



Cour II
B-4657/2009
{T 0/2}

Arrêt du 20 juillet 2010

Composition

Claude Morvant (président du collège), Vera Marantelli,
Marc Steiner, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

B-4657/2009

1. **X._____ SA et Y._____ SA,**
toutes les deux représentées par
Maître Nathanaëlle Petrig, avocate, Etude Piller & Morel,
recourantes 1,

B-4658/2009

2. **O._____ SA et P._____ SA,**
toutes les deux représentées par
Maître Olivier Rodondi, avocat,
Schmidt, Jatton & Associés,
recourantes 2,

contre

Office fédéral des routes Filiale d'Estavayer-le-Lac,
p.a. Office fédéral des routes OFROU, Mühlestrasse 2,
3063 Ittigen,
pouvoir adjudicateur.

Objet

Interruption de la procédure sur invitation et adjudication
de gré à gré : Travaux de réfection de joints de chaussée
sur la N9 Vennes-Villeneuve.

Faits :**A.**

Le 6 avril 2009, l'Office fédéral des routes OFROU (ci-après : le pouvoir adjudicateur) s'est adressé à huit entreprises en les informant qu'il allait procéder à une adjudication pour prestations de construction par la procédure sur invitation pour des travaux anticipés sur le tronçon autoroutier de la N9 entre Vennes et Villeneuve. Précisant que les travaux, planifiés de mi-juin à fin septembre 2009, comprenaient essentiellement des changements de joints de chaussée sur neuf ouvrages et que l'appel d'offres serait transmis le 4 mai 2009, avec un délai échéant au 25 mai 2009, il invita les entreprises en question à confirmer leur intérêt à participer à cette procédure jusqu'au 17 avril 2009.

Les documents d'appel d'offres ont été transmis le 7 mai 2009 aux entreprises qui s'étaient annoncées. Le lot n° 1 portait sur les ouvrages de Chandelard, Criblette, Rio d'Enfer, Crau-Coulet et Cornallaz. Le lot n° 2, sur les ouvrages de Chenaux, Veveyse, Clarens et Cabinet. Les conditions générales prévoyaient que les groupements ne pourraient contenir que deux entreprises au maximum et que ceux-ci pouvaient répondre à l'appel d'offres des deux lots. Une visite des lieux a été organisée le 15 mai 2009.

Dans le délai de clôture pour le dépôt des offres, fixé au 27 mai 2009 à 16h, deux offres ont été déposées. Il s'agissait de l'offre du consortium X._____ SA et Y._____ SA (ci-après : les recourantes 1) portant sur le lot n° 1, pour un montant de Fr. 7'892'894.-, et sur le lot n° 2, pour un montant de Fr. 5'292'694.95, soit un total de Fr. 13'185'588.95 toutes taxes comprises. La deuxième offre émanait du consortium O._____ SA et P._____ SA (ci-après : les recourantes 2) portant sur le lot n° 2, pour un montant de Fr. 4'781'895.20 toutes taxes comprises.

Par décisions séparées du 29 juin 2009, le pouvoir adjudicateur a fait savoir aux consortiums susmentionnés qu'il interrompait "la procédure d'appel d'offres sur invitation" en cours dès lors qu'il n'avait reçu aucune offre satisfaisante et que des conditions financières plus avantageuses pouvaient être attendues. Alléguant que les travaux devaient être entrepris sans délai pour des raisons de sécurité des usagers de la N9, le pouvoir adjudicateur a indiqué qu'il ne pouvait

plus répéter ladite procédure et qu'il était dès lors contraint de procéder à une adjudication de gré à gré. Il a ainsi informé les consortiums qu'il avait confié la réalisation de l'ensemble des travaux (lots n^{os} 1 et 2) à l'association des entreprises G._____ SA, H._____ SA et I._____ SA (ci-après : les adjudicataires) pour un montant de Fr. 9'409'014.- toutes taxes comprises, le lot n^o 2 représentant un montant de Fr. 3'543'459.-.

B.

Procédure B-4657/2009

B.a Par mémoire du 20 juillet 2009, mis à la poste le même jour, les recourantes 1 ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant, sous suite de dépens, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif au recours, à titre urgent ainsi qu'après avoir entendu les parties, à ce qu'interdiction soit faite au pouvoir adjudicateur de conclure le contrat avec les adjudicataires et d'exécuter les travaux litigieux jusqu'à droit connu sur le présent recours. A titre principal, les recourantes 1 ont conclu à l'annulation de la décision d'interruption de la procédure et d'adjudication de gré à gré attaquée ; partant, à ce que l'ordre soit donné au pouvoir adjudicateur d'évaluer l'offre des recourantes en vue de la notification d'une nouvelle décision d'adjudication du marché litigieux. A titre subsidiaire, elles ont conclu à ce que soit constatée l'illicéité de la décision d'exclusion attaquée.

A l'appui de leurs conclusions, les recourantes 1 invoquent la violation du droit fédéral. Elles soutiennent que les raisons invoquées par le pouvoir adjudicateur pour justifier l'interruption de la procédure sur invitation, soit l'expectative de conditions financières plus avantageuses, ne résultent pas d'une nouvelle et importante situation de marché mais du fait que celui-ci a allégé les conditions contractuelles en supprimant les dispositions en matière de pénalités contenues dans les conditions particulières du dossier d'appel d'offres. Elles allèguent en outre que le pouvoir adjudicateur n'a pas démontré que les conditions légales requises à l'adjudication de gré à gré étaient en l'espèce satisfaites. A titre de mesure d'instruction, les recourantes 1 ont requis que le pouvoir adjudicateur prenne position sur les questions ci-après :

a. Quelle est la durée de vie des joints objets du marché litigieux et quand ont-ils été mis en place ?

- b. Pourquoi le marché litigieux n'a pas été planifié plus tôt ?*
- c. Quelles ont été les grandes étapes de planification du marché litigieux ?*
- d. En juin 2009, quels ont été les contrats conclus entre l'OFROU et G._____ SA ?*
- e. De quels allègements contractuels et techniques a bénéficié le consortium adjudicataire ? (en différenciant les allègements qui ont été décidés en juin 2009 et, cas échéant, ceux qui ont été communiqués aux adjudicataires en juillet)*
- f. Pourquoi, en juin 2009, l'OFROU n'a-t-il pas demandé d'offres complémentaires aux recourantes et au soumissionnaire qui a déposé une offre pour le lot n° 2 ?*

C.

Procédure B-4658/2009

C.a Par écritures du 20 juillet 2009, mises à la poste le même jour, les recourantes 2 ont également recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant, sous suite de dépens, à ce que l'effet suspensif soit immédiatement accordé au recours et à ce que la décision rendue par le pouvoir adjudicateur le 29 juin 2009 soit annulée et le dossier renvoyé au pouvoir adjudicateur pour évaluation des offres rendues.

A l'appui de leurs conclusions, les recourantes 2 invoquent la violation du droit fédéral. Elles soutiennent que la procédure sur invitation choisie par le pouvoir adjudicateur est illégale et erronée dès lors que le marché litigieux est soumis à la loi fédérale sur les marchés publics. En outre, elles considèrent que les conditions requises d'une part, pour l'interruption de ladite procédure et, d'autre part, pour une adjudication de gré à gré ne sont pas réalisées. Elles invoquent de même une violation des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, ainsi qu'une violation du principe de transparence.

D.

Procédures B-4657/2009 et B-4658/2009

D.a Par ordonnances du 21 juillet 2009, le Tribunal administratif fédéral a enjoint au pouvoir adjudicateur, à titre de mesure superprovisionnelle (ch. 3 des dispositifs), de n'entreprendre aucune mesure d'exécution avant qu'il n'ait statué sur la requête d'effet suspensif et l'a invité d'une part, à se prononcer sur la seule question de l'effet suspensif jusqu'au 29 juillet 2009 et, d'autre part, à déposer

sa réponse au fond jusqu'au 10 août 2009 et à répondre, dans ce même délai, aux questions posées par les recourantes 1 dans leur mémoire de recours.

D.b Par courrier du 25 juillet 2009, anticipant sa réponse sur l'effet suspensif, le pouvoir adjudicateur s'est exprimé sur les raisons touchant à la sécurité routière qui l'avaient conduit à décider d'anticiper les travaux concernant la réfection des joints sur divers ouvrages du secteur A3 de la N9 entre Vennes et Villeneuve. Il invoqua l'état défectueux, parfois avancé, de nombreux joints et des risques que cela comportait pour la circulation. Relevant que le contrat avec les adjudicataires avait été conclu le 1^{er} juillet 2009, il rappela que la législation sur les routes nationales lui impose d'entretenir et d'exploiter les routes nationales de telle façon qu'un trafic sûr et fluide soit garanti. Invoquant les risques de dommages et intérêts qu'il encourrait selon la loi sur la responsabilité de la Confédération en cas d'accident consécutif à l'interruption des travaux, il informa le Tribunal administratif fédéral qu'il était dans l'impossibilité de donner suite à l'injonction qui lui avait été faite par ordonnances du 21 juillet 2009.

