



Arrêt du 13 juillet 2011

Composition

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

Parties

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

contre

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

Objet

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

Faits :**A.**

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

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

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

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

B.

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

A l'appui de leurs conclusions, les recourantes font valoir en substance que, dans son évaluation du critère d'adjudication C.2 "Compétence et références des personnes-clés", le pouvoir adjudicateur n'a pas tenu compte des références des personnes clés mentionnées dans l'offre,

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

C.

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

D.

Dans un délai prolongé au 26 juillet 2010, le pouvoir adjudicateur a transmis sa réponse s'agissant de la requête d'octroi de l'effet suspensif, concluant au rejet de celle-ci, ainsi qu'au rejet du recours. En substance, le pouvoir adjudicateur soutient ne pas avoir introduit de nouveau critère et avoir, à juste titre, évalué en tant que personnes clés deux autres personnes que celles indiquées par les recourantes. Il considère en outre que la notation des critères C2.2 et C2.4 était correcte. Au surplus, il soutient qu'une évaluation alternative des personnes désignées par les

recourantes, soit I. _____ et J. _____, n'aurait pas abouti à une note différente.

E.

Par décision incidente du 30 juillet 2010, le Tribunal de céans a rejeté la requête d'octroi de l'effet suspensif au motif que le recours apparaissait *prima facie* dénué de chances de succès. Dite décision n'a pas été attaquée.

F.

Invité à déposer sa réponse au fond, le pouvoir adjudicateur a proposé le rejet du recours au terme de son écriture du 23 août 2010, indiquant qu'il n'avait pas d'autres commentaires à apporter et renvoyant à son mémoire du 26 juillet 2010.

G.

Par décision incidente du 5 novembre 2010, le Tribunal administratif fédéral a partiellement admis la requête des recourantes tendant à la consultation de l'intégralité du dossier officiel de l'adjudication en leur transmettant, après anonymisation par ses soins, les quelques pièces se rapportant aux griefs soulevés par elles et ne renfermant pas de secrets d'affaires.

H.

Invitées à répliquer, les recourantes ont répondu le 21 décembre 2010. Elles ont en premier lieu requis de pouvoir consulter des pièces supplémentaires à celles transmises par décision incidente du 5 novembre 2010. Ensuite, elles ont relevé que le cahier des charges ne posait pas d'exigence d'un nombre d'heures minimal à effectuer par les personnes clés et que, dès lors, il appartenait à chaque soumissionnaire d'organiser la répartition de ses tâches au sein de son équipe sans que le pouvoir adjudicateur puisse à son gré substituer les références des personnes clés en fonction de son appréciation du rôle de chacun dans l'organisation proposée. Elles ont encore rappelé que le pouvoir adjudicateur leur avait attribué une note de 4 pour le critère C1.3, qui concerne l'organigramme de l'équipe du soumissionnaire et que la substitution opérée revenait dès lors à critiquer cet organigramme et remettre en cause cette note ; ce procédé n'étant pas conforme à la méthode d'évaluation annoncée dans le cahier des charges. Elles ont encore indiqué que le pouvoir adjudicateur avait permis à l'adjudicataire de modifier ses documents d'appel d'offres après leur dépôt dès lors qu'il ressortait du procès-verbal d'audition de l'adjudicataire que le pouvoir

adjudicateur avait mentionné sous la rubrique DLT et DLTA les noms de C et D alors que les noms de A et B avaient été désignés dans l'offre comme DLT et DLTA. Elles ont également noté que, dans ledit procès-verbal, l'adjudicataire précisait, au titre de la disponibilité des personnes clés, que ses DLT et DLTA factureraient leur activité à 80% et 85%, tout en travaillant à 100%, ceci afin d'assurer le montant global de l'offre tout en garantissant le nombre d'heures total exigé par le pouvoir adjudicateur et que ceci n'avait pas éveillé le moindre soupçon ni suscité la moindre réserve du pouvoir adjudicateur. Les recourantes ont enfin contesté les notes attribuées aux DLT et DLTA de l'adjudicataire, de même que la notation alternative de I._____ et J._____.

I.

