par chaque membre d'une communauté de soumissionnaires mais peut être évalué au niveau du consortium. En revanche, les justificatifs requis sont susceptibles de devoir être produits par chaque société individuellement lorsque cela est expressément spécifié, « comme par exemple la certification ». Or, les formulaires « Déclaration volontaire du soumissionnaire » (Q2.2, cf. supra consid. 3.2.1) et « Attestations à remettre après la remise de l'offre » (Q2.3, cf. supra consid. 3.2.2) contenus dans le dossier d'appel d'offres doivent être signés par le soumissionnaire, lequel, par sa signature, « certifie l'exactitude des données fournies » (formulaire Q2.2), respectivement « atteste pouvoir transmettre les documents aux conditions susmentionnées » (formulaire Q2.3). Comme mentionné dans l'appel d'offres, ces deux formulaires, à tout le moins, devaient porter, le cas échéant, la signature de tous les membres d'une communauté de soumissionnaires dès lors qu'il s'agit de documents ayant pour but de

donner au pouvoir adjudicateur une assurance écrite, respectivement une confirmation ou une attestation – en d'autres termes une certification – de leur contenu. Il va par ailleurs de soi que les justifications des paiements des cotisations sociales en particulier (Q2.3) se réfèrent aux sociétés individuellement et ne peuvent être produites pour la communauté de soumissionnaires en tant que telle. Ce que le consortium intimé a par ailleurs parfaitement compris en apposant la signature de ses trois sociétés membres sur les deux attestations précitées.

3.5.2 Il s'ensuit que les cotisations sociales en particulier devaient être payées par chaque membre d'une communauté de soumissionnaires individuellement et chacun de ceux-ci certifiait, par sa signature sur les documents Q2.2 et Q2.3 du dossier d'appel d'offres, être à jour dans le paiement de ses charges sociales et être en mesure de le prouver.

Or, il est en l'espèce établi que A. _____ Sàrl était en poursuite pour des cotisations sociales impayées au jour du dépôt de l'offre du consortium intimé – et, partant, de la signature des attestations Q2.2 et Q2.3 – ainsi qu'au moment du prononcé de la décision d'adjudication (cf. supra consid. 3.1), si bien que celui-là semble ne pas satisfaire à des conditions personnelles d'admission au marché.

De même, il semblerait, compte tenu de leur place dans l'appel d'offres sous le critère d'aptitude Q2 « capacité économique et financière » (cf. supra consid. 3.2), que le pouvoir adjudicateur ait fait de la déclaration volontaire du soumissionnaire (cf. supra consid. 3.2.1) et des justifications des paiements des cotisations sociales (cf. supra consid. 3.2.2) (également) des éléments de preuve de la capacité économique individuelle des soumissionnaires. Il est dès lors probable que le pouvoir adjudicateur se soit inspiré de l'annexe 3 de l'OMP, laquelle contient une liste non exhaustive des preuves que celui-ci peut requérir pour évaluer la qualification des soumissionnaires au sens de l'art. 9 LMP. Or, dite annexe comporte également des justificatifs se rapportant aux conditions d'admission au marché, tels que la déclaration concernant l'obligation de respecter les conditions de travail (ch. 6) et la preuve du paiement des cotisations et des impôts (ch. 17). Le projet relatif à la nouvelle LMP corrige toutefois cette imprécision en distinguant les critères d'aptitude (art. 27 P-LMP) des conditions de participation (art. 26 P-LMP), au nombre desquelles figure le paiement des cotisations sociales (al. 1) (cf. FF 2017 1851).

3.5.3 En tout état de cause, il n'en demeure pas moins que le paiement des cotisations sociales constitue, sur le vu de ce qui précède (cf. supra consid. 3.4.1), une condition légale d'admission au marché, dont le non-respect peut entraîner, à lui seul, l'exclusion du soumissionnaire de la procédure d'adjudication (cf. art. 11 let. c LMP) et ce, indépendamment du point de savoir si celui-ci satisfait ou non au critère de l'aptitude économique et financière (cf. art. 9 en lien avec art. 11 let. a LMP).

Il convient dès lors d'examiner cette question en premier lieu.

3.6 En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a ainsi requis des soumissionnaires, respectivement de chaque membre d'une communauté de soumissionnaires (cf. supra consid. 3.5.1), la remise, avec leur offre, de deux documents signés par lesquels ils certifiaient avoir notamment payé leurs cotisations sociales (Q2.2) et attestaient pouvoir transmettre les justifications des paiements y relatifs, après le dépôt de l'offre, à sa demande (Q2.3). Comme annoncé, le pouvoir adjudicateur a ainsi invité le 29 novembre 2017 – soit après la date de l'adjudication – le consortium intimé à lui remettre, jusqu'au 8 décembre 2017, l'ensemble des documents indiqués dans le formulaire Q2.3 pour chacun de ses membres. Par lettre du 7 décembre 2017, celui-là lui a remis les attestations relatives à B. _____ SA et C. _____ SA et requis une prolongation de délai pour produire en particulier les justifications des paiements des cotisations sociales de A. _____ Sàrl. Le pouvoir adjudicateur a publié la décision d'adjudication le (...) décembre 2017, sans que A. _____ Sàrl n'ait produit les justifications manquantes.

3.6.1

3.6.1.1 Le consortium intimé fait valoir que A. _____ Sàrl ne s'est pas acquittée de la facture de la Fondation collective LPP (...) en tant qu'elle en contestait le montant, celui-ci résultant d'une erreur de calcul. Elle s'est néanmoins vu contrainte de la régler pour empêcher l'ouverture de la faillite. La fondation lui a fait parvenir un relevé de compte en date du 7 décembre 2017 duquel il résultait un solde en sa faveur de 1'104 francs. Ensuite, la totalité des arriérés des cotisations sociales aurait été acquittée au moment de la publication de la décision d'adjudication sur la plateforme Simap le (...) décembre 2017 (à l'exception des intérêts moratoires). Le consortium intimé précise à cet égard que le dépôt des justifications manquantes est, en raison de la publication de la décision d'adjudication, devenu sans objet, ce qui explique pourquoi celles-ci n'ont pas été produites par la suite. En annexe à sa duplique, le consortium intimé a

néanmoins déposé notamment une attestation de la (...) du 10 octobre 2018 concernant le paiement par A._____ Sàrl des contributions sociales en faveur de l'AVS/AI/APG/AC et AFC et exposé que celle-ci n'avait pas encore reçu de facture relative aux cotisations LPP, si bien que la fondation n'était pour l'instant pas en mesure de lui délivrer l'attestation requise.