E.

Par décision incidente du 28 juillet 2009, le Tribunal administratif fédéral a procédé à la jonction des procédures B-4657/2009 et B-4658/2009 et invité les recourantes 1 et 2 à se déterminer sur le courrier du 25 juillet 2009 du pouvoir adjudicateur.

F.

Le 29 juillet 2009, le pouvoir adjudicateur a déposé sa réponse sur l'effet suspensif en concluant, sous suite de frais et dépens, à l'irrecevabilité du recours. Subsidiairement, il a conclu d'une part, au rejet des demandes d'effet suspensif et à ce qu'il soit statué sur lesdites demandes sans échange d'écritures complémentaire et sans délai et, d'autre part, au rejet des recours.

En substance, le pouvoir adjudicateur allègue que la loi fédérale sur les marchés publics ne trouve pas application en l'espèce dès lors que le marché litigieux tombe sous le champ d'application de la clause d'exception contenue à l'art. 3 al. 2 let. b de ladite loi. Il expose qu'au vu des informations dont il disposait sur les risques d'accidents liés à des joints défectueux et sur l'état de plusieurs de ces joints sur le tronçon objet du marché, il a dès le début considéré qu'il pouvait se prévaloir de l'art. 3 al. 2 de la loi sur les marchés publics. Il fait

également valoir qu'il avait estimé la valeur du marché public à Fr. 3'500'000.-, soit un montant nettement inférieur au seuil fixé pour l'application de la loi fédérale sur les marchés publics. Par ailleurs, il indique avoir interrompu la procédure sur invitation d'une part, en raison du faible nombre d'offres déposées, lequel ne lui permettait pas de comparer et d'adjuger le marché à l'offre la meilleure marché et, d'autre part, en raison des prix proposés nettement supérieurs à sa propre estimation du marché. Quant à l'adjudication du marché de gré à gré, il considère que l'urgence du marché était telle que cette procédure s'imposait.

G.

Par courriers du 30 juillet 2009, respectivement du 31 juillet 2009, les recourantes 1 et 2 se sont déterminées sur le courrier du pouvoir adjudicateur du 25 juillet 2009.

H.

Par décision incidente du 6 août 2009, le Tribunal de céans a rejeté les demandes d'octroi de l'effet suspensif.

I.

Invité à se prononcer sur les recours, le pouvoir adjudicateur a répondu le 7 août 2009 en indiquant qu'il reprenait tout ce qui avait déjà été exposé dans ses observations du 29 juillet 2009 et qu'il restait donc uniquement à répondre aux questions posées par les recourantes 1 dans leur recours. Il allègue ainsi que les joints ont été mis en place lors de la construction de l'autoroute et qu'aucune durée de vie n'avait été fixée à l'époque. Par conséquent, le seul moyen de connaître l'état d'un joint était d'effectuer régulièrement des inspections. Il ajoute qu'avec le recul et l'évolution des connaissances, il est néanmoins admis qu'un joint a une durée de vie de l'ordre de 25 ans (question a). Il rappelle ensuite qu'il n'est responsable de la construction, de l'entretien et de l'exploitation des routes nationales que depuis le début de l'année 2008 ; cette tâche étant dévolue auparavant aux cantons. Aussi, il allègue s'être lancé dès ce moment dans un inventaire systématique de l'état des routes nationales et s'être chargé de la planification de l'entretien. Ne pouvant s'appuyer que sur les informations transmises par les cantons au 1^{er} janvier 2008, il expose avoir donc contacté le canton de Vaud et qu'à cette occasion, seule l'urgence concernant le remplacement des joints du pont de la Chandeland avait été déclarée (question b). S'agissant des grandes étapes de la planification du marché litigieux, il mentionne

quatre incidents imputables à des joints défectueux survenus en 2008, respectivement en janvier et en novembre sur le tronçon entre Venne et Villeneuve ; une séance de coordination le 12 novembre 2008 suivie du mandat d'expertise de tous les joints de chaussée ayant été construits durant la même période que lesdits joints défectueux ; une séance de la direction de projet le 20 février 2009 relative à la présentation des inspections ; l'attribution, au début du mois de mars, des mandats d'ingénieurs pour l'établissement du projet d'intervention, du dossier d'appel d'offres et du projet d'exécution ; une séance du comité d'évaluation des offres le 20 avril 2009 pour valider le dossier d'appel d'offres ; l'envoi des documents d'appel d'offres à huit entreprises le 7 mai 2009 ; une visite des lieux le 15 mai 2009 ; la réception des offres le 27 mai 2009 ; une demande d'analyses de prix le 28 mai 2009 ; la réception des analyses de prix des entreprises pour les installations de chantier le 29 mai 2009 ; la demande aux entreprises adjudicatrices de déposer leur offre déjà calculée au début du mois de juin ; la réception de l'offre de celles-ci le 12 juin 2009 ; la décision à l'interne d'interrompre la procédure à la mi-juin ; une séance de clarification avec les entreprises adjudicatrices le 16 juin 2009 et enfin la communication du pouvoir adjudicateur aux recourantes 1 et 2 de sa décision d'interrompre la procédure et d'adjuger le mandat de gré à gré le 29 juin 2009 (question c). Le pouvoir adjudicateur poursuit en déclarant qu'un seul contrat a été conclu avec les adjudicatrices le 1^{er} juillet 2009 (question d). S'agissant des allègements contractuels et techniques dont ont bénéficié les adjudicatrices, le pouvoir adjudicateur indique que les bonus/malus ont été supprimés lors de la séance de clarification du 16 juin 2009 et qu'en outre, les adjudicatrices pouvaient s'associer sans restriction dès lors qu'il s'agissait d'une nouvelle procédure. Il relève encore qu'à la conclusion du contrat, le ch. 4.1 de celui-ci a également été modifié en ce sens que le montant de la responsabilité découlant des défauts de l'ouvrage s'élevait à 1 mio de francs au maximum conformément à la norme SIA 118 et qu'enfin, les adjudicatrices n'ont bénéficié d'aucun allègement technique (question e). Enfin, il expose que, dès le début de l'évaluation des offres, le niveau des prix des deux offres reçues avait démontré que les objectifs visés par la mise en concurrence n'avaient clairement pas été atteints et qu'une répétition de la procédure avec les mêmes participants aurait constitué un exercice inutile, dès lors que l'écart considérable entre les estimations et les offres reçues ne lui permettait pas de penser qu'il pouvait espérer une diminution importante des prix proposés. En outre, il précise qu'il s'est fixé des règles internes

n'autorisant pas les négociations portant uniquement sur les prix (question f).

J.

Invitées à répliquer, les recourantes 1 ont répondu le 10 novembre 2009. Elle font valoir que les conditions à l'application de la clause d'urgence ne sont pas satisfaites. Elles considèrent de surcroît que l'urgence dont se prévaut le pouvoir adjudicateur lui est personnellement imputable. Elles indiquent à ce propos que le pouvoir adjudicateur a admis, dans ses observations du 29 juillet 2009, avoir lancé le programme de réfection des joints à la suite des deux accidents survenus en janvier 2008 mais qu'il n'a toutefois demandé une expertise de l'état des joints que 10 mois après la survenance des deux accidents et lancé la procédure sur invitation qu'en avril 2009. Aussi, elles considèrent que la planification de la réfection des joints était nécessaire et possible dès janvier 2008. Elles soulignent encore que le pouvoir adjudicateur a indiqué dans sa réponse que la durée de vie moyenne d'un joint était de 25 ans et qu'il ressort du tableau qu'il a lui-même fourni, que les joints litigieux dataient pour la plupart de 1974. Quant à l'interruption de la procédure sur invitation et l'adjudication de gré à gré, les recourantes 1 soutiennent que si les adjudicataires ont pu présenter une offre à un prix plus compétitif, c'est uniquement en raison du fait que le pouvoir adjudicateur a procédé à des allègements contractuels et que les entreprises adjudicataires ont bénéficié de plus de temps pour établir leur offre et négocier avec les sous-traitants. S'agissant enfin des valeurs seuils, les recourantes 1 font valoir que le devis produit par le pouvoir adjudicateur consistait en un simple courriel, daté de surcroît du 24 juillet 2009, soit postérieur au lancement de la mise en concurrence et que l'évaluation du marché à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé est une évaluation sommaire, contenant des calculs succincts. Elles indiquent de surcroît que les travaux, même après suppression des pénalités, limitation de la garantie à 1 mio de francs, allègement des horaires d'ouverture des voies, etc., ont été adjugés à Fr. 8'774'436.- hors taxe, soit 2,5 fois plus que le devis présenté par le pouvoir adjudicateur. Aussi, elles font valoir que, même avec l'ensemble des allègements octroyés, le marché se situe à moins de 8,6% de la valeur seuil légale, de sorte que le pouvoir adjudicateur avait l'obligation de considérer que la valeur seuil était dépassée. En outre, elles exposent qu'en ajoutant au montant de l'adjudication, le "montant pour risques à propos des pénalités" – que toute évaluation prudente du soumissionnaire se doit d'inclure dans un tel calcul –,

ainsi que la garantie pour les défauts illimités, il ne fait aucun doute que le seuil est largement dépassé. Elles ajoutent encore que, dans ce genre d'ouvrage, il est courant que, durant les travaux, il y ait des "surprises" qui conduisent à un surplus de travail, à des modifications de commande, ainsi qu'à des surcoûts.

