



---

Cour II  
B-4071/2014

## Arrêt du 24 octobre 2014

---

Composition

Pascal Richard (président du collège),  
Maria Amgwerd, Pietro Angeli-Busi, juges,  
Muriel Tissot, greffière.

---

Parties

**X. \_\_\_\_\_ SA,**  
représentée par Me Bernard Ayer, avocat,  
recourante,

contre

**Office fédéral des routes (OFROU),**  
3003 Berne,  
pouvoir adjudicateur.

---

Objet

Marchés publics – Système de Gestion de Section Bachet  
Simap-Projet-ID 105773.

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

Le 8 novembre 2013, 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 « Tun.Arare – Bachet sécurité – Lot 5 : Système de Gestion de Section Bachet (GS-B) ».

Dans le délai de clôture pour la remise des offres, fixé au 19 décembre 2013 à 12h00, trois soumissionnaires ont déposé une offre. Parmi lesdites offres figurait celle de X.\_\_\_\_\_ SA (ci-après : la recourante) pour un montant de (...) francs hors taxe.

**B.**

**B.a** Dans un courrier du 23 janvier 2014, le pouvoir adjudicateur a informé la recourante qu'elle avait été exclue de la procédure de passation pour le motif que son offre ne remplissait pas le critère de qualification portant sur la disponibilité des personnes clés. Le pouvoir adjudicateur a en outre indiqué à la recourante que le marché avait été attribué à la société Ya.\_\_\_\_\_.

**B.b** Par décision du 24 janvier 2014, publiée sur Simap, le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché en cause à la société Yb.\_\_\_\_\_.

**B.c** Par écritures du 13 février 2014, la recourante a formé recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre son exclusion et contre l'adjudication, requérant préalablement l'octroi de l'effet suspensif au recours (procédure B-804/2014).

A l'appui de son recours, elle a en substance fait valoir que la disponibilité des personnes clés n'était pas un critère de qualification mais uniquement un justificatif souhaité par le pouvoir adjudicateur, de sorte que l'exclusion prononcée était illégale. Elle a par ailleurs requis de celui-ci la liste de toutes les personnes impliquées dans la procédure d'adjudication.

**B.d** Par décision incidente du 16 avril 2014, le tribunal de céans a, après avoir invité les parties à se déterminer à cet égard, admis la requête d'octroi de l'effet suspensif pour le motif que le recours n'était *prima facie* – en raison déjà d'un grief relatif à la violation du devoir de récusation d'un collaborateur ayant participé à l'évaluation des offres – nullement

dénué de chances de succès et que la pesée des intérêts en présence plaiderait pour une suspension de l'exécution de la décision d'adjudication.

**C.**

Par décision du 9 mai 2014, publiée sur Simap, le pouvoir adjudicateur a révoqué l'adjudication litigieuse, invoquant le vice de forme constaté par le Tribunal administratif fédéral dans la décision incidente précitée. Il a en outre précisé qu'une nouvelle évaluation et adjudication seraient réalisées par une nouvelle équipe sur la base des offres reçues.

**D.**

Dans un courrier du 13 juin 2014, le pouvoir adjudicateur a invité la recourante à prolonger la validité de son offre de six mois supplémentaires, de sorte qu'il puisse adjuger le marché sur la base des soumissions d'ores et déjà reçues, ou, dans le cas contraire, à la retirer. La recourante a confirmé la validité de son offre par formulaire daté du 16 juin 2014.

**E.**

Dans une lettre du 10 juillet 2014, le pouvoir adjudicateur a informé la recourante qu'elle avait été exclue de la procédure d'adjudication dudit marché pour le motif que la disponibilité de l'ingénieur réseaux – 10% pour le troisième trimestre 2014 et 10% pour le quatrième trimestre 2014 – était inférieure à la disponibilité minimale exigée, si bien qu'il n'était pas possible pour cette personne clé de remplir le critère de qualification Q3.2.

**F.**

Par décision, publiée sur Simap le 11 juillet 2014, le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché en cause à la société Yc.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'adjudicataire) pour un montant de 495'133.20 francs hors taxe, indiquant qu'il s'agissait de l'offre économiquement la plus avantageuse.

**G.**

Par écritures du 18 juillet 2014, la recourante a formé recours auprès du Tribunal administratif fédéral, contestant aussi bien son exclusion que l'adjudication du marché à l'adjudicataire. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation des actes susmentionnés, comme à celle de toute autre décision d'adjudication du marché litigieux, respectivement à ce que la nullité de ceux-ci soit constatée. Préalablement, elle requiert l'octroi de l'effet suspensif au recours, partant, qu'interdiction soit faite au pouvoir adjudicateur de conclure un contrat portant sur la réalisation du

projet faisant l'objet du présent recours, ainsi que l'octroi de l'accès complet au dossier de la procédure d'appel d'offres. A titre principal, elle conclut à l'attribution du marché à elle-même, subsidiairement au renvoi du dossier au pouvoir adjudicateur pour nouvelle adjudication au sens des considérants.

A l'appui de ses conclusions, la recourante invoque tout d'abord ne pas être en mesure de déterminer si l'adjudicataire est bien la société qui a déposé l'offre retenue, dès lors que celle-ci émanerait de Ya.\_\_\_\_\_ et que l'adjudicataire est la société Yc.\_\_\_\_\_. Elle soutient ensuite que la disponibilité des personnes clés n'est pas un critère de qualification mais uniquement un justificatif souhaité par le pouvoir adjudicateur, de sorte qu'il ne s'agirait que d'un élément parmi d'autres que le pouvoir adjudicateur se doit de considérer pour déterminer si le candidat est apte à réaliser le marché. Aussi, en l'espèce, en tant que l'aptitude de la recourante dans son ensemble a été largement démontrée et n'est pas remise en cause, l'exclusion prononcée s'avérerait illégale. Elle fait encore valoir que les conditions posées à l'exclusion d'un soumissionnaire ne sont en l'occurrence pas réunies. A cet égard, elle relève en particulier que la décision de révocation de l'adjudication a entraîné un report du calendrier prévisionnel de réalisation, si bien que la décision d'exclusion, fondée sur le manque de disponibilité de l'ingénieur réseaux pour une période antérieure au début des travaux, est en tous les cas manifestement disproportionnée. La recourante précise enfin que son offre est économiquement la plus avantageuse.

#### **H.**

Par ordonnance du 22 juillet 2014, le juge instructeur a enjoint au pouvoir adjudicateur, à titre de mesure superprovisionnelle, de n'entreprendre aucune mesure d'exécution susceptible d'influer sur l'issue du litige, en particulier la conclusion du contrat, avant qu'il ne soit statué sur la requête d'octroi de l'effet suspensif.

#### **I.**

Invité à se prononcer sur dite requête, le pouvoir adjudicateur a conclu à son rejet, ainsi qu'à celui du recours, dans ses déterminations déposées le 15 août 2014, après prolongation du délai.

