



Cour II
B-4860/2010
{T 0/2}

Décision incidente du 30 juillet 2010

Composition

Claude Morvant (président du collège), Marc Steiner,
Bernard Maitre, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

W._____ **SA**, **X.**_____ **SA**, **Y.**_____ **SA** et
Z._____ **SA**, formant le Consortium **A.**_____,
représentées par Maître Simon Othenin-Girard, avocat,
KGG et Associés,
recourantes,

contre

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

Objet

Marchés publics - N05 UPlaN5 Colombier-Cornaux, TP1
CS projet d'intervention, appel d'offres, documents
d'exécution, exécution, mise en service, achèvement.

Faits :**A.**

Le 19 mars 2010, l'Office fédéral des routes OFROU (ci-après : le pouvoir adjudicateur) a publié dans le Système d'information sur les marchés publics en Suisse (simap) un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de services intitulé "N05 UPlaNS Colombier-Cornaux, TP1 CS Projet d'intervention, appel d'offres, documents d'exécution, exécution, mise en service, achèvement".

Dans le délai de clôture pour le dépôt des offres, fixé au 30 avril 2010 à 12h00, quatre soumissionnaires ont déposé une offre. Parmi celles-ci figurait l'offre du consortium A._____, réunissant les recourantes, pour un montant de Fr. 3'934'600.- hors taxe.

Une rencontre a eu lieu le 31 mai 2010 entre le pouvoir adjudicateur et les recourantes en vue de clarifier l'offre de ces dernières quant à l'organisation de la direction locale des travaux.

Par décision du 16 juin 2010, le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché litigieux à l'association d'ingénieurs L._____ (ci-après : l'adjudicataire) pour un montant de Fr. 3'993'258.- hors taxe, au motif qu'il s'agissait de l'offre économiquement la plus favorable ; elle répondait le mieux aux critères d'évaluation. Selon la grille d'évaluation des offres jointe à la décision, l'adjudicataire a obtenu 397.76 points et les recourantes, placées au deuxième rang, 390 points.

B.

Par écritures du 5 juillet 2010, mises à la poste le même jour, les recourantes ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant, sous suite de frais et dépens, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif au recours ; partant, interdire au pouvoir adjudicateur de conclure le contrat avec l'adjudicataire. A titre principal, les recourantes ont conclu à l'annulation de la décision querellée et à l'attribution du marché litigieux à elles-mêmes. A titre subsidiaire, elles ont conclu au renvoi du dossier au pouvoir adjudicateur pour nouvelle adjudication au sens des considérants.

A l'appui de leurs conclusions, les recourantes font valoir en substance que, dans son évaluation du critère C.2 "Compétence et références des personnes-clés", le pouvoir adjudicateur n'a pas tenu compte des références des personnes clés mentionnées dans l'offre, estimant que ces dernières n'assumaient pas suffisamment d'heures de présence sur le chantier, et a noté en lieu et place les références de personnes intervenant comme simples auxiliaires de celles-ci. Les recourantes soutiennent que les compétences et références des personnes responsables ont ainsi été évaluées à l'aune de leur présence sur le chantier, ce qui n'était pas annoncé dans l'appel d'offres. En substituant unilatéralement les références des personnes clés désignées et en tenant compte de critères étrangers aux critères d'adjudication contenus dans l'appel d'offres, les recourantes considèrent que la décision entreprise viole le principe de la transparence et traduit un abus, voire un excès, du pouvoir d'appréciation. Exposant les références et compétences des personnes clés désignées par elles comme responsable de la direction locale des travaux (DLT) et responsable de la direction locale des travaux adjoint (DLTA), soit MM. I._____ et J._____, les recourantes soutiennent que la note 1 attribuée au DLT et au DLTA pour les critères C2.2 et C2.4 est arbitraire et que les personnes en question auraient chacune dû obtenir la note 4 ou, à tout le moins, la note 3, ce qui aurait conduit à une note totale d'au moins 430 points. A titre très subsidiaire, les recourantes considèrent que la note 1 est également arbitraire en ce qui concerne MM. P._____ et Q._____, retenus par le pouvoir adjudicateur, dès lors que ces personnes-là auraient au moins dû se voir créditer de la note 3, respectivement de la note 2, ce qui aurait alors conduit à une note totale d'au moins 405 points.

C.

Par ordonnance du 6 juillet 2010, le Tribunal administratif fédéral a enjoint au pouvoir adjudicateur, à titre de mesure superprovisionnelle, de n'entreprendre aucune mesure d'exécution avant qu'il n'ait statué sur la requête d'effet suspensif (ch. 2 du dispositif).

D.

