



---

Cour II  
B-4743/2015

## Arrêt du 9 décembre 2015

---

Composition

Pascal Richard (président du collège),  
Francesco Brentani, Marc Steiner, juges,  
Alban Matthey, greffier.

---

Parties

**X\_\_\_\_\_ SA,**  
représentée par Me Jacques Fournier, avocat,  
recourante,

contre

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

---

Objet

Marchés publics - N01 Upn. Faoug-Kerzers installation de  
signalisation routière Simap-Projet-ID 123843.

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

**A.a** Le 7 mars 2015, l'Office fédéral des routes OFROU (ci-après : le pouvoir adjudicateur), division "infrastructure routière" – filiale d'Estavayer-le-Lac, 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 "N01 Upn. Faoug-Kerzers / Lot 13.431 – BSA S-VM Signalisation dynamique". Cet appel d'offres intervient dans le cadre du projet d'assainissement de l'autoroute A1 sur le tronçon Faoug-Kerzers.

Dans le délai de clôture pour le dépôt des offres, fixé au 22 avril 2015 à 12h00, deux soumissionnaires ont déposé une offre. Parmi celles-ci figurait l'offre de X\_\_\_\_\_ SA (ci-après : la recourante) pour un montant de (...) francs hors taxe.

**A.b** Le 27 mai 2015, le pouvoir adjudicateur a requis des précisions sur l'offre déposée ; la recourante a transmis sa réponse le 2 juin 2015.

**B.**

Le 14 juillet 2015, le pouvoir adjudicateur a informé la recourante qu'elle avait été exclue de la procédure de passation pour le motif que le format des feux lumineux de signalisation offerts ne correspondait pas aux exigences techniques du dossier d'appel d'offres. En outre, il a indiqué que le marché avait été attribué à la société Y\_\_\_\_\_ AG (ci-après : l'adjudicataire).

**C.**

Par décision publiée dans Simap le 15 juillet 2015, le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché à l'adjudicataire pour un montant de 1'931'041 francs hors taxe, indiquant qu'il s'agissait de l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base de l'ensemble des critères d'adjudication.

**D.**

Par écritures du 3 août 2015, la recourante a formé recours auprès du Tribunal administratif fédéral, contestant aussi bien son exclusion que l'adjudication du marché à l'adjudicataire. Principalement, elle conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation des actes susmentionnés et à l'attribution du marché à elle-même. Subsidièrement, elle requiert le renvoi de la cause au pouvoir adjudicateur pour adjudication à elle-même et, plus subsidiairement, pour nouvelle évaluation des offres. Préalablement, elle

requiert l'octroi de l'effet suspensif au recours, partant, qu'interdiction soit faite au pouvoir adjudicateur de conclure un contrat portant sur la réalisation du projet faisant l'objet du présent recours, ainsi que l'octroi de l'accès complet au dossier de la procédure d'appel d'offres.

A l'appui de ses conclusions, la recourante conteste ne pas avoir respecté les spécifications techniques du cahier des charges. Si elle ne nie pas qu'un signal lumineux présentant une rangée de trois leds était requis, elle estime qu'une rangée de deux leds permet également de respecter, du point de vue optique, toutes les exigences de la Norme européenne EN 12966 / Signaux de signalisation routière verticale – Panneaux à messages variables – Partie 1 : Norme de produit (ci-après : norme EN 12966) et, pour ce qui a trait au nombre total de leds et aux dimensions de tous les symboles, celles de la fiche technique 23001-11432 / éléments de construction / signalisation / Système VM de l'OFROU du 5 mai 2010 (ci-après: la fiche technique). A cet égard, elle précise que dite fiche technique fait expressément référence à la norme EN 12966, laquelle s'attache à la surface éclairée par les leds et non aux nombres de rangées de ceux-ci et que, selon l'art. VI par. 1 let. b de l'accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics, les spécifications techniques sont fondées sur des normes internationales s'il en existe. Par ailleurs, elle fait valoir, se référant à la jurisprudence, que le réquisit de spécifications techniques ne saurait avoir pour conséquence de limiter le nombre de soumissionnaires au point qu'un seul ou un nombre très restreint d'entre eux soient en mesure d'y satisfaire. Or, en l'occurrence, les exigences arrêtées suppriment toute concurrence, seules deux entreprises ayant déposé une offre. Enfin, précisant que les produits offerts ont très récemment été posés dans un tunnel autoroutier, elle considère que l'exigence de trois rangées de leds, qui ne conduit à aucune différence d'un point de vue optique pour le conducteur, n'est nullement justifiée, ce d'autant plus que en ce qui concerne la dimension du signal et le nombre total de leds, le pouvoir adjudicateur fixe des valeurs approximatives.