S'agissant des chances de succès du recours, le pouvoir adjudicateur expose tout d'abord avoir observé, après réexamen de l'offre retenue, que Ya.\_\_\_\_\_ était une filiale de Yc.\_\_\_\_\_ et agissait sur ordre et mandat de celle-ci, de sorte qu'il lui a semblé plus adéquat de publier

l'adjudication à l'attention de la société-mère et non de sa filiale, même si l'offre retenue émanait effectivement de Ya.\_\_\_\_\_. Le pouvoir adjudicateur indique ensuite qu'il dispose d'une large marge d'appréciation tant pour fixer les critères de qualification que pour établir sur quelle base ceux-ci seront vérifiés. En l'espèce, ni le critère de qualification "personnes clés" ni les preuves requises pour établir la réalisation de ce critère n'ont été contestés par la recourante. Il relève également que, déjà au moment de la publication de la décision de révocation du 9 mai 2014, un décalage du projet apparaissait inévitable. Or, la recourante n'a pas attaqué dite décision ; bien plus, elle a confirmé, sans aucune remarque, la validité de son offre. S'expliquant enfin sur sa décision de procéder à une nouvelle évaluation sur la base des offres déjà reçues, le pouvoir adjudicateur expose que le retard pris par la présente procédure d'adjudication n'est pas inhabituel et qu'il n'est ni réaliste ni compatible avec les principes de la bonne foi et de l'économie de la procédure de relancer un nouvel appel d'offres à chaque retard dans une évaluation. Quant à la possible actualisation des offres en fonction d'une nouvelle planification du projet, le pouvoir adjudicateur indique que la disponibilité des personnes clés est étroitement liée aux personnes clés elles-mêmes, de sorte que cela aurait pu conduire à des modifications conséquentes de la qualité des offres. Quant à la requête d'accès au dossier, le pouvoir adjudicateur a transmis celui-ci avec indication des pièces contenant des secrets d'affaires et pour lesquelles la consultation ne devait pas être accordée à la recourante.

**J.**

Egalement invitée à se prononcer sur la requête d'octroi de l'effet suspensif, l'adjudicataire n'a pas répondu dans le délai imparti.

**K.**

Par décision incidente du 21 août 2014, le juge instructeur a accordé à la recourante un accès au dossier conformément aux prescriptions du pouvoir adjudicateur.

**L.**

Invités à se prononcer sur le recours, le pouvoir adjudicateur a indiqué, dans un courrier du 26 août 2014, qu'il n'avait pas d'autres observations à présenter sur le fond de l'affaire alors que l'adjudicataire n'a pas répondu dans le délai fixé pour ce faire et s'est dès lors désintéressée de la cause.

**M.**

Le 1<sup>er</sup> septembre 2014, la recourante s'est exprimée sur les déterminations du pouvoir adjudicateur du 15 août 2014. Elle maintient qu'il existe une incertitude quant à l'identité de la personne morale ayant déposé l'offre provenant de Ya.\_\_\_\_\_. Ignorant en outre quelle entité de "Y.\_\_\_\_\_" a fait l'objet de l'examen d'aptitude, elle relève qu'il est inconcevable que les ressources mentionnées dans l'offre de Ya.\_\_\_\_\_ soient à choix employées de la société-fille ou de la société-mère. De même, ces personnes ne peuvent pas être présentées comme étant disponibles à la fois pour Ya.\_\_\_\_\_ et pour Yc.\_\_\_\_\_. Aussi, la recourante ne comprend pas comment le formulaire Q3.2 aurait pu être rempli à satisfaction par les deux entités. La recourante fait ensuite valoir qu'il ressort de la détermination du pouvoir adjudicateur que celui-ci a sciemment pris la décision de l'exclure sur la base d'une preuve d'aptitude dont il reconnaît qu'elle est obsolète, dès lors que la réalisation du marché a été repoussée de plusieurs mois et qu'un nouveau calendrier de réalisation n'a pas été porté à la connaissance des soumissionnaires. Relevant enfin que le pouvoir adjudicateur connaissait, lorsqu'il a décidé de procéder à une nouvelle évaluation des offres reçues, les objections de la recourante quant au critère Q3, elle reproche à celui-là de faire preuve de mauvaise foi en se prévalant du fait qu'elle n'a pas formulé de remarques concernant la disponibilité des personnes clés à la suite de la décision du 9 mai 2014.

**N.**

Faisant suite aux remarques de la recourante, le pouvoir adjudicateur a répété, dans ses observations du 12 septembre 2014, que les règles contenues dans l'appel d'offres du 8 novembre 2013 ont été maintenues pour la suite de la procédure comme le signalait expressément la décision de révocation du 9 mai 2014, sujette à recours. La recourante n'a pas contesté ces règles, si bien qu'elle ne saurait s'en plaindre au stade du recours contre l'attribution du marché. De même, en maintenant son offre sans la modifier, la recourante a admis que la planification était *de facto* différente mais que les offres seraient évaluées sur la base des documents d'appel d'offres initiaux. Le pouvoir adjudicateur ajoute qu'en cas de procédure judiciaire, la planification prévue n'est souvent plus actuelle. Or, ce n'est pas pour autant que celle-ci doit être adaptée et que l'adjudication s'en trouve viciée. La recourante ne saurait dès lors tirer argument d'une procédure judiciaire qu'elle a au demeurant provoqué pour ensuite faire valoir qu'une nouvelle planification devrait être proposée.

**O.**

Par ordonnance du 15 septembre 2014, le juge instructeur a, pour donner suite aux dernières remarques de la recourante s'agissant de l'identité du soumissionnaire ayant déposé l'offre retenue, transmis à celle-là certaines pièces contenues dans ladite offre, dès lors qu'elles ne comportaient pas de secrets d'affaires.

**P.**

Invitée à déposer d'éventuelles remarques, la recourante a répété, dans un courrier du 22 septembre 2014, que le pouvoir adjudicateur n'avait toujours pas indiqué quelle entité de Y.\_\_\_\_\_ avait fait l'objet de l'analyse d'aptitude. Elle a en outre relevé que l'adresse de Yc.\_\_\_\_\_ n'était jamais mentionnée dans les pièces communiquées par le juge instructeur ; seule celle de Ya.\_\_\_\_\_ y figurait.

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.**

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours contre les décisions d'adjudication ou d'exclusion 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).

**2.**

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

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

Elle est applicable si l'entité adjudicatrice est soumise à la loi (art. 2 LMP), si le type de marché adjudiqué est visé par celle-ci (art. 5 LMP), si le marché

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

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

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

En l'espèce, il n'est pas contesté que le marché en cause porte sur des travaux de construction. Il ressort en effet de l'appel d'offres qu'il s'agit de travaux de mise en conformité des dispositifs de sécurité des installations d'équipement d'exploitation et de sécurité ainsi que de l'éclairage ; ils ont été décomposés en sept lots. En particulier, l'adjudication litigieuse se rapporte au lot n° 5, lequel concerne la communication, le système de gestion, les réseaux ainsi que la Gestion de Section (élément d'architecture conforme OFROU).