Invité à dupliquer, le pouvoir adjudicateur a répondu le 7 février 2011. S'opposant tout d'abord à la requête de consultation de pièces supplémentaires des recourantes, il a ensuite relevé que la substitution de personnes clés n'avait pas affecté l'évaluation du critère C1.3 dans la mesure où un organigramme ne se construit pas autour de personnes données mais qu'il s'agit d'un organigramme de fonctions. Ensuite, il a relevé que l'adjudicataire n'avait pas eu la moindre possibilité d'apporter à son offre une modification matérielle *a posteriori*. Il a indiqué que l'organigramme, les références et le document concernant les disponibilités mentionnaient tous trois A et B en tant que DLT et DLTA. Dans le seul tableau des honoraires, ils sont remplacés par C et D ; la séance de clarification avait permis de faire la lumière sur cette erreur. S'agissant de la disponibilité des DLT et DLTA de l'adjudicataire, il a exposé que, dès lors que ces deux personnes étaient présentes à 100% mais pas nécessairement occupées à 100% par le projet, il leur était loisible d'effectuer des travaux liés à d'autres projets, ce qui entraînait une facturation inférieure à 100%. Il a ensuite répondu aux griefs des recourantes s'agissant de l'attribution des notes aux DLT et DLTA de l'adjudicataire et de la notation alternative de I._____ et J._____.

J.

Par ordonnance du 22 février 2011, le Tribunal administratif fédéral a communiqué aux recourantes les quelques pièces supplémentaires requises, anonymisées par ses soins, attendu que celles-ci ne renfermaient pas de secrets d'affaires.

K.

Par lettre du 22 mars 2011, les recourantes ont formulé des remarques

complémentaires concernant la note attribuée aux références du DLT de l'adjudicataire.

L.

Invité à se prononcer sur le courrier des recourantes, le pouvoir adjudicateur a répondu le 3 mai 2011.

M.

Par courrier du 1^{er} juin 2011, les recourantes ont encore formé des observations s'agissant de l'évaluation de la référence de Q._____.

N.

A l'invitation du Tribunal de céans, le pouvoir adjudicateur a fait savoir, par courrier du 10 juin 2011, que le contrat avec l'adjudicataire avait été conclu le 6 août 2010.

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.

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours contre les décisions d'adjudication dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) (art. 29 let. a LMP en relation avec l'art. 27 al. 1 LMP). La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la LMP et la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en disposent pas autrement (art. 26 al. 1 LMP et art. 37 LTAF).

2.

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

2.1. Il ressort de la systématique de la LMP (section 5) qu'un recours devant le Tribunal administratif fédéral n'est recevable que s'il est dirigé contre une décision prise dans le cadre de procédures d'adjudication prévues dans la LMP (*a contrario* art. 2 al. 3 4^e phrase LMP, voir aussi

art. 39 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP, RS 172.056.11] ; ATAF 2008/61 consid. 3.1, 2008/48 consid. 2.1 ; décision de l'ancienne commission fédérale de recours en matière de marchés publics [CRM] du 11 octobre 2001, publiée in : Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 66.4 consid. 1b et réf. cit.). La LMP s'applique uniquement aux marchés publics visés par l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS 0.632.231.422), entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1996, alors que les autres marchés de la Confédération sont réglés par l'OMP.

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

2.1.1. Aux termes de l'art. 2 al. 1 LMP, est soumise à la loi, l'administration générale de la Confédération. En l'espèce, il n'est pas contesté que le pouvoir adjudicateur, l'Office fédéral des routes, appartienne à l'administration générale de la Confédération, de sorte qu'il revêt la qualité d'adjudicateur au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP.

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

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

2.1.4. Selon l'art. 6 al. 1 let. b LMP en relation avec l'art. 1 let. b de l'ordonnance du DFE du 11 décembre 2009 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour le premier semestre de l'année 2010, en

vigueur au moment où la décision attaquée a été prise (RO 2009 6573), la LMP n'est applicable que si la valeur estimée du marché public à adjuger atteint Fr. 248'950.- pour les services sans la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Il n'est pas contesté non plus que cette valeur est atteinte dans le cas d'espèce.

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

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

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

Le recours est ainsi recevable.

3.

