



Arrêt du 16 février 2021

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Christian Winiger, Ronald Flury, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

X. _____ SA,
représentée par Maître Chanlika Saxer, avocate,
recourante,

contre

Office fédéral des routes,
Filiale d'Estavayer-le-Lac (OFROU),
Division Infrastructure routière Ouest,
Place de la Gare 7, 1470 Estavayer-le-Lac,
pouvoir adjudicateur.

Objet

Marchés publics
Vennes - Chexbres – Mandataire du suivi
environnemental de la réalisation des travaux
Simap – ID du projet 195034.

Faits :**A.**

Le 21 octobre 2019, l'Office fédéral des routes OFROU (ci-après : pouvoir adjudicateur) a publié sur la plateforme *Simap* un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de services intitulé « N09.48 080010 – Upn. Vennes - Chexbres – Mandataire du suivi environnemental de la réalisation (SER) des travaux TP5 (ID 6260) ».

Dans le délai de clôture pour la remise des offres, deux soumissionnaires ont déposé une offre. Parmi lesdites offres, figurait celle de la société X. _____ SA (ci-après : recourante) pour un montant de (...) francs hors taxe.

B.

Par courrier du 20 février 2020, le pouvoir adjudicateur a informé la recourante qu'elle avait été exclue de la procédure d'adjudication pour le motif que la référence fournie de la personne-clé qui assurera le suivi environnemental du marché mis en soumission ne portait pas sur un projet « déjà réalisé », tel qu'exigé au point Q3.1 de l'appel d'offres. Celui-là concernait en effet le suivi environnemental de A. _____ qui avait débuté en 2008 pour s'achever en 2032. En outre, la personne-clé désignée ayant été engagée par la recourante en 2018, elle n'était en charge dudit mandat que depuis peu de temps.

C.

Par décision, publiée sur *Simap* le 21 février 2020, le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché en cause à la société Y. _____ AG (ci-après : adjudicataire) pour un prix de (...) francs (hors taxe), indiquant qu'il s'agissait de l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base de l'ensemble des critères.

D.

Par écritures, déposées le 12 mars 2020, la recourante a exercé un recours devant le Tribunal administratif fédéral contestant tant son exclusion que l'adjudication du marché. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation des actes susmentionnés et, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif au recours. A titre principal, elle conclut à l'attribution du marché à elle-même, subsidiairement, au renvoi de la cause au pouvoir adjudicateur pour nouvelle adjudication dans le sens des considérants. Elle requiert également l'accès à l'ensemble du dossier.

A l'appui, elle fait tout d'abord valoir que l'exigence fixée au point Q3.1 de l'appel d'offres est « inéquitable » dès lors que, si les termes « déjà réalisé » devaient signifier « déjà achevé », cela limiterait très fortement l'accès au marché public des différentes entreprises. Le pouvoir adjudicateur jouerait ainsi sur les mots ; la signification qu'il donnerait au terme « déjà » ne serait pas celle qui en découlerait logiquement mais celle qui l'arrangerait. Dès lors que le mandat de référence fourni par la recourante existe depuis 2008, à savoir près de 12 ans au moment de la soumission, l'on ne saurait en effet faire abstraction de la durée de cette activité et la considérer comme un mandat qui viendrait de commencer et dont on ne pourrait pas évaluer la qualité. En outre, le reproche fait à la personne-clé désignée de n'être en charge du suivi de A. _____ que depuis 2018 fait totalement abstraction de la réalité économique du monde du travail et du fait qu'il est impossible pour un employeur de déterminer à l'avance quels collaborateurs resteront et lesquels partiront. Enfin, son offre est la plus avantageuse économiquement. Le pouvoir adjudicateur n'a donc pas traité les offres de manière équitable, en ce sens qu'il a sciemment écarté l'offre qui était la meilleure marché sur la base d'un critère sujet à interprétation. Aussi, en adjugeant le marché à l'adjudicataire, le pouvoir adjudicateur a violé le droit.

E.

Par ordonnance du 16 mars 2020, le pouvoir adjudicateur a été enjoint, à titre de mesure superprovisionnelle, de n'entreprendre aucune mesure d'exécution susceptible d'influer sur l'issue du litige avant qu'il ne soit statué sur la requête d'octroi de l'effet suspensif.

F.