Par ordonnance du 16 juillet 2010, le Tribunal administratif fédéral a invité le pouvoir adjudicateur, dans le cadre de sa réponse sur l'effet suspensif, dans un délai prolongé au 26 juillet 2010, à se prononcer également sur la classification du marché de services, objet de la

procédure, au sens de la Classification centrale des produits (CPC), dès lors que la classification retenue dans l'appel d'offres apparaissait, dans le cas d'espèce, fantaisiste.

E.

Le 26 juillet 2010, le pouvoir adjudicateur a transmis sa réponse en concluant au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif ainsi qu'au rejet du recours.

En substance, le pouvoir adjudicateur soutient ne pas avoir introduit de nouveau critère et avoir, à juste titre, évalué en tant que personnes clés deux autres personnes que celles indiquées par les recourantes. Il considère en outre que la notation des critères C2.2 et C2.4 était correcte. Au surplus, il soutient qu'une évaluation alternative des personnes désignées par les recourantes, soit MM. I. _____ et J. _____, n'aurait pas abouti à une note différente. Il relève ensuite qu'un report du début des travaux suite à l'octroi de l'effet suspensif obligerait le canton de Neuchâtel à ajourner ses travaux ou alors il faudrait s'attendre à des problèmes comme par exemple le fait que le canton place déjà des parois antibruit sur le tronçon à rénover bien qu'il ne puisse poser le revêtement qu'ultérieurement, entraînant de ce fait des entraves supplémentaires au trafic. S'agissant enfin de la classification du marché litigieux, le pouvoir adjudicateur a indiqué que la prestation mise en adjudication relevait de la catégorie CPC : 867.

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

Droit :

1.

1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours contre les décisions d'adjudication dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) (art. 29 let. a LMP en relation avec l'art. 27 al. 1 LMP). Le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour statuer sur des requêtes d'octroi de l'effet suspensif (art. 28 al. 2 LMP). La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la LMP et la loi du 17 juin 2005 sur le

Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en disposent pas autrement (art. 26 al. 1 LMP et art. 37 LTAF).

1.2 Selon l'art. 39 al. 1 LTAF, le juge instructeur est compétent pour prendre des décisions concernant l'effet suspensif (voir message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000 ss, spéc. 4190). Il ne ressort cependant pas des travaux préparatoires que l'art. 39 al. 1 LTAF doive être considéré comme une *lex specialis* qui exclurait l'application de l'art. 55 al. 2 PA et la faculté de permettre au collège des juges de statuer sur cette question. Compte tenu de l'importance que la décision sur l'effet suspensif revêt en général dans le domaine des marchés publics, le Tribunal administratif fédéral a, dans sa jurisprudence constante rendue dans ce domaine, considéré qu'une décision prise en collège n'était nullement exclue et qu'elle n'entraînait aucun désavantage juridique pour les recourants (décision incidente du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-3402/2009 du 2 juillet 2009 consid. 1.2). Il n'y a en l'espèce pas lieu de s'écarter de cette jurisprudence.

2.

Dans le cadre de l'examen de la requête sur l'effet suspensif, la jurisprudence prescrit un examen *prima facie* de l'apparence du bien-fondé du recours. Si, dans le cadre d'un examen *prima facie* sur la base du dossier, la recevabilité du recours apparaît invraisemblable ou si un recours recevable apparaît manifestement mal fondé, la demande d'effet suspensif est d'emblée vouée à l'échec. Une pondération des intérêts ne s'avère dans ce cas-là pas nécessaire. En revanche, si la recevabilité du recours paraît *prima facie* vraisemblable ou douteuse et que le recours ne paraît pas dénué de chances de succès ou qu'il existe des doutes à ce propos, la pondération des intérêts en présence doit être effectuée (arrêt du TAF B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 2.2 ; décision incidente du TAF B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1).

3.

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

3.1 Il ressort de la systématique de la LMP (section 5) qu'un recours devant le Tribunal administratif fédéral n'est recevable que s'il est dirigé contre une décision prise dans le cadre de procédures d'adjudication prévues dans la LMP (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 ; décision de l'ancienne commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM) du 11 octobre 2001, publiée in : Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 66.4 consid. 1b et réf. cit.). 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), entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1996, alors que les autres marchés de la Confédération sont réglés par l'OMP.

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.

3.1.1 Aux termes de l'art. 2 al. 1 LMP, est soumise à la loi, l'administration générale de la Confédération. En l'espèce, il n'est pas contesté que le pouvoir adjudicateur, 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.

