



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-396/2018
ric/tim/bmm

Décision incidente du 5 avril 2018

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Marc Steiner, Hans Urech, juges,
Muriel Tissot, greffière.

En la cause

Parties

X. _____ SA,
représentée par Maître Daniel Guignard,
recourante 1,

Y. _____ SA,
représentée par Maître Olivier Rodondi,
recourante 2,

contre

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

Objet

marchés publics – (...)
Simap – ID du projet (...),

Faits :**A.**

Le (...) juillet 2017, l'Office fédéral des routes OFROU (ci-après : le pouvoir adjudicateur) a publié sur la plateforme Simap un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de construction intitulé (...).

Dans le délai de clôture pour la remise des offres, quatre soumissionnaires ont déposé une offre. Parmi lesdites offres, figuraient celle de X. _____ SA (ci-après : la recourante 1) ainsi que celle de Y. _____ SA (ci-après : le recourante 2).

B.

B.a Par décision du (...) novembre 2017, publiée sur la plateforme Simap le (...) décembre 2017, le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché en cause au consortium Z. _____, composé des sociétés A. _____, B. _____ et C. _____ (ci-après : le consortium adjudicataire) pour un prix de CHF (...) (hors TVA).

B.b Le 18 décembre 2017, le pouvoir adjudicateur a informé la recourante 1 et la recourante 2 que leurs offres n'avaient pas été retenues. A la demande de la recourante 1, le pouvoir adjudicateur l'a reçue, en date du 8 janvier 2018, et lui a fourni quelques explications concernant l'évaluation de son offre.

C.

C.a Par mémoire du 18 janvier 2018, X. _____ SA exerce un recours au Tribunal administratif fédéral contre cette décision concluant, sous suite de frais et dépens, à ce que l'offre du consortium adjudicataire soit exclue et à ce que le marché lui soit attribué. A titre subsidiaire, elle requiert l'annulation de la décision et le renvoi de la cause au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle demande en outre que l'effet suspensif soit accordé, à titre superprovisionnel puis provisionnel, au recours. A l'appui de ses conclusions, la recourante 1 se plaint d'une violation des principes de la transparence et de l'égalité de traitement en tant que l'offre de l'adjudicataire n'a pas été exclue au motif que l'une des sociétés membres dudit consortium, A. _____, était en faillite au moment de l'adjudication, qu'elle était en poursuite pour non-paiement de cotisations sociales et qu'elle avait transmis de faux renseignements. A titre de moyen de preuve, elle requiert la production du

dossier judiciaire en mains du Président du Tribunal d'arrondissement de (...). Concernant l'évaluation de son offre et de celle de l'adjudicataire, elle se prévaut de l'interdiction de l'arbitraire. Se référant à son mémoire technique, à son programme de travail, ainsi qu'à la référence requise, elle conteste la note 1 obtenue au critère C2 et réclame la note 4. Elle remet également en cause, à supposer que l'offre ne soit pas exclue, la note 5 attribuée au consortium adjudicataire. Elle se plaint également de la note 2 obtenue pour le critère C3 et réclame la note de 4 ainsi qu'une note inférieure pour le consortium adjudicataire et la recourante 2.

C.b Le 22 janvier 2018, Y. _____ SA a également formé recours contre la décision d'adjudication précitée concluant principalement, sous suite de frais et dépens, à l'attribution du marché. A titre subsidiaire, elle requiert l'annulation de la décision et le renvoi de la cause au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle demande en outre que l'effet suspensif soit accordé, notamment en l'extrême urgence, au recours. A l'appui de ses conclusions, la recourante 2 invoque en substance une violation des art. 9 et 11 de la loi sur les marchés publics pour le motif d'une part, que l'un des membres du consortium adjudicataire avait été déclaré en faillite au moment de l'adjudication et, d'autre part, que dit membre était en poursuite pour le non-paiement de cotisations AVS. Une exclusion de l'adjudicataire serait également requise pour remise de faux renseignements. Elle conteste également que le consortium adjudicataire puisse satisfaire au critère d'aptitude ayant trait à un ouvrage de référence comparable ainsi qu'à la personne clé. S'agissant de l'évaluation des offres, la recourante 2 estime que la note 2 au critère C2 n'est pas soutenable en se référant aux différents éléments de son offre, la note 4 étant à tout le moins méritée. A titre de mesure d'instruction, elle requiert la production du dossier de faillite en mains du Tribunal d'arrondissement de (...).