Invité à se prononcer sur la demande d'octroi de l'effet suspensif ainsi qu'à produire le dossier de la cause, le pouvoir adjudicateur a conclu, par déterminations du 17 avril 2020, au rejet de dite requête pour le motif que le recours était dépourvu de chances de succès.

Il relève d'emblée que le grief de la recourante quant à l'inadéquation de l'exigence « déjà réalisé » est tardif. Celle-ci n'ayant pas été contestée dans le délai de recours consécutif à la publication de l'appel d'offres, elle est dès lors entrée en force. Au demeurant, le pouvoir adjudicateur rétorque que l'emploi de ce critère conduit à stimuler la concurrence et non à la restreindre comme le démontrent les statistiques y relatives. Ensuite, le terme « déjà » est utilisé dans un sens usuel, si bien que la recourante devait comprendre que la locution « déjà réalisé » se référait à un mandat fini et conclu au moment du dépôt de l'offre. Par ailleurs, lorsqu'il est d'avis

qu'un projet de référence ne doit pas être déjà réalisé, il l'écrit expressément dans l'appel d'offres : « projet partiellement ou entièrement réalisé ». En outre, le critère d'aptitude en question concerne la qualification des personnes-clés et non celle de l'entreprise. Dès lors, il est irrelevante que la recourante soit impliquée dans le projet A. _____ depuis 2008. La personne-clé désignée n'est quant à elle en charge de celui-ci que depuis 2018, si bien qu'elle dispose tout au plus d'une expérience de deux années, dans un projet non réalisé au surplus. Faute de durée d'activité comparable, le projet de référence fourni ne peut donc de surcroît être considéré comme un projet de complexité comparable. A cela s'ajoute que les coûts dudit projet s'élèvent à un sixième de ceux du marché mis en soumission, que les activités déployées par la personne-clé dans le projet de référence ne relèvent pas de l'activité de suivi environnemental et que la personne-clé au sens du critère C2 n'est pas employée de la recourante mais mandataire, contrairement à ce qui est exigé dans l'appel d'offres. Enfin, il indique que l'offre économiquement la plus avantageuse ne se résume pas à l'offre la moins chère. Tous les critères d'évaluation doivent être pris en compte en plus du critère du prix pour établir si une offre est économiquement la plus avantageuse. Or, en l'espèce, l'offre de la recourante n'a pas pu être évaluée puisqu'elle ne remplit pas les critères de qualification et a dû être exclue. Compte tenu de l'excellente qualité de l'offre retenue et du faible écart de prix (...%) entre les offres, l'on peut partir du principe que la recourante n'aurait pas obtenu l'adjudication même si son offre n'avait pas été exclue.

G.

Par décision incidente du 22 avril 2020, le juge instructeur a accordé à la recourante un accès au dossier compte tenu des prescriptions du pouvoir adjudicateur.

H.

Disposant de la possibilité de formuler d'éventuelles remarques, la recourante a indiqué, par écritures du 4 mai 2020, que, contrairement aux nombreuses offres dont le pouvoir adjudicateur fait état, seules deux ont été déposées pour le marché en soumission. En outre, elle relève que le pouvoir adjudicateur se méprend sur la valeur du mandat de référence, celle-ci ne se rapportant pas à l'entier du mandat mais à un seul collaborateur, que la personne-clé en cause est bien responsable du suivi environnemental de la réalisation même si elle assure également des tâches administratives et que la personne-clé selon le critère C2 travaille chez elle en tant que « collaborateur au mandat ». Quant à la prétendue tardiveté de son grief, elle fait valoir qu'elle ignorait au moment de la

publication de l'appel d'offres que, pour le pouvoir adjudicateur, un mandat dont le suivi se fait année après année « et dont on ne peut pas revenir dans le passé sur l'année 2008 par exemple » ne serait pas considéré comme « déjà réalisé ». En effet, le pouvoir adjudicateur perd de vue que, dans un projet, il peut y avoir des étapes qui permettent de constater les compétences du candidat par rapport aux besoins de l'appel d'offres quand bien même l'entier du mandat n'est pas encore terminé. Aussi, le suivi environnemental de A. _____ est « déjà réalisé », dès lors que les prestations peuvent être évaluées sur 12 années de mandat. Enfin, elle relève que, faute d'avoir évalué son offre sur l'ensemble des critères, le pouvoir adjudicateur ne saurait admettre que celle de l'adjudicataire était meilleure marché que la sienne alors même qu'elle était (...) francs plus chère.