3.1.2 Par marché de services au sens de la LMP, on entend un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la fourniture d'une prestation selon l'appendice 1, annexe 4, de l'Accord GATT (art. 5 al. 1 let. b LMP). Il n'est en l'espèce pas contesté que le marché en cause porte sur la fourniture d'une prestation entrant dans la catégorie CPC : 867, laquelle comprend les services d'architecture ; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie ; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère ; services connexes de consultations scientifiques et techniques ; services d'essais et d'analyses techniques. Il ressort en effet de l'appel d'offres que le marché, objet de la procédure, a trait à la fourniture de projet d'intervention, appel d'offres, documents d'exécution, exécution, mise en service et achèvement sur le tronçon N05 UPlaNS Colombier-Cornaux, TP1 CS.

3.1.3 Aucune des exceptions prévues à l'art. 3 LMP n'est en l'espèce réalisée.

3.1.4 Selon l'art. 6 al. 1 let. b LMP en relation avec l'art. 1 let. b de l'ordonnance du DFE du 11 décembre 2009 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour le premier semestre de l'année 2010, en vigueur au moment où la décision attaquée a été prise (RO 2009 6573), la LMP n'est applicable que si la valeur estimée du marché public à adjuger atteint Fr. 248'950.- pour les services sans la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Il n'est pas contesté non plus que cette valeur est atteinte dans le cas d'espèce.

3.1.5 Il ressort de ce qui précède que la LMP s'applique en l'espèce.

3.2 Les recourantes, qui ont pris part à la procédure devant le pouvoir adjudicateur, sont spécialement atteintes par la décision entreprise et ont un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors leur être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA auquel renvoie l'art. 26 al. 1 LMP).

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

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que la recevabilité du recours paraît *prima facie* vraisemblable.

4.

4.1 L'appel d'offres du 19 mars 2010 relatif au marché de services litigieux mentionne, sous le ch. 3.9, les critères d'adjudication suivants :

C1 : Analyse du mandat et proposition marche à suivre : pondération 40%

- Qualité de l'analyse du mandat : pondération 20%
- Proposition de marche à suivre (échancier) : pondération 10%
- Organigramme de l'équipe du soumissionnaire : pondération 10%

C2 : Compétence et références des personnes-clés : pondération 30%

- Responsable projet : pondération 10%
- Responsable direction locale de travaux : pondération 10%
- Responsable projet adjoint : pondération 5%
- Responsable adjoint direction locale de travaux : pondération 5%

C3 : Prix : pondération 30%

- Evaluation du prix :

Le maximum de points est attribué à l'offre révisée au prix le plus bas. Les offres, dont le prix est supérieur à 100% ou plus par rapport à l'offre la plus basse, obtiennent 0 point. Entre deux, l'évaluation est linéaire.

Notation des autres critères d'adjudication :

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

0 = évaluation impossible ; aucune information

1 = critère très mal rempli ; informations insuffisantes et incomplètes

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

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

4 = critère rempli de manière satisfaisante ; très bonne qualité

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

Total des points : somme des notes multipliée par leur pondération (total maximal : 5 x 100 = 500)

S'agissant du critère C2, il ressort de l'offre déposée par les recourantes que celles-ci ont désigné M. I. _____ en qualité de DLT (critère C2.2) et M. J. _____ en tant que DLTA (critère C2.4). Elles ont à cet effet produit les curriculum vitae et les références relatives à ces personnes.

Il ressort du dossier que le pouvoir adjudicateur a, après avoir constaté que les heures de la direction locale des travaux étaient assurées par MM. P. _____ et Q. _____, requis les recourantes, par courriel du 18 mai 2010, de lui fournir une référence pour chacun de ceux-ci selon les conditions de l'appel d'offres. Les recourantes se sont exécutées en rendant toutefois attentif le pouvoir adjudicateur au fait que les postes de DLT, respectivement DLTA, seraient bien tenus par MM. I. _____ et J. _____, précisant que "ces deux personnes dirigeront les séances de chantier, prendront les décisions importantes, s'assureront du respect du planning et suivront la gestion financière des travaux ; ils seront parfaitement au courant de tout ce qui se déroule sur ce chantier". Dans un courrier électronique du 1^{er} juin 2010, faisant suite à la séance de clarification qui s'était tenue la veille, les recourantes ont encore exposé que le DLT et le DLTA disposaient d'une grande disponibilité pour assurer une présence soutenue sur le chantier, soit en travaillant dans les bureaux de la direction locale des travaux, soit dans leurs bureaux respectifs de B. _____ et D. _____ situés à proximité du chantier (intervention

sur le chantier en moins de 10 mn). Elles ajoutent, se référant à un tableau joint à l'appui, qu'une augmentation de leurs heures pouvait être aisément englobée sans modification de leur offre financière ; les heures supplémentaires correspondant à des tâches de contrôle et de suivi, elles pouvaient être imputées à des catégories horaires inférieures.