D.

Par ordonnances respectivement des 19 et 24 janvier 2018, 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.

E.

A la demande du pouvoir adjudicateur, à laquelle les recourantes ont acquiescé, il a été ordonné la jonction des causes par décision incidente du 7 février 2018.

F.

Invité à se déterminer sur les requêtes d'effet suspensif contenues dans chacun des recours, le pouvoir adjudicateur a conclu à leur rejet par écritures du 9 février 2018. Concernant la faillite prononcée à l'encontre d'une société membre du consortium adjudicataire, il indique qu'au moment de la décision d'adjudication, dite faillite avait été révoquée ; une exclusion pour ce motif n'était ainsi plus possible. Il indique en outre que l'art. 11 de la loi sur les marchés publics est une disposition potestative qui n'impose pas au pouvoir adjudicateur d'exclure le soumissionnaire. En l'occurrence, il a été jugé que la révocation de la faillite était une garantie suffisante pour ne pas exclure l'offre du consortium adjudicataire, précisant que le consortium dans son ensemble offrait une garantie financière suffisante. Le pouvoir adjudicateur nie en outre avoir retardé la prise formelle de la décision d'adjudication. Concernant le paiement des cotisations sociales, il indique qu'un extrait du registre des poursuites ne permet pas de déterminer si la dette est éteinte ; il constate néanmoins que les poursuites pour paiement de cotisations sociales n'ont pas fait l'objet d'une opposition et que la faillite ordonnée a finalement été révoquée. Concernant l'aptitude du consortium soumissionnaire en lien avec l'ouvrage de référence et la personne clé, il fait valoir qu'il n'est pas exigé que les projets réalisés soient de complexité identique mais comparable. Il expose ensuite les motifs justifiant, selon lui, l'évaluation de l'offre des recourantes.

G.

Par décision incidente du 15 février 2018, le Tribunal administratif fédéral a accordé un accès au dossier aux recourantes tenant compte des prescriptions du pouvoir adjudicateur.

H.

H.a Le 2 mars 2018, la recourante 1 s'est encore exprimée et a maintenu ses conclusions. Elle précise notamment qu'au moment de l'adjudication, à savoir le (...) novembre 2017, une société membre du consortium adjudicataire était en faillite, celle-ci n'ayant été révoquée qu'ultérieurement. De même, elle fait valoir que le pouvoir adjudicateur ne prétend ni ne démontre s'être renseigné sur le paiement des cotisations sociales par ladite société, ce qui constitue une lacune dans l'examen des conditions d'aptitude d'un soumissionnaire dont il est connu qu'il est en liquidation. Sur ce point, elle indique qu'une réquisition de poursuite a été introduite par la Caisse AVS (...) 20 jours après la signature de la déclaration attestant le paiement des cotisations sociales. Elle développe

ensuite ses arguments concernant l'évaluation de son offre et de celle du consortium adjudicataire. A titre complémentaire, elle a conclu au rejet du recours de la recourante 2.

H.b Par écritures du 2 mars 2018, la recourante 2 a également confirmé ses conclusions ainsi que ses réquisitions de preuve et d'accès au dossier. Elle a relevé d'une part, que l'une des sociétés membres du consortium adjudicataire était en faillite au moment de l'adjudication et, d'autre part, que la déclaration selon laquelle les impôts fédéraux et les cotisations sociales avaient été acquittés constituait une fausse déclaration de la part de dite société puisque deux réquisitions de poursuite récentes concernaient les cotisations sociales. Il fait en outre valoir que le fait qu'une faillite avait été prononcée imposait au pouvoir adjudicateur de procéder à un examen plus approfondi du respect des conditions d'aptitude par le consortium adjudicataire, lequel ne pouvait pas se contenter de se référer à la révocation de dite faillite. Pour le surplus, elle reprend et complète ses griefs en lien avec l'évaluation de son offre ainsi que de celle du consortium adjudicataire.