La LMP distingue les critères de qualification (ou d'aptitude) des critères d'adjudication (ou d'attribution). L'art. 9 LMP, qui se réfère aux critères de qualification, postule que 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). L'art. 11 LMP dispose que 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 lorsqu'ils ne satisfont plus aux critères de qualification requis à l'art. 9 (let. a). Quant aux critères d'adjudication, l'art. 21 LMP dispose que le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères, notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique et la valeur technique (al. 1). Les critères d'adjudication doivent figurer par ordre d'importance dans les documents concernant l'appel d'offres (al. 2). L'adjudicateur indique l'ordre des critères

d'adjudication et leur pondération (art. 27 al. 1 1^{ère} phrase OMP). L'annexe 4 al. 1 OMP prévoit que l'appel d'offres relatif à une procédure ouverte ou sélective doit contenir au moins les indications minimales suivantes, soit notamment, les critères de qualification (ch. 10) et les critères d'adjudication dans les cas où il n'est pas remis de documents concernant l'appel d'offres (ch. 14).

Les critères d'adjudication se rapportent directement à la prestation elle-même et conduisent à une notation plus ou moins bonne. Les critères d'aptitude, bien qu'ils concernent la personne même du soumissionnaire, doivent également être directement et concrètement en rapport avec la prestation à accomplir, en ce sens qu'ils doivent porter sur des qualifications nécessaires pour mener à bien cette prestation (ATF 129 I 313 consid. 8.1 ; OLIVIER RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in : Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF] 2001 I p. 387 ss, spéc. 394 ss). Le non-respect d'un critère d'aptitude conduit, sous réserve de la prohibition du formalisme excessif, à l'exclusion de la procédure (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-7337/2010 du 15 avril 2011 consid. 14.2 ; arrêt du TF 2P.322/2006 du 14 août 2007 consid. 3.3.1 ; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich/Bâle/Genève 2007, 2^e éd., N° 350 ; OLIVIER RODONDI, Les délais en droit des marchés publics, in : RDAF 2007 I p. 277 ss, spéc. 287 ss). Les critères d'adjudication et d'aptitude doivent être interprétés au regard du principe de la confiance (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N° 534).

3.1. Il ressort de l'offre déposée par les recourantes que celles-ci ont désigné, à titre de personnes clés, I. _____ pour la fonction de DLT et J. _____ pour celle de DLTA et ont communiqué au pouvoir adjudicateur les références requises relatives à ces deux personnes.

Il résulte des pièces versées au dossier que le pouvoir adjudicateur a, après avoir constaté que les heures de la direction locale des travaux étaient assurées par Q. _____ et P. _____, requis les recourantes, par courriel du 18 mai 2010, de lui fournir une référence pour chacun de ceux-ci selon les conditions de l'appel d'offres. Les recourantes se sont exécutées en rendant toutefois attentif le pouvoir adjudicateur au fait que les postes de DLT et DLTA seraient bien tenus par I. _____ et J. _____, précisant que "ces deux personnes dirigeront les séances de chantier, prendront les décisions importantes, s'assureront du respect du

planning et suivront la gestion financière des travaux. Ils seront parfaitement au courant de tout ce qui se déroule sur ce chantier. Q._____ et P._____ quant à eux s'occuperont du suivi et des contrôles journaliers du chantier, des métrés". Dans un courrier électronique du 1^{er} juin 2010, faisant suite à la séance de clarification qui s'était tenue la veille, les recourantes ont encore exposé que le DLT et le DLTA disposaient d'une grande disponibilité pour assurer une présence soutenue sur le chantier, soit en travaillant dans les bureaux de la direction locale des travaux, soit dans leurs bureaux respectifs de B._____ et D._____ situés à proximité du chantier (intervention sur le chantier en moins de 10 mn).

Nonobstant les explications fournies par les recourantes, le pouvoir adjudicateur a toutefois évalué les compétences et références d'autres personnes que celles désignées dans l'offre comme étant respectivement les DLT et DLTA, motif pris que ces dernières n'assumaient pas suffisamment d'heures de présence sur le chantier. Le pouvoir adjudicateur a exposé dans sa réponse que, eu égard aux heures indiquées dans l'offre des recourantes de l'engagement de I._____ et J._____ et les attributions matérielles du DLT et du DLTA, telles que définies dans les documents d'appel d'offres, il était inconcevable que les fonctions de DLT et de DLTA puissent être assurées sérieusement dans de telles conditions, attendu que la part totale de l'engagement des personnes clés I._____ et J._____ représentait à peine 14,5% du total des heures. En revanche, la part totale de l'engagement de Q._____ et P._____ représentant 45,5%, le pouvoir adjudicateur a indiqué avoir donc présumé que l'exercice effectif des fonctions clés était en réalité destiné à ces personnes. Par conséquent, le pouvoir adjudicateur considère que c'est à juste titre qu'il n'a pas tenu compte des personnes désignées comme personnes clés par les recourantes et qu'il s'est au contraire fondé sur les données effectives démontrant que les tâches typiquement attendues de la part du DLT et du DLTA seraient exécutées par d'autres personnes que celles qui étaient indiquées.