Nonobstant les informations fournies par les recourantes, le pouvoir adjudicateur a cependant évalué les compétences et références d'autres personnes que les personnes clés désignées dans l'offre, motif pris que ces dernières n'assumaient pas suffisamment d'heures de présence sur le chantier.

Le pouvoir adjudicateur expose à cet effet, dans sa réponse, qu'il ressort des documents d'appel d'offres que 11'000 heures de présence sur le chantier étaient imposées aux soumissionnaires dans la phase 52 "Exécution de la mesure de la direction locale des travaux". Il relève que l'offre des recourantes prévoyait une répartition de celles-ci à raison de 800 heures pour M. I._____ et 800 heures pour M. J._____ ; les heures restantes étant réparties de manière pratiquement égale entre MM. P._____ et Q._____ ainsi que d'autres personnes non nommées. L'offre des recourantes indiquait ainsi une disponibilité moyenne de 35% pour M. I._____ et de 28% pour M. J._____. Aussi, le pouvoir adjudicateur déclare avoir considéré, eu égard aux heures indiquées par les recourantes de l'engagement de MM. I._____ et J._____ et les attributions matérielles du DLT et du DLTA, telles que définies dans les documents d'appel d'offres, qu'il était inconcevable que les fonctions de DLT et de DLTA puissent être assurées sérieusement dans de telles conditions, dès lors que la part totale de l'engagement des personnes clés I._____ et J._____ représentait à peine 14,5% du total des heures. En revanche, la part totale de l'engagement de MM. P._____ et Q._____ représentant 45,5%, le pouvoir adjudicateur indique avoir donc présumé que l'exercice effectif des fonctions clés était en réalité destiné à ces personnes. Par conséquent, le pouvoir adjudicateur considère que c'est à juste titre qu'il n'a pas tenu compte des personnes indiquées comme personnes clés par les recourantes et qu'il s'est au contraire fondé sur les données effectives démontrant que les tâches typiquement attendues de la part du DLT et du DLTA seraient exécutées par d'autres personnes que celles qui étaient indiquées.

Les recourantes considèrent que le procédé ainsi utilisé est inadmissible et contraire au droit dès lors que l'appel d'offres ne contenait aucune indication au sujet d'une exigence particulière de disponibilité des personnes clés. Elles ajoutent qu'il ressort des documents d'appel d'offres que le pouvoir adjudicateur n'a imposé qu'un nombre d'heures pour l'ensemble des personnes, soit 11'000 heures, et que cela démontre donc que les soumissionnaires avaient toute liberté d'organiser la coordination et la gestion du temps des différents intervenants, responsables d'une part, et autres collaborateurs œuvrant sous la responsabilité des responsables, d'autre part. Elles allèguent qu'elles pouvaient légitimement considérer que la répartition proposée des heures serait évaluée dans le cadre des notes attribuées pour le critère C1. Dès lors, elles jugent insoutenable, de la part du pouvoir adjudicateur, d'avoir tenu compte, dans l'évaluation des compétences et références des personnes clés, du nombre d'heures facturées par celles-ci par rapport au nombre d'heures effectuées par les collaborateurs dépendant de celles-ci. Les recourantes invoquent une violation du principe de la transparence ainsi qu'un abus, voire un excès, du pouvoir d'appréciation.

4.2 A teneur de l'art. 1 al. 1 let. a LMP, la Confédération entend, par la présente loi, régler les procédures d'adjudication des marchés publics de fournitures, de services et de construction et en assurer la transparence. Le principe de la transparence exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance, et dans l'ordre d'importance, tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions ; à tout le moins, doit-il spécifier clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective. En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères. Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents

critères et sous-critères utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul ...) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation. Le point de savoir si, dans un cas d'espèce, les critères utilisés sont inhérents au critère publié ou relèvent d'une grille d'évaluation, en sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (ATF 130 I 241 consid. 5.1). La jurisprudence de l'ancienne CRM apparaît à cet égard plus restrictive quant aux exigences attendues du pouvoir adjudicateur s'agissant de la publication des sous-critères et critères auxiliaires (Sub- oder Teilkriterien) ainsi que des grilles d'évaluation et des aides destinées à noter les différents critères et sous-critères utilisés (voir décision de l'ancienne CRM 007/2002 du 7 février 2003 consid. 3c et 3d ; ELISABETH LANG, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, publié in Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zurich 2005, p. 120). La doctrine relève en outre que les critères d'adjudication – ainsi que les critères d'aptitude – doivent être interprétés au regard du principe de la confiance (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 232, N° 534).