K.

Egalement invitées à répliquer, les recourantes 2 ont répondu le 11 novembre 2009, en précisant leurs conclusions attendu que le contrat conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire avait été exécuté. Aussi, elles concluent, sous suite de dépens, à l'admission du recours et à ce que le Tribunal de céans prononce, principalement, que la décision d'interruption de la procédure et la décision d'adjudication de gré à gré entreprises sont nulles, de nul effet, respectivement annulées ; subsidiairement, la décision d'interruption de la procédure et la décision d'adjudication de gré à gré entreprises violent le droit fédéral et sont donc illicites. A l'appui, elles soulignent en premier lieu que l'urgence dont se prévaut le pouvoir adjudicateur lui est personnellement imputable. Son manque de réaction à la suite des accidents de 2008, de même que le temps qu'il a pris pour mandater des experts en vue de procéder à l'évaluation des joints défectueux en sont la preuve. Elles relèvent en effet que la procédure a été lancée 14 mois après lesdits accidents. Exposant en second lieu que le dossier d'appel d'offres a été validé le 20 avril 2009, elles font valoir qu'il aurait donc pu faire l'objet d'une publication aux alentours du 24 avril 2009 et qu'en respectant le délai minimum réglementaire de 40 jours à partir de la publication dans la procédure ouverte, le délai de retour des offres pouvait être fixé aux environs du 3 juin 2009, soit 7 jours après le délai de dépôt effectivement prévu. Le contrat avec l'adjudicataire ayant été conclu le 1^{er} juillet 2009, elles considèrent que le pouvoir adjudicateur disposait dès lors d'environ un mois pour évaluer les offres rentrées, ce qui est un délai plus que confortable. S'agissant des valeurs seuils du marché, les recourantes 2 font remarquer que les estimations faites par les bureaux d'ingénieurs ne prennent pas en compte toute une série d'éléments, de contraintes et autres exigences contractuelles de nature à faire "grimper" substantiellement la valeur estimée. De plus, elles indiquent que les informations sommaires recueillies par le pouvoir adjudicateur sont contenues dans deux courriels datés des 24 et 28 juillet 2009, ce qui laisse donc penser que la valeur du marché a été évaluée après le lancement de la procédure. Elles ajoutent qu'en prenant en compte le montant offert par l'adjudicataire, soit

Fr. 8'774'436.- hors taxe, les incidences financières liées aux allègements contractuels relatifs aux pénalités importantes, à la réduction de la couverture d'assurance responsabilité civile et aux modifications des délais d'exécution et des contraintes de circulation lors du travail de nuit, la valeur seuil du marché est largement dépassée. Au surplus, elles indiquent qu'il convient aujourd'hui de prendre également en considération les plus-values que l'adjudicataire et ses consorts vont réclamer à titre de revendications financières "post-travaux".

L.

Invité à dupliquer, le pouvoir adjudicateur a répondu le 29 janvier 2010 en maintenant ses conclusions. Il expose en substance les délais internes qu'il a dû respecter dans la procédure sur invitation et conclut qu'il n'était, partant, pas en mesure de lancer une procédure ouverte, voire une procédure de gré à gré, afin d'atteindre son objectif, à savoir garantir la protection de l'intégrité corporelle et de la vie des usagers de la route. Dans l'hypothèse toutefois où le Tribunal administratif fédéral devait nonobstant entrer en matière sur le recours, le pouvoir adjudicateur conclut au rejet du recours. Il expose pour l'essentiel qu'eu égard au peu d'offres soumises et à leur prix élevé, il était en droit de croire à des distorsions de concurrence dont la disparition aurait permis de s'attendre à des offres plus avantageuses. Il relève à cet effet que le résultat des investigations qu'il a menées auprès des adjudicataires a apporté la preuve que son attente quant à des offres moins chères était justifiée. Il soutient qu'une concurrence efficace n'aurait pu être créée qu'avec de nouveaux participants mais que, faute de temps, il a fallu recourir au droit initial d'adjuger le marché de gré à gré. Il reconnaît enfin avoir renoncé aux malus et déclare qu'il n'y a pas eu d'allègement s'agissant des horaires et que la fermeture de la route n'était aucunement prévue au moment de la procédure d'adjudication ; elle est survenue au cours de la réalisation du projet. De plus, les recourantes auraient également profité de ce fait.

M.

Se fondant sur les pièces versées au dossier, le Tribunal de céans a, par mesure d'instruction du 15 avril 2010, invité le pouvoir adjudicateur à lui communiquer la raison pour laquelle, compte tenu de l'urgence dont il se prévalait, il avait attendu le 20 février 2009 pour prendre connaissance du rapport d'inspection des joints de chaussée objet de la procédure, alors qu'il ressort du dossier que ceux-ci ont tous été inspectés entre fin novembre et début décembre 2008 – à l'exception

de Chandelard qui avait déjà fait l'objet d'une visite des lieux les 7 mars et 1^{er} avril 2008. Il l'a également requis de le renseigner d'une part, sur la date à laquelle le projet d'intervention lui avait été livré et, d'autre part, sur les dates auxquelles les travaux, objet de la procédure, ont effectivement commencé et se sont effectivement achevés. Il l'a encore invité à lui faire savoir si le dossier d'appel d'offres avait été validé lors de la séance du comité d'évaluation des offres qui s'est tenue le 20 avril 2009 et, dans l'affirmative, la raison pour laquelle celui-ci n'a été envoyé aux entreprises concernées que le 7 mai 2009 ; dans la négative, la date à laquelle il a été effectivement validé. Enfin, il l'a requis de produire le contrat conclu avec les adjudicataires ainsi que la facture finale relative aux travaux, objet de la procédure.

N.

Le pouvoir adjudicateur a répondu par courrier du 17 mai 2010. S'agissant de la prise de connaissance, le 20 février 2009, du rapport d'inspection des joints de chaussée, le pouvoir adjudicateur expose en substance qu'il a fallu un certain temps entre l'inspection des joints de chaussée et la communication du rapport d'inspection afin de disposer de résultats exploitables. Il indique que le projet d'intervention lui a été livré le 17 juin 2009 et que les travaux ont commencé le 6 juillet 2009 pour s'achever le 30 octobre 2009. S'agissant de la validation du dossier d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur allègue que, le 20 avril 2009, l'équipe d'évaluation n'a libéré que la partie juridique de la procédure et qu'à cette date, l'envoi des documents d'appel d'offres aux entreprises intéressées n'était pas encore possible.

O.

Les recourantes 2 se sont prononcées sur la réponse du pouvoir adjudicateur par courrier du 7 juin 2010. Elles font notamment valoir que, dès lors que le projet d'intervention a été livré au pouvoir adjudicateur le 17 juin 2009, les soumissionnaires invitées ont rempli leur offre sur la base d'un projet d'intervention qui n'était pas définitif et, ce nonobstant, aucune possibilité ne leur a été accordée de revoir leur offre une fois le projet d'intervention définitif en mains du pouvoir adjudicateur contrairement aux adjudicataires qui ont pu réviser leur offre du 12 juin 2009.

P.

Par courrier du 8 juin 2010, les recourantes 1 se sont à leur tour prononcées sur la réponse du pouvoir adjudicateur. Elles relèvent

notamment qu'il ressort du contrat relatif au marché litigieux que celui-ci a été conclu sur la base de l'offre des adjudicataires du 12 juin 2009, soit avant la livraison du projet d'intervention définitif et que les adjudicataires ont pu réviser leur offre par courriel du 18 juin 2009. Elles font également valoir que le contrat a été conclu le 24 juin 2009, soit avant la décision formelle d'interruption de la procédure. Elles relèvent encore que les adjudicataires ont bénéficié de nombreux traitements de faveur et allègements qui expliquent largement le montant de leur offre et soutiennent que, dans ces circonstances, il ne fait pas de doute que la valeur initiale des travaux était soumise à la loi sur les marchés publics.

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

Droit :

1.