S'agissant de la requête d'octroi de l'effet suspensif, elle fait valoir que les chances de succès ne peuvent en aucun cas être niées lors d'un examen *prima facie*. Sur ce point, elle se prévaut de ce que son offre n'a été exclue qu'en fin de procédure et après lui avoir demandé d'apporter des précisions. De même, aucune urgence particulière n'exige la réalisation du marché avant l'issue de la procédure. Enfin, elle se prévaut d'un intérêt public au recours puisque, à ce jour, un seul acteur économique est en mesure de satisfaire aux spécifications techniques requises par le pouvoir adjudicateur dans ce marché.

**E.**

Par ordonnance du 5 août 2015, le Tribunal administratif fédéral a enjoint le pouvoir adjudicateur, à titre de mesure superprovisionnelle, de n'entreprendre aucune mesure d'exécution susceptible d'influer sur l'issue du litige, en particulier la conclusion du contrat, avant qu'il ne soit statué sur la requête d'octroi de l'effet suspensif.

**F.**

Invité à se déterminer sur la requête d'effet suspensif, le pouvoir adjudicateur a conclu, par écritures remises à la poste le 26 août 2015, à son rejet pour le motif que le recours serait manifestement infondé. Il a pour le reste requis l'admission partielle – dans les limites du respect des secrets d'affaires – de la demande d'accès au dossier et le rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité. A l'appui de ses conclusions, il fait tout d'abord valoir que les documents d'appel d'offres indiquent que les feux de fermeture temporaire de voies (FTV) doivent être conçus conformément à la fiche technique 23001-11432. De même, le rapport technique mentionne que les FTV devaient avoir un format "M" renvoyant expressément à la fiche technique. Enfin, les dimensions des FTV correspondant à celles du code de format "M" sont prescrites dans les plans mis à disposition. Le pouvoir adjudicateur en déduit que, en tant que la recourante remet en cause cette exigence, ses griefs sont tardifs puisque l'appel d'offres n'a pas été attaqué et qu'aucune remarque n'a été émise lors des questions-réponses. Elle allègue ensuite que le choix du système "M" pour les FTV est dû au fait qu'il présente une péjoration moindre de la qualité des signaux ; ce choix ressort en outre du Manuel technique d'exploitation et de sécurité disponible sur le site internet de l'OFROU et est donc consultable par tout soumissionnaire éventuel. Par ailleurs, elle fait valoir que l'offre retenue ne satisfait pas aux spécifications techniques, non seulement en ce qu'elle ne propose que deux rangées de leds mais également en ce qui concerne le nombre total de leds et la dimension du signal. Dans ces conditions, elle considère qu'une prise en compte de l'offre contreviendrait au principe de la transparence et de l'égalité de traitement, peu importe que les produits proposés aient été retenus pour des projets aux exigences différentes. S'agissant de la prétendue suppression de la concurrence induite par les spécifications techniques retenues, elle allègue que seuls deux acteurs sont présents sur le marché des panneaux de leds, de sorte que le choix de signaux à deux rangées, plutôt que ceux à trois, ne saurait stimuler la concurrence. Enfin, elle conteste que la recourante puisse tirer argument de ce que son offre n'a été exclue qu'en fin de procédure ; il s'agit là de sa pratique pour tout appel d'offres et quels que soient les manquements constatés.

**G.**

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

**H.**

Par décision incidente du 2 septembre 2015, le Tribunal administratif fédéral a accordé un accès au dossier à la recourante conformément aux prescriptions du pouvoir adjudicateur.

**I.**

Invitée à formuler d'éventuelles remarques, la recourante a, par courrier du 11 septembre 2015, renvoyé aux arguments déjà développés dans son recours.

**J.**

Ni le pouvoir adjudicateur ni l'adjudicataire ne se sont prononcés sur le fond dans le délai imparti ; celui-là s'était toutefois déjà déterminé quant au bien-fondé du recours dans ses déterminations du 26 août 2015.