4.3 En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur s'est fondé sur le nombre d'heures de présence sur le chantier pour identifier les personnes clés à évaluer au sens du critère C2, plus particulièrement C2.2 et C2.4. Il s'agit donc d'examiner *prima facie* si, ce faisant et au regard de ce qui précède, le pouvoir adjudicateur a, comme le soutiennent les recourantes, violé le principe de la transparence et abusé ou excédé de son pouvoir d'appréciation.

4.3.1 Il ressort du procès-verbal de la séance de clarification du 31 mai 2010 versé au dossier que MM. I._____ et J._____ garantissent une présence sur le chantier correspondant à 25% des heures annuelles, tandis que MM. P._____ et Q._____ assurent une présence à plein temps sur le terrain. On peut également y lire que ceux-ci "sont sur place tous les jours et doivent prendre les décisions".

Les attributions inhérentes à la direction des travaux, soit au DLT et au DLTA, sont définies dans les documents d'appel d'offres sous le ch. 2.3.1.2.4 "Phase 52 Exécution de la mesure". Elles se présentent comme suit :

- Vérification de la faisabilité et libération des documents d'exécution, remise ponctuelle des documents ;
- Elaboration, suivi et mise à jour des programmes détaillés indispensables pour la construction et les travaux ;
- Dépôt d'une motion pour l'approbation des avenants de l'offre. Communication des mesures de moins- ou plus-value ;
- Vérification des listes des sous-traitants et fournisseur sur la conformité du contrat d'entreprise ;
- Gestion, conduite et procès-verbaux des séances de chantier hebdomadaires ;
- Gestion et conduite des séances nécessaires pour le système de déduction financière des revêtements et contrôle qualité du chantier, procès-verbaux des séances ;
- Invitation, participation et établissement des procès-verbaux des séances DGT mensuelles ;
- Invitation, participation et établissement des procès-verbaux des séances du concept d'urgence et gestion des incidents ;
- Invitation, participation et établissement des procès-verbaux des séances de coordination avec le lot voisin TUS, resp. le lot BSA TP1 CS ;
- Contrôle sur place des travaux de chantier ;
- Tenir un journal de chantier sous forme de cahier (prestations journalières, horaire journalier, description des travaux du chantier, incidents de chantier spéciaux, contrôle des voies d'urgence, etc.) ;
- Mise à jour continue de la documentation et des photos des travaux de chantier ;
- Coordination du déroulement des travaux, du planning et des gestions du trafic des deux lots de construction ;
- participation à la formation du concept d'urgence et de la gestion des événements ;
- Rapport mensuel de la direction du chantier à la direction générale des travaux (avancement des travaux, analyse des écarts du programme de construction, changements de commandes et de projet, état des mesures et de la facturation, avenants, communication des frais, régie, pronostic final pour la fin des travaux, événements sur les chantiers, nombres des heures de la direction des travaux) ;
- Edicter les instructions de réalisation ;

- Commander, organiser et suivre toutes les mensurations de marquage du maître de l'ouvrage ;
- Information de l'équipe de la direction des travaux en ce qui concerne des événements spéciaux qui doivent s'intégrer dans les mesures ;
- Elaboration des mesures, au moins tous les 15 jours, avec le directeur des travaux (travaux à la tâche et régie) pour tous les objets d'inventaire ;
- Effectuer des mesures de contrôle indépendamment de l'entreprise (règles 80/20) ;
- Saisie continue des mesures de contrôle qui ne sont plus contrôlables plus tard et information à la direction des travaux ;
- Règlement immédiat avec l'entreprise des incohérences de mesures ;
- Elaboration et mise à jour des plans de mesures incompréhensibles pour chaque phase de construction ;
- Elaboration des check-lists "contrôle de facturation" nécessaires ;
- Elaboration des mesures finales d'une phase de construction au plus tard quatre semaines après la fin des travaux ;
- Elaboration du décompte du renchérissement selon instructions du contrat d'entreprise, décompte trimestriel du renchérissement ;
- Organisation et contrôle des instructions du concept d'urgence sur les chantiers. S'assurer de l'organisation du système d'alarme pour le concept d'urgence ;
- Tester si tous les documents nécessaires à la réception de l'ouvrage sont existants, planifier les examens nécessaires à la réception de l'ouvrage ;
- Assistance aux orientations des riverains, visites guidées du chantier et relations publiques ;
- La direction des travaux défend le maître de l'ouvrage envers les entreprises et les fournisseurs. La présence d'une personne formée en conséquence, experte et capable de décision est en particulier nécessaire lors de :
 - modification de la gestion du trafic ;
 - travaux de revêtement et d'étanchéité ;
 - travaux importants de bétonnage et de mortier ;
 - travaux pour lesquels des évaluations ultérieures de la qualité d'exécution ne sont plus réalisables ;
 - mensuration et examen qui ont été réalisés par l'entrepreneur pendant l'exécution des travaux. Il faut garantir le contrôle des rapports d'expertise.