I.

Par décision incidente du 9 juin 2020, le Tribunal administratif fédéral a rejeté la requête d'octroi de l'effet suspensif au recours, pour le motif que celui-ci paraissait *prima facie* manifestement mal fondé.

J.

Par courrier du 25 septembre 2020, le pouvoir adjudicateur, sur invitation du juge instructeur, a indiqué que le contrat avec l'adjudicataire avait été conclu en date du 14 juillet 2020.

K.

Disposant de la possibilité de formuler d'éventuelles remarques, la recourante a, par courrier du 29 octobre 2020, indiqué maintenir son recours et modifié ses conclusions en ce sens que l'illicéité de la décision d'adjudication et d'exclusion du (...) février 2020 soit constatée.

A l'appui, elle a exposé que le fait de déterminer s'il y avait eu discrimination ou non d'un concurrent dans l'octroi d'un mandat public revêtait une importance cruciale. La notion de « déjà réalisé » étant sujette à interprétation, il était donc essentiel de trancher cette question dès lors qu'elle pouvait, à elle seule, lui fermer la porte d'accès aux marchés publics. Il était, en tout état de cause, arbitraire de considérer que le collaborateur qui reprenait un mandat en cours de route, à la suite du départ d'un collègue, ne disposait pas lui-même des compétences recherchées car il n'était pas là au début du mandat.

L.

Invité à se prononcer sur le recours, le pouvoir adjudicateur a, par courrier

du 4 décembre 2020, intégralement renvoyé à sa prise de position du 17 avril 2020 et conclu au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité.

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.

En préambule, il y a lieu de relever, au regard du droit matériel applicable, que la nouvelle loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021 (LMP, RS 172.056.1 ; cf. art. 63 LMP). Celle-ci ne s'applique toutefois pas à la présente procédure de recours dès lors que la procédure d'adjudication en cause a été lancée avant son entrée en vigueur (cf. art. 62 LMP). C'est donc l'ancienne loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (aLMP ; RO 1996 508), ainsi que l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (aOMP, RO 1996 518) qui seront citées ci-après.

2.

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours notamment contre les décisions d'adjudication ou d'exclusion dans le domaine de l'aLMP (cf. art. 29 let. a et d aLMP en relation avec l'art. 27 al. 1 aLMP).

3.

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1 ; arrêt du TAF B-6177/2008 du 25 novembre 2008 consid. 2.1, non publié aux ATAF 2008/61).

3.1 La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que l'aLMP et la LTAF n'en disposent pas autrement (cf. art. 26 al. 1 aLMP et art. 37 LTAF). Selon l'art. 31 aLMP, le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué dans la procédure de recours.

3.2 L'aLMP s'applique en principe uniquement aux marchés publics visés par l'AMP. 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 l'aLMP (cf. *a contrario* art. 2 al. 3 4^{ème} phrase aLMP, voir aussi art. 39 aOMP ; ATAF 2008/61 consid. 3.1, 2008/48 consid. 2.1 et réf. cit.).

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

3.2.1 Ainsi, en vertu de l'art. 2 al. 1 aLMP, 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 aLMP.

3.2.2 Par marché de services au sens de l'aLMP, on entend un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la fourniture d'une prestation contenue dans la liste exhaustive de l'appendice 1, annexe 4 de l'AMP (art. 5 al. 1 let. b aLMP), liste reprise dans l'annexe 1a de l'aOMP. Est déterminant sur ce point le numéro de référence de la classification centrale provisoire des produits (CPCprov) établie par l'Organisation des Nations Unies (cf. arrêt du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 1.5.2).

En l'espèce, l'appel d'offres fait référence à la catégorie du CPV (*Common Procurement Vocabulary*) 71313000 « Services de conseil en ingénierie de l'environnement » qui correspond aux numéros CPCprov 86721 et 86729, lesquels sont compris sous le numéro de référence 867 de la liste de l'appendice 1, annexe 4 de l'AMP, si bien qu'il s'agit d'un marché de services au sens de aLMP.