3.6.1.2 L'examen des conditions d'admission au marché doit avoir lieu, autant que possible, au moment de l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires et donc juste avant celle des offres ; l'exclusion est envisagée comme une étape préliminaire, qui précède la phase d'évaluation des offres (recevables) (cf. RODONDI, op. cit., p. 392 ; POLTIER, op. cit., p. 187). Lors de l'examen de la qualification d'un soumissionnaire, il n'y a en principe, sous réserve de la prohibition du formalisme excessif, pas lieu de prendre en considération des faits (positifs pour lui) survenus après l'échéance du délai de soumission car il en résulterait une discrimination des soumissionnaires concurrents (cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., p. 302 n° 688). Cela reviendrait *de facto* à accorder à un soumissionnaire un délai plus long que celui annoncé dans l'appel d'offres pour peaufiner son aptitude technique et financière ou élaborer son offre (cf. décision du 1^{er} septembre 2003 de l'ancienne CRM, publiée in : JAAC 68.10 consid. 3c.aa). Dans le domaine des marchés publics, l'état de fait déterminant est celui du moment de la décision d'adjudication. Des modifications de l'offre postérieures à l'échéance du délai de soumission n'entrent en considération que sur des points mineurs, cela quelle que soit l'autorité (d'adjudication ou de recours) qui constate les faits ; l'adjudicateur peut donc sans arbitraire admettre l'introduction différée de justificatifs anodins (cf. ATF 143 I 177 consid. 2.3.1, 2.5.1, 2.5.2 ; arrêt du TF 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 3.3).

Dans le but d'éviter une bureaucratie inutile, certaines preuves peuvent n'être exigées qu'à un stade ultérieur de la procédure – mais dans tous les cas avant l'adjudication – et que de la part du soumissionnaire occupant le premier rang du classement. L'idée est de décharger d'un travail superflu les soumissionnaires dont l'offre n'a aucune chance d'être retenue (cf. art. 26 et 27 P-LMP, FF 2017 1851 ; Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695 p. 1785 ss). Il n'en demeure toutefois pas moins que les preuves requises, même ultérieurement, doivent être produites intégralement.

Les conditions de participation au marché, tout comme les critères d'aptitude, doivent être remplies tout au long de la procédure et même après l'adjudication (cf. POLTIER, op. cit., p. 190 ; RODONDI, op. cit., p. 392 ; JÄGER, op. cit., p. 339 n° 34).

3.6.1.3 Selon le consortium intimé, la totalité des arriérés de cotisations sociales de A. _____ Sàrl a été payée au plus tard le jour de la publication de la décision d'adjudication. Or, si tant est que cette date soit pertinente, l'on ne saurait considérer que le paiement des cotisations sociales, qui constitue une condition légale d'admission au marché, s'apparente à un « point mineur » qui pourrait être guéri après le délai de soumission. Même à supposer que le paiement des arriérés de cotisations sociales puisse être pris en considération *in casu*, A. _____ Sàrl n'a jamais fait parvenir au pouvoir adjudicateur les justifications desdits paiements, dûment requises par celui-ci. Or, dès lors qu'il ne ressort pas du dossier que le pouvoir adjudicateur disposait, au jour de la publication de la décision d'adjudication, d'une quelconque preuve de ce règlement et compte tenu du fait que la société avait été mise aux poursuites en raison desdits arriérés, il n'était nullement (excessivement) formaliste d'exiger la production desdites justifications, au demeurant expressément requises dans l'appel d'offres. La production devant l'autorité de céans d'un justificatif de paiement établi par la (...) en faveur de A. _____ Sàrl, de même que du relevé de compte du 7 décembre 2017 de la fondation LPP est, compte tenu de ce qui précède, tardive (cf. supra consid. 3.6.1.2). L'on ne dispose au demeurant aujourd'hui toujours pas de l'attestation selon laquelle la société serait en règle avec le paiement de ses cotisations LPP. Il s'ensuit que A. _____ Sàrl accusait, au moment du dépôt de l'offre du consortium intimé, des arriérés de paiement de cotisations sociales et n'a, partant, pas produit les justificatifs dûment requis par le pouvoir adjudicateur, ce qui constitue un motif d'exclusion au sens de l'art. 11 let. c LMP.

3.6.2 Mais ce n'est pas tout ; en certifiant, au jour du dépôt de l'offre du consortium intimé le (...) août 2017, être en règle avec le paiement de ses charges sociales – alors qu'elle se savait en poursuite depuis le 9 août 2017 pour des cotisations LPP impayées et avait reçu une sommation de paiement d'arriérés de cotisations AVS le 4 juillet 2017 – A. _____ Sàrl a fourni de faux renseignements au pouvoir adjudicateur, ce qui est également susceptible de fonder un motif d'exclusion au sens de l'art. 11 let. b LMP.

3.6.2.1 Comme déjà dit, le pouvoir adjudicateur a joint aux documents d'appel d'offres une « Déclaration volontaire du soumissionnaire » (Q2.2) reprenant en particulier les obligations prévues aux art. 8 let. b à c LMP ainsi que celles relatives au paiement des impôts fédéraux et des cotisations sociales. Il y est ainsi en particulier mentionné que « le soumissionnaire déclare par ailleurs avoir payé les impôts fédéraux et les cotisations sociales (impôts fédéraux, TVA, cotisations AVS, AI, APG, AC, LPP et LAA) ». Au pied de ce document est indiqué que « par sa signature sur la page de garde, le soumissionnaire certifie l'exactitude des données fournies et se déclare prêt à prouver ces dernières » (cf. supra consid. 3.2.1). La déclaration volontaire annexée à l'offre du consortium intimé porte les signatures des trois sociétés le composant, à savoir B. _____ SA, C. _____ SA et A. _____ Sàrl.