Il résulte de ce qui précède que la réalisation desdites tâches exige une très grande disponibilité et qu'une présence à raison de 25% des heures annuelles, telle que garantie par MM. I. _____ et J. _____, ne permet pas d'assurer de telles prestations sur le chantier. Dite conclusion est par ailleurs étayée par les déclarations des

recourantes, consignées dans le protocole susmentionné, aux termes desquelles on apprend que les attributions énumérées ci-dessus seront en réalité assurées sur le terrain par MM. P._____ et Q._____ qui seront sur place chaque jour et prendront les décisions sur le chantier. Ceci démontre que les recourantes connaissaient le besoin de disponibilité du DLT et du DLTA, attendu que, nonobstant la qualification "d'autres collaborateurs", elles ont confié la réalisation des attributions inhérentes au DLT et au DLTA à des personnes assumant une présence à temps complet sur le terrain. Il ressort par ailleurs dudit procès-verbal que la répartition des heures a été choisie par les recourantes de manière à rendre l'offre plus avantageuse ; une présence plus grande de MM. I._____ et J._____ aurait conduit à une augmentation du prix de l'offre.

Il ressort en outre du ch. 3.3.1 let. b "Critères de qualification des personnes-clés concernant leur expérience" du document "Dispositions sur la procédure d'adjudication des prestations de mandataire", compris dans le dossier d'appel d'offres, que le soumissionnaire doit fournir la preuve, lors de la remise de l'offre, de la disponibilité des personnes clés, soit la preuve que durant les deux prochaines années, leur disponibilité est supérieure à la disponibilité nécessaire pour les projets en question.

Il découle des documents qui précèdent que les prestations spécifiquement attendues du DLT et du DLTA requièrent une forte présence sur le chantier de la part de ceux-ci. Aussi, le nombre d'heures de présence sur le chantier, sur lequel s'est fondé le pouvoir adjudicateur pour identifier les personnes clés à évaluer au sens des critères C2.2 et C2.4, est, au regard de l'importance de l'ouvrage en cause et du mandat à attribuer, inhérent à la fonction de DLT et de DLTA. Les recourantes ne l'ignoraient d'ailleurs pas dès lors qu'elles ont confié la réalisation effective de ces tâches aux personnes garantissant une présence à temps plein sur le terrain. Par conséquent, il convient d'admettre que la présence du DLT et du DLTA sur le chantier n'est pas un nouveau critère, comme le soutiennent à tort les recourantes, mais est inhérente à la fonction et aux tâches attendues du DLT et du DLTA, ce qui ressortait dès le début des documents d'appel d'offres.

L'examen *prima facie* conduit ainsi à la conclusion que le pouvoir adjudicateur a évalué à juste titre les compétences et références de

MM. P._____ et Q._____ en qualité de DLT, respectivement DLTA, sur la base des critères C2.2 et C2.4. La décision attaquée ne viole ainsi pas le principe de la transparence, ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation, ne repose pas sur une constatation incomplète ou inexacte des faits et les recourantes ne peuvent rien déduire en leur faveur de la jurisprudence rappelée au consid. 4.2 ci-dessus.

Le recours est donc sur ce point, *prima facie*, dénué de chances de succès.

5.

5.1 Les recourantes invoquent en second lieu l'arbitraire dans la notation du critère C2 "Compétence et références des personnes-clés", respectivement C2.2 et C2.4, pour lesquels elles ont obtenu deux fois la note 1.

Les recourantes exposent que les références et curriculums vitae de MM. P._____ et Q._____ transmis au pouvoir adjudicateur, ensuite de sa demande du 18 mai 2010, démontrent que ceux-ci ont chacun travaillé comme DLT pour un important projet réalisé en site routier et/ou ferroviaire et sous trafic. Partant, elles considèrent que ces derniers sont parfaitement capables, au vu de leurs compétences et expériences respectives, de fournir les prestations découlant du mandat litigieux. Aussi, elles concluent que M. Q._____, s'il devait être considéré comme assurant la responsabilité de la direction locale des travaux, ce qu'elles continuent de contester, aurait dû se voir attribuer au moins la note 3 et M. P._____, en sa qualité de DLTA, au moins la note 2, de sorte que les recourantes auraient dû, au minimum, obtenir un total de 405 points, plaçant ainsi leur offre au premier rang.

5.2 Selon une jurisprudence constante, les juridictions administratives observent une certaine retenue lorsqu'il s'agit de tenir compte de circonstances locales ou de trancher de pures questions d'appréciation (ATF 125 II 86 consid. 6, ATF 121 I 279 consid. 3d, ATF 120 la 74 consid. 5, ATF 119 la 411 consid. 2c, ATF 119 la 445 consid. 3c). Il en va de même lorsqu'il s'agit de problèmes de nature essentiellement technique (ATF 119 la 378 consid. 6a, ATF 103 la 272 consid. 6c).