**K.**

Par décision incidente du 16 septembre 2015, le Tribunal administratif fédéral a octroyé l'effet suspensif au recours.

**L.**

A la demande du tribunal, le pouvoir adjudicateur s'est déterminé sur l'état du marché des panneaux à leds et sur son choix de retenir le format "M" à l'exclusion du format "K", par écritures du 12 octobre 2015.

S'agissant de l'état du marché, il relève que les panneaux à leds sont produits sur commande ; les soumissionnaires sont ainsi libres de commander des panneaux sur mesure qui répondent aux critères de l'appel d'offres auprès de leur fournisseur. Le même soumissionnaire est ainsi capable de fournir le format "K" ou "M". Se fondant sur quelques dossiers d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur indique en outre que plusieurs sociétés sont actives dans ce domaine et qu'il existe donc une concurrence au niveau des prix.

Concernant l'exigence du format "M", il expose que le choix du format est défini en fonction des besoins du projet, du standard de sécurité, de l'aspect financier et de la durée de vie du produit. Plus particulièrement, les dimensions plus grandes du format "M" garantiraient une meilleure visibilité et lisibilité aux automobilistes, notamment, à ciel ouvert et de jour. Sur ce

point, le pouvoir adjudicateur affirme qu'à taux de défaillance identique, le format "M" à trois rangées offre une meilleure visibilité que le format "K" à deux rangées. Or, d'un point de vue sécuritaire, la lisibilité des signaux FTV est primordiale lors de la fermeture de voies. De même, une meilleure visibilité des signaux permet, selon le pouvoir adjudicateur, d'en réduire le nombre et de diminuer, par là même, le coût du projet tout en respectant les standards de sécurité. Les panneaux à trois rangées de leds seraient, par ailleurs, alimentés, à luminance égale, avec un courant plus faible que les panneaux composés de deux rangées de leds, limitant ainsi leur usure et rallongeant leur durée de vie. Aussi, le pouvoir adjudicateur estime que, compte tenu des caractéristiques du projet, le choix du format "M" est le plus judicieux en l'espèce, choix qui s'inscrit pleinement dans le pouvoir d'appréciation qui lui est reconnu.

Enfin, le pouvoir adjudicateur fait valoir que, les variantes étant autorisées pour le projet en cause, la recourante avait la possibilité de lui soumettre sa solution innovante – qui ne correspond ni au format "M" ni réellement au format "K" de la fiche technique 23001-11432 – en sus d'une offre respectant les exigences techniques du projet. Il considère dès lors contraire au principe de la bonne foi de se prévaloir, au moment de l'adjudication, d'une inadéquation des critères techniques prévus dans l'appel d'offres.

#### **M.**

Par remarques du 2 novembre 2015, la recourante a fait valoir que la concurrence avait été limitée d'une manière inadmissible en raison des exigences techniques prescrites par le pouvoir adjudicateur. Elle précise que les signaux FTV voulus par ce dernier ne sont pas conçus en Suisse, les soumissionnaires sous-traitant leur fabrication à deux ou trois entreprises étrangères. Aussi, bien que le produit désiré par le pouvoir adjudicateur puisse être offert par n'importe quel acteur du marché, la concurrence demeure restreinte à un seul produit. En outre, le choix du pouvoir adjudicateur ne serait, selon la recourante, pas compréhensible puisque celui-ci a déjà eu recours aux types de panneaux ici écartés. La recourante allègue encore que le format "M+" exigé – qui ne serait défini dans aucune fiche technique – n'apporte aucune plus-value sécuritaire. Elle considère ainsi qu'elle devait uniquement fournir des panneaux conformes aux normes de visibilité, lesquelles sont parfaitement respectées par ses signaux FTV. Elle conteste également les affirmations du pouvoir adjudicateur selon lesquelles ses panneaux à leds seraient plus chers à l'entretien et gourmands en électricité. En définitive, elle estime que son offre est parfaitement conforme aux exigences du pouvoir

adjudicateur à l'exclusion du nombre de rangées de leds, qu'elle juge non-déterminant.

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 ou d'exclusion dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1 ; cf. art. 29 let. a et d LMP en relation avec l'art. 27 al. 1 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.

### **2.**

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).

**2.1** La LMP s'applique 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<sup>ème</sup> phrase LMP, voir aussi art. 39 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP, RS 172.056.11] ; ATAF 2008/61 consid. 3.1, 2008/48 consid. 2.1 et réf. cit.).