3.6.2.2 Le pouvoir adjudicateur fait valoir que la déclaration volontaire ne constituerait qu'un indice de l'aptitude financière et économique des soumissionnaires. Le consortium intimé, qui reconnaît que la déclaration volontaire était « erronée », fait quant à lui valoir qu'il ressort du texte préformulé de celle-ci, qui doit s'interpréter au regard du principe de la confiance, que seul le non-respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et à l'égalité de traitement entre femmes et hommes – auxquelles il accordait une importance particulière – pouvait conduire à l'exclusion de la procédure. Les soumissionnaires pouvaient dès lors partir de bonne foi de l'idée que d'éventuelles erreurs dans la déclaration concernant le paiement des cotisations sociales n'entraîneraient pas une exclusion de la procédure et pourraient être corrigées ultérieurement, le pouvoir adjudicateur ayant ainsi fait savoir, déjà lors de l'appel d'offres, qu'il entendrait faire usage de son pouvoir d'appréciation.

3.6.2.3 Dite déclaration reprend les exigences fixées à l'art. 8 let. b et c LMP – lesquelles ne ressortent pas expressément de l'art. 11 let. d LMP – et *a contrario* à l'art. 11 let. c LMP (cf. supra consid. 3.2.1). Le non-respect des obligations fixées à l'art. 8 LMP, tout comme le non-paiement des impôts ou des cotisations sociales, peuvent, selon la loi, conduire à l'exclusion du soumissionnaire ou à la révocation de l'adjudication (cf. art. 11 let. d et c LMP). Par cette déclaration, le pouvoir adjudicateur a ainsi voulu s'assurer que le futur adjudicataire respecte l'ordre juridique (cf. supra consid. 3.4.2). Bien que la déclaration ne mentionne pas spécifiquement qu'un manquement dans le paiement des impôts fédéraux ou des charges sociales puisse conduire à l'exclusion du soumissionnaire de la procédure d'adjudication, dite conséquence est toutefois

expressément prévue dans la loi (cf. art. 11 let. c LMP), que nul n'est censé ignorer. Le pouvoir adjudicateur n'a fait que rappeler, dans sa déclaration, la teneur de la loi et de son ordonnance (en particulier l'art. 6 al. 5 OMP). Il n'a nullement préjugé de son appréciation en cas de manquement à ces obligations. En outre, le consortium intimé ne saurait se retrancher derrière la bonne foi pour soutenir que A._____ Sàrl pouvait légitimement penser que son « erreur » aurait pu être corrigée ultérieurement. En effet, le document – exigé au moment du dépôt de l'offre – met clairement en exergue que, par sa signature, le soumissionnaire certifie l'exactitude des données fournies et se déclare prêt à les prouver. Aussi, nonobstant l'absence de menace expresse d'exclusion, A._____ Sàrl ne pouvait raisonnablement et de bonne foi s'autoriser à penser qu'elle pouvait omettre d'indiquer au pouvoir adjudicateur qu'elle était en particulier poursuivie pour le non-paiement de cotisations sociales et signer sans autres cette déclaration, sans que cela ne porte à conséquence, et corriger ultérieurement son « erreur ». Le consortium intimé n'explique par ailleurs pas comment A._____ Sàrl entendait corriger après coup son erreur, étant donné que, par sa signature, elle certifiait, au moment du dépôt de l'offre, être à jour dans le paiement de ses charges sociales.

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que A._____ Sàrl a sciemment fourni de faux renseignements au pouvoir adjudicateur, ce qui est constitutif d'un motif d'exclusion au sens de l'art. 11 let. b LMP.

3.6.3 Il en va par ailleurs de même du document « Attestations à remettre après la remise de l'offre » (Q2.3) (cf. supra consid. 3.2.2), signé par les trois membres du consortium intimé et joint à l'offre de celui-ci. Par sa signature, A._____ Sàrl a en effet attesté pouvoir transmettre notamment les « justifications des paiements actuels pour AVS/AI/APG/AC ainsi que SUVA et AFC » et les « justifications des paiements actuels pour la LPP » sur demande du pouvoir adjudicateur dans un délai de 7 jours. Dès lors qu'elle accusait, à la date du dépôt de l'offre, des arriérés de paiement de cotisations AVS et LPP, elle a délibérément fourni de faux renseignements au pouvoir adjudicateur en lui attestant qu'elle était en mesure de lui apporter la preuve de ces paiements à sa demande. A._____ Sàrl n'a pas à nouveau commis une « erreur » en apposant sa signature sur cette attestation.

3.7 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que les agissements du consortium intimé sont constitutifs de deux motifs d'exclusion, à savoir le non-paiement des cotisations sociales (cf. art. 11 let. c LMP) et la

transmission de faux renseignements au pouvoir adjudicateur (cf. art. 11 let. b LMP).

4.

Reste à ce stade à examiner si de tels manquements auraient dû conduire à l'exclusion du consortium intimé de la procédure d'adjudication.

4.1 En présence d'un motif d'exclusion, l'art. 11 LMP prévoit que le pouvoir adjudicateur « peut » exclure un soumissionnaire de la procédure. L'exclusion n'est donc pas automatique ; elle relève de la marge d'appréciation du pouvoir adjudicateur. Toutefois, lorsqu'un cas d'exclusion est destiné à réaliser un but essentiel du droit des marchés publics, le pouvoir adjudicateur ne jouit que d'un pouvoir limité de renoncer à l'exclusion. Une renonciation à l'exclusion ne doit pas aboutir à ce que le marché soit attribué, en violation de principes du droit des marchés publics, à un soumissionnaire qui ne participe pas au marché loyalement, empêchant ainsi que la concurrence puisse se jouer de manière régulière (cf. ATF 143 II 425 consid. 4.4.3 et 4.6 traduit au JdT 2018 I 55 ; POLTIER, op. cit., p. 190). Il paraîtrait en effet opposé aux bases mêmes du marché public et au principe d'égalité de traitement que l'Etat octroie un marché sans se préoccuper du fait que, de son côté, l'adjudicataire ignore ses obligations vis-à-vis de la collectivité, alors même que ses concurrents respectent les leurs (cf. arrêt du Tribunal administratif du canton de Genève du 15 février 2000, publié in : SJ 2000 I p. 405 consid. 4c). En tout état de cause, la faculté laissée à l'adjudicateur d'exclure un candidat ou d'écarter son offre doit respecter les principes de proportionnalité et de prohibition du formalisme excessif, quel que soit le motif d'exclusion (cf. arrêt du TF 2C_782/2012 du 10 janvier 2013 consid. 3 et réf. cit.). Un motif d'exclusion doit donc revêtir une certaine gravité. Une exclusion ne peut se fonder sur des éléments mineurs ou, du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication, notamment parce que leur ampleur est insignifiante et qu'ils n'exerceraient pas d'influence dans le classement des soumissionnaires (cf. GUERRIC RIEDI, op. cit., p. 339). Le Tribunal fédéral a par ailleurs jugé que le non-respect d'une condition légale d'admission au marché ne constituait nullement un défaut mineur qui ferait apparaître une exclusion comme disproportionnée (cf. ATF 143 I 177 consid. 2.2). Enfin, à l'instar du Tribunal fédéral, le Tribunal administratif fédéral fera preuve d'une certaine retenue dans le contrôle de l'application des règles de procédure en matière de marchés publics (cf. arrêts du TF 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.4 et 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1).