Par courrier du 5 mars 2018, elle a encore transmis un tableau chronologique de l'évaluation des offres et conclut au rejet du recours de la recourante 1.

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 notamment 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 ; cf. art. 29 let. a 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 l'octroi de l'effet suspensif au recours contre une décision d'adjudication (cf. décisions incidentes du TAF B-3402/2009 du 2 juillet 2009 consid. 1.2, partiellement publiée aux ATAF 2009/19, et B-7208/2014 du 5 mars 2015 consid. 1.2).

2.

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-804/2014 du 16 avril 2014 consid. 3, B-3158/2011 du 12 juillet 2011 consid. 3 et réf. cit.). 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 réf. cit. ; décision incidente du TAF B-3402/2009 précitée).

2.1 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 ; B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 2.2 et B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1).

2.2 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 précitée).

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 réf. cit. ; 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 2017/IV/3 consid. 3, 2007/13 consid. 2.2 et réf. cit.).

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 LMP s'applique en principe uniquement aux marchés publics visés par l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (ci-après : 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^{ème} phrase LMP, voir aussi art. 39 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP, RS 172.056.11] ; ATAF 2008/61 consid. 3.1, 2008/48 consid. 2.1 et réf. cit.).

Elle est applicable si l'entité adjudicatrice est soumise à la loi (art. 2 LMP), si le type de marché 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 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.

3.1.2 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).

Par marché de fournitures au sens de la LMP, on entend un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant l'acquisition de biens mobiliers, notamment sous forme d'achat, de crédit-bail (leasing), de bail à loyer, de bail à ferme ou de location-vente (art 5 al. let. a LMP). 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).

Il est envisageable qu'une acquisition publique consiste simultanément en plusieurs prestations dont les caractéristiques sont décrites à l'art. 5 let. a-c LMP. Dans une telle situation, la doctrine et la jurisprudence ont mis au point des critères de différenciation afin de déterminer le marché en cause dont la qualification est essentielle à l'application des valeurs seuils (cf. art. 6 al. 1 LMP). Deux théories concurrentes ont été développées pour distinguer un marché de construction d'un marché de fournitures.

3.1.2.1 Selon l'opinion de BEYELER, lorsqu'une soumission publique comprend la fourniture de matériel de construction et la réalisation d'un ouvrage, on suppose qu'il s'agit d'un marché de fournitures, si le matériel de construction acheté par le maître de l'ouvrage l'est pour son usage propre ; par exemple, s'il est destiné à être installé directement par celui-ci ou s'il est mis à disposition de tiers. En revanche, le marché sera qualifié de construction si le matériel ou des parties de celui-ci sont utilisés par le soumissionnaire pour la réalisation, l'assemblage ou l'installation de l'ouvrage (cf. MARTIN BEYELER, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zürich, Bâle, Genève, 2012, n° 939-941 ; MARTIN BEYELER,

Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, Bund, Kantone, Europäischer Gerichtshof, Zurich, Bâle, Genève, 2016, p. 19 n° 24). Ne sont pas assimilés à une prestation de construction, les services qui, bien qu'ils soient en relation avec la réalisation, la transformation ou la destruction d'un ouvrage, consistent principalement en une activité intellectuelle telle que des prestations architecturales ou d'ingénieries qui ne nécessitent pas de travaux de nature physique. Enfin, en cas de doute quant à la qualification d'une prestation, il convient de se référer, en matière de construction, à la liste de classification CPCprov Division 51 ainsi qu'aux sous-classes qui en découlent (cf. arrêt du TAF B-579/2015 du 19 mars 2015 consid. 4.2 ; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, op. cit., n° 942).