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

**2.1.4** L'art. 6 LMP prévoit des seuils (sans la TVA) au-delà desquels la loi est applicable si la valeur estimée du marché à adjuger les atteint. L'art. 1 let. c de l'ordonnance du DFE du 23 novembre 2011 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2012 et 2013 (RO 2011 5581) dispose que la LMP n'est applicable qu'aux marchés publics dont la valeur estimée dépasse 8'700'000 francs pour les ouvrages.

L'estimation préalable que le pouvoir adjudicateur fait de la valeur du marché est l'élément déterminant pour apprécier si le seuil fixé par la loi et l'ordonnance est atteint (cf. décision incidente du TAF B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 3.5 et réf. cit.). Le pouvoir adjudicateur est certes en droit de se tromper aussi longtemps qu'il est de bonne foi (cf. arrêt du TAF B-4657/2009 du 20 juillet 2010 consid. 2.7.3). La valeur du marché

qui ressort de la décision d'adjudication n'est pas déterminante (cf. ATAF 2009/18 consid. 2.4).

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

En l'espèce, le marché « Arare Bachet Sécurité A 1 Evitement de Plan-les Ouates » comprend sept lots. L'estimation opérée par le pouvoir adjudicateur s'élève pour l'ensemble du marché précité à 15'302'409 francs (toutes taxes comprises), dont 11'502'360 francs pour les ouvrages, ce qui correspond à près de 10'640'000 francs sans la TVA. Il s'ensuit que la valeur estimée du projet telle qu'elle ressort de l'appel d'offres dépasse le seuil légal de 8'700'000 francs. En outre, les travaux relatifs au lot n° 5 ont été estimés par le pouvoir adjudicateur à 1'500'000 francs (toutes taxes comprises), corrigés par la suite à 600'000 francs. Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur aurait pu soustraire le lot en cause à la procédure de soumission en application de la clause de minimis. Il dispose cependant d'une certaine liberté pour décider quels marchés, parmi ceux inférieurs au montant de minimis, il entend ne pas soumettre aux procédures de marché public (cf. ATAF 2009/18 consid. 2.4.2 et réf. cit.). En l'occurrence, il a opté pour la soumission. Aussi, l'adjudication du lot n° 5 tombe sous le champ d'application de la LMP.

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

**2.2** La qualité pour recourir contre la décision d'adjudication doit être reconnue à la recourante en tant qu'en l'espèce, son exclusion de la procédure de soumission résulte implicitement de l'attribution du marché

à l'adjudicataire (cf. art. 48 al. 1 PA en relation avec l'art. 26 al. 1 LMP ; arrêt du TF 2C\_134/2013 du 6 juin 2014 consid. 2.8.2 ; décision incidente du TAF B-504/2009 du 3 mars 2009 consid. 1.4 et 3.2).

Les dispositions relatives à la représentation (cf. art. 11 al. 1 PA), au délai de recours (cf. art. 30 LMP), 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.

Le recours est ainsi recevable.

### **3.**

La LMP distingue les critères de qualification (ou d'aptitude) des critères d'adjudication (ou d'attribution). 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). Pour évaluer la qualification des soumissionnaires, l'adjudicateur peut notamment se procurer et consulter les documents mentionnés dans l'annexe 3 (art. 9 al. 1 OMP). Pour désigner les preuves à fournir, il tient compte de la nature et de l'importance du marché (art. 9 al. 2 OMP). L'annexe 3 mentionne notamment, au titre de preuves, les déclarations portant sur les ressources humaines et les moyens techniques dont les entreprises disposent pour exécuter le travail prévu. L'art. 11 LMP habilite l'adjudicateur à révoquer l'adjudication ou à exclure certains soumissionnaires de la procédure, notamment lorsqu'ils ne satisfont plus aux critères de qualification requis à l'art. 9 (let. a). Quant aux critères d'adjudication, l'art. 21 LMP prévoit que le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères, notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique et la valeur technique (al. 1). L'adjudicateur indique l'ordre des critères d'adjudication et leur pondération (art. 27 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase OMP).

L'annexe 4 al. 1 OMP prévoit que l'appel d'offres relatif à une procédure ouverte ou sélective doit notamment contenir au minimum les critères de qualification (ch. 10) et les critères d'adjudication dans les cas où il n'est pas remis de documents concernant l'appel d'offres (ch. 14). En application du principe de transparence, ancré à l'art. 1 al. 1 let. a LMP, le

pouvoir adjudicateur doit s'en tenir aux critères et justificatifs qu'il a préalablement définis lui-même et ne pas en changer entre le moment où il les a annoncés aux soumissionnaires et celui où il les utilise pour faire son choix parmi les offres (cf. ATF 130 I 241 consid. 5.1, 125 II 86 consid. 7c ; arrêts du TAF B-3526/2013 du 20 mars 2014 consid. 6.2 et B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 2.5.2 ; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, Berne 2014, n. 259).

#### 4.

Par courrier du 10 juillet 2014, le pouvoir adjudicateur a informé la recourante qu'elle avait été exclue de la procédure de passation du marché pour le motif que la disponibilité de son ingénieur réseaux était inférieure à la disponibilité minimale exigée, de sorte qu'il n'était pas possible pour cette personne clé de remplir le critère de qualification Q3.2. Il a également communiqué à la recourante que le marché avait été attribué à l'adjudicataire.

En l'espèce, la recourante conteste aussi bien son exclusion que l'adjudication du marché à l'adjudicataire. Dès lors, il convient en premier lieu d'examiner si c'est à juste titre que la recourante a été écartée de la procédure de soumission.

#### 5.

Sur le plan formel, il convient tout d'abord d'observer que la recourante mentionne dans son recours que la "décision d'exclusion" du 10 juillet 2014 porte comme référence le nom de H. Bey, alors que celui-ci s'était récusé lors de la première procédure d'adjudication du marché litigieux. Le pouvoir adjudicateur rétorque que H. Bey n'a participé ni à l'évaluation des offres ni même au choix de la nouvelle équipe d'évaluation ni d'ailleurs à aucune action dans la présente procédure d'acquisition. Son nom apparaît sur dite lettre du seul fait qu'il est responsable du projet en cause.

Selon un principe général, la partie qui a connaissance d'un motif de récusation, avéré ou supposé, doit l'invoquer aussitôt, sous peine d'être déchue du droit de s'en prévaloir ultérieurement (cf. ATF 138 I 1 consid. 2.2 et réf. cit.). En l'espèce, force est de constater que la recourante ne se prévaut pas d'une violation du devoir de récusation de H. Bey pour obtenir l'annulation de la décision attaquée. Elle se contente d'énoncer ce fait dans son recours, puis ne revient plus sur ce point à la suite des explications du pouvoir adjudicateur. Dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre qu'elle a accepté celles-ci. Aussi, la question de savoir

s'il lui appartenait, sous peine de forclusion, d'invoquer formellement ce grief dans son recours peut demeurer indécise.

