



Cour II

Case postale
CH-9023 St-Gall
Téléphone +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.tribunal-administratif.ch

Numéro de classement : B-4602/2019
ric/bmm

Décision incidente du 27 septembre 2019

Composition

Pascal Richard, juge unique ;
Muriel Tissot, greffière.

En la cause

Parties

X. _____ AG,
représentée par Walter Streit, avocat,
recourante,

contre

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

Objet

marché public, appel d'offres,
Projet "N01.02 080162-Jct. du Grand-Saconnex – Lot 11 -
Energie - Eclairage - Câblage - Auxiliaires",
SIMAP-Numéro de la publication 1091313,
SIMAP-ID du projet 192017,

Faits :

A.

Le 21 août 2019, l'Office fédéral des routes – Infrastructure routière Ouest Filiale Estavayer-le-Lac (ci-après : pouvoir adjudicateur ou OFROU) a publié, en français, sur la plateforme Simap, un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de travaux, intitulé « N01.02 080162-Jct. du Grand-Saconnex – Lot 11 - Energie - Eclairage - Câblage - Auxiliaires ». Celui-là indiquait notamment que la langue acceptée pour le dépôt des offres (ch. 3.10), de même que la langue du dossier d'appel d'offres (ch. 3.12), était le français. De plus, il est précisé que les bureaux d'ingénieurs A._____ SA, B._____ SA, C._____ SA et D._____ SA, ainsi que toutes les sociétés ayant un lien juridique ou économique étroit avec eux sont exclus de la présente procédure du fait de leur fonction de responsables de la direction des travaux et de leur participation à la préparation du dossier d'appel d'offres (ch. 4.5 pt 9).

B.

Le 10 septembre 2019, X._____ AG (ci-après : recourante) exerce un recours contre cet appel d'offres au Tribunal administratif fédéral, concluant à ce que le pt 9 du ch. 4.5 de l'appel d'offres soit modifié en ce sens que les sociétés ayant un lien juridique ou économique étroit avec l'un des bureaux d'ingénieurs mentionnés ne soient pas d'emblée exclues de la procédure. A titre préalable, elle demande que l'effet suspensif soit accordé au recours et que le délai de dépôt des offres soit prolongé jusqu'à ce que la décision soit entrée en force, subsidiairement, qu'elle soit autorisée à déposer une offre. Elle requiert en outre que la langue de la procédure de recours soit l'allemand, pour autant que le pouvoir adjudicateur y consente. A l'appui de ses conclusions, la recourante se plaint de violations des règles sur la préimplication, de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire et du principe de la proportionnalité ; une telle exclusion se révélerait en outre contraire aux principes du droit des marchés publics. Elle expose être membre du même groupe de sociétés que l'un des bureaux d'ingénieurs mentionnés dans l'appel d'offres, à savoir B._____ SA et dont la proximité économique ou juridique conduit à l'exclusion de la procédure. Elle indique toutefois de manière détaillée en quoi ce lien ne saurait mener à une telle exclusion, insistant notamment sur l'autonomie dont chaque société fille du groupe jouit et sur le manque de constance dans la pratique de l'OFROU en la matière. Elle relève en particulier qu'un éventuel problème de conflit d'intérêts pourrait se régler par la récusation des membres de l'équipe d'évaluation. De manière

générale, elle estime qu'une exclusion pour le seul motif abstrait d'appartenance au même groupe qu'un bureau d'ingénieurs ayant participé au projet en aval ne saurait se justifier. Cela aurait en outre pour conséquence de trop fortement limiter le nombre de soumissionnaires éventuels.

C.