3.1.2.2 En application de la théorie de la prépondérance « *Schwergewichts – oder Präponderanztheorie* », si une acquisition publique comporte plusieurs prestations distinctes (construction, fournitures, services), il est nécessaire d'examiner laquelle de ces prestations est – notamment économiquement – prépondérante afin de déterminer la valeur seuil applicable à l'ensemble du marché (cf. arrêt du TAF B-579/2015 consid. 4.3.6 ; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, Berne 2014, p. 135, GALLI/MOSER /LANG/ STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2013, n° 240 ss). L'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM) a qualifié un contrat mixte de contrat de fournitures dès lors que la valeur de celles-ci était supérieure à celle des travaux de construction, en cas contraire, le contrat devrait être qualifié de construction (cf. décision de l'ancienne CRM du 29 juin 1998 publiée dans la jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, JAAC, 63.15 consid. 1).

3.1.2.3 En l'espèce, le marché en cause constitue un lot du projet de (...), projet portant sur des travaux de génie civil et de prestations en électromécanique et programmation. Le projet global paraît constituer un marché de construction au sens de la LMP (CPCprov 513) que l'on applique l'une ou l'autre théorie.

En particulier, l'adjudication litigieuse se rapporte au lot n°(...) portant sur la fourniture et la pose de (...). Le lot en question relève de la construction en ce qui concerne la pose d'installations (CPCprov 516) et de fournitures (CPCprov 472) pour le matériel de (...). L'application de l'une ou l'autre théorie pourrait conduire à une qualification différente du marché (cf. également décisions incidentes du TAF B-6327/2016 et B-6332/2016 du 21 novembre 2016 consid. 2.2.2). La question n'a toutefois pas à être

examinée plus avant, au stade de la décision sur l'effet suspensif à tout le moins, dès lors la LMP s'applique dans les deux hypothèses.

3.1.3 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 adjuger les atteint. L'art. 1 de l'ordonnance du DEFR du 23 novembre 2015 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2016 et 2017 (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) et à 230'000 francs pour les fournitures (let. a). 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'éviter les dispositions de la LMP (art. 7 al. 1 LMP). Si un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un ouvrage, leur valeur totale est déterminante. Le Conseil fédéral fixe la valeur de chacun des marchés de construction qui sont dans tous les cas soumis aux dispositions de la LMP. Il détermine le pourcentage qu'ils doivent représenter dans l'ensemble de l'ouvrage (clause de minimis) (art. 7 al. 2 LMP). Edicté en exécution de cette disposition, l'art. 14 OMP – intitulé « clause de minimis » – prévoit que, lorsque l'adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction en rapport avec la réalisation d'un ouvrage dont la valeur totale atteint le seuil déterminant, il n'est pas tenu de les adjuger en se conformant aux dispositions de la loi, pour autant que les conditions suivantes soient remplies : la valeur de chacun de ces marchés est inférieure à deux millions de francs (let. a) ; et la somme des valeurs de ces marchés ne dépasse pas 20 % de la valeur totale de l'ouvrage (let. b).

En l'espèce, le projet de réaffectation a, selon le pouvoir adjudicateur, une valeur globale de 16'650'000 francs. Il s'ensuit que la valeur estimée du projet dépasse très largement le seuil légal de 8'700'000 francs. En outre, les travaux relatifs au lot n° (...) ont été estimés par le pouvoir adjudicateur à 790'000 francs. Le pouvoir adjudicateur dispose toutefois 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.).

De même, à supposer qu'il s'agisse d'un marché de fournitures, la valeur seuil de 230'000 francs serait également atteinte.

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

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

3.2 La qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA en relation avec l'art. 26 al. 1 LMP) doit être reconnue à la recourante 2, classée au deuxième rang, dès lors que, en cas d'exclusion du consortium adjudicataire, elle a de réelles chances d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ; arrêt du TF 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2). Quant à la recourante 1, classée troisième, elle réclame, outre l'exclusion de l'adjudicataire, l'attribution de la note 4 aux critères C2 et C3 ; dans ces circonstances, on peut admettre, au stade de la décision sur l'effet suspensif, qu'elle a rendu suffisamment vraisemblable ses chances d'obtenir le marché (cf. décision incidente du TAF B-3196/2016 du 31 août 2016 consid. 5.5).