3.2.3 L'art. 6 al. 1 aLMP prévoit des seuils (hors TVA) au-delà desquels la loi est applicable si la valeur estimée du marché à adjuger les atteint. L'art. 1 de l'ordonnance du DEFR du 19 novembre 2019 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2020 et 2021 (RS 172.056.12) prévoit en lien avec ledit article que la valeur seuil se monte à 230'000 francs pour les services (let. b). 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.).

Il n'est pas contesté que cette valeur soit atteinte en l'espèce. Le seuil déterminant pour l'application de l'aLMP aux marchés de services paraît dès lors franchi.

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

Il ressort de ce qui précède que l'aLMP s'applique dans le cas présent.

3.3 Selon l'art. 48 al. 1 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, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. En l'occurrence, le contrat faisant l'objet du marché litigieux a été conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire le 14 juillet 2020. Aussi, en cas d'admission du recours, le Tribunal administratif fédéral ne pourra, en application de l'art. 32 al. 2 aLMP, que constater que la décision incriminée viole le droit fédéral des marchés publics. Les conclusions initiales de la recourante tendant à l'annulation de la décision d'exclusion et d'adjudication et à l'attribution du marché à elle-même, subsidiairement au renvoi de la cause au pouvoir adjudicateur pour nouvelle adjudication, sont dès lors sans objet. A la suite du rejet de la requête d'octroi de l'effet suspensif par décision incidente du 9 juin 2020, la recourante a de ce fait modifié ses conclusions en ce sens que l'illicéité de la décision d'adjudication et d'exclusion soit constatée. Or, il s'avère que les conclusions ne peuvent plus être modifiées à l'issue du délai de recours, si bien que les dernières conclusions de la recourante sont irrecevables (cf. art. 52 al. 1 PA ; arrêt du TAF B-4657/2009 du 20 juillet 2010 consid. 2.8 et réf. cit.). Néanmoins, nonobstant l'absence de conclusion subsidiaire expresse en constatation de l'illicéité dans le mémoire de recours, le Tribunal fédéral a considéré qu'un tel recours n'était pas privé d'objet à partir du moment où le contrat avait été conclu, en tant que les conclusions en annulation de l'adjudication contenaient implicitement des conclusions en constatation de son illicéité (cf. ATF 132 I 86 consid. 3.2 ; arrêt du TAF B-6626/2016 du 30 août 2017 consid. 1.3.3 ; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd. 2013, n. 1284).

La recourante a donc un intérêt digne de protection à recourir contre les décisions entreprises. La recourante ayant en outre pris part à la procédure devant le pouvoir adjudicateur, la qualité pour recourir doit lui être reconnue.

3.4 Les dispositions relatives à la représentation (cf. art. 11 al. 1 PA), au délai de recours (cf. art. 30 aLMP), 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 dès lors recevable.

4.

La recourante conteste en l'espèce son exclusion de la procédure d'adjudication pour le motif qu'elle ne répondrait pas au critère d'aptitude Q3.1.

4.1 Le pouvoir adjudicateur a justifié l'exclusion de la recourante pour le motif que la référence fournie pour la personne-clé qui assurera la fonction de responsable du suivi environnemental dans le marché mis en soumission – à savoir F._____ – ne se rapportait pas à un projet « déjà réalisé » comme requis au point Q3.1 de l'appel d'offres. Celui-là concernait en effet le suivi environnemental de A._____ qui avait débuté en 2008 pour s'achever en 2032. En outre, F._____ ayant été engagé par la recourante dans le courant de l'année 2018, il n'était en charge dudit mandat que depuis peu de temps.