4.2 Reconnaissant ne pas avoir, en raison de la petite taille du marché, contrôlé plus en détail les informations fournies par A. _____ Sàrl, tout comme celles des autres soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur expose que, lorsqu'il a eu connaissance de la faillite de celle-ci, l'évaluation complète des offres avait déjà eu lieu et le consortium intimé l'emportait haut-la-main, la qualité des offres des recourantes étant très inférieure à ses attentes. Sur la base des principes fondamentaux de la LMP, tels que la concurrence, l'utilisation économique des fonds publics, l'égalité de traitement et la proportionnalité, le pouvoir adjudicateur a jugé qu'il était proportionné de considérer que le consortium intimé avait survécu à la faillite de l'un de ses membres dès lors que celle-ci avait été révoquée et que le consortium intimé dans son ensemble présentait des garanties financières élevées. Il était en revanche disproportionné d'exclure celui-ci du fait que son offre était la meilleure et que la concurrence était encouragée au mieux en ne l'excluant pas. Il était également disproportionné de tout recommencer compte tenu du temps nécessaire. Quant au consortium intimé, il fait notamment valoir que l'erreur relative à la déclaration volontaire de même que les créances concernant les cotisations LPP et AVS ne portaient que sur un faible montant, ne concernaient qu'un seul de ses membres et que dites dettes ont par ailleurs été acquittées, si bien que celui-ci n'accusait plus d'arriérés de cotisations sociales le jour de la publication de la décision d'adjudication. Il s'ensuit que l'exclusion du consortium intimé violerait le principe de la proportionnalité ainsi que le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur.

4.3 En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a expressément exigé dans son appel d'offres et les documents d'appel d'offres la preuve que les soumissionnaires s'acquittaient de leurs cotisations sociales. Outre le dépôt d'une déclaration sur l'honneur, il a requis de ceux-ci l'engagement par écrit et la remise des justifications des paiements des charges sociales ; c'est dire qu'il accordait une importance particulière au respect de cette obligation et était, de fait, lié par ce critère (cf. supra consid. 3.3). Or, il ressort du dossier que le pouvoir adjudicateur n'a pas pris la peine de s'assurer que le consortium intimé remplissait dite condition, que ce soit avant la phase d'évaluation des offres ou, même après, lorsqu'il a appris que A. _____ Sàrl avait été déclarée en faillite en raison du non-paiement de cotisations sociales et, partant, lui avait fourni de faux renseignements ; il a néanmoins requis à ce moment-là de chaque membre du consortium intimé la production des justifications des paiements des cotisations sociales mais a toutefois publié la décision d'adjudication sans avoir reçu celles de la société en cause. Il a en effet expliqué avoir considéré que la décision d'annulation de la faillite prononcée le (...) décembre 2017 par

une autorité judiciaire constituait une garantie suffisante de la viabilité économique individuelle de A. _____ Sàrl à réaliser le marché et réparait *a posteriori* le contrôle auquel il ne s'était pas livré ; le montant des cotisations sociales impayées était par ailleurs de faible importance et la présence des deux autres (grandes) sociétés à ses côtés garantissait l'aptitude financière du consortium intimé. Or, comme déjà dit, le paiement des cotisations sociales – même s'il représentait en l'occurrence pour le pouvoir adjudicateur un indicateur de la capacité économique individuelle des soumissionnaires – constitue quoiqu'il en soit également une condition légale d'admission au marché, dont le non-respect peut entraîner, à lui seul, l'exclusion du soumissionnaire de la procédure d'adjudication et ce, indépendamment du point de savoir si celui-ci satisfait ou non au critère de l'aptitude économique et financière. L'annulation de la faillite n'autorisait dès lors pas le pouvoir adjudicateur à ignorer purement et simplement les autres motifs d'exclusion de la procédure de passation. Il ressort du dossier que le pouvoir adjudicateur n'a en effet nullement envisagé la question d'une éventuelle exclusion du consortium intimé sous l'angle de l'art. 11 let. b ou c LMP, commettant ainsi un excès négatif de son pouvoir d'appréciation.

Sur le vu de tout ce qui précède, il y a lieu de retenir que le pouvoir adjudicateur a violé les principes de la transparence et de l'égalité de traitement – consacrés à l'art. 1 al. 1 let. a et al. 2 LMP – en n'examinant pas si le consortium intimé répondait aux conditions légales d'admission au marché alors qu'il avait expressément exigé dans l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres de chaque membre d'une communauté de soumissionnaires qu'il certifie et apporte la preuve du paiement de ses cotisations sociales.