3.3 Les dispositions relatives à la représentation (cf. art. 11 al. 1 PA), au délai de recours (cf. art. 30 LMP et 22a al. 1 PA), 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 pour chacun des recours.

3.4 En conséquence, les deux recours ne paraissent pas irrecevables. Partant, il y a lieu d'entrer en matière sur les requêtes d'octroi de l'effet suspensif formulées par les recourantes.

4.

Ceci étant, il convient de procéder à un examen *prima facie* des chances de succès des recours.

4.1 Les recourantes se plaignent tout d'abord de ce que l'offre du consortium adjudicataire n'ait pas été exclue dès lors que l'une de ses sociétés membres était en faillite au moment de l'adjudication et ne s'était pas acquittée des cotisations sociales malgré la déclaration volontaire exigée par l'appel d'offres.

4.2 Le pouvoir adjudicateur fait valoir qu'au moment de la décision d'adjudication la faillite avait été révoquée et qu'une exclusion pour ce motif n'était ainsi plus possible, précisant que l'art. 11 LMP était une disposition potestative qui ne lui imposait pas d'exclure le soumissionnaire. En l'occurrence, il a jugé que la révocation de la faillite était une garantie

suffisante pour ne pas exclure l'offre du consortium adjudicataire, le consortium dans son ensemble offrant une garantie financière suffisante. Concernant le paiement des cotisations sociales, il a indiqué qu'un extrait du registre des poursuites ne permettait pas de déterminer si la dette était éteinte, précisant néanmoins que les poursuites pour paiement de cotisations sociales n'avaient pas fait l'objet d'une opposition et que la faillite ordonnée avait finalement été révoquée.

4.3

4.3.1 Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix et l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication, celui-ci 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 p. 20). 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. arrêt du TAF B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 7.3.1 et réf. cit.). Cela vaut également pour les spécifications techniques (cf. arrêt du TAF B-4958/2013 précité consid. 2.5.3 et réf. cit.).

La détermination des conditions pour soumissionner et des critères de qualification doit ainsi tenir compte des effets sur la concurrence entre soumissionnaires, de sorte qu'il demeure une concurrence résiduelle suffisante (cf. ATAF 2017/IV/3 consid. 4.7.3, 2010/58 consid. 6.3 ; ETIENNE POLTIER, op.cit., n° 324).

4.3.2 Une fois les critères d'aptitude et d'adjudication arrêtés dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur doit en règle générale s'y tenir. En vertu des principes de la transparence et de l'égalité de traitement, il ne saurait les modifier ultérieurement. S'il ignore des critères dûment fixés, en modifie la portée ou la pondération ou encore s'il en ajoute de nouveaux, le pouvoir adjudicateur agit de manière contraire au droit des marchés publics (cf. décision incidente du TAF B-4637/2016 1 du 9 octobre 2016 consid. 6.4 ; arrêts du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 2.5.2 et B-891/2009 du 5 novembre 2009 consid. 3.4 et les réf. cit.).

4.3.3 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). Les mêmes principes valent pour les spécifications techniques (art. 12 LMP) que doivent satisfaire les offres (cf. arrêt du TAF B-4958/2013 précité consid. 2.6 ; ATAF 2017/IV/3 consid. 4.3 à 4.5).