3.2. Les recourantes considèrent que le procédé ainsi utilisé est inadmissible et contraire au droit dès lors que l'appel d'offres ne contenait aucune indication au sujet d'une exigence particulière de disponibilité des personnes clés ; rien dans le critère de la référence C2 ne pouvait donner à penser aux recourantes que le pouvoir adjudicateur s'écarterait des critères d'adjudication annoncés dans l'appel d'offres et attribuerait les notes pour le critère C2 en fonction du nombre d'heures consacrées par chaque intervenant ou collaborateur. Elles considèrent ainsi que le

pouvoir adjudicateur a introduit, dans l'appréciation de la note, un critère étranger aux critères d'adjudication définis dans l'appel d'offres. Elles invoquent une violation du principe de la transparence, ainsi qu'un abus, voire un excès, du pouvoir d'appréciation.

3.3. Le ch. 3.9 de l'appel d'offres du 19 mars 2010 relatif au marché de services litigieux mentionne les critères d'adjudication comme suit :

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

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

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

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

C3 : Prix : pondération 30%

- Evaluation du prix :

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

Notation des autres critères d'adjudication :

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

0 = évaluation impossible ; aucune information

1 = critère très mal rempli ; informations insuffisantes et incomplètes

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

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

4 = critère rempli de manière satisfaisante ; très bonne qualité

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

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

3.4. En l'espèce, il faut donner acte aux recourantes que le critère d'adjudication C2 ne mentionne pas la disponibilité comme critère d'adjudication. Mais il sied aussi de constater que, contrairement à ce que soutiennent les recourantes, le pouvoir adjudicateur n'a pas considéré la disponibilité des personnes clés comme un tel critère. Il ressort en effet des tableaux d'évaluation des offres, établis par le pouvoir adjudicateur et communiqués aux recourantes par décision incidente du 5 novembre 2010, que les compétences et références des DLT et DLTA, en regard des sous-critères C2.2 et C2.4, ont été évaluées sur la base des seules références fournies par les soumissionnaires. Rien ne permet ainsi de penser que la disponibilité des personnes clés aurait été prise en compte dans l'attribution des notes afférentes au critère C2. Ce faisant, c'est en vain que les recourantes soutiennent que le pouvoir adjudicateur a introduit un nouveau critère d'adjudication.

4.

Les recourantes, qui soutiennent que l'appel d'offres ne contenait aucune indication particulière de disponibilité des personnes clés, semblent en revanche perdre de vue que la preuve de la disponibilité des personnes clés est exigée au titre de critère d'aptitude.

4.1. Le ch. 3.7 de l'appel d'offres énumère les critères d'aptitude comme suit :

les entreprises économiquement et techniquement aptes à assumer le mandat et

pouvant apporter la preuve de leur aptitude sont invitées à déposer une offre en CHF.

C1 : Capacité technique de l'entreprise

C2 : Capacité économique et financière de l'entreprise

C3 : Expérience des personnes-clés

Les critères de qualification ne doivent pas être remplis par chacune des sociétés partenaires, mais par la communauté, à moins qu'une exigence ne se réfère expressément aux partenaires individuellement.

Le ch. 3.8, relatif aux justificatifs requis, indique que les justificatifs suivants, dûment remplis, doivent être joints à l'offre, faute de quoi celle-ci ne pourra pas être prise en considération. Au nombre des justificatifs requis, il mentionne plus particulièrement, s'agissant du critère d'aptitude C3, ce qui suit :

C3 : Références des personnes-clés relatives à 1 projet au minimum, comparable avec le travail prévu et réalisé durant les 10 dernières années. Disponibilité des personnes-clés. Preuve que durant les 2 prochaines années leur disponibilité est supérieure à celle nécessaire pour les mandats en question.

4.2. Cette exigence a de surcroît été rappelée dans les documents d'appel d'offres, plus particulièrement au ch. 3.3.1 des dispositions sur la procédure d'adjudication des prestations de mandataire portant sur les critères de qualification. C'est donc également en vain que les recourantes soutiennent que l'appel d'offres ne contenait aucune indication au sujet d'une exigence particulière de disponibilité des personnes clés.