En ce qui concerne plus particulièrement les marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix des critères d'aptitude et d'adjudication, des moyens de preuve requis ainsi que dans la pondération des différents critères d'adjudication (ATF 125 II 86 consid. 6 ; JAAC 68.119 consid. d/aa).

Le Tribunal administratif fédéral ne peut donc, à l'instar du Tribunal fédéral, revoir l'appréciation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication qu'avec une retenue particulière, dans la mesure où une telle appréciation suppose souvent des connaissances techniques, qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres soumises par les soumissionnaires et qu'elle comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur (dans l'ATF 125 II 86, le TF se réfère à la jurisprudence en matière d'examens applicable par analogie : ATF 121 I 225 consid. 4b, ATF 118 la 488 consid. 4c).

5.3 Le pouvoir adjudicateur a établi, et produit devant le Tribunal de céans, un tableau d'évaluation des critères d'adjudication. On peut y lire ce qui suit s'agissant de l'évaluation des critères C2.2 et C2.4 :

La note 1 est attribuée à une personne ayant exercé la fonction de DLT, respectivement DLTA, dans le cadre d'une mesure d'assainissement d'une route à grand débit, avec travaux sous trafic, pour un petit chantier (volume d'investissement inférieur à 10 mio de francs) ;

La note 2 est attribuée à une personnes ayant exercé la fonction de DLT, respectivement DLTA, dans le cadre d'une mesure d'assainissement d'une route à grand débit, avec travaux sous trafic, et ayant assumé en outre la responsabilité des domaines tracé/environnement et ouvrages d'art pour un chantier de moyenne importance (volume d'investissement entre 10 et 50 mio de francs) ;

La note 3 est attribuée à une personnes ayant exercé la fonction de DLT, respectivement DLTA, dans le cadre d'une mesure d'assainissement d'une route à grand débit, avec travaux sous trafic, et ayant assumé en outre la responsabilité des domaines tracé/environnement et ouvrages d'art, ainsi que la coordination des domaines tracé/environnement, ouvrages d'art et équipements d'exploitation et de sécurité pour un chantier de moyenne importance

(volume d'investissement entre 10 et 50 mio de francs) ;

La note 4 est attribuée à une personnes ayant exercé la fonction de DLT, respectivement DLTA, dans le cadre d'une mesure d'assainissement d'une route à grand débit, avec travaux sous trafic et en tranchée couverte, et ayant assumé en outre la responsabilité des domaines tracé/environnement et ouvrages d'art, ainsi que la coordination des domaines tracé/environnement, ouvrages d'art et équipements d'exploitation et de sécurité pour un chantier de grande importance (volume d'investissement égal ou supérieur à 50 mio de francs) ;

La note 5 est attribuée à une personnes ayant exercé la fonction de DLT, respectivement DLTA, dans le cadre d'une mesure d'assainissement d'une route à grand débit, avec travaux sous trafic et en tranchée couverte, et ayant en outre assumé la responsabilité des domaines tracé/environnement et ouvrages d'art, ainsi que la coordination des domaines tracé/environnement, ouvrages d'art et équipements d'exploitation et de sécurité et ayant également assumé la gestion de travaux de plusieurs lots de lots de construction et dont les dangers/opportunité (risques) du projet de référence sont mentionnés et comparables avec le projet mis en soumission pour un chantier de grande importance (volume d'investissement égal ou supérieur à 50 mio de francs) ;

Ces critères apparaissent conformes au ch. 2.0 des documents d'appel d'offres qui prévoit, à titre d'indication importante, qu'en ce qui concerne la vérification de l'aptitude, les références sont reconnues comme comparables si elles remplissent au minimum les conditions suivantes, pour les DLT et DLTA, à savoir que ces divers intervenants : ont acquis des expériences durant les 10 dernières années sur des projets d'entretien de route à grand débit dans les phases partielles projet et réalisation ; ont acquis des expériences durant les 10 dernières années sur des projets et des réalisations sous trafic ; ont acquis des expériences durant les dix dernières années sur des projets dont le volume d'investissement est au moins de 10 mio de francs pour les domaines tracé/environnement et ouvrages d'art. Ces critères découlent également des objectifs de coordination du projet d'entretien Colombier-Serrières, Tunnel de Serrières, contenus au ch. 1.1.1.4 des documents d'appel d'offres, d'où il ressort que, pour assurer la coordination des interfaces, les domaines

tracé/environnement et ouvrages d'art des deux projets sont à coordonner et donc à intégrer dans la réalisation de la planification et de l'exécution.