4.4 Reste à examiner si une exclusion aurait nécessairement dû être prononcée et si celle-ci s'avère en l'occurrence conforme au principe de la proportionnalité. Il convient tout d'abord de relever qu'à supposer que le pouvoir adjudicateur eût d'emblée exclu l'offre du consortium intimé, nul n'y aurait vu une mesure excessive. De même, sans qu'il n'y ait lieu de déterminer son impact quant à l'aptitude économique et financière du consortium intimé à réaliser le marché, le défaut de paiement des cotisations sociales – soit *in casu* un montant total de plus de 21'000 francs (ce qui ne saurait être considéré comme dérisoire) – porte atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires (cf. supra consid. 3.4.2) ; le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur à renoncer à l'exclusion est donc restreint en l'espèce (cf. supra consid. 4.1). A. _____ Sàrl s'est en outre comportée dans la procédure de passation de manière déloyale

en certifiant, délibérément, au pouvoir adjudicateur avoir payé ses charges sociales et être en mesure de le prouver. La manière d'agir de cette société dénote ainsi un manque de probité dont on ne saurait minimiser la gravité. Enfin, dès lors que le législateur a retenu que le respect de certaines règles particulières consistait en une condition d'admission au marché, il y a lieu de faire preuve de cohérence et de sanctionner les écarts présentant une certaine gravité. Aussi, en application du principe de la proportionnalité, les manquements constatés en l'espèce doivent conduire à l'exclusion du consortium intimé de la procédure d'adjudication en application de l'art. 11 let. b et c LMP. Le fait que celui-là ait déposé la meilleure offre aux yeux du pouvoir adjudicateur ne joue aucun rôle dans l'appréciation de la qualification, respectivement l'admission, d'un soumissionnaire à participer à la procédure d'adjudication (cf. supra consid. 3.3).

Il s'ensuit que le consortium intimé devait (déjà) être exclu de la procédure de passation en application de l'art. 11 let. b et c LMP. Ceci étant, nul n'est besoin d'examiner plus avant les autres arguments soulevés par les recourantes contre l'attribution du marché litigieux à celui-là, en particulier ceux ayant trait à la faillite momentanée de A. _____ Sàrl et à l'aptitude économique et financière de consortium intimé.

En tant que c'est en violation de la LMP que le marché en cause a été adjugé au consortium intimé, il y a lieu d'annuler la décision d'adjudication prononcée le (...) novembre 2017 et publiée sur la plateforme Simap le (...) décembre 2017.

Bien fondés, les griefs des recourantes 1 et 2 doivent ainsi être admis.

5.

Contestant l'évaluation de leur offre et de celle de leurs concurrents, les recourantes 1 et 2 ont toutes deux conclu, à titre principal, à ce que le marché en cause leur soit attribué. Le pouvoir adjudicateur a indiqué dans ses écritures que, si l'exclusion du consortium intimé devait être prononcée, il y aurait lieu de constater que l'attribution des points aux critères C1, C2 et C3 a été réalisée correctement et objectivement. Il en découlerait alors que la recourante 2 remporterait le marché.

Les conclusions et griefs du consortium intimé n'ont quant à eux pas à être examinés plus avant en tant que l'offre de celui-ci a été écartée.

5.1 Dans la mesure où la recourante 1 est classée troisième, il convient d'examiner en premier lieu les griefs ayant trait à l'évaluation de son offre.

Celle-ci ne pourrait en effet obtenir le marché, à la suite de l'exclusion du consortium intimé, que dans la mesure où son offre parvient à se hisser au deuxième rang. Dans le cas contraire, le marché sera adjugé à la recourante 2, classée en deuxième position.

5.2 Ainsi, la recourante 1 s'en prend à l'évaluation de son offre en ce qui concerne les critères d'adjudication C2 et C3, pour lesquels elle a obtenu respectivement les notes 1 et 2 ; elle requiert à chaque fois la note de 4.

5.3 Selon l'appel d'offres, l'évaluation des critères d'adjudication autre que le critère du prix a lieu comme suit :

L'évaluation est toujours indiquée au moyen des notes 0 à 5 :

0 = Evaluation impossible ; aucune information

1 = Critère très mal rempli ; informations insuffisantes et incomplètes

2 = Critère mal rempli ; informations sans lien suffisant avec le projet

3 = Critère rempli de manière normale, moyenne ; qualité moyenne correspondant aux exigences de l'appel d'offres

4 = Critère bien rempli, de manière satisfaisante ; bonne qualité

5 = Critère très bien rempli de manière très satisfaisante ; excellente qualité, contribution très importante à la réalisation de l'objectif

5.4 Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande latitude de jugement pour apprécier et comparer les offres en lice lors de l'attribution d'un marché (cf. ATF 125 II 86, consid. 6 ; arrêt du TF 2C_197/2010 précité consid. 6.4). Le Tribunal administratif fédéral n'étant pas habilité à revoir l'opportunité de la décision (cf. art. 31 LMP), une correction des notes ou des points obtenus n'est envisageable qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (cf. arrêt du TAF B-5608/2017 du 5 avril 2018 consid. 6.4 et réf. cit.) ; il y a en tous les cas lieu de faire preuve d'une retenue particulière puisqu'une telle opération suppose le plus souvent des connaissances techniques et qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres soumises par les soumissionnaires (cf. POLTIER, op. cit., p. 269).

5.5 Concernant l'évaluation du critère C2, la recourante 1 conteste la note de 1 obtenue, réclamant une note de 4.

5.5.1 Le critère d'adjudication C2 « Qualité des équipements et de l'exécution », pondéré à concurrence de 40%, est décrit comme suit dans l'appel d'offres :

« Preuves pour ce critère :

Mémoire technique incluant :

- la description technique des solutions proposées, leur mise en œuvre et la méthodologie de déploiement.

- Les spécifications techniques de la solution matérielle.

- Les fiches techniques constructeurs et l'homologation des équipements.

Programme des travaux.

Référence pour un marché de complexité similaire.

Éléments de jugement :

Mémoire technique :

- Compréhension des enjeux et contraintes du projet.

- Adéquation et qualité des solutions techniques et des équipements proposés pour l'exécution des travaux.

- Respect des fiches de spécification matérielle.

- Conformité des équipements aux normes et fiches techniques OFROU.

- Fiabilité des équipements, disponibilité des installations (MTBF et MTTR).

- Méthodologie développée.

- Prises en compte des contraintes de mise en œuvre (installations sous exploitation sur une route nationale à grand débit, travaux de nuit, etc.).

- Identification des interfaces techniques et autres lots.

Programme des travaux :

- Respect des délais et optimisation du planning.