4.4

4.4.1 Lors de la procédure de passation de marché, l'aptitude des soumissionnaires à réaliser celui-ci doit être vérifiée. Selon l'art. 9 LMP, l'adjudicateur peut exiger des soumissionnaires des preuves attestant leurs capacités sur les plans financier, économique et technique. Il établit pour ce faire des critères de qualification (al. 1). Il publie les critères de qualification et la liste des preuves nécessaires dans l'appel d'offres ou les documents y relatifs (al. 2), conformément aux prescrits de l'art. 9 OMP et de l'annexe 3 de cette dernière. Si un soumissionnaire ou son offre ne satisfait pas aux conditions d'aptitude ou aux critères de qualification, il s'ensuit une exclusion de la procédure de passation (arrêt du TAF B-4902/2013 du 14 mars 2014 consid. 4.1 ; ATF 139 II 389 consid. 2.2.4). Les exigences d'aptitude doivent être remplies tout au long de la procédure et même après l'adjudication. Aussi, si la situation évolue (par exemple à raison de faits nouveaux comme l'ouverture d'une faillite après coup), le pouvoir adjudicateur a la faculté de reprendre son examen de l'aptitude, ce qui peut le conduire alors à procéder par la suite à l'exclusion du soumissionnaire ou à la révocation de l'adjudication (cf. POLTIER, op. cit., n° 304 ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n° 534 s.). Dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur renonce à dite exclusion ou révocation alors que, selon l'appréciation d'un soumissionnaire écarté, les critères d'aptitude ne sont plus réunis, celui-ci devrait pouvoir obtenir une décision attaquable (cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n° 1377).

4.4.2 A teneur de l'art. 11 LMP, l'adjudicateur peut révoquer l'adjudication ou exclure certains soumissionnaires de la procédure ainsi que les rayer de la liste prévue à l'art. 10, notamment lorsque a) ils ne satisfont plus aux critères de qualification requis à l'art. 9 ; b) ils ont transmis de faux renseignements à l'adjudicateur ; c) ils n'ont pas payé, en tout temps ou en partie, les impôts et les cotisations sociales ; d) ils ne satisfont pas aux

obligations fixées à l'art. 8 ; e) ils ont conclu des accords qui restreignent sensiblement ou qui suppriment toute concurrence efficace ; et f) ils font l'objet d'une procédure de faillite.

4.4.3 En règle générale, le non-paiement des impôts et des cotisations sociales ainsi que des indications erronées à ce sujet dans la déclaration volontaire conduit à l'exclusion de l'offre et du soumissionnaire (cf. arrêt du TF 2D_49/2011 du 25 septembre 2012 consid. 5.7 concernant le droit cantonal grison). Il en va de même en cas de faillite d'un soumissionnaire (cf. arrêt du TF 2C_233/2016 du 17 novembre 2016 consid. 5 concernant le droit cantonal grison). Le principe de proportionnalité et l'interdiction d'un formalisme excessif doivent toutefois être respectés quel que soit le motif d'exclusion (cf. arrêt du TF 2C_782/2012 du 10 janvier 2013 consid. 3 et réf. cit.). Il convient notamment de réserver les cas de peu de gravité (cf. GALLI/MOSER /LANG/ STEINER, op. cit., n° 484 ss ; arrêt 2D_49/2011 précité consid. 5.8).

Le pouvoir adjudicateur qui ne vérifie pas les aptitudes financières 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, JAAC 64.29 consid. 4). L'appréciation desdites aptitudes relève du pouvoir d'appréciation des autorités adjudicatrices (cf. GALLI/MOSER /LANG/ STEINER, op. cit., n° 535).

4.5

4.5.1 L'appel d'offres publié sur la plateforme Simap le (...) juillet 2017 retient la capacité économique et financière comme critère d'aptitude (pt 3.7 de l'appel d'offres). Il est en outre indiqué que les critères de qualification ne doivent pas être remplis par chaque partenaire, mais par l'association, à moins qu'une exigence ne se réfère expressément aux partenaires individuellement, comme par exemple la certification. Concernant les justificatifs requis, lesquels doivent être déposés en même temps que le dossier de l'offre à moins que cela ne soit spécifié autrement, il est prévu notamment ce qui suit (pt 3.8) :

« Q2 Capacité économique et financière

Q2.1 Chiffre d'affaires

Le chiffre annuel est supérieur au double du montant annuel du marché

Q2.2 Documents à remettre

Documents à remettre avec l'offre du soumissionnaire :

- déclaration volontaire du soumissionnaire (signée) ;
- Extrait(s) du registre du commerce ou, pour les sociétés ayant leur siège à l'étranger, attestation(s) analogue(s) (datant de moins de trois mois par rapport au délai de remise de l'offre).