Invité à se déterminer sur les requêtes procédurales de la recourante, le pouvoir adjudicateur conclut à l'irrecevabilité du recours, au rejet de la requête d'octroi de l'effet suspensif, ainsi qu'à ce que la procédure de recours soit menée en français dans ses déterminations du 24 septembre 2019. Elle indique en outre que le marché est soumis à la loi sur les marchés publics. Elle estime que rien n'empêche la recourante de déposer une offre dès lors qu'elle n'est pas formellement exclue par le point litigieux de l'appel d'offres ; elle considère dès lors sa requête en ce sens comme caduque. Elle conteste pour le surplus qu'un éventuel avantage commercial pourrait être compensé par les règles de la récusation puisque l'on ne peut exclure qu'une entreprise ayant participé à la préparation de l'appel d'offres n'aide un soumissionnaire dans la rédaction de son offre. Elle précise sur ce point que ni les directives internes du groupe, auquel appartient la recourante, ni la déclaration de B._____ SA ne sont suffisantes pour éliminer ce risque. Elle expose ensuite que ce n'est qu'après un examen concret des liens entre les soumissionnaires et les entreprises mentionnées dans l'appel d'offres qu'il sera statué sur une éventuelle exclusion et que, tant que la recourante n'a pas déposé d'offre, la question de son exclusion ne se pose pas.

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

Droit :

1.1

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître notamment des recours contre les appels d'offres dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1 ; cf. art. 29 let. b LMP en relation avec l'art. 27 al. 1 LMP). Dans ce cadre, le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour statuer sur des requêtes d'octroi de l'effet suspensif (cf. art. 28 al. 2 LMP).

1.2 La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la LMP et la LTAF n'en disposent pas autrement

(cf. art. 26 al. 1 LMP et art. 37 LTAF). Selon l'art. 31 LMP, le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué dans la procédure de recours.

1.3 Selon une pratique bien établie, le Tribunal administratif fédéral statue en collège sur les requêtes tendant à l'octroi de l'effet suspensif au recours contre une décision d'adjudication. En revanche, le juge instructeur décide seul du sort de telles requêtes en cas de recours contre un appel d'offres ou une interruption de la procédure (cf. décisions incidentes du TAF B-3402/2009 du 2 juillet 2009 consid. 1.2, partiellement publiée aux ATAF 2009/19 et B-6708/2017 du 14 décembre 2017 consid. 1.3 et réf. cit.).

2.

A titre liminaire, la recourante a requis que l'allemand soit adopté comme langue de la procédure de recours pour autant que le pouvoir adjudicateur y consente. Celui-ci s'est toutefois expressément opposé à un changement de la langue de la procédure.

2.1 Selon l'art. 24 al. 3 LMP, l'appel d'offres et l'adjudication seront publiés au moins dans la langue officielle du lieu où est prévu la construction lorsqu'ils concernent des marchés de construction et des fournitures y afférentes ainsi que des services en relation avec des projets de construction et dans deux langues officielles au moins lorsqu'ils concernent d'autres fournitures et services. Dans la mesure où cette disposition ne permet pas de déterminer la langue de la procédure, il convient d'examiner cette question à la lumière de la loi sur la procédure administrative (cf. art. 26 al. 1 LMP).

L'art. 33a al. 1 PA dispose que la procédure est conduite dans l'une des quatre langues officielles ; en règle générale, il s'agit de la langue dans laquelle les parties ont déposé ou déposeraient leurs conclusions. Ainsi, l'autorité de première instance détermine au début de la procédure, soit par décision soit de manière implicite, la langue de cette procédure. Une fois que cette dernière est fixée, elle est valable pour l'ensemble des participants à la procédure et pour toute la durée de celle-ci conformément aux principes d'exclusivité et de l'unité de la procédure (cf. PATRICIA EGLI, in : Praxiskommentar VwVG, 2^e éd., 2016, art. 33 n° 3 et 10 ss ; arrêt partiel et décision incidente du TAF B-2577/2016 du 12 octobre 2016 consid. 4.1.2). Lorsqu'une procédure implique plusieurs parties qui ont déposé ou déposeraient leurs conclusions dans des langues officielles différentes, l'autorité doit déterminer une seule langue de procédure, en tenant compte des principes, tels que l'économie de procédure, la célérité, la sécurité du

droit et les intérêts en présence ainsi que l'égalité des armes entre les parties (cf. arrêts du TF 1A.71/2005 du 11 mai 2005 consid. 4.1, 1A.33/2000 du 19 juin 2000 consid. 3b et 3c ; ATAF 2008/31 consid. 7 ; arrêt partiel et décision incidente du TAF B-2577/2016 du 12 octobre 2016 consid. 4.1.2 ; EGLI, op. cit., n° 14 ss ; THOMAS PFISTERER, in : Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren VwVG Kommentar, 2^e éd., art. 33a, n° 35).