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

**2.1.1** 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.

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

En l'espèce, le marché en cause constitue un lot du projet d'assainissement de l'autoroute A1, projet portant sur des travaux de construction, de tels travaux impliquant pratiquement toujours également des fournitures en vue de leur réalisation. En particulier, l'adjudication litigieuse se rapporte au lot n° 13.431, lequel concerne la planification et l'exécution de la signalisation routière.

**2.1.3** Enfin, l'art. 6 al. 1 LMP prévoit des seuils (sans la TVA) au-delà desquels la loi est applicable si la valeur estimée du marché à adjuger les atteint. L'art. 1 let. b de l'ordonnance du DEFR du 2 décembre 2013 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2014 et 2015 (RS 172.056.12) dispose en lien avec ledit article que la valeur seuil se monte à 8'700'000 francs pour les ouvrages. L'estimation préalable que le pouvoir adjudicateur fait de la valeur du marché est l'élément déterminant pour apprécier si le seuil fixé par la loi et l'ordonnance est atteint (cf. arrêt du TAF B-985/2015 du 12 juillet 2015 consid. 2.4 et réf. cit.).

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

remplies : la valeur de chacun de ces marchés est inférieure à deux millions de francs (let. a) ; et la somme des valeurs de ces marchés ne dépasse pas 20 % de la valeur totale de l'ouvrage (let. b).

En l'espèce, le marché a, selon le pouvoir adjudicateur, une valeur globale de 98'184'276.40 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° 13.431 ont été estimés par le pouvoir adjudicateur à 2'400'000 francs. Les offres déposées sont légèrement inférieures à deux millions de francs. La question de l'exactitude de l'estimation peut toutefois demeurer indécidée dès lors que le pouvoir adjudicateur dispose 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.).

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

**2.1.5** Il ressort de ce qui précède que la LMP s'applique dans le cas présent.

**2.2** 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 en tant qu'elle défère son exclusion. Cette qualité doit également être admise, en tant que la recourante s'en prend à la décision d'adjudication, dès lors que, si son offre – qui présente le prix le plus bas – devait être évaluée, celle-ci aurait des chances réelles d'être retenue (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ainsi que l'arrêt du TF 2C\_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2; cf. également MARTIN BEYELER, Lausanne-Luzern, einfach, in Droit de la construction 2015, p. 214 ss). Toutefois, elle n'a d'intérêt digne de protection à recourir contre la décision d'adjudication que si son offre est effectivement évaluée (cf. arrêt du TAF B-1875/2014 du 16 juillet 2014 consid. 1.3). En effet, l'exclusion de soumissionnaires intervient nécessairement avant l'évaluation des offres et l'adjudication du marché. Si une offre est exclue à tort, la procédure d'adjudication s'en trouve viciée et doit être reprise au stade de l'exclusion erronée, à savoir avant l'évaluation des offres. Il s'ensuit que la conclusion de la recourante tendant à ce que le marché lui soit adjugé est prématurée. En revanche, en tant qu'elle prétend que son offre a été exclue à tort, elle est pleinement légitimée à requérir l'annulation de l'adjudication et le renvoi de la cause pour nouvelles évaluation et décision (cf. arrêt du TAF B-985/2015 du 12 juillet 2015 consid. 1.4).

**2.3** Les dispositions relatives à la représentation (cf. art. 11 al. 1 PA), au délai de recours (cf. art. 30 LMP), à la forme et au contenu du mémoire de recours (cf. art. 52 al. 1 PA), ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (cf. art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

### **3.**

Le pouvoir adjudicateur soulève tout d'abord que les griefs de la recourante relatifs aux exigences techniques sont tardifs.

**3.1** 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. En revanche, les documents d'appel d'offres ne sont pas réputés décisions sujettes à recours au sens de l'art. 29 LMP et ne font pas nécessairement partie de l'appel d'offres (ATAF 2014/14 consid. 4.4), sauf si celui-ci y renvoie de manière claire, en indiquant le passage précis (cf. décision incidente du TAF B-5293/2015 du 4 novembre 2015 consid. 6.5). Des griefs relatifs aux documents d'appel d'offres peuvent dès lors, en principe, être invoqués à l'encontre de la décision d'adjudication (cf. ATAF 2014/14 consid. 4.4).

