



Arrêt du 4 mars 2020

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Francesco Brentani, Eva Schneeberger,
Marc Steiner, Christian Winiger, juges,
Lu Yuan, greffière.

Parties

X. _____ AG,
représentée par Walter Streit, avocat,
recourante,

contre

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

Objet

Marché public, appel d'offres,
Projet "N01.02 080162-Jct. du Grand-Saconnex – Lot 11
Energie - Eclairage - Câblage - Auxiliaires",
SIMAP-Numéro de la publication 1091313,
SIMAP-ID du projet 192017.

Faits :**A.**

Le 21 août 2019, l'Office fédéral des routes – Infrastructure routière Ouest Filiale Estavayer-le-Lac (ci-après : pouvoir adjudicateur ou OFROU) a publié, en français, sur la plateforme Simap, un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de travaux, intitulé « N01.02 080162-Jct. du Grand-Saconnex – Lot 11 - Energie - Eclairage - Câblage - Auxiliaires ». Il y est précisé que les bureaux d'ingénieurs A. _____ SA, B. _____ SA, C. _____ SA et D. _____ SA, ainsi que toutes les sociétés ayant un lien juridique ou économique étroit avec eux sont exclus de la présente procédure du fait de leur fonction de responsables de la direction des travaux et de leur participation à la préparation du dossier d'appel d'offres (ch. 4.5 pt 9).

B.

Le 10 septembre 2019, X. _____ AG (ci-après : recourante) exerce un recours contre cet appel d'offres au Tribunal administratif fédéral, concluant à ce que le pt 9 du ch. 4.5 de l'appel d'offres soit modifié en ce sens que les sociétés ayant un lien juridique ou économique étroit avec l'un des bureaux d'ingénieurs mentionnés ne soient pas d'emblée exclues de la procédure. A titre préalable, elle demande que l'effet suspensif soit accordé au recours et que la langue de la procédure de recours soit l'allemand. A l'appui de ses conclusions, la recourante se plaint de violation des règles sur la préimplification, de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire et du principe de la proportionnalité ; une telle exclusion se révélerait en outre contraire aux principes du droit des marchés publics. Elle expose être membre du même groupe de sociétés que l'un des bureaux d'ingénieurs mentionnés dans l'appel d'offres, à savoir B. _____ SA et dont la proximité économique ou juridique conduit à l'exclusion de la procédure. Elle indique toutefois de manière détaillée en quoi ce lien ne saurait mener à une telle exclusion, insistant notamment sur l'autonomie dont chaque société fille du groupe jouit et sur le manque de constance dans la pratique de l'OFROU en la matière. Elle relève en particulier qu'un éventuel problème de conflit d'intérêts pourrait se régler par la récusation des membres de l'équipe d'évaluation. De manière générale, elle estime qu'une exclusion pour le seul motif abstrait d'appartenance au même groupe qu'un bureau d'ingénieurs ayant participé au projet en aval ne saurait se justifier. Cela aurait en outre pour conséquence de trop fortement limiter le nombre de soumissionnaires éventuels.

C.

Invité à se déterminer sur les requêtes procédurales de la recourante, le pouvoir adjudicateur conclut à l'irrecevabilité du recours, au rejet de la requête d'octroi de l'effet suspensif, ainsi qu'à ce que la procédure de recours soit menée en français dans ses déterminations du 24 septembre 2019. Elle indique en outre que le marché est soumis à la loi sur les marchés publics. Elle estime que rien n'empêche la recourante de déposer une offre dès lors qu'elle n'est pas formellement exclue par le point litigieux de l'appel d'offres ; elle considère dès lors sa requête en ce sens comme caduque. Elle conteste pour le surplus qu'un éventuel avantage commercial pourrait être compensé par les règles de la récusation puisque l'on ne peut exclure qu'une entreprise ayant participé à la préparation de l'appel d'offres n'aide un soumissionnaire dans la rédaction de son offre. Elle précise sur ce point que ni les directives internes du groupe, auquel appartient la recourante, ni la déclaration de B. _____ SA ne sont suffisantes pour éliminer ce risque. Elle expose ensuite que ce n'est qu'après un examen concret des liens entre les soumissionnaires et les entreprises mentionnées dans l'appel d'offres qu'il sera statué sur une éventuelle exclusion et que, tant que la recourante n'a pas déposé d'offre, la question de son exclusion ne se pose pas.

D.

Par décision incidente du 27 septembre 2019, le tribunal a arrêté la langue de la procédure, à savoir le français, et a accordé l'effet suspensif en ce sens qu'il est ordonné au pouvoir adjudicateur de ne pas procéder à l'ouverture des offres avant qu'il ne soit statué sur le recours.

E.

E.a Par courrier du 1^{er} octobre 2019, la recourante a formé une demande d'interprétation de la décision incidente du 27 septembre 2019. Elle requiert que le délai de soumission de l'offre expirant le 10 octobre 2019 ne lui soit pas appliqué et qu'en cas d'admission du recours, un délai de grâce lui soit octroyé pour présenter une offre.

E.b Par décision incidente du 2 octobre 2019, le tribunal a rejeté ladite demande, précisant toutefois que l'effet suspensif accordé consiste à empêcher l'exécution de la décision attaquée, de sorte que l'appel d'offres n'entre pas en force en ce qui concerne la recourante, ce qui comprend également le délai imparti pour le dépôt des offres. Pour le surplus, il a relevé que l'on ne saurait à ce stade déjà arrêter quelles seront

précisément les conséquences de l'admission éventuelle du recours, ce point relevant de l'arrêt final.

F.