5.4 En l'occurrence, il ressort du seul ouvrage de référence produit par les recourantes pour M. Q._____ que celui-ci a travaillé comme DLT sur le chantier R._____ de 2006 à 2008 et que ces travaux ont été réalisés sous conditions de trafic en site urbain et que le volume d'investissement du chantier ascendait à 2,2 mio de francs. Il apparaît ainsi que la référence porte sur un petit chantier, inférieur au seuil requis de 10 mio de francs, et ne concerne pas une mesure d'assainissement d'une route à grand débit. M. Q._____ n'a en outre pas agi dans les domaines tracé/environnement ni non plus assuré une coordination des domaines tracé/environnement, ouvrages d'art et équipements d'exploitation et de sécurité. Il apparaît en conséquence que les conditions minimales requises pour l'obtention d'une note supérieure à 1 ne sont pas réunies, de sorte que l'évaluation à laquelle a procédé le pouvoir adjudicateur n'apparaît *prima facie* nullement critiquable.

Quant à M. P._____, il découle du seul ouvrage de référence versé au dossier que celui-ci a travaillé en qualité de DLT sur le projet S._____ de 2008 à 2009. Il s'agissait de la construction de deux murets de chaque côté des voies CFF. Ces travaux ont été réalisés en bordure de voie ferroviaire et routière avec toutes les contraintes liées à l'exploitation des deux voies de circulation. Le pouvoir adjudicateur a admis la responsabilité pour la composante ouvrages d'art. Le volume d'investissement du chantier s'élevait à 1,2 mio de francs. Il apparaît ici également que la référence porte sur un petit chantier, inférieur au seuil requis de 10 mio de francs, et ne concerne pas une mesure d'assainissement d'une route à grand débit. M. P._____ n'a en outre pas agi dans les domaines tracé/environnement ni non plus assuré une coordination des domaines tracé/environnement, ouvrages d'art et équipements d'exploitation et de sécurité. Il apparaît en conséquence que les conditions minimales requises pour l'obtention d'une note supérieure à 1 ne sont pas non plus réunies pour lui, de sorte que l'évaluation à laquelle a procédé le pouvoir adjudicateur n'apparaît *prima facie* nullement contestable.

Au vu de ce qui précède, il convient d'admettre, déjà dans un examen *prima facie*, que MM. Q._____ et P._____ ne répondent pas aux

exigences fixées par le pouvoir adjudicateur pour l'obtention d'une note supérieure à 1. Partant, la note 1 attribuée aux recourantes en relation avec les critères C2.2 et C2.4 ne paraît non seulement pas arbitraire mais également nullement critiquable, de sorte que les recourantes succombent également sur ce grief.

6.

Il résulte ainsi d'un examen *prima facie* que le recours apparaît dénué de chances de succès, de sorte que la requête d'octroi de l'effet suspensif est d'emblée vouée à l'échec. Une pondération des intérêts ne s'avère, dans ces circonstances, dès lors pas nécessaire.

7.

Les recourantes ont expressément requis de pouvoir consulter l'intégralité du dossier, notamment les pièces contenues dans l'offre de l'adjudicataire portant sur les compétences et les références des personnes clés. Le pouvoir adjudicateur juge ces pièces confidentielles. Il sera statué sur la consultation de ces pièces après l'entrée en force de la présente décision incidente. En revanche, bien qu'ils soient également qualifiés de confidentiels par le pouvoir adjudicateur, le tableau d'évaluation des critères d'adjudication ainsi que le tableau d'évaluation de l'offre des recourantes doivent être transmis avec la présente décision incidente.

8.

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

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

La requête d'octroi de l'effet suspensif des recourantes est rejetée.

2.

Une copie du tableau d'évaluation des critères d'adjudication et du tableau d'évaluation de l'offre des recourantes est transmise aux recourantes.

3.

Il sera statué sur la consultation des autres pièces du dossier après l'entrée en force de la présente décision incidente.

4.

Le pouvoir adjudicateur est invité à déposer sa réponse au fond en deux exemplaires jusqu'au 30 août 2010, accompagnée des moyens de preuve correspondants.

5.

Les frais de procédure relatifs à cette décision seront réglés dans l'arrêt au fond.

6.

La présente décision incidente est adressée :

- aux recourantes (recommandé avec avis de réception ; annexes : copie du tableau d'évaluation des critères d'adjudication et du tableau d'évaluation de l'offre des recourantes)
- au pouvoir adjudicateur (recommandé avec avis de réception)

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

Le Président du collège :

La Greffière :

Claude Morvant

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, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 100 al. 1 LTF).

Expédition : 30 juillet 2010