## **6.**

Sur le fond, la recourante fait valoir que la disponibilité des personnes clés n'est pas un critère de qualification au sens du ch. 3.7 de l'appel d'offres mais uniquement une preuve souhaitée par le pouvoir adjudicateur au sens du ch. 3.8. Elle ne serait dès lors qu'un élément parmi d'autres permettant au pouvoir adjudicateur d'apprécier si le soumissionnaire est apte à réaliser le marché. La recourante relève en outre que le respect du principe de transparence n'est plus garanti dès lors que le pouvoir adjudicateur présente la disponibilité des personnes clés comme un justificatif dans l'appel d'offres et le traite comme un critère d'aptitude à lui seul lors de l'analyse de la qualification.

**6.1** Le ch. 3.7 de l'appel d'offres du 8 novembre 2013, intitulé "Critères d'aptitude", mentionne ce qui suit :

"Toutes les entreprises économiquement et techniquement aptes à assumer le mandat et apportant la preuve de leur aptitude sont invitées à déposer une offre en francs :

Capacité technique

Capacité économique et financière

Personnes-clés"

Le ch. 3.8, relatif aux justificatifs requis, indique que les attestations/confirmations suivantes doivent être déposées en même temps que le dossier de l'offre à moins que cela soit spécifié autrement ; à défaut, l'offre ne sera pas examinée.

Au nombre des justificatifs requis, il mentionne, plus particulièrement, s'agissant du critère d'aptitude Q3 Personnes clés :

"Q3.1 : Références des personnes-clés (\*) relatives à 1 projet de complexité comparable, réalisé dans le cadre de la même fonction ou d'une fonction suppléante dans le même domaine spécialisé, indiquant la période, l'investissement global du projet, les travaux exécutés et l'interlocuteur (Maître d'ouvrage) autorisé à fournir des renseignements. Ces informations doivent être insérées dans le cahier d'offre du soumissionnaire onglet Q3.1.

Q3.2 : Preuve que la disponibilité des personnes-clés, assurant les fonctions de chef de projet, d'architecte informatique et ingénieur réseaux, est plus grande que la disponibilité nécessaire pendant la durée du projet. Enumération détaillée

et description de la charge dans le temps au sein de l'entreprise et des autres projets. Ces informations doivent être insérées dans le cahier d'offre du soumissionnaire onglet Q3.2.

(\*) Comme personnes-clés sont considérées les personnes qui exécuteront les fonctions de chef de projet, d'architecte informatique, ingénieur réseaux, responsable des essais. Une même personne peut remplir plusieurs fonctions."

**6.2** Il ressort de ce qui précède que la disponibilité des personnes clés est exigée au titre de critère d'aptitude ; les justificatifs requis pour vérifier la réalisation du critère de qualification font partie intégrante de celui-ci. Il n'est en effet pas possible pour le pouvoir adjudicateur d'apprécier l'aptitude d'un soumissionnaire à réaliser le marché sans exiger de preuves correspondantes. Rappelons encore que l'art. 9 LMP, intitulé "Critères de qualification", dispose que 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).

Ainsi, le pouvoir adjudicateur a choisi de vérifier l'aptitude des personnes clés à réaliser le marché en cause sur la base de deux éléments, soit leurs références et leur disponibilité ; il a requis la production desdits justificatifs aussi bien dans l'appel d'offres (cf. supra consid. 6.1) que dans le dossier d'appel d'offres (cf. pour la disponibilité infra consid. 7.1). Aussi, en vertu des principes de transparence et d'égalité de traitement, le pouvoir adjudicateur était tenu de se fonder sur ces deux moyens de preuve, à l'exclusion de tout autre, pour apprécier l'aptitude des personnes clés proposées par les soumissionnaires. Sur la base de l'appel d'offres et du dossier d'appel d'offres, la recourante ne pouvait, de bonne foi, considérer que la disponibilité des personnes clés n'était pas exigée, de manière impérative, au titre de critère d'aptitude. Pour le reste, l'exigence de disponibilité des personnes clés n'a pas, en tant que telle, été contestée au stade de l'appel d'offres (cf. art. 29 let. b LMP), si bien qu'il n'y a pas lieu de l'examiner plus avant.

## 7.

Se fondant sur dit critère de qualification, le pouvoir adjudicateur a considéré que l'ingénieur réseaux proposé par la recourante n'était pas suffisamment disponible pour se consacrer au projet au cours des troisième et quatrième trimestres 2014. Il convient dès lors d'examiner si c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur a nié l'aptitude de la recourante à réaliser le marché en cause.

**7.1** En l'occurrence, le dossier d'appel d'offres contient, sous la référence Q3.2, un tableau à remplir par le soumissionnaire en y indiquant, en pourcentage, la disponibilité des personnes clés, pour le présent marché et d'autres projets, sur une période s'étalant du premier trimestre 2014 au deuxième trimestre 2015. Le tableau mentionne également les pourcentages minimaux exigés par le pouvoir adjudicateur.

L'offre de la recourante indique les pourcentages de disponibilité de l'ingénieur réseaux suivants :

	minimum exigé par le pouvoir adjudicateur	disponibilité offerte par la recourante	disponibilité autres projets
1 <sup>er</sup> trim. 2014 :	20%	40%	60%
2 <sup>e</sup> trim. 2014 :	20%	40%	60%
3 <sup>e</sup> trim. 2014 :	40%	10%	70%
4 <sup>e</sup> trim. 2014 :	40%	10%	70%
1 <sup>er</sup> trim. 2015 :	20%	10%	80%
2 <sup>e</sup> trim. 2015 :	10%	10%	90%

Il s'ensuit que, pour les troisième et quatrième trimestres 2014, ainsi que pour le premier trimestre 2015, la disponibilité de l'ingénieur réseaux proposé par la recourante ascende, pour le présent marché, à 10%, alors que le pouvoir adjudicateur exigeait une disponibilité d'au moins 40%, respectivement 20%, pour les trimestres considérés. Même en ajoutant, à l'instar du pouvoir adjudicateur, les pourcentages de disponibilité de l'ingénieur réseaux non réservés pour les autres projets dans lesquels il est également engagé, la disponibilité minimale exigée pour les troisième et quatrième trimestres 2014 n'est pas atteinte.

**7.2** A cet égard, la recourante soutient tout d'abord que le critère de qualification relatif à la disponibilité des personnes clés tel qu'il est exigé par le pouvoir adjudicateur dans le tableau Q3.2 ci-dessus n'est plus relevant. En effet, elle expose que le critère d'aptitude impliquant la disponibilité des ressources humaines du soumissionnaire a pour but de s'assurer que l'entreprise a les moyens de porter à terme le projet envisagé dans le calendrier prévu. Or, la décision du pouvoir adjudicateur du 9 mai 2014, par laquelle il a révoqué sa première adjudication et

déclaré procéder à une nouvelle évaluation sur la base des offres reçues (cf. supra let. C), a entraîné un report du début du projet d'au moins huit mois, si bien que le calendrier prévisionnel initial de réalisation du marché, contenu dans les documents d'appel d'offres du 8 novembre 2013, n'est plus réaliste, les deux premiers trimestres 2014 s'étant d'ores et déjà écoulés. Le pouvoir adjudicateur n'a cependant donné aucune indication concernant le calendrier adapté de réalisation du projet ni demandé la confirmation des disponibilités des soumissionnaires à réaliser le marché. Aussi, la recourante estime qu'une exclusion fondée sur le manque de disponibilité d'une personne clé pour une période antérieure au début des travaux est manifestement disproportionnée.