Dans la procédure de recours, la langue est celle de la décision attaquée. Si les parties utilisent une autre langue officielle, celle-ci peut être adoptée (art. 33a al. 2 PA).

2.2 En l'occurrence, la recourante ne remet en cause ni le choix de la langue de l'appel d'offres ni celui de la langue de la procédure de passation et du dépôt des offres. Elle souhaite en revanche que la procédure de recours soit menée en allemand ; elle a toutefois subordonné ce changement de langue à l'accord du pouvoir adjudicateur, lequel s'y oppose. Dans ces circonstances, et compte tenu du fait que la recourante ne remet nullement en cause la langue retenue pour l'ensemble de la procédure de passation, un changement de langue ne paraît pas opportun.

2.3 La procédure de recours sera dès lors conduite en français, raison pour laquelle la cause est reprise par un juge instructeur de langue maternelle française. La recourante est toutefois libre de s'exprimer dans la langue officielle de son choix, en particulier l'allemand.

3.

A la différence de l'art. 55 al. 1 PA, l'art. 28 al. 1 LMP prévoit que le recours n'a pas d'effet suspensif. Sur demande, le Tribunal administratif fédéral peut accorder l'effet suspensif (cf. art. 28 al. 2 LMP). La LMP ne mentionne pas les critères à prendre en considération pour statuer sur la requête d'effet suspensif. Selon les principes développés par la jurisprudence et la doctrine à propos de l'art. 55 PA, auxquels il convient de se référer, l'octroi, le retrait ou la restitution de l'effet suspensif résultent d'une mise en balance des intérêts, d'une part, à l'exécution immédiate de la décision et, d'autre part, au maintien du régime antérieur jusqu'à droit connu. Il s'agit donc de procéder à une pondération des intérêts publics et privés, voire entre des intérêts privés divergents (cf. ATF 129 II 286 consid. 3 ; décisions incidentes du TAF B-3992/2018 du 2 octobre 2018 consid. 2, B-1823/2017 du 10 mai 2017 consid. 3, B-4743/2015 du 16 septembre 2015 consid. 3, B-804/2014 du 16 avril 2014 consid. 3 et B-3158/2011 du 12 juillet 2011 consid. 3 et les références citées). La réglementation spéciale de l'art. 28

LMP, prévoyant que le recours n'a pas d'effet suspensif mais qu'il peut être accordé sur demande, atteste que le législateur était conscient de la portée d'un tel effet dans le domaine des marchés publics et qu'il a voulu que cette question soit examinée de cas en cas. Cela ne signifie toutefois pas que l'effet suspensif ne peut être accordé qu'exceptionnellement (cf. ATAF 2007/13 consid. 2.1 et les références citées ; décisions incidentes du TAF B-3992/2018 du 2 octobre 2018 consid. 2, B-1823/2017 du 10 mai 2017 consid. 3, B-4743/2015 du 16 septembre 2015 consid. 3 et B-3402/2009 du 2 juillet 2009 consid. 1.2).

3.1 Dans le cadre de l'examen de la requête d'effet suspensif, la jurisprudence prescrit un examen *prima facie* de l'apparence du bien-fondé du recours. Si, au regard des seules pièces du dossier, le recours apparaît manifestement irrecevable ou mal fondé, l'effet suspensif ne doit pas être octroyé. En revanche, si le recours – qui ne semble pas d'emblée irrecevable – ne paraît pas dénué de chances de succès ou qu'il existe des doutes à ce propos, il y a lieu de procéder à une pondération des intérêts en présence (cf. ATAF 2017/IV/3 consid. 3.3 ; décisions incidentes du TAF B-3992/2018 du 2 octobre 2018 consid. 2.1, B-1823/2017 du 10 mai 2017 consid. 3.1, B-4743/2015 du 16 septembre 2015 consid. 3, B-804/2014 du 16 avril 2014 consid. 3, B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 2.2 et B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1).