Dans ses déterminations du 17 octobre 2019, le pouvoir adjudicateur conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable et réitère pour l'essentiel les arguments contenus dans sa précédente prise de position. Il indique en outre que B._____ SA était en mesure de manipuler les documents d'appel d'offres dans le but d'avantager la recourante et qu'il ne lui est pas possible de contrôler si lesdits documents favorisent ou non une entreprise. Il expose ensuite que l'auteur du projet avait également la possibilité de transmettre des informations quant au contenu des documents d'appel d'offres, ce qui aurait permis à l'entreprise soumissionnaire de disposer d'un avantage concurrentiel. Il conteste ensuite, d'une part, que la clause d'exclusion annihilerait la concurrence et, d'autre part, qu'il existerait une quelconque incohérence dans sa pratique. Il soutient finalement que l'exclusion des entreprises liées étroitement juridiquement et économiquement à celles qui ont participé à l'élaboration des documents d'appel d'offres et qui auront pour tâche la direction des travaux permet justement de garantir une concurrence efficace et tend à éviter d'éventuels conflits d'intérêts. De surcroît, elle permet de garantir une bonne utilisation des fonds publics et donc l'économie des marchés publics. Il relève en outre que les liens entre B._____ SA et la recourante sont étroits et que dans la mesure où cette dernière déposerait une offre et que les deux entreprises feraient encore partie du même groupe de sociétés, la recourante serait exclue de la procédure d'adjudication.

G.

Par prise de position du 8 novembre 2019, la recourante a confirmé ses conclusions et réitéré les arguments contenus dans son recours. Elle indique en substance qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de prouver que les conditions de l'exclusion pour préimplication seraient remplies. Or, le système de contrôle mis en place par celui-là permet de prendre des mesures pour lutter efficacement contre les irrégularités qui pourraient éventuellement survenir. Elle conteste ensuite l'ensemble des arguments du pouvoir adjudicateur contenus dans sa prise de position du 17 octobre 2019.

H.

Dans ses déterminations du 12 décembre 2019, le pouvoir adjudicateur indique qu'elle n'a jamais prétendu que B._____ SA aurait manipulé les

documents d'appel d'offres du cas présent mais a seulement relevé qu'une société faisant partie d'un même groupe économique et juridique qu'un potentiel soumissionnaire était dans une situation où elle pouvait subir des pressions directes ou indirectes pouvant l'amener à opérer des manipulations en vue de privilégier les offres de ses sociétés sœurs. Elle maintient par ailleurs que le pt 9 du ch. 4.5 de l'appel d'offres consiste en une règle de principe, de sorte que l'examen concret des liens entre les différentes sociétés aura lieu une fois les offres ouvertes. Elle ajoute en revanche qu'au vu des liens économiques et juridiques étroits entre B. _____ SA et la recourante, il existe un risque de manipulation des documents d'appel d'offres et de conflits d'intérêts. Elle explique ensuite que la clause querellée n'a pas d'influence sur l'existence d'une concurrence effective dans le marché BSA.

I.

Le 13 janvier 2020, la recourante a fait part d'ultimes remarques. Elle fait en particulier grief au pouvoir adjudicateur de ne pas répondre à ses arguments et conteste l'ensemble des arguments du pouvoir adjudicateur contenus dans sa prise de position du 12 décembre 2019.

J.

Par courrier du 6 février 2020, le mandataire de la recourante a produit une note de frais et honoraires.

Les autres faits et arguments de la cause seront examinés, pour autant que besoin, dans les considérants en droit.

Droit :

1.

1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître notamment des recours contre les appels d'offres dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1 ; cf. art. 29 let. b 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).

2.1 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). 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^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 et les réf. cit.).

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 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, l'Office fédéral des routes appartient 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 le lot n° 11 du projet routier de modification complète de la jonction du Grand-Saconnex visant à permettre la liaison avec la future route des Nations. Le projet global constitue un marché de construction au sens de la LMP (CPCprov 513). De même, l'adjudication litigieuse se rapporte à la fabrication, la livraison, l'installation et la mise en service des équipements BSA relatifs à l'énergie, à l'éclairage, au câblage et aux installations auxiliaires. Le lot en question relève ainsi également de la construction (CPCprov 516).

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 adjudger les

atteint. L'art. 1 let. b de l'ordonnance du DEFR du 22 novembre 2017 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2018 et 2019 (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). 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 les 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 modification a, selon le pouvoir adjudicateur, une valeur globale de près de 197'000'000 francs. Il s'ensuit que la valeur estimée du projet dépasse très largement le seuil légal de 8'700'000 francs. Le pouvoir adjudicateur dispose en outre d'une certaine liberté pour décider quels marchés, parmi ceux inférieurs au montant de *minimis*, il entend assujettir ou non aux procédures de marché public (cf. ATAF 2009/18 consid. 2.4.2 et les réf. cit.).

La valeur seuil est dès lors atteinte.

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 Selon l'art. 48 PA, a qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c).

Le Tribunal fédéral a précisé qu'en cas de recours contre un appel d'offres, les chances de voir son offre retenue ne jouent aucun rôle lors de l'examen de la qualité pour recourir d'une partie. Il suffit, dans de tels cas, que celle-ci soit un soumissionnaire potentiel pour le marché en cause et qu'elle ait conclu respectivement à la mise en œuvre d'une nouvelle procédure ou à la constatation de l'illicéité de l'appel d'offres entrepris (cf. arrêt du TF 2C_563/2016 du 30 décembre 2016 consid. 1.3.2 et les réf. cit.).

En l'occurrence, la recourante est, indépendamment des chances réelles d'obtenir l'adjudication, un soumissionnaire potentiel du marché mis en soumission. Le pouvoir adjudicateur prétend toutefois dans ses déterminations du 24 septembre 2019 que le recours serait prématuré dès lors que, n'ayant pas déposé d'offre, la recourante – qui n'est pas expressément citée dans l'appel d'offres – n'a pas encore été exclue de la procédure. Cette appréciation ne saurait être suivie. En effet, 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 (ATAF 2014/14 consid. 4.4). Aussi, quand bien même on ne peut exclure que le point soulevé par la recourante pourrait également être entrepris, en raison de son manque de clarté, lors d'une éventuelle exclusion, rien ne s'oppose à ce qu'il soit soulevé contre l'appel d'offres déjà (cf. ATAF 2018 IV/2 consid. 1.1 concernant un recours contre un appel d'offres s'en prenant aux documents d'appel d'offres). De plus, le pouvoir adjudicateur a précisé dans sa prise de position du 17 octobre 2019 que dans la mesure où B._____ SA et la recourante faisaient partie du même groupe de sociétés, celle-ci serait exclue de la procédure d'adjudication si elle déposait une offre. Il sied donc de considérer que le pouvoir adjudicateur a ainsi exclu la recourante de la procédure.