5.

Fondé sur ce besoin de disponibilité, le pouvoir adjudicateur a considéré que les personnes clés désignées par les recourantes, soit I. _____ et J. _____, n'assumaient pas suffisamment d'heures de présence sur le chantier pour assurer correctement les fonctions de DLT et DLTA. Il convient dès lors d'examiner si c'est à tort ou à raison que le pouvoir

adjudicateur a mis en cause l'aptitude des DLT et DLTA proposés par les recourantes, respectivement substitué deux autres personnes aux personnes clés désignées par les recourantes.

5.1. Selon une jurisprudence constante, les juridictions administratives observent une certaine retenue lorsqu'il s'agit de tenir compte des circonstances locales ou de trancher de pures questions d'appréciation (ATF 125 II 86 consid. 6). En ce qui concerne plus particulièrement les marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation notamment dans le choix des critères d'aptitude, des moyens de preuve requis, ainsi que dans l'évaluation de ces critères (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N° 349). 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. ATF 125 II 86 consid. 6).

5.2. Le ch. 2.0.3.4 "disponibilité des personnes clés" contenu dans les documents de l'offre de prestations de mandataire, également compris dans le dossier d'appel d'offres, indique que, selon le ch. 3.3.1 du formulaire "Dispositions sur la procédure d'adjudication de prestations de mandataire" précité (cf. consid. 4.2), le mandataire fournira la preuve que les personnes clés ont la disponibilité nécessaire. En l'espèce, les recourantes ont rempli comme suit, s'agissant des DLT et DLTA, le tableau exigé à cet effet par le pouvoir adjudicateur lequel devait contenir les "énumération et description détaillées des contraintes de temps imposées par leurs autres projets par trimestre et sous forme de pourcents" :

	2010		2011		2012			
	3.T	4.T	1.T	2.T	3.T	4.T	1.T	2.T
DLT								
<i>N05 Colombier-Cornaux/TP1CS</i>	40	40	40	35	30	25		
	30	40						

autres projets :

Pont échangeur de la Veyre 5

RC-VD : inspections d'OA 10 15 20 10 15

DLTA

N05 Colombier-Cornaux/TP1C 20 20 30 25
30 30

autres projets :

GSM-R Delémont-Delle 20

A9 ENFON 10

Remarque formulée par les recourantes au bas du tableau : "Comme exposé dans le tableau d'occupation présenté ci-dessus, la disponibilité trimestrielle des responsables projet, direction locale des travaux et de leur adjoint est toujours supérieure à l'engagement nécessaire à la réalisation du mandat N05 Colombier-Cornaux TP1."

Il ressort du tableau ci-dessus que les DLT et DLTA, désignés par les recourantes, prévoient d'assurer pour le marché en cause une disponibilité moyenne, sur les périodes requises, de respectivement 35% et 26%. Pendant la phase 52, soit celle de l'exécution de la mesure qui, selon le ch. 5 des documents de l'offre de prestations de mandataire, devait débuter à mi-septembre 2011, la disponibilité annoncée s'élevait en moyenne à 31,25% pour le DLT et à 28,75% pour le DLTA.

Il résulte par ailleurs du ch. 2.3.8.1 "Récapitulation de la rémunération" contenu dans les documents de l'offre de prestations de mandataire que, s'agissant de la phase partielle 52 "Exécution de la mesure direction locale des travaux", 11'000 heures de travail au total étaient imposées par le mandant et devaient être effectuées par les DLT, DLTA et "autres collaborateurs". Or, il ressort de l'offre des recourantes que celles-ci ont prévu une répartition desdites heures à raison de 800 heures pour I._____, 800 heures pour J._____ ; les heures restantes étant réparties entre les "autres collaborateurs", à savoir Q._____, à concurrence de 2'500 heures, P._____, à hauteur de 2'500 heures, des dessinateurs-constructeurs non nommés, à raison de 2'000 heures et des dessinateurs non nommés, à concurrence de 2'400 heures.