3.2 Selon la jurisprudence, il convient, dans la pondération des intérêts, de tenir compte de celui du recourant au maintien de la possibilité d'obtenir l'adjudication, lequel présente également un intérêt public à garantir une véritable voie de droit (cf. décision incidente du TAF B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 2). A ces intérêts, s'opposent les intérêts publics que le pouvoir adjudicateur doit prendre en considération. Dans son message 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 ; FF 1994 IV 995 ss), le Conseil fédéral relève que si un recours comportait automatiquement un effet suspensif, empêchant la conclusion du contrat jusqu'à ce que la décision soit rendue, cela risquerait d'entraîner des retards et des frais supplémentaires considérables lors de l'acquisition (p. 1236). Dans le même sens, le Tribunal fédéral relève, dans le cadre de l'interprétation de l'art. 17 al. 2 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP, RS 172.056.5), qu'il convient de reconnaître d'emblée un poids considérable à l'intérêt public à une exécution aussi rapide que possible de la décision d'adjudication (cf. arrêt du TF 2P.103/2006 du 29 mai 2006 consid. 4.2.1 et les références citées ; dans

le même sens ATAF 2008/7 consid. 3.3). De jurisprudence constante, il y a également lieu de tenir compte d'éventuels intérêts de tiers, notamment des autres participants à une procédure de marchés publics. Enfin, au regard notamment des objectifs poursuivis par l'art. XX ch. 2 et 7 AMP, il se justifie tout particulièrement de veiller à ne pas rendre illusoire la garantie d'une protection juridique efficace (cf. ATAF 2007/13 consid. 2.2 et les références citées).

4.

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

4.1 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^e 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.).

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

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

4.1.2 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, le marché en cause constitue le lot n° 11 du projet routier de modification complète de la jonction du Grand-Saconnex visant à permettre la liaison avec la future route des Nations. Le projet global paraît constituer

un marché de construction au sens de la LMP (CPCprov 513). De même, l'adjudication litigieuse se rapporte à la fabrication, la livraison, l'installation et la mise en service des équipements BSA relatifs à l'énergie, à l'éclairage, au câblage et aux installations auxiliaires. Le lot en question semble ainsi également relever de la construction (CPCprov 516) .

4.1.3 Enfin, l'art. 6 al. 1 LMP prévoit des seuils (sans la TVA) au-delà desquels la loi est applicable si la valeur estimée du marché à adjudger les atteint. L'art. 1 let. b de l'ordonnance du DEFR du 22 novembre 2017 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2018 et 2019 (RS 172.056.12) dispose en lien avec ledit article que la valeur seuil se monte respectivement à 8'700'000 francs pour les ouvrages (let. c) L'estimation préalable que le pouvoir adjudicateur fait de la valeur du marché est l'élément déterminant pour apprécier si le seuil fixé par la loi et l'ordonnance est atteint (cf. arrêt du TAF B-985/2015 du 12 juillet 2015 consid. 2.4 et réf. cit.).

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

En l'espèce, le projet de modification a, selon le pouvoir adjudicateur, une valeur globale de près de 197'000'000 francs. Il s'ensuit que la valeur estimée du projet dépasse très largement le seuil légal de 8'700'000 francs. Le pouvoir adjudicateur dispose en outre d'une certaine liberté pour décider quels marchés, parmi ceux inférieurs au montant de *minimis*, il entend ne pas assujettir aux procédures de marché public (cf. ATAF 2009/18 consid. 2.4.2 et réf. cit.).

La valeur seuil paraît dès lors atteinte.

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

4.1.5 Il ressort de ce qui précède que, *prima facie*, la LMP s'applique dans le cas présent.

4.2 Selon l'art. 48 PA, 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 (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c).