Il suit de là que la qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante.

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) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

3.

La recourante s'en prend au pt 9 du ch. 4.5 de l'appel d'offres "Exclusion, préimplication" qui prévoit que les sociétés ayant un lien juridique ou économique étroit avec l'un des bureaux d'ingénieurs y mentionnés sont exclues de la procédure. Elle entend pouvoir déposer une offre en étant assurée que la seule appartenance au même groupe que la société B. _____ SA ne saurait conduire à son exclusion du marché.

3.1

3.1.1 La LMP ne contient pour l'heure aucune règle quant à la préimplication. Toutefois, fondé directement sur l'art. VI ch. 4 AMP, ainsi que sur l'exigence d'égalité de traitement entre soumissionnaires mais également sur la volonté de renforcer la concurrence et de favoriser une utilisation économique des fonds publics (art. 1 LMP), le Conseil fédéral a arrêté l'art. 21a OMP (cf. rapport explicatif du Département fédéral des finances [DFF] du 1^{er} janvier 2010 sur la modification de l'OMP). Selon cette disposition, le pouvoir adjudicateur exclut un soumissionnaire de la procédure si celui-ci a participé à la préparation du marché et si l'avantage concurrentiel ainsi acquis ne peut pas être compensé par des moyens appropriés et que cette exclusion ne compromet pas l'efficacité de la concurrence entre les soumissionnaires (al. 1 let. a et b). Les moyens appropriés pour compenser un avantage concurrentiel sont en particulier la transmission d'indications déterminantes sur les travaux préalables, la communication des noms des participants à la préparation du marché et la prolongation des délais minimaux (art. 21a al. 2 let. a à c OMP).

Dans le cadre de la révision totale de la LMP, laquelle entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2021, le législateur a réglé la question de la préimplication à l'art. 14 (cf. FF 2019 4329). Selon ce dernier, les soumissionnaires qui ont participé à la préparation d'une procédure d'adjudication ne sont pas autorisés à présenter une offre lorsque l'avantage concurrentiel ainsi acquis ne peut être compensé par des moyens appropriés et que l'exclusion ne compromet pas la concurrence efficace entre soumissionnaires (al.1). Les moyens appropriés pour compenser un avantage concurrentiel sont en particulier: a. la transmission de toutes les indications essentielles concernant les travaux préalables; b. la communication des noms des participants à la préparation du marché; c. la prolongation des délais minimaux (al. 2). Une étude de marché requise par l'adjudicateur préalablement à l'appel d'offres n'entraîne pas la

préimplication des soumissionnaires mandatés. L'adjudicateur publie les résultats de l'étude de marché dans les documents d'appel d'offres (al. 3).

3.1.2 Les principes régissant la question de la préimplication en matière de marchés publics fédéraux découle de l'art. VI ch. 4 AMP (cf. arrêt du TAF B-6708/2017 du 9 mai 2018 consid. 3.1.2 ; décisions incidences du TAF B-6653/2016 du 29 novembre 2016 consid. 7.1 et B-4621/2008 du 6 octobre 2008 consid. 5.1) ; ils consistent en outre en une forme particulière de l'application de l'égalité de traitement par le pouvoir adjudicateur à l'égard de l'ensemble des soumissionnaires, laquelle est consacrée aux art. 1 al. 2 et 8 al. 1 let. a LMP (cf. ATAF 2019 IV/2 consid. 6.8.3 ; décisions incidentes du TAF B-6653/2016 précitée consid. 7.1 et B-5439/2015 du 12 novembre 2015 consid. 3.1.4).

Il y a préimplication lorsqu'un soumissionnaire a participé à la procédure d'appel d'offres, par exemple en établissant les bases du projet, en élaborant les documents d'appel d'offres ou encore en fournissant au pouvoir adjudicateur des informations sur des données spécifiques techniques concernant les biens à acquérir (cf. arrêt du TF 2P.164/2004 du 25 janvier 2005 consid. 3.1 ; arrêt du TAF B-6708/2017 précité consid. 3.1.2 ; décisions incidentes du TAF B-6653/2016 précitée consid. 7.2, B-2028/2013 du 15 mai 2013 consid. 6.1.4 et B-4621/2008 précitée consid. 5.2). Une telle préimplication est susceptible de porter atteinte au principe de l'égalité de traitement entre concurrents ; le soumissionnaire se trouvant dans une telle situation peut en effet être tenté d'influencer le pouvoir adjudicateur en privilégiant son offre ou de mettre à profit les connaissances acquises durant la préparation de la procédure de passation (cf. arrêt du TF 2P.164/2004 précité consid. 3.1 ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd. 2013, n° 1043 ss).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue avant l'entrée en vigueur de l'art. 21a OMP, la préimplication d'un soumissionnaire peut conduire à son exclusion de la procédure (cf. arrêt du TF 2P.164/2004 précité consid. 3.3 ; arrêts du TAF B-6708/2017 précité consid. 3.1.2 et B-3013/2012 du 31 août 2012 consid. 3.6). Il ne sera renoncé à l'exclusion que si l'avantage concurrentiel peut être compensé (cf. arrêt du TAF B-1358/2013 du 23 juillet 2013 consid. 3.3). En tel cas, le pouvoir adjudicateur, lequel dispose d'un pouvoir d'appréciation, examinera dans le respect du principe de la proportionnalité les moyens à ordonner (cf. décision incidente du TAF B-6653/2016 précitée consid. 7.2 *in fine* ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n° 1045).