**3.2** En l'occurrence, il n'est pas contesté que l'exigence technique litigieuse ne ressort pas directement de l'appel d'offres, celui-ci contenant uniquement la mention selon laquelle la nouvelle signalisation devra être réalisée conformément au plan de signalisation établi par l'ingénieur trafic. Dans les documents d'appel d'offres, il est simplement indiqué que les FTV doivent être conçus conformément à la fiche technique. Le rapport technique mentionne toutefois que les FTV doivent avoir un format "M" revoyant expressément à la fiche technique. De même, les dimensions des FTV correspondant à celles du code de format "M" sont prescrites dans les plans mis à disposition.

**3.3** Aussi, on ne saurait d'emblée admettre que l'exigence technique en cause, laquelle ne se trouve expressément prévue que dans le rapport technique parmi de nombreux autres réquisits, fût immédiatement reconnaissable au point que la recourante eût dû attaquer l'appel d'offres ou contester dite exigence dans le cadre des questions-réponses. Cependant, lorsqu'il existe des fiches techniques ou des réglementations précises destinées à régir la réalisation de projets, on pourrait attendre des

entreprises actives sur les marchés en cause qu'elles les connaissent ou, à tout le moins, qu'elles savent qu'elles vont devoir respecter impérativement une ou plusieurs caractéristiques techniques précises propres à ce type de projets. Ce nonobstant, le pouvoir adjudicateur ayant dérogé à plusieurs reprises aux normes préétablies en la matière, en particulier pour des travaux attribués à la recourante, celle-ci ne pouvait considérer devoir, en l'espèce, respecter précisément les spécificités d'une fiche technique. Il s'ensuit que les griefs de la recourante à l'encontre des critères techniques ne sont pas tardifs.

#### 4.

La recourante fait principalement valoir que son offre satisfait aux exigences techniques dès lors qu'elle est en mesure de produire le même signal lumineux que le format "M" formellement requis par le pouvoir adjudicateur. Elle ne nie toutefois pas ne pas avoir expressément respecté le cahier des charges sur ce point mais estime que s'en tenir à une interprétation stricte de cette exigence serait contraire à l'art. VI al. 2 let. b AMP et conduirait à une suppression de la concurrence sur le marché en cause. Elle se plaint en outre d'arbitraire en tant que les signaux FTV offerts ont parfois été retenus par le pouvoir adjudicateur.

**4.1** 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). Dans le cadre de son contrôle, l'autorité judiciaire fait preuve de retenue et n'intervient que dans certaines conditions (cf. arrêts du TAF B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 7.3.1 et réf. cit.). Cela vaut notamment pour les spécifications techniques (cf. arrêt du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 2.5.3 et réf. cit.).

En vertu de l'art. VI ch. 2 AMP, les spécifications techniques prescrites par des entités contractantes seront, s'il y a lieu, définies en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives (let. a) et fondées sur des normes internationales, dans le cas où il en existe, sinon sur des règlements techniques nationaux, des normes nationales reconnues ou des codes du bâtiment (let. b). Cette disposition n'est toutefois pas contraignante, à tout le moins en ce qui concerne la lettre a (cf. arrêt B-4958/2013 consid. 2.5.3). En outre, selon l'art. VI ch. 3 de l'AMP, le pouvoir adjudicateur n'exigera ni ne mentionnera de marques de fabrique ou de commerce ou noms commerciaux, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines

ou de producteurs ou fournisseurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que «ou l'équivalent» figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres (cf. décision de l'ancienne Commission de recours en matière de marchés publics [CRM] du 16 novembre 2001, publiée in JAAC 66.38 consid. 5b/bb). Aussi, afin d'éviter une trop grande restriction de la concurrence, le pouvoir adjudicateur ne doit, en principe, pas décrire les spécifications techniques attendues de manière si restrictive que seul un produit ou un soumissionnaire, voire un nombre limité d'entre eux, n'entrent en considération pour l'adjudication. Il convient au contraire de privilégier une description en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives, comme le requiert l'art. VI ch. 2 let. a AMP (cf. arrêt B-4958/2013 consid. 2.5.3 et réf. cit. ; décision incidente du TAF B-822/2010 du 10 mars 2010 consid. 5.1 ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich, Bâle, Genève 2013, n° 407-412). La détermination des conditions pour soumissionner et des critères de qualifications doit ainsi tenir compte des effets sur la concurrence entre soumissionnaires, de sorte qu'il demeure une concurrence résiduelle suffisante (cf. ATAF 2010/58 consid. 6.3 ; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, Berne 2014, n° 324).