4.2 Selon la recourante, l'adverbe « déjà », dans la locution « déjà réalisé », ne signifie pas que le projet soit déjà achevé mais qu'il soit à tout le moins en cours et qu'il y ait un moyen d'effectuer un comparatif avec la soumission actuelle. En l'espèce, le mandat de référence fourni existe depuis 2008, à savoir près de 12 ans au moment du dépôt de l'offre. La recourante a ainsi, dans le cadre du projet A._____, « déjà réalisé » 12 ans de suivi environnemental. Selon elle, l'on ne saurait faire abstraction de la durée de cette activité et la considérer comme un mandat qui viendrait de débuter et dont on ne pourrait pas évaluer la qualité. Dans la perspective d'un objectif de qualification des compétences, le pouvoir adjudicateur bénéficiait ainsi, avec cette référence, d'un recul de 12 ans d'activité de la recourante dans un mandat similaire à celui qui est mis en soumission. Le pouvoir adjudicateur a en effet perdu de vue que, dans un projet, il peut y avoir des étapes qui permettent de constater les compétences du candidat par rapport aux besoins de l'appel d'offres quand bien même l'entier du projet n'est pas encore terminé. En outre, si les termes « déjà réalisé » devaient signifier « déjà achevé », cela limiterait très fortement l'accès au marché public des différentes entreprises, respectivement cela les dissuaderait d'accepter des mandats de longue durée. Or, c'est en particulier sur la durée que les compétences d'un soumissionnaire peuvent être appréciées. Quant au fait que F._____ ne soit responsable du suivi environnemental de A._____ que depuis 2018,

elle rétorque que, si celui-là occupe un tel poste, il y a lieu d'admettre qu'il dispose des compétences requises depuis le début du mandat. Il serait en tout état de cause arbitraire de considérer que le collaborateur qui reprend un mandat en cours de route, à la suite du départ d'un collègue, ne dispose pas lui-même des compétences recherchées car il n'était pas là au début du mandat. Admettre ce raisonnement reviendrait à priver bon nombre d'entreprises de la possibilité de présenter une offre dans la mesure où leur projet de référence ne serait plus traité par le collaborateur initial. Par ailleurs, l'appel d'offres n'indique pas expressément que la personne-clé doit avoir été en charge du projet de référence pendant toute la durée de celui-ci. Il n'est en outre pas aisé de trouver des collaborateurs dont on sait à l'avance qu'ils resteront de nombreuses années au sein de l'entreprise, de sorte à pouvoir leur confier des mandats d'importance, propres à ensuite appuyer d'autres appels d'offres. Enfin, la recourante indique que le pouvoir adjudicateur perd également ici de vue, s'agissant des compétences des collaborateurs-clés, que l'entreprise soumissionnaire ne peut reposer sur une seule personne mais qu'elle dispose des compétences au sein de l'entreprise et que, conformément à la demande, une personne-clé, qui sera chargée du dossier, est désignée mais que, contrairement à l'avis du pouvoir adjudicateur, ce n'est pas la durée de l'engagement de celle-là qui détermine les compétences au sein de l'entreprise en général.

Aussi, la recourante conclut que, dès lors que le pouvoir adjudicateur est le rédacteur de l'appel d'offres, il convient d'interpréter en sa défaveur les termes équivoques qu'il a lui-même utilisés. Ainsi, « déjà réalisé » pouvant valablement être compris comme « déjà fait mais pas encore terminé », la recourante, en présentant le projet de référence et la personne-clé correspondante, remplissait le critère d'aptitude Q3.1.

4.3 L'appel d'offres, publié sur la plateforme *Simap* le 21 octobre 2019, retient l'aptitude et la disponibilité des personnes-clés comme critère de qualification (ch. 3.7 de l'appel d'offres). Concernant les justificatifs requis, il est notamment prévu ce qui suit (ch. 3.8) :

« Q3 APTITUDES ET DISPONIBILITES DES PERSONNES-CLES »

Q3.1 Références des personnes-clés

Une référence par personne-clé[*] dans une fonction équivalente ou dans une fonction d'adjoint pour un projet de complexité comparable, déjà réalisé, indiquant la fonction, la période, le montant des honoraires du soumissionnaire et le coût

global du projet, les phases réalisées, les prestations effectuées et le ou les interlocuteur(s) du ou des mandant(s) autorisé(s) à fournir des renseignements.

[...]

[*] Pour la qualification du soumissionnaire, les personnes qui exécuteront les fonctions de Responsable du suivi environnemental et d'Hydrogéologue sont considérées personnes-clés. »

4.4 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 (cf. ATAF 2014/14 consid. 4.4 ; arrêt du TAF B-4602/2019 du 4 mars 2020 consid. 2.2).

Dès lors qu'en l'espèce, la recourante attribue aux termes « déjà réalisé » un sens différent de celui retenu par le pouvoir adjudicateur, l'on ne saurait lui faire le reproche de ne pas avoir contesté ce critère à la suite de la publication de l'appel d'offres. Son grief ne s'avère de ce fait pas tardif.