Le pouvoir adjudicateur rétorque que la décision de révocation du 9 mai 2014 – sujette à recours – signalait expressément que les règles contenues dans l'appel d'offres du 8 novembre 2013 étaient maintenues pour la suite de la procédure. En effet, dès lors que la révocation de l'adjudication du 24 janvier 2014 était motivée par le seul vice de forme présumé par le Tribunal administratif fédéral, une modification de l'appel d'offres ne se justifiait pas, de sorte que la procédure a été poursuivie sur la base des documents d'appel d'offres initiaux. Le pouvoir adjudicateur relève que, déjà au moment de la publication de la décision de révocation, un report du calendrier prévisionnel de réalisation du projet apparaissait inévitable. Aussi, en renonçant à attaquer la décision du 9 mai 2014, la recourante a accepté que son offre soit évaluée sur la base de la planification telle que publiée dans l'appel d'offres du 8 novembre 2013 ; bien plus, la recourante a confirmé – sans aucune remarque – la validité de son offre.

**7.2.1** Dans sa décision du 9 mai 2014, publiée sur Simap et adressée par courrier aux soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur a indiqué qu'en raison d'un vice de forme constaté par le tribunal de céans dans la décision incidente B-804/2014 du 16 avril 2014 relative à l'effet suspensif, il révoquait son adjudication du 24 janvier 2014 à la société Ya.\_\_\_\_\_. Sous la rubrique "Autres indications", il a mentionné que "une nouvelle évaluation et adjudication [seraient] réalisées par une nouvelle équipe d'évaluation des offres sur la base des offres reçues". Dite décision contenait une indication des voies de droit. En outre, par lettre du 13 juin 2014, le pouvoir adjudicateur a invité la recourante à prolonger la durée de validité de son offre, celle-ci étant, selon les termes de l'appel d'offres, limitée à six mois à partir de la date limite d'envoi.

**7.2.2** Il convient tout d'abord de relever que, contrairement à ce que soutient le pouvoir adjudicateur dans ses écritures, il ne peut être fait reproche à la recourante de ne pas avoir recouru contre la décision de révocation du 9 mai 2014 et en déduire qu'elle a ainsi accepté que son offre soit évaluée sur la base de la planification telle que publiée dans l'appel d'offres du 8 novembre 2013. En effet, la recourante n'a pas qualité pour recourir contre la révocation de l'adjudication faute d'un intérêt digne de protection, dont dispose seule l'adjudicataire (cf. MARTIN BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 1544 ss). Néanmoins, la recourante n'était pas pour autant dispensée de signaler au pouvoir adjudicateur la prétendue irrégularité qu'elle soulève dans son recours.

En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, même s'il n'a pas l'obligation de saisir immédiatement le juge, le soumissionnaire qui constate une irrégularité dans le déroulement de la procédure de passation n'en demeure pas moins tenu, en principe, de la signaler sans attendre à l'adjudicateur, au risque d'adopter un comportement contraire aux principes de la bonne foi et de la sécurité du droit (cf. ROBERT WOLF, *Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln*, in : ZBI 2003/104, p. 1 ss, 10). Cette règle est conforme à l'exigence de célérité à laquelle obéit la procédure relative à la passation des marchés publics, en ce sens qu'il est préférable de corriger immédiatement une irrégularité dans la procédure de soumission plutôt que de procéder à l'adjudication du marché et de s'exposer au risque, si le vice est ensuite constaté par un juge, de devoir reprendre la procédure à son début. La forclusion tirée du principe de la bonne foi ne peut toutefois être opposée à une partie que pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées ou, à tout le moins, qu'elle aurait dû constater en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. Il convient ainsi de ne pas se montrer trop strict à cet égard et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes (cf. VINCENT CARRON/JACQUES FOURNIER, *La protection juridique dans la passation des marchés publics*, Fribourg 2002, p. 74/75 ; ATF 130 I 241 consid. 4.3).

En l'espèce, dès lors que la décision du 9 mai 2014 indiquait clairement qu'une nouvelle évaluation serait réalisée sur la base des offres déjà reçues, la recourante ne pouvait ignorer, à cette date déjà, que la planification des travaux, telle que prévue dans les documents d'appel d'offres du 8 novembre 2013, ne serait pas respectée – attendu que

ceux-là devaient débiter le premier trimestre 2014 – et que, par voie de conséquence, les disponibilités des personnes clés garanties dans l'offre ne correspondraient plus au calendrier effectif de réalisation du projet. Bien plus, le 16 juin 2014, la recourante a, sans émettre la moindre réserve, confirmé la validité de son offre pour une durée de six mois supplémentaires. Ce faisant, elle a accepté que le critère d'aptitude en cause soit évalué sur la base du calendrier prévisionnel initial de réalisation des travaux, le pouvoir adjudicateur n'ayant pas communiqué de calendrier adapté aux soumissionnaires.

Il s'ensuit que la recourante a agi contrairement aux règles de la bonne foi en attendant l'issue – défavorable – de la procédure d'adjudication pour soulever ce grief ; elle devait le signaler au pouvoir adjudicateur sans tarder. A noter encore que, contrairement à ce qu'elle prétend, celui-ci n'avait pas connaissance d'un tel grief, la recourante s'étant plainte jusqu'ici uniquement de la nature dudit critère et non de sa pertinence au regard du calendrier des travaux (cf. supra let. B.c).

Enfin, la recourante ne saurait tirer argument de ce que l'invitation à prolonger la validité de l'offre n'a pas été notifiée à son mandataire. Celui-ci avait en effet connaissance, dans la procédure B-804/2014, de la décision de révocation et, par conséquent, de la manière de procéder du pouvoir adjudicateur ; il n'est néanmoins pas non plus intervenu.

Son grief est dès lors tardif.

**7.3** La recourante soutient en second lieu que la disponibilité minimale des personnes clés exigée dans le formulaire Q3.2 ne peut se comprendre que comme une disponibilité globale exigée sur l'ensemble de la durée du projet. Aussi, pour l'ingénieur réseaux, la disponibilité minimale exigée serait de 150% répartie sur les six trimestres considérés. Partant, elle estime avoir largement répondu à cette exigence puisque l'ingénieur réseaux qu'elle propose est disponible à raison de 170% sur l'ensemble de la durée du projet. Elle relève encore que le pouvoir adjudicateur n'a pas indiqué, s'agissant de la disponibilité de l'ingénieur réseaux, un nombre d'heures exact, réparti par trimestre. Au contraire, elle souligne que le cahier des charges précise que l'entrepreneur est responsable de son organisation au regard du cadre proposé et des contraintes imposées pour l'exécution des travaux. Seule la liste de prix mentionne un nombre de 70 heures à disposition du maître d'ouvrage pour l'ingénieur réseaux, sans préciser toutefois les trimestres concernés. En outre, elle ajoute que, selon l'appel d'offres, une même personne clé

peut remplir plusieurs fonctions. Aussi, elle relève qu'en l'espèce, tant les qualifications de l'ingénieur architecte informatique que celles du chef de projet – lesquels sont aussi des personnes clés – leur permettent de remplir la fonction d'ingénieur réseaux en remplacement ou en appui de celui-ci.