Q2.3 Attestation à remettre après la remise de l'offre

Attestations à remettre après la remise de l'offre par le soumissionnaire sur demande du mandant dans un délai de 7 jours :

- extraits du registre des poursuites (plus récents que trois mois par rapport au délai du dépôt de l'offre) ;
- justifications des paiements actuels pour AVS/AI/APG/AC ainsi que SUVA et AFC ;
- justifications des paiements actuels pour la LPP ;
- attestation(s) d'assurance responsabilité civile professionnelle pour les dommages et les montants de couvertures comme précisés dans le projet de contrat. »

4.5.2 En l'espèce, il est établi que la société A._____, membre du consortium adjudicataire, a été déclarée en faillite par décision du Tribunal d'arrondissement de (...) du (...) novembre 2017. La faillite a par la suite été révoquée par décision dudit tribunal du (...) décembre 2017.

De même, il ressort d'un extrait du registre des poursuites de l'Office du district de (...) que dite société a été mise en poursuite par l'administration fédérale des contributions le 20 avril 2016 pour CHF (...), par la Fondation collective LPP, (...), le 9 août 2017 pour CHF (...) et par la Caisse AVS (...) le 20 septembre 2017 pour CHF (...) et le 14 décembre 2017 pour CHF (...). Les deux premières poursuites ont été acquittées à l'office.

Enfin, il ressort de l'offre du consortium adjudicataire que le représentant de la société A._____ a dûment signé la déclaration volontaire selon laquelle il indique notamment avoir payé les impôts fédéraux et les cotisations sociales. S'agissant des attestations à remettre, dite société a transmis un extrait du registre du commerce. En revanche et contrairement aux autres membres du consortium, elle n'a transmis ni extrait du registre des poursuites ni justification du paiement des cotisations sociales.

4.6 Il ressort de ce qui précède qu'au moment où l'adjudication a été prononcée, à savoir le (...) novembre 2017, une société membre du consortium adjudicataire était en faillite. Au moment de la publication sur la plateforme Simap, le (...) décembre 2017, la faillite avait toutefois été révoquée. De même, ladite société a été mise en poursuite en vue de paiement d'impôts fédéraux et de cotisations sociales alors qu'elle a expressément déclaré s'en être acquittée.

Ces constatations remettent en cause la capacité économique et financière du consortium adjudicataire telle qu'énoncée dans l'appel d'offres. Conscient de la situation momentanée de failli d'un membre du consortium, le pouvoir adjudicateur a estimé qu'une exclusion ne se justifiait pas ce que contestent les recourantes.

A ce stade, il y a lieu d'admettre, après un examen *prima facie* de la cause, que le paiement des impôts et des cotisations sociales, l'absence de faillite ou de fausses déclarations consiste en une exigence se référant aux partenaires individuellement. En revanche, l'aptitude financière des soumissionnaires peut être évaluée au niveau du consortium comme l'indique le pouvoir adjudicateur.

4.6.1 Le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'il applique l'art. 11 LMP ; sa décision d'exclure ou non une offre doit en outre satisfaire au principe de la proportionnalité et à l'interdiction du formalisme excessif. La faillite ayant été révoquée, on ne saurait dès lors d'emblée déduire, à l'aune de la jurisprudence précitée (cf. supra consid. 4.4.3), que tout non-paiement d'impôts ou de cotisations sociales de même que tout faux renseignement doit nécessairement conduire à une exclusion.

4.6.2 Néanmoins, plusieurs éléments plaident en faveur d'une exclusion. Divers montants relatifs aux paiements d'impôts ou de cotisations sociales ont été mis en poursuite, dont certains dans des périodes très proches de la déclaration volontaire dûment signée par tous les membres du consortium adjudicataire. Il paraît dès lors nullement exclu que la société A. _____ ait transmis de faux renseignements en déclarant avoir payé les impôts et cotisations sociales, ce qui pourrait justifier l'exclusion du consortium adjudicataire.