Il ressort enfin du procès-verbal de la séance de clarification de l'offre des recourantes relative à l'organisation de la DLT que I._____ et

J._____ garantissent une disponibilité correspondant à 25% des heures annuelles. Interrogées ensuite sur les collaborateurs Q._____ et P._____, les recourantes ont déclaré que ceux-ci assumaient les fonctions de responsables adjoints, qu'ils étaient sur place chaque jour, prenaient les décisions sur le chantier et assuraient une présence à plein temps sur le chantier. Dans leur réplique, les recourantes ont contesté la teneur de ce procès-verbal, relevant que les réponses formulées par les représentants des recourantes n'avaient manifestement pas été retranscrites avec exactitude par le pouvoir adjudicateur, sans toutefois exposer en quoi celles-ci seraient incorrectes et sans davantage donner leur version des faits. Dans ces circonstances, le Tribunal ne voit aucun motif de douter de la véracité des propos retenus dans ledit procès-verbal.

5.3. Le ch. 2.3.1 des documents de l'offre de prestations de mandataire décrit notamment les prestations attendues qui sont dépendantes des phases. Le ch. 2.3.1.2.4 est consacré, selon son intitulé, à la "Phase 52 : Exécution de la mesure". Ce chiffre précise que les prestations de base que doit fournir le mandataire sont décrites dans les normes SIA 103/112 domaine partiel 4.1.52 et que les prestations suivantes sont attendues à titre de suppléments/compléments :

- Vérification de la faisabilité et libération des documents d'exécution, remise ponctuelle des documents ;
- Elaboration, suivi et mise à jour des programmes détaillés indispensables pour la construction et les travaux ;
- Dépôt d'une motion pour l'approbation des avenants de l'offre. Communication des mesures de moins- ou plus-value ;
- Vérification des listes des sous-traitants et fournisseur sur la conformité du contrat d'entreprise ;
- Gestion, conduite et procès-verbaux des séances de chantier hebdomadaires ;
- Gestion et conduite des séances nécessaires pour le système de déduction financière des revêtements et contrôle qualité du chantier, procès-verbaux des séances ;
- Invitation, participation et établissement des procès-verbaux des séances DGT

mensuelles ;

- Invitation, participation et établissement des procès-verbaux des séances du concept d'urgence et gestion des incidents ;

- Invitation, participation et établissement des procès-verbaux des séances de coordination avec le lot voisin TUS, resp. le lot BSA TP1 CS ;

- Contrôle sur place des travaux de chantier ;

- Tenir un journal de chantier sous forme de cahier (prestations journalières, horaire journalier, description des travaux du chantier, incidents de chantier spéciaux, contrôle des voies d'urgence, etc.) ;

- Mise à jour continue de la documentation et des photos des travaux de chantier ;

- Coordination du déroulement des travaux, du planning et des gestions du trafic des deux lots de construction ;

- Participation à la formation du concept d'urgence et de la gestion des événements ;

- Rapport mensuel de la direction du chantier à la direction générale des travaux (avancement des travaux, analyse des écarts du programme de construction, changements de commandes et de projet, état des mesures et de la facturation, avenants, communication des frais, régie, pronostic final pour la fin des travaux, événements sur les chantiers, nombres des heures de la direction des travaux) ;

- Edicter les instructions de réalisation ;

- Commander, organiser et suivre toutes les mensurations de marquage du maître de l'ouvrage ;

- Information de l'équipe de la direction des travaux en ce qui concerne des événements spéciaux qui doivent s'intégrer dans les mesures ;

- Elaboration des mesures, au moins tous les 15 jours, avec le directeur des travaux (travaux à la tâche et régie) pour tous les objets d'inventaire ;

- Effectuer des mesures de contrôle indépendamment de l'entreprise (règles

80/20) ;

- Saisie continue des mesures de contrôle qui ne sont plus contrôlables plus tard et information à la direction des travaux ;
- Règlement immédiat avec l'entreprise des incohérences de mesures ;
- Elaboration et mise à jour des plans de mesures incompréhensibles pour chaque phase de construction ;
- Elaboration des check-lists "contrôle de facturation" nécessaires ;
- Elaboration des mesures finales d'une phase de construction au plus tard quatre semaines après la fin des travaux ;
- Elaboration du décompte du renchérissement selon instructions du contrat d'entreprise, décompte trimestriel du renchérissement ;
- Organisation et contrôle des instructions du concept d'urgence sur les chantiers. S'assurer de l'organisation du système d'alarme pour le concept d'urgence ;
- Tester si tous les documents nécessaires à la réception de l'ouvrage sont existants, planifier les examens nécessaires à la réception de l'ouvrage ;
- Assistance aux orientations des riverains, visites guidées du chantier et relations publiques ;
- La direction des travaux défend le maître de l'ouvrage envers les entreprises et les fournisseurs. La présence d'une personne formée en conséquence, experte et capable de décision est en particulier nécessaire lors de :
 - modification de la gestion du trafic ;
 - travaux de revêtement et d'étanchéité ;
 - travaux importants de bétonnage et de mortier ;
 - travaux pour lesquels des évaluations ultérieures de la qualité d'exécution ne sont plus réalisables ;
- mensuration et examen qui ont été réalisés par l'entrepreneur pendant

l'exécution des travaux. Il faut garantir le contrôle des rapports d'expertise.