3.1.3 En ce qui concerne la répartition du fardeau de la preuve dans le cas de prétendus avantages concurrentiels résultant d'une implication préalable, les avis divergent (cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op.cit., n° 1049 et les réf.cit.). Selon la règle générale, la personne qui veut tirer des droits d'un fait allégué doit en prouver l'existence (cf. art. 8 CC) ; en cas de contestation d'une attribution de marché, le soumissionnaire qui prétend avoir de meilleures chances de se voir attribuer le marché en excluant le soumissionnaire prétendument préimpliqué doit prouver la préimplication de même que sa nature et son intensité. Que la préimplication au sens de l'art. 21a al. 1 let. a OMP entraîne un avantage concurrentiel est une présomption légale ; en revanche qu'aucun avantage de ce type n'a été obtenu dans le cas d'espèce ou que l'avantage a été suffisamment compensé incombe selon les constellations soit au pouvoir adjudicateur soit au soumissionnaire préimpliqué (cf. arrêt du TF 2P.164/2004 précité consid. 3.3 et 5.7.3 ; arrêt du TAF B-7062/2017 du 22 août 2019 consid. 4.5 et les réf. cit.).

3.1.4 L'exclusion de la procédure d'adjudication s'étend non seulement aux personnes ou entreprises participant directement à la préparation du marché, mais aussi à celles qui leur sont étroitement liées (cf. arrêts du Tribunal administratif cantonal du canton de Zurich, VB.2004.00304 du 8 décembre 2004 consid. 3.3.1, VB.2002.00263 du 18 décembre 2002 consid. 3b et d, VB. 2001.00261 du 8 mai 2002 consid. 2a ; CHRISTOPH JÄGER, Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren Tatbestandsvoraussetzung und – varianten des submissionsrechtlichen Ausschlussgrundes, in : BR 2011, p. 11 [ci-après :JÄGER, BR 2011] et les réf. cit. ; PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, 1999, p. 15) au point de former entre elles *de facto* une unité (cf. arrêt du Tribunal administratif cantonal du canton des Grisons, U 06 65 du 30 juin 2006 consid. 2). Un lien étroit (« enge Verbindung ») doit dès lors exister entre la personne ou l'entreprise préimpliquée et le soumissionnaire (cf. arrêt U 06 65 précité consid. 2 ; arrêts VB.2004.00304 précité consid. 3.3.1, VB.2002.00263 précité consid. 3d ; JÄGER, BR 2011, p. 11 et les réf. cit.). En matière de marchés publics, ce lien est essentiellement de nature économique, mais il peut également se fonder sur des relations interpersonnelles (cf. arrêt du Tribunal cantonal du canton du Valais A1 13 228 du 14 juin 2013 consid. 5.3 ; arrêt U 06 65 précité consid. 2 ; arrêts VB.2004.00304 précité consid. 3, VB.2002.00263 précité consid. 3b et d, VB 2001.00261 précité consid. 2a, VB.2000.00068 du 6 avril 2001 consid. 4c/cc). Il appartient dès lors au pouvoir adjudicateur ou aux autorités de recours d'évaluer, en tenant compte des circonstances du cas concret - tels que le lieu d'activité, la taille et la nature des sociétés, les

effectifs des organes exécutifs, la direction, les participations financières, la coopération antérieure, la proximité géographique, la présence sur le marché - si le soumissionnaire est lié à un membre de l'autorité ou à une personne sollicitée par elle d'une manière si étroite qu'il est certain ou du moins à supposer que des connaissances ou des informations pourraient lui être transmises ou qu'une influence aurait été exercée en sa faveur (cf. arrêt du Tribunal cantonal du canton du Valais A1 13 228 du 14 juin 2013 consid. 5.3 ; CHRISTOPH JÄGER, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2009, p. 145 ss [ci-après : JÄGER, Vorbefassung] ; MARTIN BEYELER, commentaire de l'arrêt U 06 65 précité, in : BR 2007, p. 197).

Le pouvoir adjudicateur ou les autorités de recours peuvent présumer, au vu du lien étroit entre la personne préimpliquée et le soumissionnaire, que selon l'expérience générale de la vie et le cours ordinaire des choses, ce dernier bénéficierait d'un avantage concurrentiel ou d'informations privilégiées ; il s'agit ainsi d'une présomption de fait (« tatsächliche Vermutung ») (cf. arrêt A1 13 228 précité consid. 5.3 ; JÄGER, Vorbefassung, p. 174). En effet, dans le cadre de préimplication indirecte, la preuve ou les indications sur la nature et l'intensité du lien entre la personne préimpliquée et le soumissionnaire relèvent de la sphère personnelle et de puissance de ce dernier ; ces liens sont donc en partie - en particulier en cas de relations interpersonnelles - peu évidents à établir et la question de savoir si les connaissances spécifiques au projet acquises par la personne concernée ont été transmises au soumissionnaire ne peut généralement pas être établie de manière directe (cf. JÄGER, Vorbefassung, *ibidem*).

3.2

3.2.1 En l'espèce, la société B. _____ SA, dont le siège social sis H. _____, a pour but l'exploitation d'un bureau d'études et de dessins, ainsi que la gestion de toutes affaires commerciales et financières s'y rapportant tant en Suisse qu'à l'étranger (cf. extrait du registre du commerce : [...], consulté le 4 mars 2020). Elle fait partie du consortium I. _____ BSA avec lequel le pouvoir adjudicateur a conclu un contrat de mandat portant sur la phase de l'appel d'offres à la mise en service du projet « Jct. Grand-Saconnex ». Selon ledit contrat, le mandataire est chargé d'exécuter notamment les prestations telles que « reprise du projet en détail, en option ; appels d'offres, comparaison et proposition d'adjudication ; documents d'exécution ; exécution des mesures/construction ; mise en service et achèvement » (cf. extrait du

contrat de mandat, pce 1 du bordereau de la prise de position du 17 octobre 2019 du pouvoir adjudicateur).