**7.3.1** Pour autant qu'il respecte les principes de transparence, d'égalité de traitement, d'interdiction de discrimination et de libre concurrence, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix des critères d'aptitude et d'adjudication, des justificatifs requis, ainsi que dans l'évaluation de ces critères (cf. arrêt du TAF B-4958/2013 précité consid. 2.5.3 et réf. cit. ; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zurich/Bâle/Genève 2013, 3<sup>e</sup> éd., n. 557). Dans le cadre de son contrôle, l'autorité judiciaire doit dès lors faire preuve d'une certaine retenue et laisser au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus étendue que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques (cf. RDAF 2004 I p. 292). A l'instar du Tribunal fédéral, l'appréciation du Tribunal administratif fédéral ne saurait donc se substituer à celle du pouvoir adjudicateur ; seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné (cf. ATF 125 II 86 consid. 6 ; arrêts du TAF B-4958/2013 précité consid. 2.5.3 et B-4902/2013 du 14 mars 2014 consid. 4.4). Les critères d'adjudication et d'aptitude doivent pour le reste être interprétés au regard du principe de la confiance (cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n. 567 et 862 ; arrêt du TAF B-4902/2013 précité consid. 4.5). Comme exposé ci-dessus (cf. consid. 3), les "règles du jeu" définies au préalable par le pouvoir adjudicateur doivent rester stables tout au long de la procédure, de sorte que celui-ci ne peut, après le dépôt des offres, modifier d'une manière ou d'une autre les critères retenus. Il ne peut donc attribuer à un critère un autre sens que celui qui ressort d'une interprétation, conforme au principe de la bonne foi, des indications figurant dans les documents d'appel d'offres (cf. arrêt du TAF B-7337/2010 du 15 avril 2011 consid. 13.2.1).

**7.3.2** En l'espèce, si l'appel d'offres mentionne uniquement que le soumissionnaire doit apporter la "preuve que la disponibilité des personnes clés [...] est plus grande que la disponibilité nécessaire pendant la durée du projet", le tableau référencé Q3.2 contenu dans le dossier d'appel d'offres – auquel renvoie l'appel d'offres – indique quant à lui clairement, trimestre par trimestre, les pourcentages de disponibilité minimaux exigés par le pouvoir adjudicateur pour chacun de ceux-ci. La disponibilité minimale totale pour l'ensemble de la durée des travaux n'est

en revanche pas indiquée ; elle résulte de l'addition des pourcentages minimaux exigés pour chacun des six trimestres considérés. Aussi, il ressort expressément du formulaire Q3.2 que le pouvoir adjudicateur attendait des personnes clés désignées par les soumissionnaires une disponibilité minimale pour chacun des six trimestres considérés. La recourante ne pouvait dès lors, de bonne foi, comprendre que seule une disponibilité totale, pour l'ensemble de la durée du projet, de 150% était requise. Au demeurant, si, malgré la clarté du formulaire Q3.2, la recourante avait un doute quant aux disponibilités exigées, elle devait se renseigner auprès du pouvoir adjudicateur (cf. à ce propos décision incidente du TAF B-8244/2010 du 23 février 2011 consid. 4.2). L'appel d'offres mentionnait par ailleurs très clairement cette possibilité sous le ch. 1.3. Ensuite, que le cahier des charges indique que "l'entrepreneur est responsable de son organisation (notamment du nombre d'équipes...)" ne change rien à la disponibilité minimale des personnes clés exigée par le pouvoir adjudicateur au titre de critère d'aptitude, de même que l'absence de retranscription de celle-ci en nombre d'heures. Du reste, si la recourante souhaitait connaître le nombre d'heures correspondant aux pourcentages exigés, elle devait également se renseigner auprès du pouvoir adjudicateur. Quant à la mention, figurant sous la référence Q3.2 de l'appel d'offres, selon laquelle "une même personne peut remplir plusieurs fonctions", le pouvoir adjudicateur expose que la possibilité pour une personne de remplir plusieurs fonctions a pour but de réduire le nombre de personnes clés, non de prévoir leur interchangeabilité. Ainsi, pour autant qu'elle en ait les disponibilités et les qualifications, il est acceptable qu'une seule personne assume les fonctions de deux personnes clés mais non que la fonction exercée par une personne clé soit répartie sur plusieurs personnes. Au demeurant, il y a lieu de constater, à l'instar du pouvoir adjudicateur, que les autres personnes clés proposées par la recourante ne disposent, au regard des curriculum vitae contenus dans l'offre de celle-ci, d'aucune expérience dans l'ingénierie réseaux. De plus, étant d'ores et déjà occupées à raison de 100% de leur temps pour les troisième et quatrième trimestres 2014, elles ne pourraient dans tous les cas suppléer au manque de disponibilité de l'ingénieur réseaux.

Sur le vu de ce qui précède, le tribunal admet, conformément à la retenue qu'il s'impose, que c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur a considéré que la recourante ne répondait pas au critère de qualification relatif à la disponibilité des personnes clés.

## **8.**

**8.1** Pour justifier le manque de disponibilité de l'ingénieur réseaux durant les trimestres considérés, la recourante expose ensuite que le pouvoir adjudicateur a formulé, dans les critères d'adjudication, des exigences concernant une optimisation des délais (critère C2 : organisation, exécution, optimisation des délais [35%]) impliquant une réflexion sur l'organisation des ressources humaines et leur disponibilité pendant la durée du projet. Le respect de ce critère – doté d'une pondération importante – aurait ainsi conduit la recourante à notamment adapter la disponibilité de l'ingénieur réseaux afin que celle-ci soit plus importante dans la première partie du projet, soit avant les troisième et quatrième trimestres 2014, et réduite par la suite. Aussi, elle considère que son exclusion de la procédure d'adjudication n'est pas admissible dès lors qu'elle repose sur une contradiction entre "les justificatifs des critères d'aptitude et les critères d'évaluation".