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

1.2 Le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour déterminer si c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas conformé à la LMP, en n'attribuant pas un marché selon les dispositions de la loi ou en ne choisissant pas la procédure qui se serait imposée. En effet, la question de savoir si, dans un cas concret, on a renoncé à l'une des procédures prévues par la loi (procédure ouverte ou sélective, voire de gré à gré, au sens de l'art. 13 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP, RS 172.056.11], sous certaines conditions) au profit d'une procédure sur invitation ou de gré à gré, au sens de l'art. 36 al. 2 OMP, ne peut échapper entièrement au contrôle par le juge. Sinon, le pouvoir adjudicateur aurait la faculté de se soustraire à ce contrôle par le seul biais du recours aux clauses d'exception prévues à l'art. 3 al. 2 LMP, ce qui aurait pour effet de vider de sa substance la protection juridique dans le domaine des marchés publics (décision incidente du Tribunal

administratif fédéral [TAF] B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 1.1 et les réf. cit.). Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour connaître du présent litige.

2.

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

2.1 La LMP ainsi que l'OMP ont été modifiées, avec effet au 1^{er} janvier 2010. L'art. 2 al. 1 let. f nouveau LMP est sans incidence sur la présente procédure. Quant à l'ordonnance, elle a été modifiée par la nouvelle du 18 novembre 2009 (RO 2009 6149). A teneur de l'art. 72b OMP, le nouveau droit s'applique : aux procédures d'adjudication publiées après l'entrée en vigueur de la modification du 18 novembre 2009 de la présente ordonnance (let. a) ; aux procédures d'adjudication qui ne sont pas publiées et pour lesquelles la première invitation à présenter une offre a lieu après l'entrée en vigueur de la modification du 18 novembre 2009 de la présente ordonnance (let. b). La présente procédure de recours ne tombant pas sous le coup de l'art. 72b OMP, il convient en l'espèce de se référer à l'ancien droit (RO 1996 518).

2.2 Dans ses observations responsives, le pouvoir adjudicateur conclut principalement à l'irrecevabilité des recours, attendu que les décisions attaquées ne sont pas susceptibles de recours dès lors qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'une procédure sur invitation contenue au chapitre 3 de l'OMP et que l'art. 39 OMP postule que les décisions prises conformément aux procédures d'adjudication prévues dans le présent chapitre ne sont pas sujettes à recours.

2.3 La LMP s'applique uniquement aux marchés publics visés par l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS 0.632.231.422), alors que les autres marchés de la Confédération sont réglés par l'OMP. Il ressort de la systématique de la LMP (section 5) qu'un recours devant le Tribunal administratif fédéral n'est recevable que s'il est dirigé contre une décision prise conformément aux procédures d'adjudication prévues dans la LMP (a contrario art. 2 al. 3 4^e phrase LMP, voir aussi art. 39 OMP ; ATAF 2008/61 consid. 3.1, 2008/48 consid. 2.1 ; décision de l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics [CRM] BRK 2001-009 du 11 octobre 2001, publiée in : Jurisprudence des autorités

administratives de la Confédération [JAAC] 66.4 consid. 1b et les réf. cit.).

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

2.4 Aux termes 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.

2.5 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). Il n'est en l'espèce pas non plus contesté que le marché en cause porte sur des travaux de construction, soit l'assainissement des joints de chaussée sur le tronçon Vennes-Villeneuve, et qu'un tel marché rentre dans cette catégorie.

2.6 Se fondant sur l'art. 3 al. 2 let. b LMP, le pouvoir adjudicateur allègue que le marché litigieux ne tombe pas sous le champ d'application de la LMP.

A teneur de l'art. 3 al. 2 let. b LMP, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'adjudger un marché selon les dispositions de la présente loi lorsque la protection de la santé et de la vie de personnes, d'animaux ou de plantes l'exige. L'art. 3 al. 2 LMP repose sur l'art. XXIII ch. 2 AMP, lequel prévoit que, *sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer, soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie quelconque d'instituer ou d'appliquer des mesures : nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou à la protection de la*

propriété intellectuelle ; ou se rapportant à des articles fabriqués ou des services fournis par des personnes handicapées, ou dans des institutions philanthropiques, ou dans les prisons.

Il ressort du message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay, Message 2 GATT) que le refus d'appliquer la loi doit être objectivement justifié et ne saurait créer une discrimination arbitraire ou infondée d'autres soumissionnaires (FF 1994 IV 995 ss, spéc. 1221). Dès lors, les exceptions, en vertu desquelles le pouvoir adjudicateur est fondé à adjuger un marché selon une procédure qui n'est pas assujettie à la LMP, doivent être limitées aux mesures nécessaires. Une mesure est nécessaire lorsqu'il n'existe aucune autre mesure moins restrictive apte à atteindre le but visé (JAAC 64.8 consid. 2aa). Les art. 3 al. 2 let. a et b LMP et XXIII ch. 2 AMP n'autorisent ainsi pas le pouvoir adjudicateur à exclure automatiquement un marché du champ d'application de la LMP pour les motifs qu'ils mentionnent. La non-application de la loi est à limiter aux cas exceptionnels pour lesquels la protection des bonnes moeurs, de l'ordre public, de la sécurité publique, de la santé et de la vie de personnes ou encore d'animaux ou de plantes ne peut pas être assurée autrement, ceci conformément au principe de proportionnalité (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, vol. I : Landesrecht, 2^e éd., Zurich-Bâle-Genève 2007, p. 70 ss).

2.6.1 En l'espèce, dans son courrier du 25 juillet 2009, le pouvoir adjudicateur expose qu'en janvier 2008, peu après que la construction et l'entretien des routes nationales aient passé sous la responsabilité de la Confédération, deux incidents imputables à des joints défectueux ont été enregistrés sur l'autoroute N1 dans la région d'Yverdon. Dans le premier cas, un morceau de métal arraché par un camion a été projeté sur la vitre avant du véhicule qui suivait. Dans l'autre cas, le passage sur un joint défectueux a entraîné l'éclatement d'un pneu. Il ajoute qu'après avoir constaté, en novembre 2008, que deux joints gravement endommagés menaçaient de se briser sur des ponts situés à Chexbres et à Bahyse, il a fait changer ces joints dans l'urgence pendant 4 semaines en novembre 2008. Ces événements l'ont conduit à faire procéder, au cours du dernier trimestre 2008, à une expertise de tous les joints des ponts construits entre le milieu des années septante et le début des années quatre-vingt. Le résultat de cette expertise a montré que, sur le tronçon entre Vennes et Villeneuve,

32 joints étaient endommagés à des degrés divers. 7 d'entre eux, en mauvais état, devaient être changés dans un délai de 3 à 6 mois (catégorie 4) ; 7, jugés dans un état défectueux avancé, devaient l'être dans un délai de 1 à 2 ans (catégorie 3-4) et 18, jugés dans un état défectueux, devaient être changés dans un délai de 3 à 5 ans (catégorie 2). Enfin, deux joints, dans un état alarmant, ont été remplacés immédiatement en 2008. En mars 2009, il a encore été informé que l'un des joints qualifiés de défectueux s'était entre-temps rompu. Dans sa réponse du 29 juillet 2009, le pouvoir adjudicateur allègue s'être appuyé sur la clause d'exception contenue à l'art. 3 al. 2 let. b LMP dans la mesure où les travaux concernés devaient impérativement être réalisés avant l'hiver 2009, qu'une procédure appliquée à la lettre aurait signifié un temps de préparation et de réalisation internes bien plus important, ce qui aurait à son tour réduit le délai de réalisation des travaux et qu'il fallait enfin tenir compte du fait que l'adjudication pouvait être attaquée et des éventuels retards liés à la procédure. Ce faisant, il a considéré qu'il n'y avait pas d'autre mesure moins radicale dans l'application de la loi que l'exception précitée. Il indique en outre avoir estimé, dans le cas présent, que les délais de préparation et de réalisation pour une adjudication de gré à gré seraient aussi longs que pour une procédure sur invitation et avoir donc décidé de permettre un minimum de concurrence en adressant une invitation à huit entreprises, en réduisant néanmoins le délai de dépôt des offres de 20 jours.

2.6.2 En faisant application de l'art. 3 al. 2 let. b LMP, le pouvoir adjudicateur a ainsi considéré qu'il ne pouvait pas assurer, dans les délais requis, autrement que par la mise en oeuvre d'une procédure non assujettie à la loi, la protection de la santé et de la vie des usagers de la N9. Dès lors, il s'agit d'examiner s'il était possible d'atteindre ces objectifs autrement, soit par l'application d'une procédure d'adjudication prévue par la loi, comme le soutiennent les recourantes 1 et 2, étant précisé que le soumissionnaire qui a accepté de s'engager dans une procédure qu'il considère, après coup, erronée peut alléguer, dans le cadre du recours contre l'adjudication, qu'il n'existe aucune exception au sens de l'art. 3 LMP (arrêt de l'ancienne CRM du 19 juillet 1999 publié in JAAC 64.8 consid. 1b/cc).