La recourante a, quant à elle, son siège social à J._____. Le but de l'entreprise consiste notamment en «*die Erbringung von sämtlichen Dienstleistungen der Netzinfrastruktur-Branche, insbesondere Anlagen- und Kabelbau in den Bereichen Energie, Telecom und Verkehrstechnik sowie die Verleihung von Fach-Personal. Im Übrigen kann die Gesellschaft alle Geschäfte tätigen, welche der Wahrung und Förderung der Konzerninteressen dienen* » (cf. extrait du registre de commerce : [...], consulté le 4 mars 2020).

L'ensemble de ces sociétés font partie du groupe G._____. En effet, la totalité de leur capital-actions est détenue par la société K._____SA par le biais de sa société fille L._____ SA dont celle-là est l'unique actionnaire (cf. organigramme du groupe G._____, pce 3 de la recourante). Selon le rapport de gestion 2018 du groupe, K._____SA constitue, conjointement avec les sociétés du groupe, une entreprise spécialisée dans l'énergie et les infrastructures présente au niveau international. L'entreprise propose à sa clientèle des solutions globales en s'appuyant sur son réseau de sociétés et de compétence ; elle planifie, construit et exploite des infrastructures de production d'énergie et d'approvisionnement pour les entreprises, les particuliers et le secteur public et propose des modèles commerciaux numériques dans le domaine des énergies renouvelables. Le portefeuille de prestations du groupe G._____ va de la planification et du conseil en ingénierie pour des projets liés à l'énergie, à l'infrastructure et à l'environnement, jusqu'à la construction, les prestations de service et la maintenance de réseaux d'énergie, de télécommunication, de transport et d'eau en passant par des offres intégrées dans le domaine de la technique du bâtiment (cf. p. 23). Le groupe est ainsi dirigé «*comme un réseau de sociétés à ancrage régional, qui sont actives sur le marché et y remportent de nombreux succès [...] [et] grâce à la mise en œuvre déterminée de [sa] stratégie, [il] maint[ient] le cap et [a] aujourd'hui une excellente position sur les marchés en croissance* » (cf. p. 6 et 7). En outre, la recourante et sa société sœur B._____ SA font partie du périmètre de consolidation (cf. p. 98 et 99), dès lors que «*[l]es sociétés sous contrôle sont consolidées selon la méthode de l'intégration globale* » (cf. p. 28) et «*[l]es comptes du groupe sont établis conformément aux normes comptables internationales <...> et donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats de G._____* » (cf. p. 23). Quant à la direction du groupe G._____, ses missions et ses compétences consistent notamment à

« contribuer de manière importante à la garantie du succès économique dans le cadre de la stratégie du groupe et des directives de la CEO, [à] participer activement au processus de conduite, de planification et de mise en œuvre de la stratégie d'entreprise et [à] coordonner et [à] faire concorder les activités (commerciales) de chaque secteur d'activité en considérant les intérêts généraux de l'ensemble du groupe G._____, en étroite collaboration avec les autres membres de la direction du groupe » (cf. p. 138). De plus, un des membres de la direction du groupe, soit E._____, officie également en qualité de président du conseil d'administration de la recourante (cf. p. 143) et tant la recourante que B._____ SA font partie du domaine d'activité Prestations (cf. p. 98 et 99) dont le résultat a progressé de 20 % en 2018 pour atteindre 881 millions de francs. Ceci correspond à près d'un tiers du chiffre d'affaires du groupe G._____ (cf. p. 13).

3.2.2 En l'occurrence, il ressort de ce qui précède que les filiales du groupe sont soumises à une stratégie commune, que chaque secteur d'activité est coordonné dans les intérêts du groupe et que la croissance économique du groupe dépend de la performance de chaque entreprise qui le compose. De plus, le tribunal relève qu'en détenant la totalité des capital-actions de la recourante et B._____ SA, la maison mère du groupe G._____ est réputée exercer un contrôle sur l'organe suprême de ces deux entreprises, à savoir leur assemblée générale (cf. art. 698 al. 1 et 963 al. 2 let. a CO). Aussi, il sied de constater que l'ensemble des sociétés du groupe G._____ doivent contribuer à la rentabilité et au développement économique de celui-ci et que les deux sociétés en question ne font pas exception à cette règle, quand bien même elles sont responsables de leur propre succès économique.

Partant, même si la recourante et sa société sœur paraissent indépendantes d'un point de vue externe, les deux sociétés sont liées par des relations économiques étroites.

3.3

3.3.1 La recourante fait néanmoins valoir que le pouvoir adjudicateur n'a apporté aucune preuve concrète de l'existence d'un avantage concurrentiel dont elle aurait bénéficié. De plus, elle avance que, compte tenu des règles claires contenues dans les directives internes au groupe G._____ (cf. p. 4 de la recourante), de la déclaration de B._____ SA du 9 septembre 2019 (cf. p. 8 de la recourante) ainsi que du devoir de loyauté de celle-ci envers ses clients, l'octroi d'un quelconque avantage

concurrentiel n'aurait pas été possible. Elle affirme également que le document d'appel d'offres ne prévoit que des travaux standards de sorte qu'il n'est pas possible de la favoriser et qu'au vu de la « directive installations d'éclairage » du pouvoir adjudicateur, la marge de manœuvre quant aux produits à livrer est résiduelle.

3.3.2 En l'espèce, sur le vu de la doctrine et de jurisprudence précitées (cf. consid. 3.1.4), il n'est pas nécessaire de démontrer qu'il y a effectivement eu intention de favoriser tel ou tel candidat, dès lors qu'une preuve de ce type serait difficile à apporter ; un risque concret fondé sur les liens étroits unissant la recourante et sa société sœur est suffisant pour retenir que celle-là bénéficierait d'un avantage concurrentiel ou d'informations privilégiées par rapport aux autres soumissionnaires potentiels.