Référence pour un marché de complexité similaire :

- Pertinence et adéquation de la référence. »

« Pour toutes les preuves :

- Qualité et clarté des documents. »

5.5.2 S'agissant de l'évaluation du critère C2, le pouvoir adjudicateur indique que l'offre de la recourante 1 n'a pas été préparée avec soin et est lacunaire sur de très nombreux points. Se référant au tableau d'évaluation de son offre, il relève que celle-ci n'est pas complète, qu'il manque des informations sur la quasi-totalité des éléments de jugement annoncés dans l'appel d'offres en lien avec le « Mémoire technique ». L'adéquation de la solution technique n'est en outre pas démontrée. Bien que le cahier des charges de l'appel d'offres soit très détaillé sur les prestations à fournir, la recourante 1 s'est concentrée uniquement sur la partie « installation (...) », les parties d'installations réseaux et logiciels de gestion de la (...) étant très succinctement décrites sous le point « méthodologie développée ». Le référentiel à des méthodologies reconnues ou internes à l'entreprise décrivant d'une façon précise l'ensemble des phases de réalisation du projet (processus et explications) était attendu. De plus, il semblerait qu'une partie des documents fournis ait été extraite d'un autre appel d'offres de l'OFROU sans tenir compte des exigences spécifiques au présent projet. De même, la recourante 1 confond les termes de méthodologie et de stratégie de montage qui sont deux notions totalement différentes.

Concernant ensuite le « Programme des travaux », le pouvoir adjudicateur indique notamment que certaines tâches du planning de l'appel d'offres n'ont pas été prises en compte dans celui de la recourante 1. Par ailleurs, s'il est vrai que, lors de la séance de *debriefing* du 8 janvier 2018, il a été indiqué que le planning global du projet pouvait difficilement être optimisé en raison du grand nombre d'intervenants sur celui-ci, il n'en demeure pas moins qu'une optimisation du planning du lot (...) pouvait/devait être proposée, permettant ainsi de sécuriser l'exécution globale du projet mais surtout de réduire les coûts liés à la surveillance du chantier. La recourante 1 n'a en outre fourni aucune explication sur ce planning.

S'agissant enfin de la « Référence pour un marché de complexité similaire », le pouvoir adjudicateur indique que le document remis par la recourante 1 – sous le critère de qualification Q1.1 « Référence du soumissionnaire » du cahier d'offre – ne renseigne pas l'élément de jugement « pertinence et adéquation de la référence » ; c'est la raison pour laquelle il n'a pas été pris en compte. Afin d'assurer l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, la décision a été prise de ne pas demander la référence à produire sous le critère C2 après le dépôt de l'offre dès lors

que cela aurait permis à la recourante 1 d'obtenir un avantage en terme de temps.

5.6 La recourante 1 fait valoir en premier lieu que la notation de son offre est d'autant plus choquante et incompréhensible qu'elle s'est vu régulièrement attribuer – par l'OFROU lui-même – des notes oscillant entre 3 et 4 pour ces mêmes critères et ce, pour des marchés similaires pour lesquels elle avait déposé des offres en tous points comparables.

En l'occurrence, s'agissant du « Mémoire technique » annexé au cahier d'offre, elle relève de manière générale que celui-là détaille minutieusement, à l'aide de photographies et nombreux schémas, chacun des équipements proposés pour l'exécution de travaux. Concernant en particulier les éléments de jugement, elle indique, s'agissant de celui de la « compréhension des enjeux et contraintes du projet », qu'elle a confirmé avoir lu et accepté, par sa signature, le contenu du Cahier des charges techniques et documents principaux du projet. Il s'ensuit qu'elle avait compris les enjeux et contraintes du projet, sans quoi elle ne pouvait accepter le contenu de ce cahier qui décrit notamment les conditions de réalisation du projet, son envergure et ses contraintes. Au surplus, elle a notamment identifié deux contraintes techniques, à savoir (...). Pour l'élément de jugement de « l'adéquation et qualité des solutions techniques et des équipements proposés pour l'exécution des travaux », elle conteste que l'adéquation de la solution n'aurait pas été démontrée ; l'évaluation du pouvoir adjudicateur serait en effet contredite par la lecture du mémoire technique qui confirmerait et préciserait l'adéquation de chaque produit et solution technique. Concernant la « conformité des équipements aux normes et fiches techniques OFROU », elle relève que le pouvoir adjudicateur a indiqué que ce critère était respecté, tout comme celui du « respect des fiches de spécification matérielle ». Il manquerait toutefois sur ce dernier point la description technique du boîtier de raccordement et du switch dans l'armoire SCoT. Or, elle explique qu'afin de faciliter le montage et le remplacement des (...), la solution proposée dans son mémoire technique ne comprenait pas de boîtier de raccordement mais une solution de raccordement direct, laquelle serait en adéquation avec les exigences techniques du pouvoir adjudicateur. Pour ce qui est du switch dans l'armoire SCoT, la description technique serait précisée au ch. 1.5 de son mémoire. S'agissant ensuite de la « fiabilité des équipements, disponibilité des installations (MTBF et MTTR) », elle précise que les fournisseurs des (...) ne renseignent pas sur les chiffres MTBF et MTTR. C'est la raison pour laquelle elle n'a pas pu faire figurer ces informations dans son offre. Enfin, concernant la « méthodologie développée », elle

conteste que celle-ci ne soit pas documentée dans son offre ; l'appréciation du pouvoir adjudicateur serait contredite par la lecture des ch. 1.8 et 2 du mémoire technique, en tant que la méthodologie d'ajustement des (...) y est développée de façon circonstanciée. La recourante 1 indique avoir certes pris comme exemple d'application du mode opératoire proposé le cas d'un tunnel ; il va néanmoins de soi que celui-ci serait reporté et précisé en lien avec le lieu d'exécution du marché, étant précisé que le montage des (...) en espace trafic requiert également et nécessairement un recouvrement comparable à celui que forme un tunnel.

Concernant l'optimisation du planning, la recourante rétorque que seule une implication sur le projet et des connaissances plus étendues de l'avancée de celui-ci auraient permis la formulation de propositions d'optimisation. En outre, elle relève que, dès lors qu'il a sanctionné le programme des travaux fourni, – pourtant remis en une page A3 comme recommandé dans le projet du cahier d'offre – en raison de l'absence d'un document non requis dans l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur a procédé de manière contraire aux principes de la transparence et de la bonne foi et versé dans l'arbitraire dans l'évaluation du programme des travaux.