Le Tribunal fédéral a précisé qu'en cas de recours contre un appel d'offres, les chances de voir son offre retenue ne jouent aucun rôle lors de l'examen de la qualité pour recourir d'une partie. Il suffit, dans de tels cas, que celle-ci soit un soumissionnaire potentiel pour le marché en cause et qu'elle ait conclu respectivement à la mise en œuvre d'une nouvelle procédure ou à la constatation de l'illicéité de l'appel d'offres entrepris (cf. arrêt du TF 2C_563/2016 du 30 décembre 2016 consid. 1.3.2 et réf. cit.).

En l'occurrence, la recourante est, indépendamment des chances réelles d'obtenir l'adjudication, un soumissionnaire potentiel du marché mis en soumission. Le pouvoir adjudicateur prétend toutefois que le recours est prématuré dès lors que, n'ayant pas déposé d'offre, la recourante – qui n'est pas expressément citée dans l'appel d'offres – n'a pas encore été exclue de la procédure. Cette appréciation ne saurait d'emblée être suivie. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, les griefs concernant l'appel d'offres ne peuvent être soulevés dans le cadre d'un recours contre une décision ultérieure à moins que la signification et la portée de la disposition en cause ne soient pas d'emblée reconnaissables (ATAF 2014/14 consid. 4.4). Aussi, quand bien même on ne peut exclure que le point soulevé par la recourante pourrait également être entrepris, en raison de son manque de clarté, lors d'une éventuelle exclusion, rien ne s'oppose à ce qu'il soit soulevé contre l'appel d'offres déjà (cf. ATAF 2018 IV/2 consid. 1.1 concernant un recours contre un appel d'offres s'en prenant aux documents d'appel d'offres).

Il suit de là que la qualité pour recourir ne saurait, *prima facie*, être niée.

4.3 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) sont en outre respectées.

5.

Ceci étant, il convient dès lors d'examiner les chances de succès du recours.

La recourante s'en prend au pt 9 du ch. 4.5 de l'appel d'offres "Exclusion, préimplication" qui prévoit que les sociétés ayant un lien juridique ou économique étroit avec l'un des bureaux d'ingénieurs y mentionnés sont exclues de la procédure. Elle entend pouvoir déposer une offre en étant assurée que la seule appartenance au même groupe que la société B. _____ SA ne saurait conduire à son exclusion du marché.

5.1

5.1.1 La LMP ne contient aucune règle à ce sujet. Toutefois, fondé directement sur l'art. VI ch. 4 AMP, ainsi que sur l'exigence d'égalité de traitement entre soumissionnaires mais également sur la volonté de renforcer la concurrence et de favoriser une utilisation économique des fonds publics (art. 1 LMP), le Conseil fédéral a arrêté l'art. 21a OMP (cf. rapport explicatif du Département fédéral des finances [DFF] du 1^{er} janvier 2010 sur la modification de l'OMP). Selon cette disposition, le pouvoir adjudicateur exclut un soumissionnaire de la procédure si celui-ci a participé à la préparation du marché et si l'avantage concurrentiel ainsi acquis ne peut pas être compensé par des moyens appropriés et que cette exclusion ne compromet pas l'efficacité de la concurrence entre les soumissionnaires (al. 1 let. a et b). Les moyens appropriés pour compenser un avantage concurrentiel sont en particulier la transmission d'indications déterminantes sur les travaux préalables, la communication des noms des participants à la préparation du marché et la prolongation des délais minimaux (art. 21a al. 2 let. a à c OMP).

5.1.2 Les principes régissant la question de la préimplication en matière de marchés publics fédéraux découle de l'art. VI ch. 4 AMP (cf. décisions incidences du TAF B-6653/2016 du 29 novembre 2016 consid. 7.1 et B-4621/2008 du 6 octobre 2008 consid. 5.1) ; ils consistent en outre en une forme particulière de l'application de l'égalité de traitement par le pouvoir adjudicateur à l'égard de l'ensemble des soumissionnaires, laquelle est consacrée à l'art. 8 al. 1 let. a LMP (cf. arrêt du TAF B-6708/2017 du 9 mai 2018 consid. 3.1.2 ; décisions incidentes du TAF B-5439/2015 du 12 novembre 2015 consid. 3.1.4 et B-6653/2016 précitée consid. 7.1).