S'agissant des directives internes du groupe et de la déclaration de B. _____ SA, elles ne sauraient être retenues. En effet, il appert, d'une part, que l'application effective des dispositions desdites directives est difficilement contrôlable et, d'autre part, qu'on ne peut exclure que ladite déclaration a été établie pour les seuls besoins de la cause, dès lors que celle-ci a été rédigée en particulier à l'attention de F. _____, soit la CEO du groupe G. _____. De plus, la recourante ne peut rien déduire en sa faveur de l'argument selon lequel B. _____ SA est dans l'obligation de respecter son devoir de fidélité et de loyauté ; il s'agit de simples allégations.

Enfin, même si les prestations requises par les documents d'appel d'offres devaient être considérés comme standards, on ne saurait exclure qu'en raison du lien étroit unissant B. _____ SA et la recourante, cette dernière bénéficie d'un avantage concurrentiel ou d'informations privilégiées.

3.4 La recourante soutient encore que son exclusion serait illicite du fait que le « Manuel sur les marchés publics - Routes nationales OFROU » ne prévoit pas la possibilité d'exclusion en cas de préimplication indirecte.

En l'espèce, le tribunal constate que si ledit manuel indique effectivement à sa page 82 que « [l]e cas classique de préimplication illicite est celui où un soumissionnaire rédige les documents d'appel d'offres pour le compte de l'autorité adjudicatrice », cela ne signifie pas pour autant que l'exclusion d'un soumissionnaire sur la base de sa préimplication indirecte ne soit pas possible.

La recourante ne saurait non plus rien déduire du « Guide de lutte contre la corruption au sein de l'OFROU »; les mesures d'audit et de compliance qui y sont prévues n'ont pas pour but d'éviter l'exclusion d'une entreprise préimpliquée.

3.5 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il sied d'admettre que la recourante bénéficie d'une position privilégiée par rapport aux autres soumissionnaires potentiels en raison de son lien étroit avec sa société sœur. Une telle situation est en soi à même de justifier l'exclusion de la recourante.

4.

La conséquence d'une exclusion pour préimplication doit être examinée sur la base des circonstances concrètes de chaque cas ; les intérêts en jeu doivent être mis en balance, en tenant compte non seulement du principe de l'égalité de traitement, mais aussi de l'utilisation économe et efficace des ressources publiques (cf. arrêt du TAF B-3563/2016 du 22 septembre 2016 consid. 4.2 ; décision incidente du TAF B-6653/2016 précitée consid. 8 ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n° 1068).

Il convient d'examiner ci-après si le pouvoir adjudicateur a violé le droit fédéral en excluant la recourante et en considérant que l'avantage concurrentiel ne pouvait être compensé. Sur ce point, il sied de relever que le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué dans la procédure de recours et qu'au vu du pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur, le tribunal se limite à examiner sous l'angle de l'excès ou de l'abus de ce pouvoir (cf. art. 31 LMP et consid. 3.1.2).

4.1 La participation à la procédure d'appel d'offres peut être autorisée à condition que l'avantage résultant des connaissances acquises soit faible ou que la collaboration du soumissionnaire dans la préparation du dossier d'appel d'offres ne soit que de nature marginale, ou que les prestations requises par l'appel d'offres ne puissent être fournies que par quelques soumissionnaires ou que la collaboration et l'avantage en termes de connaissances soient communiqués aux autres soumissionnaires conformément au principe de la transparence (cf. arrêt du TF 2P.164/2004 précité consid. 3.3 ; arrêt du TAF B-3563/2016 précité consid. 4.2 ; décision incidente du TAF B-4621/2008 précitée consid 5.2 ss). Il ne s'agit toutefois pas d'une collaboration négligeable si un soumissionnaire a été chargé de la planification ou de la conception dans le cadre d'un projet de construction, s'il a préparé des études ou des avant-projets pour l'ensemble de l'appel d'offres et a, à cette occasion, pu étudier en détail les

éléments concrets du marché ou s'il a préparé des parties essentielles, voire l'ensemble du dossier d'appel d'offres (cf. arrêt du TF 2P.164/2004 précité considérant 3.3 et les réf.cit. ; arrêt du TAF B-7062/2017 précité consid. 4.4 ; décision incidente du TAF B-6653/2016 précitée consid. 8.1). Ainsi, la question de savoir si une préimplication peut être compensée par des moyens appropriés ou si elle doit conduire à l'exclusion dépend de l'intensité de l'implication préalable du soumissionnaire (cf. arrêt du TAF B-7062/2017 précité consid. 4.4). C'est notamment le cas si un soumissionnaire a participé à la préparation du descriptif des prestations, il doit, en principe, avoir pour conséquence que celui-ci n'est pas autorisé à soumissionner pour l'appel d'offres concerné (cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n° 1048 ; arrêt du TAF B-7062/2017 précité consid. 4.4 et décision incidente du TAF B-6653/2016 précitée consid. 8.5). Une compensation est également impossible si un soumissionnaire est en mesure d'obtenir, sur la base des travaux préliminaires effectués, des informations et des contacts qui n'existent pas sous une forme documentée et ne peuvent donc être mis à la disposition des autres soumissionnaires dans leur intégralité (cf. arrêt du TAF B-1358/2013 précité consid. 4.2 et la réf. cit.).