5.3.1. Dans sa décision incidente du 30 juillet 2010, le Tribunal de céans a considéré que les tâches énumérées ci-dessus constituaient les attributions inhérentes à la direction des travaux, soit au DLT et au DLTA. Dans leur réplique du 21 décembre 2010, les recourantes allèguent que ce passage du cahier des charges se réfère bien à la "direction des travaux" et non au DLT ou au DLTA, ce qui est différent. Cet allégué est démenti clairement par le ch. 2.3.8 du même document d'appel d'offres portant sur les heures imposées par le mandant pour la phase 52, en particulier pour les DLT et DLTA.

5.3.2. Les recourantes soutiennent également que dite énumération ne permet dans tous les cas pas d'exclure que des auxiliaires exécutent une partie de ces missions, sous la supervision, le contrôle et la responsabilité du DLT et du DLTA. Elles font par ailleurs valoir que le tableau relatif à la phase partielle 52 "Exécution de la mesure", contenu au ch. 2.3.8.1 des documents de l'offre de prestations de mandataire, ne pose pas d'exigence d'un nombre d'heures minimal à effectuer par les personnes clés et que, ce faisant, il appartient à chaque soumissionnaire d'organiser la répartition de ses tâches au sein de son équipe. Or, même à supposer que, nonobstant la présence d'un DLT et d'un DLTA, certaines de ces tâches soient déléguées à d'autres collaborateurs, il n'en demeure pas moins que le pouvoir adjudicateur attendait qu'une grande partie de ces heures soit effectuée par les personnes clés dès lors qu'il exigeait expressément du DLT et du DLTA une disponibilité supérieure à celle nécessaire pour les mandats en question comme cela ressort du ch. 3.8 de l'appel d'offres et du ch. 3.3.1 des dispositions sur la procédure d'adjudication des prestations de mandataire (cf. consid. 4.1 et 4.2) (cf. dans ce sens décision incidente du TAF B-8244/2010 du 23 février 2011 consid. 4.5). Par ailleurs, il ressort des pièces du dossier que les recourantes avaient parfaitement conscience du besoin de disponibilité des DLT et DLTA. En effet, il résulte du procès-verbal de la séance de clarification de l'offre des recourantes, bien que contesté par celles-ci (cf. consid. 5.2), que les attributions relatives à la phase partielle 52 "Exécution de la mesure" seraient en réalité assurées sur le terrain par Q._____ et P._____, lesquels seraient sur place chaque jour et prendraient les décisions sur le chantier. Aussi, nonobstant la qualification de "autres collaborateurs", il s'avère que les recourantes ont confié la réalisation des tâches afférentes au DLT et au DLTA à des

personnes assumant une présence à temps complet sur le terrain. De surcroît, il ressort également dudit procès-verbal que la répartition des heures a été choisie par les recourantes de manière à rendre l'offre plus avantageuse ; une présence plus grande de I._____ et J._____ aurait ainsi conduit à une augmentation du prix de l'offre. Ces propos, contenus dans un procès-verbal contesté, sont confirmés par le courriel envoyé par les recourantes le lendemain de la séance de clarification de l'offre, dans lequel elles produisent un nouveau tableau concernant la phase partielle 52 indiquant une répartition des heures à raison de 1'800 heures pour I._____, 1'800 heures pour J._____, 2'000 heures pour P._____, 2'000 heures pour Q._____ – le solde des heures étant réparti entre des collaborateurs non nommés – et exposent qu'une augmentation des heures des DLT et DLTA peut être aisément englobée sans modification de leur offre financière, dès lors que les heures supplémentaires correspondent à des tâches de contrôle et de suivi et, partant, peuvent être imputées à des catégories horaires inférieures. Enfin, il découle du ch. 2.3.2.4 des documents de l'offre de prestations de mandataire, intitulé "Explications concernant l'offre", établi par les recourantes *qu'actuellement, tous les membres du groupement A._____ sont engagés dans le groupement "H._____", mandataires pour le projet et la réalisation du projet V._____. Malgré l'implication des bureaux dans les deux groupements et ces deux projets d'envergures, la disponibilité du personnel est garantie tant pour H._____ que A._____. Les personnes particulièrement impliquées dans le projet V._____ le sont moins, voire très peu, dans le projet TP1 CS [objet de la procédure]. C'est en particulier le cas pour les responsables de la direction locale des travaux. Ceci a constitué une contrainte majeure pour l'organisation de notre groupement mais était indispensable pour pouvoir rendre une offre crédible et réaliste. Dans la phase 52, exécution de la mesure direction locale des travaux, les tarifs horaires moyens sont plus élevés que pour les autres phases.*