2.6.3 Il résulte de l'art. 19 OMP que l'adjudicateur fixe les délais de présentation des demandes de participation ou des offres de sorte que tous les soumissionnaires disposent de suffisamment de temps pour étudier les documents et rédiger leur demande de participation

ou leur offre (al. 1 1^{ère} phrase). Le délai minimum fixé par le pouvoir adjudicateur pour le dépôt des offres, en procédure ouverte, est de 40 jours à partir de la publication et, dans le cas de la procédure sélective, de 25 jours à partir de la publication pour présenter une demande de participation et de 40 jours à partir de l'invitation à présenter une offre (al. 3). L'adjudicateur peut écourter le délai imparti pour présenter une offre si les conditions prévues à l'art. XI ch. 3 AMP sont réunies. Ce délai sera, en règle générale, de 24 jours au minimum ; il ne devra en aucun cas être inférieur à dix jours (al. 4). L'art. XI ch. 3 AMP postule que les délais mentionnés au paragraphe 2 pourront être écourtés dans les circonstances suivantes : lorsque l'urgence dûment établie par l'entité rendra inobservables les délais en question, les délais spécifiés au paragraphe 2 pourront être écourtés mais ils ne seront en aucun cas inférieurs à 10 jours à compter de la parution de l'avis mentionné au paragraphe 1 de l'art. IX (let. c).

Dans sa duplique, le pouvoir adjudicateur allègue avoir pris connaissance de la liste d'inspection des joints de chaussée ayant fait l'objet d'une expertise le 20 février 2009, que l'offre relative à la planification du projet d'intervention a été faite le 24 février 2009 et qu'il a attribué les mandats d'ingénieurs pour ladite planification le 28 février 2009. Il poursuit en indiquant que l'élaboration des documents d'appel d'offres a débuté le 6 avril 2009, soit dès que les éléments déterminants du projet d'intervention ont été fixés quant à leur envergure et à la marche à suivre. Il allègue que le contenu du projet d'intervention a continuellement été intégré aux documents d'appel d'offres qui ont pu être finalisés et expédiés le 7 mai 2009, que les offres ont été reçues le 27 mai 2009 et que l'adjudication était prévue pour le 8 juin 2009. Le pouvoir adjudicateur relève que, dès lors que les travaux devaient être achevés avant novembre 2009, ils devaient par conséquent débiter le 15 juin 2009. Il expose ensuite que l'invitation envoyée le 6 avril 2009 à huit soumissionnaires potentielles n'était pas le point de départ de la procédure, contrairement à ce qu'a considéré le Tribunal de céans dans sa décision incidente du 6 août 2009, mais bien une déclaration du pouvoir adjudicateur annonçant son intention d'engager une procédure sur invitation. Aussi, il relève que le délai entre l'invitation à soumissionner et le dépôt des offres était de 20 jours, soit du 7 au 27 mai et non de 51 jours comme l'a retenu le Tribunal administratif fédéral dans dite décision. Le pouvoir adjudicateur estime par conséquent qu'un délai de 20 jours était un minimum encore acceptable pour lui permettre de recevoir des offres correctes ou pour permettre aux soumissionnaires de remettre une

offre convaincante et qu'il n'était donc pas en mesure de lancer une procédure ouverte, voire une procédure de gré à gré conformément à l'OMP afin d'atteindre son objectif, à savoir garantir la protection de l'intégrité corporelle et de la vie des usagers de la route. Il relève en effet que, même avec des délais raccourcis, le marché n'aurait pas pu être adjugé selon une procédure ouverte avant la date butoir du début des travaux, fixée au 15 juin 2009, compte tenu du fait que 7 jours supplémentaires auraient encore été nécessaires pour conclure le contrat et préparer les travaux de l'entreprise et qu'il aurait également fallu respecter le délai de recours de 20 jours. Quant à une adjudication de gré à gré selon l'art. 13 al. 1 let. d OMP, il indique qu'il en serait allé de même, à la différence qu'il lui aurait fallu trois jours de moins, ce qui représente le temps nécessaire à la saisie dans simap ; les délais pour l'élaboration des documents d'appel d'offres et pour le dépôt des offres restant les mêmes. Le pouvoir adjudicateur déclare avoir pris connaissance pour la première fois de l'état des joints de chaussée en question le 20 février 2009 et que c'est la combinaison des accidents de janvier 2008 et des deux incidents sur la N9 à l'automne 2008 qui ont déclenché cette inspection générale. Il relève à ce propos que, pris individuellement, de tels événements peuvent en soi être considérés comme isolés et ne suffisent pas à envisager de soumettre un tiers du réseau suisse des routes nationales à un examen relatif au même danger. Il ajoute encore que, lorsqu'il a repris aux cantons la propriété du réseau des routes nationales, il pouvait en toute bonne foi partir du principe que l'état de ces routes, ponts et tunnels "était dans les règles de l'art" dans la mesure où il n'y avait pas d'indication contraire de la part des cantons. Il considère donc qu'il n'avait pas de raison de s'inquiéter à l'automne et pouvait estimer que l'incident d'Yverdon était un cas isolé. Ce sont les événements similaires survenus, pour la même raison, à deux endroits différents sur un autre tronçon d'autoroute qui l'ont amené à initier lesdites inspections.

En réponse à la mesure d'instruction du 15 avril 2010, le pouvoir adjudicateur a indiqué, s'agissant de sa prise de connaissance le 20 février 2009 seulement du rapport d'inspection des joints de chaussée, qu'afin de disposer de résultats exploitables, ce travail a été distribué à cinq bureaux d'ingénieurs, lesquels ont livré leurs résultats en décembre 2008. Le bureau V. _____ SA a, dans un premier temps, récolté toutes ces données à l'état brut puis, dans un deuxième temps, les a comparées et mises dans une forme générale pour une meilleure orientation. Il invoque encore une troisième étape qui a

consisté à valider et interpréter les données. Enfin, les résultats lui ont été soumis après discussion et vérification de la synthèse élaborée avec les bureaux d'ingénieurs. S'agissant de la validation du dossier d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur allègue que, le 20 avril 2009, l'équipe d'évaluation n'a libéré que la partie juridique de la procédure, la partie technique, qui n'était à ce stade pas encore terminée mais seulement en phase d'établissement, n'étant pas de la compétence de l'équipe d'évaluation mais de mandataires spécialisés. Aussi, le pouvoir adjudicateur soutient que, le 20 avril 2009, l'envoi des documents aux entreprises intéressées n'était pas encore possible.

2.6.4 Comme le relèvent les recourantes 2 dans leur courrier du 7 juin 2010, il ressort du dossier que, lors de la séance de coordination du 12 novembre 2008, le bureau d'ingénieurs V._____ SA a été mandaté pour former et assurer la coordination d'une équipe d'experts. Celui-ci a été chargé, à cet effet, de procéder à des inspections spécifiquement axées sur les joints de chaussée et les appuis de culée des ponts et des "PI", pour en déceler les éventuelles faiblesses et anticiper tout nouvel incident. Il ressort du procès-verbal de dite séance de coordination que la priorité devait être portée sur l'expertise des ouvrages de l'A9 situés entre Lausanne et Villeneuve et que le vœu exprimé par le pouvoir adjudicateur était de parvenir à effectuer ces expertises avant la pause de Noël. Des rapports succincts devaient suffire dans le cas de joints nécessitant une intervention urgente ; l'audit des experts devait servir à étayer les conclusions de l'expertise. Il en ressort également que les documents concernant le tronçon Lausanne-Villeneuve devaient idéalement être transmis au pouvoir adjudicateur pour le 12 décembre 2008. Il résulte du dossier que les joints de chaussée, objet de la procédure, ont tous été inspectés entre fin novembre et début décembre 2008 – à l'exception de Chandelard qui a fait l'objet d'une visite des lieux les 7 mars et 1^{er} avril 2008.