Il y a préimplication lorsqu'un soumissionnaire a participé à la procédure d'appel d'offres, par exemple en établissant les bases du projet, en

élaborant les documents d'appel d'offres ou encore en fournissant au pouvoir adjudicateur des informations sur des données spécifiques techniques concernant les biens à acquérir (cf. arrêt du TF 2P.164/2004 du 25 janvier 2005 consid. 3.1 ; arrêt du TAF B-6708/2017 précité consid. 3.1.2 ; décisions incidentes du TAF B-6653/2016 précitée consid. 7.2, B-2028/2013 du 15 mai 2013 consid. 6.1.4 et B-4621/2008 précitée consid. 5.2). Une telle préimplication est susceptible de porter atteinte au principe de l'égalité de traitement entre concurrents ; le soumissionnaire se trouvant dans une telle situation peut en effet être tenté d'influencer le pouvoir adjudicateur en privilégiant son offre ou de mettre à profit les connaissances acquises durant la préparation de la procédure de passation (cf. arrêt du TF 2P.164/2004 précité consid. 3.1 ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2013, n° 1043 ss).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue avant l'entrée en vigueur de l'art. 21a OMP, la préimplication d'un soumissionnaire peut conduire à son exclusion de la procédure (cf. arrêt du TF 2P.164/2004 précité consid. 3.3 ; arrêt du TAF 3013/2012 du 31 août 2012 consid. 3.6). Il ne sera renoncé à l'exclusion que si l'avantage concurrentiel peut être compensé (cf. décision incidente du TAF B-1358/2013 du 23 février 2013 consid. 3.3). En tel cas, le pouvoir adjudicateur, lequel dispose d'un pouvoir d'appréciation, examinera dans le respect du principe de la proportionnalité les moyens à ordonner (cf. arrêt du TAF B-6708/2017 précité consid. 3.1.2 ; décision incidente du TAF B-6653/2016 précitée consid. 7.2 *in fine* ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *op. cit.*, n° 1045).

5.2 En l'espèce, la recourante n'a pas été exclue du marché de passation. Elle est donc habilitée à déposer une offre, comme le reconnaît d'ailleurs le pouvoir adjudicateur quand bien même elle est renseignée sur les liens existants entre la recourante et la société B. _____ SA. Aussi, en tant que la recourante s'en prend à son exclusion de ce seul fait, le recours ne paraît pas manifestement dénué de chance de succès.

Cela étant, le pouvoir adjudicateur a indiqué dans l'appel d'offres que toutes les sociétés ayant un lien juridique ou économique étroit avec les bureaux d'ingénieurs mentionnés sont exclues de la procédure du fait que ceux-ci ont exercé la fonction de responsables de la direction des travaux et ont participé à la préparation du dossier d'appel d'offres. S'il est vrai qu'il n'a pas précisé quel lien il entendait considérer comme étroit, il n'en demeure pas moins que ce point de l'appel d'offres est relativement clair. On ne saurait ainsi *prima facie* considérer qu'il ne s'agit là que d'un

avertissement selon lequel le pouvoir adjudicateur procédera à un examen approfondi des liens existants entre les bureaux d'ingénieurs mentionnés dans l'appel d'offres et les soumissionnaires. La conséquence de l'existence de tels liens est sans équivoque ; il y aura exclusion. Sans qu'il y ait lieu, à ce stade, de se prononcer sur cette manière de procéder, il paraît néanmoins légitime, compte tenu du temps et des moyens financiers que nécessite le dépôt d'une offre, que la recourante soit fixée quant à son éventuelle exclusion avant qu'elle ne sacrifie du temps et de l'argent au dépôt d'une offre. *Prima facie*, on peut donc admettre qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de se prononcer sur des demandes concrètes quant à une exclusion éventuelle. Le pouvoir adjudicateur est d'ailleurs en l'état bien informé quant aux liens existants entre la recourante et la société B. _____ SA, le recours contenant de nombreuses indications à ce sujet. On ne saisit pour le reste pas en quoi le dépôt d'une offre par la recourante serait nécessaire pour que le pouvoir adjudicateur l'examine. Celui-ci ne le prétend d'ailleurs pas ; il semble plutôt vouloir proroger son choix sans que *prima facie* des motifs objectifs ne le justifient. De plus, si de manière générale, il ne devait pas, par principe, reconnaître de liens étroits entre la recourante et la société B. _____ SA, il lui demeurerait loisible de prononcer ultérieurement une exclusion en se fondant sur des éléments concrets nouvellement découverts.