**8.1.1** Les critères de qualification et d'adjudication assument des fonctions différentes : ne pas satisfaire aux critères de qualification entraîne l'exclusion du soumissionnaire (cf. art. 11 let. a LMP ; MARTIN BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 1025 ss). L'insuffisance face à un critère de qualification ne peut donc pas être compensée par un excédent face à d'autres critères. Les critères d'adjudication servent en revanche à l'appréciation des offres recevables. La qualification doit par conséquent être évaluée dans une première étape ; ensuite, dans une seconde étape, il s'agit d'évaluer les offres recevables. Il serait inadmissible d'omettre la première étape et de retenir une offre qui ne répondrait pas aux critères de qualification (cf. ATF 139 II 489 consid. 2.2.4 ; arrêt du TF 2P.322/2006 du 14 août 2007 consid. 3.3.1 ; arrêt du TAF B-4902/2013 précité consid. 4.2 ; OLIVIER RODONDI, *Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics*, in : RDAF 2001 I p. 387 ss, spéc. p. 412 ss ; MARTIN BEYELER, *Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz*, 2004, p. 206 ss).

**8.1.2** En l'espèce, comme le relève le pouvoir adjudicateur, le critère de qualification Q3 a pour but d'établir non seulement si les personnes clés disposent des connaissances techniques requises mais également si elles ont suffisamment de temps à consacrer au projet. Dès lors, si un soumissionnaire ne démontre pas la disponibilité de ses personnes clés, et donc son aptitude à réaliser le marché, il n'est pas utile au pouvoir adjudicateur de procéder à l'évaluation de son offre, quand bien même le

prix de celle-ci serait nettement inférieur aux autres. En revanche, si le soumissionnaire répond à tous les critères de qualification, le pouvoir adjudicateur procédera à l'évaluation, notamment des solutions d'optimisation proposées. Les deux critères de qualification et d'adjudication en cause sont indépendants l'un de l'autre et ne s'influencent pas mutuellement ; l'appel d'offres ne les lie d'ailleurs nullement.

Il s'ensuit que la recourante devait obligatoirement satisfaire au critère d'aptitude relatif à la disponibilité des personnes clés pour que son offre soit évaluée sur la base des critères d'adjudication. Il n'y a dès lors aucune contradiction entre le critère de qualification Q3.2 et le critère d'adjudication C2. Par ailleurs, si la recourante y voyait une contradiction, elle aurait dû contester ces critères au stade de l'appel d'offres (cf. art. 29 let. b LMP) ou, à tout le moins, se renseigner à cet égard auprès du pouvoir adjudicateur, ce qu'elle n'a, au vu du dossier, pas fait. Ainsi, outre le fait qu'il est mal fondé, son grief se révèle tardif.

**8.1.3** De même, il convient de rappeler qu'en déposant une offre, les fournisseurs se "soumettent" au cadre tracé par l'appel d'offres et ses documents. Partant, les soumissionnaires doivent proposer des prestations qui correspondent à celles demandées par le pouvoir adjudicateur ; ils ne sauraient en effet modifier spontanément la liste des prestations requises et offrir autre chose (cf. POLTIER, op. cit., n. 306). Ceci ressort en l'occurrence clairement du ch. 2.9 de l'appel d'offres, lequel indique qu'il n'est pas autorisé d'apporter des modifications dans le texte de l'offre. La recourante ne pouvait dès lors délibérément modifier les documents d'appel d'offres en proposant une répartition des disponibilités de l'ingénieur réseaux différente de celle prévue dans le formulaire Q3.2, lequel constitue un critère de qualification ; il importe peu à cet égard qu'elle visait par là à satisfaire à un critère d'évaluation, doté d'une pondération importante. Il s'ensuit que, pour cette raison également, l'offre de la recourante devait être exclue (cf. POLTIER, op. cit., n. 306).

**8.2** La recourante soutient enfin que le défaut d'aptitude retenu par le pouvoir adjudicateur est manifestement disproportionné et ne se fonde pas sur une analyse complète du critère concerné. Elle indique qu'elle est en effet une entreprise leader sur le marché suisse très spécialisé des systèmes de gestion de la sécurité dans les tunnels, qu'elle est solidement implantée en Suisse romande et que ses compétences y sont reconnues ; les quelques sociétés actives dans ce type de marché sont

par ailleurs toutes connues du pouvoir adjudicateur depuis de nombreuses années. Aussi, si celui-ci avait le moindre doute quant à son aptitude à réaliser le marché, il aurait dû lui demander des explications ou de nouveaux justificatifs. Elle ajoute qu'il ne s'agissait pas ici de modifier son offre, dès lors que les éléments dont il est question n'influencent en aucune manière le prix offert ou le contenu de son offre. Elle relève en outre qu'en accusant réception de son offre, le pouvoir adjudicateur a indiqué qu'il prendrait contact avec elle si des compléments d'information s'avéraient nécessaires. Aussi, la recourante considère que le pouvoir adjudicateur a méconnu le droit et fait preuve de mauvaise foi, respectivement de formalisme excessif et d'arbitraire, en ne demandant pas d'explications à la recourante concernant les indications portées dans le tableau référencé Q3.2 de son offre avant de prononcer son exclusion.

**8.2.1** A teneur de l'art. 19 al. 1 LMP, les soumissionnaires remettent leur offre par écrit, de manière complète et dans les délais fixés. Ainsi, une fois le délai pour introduire les offres échu, il est en principe interdit d'y apporter des corrections. Il est toutefois admissible qu'entre l'ouverture des offres et l'adjudication, un soumissionnaire donne des éclaircissements quant à son offre, à condition que celle-ci n'en soit pas modifiée (cf. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, 2002, p. 238). De même, le pouvoir adjudicateur est seulement autorisé, en application de l'art. 25 OMP, à rectifier les offres du point de vue technique et/ou comptable de manière uniforme, de sorte qu'elles puissent être comparées objectivement mais non à les compléter ou à les modifier sous peine de porter atteinte à l'égalité de traitement entre concurrents consacrée à l'art. 1 al. 2 LMP (cf. arrêt du TAF B-4860/2010 du 13 juillet 2011 consid. 5.4 et réf. cit.).

La qualification des soumissionnaires est ainsi à examiner sur la base des renseignements et justificatifs fournis. Par conséquent, il n'appartient en principe pas au pouvoir adjudicateur de clarifier la question de l'aptitude d'un soumissionnaire lorsque les preuves apportées ne satisfont pas aux exigences fixées dans les documents d'appel d'offres. Ceci vaut même si, ce faisant, l'offre économiquement la plus avantageuse ne peut être prise en considération (cf. décision incidente du TAF B-504/2009 précitée consid. 7.2 et réf. cit.).

Néanmoins, en application des principes de l'interdiction du formalisme excessif (cf. art. 29 al. 1 Cst.) et de la protection de la bonne foi (cf. art. 9 Cst.), l'autorité peut être tenue de signaler d'office à l'administré

des erreurs de procédure qu'il a commises ou qu'il s'apprête à commettre (cf. décision incidente du TAF B-504/2009 précitée consid. 7.3 ; ATF 128 II 139 consid. 2a). En matière de marchés publics, il existe même, dans certaines circonstances, un devoir d'interpeler le soumissionnaire avant de prononcer son exclusion pour non-respect notamment d'un critère d'aptitude, sous peine de violation du principe de proportionnalité (cf. art. 5 al. 2 Cst.). Tel est le cas lorsque l'offre souffre d'un défaut de moindre importance ne justifiant pas une exclusion (cf. art. 19 al. 3 LMP *a contrario*), tel une erreur formelle ou l'absence d'un document, dont l'omission résulte manifestement d'une inadvertance. Dans ces situations, le soumissionnaire doit être invité à réparer le vice (cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n. 438 ss ; décisions incidentes du TAF B-1774/2006 du 13 mars 2007 consid. 3.3, B-7393/2008 du 14 janvier 2009 consid. 3.1 et B-504/2009 précitée consid. 7.3, arrêt du TAF B-4902/2013 précité consid. 7.2.2 et réf. cit.).