4.5 Lors de la procédure de passation de marché, l'aptitude des soumissionnaires à réaliser celui-ci doit être vérifiée. Selon l'art. 9 aLMP, l'adjudicateur peut exiger des soumissionnaires des preuves attestant leurs capacités sur les plans financier, économique et technique. Il établit pour ce faire des critères de qualification (al. 1). Il publie les critères de qualification et la liste des preuves nécessaires dans l'appel d'offres ou les documents y relatifs (al. 2). Le pouvoir adjudicateur qui ne vérifie pas l'aptitude d'un soumissionnaire contrevient au principe de l'égalité de traitement et viole le droit des marchés publics (cf. décision de l'ancienne CRM du 16 août 1999, publiée in : JAAC 64.29 consid. 4 ; ATAF 2019/1 consid. 3.3)

Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix et l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication, celui-là étant libre de spécifier ses besoins en tenant compte de la solution qu'il désire (cf. ATF 137 II 313 consid 3.4 traduit au JdT 2012 I 20 ; ATAF 2019/1 consid. 3.3). 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. décisions incidentes du TAF B-3553/2019 du 24 septembre 2019 consid. 6.1 et B-1823/2017 du 10 mai 2017 consid. 5.1.1 et réf. cit.).

Cela vaut également pour les spécifications techniques (cf. arrêts du TAF B-6708/2017 du 9 mai 2018 consid. 4.1 et B-4958/2013 précité consid. 2.5.3 et réf. cit.).

La détermination des conditions pour soumissionner et des critères de qualification doit en outre tenir compte des effets sur la concurrence entre soumissionnaires, de sorte qu'une concurrence résiduelle suffisante demeure (cf. ATAF 2010/58 consid. 6.3 ; arrêt du TAF B-4602/2019 précité consid. 4.6.3 ; décision incidente du TAF B-1823/2017 précitée consid. 5.1.1 ; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, n° 324). En effet, en matière de marchés publics, le principe de l'utilisation économe des fonds publics doit rester compatible avec l'objectif de promotion d'une concurrence efficace tel qu'énoncé à l'art. 21a al. 1 let. b aOMP (cf. ATAF 2017 IV/3 consid. 4.7.3 et 2010/58 consid. 6.3).

Les soumissionnaires peuvent en principe s'attendre à ce que le pouvoir adjudicateur interprète les critères d'aptitude et d'adjudication selon leur sens commun. S'il n'entend pas leur donner une telle interprétation, les critères concernés devront être en conséquence définis de manière aussi détaillée que possible dans les documents d'appel d'offres afin que les soumissionnaires puissent connaître les exigences que leur offre doit satisfaire (cf. ATAF 2011/58 consid. 13.2.1). Les critères d'adjudication et d'aptitude doivent ainsi être interprétés au regard du principe de la confiance ; la volonté subjective du pouvoir adjudicateur importe peu (cf. ATF 141 II 14 consid. 7.1 ; arrêt du TF 2C_1101/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.4.1 ; ATAF 2019/1 consid. 3.3).

Le non-respect d'un critère de qualification conduit à l'exclusion du soumissionnaire de la procédure d'adjudication (cf. art. 11 let. a aLMP).

4.6 Ceci étant, il convient de déterminer le sens qu'il y a, raisonnablement et de bonne foi, lieu d'attribuer à la locution « déjà réalisé » contenue au point Q3.1 de l'appel d'offres.

Selon la définition du Larousse, « réaliser » veut dire « exécuter », « effectuer » et l'adverbe « déjà » marque le passé en signifiant « auparavant », « précédemment » ou encore « dès ce moment-là ». Aussi, une interprétation de la locution « déjà réalisé » selon le principe de la confiance conduit à déduire que le pouvoir adjudicateur attendait des références de projets entièrement terminés au moment du dépôt de l'offre. Le sens que lui attribue la recourante, soit « déjà fait mais pas encore terminé », ne correspond à aucune interprétation objective.

Si le pouvoir adjudicateur avait eu l'intention d'accepter des références portant sur des projets non achevés, il l'aurait, comme d'usage, expressément indiqué dans l'appel d'offres : « projet partiellement ou entièrement réalisé » ou il n'aurait tout simplement pas mentionné l'exigence de la réalisation. Or, en l'espèce, les termes « déjà réalisé » sont en outre mis en évidence par l'emploi de virgules, ce qui accentue la volonté du pouvoir adjudicateur de disposer de références portant sur des projets entièrement terminés au moment du dépôt de l'offre.