S'agissant de la « Référence pour un marché de complexité similaire », la recourante 1 fait valoir que le projet de référence comprend – à l'instar du marché litigieux – le renouvellement des installations de (...), de même que la mise en œuvre d'un système de (...) et ceci, en présence de contraintes de mise en œuvre similaires (travaux sous trafic et phasés). Ne contestant pas que la référence litigieuse n'ait pas été reproduite comme annexe à la page C2 du cahier d'offre, elle voit néanmoins dans la méthode d'évaluation de son offre un formalisme excessif confinant à l'arbitraire.

Sur le vu de tout ce qui précède, la recourante 1 soutient qu'en lui attribuant, pour le critère C2, la note de 1 « Critère très mal rempli ; informations insuffisantes et incomplètes », le pouvoir adjudicateur a procédé à une appréciation injustifiable et choquante, de sorte qu'elle doit être qualifiée d'arbitraire.

5.7 Concernant l'évaluation proprement dite du critère C2, il y a tout d'abord lieu de constater que les éléments de jugement du « Mémoire technique » ne ressortent pas de manière claire de celui-ci. Pour démontrer l'adéquation de la solution technique, la recourante 1 renvoie, dans ses écritures, à pas moins de dix paragraphes de son mémoire technique, ce qui prouve que la démonstration requise n'est pas exposée clairement

mais résulte du mémoire technique dans son ensemble. Il en va de même s'agissant de la compréhension des enjeux et des contraintes. Celle-ci ne ressort nullement du mémoire technique, ce que ne saurait par ailleurs contester la recourante 1, en tant qu'elle expose avoir compris les enjeux et contraintes du projet dès lors qu'elle a signé le cahier des charges techniques. Sur ce point, le pouvoir adjudicateur a relevé que le mémoire technique attendu a pour objectif de confirmer que le soumissionnaire a bien compris les enjeux du projet sur la base des documents d'appel d'offres. Il doit les décrire précisément de façon à ce que le pouvoir adjudicateur puisse les évaluer et avoir la garantie que le soumissionnaire dispose de toutes les compétences et moyens techniques nécessaires pour mener à bien la mission qui lui est confiée. La seule signature du cahier des charges ne permet donc pas, à raison, de valider ce critère. S'agissant des deux contraintes techniques que dit avoir identifiées la recourante 1, l'on peut relever, à titre comparatif, que la recourante 2, qui a obtenu la note de 2 au critère C2, en a, pour le moins, identifié quatre. Ensuite, la recourante ne conteste pas que la description technique du boîtier de raccordement fasse défaut dès lors qu'elle admet elle-même que la solution proposée dans son mémoire technique ne comprend pas de tel boîtier. Quant au switch dans l'armoire SCoT, celui-ci est décrit de manière très succincte au pt 1.5 du mémoire technique, si bien qu'il n'apparaît nullement insoutenable de considérer qu'une telle description ne suffise pas à satisfaire aux exigences requises. S'agissant de l'élément de jugement de la fiabilité des équipements et disponibilité des installations – pour lequel elle explique n'avoir pas indiqué de chiffres dès lors que les fournisseurs en question ne les renseignent pas – il ne saurait être reproché au pouvoir adjudicateur d'avoir constaté que « aucune information » n'a été donnée ; « ce point n'est pas documenté par le soumissionnaire », comme il ressort du tableau d'évaluation. Enfin, concernant la « méthodologie développée », la recourante a pris dans son offre, comme exemple d'application du mode opératoire proposé, le cas d'un tunnel et précise dans ses écritures qu'il va de soi que celui-là serait reporté et précisé en lien avec le lieu d'exécution du marché. Or, il y a lieu d'admettre avec le pouvoir adjudicateur que cette seule assertion prouve que l'offre n'est pas complète, celle-ci ne pouvant être complétée ultérieurement.

Ensuite, il ressort du tableau d'évaluation de l'offre de la recourante 1 que « le planning des travaux est fourni, il respecte les délais et les jalons selon le cahier des charges. Aucune réduction de la durée des travaux n'est proposée. La levée des réserves n'est pas décrite ». Le pouvoir adjudicateur a certes indiqué que le planning « global » du projet pouvait

difficilement être optimisé mais qu'une optimisation du planning « du lot (...) » pouvait/devait être proposée. La recourante ne conteste pas ne pas avoir fourni de propositions d'optimisation ; elle relève uniquement que la formulation de celles-ci nécessitait des informations dont elle ne disposait pas. L'appréciation susmentionnée du pouvoir adjudicateur n'a, dans ces circonstances, rien de choquant. Enfin, la recourante ne conteste pas non plus ne pas avoir fourni de fiche explicative de son programme des travaux. Même si un tel document n'était pas expressément requis, l'on ne saurait reprocher au pouvoir adjudicateur d'avoir déploré que le planning de celle-là ne soit pas commenté.

Finalement, il ressort du tableau d'évaluation précité, sous l'indication « Référence pour un marché de complexité similaire » : « Aucune information, ce point n'est pas documenté par le soumissionnaire ». La recourante a admis que dite référence figurait sous le critère de qualification Q1.1 du classeur d'offre. Dès lors, l'on ne saurait faire grief au pouvoir adjudicateur d'avoir constaté, au moment de l'évaluation du critère d'adjudication C2, que la référence requise faisait défaut. La critique de la recourante 1 relative à la qualité de la référence présentée est pour le reste purement appellatoire ; elle ne fait qu'opposer sa propre appréciation à celle retenue sans démontrer en quoi celle-ci ne serait pas soutenable.

Pour finir, il y a lieu de convenir avec le pouvoir adjudicateur, que les (bonnes) notes obtenues par la recourante 1 pour de précédentes offres ne jouent aucun rôle dans l'évaluation du présent dossier, chaque offre étant évaluée pour elle-même par un team d'évaluation propre.

5.8 Il s'ensuit que l'évaluation de l'offre de la recourante 1 concernant le critère C2, même si elle peut paraître sévère, n'est pas critiquable. Elle ne procède en aucun cas d'un excès ou d'un abus du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur. Le recours est dès lors mal fondé sur ce point et la note de 1 obtenue au critère C2 doit être confirmée.

Ceci étant, même si la recourante 1 obtenait, comme elle le requiert, pour le critère C3 la note de 4 et la recourante 2 la note de 3, ceci ne lui suffirait toujours pas pour se hisser devant la recourante 2 et se voir attribuer le marché. Partant, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant les griefs de la recourante 1 contre l'évaluation de son offre et celle de la recourante 2.