**8.2.2** En l'espèce, il y a lieu de constater que le formulaire Q3.2 rempli par la recourante n'est ni incomplet ni imprécis. Le manque de disponibilité de l'ingénieur réseaux ne résulte pas davantage d'une erreur ou d'une inadvertance, la recourante s'étant écartée sciemment de la disponibilité minimale exigée par le pouvoir adjudicateur dans le but de satisfaire au mieux au critère d'adjudication C2 (cf. consid. 8.1). Aussi, il y a lieu de retenir que le pouvoir adjudicateur n'a pas méconnu le droit en n'invitant pas la recourante à prouver son aptitude à réaliser le marché en cause. Son recours doit donc être rejeté sur ce point également.

**8.2.3** Enfin, il est vrai que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'autorité peut tenir compte des connaissances et expériences déjà acquises pour se représenter l'aptitude ou la qualité d'un soumissionnaire, en particulier dans une branche spécialisée où tous se connaissent ; ces antécédents sont incontournables et il n'est pas en soi illicite de s'y référer (cf. arrêt du TF 2C\_549/2011 du 27 mars 2012 consid. 2.4). Néanmoins, il ne s'agit en l'espèce pas tant d'examiner les compétences de la recourante à réaliser le marché mais bien de déterminer si l'ingénieur réseaux dispose du temps nécessaire à consacrer au projet, ce que la réputation de la recourante et autres marchés obtenus par elle ne permettent nullement d'apprécier.

## 9.

Il résulte de ce qui précède que la recourante ne satisfait pas au critère d'aptitude relatif à la disponibilité des personnes clés. Dès lors que la non-réalisation d'un critère de qualification entraîne l'exclusion du

soumissionnaire de la procédure d'adjudication (cf. art. 11 let. a LMP), il convient d'admettre que c'est à juste titre que la recourante a été écartée de la procédure.

#### **10.**

En tant que la recourante a été valablement exclue de la procédure de soumission, elle n'a pas d'intérêt digne de protection à recourir contre la décision d'adjudication ; le marché ne peut dans tous les cas lui être attribué. La conclusion du recours tendant à l'annulation de la décision d'adjudication est de ce fait irrecevable (cf. CHRISTOPH JÄGER, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in : Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics, Zurich/Bâle/Genève 2014, n. 88 ; arrêts du TAF B-7337/2010 précité consid. 5 et B-1470/2010 du 29 septembre 2010 consid. 1.7).

#### **11.**

Reste cependant encore à examiner si la décision d'adjudication est entachée de nullité, auquel cas celle-ci doit être constatée d'office.

**11.1** Selon la jurisprudence, une décision est nulle – c'est-à-dire absolument inefficace – si le vice qui l'affecte est particulièrement grave, s'il est manifeste ou du moins facilement décelable et si, de surcroît, la sécurité du droit n'est pas sérieusement mise en danger par la constatation de cette nullité (cf. arrêt du TF 5A\_349/2011 du 25 janvier 2012 consid. 4.4.3, ATF 132 II 21 consid. 3.1, ATF 129 I 361 consid. 2.1). Hormis dans les cas expressément prévus par la loi, il n'y a lieu d'admettre la nullité qu'à titre exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire (cf. arrêt du TF 8C\_816/2007 du 11 novembre 2008 consid. 5.3 et réf. cit.).

**11.2** En l'espèce, la recourante relève qu'elle n'est pas en mesure de déterminer si l'adjudicataire est bien la société qui a déposé l'offre retenue, dès lors que celle-ci émanerait de Ya.\_\_\_\_\_ et que l'adjudicataire est la société Yc.\_\_\_\_\_. Aussi, elle ignore laquelle de ces deux sociétés a fait l'objet de l'examen d'aptitude, relevant que les ressources humaines mentionnées dans l'offre de Ya.\_\_\_\_\_ ne peuvent pas être à choix employées de l'une ou de l'autre société.

**11.3** Il ressort du site Internet des entreprises Y.\_\_\_\_\_, membres du groupe P.\_\_\_\_\_ que celles-ci sont implantées dans plus d'une trentaine de pays, dont la France où elles comptent 34 sociétés. Parmi celles-ci, on

trouve la société Yc.\_\_\_\_\_, sise à (...), et la société Ya.\_\_\_\_\_, sise à (...) (cf. [http://www\[...\]](http://www[...].)).

En l'espèce, il appert du dossier de l'offre retenue, sous la mention "Indications du soumissionnaire", qu'elle a été signée par la société Ya.\_\_\_\_\_. De même, il ressort de l'onglet "Pouvoirs du signataire" que Ya.\_\_\_\_\_ dirige et gère – sur délégation de pouvoirs de Yc.\_\_\_\_\_ – les opérations relevant des routes et des tunnels.

Aussi, dans l'hypothèse où il existerait une confusion entre la société dépositaire de l'offre et la société adjudicataire, respectivement entre les personnes clés ayant fait l'objet de l'examen d'aptitude et celles qui réaliseront le projet, il ne s'agirait dans tous les cas pas – dès lors qu'il existe une délégation de pouvoirs entre Yc.\_\_\_\_\_ et Ya.\_\_\_\_\_ – d'un vice à ce point grave que l'annulation de l'adjudication ne suffise manifestement pas à garantir la protection juridique nécessaire.

## **12.**

Mal fondé, le recours doit ainsi être rejeté, dans la mesure où il est recevable.

Le présent arrêt rend sans objet la requête d'octroi de l'effet suspensif jointe au recours.

## **13.**

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (cf. art. 2 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase et 4 FITAF).

En l'espèce, les frais de procédure – lesquels comprennent également les frais relatifs à la décision incidente du 21 août 2014 statuant sur la demande d'accès au dossier de passation – doivent être fixés à 3'000 francs. Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant versée par la recourante le 12 août 2014.

**14.**

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

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

**1.**

Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.

**2.**

Les frais de procédure, relatifs au présent arrêt et à la décision incidente du 21 août 2014, d'un montant de 3'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais du même montant déjà perçue.

**3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- au pouvoir adjudicateur (n° de réf. SIMAP-ID du projet 105773 ; acte judiciaire)
- à l'adjudicataire (en extrait ; courrier A)

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

Le président du collège :

La greffière :

Pascal Richard

Muriel Tissot

**Indication des voies de droit :**

Pour autant qu'elle soulève une question de principe (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 (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 : 27 octobre 2014