**4.2** Comme susmentionné, le pouvoir adjudicateur jouit d'une grande liberté d'appréciation dans le choix des critères techniques nécessaires à la réalisation d'un projet ; il peut ainsi déterminer pour chacun de ses projets les spécificités techniques propres à ses besoins. L'existence de norme européenne, comme en l'espèce, offre un certain cadre au pouvoir adjudicateur mais ne saurait l'empêcher d'être plus précis afin d'obtenir le produit qu'il estime être le plus adéquat, ce d'autant que l'art. VI ch. 2 let. a et b AMP est de nature potestative comme l'exprime la locution "s'il y a lieu". Aussi, le choix du format "M", bien qu'un autre format ait été accepté pour des projets plus ou moins semblables, ne consacre aucun arbitraire mais résulte de la liberté d'appréciation du pouvoir adjudicateur, dans la définition de ses besoins. Il demeure dès lors à examiner si les spécificités techniques imposées, en l'espèce, conduisent à une restriction inadmissible de la concurrence.

**4.3** Le pouvoir adjudicateur a, tout d'abord, indiqué que seuls deux acteurs étaient présents sur le marché des panneaux à leds de sorte que le choix de signaux à deux rangées, plutôt que de ceux à trois, ne stimulerait pas la concurrence. Il a ensuite précisé dans ses déterminations ultérieures que plusieurs entreprises étaient actives dans ce domaine et avaient

déposé des offres pour des projets similaires. Il relève que les soumissionnaires sont libres de sous-traiter la fabrication de signaux FTV qui se fait en général sur mesure. Il considère donc que l'exigence du format "M" pour ce marché ne restreint pas la concurrence puisque plusieurs entreprises sont potentiellement capables de fournir des signaux FTV correspondant au dit format.

**4.4** La recourante allègue que cette spécification technique conduit à une restriction inadmissible de la concurrence dès lors que seul un soumissionnaire a satisfait à cette exigence. Elle fait valoir que le nombre de soumissionnaires n'est pas révélateur de l'existence ou non d'une concurrence effective, n'importe qui pouvant sous-traiter le travail à faire ; en revanche, les critères techniques prévus par le pouvoir adjudicateur limitent la concurrence à un seul produit. Elle ajoute que les documents produits par ce dernier relatifs au nombre de soumissionnaires ne sont pas probants ; ils ne permettent notamment pas de déterminer si les offres de ceux-ci remplissaient les critères du pouvoir adjudicateur ou non. De même, elle relève que les pièces n'établissent pas qu'une concurrence aurait existé au niveau des prix s'agissant des panneaux à leds.

**4.5** En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur ne s'est pas référé à une marque ou à un fournisseur en particulier ; il a seulement spécifié le nombre de rangées de leds – à savoir trois – devant constituer les signaux FTV. Il a arrêté son choix, d'une part, pour des motifs de sécurité – la visibilité et la lisibilité, notamment en cas de défaillance, des panneaux FTV à trois rangées de leds étant meilleures – et, d'autre part, dans le but de permettre de rationaliser les coûts du projet. Ce critère limite indéniablement la concurrence aux seuls panneaux composés de trois rangées de leds. Il ne résulte toutefois pas de ce choix une restriction inadmissible de la concurrence tant que celle-ci subsiste pour ce type de produit. Or, il n'est pas contesté que les signaux FTV sont fabriqués sur commande par des sous-traitants, si bien que n'importe quel soumissionnaire est à même de livrer un panneau de leds conforme aux critères de l'appel d'offres. La recourante ne nie ainsi nullement que plusieurs sociétés sont en mesure de fournir les signaux FTV adéquats. De même, elle ne prétend pas être elle-même dans l'impossibilité de le faire. En définitive, si les critères du pouvoir adjudicateur restreignent la concurrence à un seul produit, il n'en demeure pas moins qu'il existe une concurrence résiduelle suffisante pour celui-ci. En outre, la recourante ne saurait tirer argument du fait qu'un seul soumissionnaire ait proposé un produit conforme puisque, comme susmentionné, il existe sur le marché des signaux FTV à trois rangées de leds une concurrence, à tout le moins potentiellement, suffisante.