Au demeurant, à suivre l'interprétation de la recourante, son argument selon lequel le pouvoir adjudicateur pouvait se fonder sur les 12 années écoulées du suivi environnemental de A. _____ pour évaluer ses aptitudes dans un projet similaire n'est pas pertinent dès lors que le critère d'aptitude en question se réfère à la personne-clé et non à la société recourante. Or, il ressort du dossier que F. _____ n'est, quant à lui, en charge du suivi environnemental de A. _____ que depuis 2018, soit deux ans au moment du dépôt de l'offre, ce qui, en outre, n'est pas comparable à la durée d'activité prévue du mandat mis en soumission, à savoir plus de huit ans. La recourante – qui relève par ailleurs que « c'est en particulier sur la durée que les compétences d'un soumissionnaire peuvent être appréciées » – ne peut donc en outre, sur la base du projet de référence fourni, se prévaloir d'un projet de complexité comparable.

4.7 Comme susmentionné, le pouvoir adjudicateur jouit d'une grande latitude dans le choix des critères fixés pour juger de l'aptitude des soumissionnaires à réaliser le projet mis au concours (cf. consid. 4.5). Il a exposé avoir en l'occurrence estimé plus adéquat d'exiger la référence d'un projet déjà réalisé dès lors qu'il lui importait d'examiner les compétences d'une personne-clé sur la base d'une expérience équivalente d'un projet entier et non uniquement de certaines phases. Contrairement au point de vue de la recourante, il n'a pas considéré que, s'agissant du suivi environnemental de la réalisation d'un projet, il y avait des étapes permettant de valider les aptitudes de la personne en charge de celui-ci. Il n'a pas davantage considéré que les compétences de l'ensemble de l'entreprise soumissionnaire devaient être prises en considération et qu'à cet égard, la durée de l'engagement de la personne-clé désignée responsable du dossier n'était pas déterminante et qu'en tout état de cause, l'on devait considérer que la personne-clé qui reprenait un mandat en cours disposait des mêmes compétences que si elle avait participé à celui-ci dès le début. Outre le fait que celle-ci ne peut se prévaloir des compétences de son prédécesseur s'agissant de l'évaluation de ses propres aptitudes, elle ne dispose toujours pas d'une expérience dans un

projet comparable à celui mis en soumission. Les critiques de la recourante quant au choix du pouvoir adjudicateur d'exiger des références de projets déjà réalisés pour juger de l'aptitude des personnes-clés sont purement appellatoires ; celle-là ne fait qu'opposer sa propre appréciation à celle retenue par le pouvoir adjudicateur sans démontrer en quoi celle-ci ne serait pas soutenable. Le choix d'exiger des références de projets déjà réalisés ne consacre dès lors pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation.

4.8 Reste enfin à examiner si l'imposition d'une telle exigence conduit à une restriction de la concurrence comme le soutient la recourante.

4.8.1 Le pouvoir adjudicateur a exposé à cet égard qu'il ressortait de l'évaluation du nombre d'offres déposées dans les procédures avec et sans l'exigence contestée que la moyenne des offres reçues était de 5.4 dans les procédures avec ce critère alors qu'elle n'atteignait que 4.4 dans les procédures sans celui-ci. Ainsi, contrairement à ce que prétend la recourante, l'emploi de ce critère conduirait à stimuler la concurrence et non à la restreindre.

4.8.2 En l'occurrence, la recourante a fait le choix de désigner F. _____ en qualité de personne-clé et de présenter, à titre de référence, le projet de suivi environnemental de A. _____ conduit par la recourante et s'étendant de 2008 à 2032. La recourante a exposé dans ses écritures qu'en mettant en avant ce projet, elle montrait au pouvoir adjudicateur qu'elle disposait des compétences requises pour se voir attribuer un mandat d'une certaine importance dès lors qu'elle avait été choisie pour s'occuper d'un mandat durant 25 ans.