De même, dès lors que l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres prévoient que les soumissionnaires doivent déclarer avoir payé les impôts fédéraux et les cotisations sociales ainsi que, sur demande, transmettre, un extrait du registre des poursuites ainsi que des attestations du

paiement, il y a lieu, *prima facie*, d'admettre qu'il s'agit de critères d'une certaine importance pour le pouvoir adjudicateur auquel celui-ci est en principe lié (cf. supra consid. 4.3.2). De plus, compte tenu de la faillite prononcée puis révoquée, il ne paraît pas d'emblée excessif d'exiger du pouvoir adjudicateur qu'il procède à un examen plus approfondi de la capacité économique et financière de la société A._____ et qu'elle obtienne les attestations prévues par l'appel d'offres pour ce faire. Il ressort en outre de l'extrait du registre des poursuites transmis par les recourantes que les dettes d'impôts et de cotisations sociales mises en poursuite sont d'une certaine importance. Une exclusion du consortium adjudicataire pour non-paiement des impôts et des cotisations sociales n'apparaît ainsi pas non plus, *prima facie*, injustifiée.

4.7 Il suit de là que, en l'état du dossier, les recours n'apparaissent nullement dénués de chances de succès en tant qu'ils concluent à l'exclusion de l'offre du consortium adjudicataire. L'admission de ce grief conduirait à une nouvelle adjudication ; il suffirait, en particulier, à la recourante 2 pour obtenir le marché. En revanche, la recourante 1 devrait encore se voir attribuer de meilleures notes. Cela étant, une nouvelle adjudication du marché étant *prima facie* envisageable, point n'est besoin d'examiner plus avant laquelle des recourantes serait alors adjudicataire. Dans l'hypothèse peu probable d'un retrait du recours de la recourante 2, il devrait néanmoins être procédé à un réexamen de la présente décision.

5.

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

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 les recourantes. Il y a lieu d'en déduire qu'aucun intérêt public et privé prépondérant ne commande en l'espèce une exécution immédiate de la décision d'adjudication contestée, sans égard au sort de la présente procédure. Il suit de là que l'intérêt des recourantes – dont les recours ne sont *prima facie* pas dénués de chances de succès – à une adjudication du marché en cause conforme à la loi, 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 et l'intérêt privé de l'adjudicataire à une exécution immédiate de la décision d'adjudication.

Les demandes d'octroi de l'effet suspensif doivent en conséquence être admises.

6.

S'agissant du droit à la consultation du dossier, les recourantes ont eu partiellement accès à celui-ci, dans la mesure fixée par décision incidente du 15 février 2018. Au regard des conclusions et griefs des recours, il y a lieu d'admettre qu'elles ont pu suffisamment prendre connaissance des éléments pertinents du dossier pour être en mesure de se déterminer valablement. La question d'un accès plus large au dossier dans le cadre de la procédure au fond demeure réservée ; elle sera tranchée, le cas échéant, par décision incidente séparée (cf. notamment décisions incidentes du TAF B-2675/2012 du 23 juillet 2012 consid. 5 et B-3803/2010 du 23 juin 2010 consid. 7.4 ainsi que réf. cit.).

7.

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

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Les requêtes des recourantes sont admises. Partant, l'effet suspensif est octroyé aux recours.

2.

Les frais et dépens relatifs à la décision incidente seront réglés dans l'arrêt final.

3.

La présente décision incidente est adressée :

- à la recourante 1 (recommandé avec avis de réception)
- à la recourante 2 (recommandé avec avis de réception)
- au pouvoir adjudicateur (n° de réf. SIMAP - ID du projet (...)) ;
recommandé avec avis de réception)
- à l'adjudicataire (courrier A)

Le président du collège :

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 : 6 avril 2018