Il s'ensuit que les spécificités techniques retenues par le pouvoir adjudicateur ne restreignent pas de manière inadmissible la concurrence ni ne relèvent d'un abus ou d'un excès du pouvoir d'appréciation. Mal fondé le grief doit être rejeté.

**4.6** En définitive, le pouvoir adjudicateur a requis que les signaux FTV soient constitués de trois rangées de leds, à savoir un format "M", critère pleinement conforme au droit (cf. supra consid. 4.2 et 4.5). La recourante a offert des panneaux conçus avec seulement deux rangées de leds. Elle ne respecte donc manifestement pas les critères techniques requis. C'est dès lors à juste titre que le pouvoir adjudicateur a prononcé son exclusion.

## **5.**

En tant que la recourante a été valablement exclue de la procédure de soumission, elle n'a pas d'intérêt digne de protection à recourir contre la décision d'adjudication ; le marché ne peut dans tous les cas lui être attribué. La conclusion du recours tendant à l'annulation de la décision d'adjudication est de ce fait irrecevable (cf. CHRISTOPH JÄGER, *Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz*, in : *Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics*, Zurich/Bâle/Genève 2014, n. 88 ; arrêts du TAF B-4071/2014 consid. 10, B-7337/2010 du 15 avril 2011 consid. 5 et B-1470/2010 du 29 septembre 2010 consid. 1.7).

## **6.**

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

## **7.**

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase 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]). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2 PA). 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 4 FITAF).

En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à 8'500 francs.

La recourante qui succombe doit en principe supporter les frais de procédure. Toutefois, le tribunal a fait droit à la requête d'octroi de l'effet

suspensif contenue dans le recours. Statuant sur la base d'un examen *prima facie* du dossier, il avait estimé qu'une admission du grief de la recourante, s'agissant de la restriction de la concurrence, n'était pas manifestement exclue. La prise de position – peu motivée – du pouvoir adjudicateur à ce sujet n'avait en effet pas permis d'écarter d'emblée ledit grief. Dans ces circonstances, les frais induits par la décision incidente 16 septembre 2015 ne peuvent être mis à la charge de la recourante (cf. arrêts du TAF B-7305/2014 du 27 mars 2015, B-7307/2014 du 29 janvier 2015 et B-3526/2013 du 20 mars 2014 consid. 10.2). Aussi, un cinquième des frais de procédure doit être mis à la charge de l'Etat, soit 1'700 francs, et quatre cinquièmes, à savoir 6'800 francs, à la charge de la recourante qui succombe sur le fond (cf. B-7305/2014 et B-7307/2014). Ce montant sera imputé sur l'avance de frais de 8'500 francs perçue le 7 août 2015. Le solde de 1'700 francs sera restitué à la recourante dès l'entrée en force du présent arrêt.

#### **8.**

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). Celle-là a droit aux dépens pour les frais nécessaires causés par le litige (art. 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF), lesquels sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations ; à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF).

En l'espèce, la recourante qui a obtenu gain de cause concernant l'effet suspensif et qui est représentée par un avocat, dûment mandaté par procuration, a droit à des dépens. Faute de décompte de prestations remis par celle-ci, il convient de lui allouer, ex aequo et bono, une indemnité réduite de 1'000 francs (TVA comprise) – la motivation de la requête d'octroi de l'effet suspensif étant quasi identique à celle du fond, elle n'a pas causé un travail supplémentaire important – et de mettre celle-ci à la charge du pouvoir adjudicateur.

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

**1.**

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

**2.**

Des frais de procédure réduits à 6'800 francs sont mis à la charge de la recourante. Ils sont imputés sur l'avance de frais de 8'500 francs. Le solde de 1'700 francs sera restitué à la recourante dès l'entrée en force du présent arrêt.

**3.**

Un montant de 1'000 francs (TVA comprise) est alloué à la recourante à titre de dépens et mis à la charge du pouvoir adjudicateur.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire ; annexe : formulaire "adresse de paiement")
- au pouvoir adjudicateur (n° de réf. SIMAP - ID du projet 123843 ; acte judiciaire)
- à l'adjudicataire (extrait ; par courrier A)

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

Le président du collège :

Le greffier :

Pascal Richard

Alban Matthey

**Indication des voies de droit :**

Pour autant qu'elle soulève une question de principe (art. 83 let. f ch. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110] *a contrario*), la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (voir art. 42 LTF).

Expédition : 10 décembre 2015