5.4. Sur le vu de ce qui précède, le Tribunal admet, conformément à la retenue qu'il s'impose, que, eu égard à l'ampleur de l'ouvrage en cause et au mandat à attribuer, c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur a considéré que I._____ et J._____ ne satisfaisaient pas au critère de disponibilité fixé dans l'appel d'offres.

Dès lors que les recourantes n'avaient pas apporté la preuve, exigée par le pouvoir adjudicateur, de la disponibilité de ces deux personnes, le pouvoir adjudicateur aurait dû constater que les recourantes ne répondaient pas au critère d'aptitude des personnes clés fixé dans l'appel

d'offres. Or, il a été exposé plus haut que la non réalisation d'un critère d'aptitude entraîne l'exclusion de l'offre du soumissionnaire de la procédure de passation (cf. consid. 3). Partant, le pouvoir adjudicateur ne devait pas seulement exclure I._____ et J._____ des fonctions de DLT et de DLTA mais devait purement et simplement exclure l'offre des recourantes de la procédure de soumission en application de l'art. 11 let. a LMP.

En effet, l'examen des offres s'effectue en principe, sous réserve de formalisme excessif, sur la base des projets tels qu'ils ont été déposés et non tels qu'ils pourraient être. En application de l'art. 25 OMP, le pouvoir adjudicateur est seulement autorisé à rectifier les offres du point de vue technique et comptable de manière uniforme, de sorte qu'elles puissent être comparées objectivement. Il ne saurait à cet effet modifier ou compléter une offre sans s'exposer à une violation du principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 1 al. 2 LMP (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., N^{os} 425 ss ; décision de la CRM 017/97 du 29 avril 1998 consid. 2a, publiée in : JAAC 62 1998 p. 800 ss ; ATAF 2007/13 consid. 6.2 et 6.3). Il apparaît en l'espèce que la substitution de deux autres personnes dans les fonctions de DLT et DLTA va bien au-delà de ce qui est admissible pour permettre la comparaison des offres. Aussi, contrairement à ce qui a été admis *prima facie* dans la décision incidente du 30 juillet 2010, il y a lieu de constater que le pouvoir adjudicateur a modifié sans droit l'offre des recourantes.

6.

En tant que l'offre des recourantes devait être exclue de la procédure d'adjudication pour les motifs qui précèdent, point n'est donc besoin d'examiner si celles-ci auraient dû obtenir une meilleure note au regard de l'évaluation des compétences et références des DLT et DLTA désignés par elles. Mal fondé, le recours doit donc être rejeté.

7.

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être mis à la charge des recourantes qui succombent (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 1^{ère} phrase et 4 FITAF). En l'espèce, les frais de procédure, lesquels comprennent également les frais relatifs à la décision

incidente du 30 juillet 2010 statuant sur la requête d'effet suspensif et celle du 5 novembre 2010 relative à la consultation du dossier de l'adjudication, doivent être fixés à Fr. 10'000.-. Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant versée par les recourantes le 12 juillet 2010.

8.

Compte tenu de l'issue de la procédure, les recourantes n'ont pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF *a contrario*).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, relatifs au présent arrêt et aux décisions incidentes des 30 juillet et 5 novembre 2010, d'un montant de Fr. 10'000.-, sont mis à la charge des recourantes. Ce montant est compensé par l'avance de frais du même montant déjà versée.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourantes (acte judiciaire)
- au pouvoir adjudicateur (acte judiciaire)
- à l'adjudicataire (en extrait)

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

Le Président du collège :

La Greffière :

Claude Morvant

Muriel Tissot

Indication des voies de droit :

Pour autant qu'elle 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 :