Or, la recourante est en l'espèce certes pénalisée par un tel choix. Etant donné la durée de ce mandat, elle ne peut en effet d'une part, se prévaloir d'un projet déjà réalisé et, d'autre part, attribuer, le cas échéant, la conduite de celui-ci à une seule et même personne, en tant qu'il est très peu probable qu'une personne reste en charge d'un même mandat durant 25 ans. Elle a voulu mettre en avant ses compétences en tant qu'entreprise soumissionnaire alors que l'appel d'offres requérait une référence pour apprécier les seules aptitudes de la personne qui sera en charge du suivi environnemental du marché mis en soumission, ce qui n'est nullement critiquable (cf. consid. 4.7).

Aussi, l'on ne saurait déduire de la situation d'espèce de la recourante que seul un cercle limité de soumissionnaires potentiels serait en mesure de

proposer une personne-clé disposant d'une expérience de suivi environnemental dans un projet mené à son terme. Les statistiques y relatives démontrent en effet que l'exigence de références se rapportant à des projets « déjà réalisés » ne restreint pas l'accès des soumissionnaires au marché public.

Il résulte ainsi du tableau des statistiques versé au dossier qu'il y a, en règle générale, 4 à 6 offres déposées dans les procédures d'adjudication exigeant une référence pour des projets « déjà réalisés » pour les personnes-clés, ce qui correspond également au nombre d'offres reçues dans les procédures ne contenant pas ce critère. Il en ressort en particulier que deux procédures ont été lancées par le passé en vue d'attribuer un marché de services relatif au mandataire du suivi environnemental de la réalisation des travaux, avec ledit critère, et que 5 offres ont été enregistrées pour l'une et 8 pour l'autre – dont par ailleurs celles de la recourante. Ceci étant, la recourante ne saurait tirer argument du fait que seules deux offres ont été déposées dans la présente procédure.

Partant, l'on ne saurait suivre la recourante lorsqu'elle prétend qu'une telle exigence a pour effet de restreindre la concurrence.

4.9 Il suit de ce qui précède que le pouvoir adjudicateur a requis, au point Q3.1 de l'appel d'offres, que les références des personnes-clés portent sur des projets entièrement terminés au moment du dépôt de l'offre (cf. consid. 4.6), ce qui est conforme au droit (cf. consid. 4.7 et 4.8). La recourante a, s'agissant de la personne-clé qui assurera le suivi environnemental du marché mis en soumission, fourni la référence d'un projet non achevé, ce qu'elle ne conteste pas. L'offre de la recourante ne satisfait dès lors pas à un critère de qualification fixé dans l'appel d'offres, de sorte que son exclusion de la procédure de soumission s'avère bien fondée. Ceci étant, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant les autres arguments avancés par le pouvoir adjudicateur dans sa réponse à l'appui de l'exclusion de la recourante.

4.10 Enfin, il y a lieu de rappeler que le fait que la recourante ait présenté l'offre la plus basse ne suffit pas pour lui attribuer le marché en cause, encore faut-il notamment que celle-ci ait passé l'étape qualificative, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

5.

En définitive, il y a lieu d'admettre que l'exclusion de la recourante de la procédure d'adjudication et, partant, l'attribution du marché à

l'adjudicataire, ne procèdent pas d'une violation du droit fédéral. Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté.

6.

S'agissant enfin du droit à la consultation du dossier, la recourante a eu partiellement accès à celui-ci dans la mesure fixée par décision incidente du 22 avril 2020. Elle a ainsi pu consulter le dossier d'appel d'offres, à l'exception des formulaires internes, du rapport d'évaluation et de la correspondance à l'adjudicataire. Au regard des conclusions et griefs du recours, il y a lieu d'admettre qu'elle a pu suffisamment prendre connaissance des éléments pertinents du dossier pour être en mesure de se déterminer valablement, en particulier dans l'optique d'un éventuel recours contre le présent arrêt.

7.

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie 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 (art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF).

En l'espèce, il y a lieu de fixer les frais de procédure – lesquels comprennent également ceux relatifs à la décision sur l'effet suspensif du 9 juin 2020 – à 4'000 francs et de les mettre à la charge de la recourante. Ceux-ci sont compensés par l'avance de frais, du même montant, acquittée par la recourante le 24 mars 2020.

8.

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF).

Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 4'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ceux-ci sont compensés 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 195034 ; 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 (cf. art. 83 let. f ch. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110] *a contrario*), la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification. Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 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 : 19 février 2021