Sur le vu de ce qui précède, il n'est pas aisé de juger si le pouvoir adjudicateur était en mesure ou non d'envoyer les documents d'appel d'offres avant le 7 mai 2009. Quoi qu'il en soit, considérant que celui-ci ait, comme il le soutient, expédié lesdits documents aux trois entreprises intéressées au plus tôt, il n'en demeure pas moins qu'il lui était possible de lancer une procédure ouverte avec des délais réduits. Au préalable, il y a lieu d'observer que le dossier d'appel d'offres constitué par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure sur invitation paraît complet. Il comprend notamment tous les éléments

nécessaires à la pondération des offres. Une adjudication du marché selon les règles d'une procédure soumise à la loi n'aurait dès lors pas nécessité un temps de préparation et de réalisation internes plus important. Aussi, considérant que le dossier d'appel d'offres, en procédure ouverte, pouvait être envoyé aux trois entreprises intéressées le 7 mai 2009, l'appel d'offres pouvait également être transmis, ce même jour, à simap. La publication de l'appel d'offres aurait ainsi pu intervenir le 11 mai 2009. Le pouvoir adjudicateur expose que, le délai de 20 jours dont disposaient les soumissionnaires entre l'invitation à soumissionner et le dépôt des offres constituait un minimum encore acceptable pour lui permettre de recevoir des offres correctes ou pour permettre aux soumissionnaires de remettre une offre convaincante. Or, le Conseil fédéral a considéré qu'un délai de dix jours était un délai encore suffisant pour permettre aux soumissionnaires d'étudier les documents et rédiger leur demande de participation ou leur offre lorsque l'urgence, dûment établie par l'entité, rendrait inobservables les délais en question (cf. art. 19 al. 4 OMP en lien avec art. XI ch. 3 AMP). Or, c'est justement parce qu'il a estimé que la protection de la santé et de la vie des usagers de la N9 nécessitait d'agir dans l'urgence que le pouvoir adjudicateur, fondé sur la clause d'exception de l'art. 3 al. 2 let. b LMP, a adjugé le marché litigieux selon une procédure non assujettie à la LMP. Force est donc de constater qu'en l'espèce, le délai de remise des offres pouvait être fixé au 21 mai 2009. Considérant le délai de 12 jours, prévu initialement par le pouvoir adjudicateur dans ses documents d'appel d'offres, entre la réception des offres et l'adjudication du marché, celui-ci aurait ainsi pu être adjugé le 2 juin 2009 et l'envoi de la publication à simap intervenir le 5 juin 2009. Le délai de recours de 20 jours (art. 30 LMP) arrivant à échéance le 23 juin 2009, les travaux auraient donc pu débuter aux alentours du 30 juin 2009, compte tenu toujours du délai fixé initialement par le pouvoir adjudicateur entre l'adjudication et le commencement des travaux. Le pouvoir adjudicateur fait valoir dans sa duplique que les travaux devaient débuter le 15 juin 2009, de sorte que le chantier puisse être achevé avant novembre 2009. Cependant, il ressort de sa réponse à la mesure d'instruction que les travaux ont en réalité débuté le 6 juillet 2009 pour s'achever le 30 octobre 2009, ce qui démontre qu'en commençant les travaux le 30 juin 2009, ceux-ci pouvaient être terminés avant la pause hivernale. Au demeurant, comme le relèvent les recourantes 1 et 2, le pouvoir adjudicateur, dans son courrier du 25 juillet 2009, a indiqué que deux joints gravement endommagés sur des ponts situés à Chexbres et à Bahyse avaient été changés dans

l'urgence pendant 4 semaines en novembre 2008, ce qui montre également que le délai prévu pour les travaux aurait au besoin pu être prolongé.

Il ressort de ce qui précède que le pouvoir adjudicateur disposait de suffisamment de temps pour lancer une procédure ouverte avec des délais raccourcis. Aussi, il y a lieu de retenir que, dès lors qu'il pouvait assurer la protection de la santé et de la vie des usagers de la N9 en faisant application de l'art. 19 al. 4 OMP, le pouvoir adjudicateur n'était donc pas fondé à écarter le marché public, objet de la procédure, de l'application de la loi en vertu de l'art. 3 al. 2 let. b LMP ; une telle mesure s'avérant contraire au principe de proportionnalité ancré à l'art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst., RS 101) (voir consid. 2.6).

Au reste, compte tenu de ce qui a été exposé ci-dessus s'agissant des délais et, au vu de l'urgence dont il se prévalait, le pouvoir adjudicateur aurait pu envisager une adjudication de gré à gré fondée sur l'art. 13 al. 1 let. d OMP, sous réserve que les conditions d'application de cette disposition soient réunies, question qui, en l'espèce, peut rester ouverte.

2.7 Il reste à examiner la question de l'application de la loi en raison des seuils prévus à l'art. 6 al. 1 LMP et dans l'ordonnance du DFE du 27 novembre 2008 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour l'année 2009, en vigueur au moment où la décision attaquée a été prise (RO 2008 5955). Selon l'art. 1 let. c de l'ordonnance précitée, la valeur seuil pour les ouvrages se monte à Fr. 9'575'000.- hors taxe. La LMP n'est donc applicable que si la valeur estimée du marché public à adjuger atteint le seuil de Fr. 9'575'000.- hors taxe.

2.7.1 Les recourantes 1 et 2 font valoir que le marché litigieux dépasse largement le seuil requis et que la LMP était donc applicable sous cet angle également. Les recourantes 2 exposent en substance que le pouvoir adjudicateur a procédé à une évaluation irréaliste de la valeur du marché eu égard aux travaux à entreprendre, que le principe de la prudence commandait de tenir compte que, selon l'expérience, des travaux complémentaires provoquent fréquemment des surcoûts qui auraient aussi dû être pris en compte pour évaluer la prestation mise en soumission et que le pouvoir adjudicateur ne pouvait ainsi ni imaginer ni même envisager que le seuil déclencheur ne serait pas

atteint ou proche de l'être. Se référant au montant des travaux confiés finalement aux adjudicataires, soit Fr. 9'409'014.- toutes taxes comprises, elles reprochent au pouvoir adjudicateur d'avoir joué avec l'ampleur du marché au moment du choix de la procédure et d'avoir ainsi contrevenu aux buts poursuivis par la législation sur les marchés publics. Elles disent constater également que les adjudicataires ont bénéficié d'un allègement contractuel substantiel dans le sens de la suppression des pénalités de Fr. 20'000.- par jour calendaire de retard et des sanctions financières de Fr. 10'000.- pour chaque cas de non respect des horaires prévus au ch. 5.7, respectivement 5.9 des conditions particulières du document d'appel d'offres. Elles considèrent que ces pénalités à intégrer dans l'offre, estimées à 1,5 mio de francs par les recourantes 1 et au minimum à 1 mio de francs par les recourantes 2, doivent également être prises en compte pour le calcul du seuil, lequel serait ainsi clairement dépassé.

Dans sa réponse du 29 juillet 2009, le pouvoir adjudicateur expose que la valeur estimée du marché public était de Fr. 3'500'000.- hors taxe, soit un montant nettement inférieur au seuil requis pour l'application de la LMP et, soutenant que la question du champ d'application de la loi ne dépend pas du montant des offres reçues mais de la valeur du marché estimé par le pouvoir adjudicateur, il fait valoir que la valeur estimée était réaliste, tout en admettant que, rétrospectivement, il n'est pas impossible qu'il se soit montré un peu optimiste dans son évaluation initiale. Enfin, le pouvoir adjudicateur ne conteste pas que le consortium adjudicataire n'ait pas été menacé des pénalités que prévoyaient les conditions particulières du document d'appel d'offres. Il relève toutefois que, du fait de l'interruption de la procédure sur invitation et du passage à une procédure de gré à gré, il n'était plus lié par les conditions qui prévalaient dans la procédure précédente. Au reste, le pouvoir adjudicateur soutient que les recourantes se trompent lorsqu'elles allèguent qu'il aurait fallu ajouter un montant de 1 à 1,5 mio de francs à l'offre des adjudicataires en raison des pénalités.

2.7.2 Comme le relève à juste titre le pouvoir adjudicateur, l'estimation préalable qu'il fait de la valeur du marché est l'élément déterminant pour apprécier si le seuil fixé par la loi et l'ordonnance est atteint (B-3311/2009 précité consid. 3.5 et les réf. cit.). La valeur du marché qui ressort de la décision d'adjudication n'est pas déterminante (ATAF 2009/18 consid. 2.4). Lorsqu'un adjudicateur adjuge plusieurs marchés

de construction pour la réalisation d'un ouvrage, leur valeur totale est déterminante (art. 7 al. 2 1^{ère} phrase LMP).

2.7.3 Selon la doctrine, la pratique enseigne combien le franchissement des seuils est une question épineuse dès lors qu'il est difficile de savoir à l'avance quel sera exactement l'ampleur finale du marché considéré. Le pouvoir adjudicateur est en droit de se tromper, aussi longtemps qu'il est de bonne foi. Il ne l'est certainement pas s'il sait à l'avance que la prestation adjugée ne suffira pas pour réaliser le projet escompté mais qu'il s'y tient afin de rester en dessous des seuils. Aussi, cet auteur suggère au praticien de ne pas "jouer" avec l'ampleur du marché (JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY in Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, vol. 17, Fribourg 2002, p. 81 ss). Selon une opinion semblable exprimée en doctrine, le pouvoir adjudicateur ne doit pas calculer trop étroitement la valeur du marché et devrait plutôt se référer à la marge supérieure de l'estimation (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., p. 81 n° 183 avec réf. à la jurisprudence cantonale). Dans le même sens, le Tribunal administratif du canton de Zurich a considéré que le choix de la procédure à retenir devait se déterminer en fonction de la marge supérieure de l'estimation. Dans l'affaire à juger, les offres variaient entre Fr. 89'247.40 et Fr. 168'513.50 de sorte qu'il fallait en tous les cas estimer le marché à plus de Fr. 100'000.- et le tribunal a jugé que le pouvoir adjudicateur aurait été retenu de choisir une procédure sur invitation (arrêt VB 1999.00125 du 3 novembre 1999 publié en extrait in Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts [RB] 1999 n° 65 consid. 2b). Les principes ci-dessus paraissent raisonnables et il serait pour le moins hardi pour un pouvoir adjudicateur de se risquer à n'estimer la valeur du marché que par le bas pour se soustraire à l'application de la loi.