4.2 L'art. 21a al. 2 OMP contient une liste exemplative de mesures qui sont à disposition du pouvoir adjudicateur pour compenser un avantage concurrentiel ; celui-ci dispose ainsi d'un pouvoir d'appréciation quant à la mesure à adopter (cf. arrêt du TAF B-1358/2013 précité consid. 4.2 ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n° 1046). Les autorités de recours observent ainsi une certaine retenue lorsqu'elles sont appelées à examiner si un avantage concurrentiel peut être compensé par une mesure appropriée ; seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné (cf. arrêt du TAF B-1358/2013 précité consid. 4.2 et décision incidente du TAF B-6653/2016 précitée consid. 8.3). De par sa formulation « si (...) l'avantage concurrentiel ainsi acquis ne peut pas être compensé par des moyens appropriés », l'article 21a al. 1 OMP souligne qu'il existe des cas où la préimplication d'un soumissionnaire a atteint une telle importance qu'elle exclut toute mesure visant à compenser l'avantage concurrentiel (cf. arrêt du TAF B-1358/2013 précité consid. 4.2 et décision incidente du TAF B-6653/2016 précitée consid. 8.3 et les réf. cit. ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n° 1048). Dans les autres cas, comme pour le choix des éventuelles mesures compensatoires à prendre, le pouvoir adjudicateur dispose d'un certain pouvoir d'appréciation lorsqu'il doit décider si une préimplication peut être compensée ou si le soumissionnaire préimpliqué doit tout bonnement être exclu de la

procédure (cf. décision incidente du TAF B-6653/2016 précitée consid.8.3 *in fine*).

4.3 La recourante avance que la récusation des employés de la société B. _____ SA permettrait déjà de pallier les avantages concurrentiels éventuels lors de l'évaluation des offres et de la mise en œuvre du projet. Elle indique également que selon les dispositions du « Guide de lutte contre la corruption au sein de l'OFROU » et du « Manuel sur les marchés publics - Routes nationales OFROU », le pouvoir adjudicateur et son personnel sont en mesure d'intervenir en cas de comportement illégal et de veiller au respect des exigences légales au moyen de directives ou d'autres mesures efficaces.

4.4 Le pouvoir adjudicateur expose quant à lui qu'en cas de conflit d'intérêts, ce sont les entreprises entières qui doivent être exclues de la procédure ; une récusation ne ferait que conduire au remplacement de tout le personnel de B. _____ SA engagé dans la direction des travaux. Il est dès lors plus adéquat d'exclure les entreprises ayant un lien économique et juridique étroit avec l'équipe de la direction des travaux afin de garantir le bon et rapide déroulement des procédures. Il ajoute qu'indépendamment de l'obligation personnelle des membres de l'équipe d'évaluation de se récuser, il n'est pas à exclure qu'une entreprise ayant participé à la préparation de l'appel d'offres soutienne un soumissionnaire qui lui est proche dans ses travaux de préparation des documents d'appel d'offres. Dans un tel cas, la récusation du membre concerné de l'équipe d'évaluation ne suffirait pas pour éliminer l'avantage concurrentiel potentiel et seule l'exclusion du soumissionnaire permet de rétablir l'égalité de traitement de l'ensemble des soumissionnaires. Il ajoute enfin qu'il ne lui est pas possible de contrôler si les documents d'appel d'offres favorisent ou non une entreprise de construction en particulier.

4.5 En l'espèce, il sied de rappeler que la société B. _____ SA est membre du consortium I. _____ BSA dont le mandat porte en particulier sur l'établissement des documents d'appel d'offres et le contrôle subséquent des travaux (cf. consid. 3.2.1). Sur le vu de la jurisprudence précitée (cf. consid. 4.1), il y a lieu de retenir que ladite société a pris part de manière importante à la préparation du marché et que sa préimplication ne saurait être compensée par des mesures appropriées. De plus, compte tenu du lien étroit existant entre B. _____ SA et la recourante, on ne saurait exclure que cette dernière ait bénéficié d'un avantage concurrentiel, à savoir que les documents d'appel d'offres auraient été établis de manière à la favoriser et que des informations lui auraient été transmises

(cf. consid. 3.1.4 et 3.3.2). Sur ce point, on ne saisit pas quelles mesures le pouvoir adjudicateur eût pu prendre. Il suit de là qu'il n'y a pas d'excès du pouvoir d'appréciation.

Le tribunal relève encore que le cas d'espèce se distingue de celui de l'arrêt B-6708/2017 précité. En effet, dans ledit arrêt, le pouvoir adjudicateur a indiqué que, malgré sa préimplication, le recourant en cause pourrait déposer une offre dans la procédure de passation et n'avait justifié l'exclusion prononcée que pour des raisons de calendrier. Or, *in casu*, le pouvoir adjudicateur n'a jamais prétendu que l'avantage concurrentiel dont dispose la recourante était susceptible d'être compensé ; bien au contraire, il a déjà exposé dans sa prise de position du 17 octobre 2019 qu'en raison du lien étroit entre B._____ SA et la recourante, l'offre éventuelle de celle-ci serait exclue de la procédure de soumission.

4.6

4.6.1 La recourante soutient enfin que le critère attaqué ainsi que son exclusion auront pour conséquence de porter atteinte à une concurrence efficace, en ce sens que le cercle de soumissionnaires potentiels serait restreint. Elle expose que peu d'offres ont été déposées dans plusieurs procédures d'appels d'offres comparables au cas d'espèce.

4.6.2 Le pouvoir adjudicateur estime quant à lui qu'au vu des statistiques des marchés ouverts de construction portant sur la fibre optique, le câblage, l'éclairage, la vidéo et le courant fort des dernières années, il y a une concurrence suffisante. Il explique que dans la procédure relative au lot 502 citée par la recourante, tous les domaines BSA ont été réunis en un seul lot et que les grands lots conduisent en général à moins d'offres. La quantité d'offres dans une procédure d'appel d'offres dépend dès lors de manière prépondérante de la structure de l'offre [*recte* : du lot] et du nombre de domaines techniques qu'il regroupe. Par ailleurs, il indique que les lots sont adaptés en fonction des possibilités du marché et des besoins spécifiques d'un projet. Ce n'est donc pas l'utilisation de la clause d'exclusion qui influence le nombre d'offres déposées mais bien le nombre de domaines BSA regroupés dans un lot.