5.3 Il ressort de ce qui précède que, sur la base des pièces produites au dossier et d'un examen *prima facie*, le recours ne paraît pas voué à l'échec en tant qu'il est requis que l'offre ne soit pas d'emblée exclue de la procédure du seul fait de l'appartenance de la recourante au même groupe que la société B. _____ SA.

6.

Le recours n'étant pas *prima facie* manifestement infondé, il convient de procéder à la pondération des intérêts publics et privés en présence pour juger de la requête portant sur l'effet suspensif.

6.1 Dans ses déterminations, le pouvoir adjudicateur n'a invoqué aucune situation d'urgence justifiant de ne pas accorder l'effet suspensif jusqu'à droit connu sur le recours formé par la recourante. Il y a lieu d'en déduire qu'aucun intérêt public et privé prépondérant ne commande en l'espèce une poursuite de la procédure de passation de marché dont l'appel d'offres est contesté, sans égard au sort de la présente procédure. Il suit de là que l'intérêt de la recourante – dont le recours n'est *prima facie* pas dénué de chances de succès – à ce qu'elle ne soit pas exclue de la procédure de passation de marché de même que l'intérêt public à la garantie d'une

protection juridique efficace sont prépondérants, de sorte qu'ils doivent en l'espèce l'emporter sur l'intérêt public à une poursuite de la procédure, telle que prévue dans l'appel d'offres du 21 août 2019.

6.2 Dans ces circonstances, il convient de faire droit à la requête d'octroi de l'effet suspensif de la recourante en ce sens qu'il y a en effet lieu, en cas d'admission du recours, de lui garantir la possibilité de déposer une offre, éventuellement au-delà du délai prévu par l'appel d'offres. Cette mesure ne peut toutefois concerner que la recourante seule, les autres éventuels soumissionnaires n'ayant pas recouru. Compte tenu du délai au 10 octobre 2019 pour déposer les offres, il ne peut être exclu que certains soumissionnaires aient déjà finalisé leur offre, voire déposé celle-ci. Aussi, afin de préserver les intérêts privés en présence, il convient de ne pas révoquer le délai précité mais d'ordonner au pouvoir adjudicateur de ne pas procéder à l'ouverture des offres avant qu'il ne soit statué sur le recours.

7.

La question des frais et dépens liés à la présente décision incidente sera réglée dans le cadre de l'arrêt final.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

La langue de la procédure de recours est le français.

2.

La demande d'octroi de l'effet suspensif formée par la recourante est admise en ce sens qu'il est ordonné au pouvoir adjudicateur de ne pas procéder à l'ouverture des offres avant qu'il ne soit statué sur le recours.

3.

Les frais et dépens relatifs à cette décision seront réglés dans l'arrêt au fond.

4.

La présente décision incidente est adressée à :

- à la recourante (par courriel et par recommandé avec avis de réception ; annexes : double de la prise de position du pouvoir adjudicateur du 24 septembre 2019 et de son bordereau de pièces)
- au pouvoir adjudicateur (par courriel et par recommandé avec avis de réception ; n° de réf. SIMAP – ID du projet 192017)

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

Le juge unique :

La greffière :

Pascal Richard

Muriel Tissot

Indication des voies de droit :

Pour autant qu'elle cause un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]), que les valeurs seuils fixées à l'art. 83 let. f ch. 1 LTF soient atteintes et qu'elle soulève une question juridique de principe (art. 83 let. f ch. 2 LTF), la présente décision incidente 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. 100 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 27 septembre 2019