2.7.4 En l'espèce, pour estimer la valeur du marché, le pouvoir adjudicateur a fait appel à trois bureaux d'ingénieurs. Le premier a établi un devis pour les travaux à accomplir sur les ouvrages Cornallaz, Chenaux et Rio d'Enfer, le deuxième, pour les ouvrages Criblette, Veveyse, Crau-Coulet, Clarens et Cabinet et le troisième, pour l'ouvrage Chandelard. Il ressort du projet d'intervention que les divers montants articulés dans ces devis totalisaient ensemble Fr. 3'460'400.- hors taxes. Compte tenu du fait que ce montant représente 36,1% de la valeur seuil de Fr. 9'575'000.-, on ne peut faire grief au pouvoir adjudicateur d'avoir voulu "jouer" avec le franchissement des seuils, ce d'autant qu'il estimait pouvoir se

prévaloir de l'exception prévue l'art. 3 al. 2 let. b LMP.

L'examen des offres déposées dans la procédure sur invitation fait toutefois apparaître des différences très importantes avec le montant estimé par le pouvoir adjudicateur. A elle seule, l'offre des recourantes 2, portant uniquement sur le lot n° 2, dépasse déjà de plus de Fr. 1'400'000.- le montant estimé pour l'ensemble des travaux. L'offre des recourantes 1 de Fr. 11'779'543.- hors taxe, portant sur les lots n°s 1 et 2, est supérieure au triple du montant estimé ; elle est également supérieure de 21% à la valeur seuil de Fr. 9'575'000.- pour les ouvrages de construction. Il convient ici de préciser qu'il n'est, en l'espèce, pas tenu compte du montant adjudgé de gré à gré dès lors que celui-ci repose, comme le relève à juste titre le pouvoir adjudicateur, sur des conditions d'appel d'offres différentes de celles émises dans le cadre de la procédure sur invitation et sur lesquelles le pouvoir adjudicateur s'est fondé pour estimer la valeur du marché. Aussi, la question, soulevée par les recourantes 1 et 2, des allègements contractuels accordés au consortium adjudicataire dans le cadre de la procédure de gré à gré est sans pertinence pour l'examen de l'estimation de la valeur du marché à laquelle s'est livré le pouvoir adjudicateur et qui l'a conduit à opter pour une procédure sur invitation. En revanche, il est loisible de tenir compte de l'offre communiquée par les adjudicataires postérieurement au terme fixé pour le dépôt des offres, à la demande expresse du pouvoir adjudicateur, et calculée sur la base des mêmes conditions d'appel d'offres que les offres soumises par les recourantes 1 et 2. Il s'avère ainsi que l'offre calculée par les adjudicataires de Fr. 8'867'463.25 hors taxe est deux fois et demie plus élevée que le montant estimé ; elle n'est en outre inférieure que de 7,4% à la valeur seuil. Comme relevé ci-dessus, le montant estimé par le pouvoir adjudicateur est déterminant pour apprécier si les seuils prévus par la loi sont atteints. C'est donc à lui de déterminer, sous cet angle, si le marché qu'il entend mettre au concours est soumis à la loi. Cette compétence a pour corollaire que l'estimation à laquelle il se livre doit être faite avec sérieux et prudence. Il est certes possible qu'un adjudicateur puisse se tromper de bonne foi. Mais, compte tenu des objectifs poursuivis par la loi, on ne saurait admettre que le bien-fondé d'une estimation ne puisse pas être soumis au contrôle du juge. Or, comme le font remarquer les recourantes 2, le montant estimé en l'espèce est très éloigné de la réalité. Le pouvoir adjudicateur ne peut donc pas sans autre se prévaloir de sa propre estimation pour persister à soutenir que le seuil de l'art. 6 LMP ne serait pas atteint. Même s'il s'est fondé

de bonne foi sur les devis soumis par les bureaux d'ingénieurs, il n'en reste pas moins que le principe de la bonne foi ne peut être utilisé pour vider la loi de sa substance et réaliser des objectifs que le législateur n'a pas voulu atteindre (ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, vol. 1, Neuchâtel 1984, p. 389). Au regard des offres déposées, il y a lieu de considérer qu'une estimation réaliste devait conduire à conclure que le marché, objet de la procédure, se situait dans une tranche très proche ou dépassant le seuil prévu à l'art. 6 LMP. Force est donc de constater que la valeur des travaux de construction en cause a été sous-estimée par le pouvoir adjudicateur.

De surcroît, comme l'ont relevé les recourantes 1 dans leur réplique, les devis sur lesquels s'est fondé le pouvoir adjudicateur pour estimer la valeur du marché concernant les ouvrages Rio d'Enfer, Cornallaz et Chenaux mentionnaient tous trois qu'attendu qu'il s'agissait d'une mesure d'urgence, les coûts des travaux étaient difficilement estimables et la précision de l'estimation était plus importante que les habituels +/- 20% ; ils indiquaient également qu'ils ne comprenaient pas non plus les honoraires. Les devis relatifs à ces trois ouvrages ont par ailleurs été rehaussés dans un courrier électronique du 24 juillet 2009 du bureau d'ingénieurs ayant procédé à leur expertise. Une fois modifiés, les montants contenus dans ces devis totalisaient ensemble Fr. 3'504'784.-. En outre, dans un courriel du 3 juin 2009, le bureau d'ingénieurs ayant expertisé les ouvrages Criblette, Crau-Coulet, Veveyse, Clarens et Cabinet laisse entendre que leurs devis étaient sous-estimés : *"même en admettant que nos devis étaient sous-estimés en ce qui concerne les installations de chantier, les dépassements sont énormes"*. Au surplus, il résulte d'un courriel daté du 14 juin 2009 provenant de cette même société que leurs ingénieurs ont "entre temps" réajusté leurs devis en fonction de la situation réelle actuelle. A titre d'exemple, ils déclarent avoir admis une majoration des prix indicatifs de 30% et avoir également admis que le poste "installations de chantier" représentait 40% du montant des travaux. En particulier, il ressort du dossier que le poste "installations de chantier" a été largement sous-estimé par l'ensemble des bureaux d'ingénieurs. A titre d'exemple, l'installation de chantier pour l'ouvrage Clarens a été devisé à Fr. 6'000.- alors que les recourantes 1 l'avaient estimé à Fr. 412'740.-, les recourantes 2 à Fr. 283'730.- et les adjudicataires à Fr. 188'330.-.

Il résulte de ce qui précède que les devis sur lesquels s'est fondé le

pouvoir adjudicateur pour estimer la valeur du marché public en cause comportaient d'importants manquements, lesquels ne pouvaient échapper à la diligence du pouvoir adjudicateur, en sa qualité d'office fédéral des routes. Par conséquent, il y a lieu de retenir qu'en l'occurrence, le pouvoir adjudicateur n'a pas fait preuve de la prudence et du soin requis dans l'estimation de la valeur du marché, objet de la procédure. Selon la doctrine, l'estimation du marché public par le pouvoir adjudicateur ne peut être remise en question par les seules offres reçues dont les montants en seraient bien supérieurs ou inférieurs, aussi longtemps que dite estimation du marché a été menée avec soin (MARTIN BEYELER in Baurecht/Droit de la Construction, 4/2009, p. 175). Sur le vu de ce qui précède, on ne saurait, en l'espèce, se fonder sur l'estimation du pouvoir adjudicateur pour écarter le marché public en cause de l'application de la LMP.

2.7.5 Dès lors que le pouvoir adjudicateur n'était pas fondé à se prévaloir de l'exception sise à l'art. 3 al. 2 let. b LMP pour écarter le marché public en question de l'application de la loi et qu'une estimation réaliste et soigneuse devait conduire à conclure que le marché litigieux se situait dans une tranche très proche ou excédant le seuil de Fr. 9'575'000.-, le Tribunal administratif fédéral retient que ledit marché aurait dû faire l'objet d'une procédure assujettie à la LMP (voir consid. 2.3). La LMP s'applique également lorsque l'autorité adjudicatrice ne s'y conforme pas, en n'attribuant pas un marché selon les dispositions de la loi, contrairement à ses devoirs, ou en ne choisissant pas la procédure qui se serait imposée (arrêt de l'ancienne CRM du 19 juillet 1999 publié in JAAC 64.8 consid. 1b/bb ; ATAF 2008/61 consid. 1.1). Aussi, dès lors que la LMP trouve application dans le cas d'espèce, il convient d'admettre que les décisions attaquées sont sujettes à recours (art. 39 OMP a contrario et art. 29 LMP).