Le recours de la recourante 1 est ainsi mal fondé et doit être rejeté. Celui de la recourante 2 est en revanche bien fondé et doit être admis sans qu'il n'y ait lieu d'examiner plus avant les autres griefs soulevés par celle-ci.

6.

Aux termes de l'art. 32 al. 1 LMP, le Tribunal administratif fédéral statue ou renvoie l'affaire à l'adjudicateur avec des instructions impératives. En particulier, une attribution directe du marché par le tribunal est exclue lorsque des questions relevant de l'appréciation du pouvoir adjudicateur demeurent ouvertes (cf. arrêt du TAF B-8115/2015 du 6 octobre 2016 consid. 10 et réf. cit.). Sur le vu de ce qui précède, il apparaît que le classement, par le pouvoir adjudicateur, de la recourante 2 doit être confirmé. Celui-ci a en outre indiqué, dans le cadre de la procédure de recours, qu'en cas de révocation de l'adjudication, la recourante 2 remporterait le marché. Il s'ensuit qu'un renvoi de la cause au pouvoir adjudicateur conduirait à l'adjudication du marché à la prénommée, de sorte qu'il se justifie en l'espèce, pour des motifs d'économie de procédure, de statuer sur le fond et d'attribuer le marché litigieux directement à la recourante 2.

7.

En définitive, il y a lieu d'admettre que la décision d'adjudication prononcée par l'Office fédéral des routes le (...) novembre 2017, et publiée le (...) décembre 2017, procède d'une violation du droit sur les marchés publics et doit donc être annulée. Le marché (...), objet de la procédure, doit par conséquent être adjugé à la recourante 2.

8.

Le présent arrêt rend sans objet les requêtes des recourantes tendant à la consultation du dossier du consortium intimé. Il en va de même de la demande du consortium intimé tendant au retrait de l'effet suspensif accordé par décision incidente du 5 avril 2018. Il convient néanmoins de relever qu'il est particulièrement malvenu, voire même contraire à la bonne foi, de requérir le retrait de l'effet suspensif dans le cadre de la procédure au fond, lorsque, dûment invité à se déterminer préalablement sur ce point, on s'est abstenu de le faire.

9.

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie 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 et

art. 4 FITAF). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures déboutées (cf. art. 63 al. 2 PA).

En l'espèce, il n'est dès lors pas perçu de frais de procédure relatifs à la décision incidente du 5 avril 2018 accordant l'effet suspensif aux recours.

Les frais de procédure relatifs au présent arrêt doivent quant à eux être arrêtés à 10'000 francs et supportés, à raison de 7'500 francs, par le consortium intimé et, à raison de 2'500 francs, par la recourante 1, lesquels succombent. Le montant de 2'500 francs à la charge de la recourante 1 est imputé sur l'avance de frais de 5'000 francs prestée par celle-ci. Le solde de 2'500 francs lui sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

L'avance de frais de 5'000 francs versée par la recourante 2 lui sera également restituée dès l'entrée en force du présent arrêt.

10.

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

En l'occurrence, la recourante 2, qui obtient gain de cause à l'issue du présent arrêt (et de la décision incidente sur l'effet suspensif) et qui est représentée par un avocat, dûment légitimé par procuration, a droit à des dépens. L'intervention de celui-ci – qui n'a produit aucune note de frais et honoraires – a impliqué le dépôt d'un recours de 19 pages, d'un mémoire complémentaire de 13 pages, d'une réplique de 13 pages et d'observations finales de 2 pages. Au regard de l'ampleur et de la complexité de la présente affaire, il se justifie, compte tenu du barème précité, d'allouer à la recourante 2 une indemnité équitable de dépens de 10'000 francs et de mettre celle-ci à la charge du consortium intimé (cf. art. 64 al. 2 PA).

La recourante 1 obtient également gain de cause dans la mesure où elle a requis l'exclusion du consortium intimé. Dès lors qu'elle est représentée par un avocat, elle a droit à des dépens, lesquels doivent être mis à la charge du consortium intimé. Celui-ci, représenté par deux avocats, obtient de même gain de cause en tant qu'il a conclu au rejet du recours de la recourante 1. Il a donc également droit à des dépens, à mettre à la charge de la recourante 1. Dans ces circonstances, il se justifie de compenser les dépens que se doivent réciproquement la recourante 1 et le consortium intimé.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours du 18 janvier 2018 formé par X. _____ SA est rejeté.

2.

Le recours du 22 janvier 2018 formé par Y. _____ SA est admis.

3.

La décision d'adjudication prononcée par l'Office fédéral des routes le (...) novembre 2017, et publiée le (...) décembre 2017, en faveur du consortium Z. _____, composé de A. _____ Sàrl, B. _____ SA et C. _____ SA, est annulée.

4.

Le marché intitulé (...) est adjugé à Y. _____ SA.

5.

Les frais de procédure, d'un montant de 10'000 francs, sont répartis comme suit :

- 7'500 francs sont mis à la charge du consortium intimé. Ce montant devra être versé sur le compte du tribunal dans les 30 jours dès l'entrée en force du présent arrêt. Le bulletin de versement sera envoyé par courrier séparé.

- 2'500 francs sont mis à la charge de la recourante 1. Ils sont imputés sur l'avance de frais de 5'000 francs déjà perçue. Le solde de 2'500 francs sera restitué à la recourante 1 dès l'entrée en force du présent arrêt.

6.

L'avance de frais de 5'000 francs versée par la recourante 2 lui sera restituée dès l'entrée en force du présent arrêt.

7.

Une indemnité de 10'000 francs est allouée à Y. _____ SA à titre de dépens et mise à la charge du consortium intimé.

8.

Les dépens dus à la recourante 1 et au consortium intimé sont compensés.

9.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante 1 (acte judiciaire ; annexe : formulaire « adresse de paiement ») ;
- à la recourante 2 (acte judiciaire ; annexe : formulaire « adresse de paiement ») ;
- au consortium intimé (acte judiciaire) ;
- au pouvoir adjudicateur (n° de réf. SIMAP – ID du projet (...)) ; acte judiciaire).

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. 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 : 21 février 2019