2.8 Selon l'art. 48 al. 1 let. a à c de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), auquel renvoie l'art. 26 al. 1 LMP, a qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.

En l'occurrence, le contrat faisant l'objet du marché litigieux a été conclu entre le pouvoir adjudicateur et les adjudicataires le 1^{er} juillet 2009, avant le dépôt des recours. Aussi, en cas d'admission des

recours, le Tribunal administratif fédéral ne pourra, en application de l'art. 32 al. 2 LMP, que constater que les décisions incriminées violent le droit fédéral des marchés publics. Les conclusions des recourantes 1 et 2 tendant à l'annulation des décisions d'interruption de la procédure et d'adjudication de gré à gré contestées, respectivement à obtenir du tribunal une nouvelle décision ou le renvoi de l'affaire, sont dès lors sans objet. Les recourantes 1 ont cependant conclu, à titre subsidiaire, dans leur mémoire de recours, à ce que soit constatée l'illicéité de la décision d'exclusion attaquée. Les recourantes 2 n'ont, quant à elles, pris de conclusions dans ce sens que dans leur mémoire de réplique, de sorte que celles-ci sont irrecevables (cf. arrêt du TAF A-862/2007 du 17 février 2010 consid. 4.1.1 et les réf. cit.). Néanmoins, nonobstant l'absence de conclusion subsidiaire expresse en constatation de l'illicéité, le Tribunal fédéral a considéré qu'un tel recours n'était pas privé d'objet à partir du moment où le contrat avait été conclu, en tant que les conclusions en annulation de l'adjudication contenaient implicitement des conclusions en constatation de son illicéité (ATF 132 I 86/JdT 2007 I 724 consid. 3.2). Les recourantes 1 et 2 ont donc un intérêt digne de protection à recourir contre les décisions entreprises. Les recourantes 1 et 2 ayant en outre pris part à la procédure devant le pouvoir adjudicateur, la qualité pour recourir doit dès lors leur être reconnue.

2.9 Les dispositions relatives à la représentation (art. 11 PA), au délai de recours (art. 30 LMP et 22a al. 1 let. b PA), à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 52 al. 1 PA), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Il ressort de ce qui précède que les recours sont recevables.

3.

S'appuyant sur les art. 30 al. 2 let. b et 36 al. 2 let. a OMP, le pouvoir adjudicateur a interrompu la procédure sur invitation et adjugé le marché litigieux de gré à gré. A teneur de l'art. 30 al. 2 let. b OMP, l'adjudicateur peut interrompre et répéter la procédure quand il y a lieu de s'attendre à des offres plus avantageuses suite à une modification des conditions générales ou à la disparition de distorsions de concurrence. L'art. 36 al. 2 let. a OMP dispose que l'adjudicateur peut en outre adjuger un marché directement, sans lancer d'appel d'offres, si le marché est adjugé dans les limites définies à l'art. 3 al. 1 let. a à

d et al. 2 LMP. Les recourantes 1 et 2 soutiennent en substance que les conditions requises pour l'interruption de la procédure sur invitation d'une part, et pour l'adjudication de gré à gré d'autre part, ne sont en l'espèce pas réalisées.

Il a été établi ci-dessus que c'est à tort que le pouvoir adjudicateur a appliqué au marché litigieux les règles de la procédure sur invitation, puis celles de la procédure de gré à gré contenues au chapitre 3 OMP (voir consid. 2.6 et 2.7). Partant, il n'est, dans ces circonstances, pas pertinent d'examiner si l'interruption de la procédure sur invitation par le pouvoir adjudicateur, puis l'adjudication du marché de gré à gré sont légales ou non, en tant que celui-ci n'était, en l'espèce, pas fondé à adjuger le marché selon une procédure non assujettie à la LMP.

4.

Il résulte de ce qui précède que les recours des recourantes 1 et 2 sont tous deux bien fondés. A teneur de l'art. 32 al. 2 LMP, si le recours s'avère fondé et qu'un contrat a déjà été conclu avec le soumissionnaire, comme tel est le cas en l'espèce, le tribunal se limite à constater dans quelle mesure la décision attaquée viole le droit fédéral. Aussi, nonobstant l'absence de conclusion subsidiaire expresse des recourantes 2 en constatation de l'illicéité de la décision attaquée, les recours des recourantes 1 et 2 doivent être admis dans le sens qu'il est constaté que les décisions du 29 juin 2009 interrompant la procédure sur invitation et adjugeant le marché de gré à gré violent le droit fédéral des marchés publics (voir consid. 2.8).

5.

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 toutefois mis à la charge des autorités inférieures ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2 PA). Il n'y a donc en l'occurrence pas lieu de percevoir des frais de procédure du pouvoir adjudicateur qui succombe à l'issue de la présente décision. En revanche, les frais de procédure relatifs à la décision incidente du 6 août 2008 doivent être fixés à Fr. 4'000.- et mis, à parts égales, à la charge des recourantes 1

et 2 qui ont succombé. Ils sont imputés sur l'avance de frais de Fr. 19'000.- versée par les recourantes 1, à raison de Fr. 12'000.- le 31 juillet 2009, et par les recourantes 2, à raison de Fr. 7'000.- le 31 juillet 2009. Le solde de Fr. 15'000.- leur sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt, soit à raison de Fr. 10'000.- en faveur des recourantes 1 et à raison de Fr. 5'000.- en faveur des recourantes 2.

6.

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 autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF). Les frais de représentation comprennent notamment les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF) lesquels 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 Fr. 200.- au moins et de Fr. 400.- au plus (art. 10 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 al. 1 et 2 FITAF). En l'espèce, la défense des recourantes 1 et 2 a nécessité, pour chacune, les services d'un avocat dûment mandaté par procuration et a impliqué quatre échanges d'écritures. Les recourantes 1 et 2, qui obtiennent toutes deux gain de cause à l'issue de la présente décision, ont donc droit à des dépens. Aucun des mandataires respectifs des recourantes 1 et 2 n'a produit de note de frais et d'honoraires. Dès lors, en tenant compte du barème précité, il se justifie d'allouer une indemnité équitable, à titre de dépens, déduction faite des frais engagés dans le cadre de la décision incidente, de Fr. 8'500.- (TVA comprise), aux recourantes 1 et de Fr. 9'750.- (TVA comprise), aux recourantes 2 et de mettre celles-ci à la charge du pouvoir adjudicateur (art. 64 al. 2 PA).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours du 20 juillet 2009 des recourantes 1 (procédure B-4657/2009) est admis. Partant, il est constaté que la décision du 29 juin 2009 interrompant la procédure sur invitation et adjugeant le marché de gré à gré viole le droit fédéral des marchés publics.

2.

Le recours du 20 juillet 2009 des recourantes 2 (procédure B-4658/2009) est admis. Partant, il est constaté que la décision du 29 juin 2009 interrompant la procédure sur invitation et adjugeant le marché de gré à gré viole le droit fédéral des marchés publics.

3.

Les frais de procédure relatifs à la décision incidente du 6 août 2009 sont mis à la charge des recourantes 1 à hauteur de Fr. 2'000.-. Ce montant est imputé sur l'avance de frais déjà versée de Fr. 12'000.-. Le solde de Fr. 10'000.- leur sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.

Les frais de procédure relatifs à la décision incidente du 6 août 2009 sont mis à la charge des recourantes 2 à hauteur de Fr. 2'000.-. Ce montant est imputé sur l'avance de frais déjà versée de Fr. 7'000.-. Le solde de Fr. 5'000.- leur sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt.

5.

Il n'est pas perçu de frais de procédure relatifs à la présente décision.

6.

Un montant de Fr. 8'500.- (TVA comprise), déduction faite des frais engagés dans le cadre de la décision incidente, est alloué aux recourantes 1 à titre de dépens et mis à la charge du pouvoir adjudicateur.

7.

Un montant de Fr. 9'750.- (TVA comprise), déduction faite des frais engagés dans le cadre de la décision incidente, est alloué aux recourantes 2 à titre de dépens et mis à la charge du pouvoir adjudicateur.

8.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourantes 1 (acte judiciaire ; annexe : formulaire "Adresse de paiement")
- aux recourantes 2 (acte judiciaire ; annexe : formulaire "Adresse de paiement")
- au pouvoir adjudicateur (n° de réf. 1271-1431/Scp ; acte judiciaire)

Le Président du collège :

La Greffière :

Claude Morvant

Muriel Tissot

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée aux conditions de l'art. 83 let. f ch. 1 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), et pour autant qu'elle soulève une question juridique de principe (art. 83 let. f ch. 2 LTF), 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 (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (voir art. 42 LTF).

Expédition : 23 juillet 2010