4.6.3 Si l'avantage concurrentiel ne peut pas être compensé, le pouvoir adjudicateur peut renoncer à l'exclusion et admettre le soumissionnaire avantage à participer à la procédure d'appel d'offres si l'exclusion risque de nuire à une concurrence efficace (cf. art. 21a al. 1 let. b OMP ; décision incidente du TAF B-6653/2016 précitée consid. 8.7). En effet, en matière

de marchés publics, le principe de l'utilisation économe des fonds publics doit rester compatible avec l'objectif de promotion d'une concurrence efficace tel qu'énoncé à l'art. 21a al. 1 let. b OMP (cf. ATAF 2017 IV/3 consid. 4.7.3 et 2010/58 consid. 6.3). La détermination des conditions d'aptitude et des critères de qualification doit ainsi tenir compte des effets sur la concurrence entre soumissionnaires, afin que demeure une concurrence résiduelle suffisante (cf. ATAF 2010/58 consid. 6.3 ; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, n° 324).

4.6.4 En l'espèce, l'objet du marché concerne en particulier les travaux d'équipement électrique et les prestations requises consistent essentiellement en la fabrication, la livraison, l'installation et la mise en service des équipements BSA, à savoir « Energie (E) - Eclairage (B) - Câblage (K) - Installations auxiliaires (N) » (cf. point 2.5 et 2.6 de l'appel d'offres). Sur le vu de la description des tâches requises, on peut déduire que la participation à la procédure de soumission est ouverte et s'adresse à toutes les sociétés d'ingénierie du marché ayant une expérience dans la réalisation desdites tâches, à l'exception de celles ayant un lien étroit avec les entreprises citées par le pt 9 du ch. 4.5 de l'appel d'offres.

Ensuite, il ressort du tableau des statistiques que pour les marchés portant sur la fibre optique, le câblage, l'éclairage, la vidéo ainsi que le courant fort, le nombre d'offre varie de deux à neuf en fonction des projets concernés durant les huit dernières années ; il y a donc lieu de retenir l'existence d'une concurrence suffisante.

Finalement, la recourante n'allègue nullement que le nombre de soumissionnaires dans les procédures de marchés publics qu'elle mentionne est réduit à cause de l'existence d'une clause d'exclusion ; elle se contente d'affirmer que peu d'offres ont été déposées dans lesdites procédures. Aussi, même si la concurrence pourrait être plus forte, comme le relève la recourante, elle demeure suffisante pour ne pas mettre en balance les différents buts de la loi, à savoir, d'une part, l'égalité de traitement et, d'autre part, la concurrence efficace (cf. ATAF 2018 IV/6 consid. 3.5 ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., n° 1048).

4.6.5 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, rien ne permet de déduire que l'exclusion de la recourante en raison de sa préimplication indirecte aurait pour conséquence une restriction de la concurrence, ce d'autant plus que les motifs de son exclusion, à savoir notamment la sauvegarde de l'égalité de traitement entre les potentiels soumissionnaires et la réduction de risque de conflit d'intérêts, sont légitimes (cf. consid. 3.2) et sont des

objectifs du droit des marchés publics – à l’avenir ancrés dans la LMP (cf. consid. 3.1.1) - et donc d’intérêt public (cf. arrêts du TAF B-6626/2016 du 30 août 2017 consid. 8.5.5 *in fine* et B-4288/2014 du 25 mars 2015 consid. 4.5). Aussi, même s’il en résulte une limitation du cercle des soumissionnaires potentiels, celle-ci est justifiée.

4.7 La recourante prétend encore que la pratique du pouvoir adjudicateur serait incohérente, en ce sens qu’elle n’a pas été exclue d’une précédente procédure de passation alors que sa société sœur y avait pris part préalablement et qu’aucun des derniers appels d’offres publiés sur Simap ne contenait une clause d’exclusion.

Le pouvoir adjudicateur avance quant à lui que le fait qu’il ait renoncé, dans certaines procédures d’adjudication, de faire figurer la clause d’exclusion ou en ait fait figurer une autre ne change rien au fait que les questions de préimplication, de conflit d’intérêts et de récusation sont traitées de manière systématique et circonstanciée dans chaque procédure.

In casu, dans la mesure où l’exclusion de la recourante est en l’espèce justifiée, elle ne saurait déduire quoique ce soit du fait de ne pas avoir été exclue dans d’autres procédures ni du fait qu’aucune exclusion du même type n’est à ce jour été prononcée. En effet, le principe de la légalité de l’activité administrative prévaut en principe sur celui de l’égalité de traitement. En conséquence, l’administré ne peut généralement pas se prétendre victime d’une inégalité devant la loi lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu’elle aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d’autres cas (cf. ATF 126 V 390 consid. 6a ; arrêt du TF 1C_544/2014 du 1^{er} avril 2015 consid. 5.1). En effet, rien ne laisse à penser que le pouvoir adjudicateur n’entend pas s’en tenir, en principe, à l’exclusion pour les cas de préimplication indirecte (cf. sur l’égalité dans l’illégalité : arrêt du TF 1C_436/2014 du 5 janvier 2015 consid. 5 et réf. cit.).

5.

Sur le vu de l’ensemble de ce qui précède, l’exclusion de la recourante en raison de son lien étroit avec sa société sœur B._____ SA ne viole pas les principes fondamentaux des marchés publics, tels que le principe de l’égalité de traitement des soumissionnaires, l’utilisation économique des fonds publics et la concurrence efficace ; elle est fondée sur des motifs objectifs et respecte les principes de la proportionnalité. Il suit de là que le recours s’avère infondé et doit dès lors être rejeté.

6.

Quant au fait que le pouvoir adjudicateur exige du soumissionnaire potentiel qu'il dépose une offre avant d'examiner si celui-ci est exclu ou non de la procédure de soumission, cette manière de procéder est critiquable. L'appel d'offres prévoit que toutes les sociétés ayant un lien juridique ou économique étroit avec les bureaux d'ingénieurs mentionnés sont exclues de la procédure du fait que ces derniers ont exercé la fonction de responsables de la direction des travaux et ont participé à la préparation du dossier d'appel d'offres. S'il est vrai qu'il n'a pas précisé quel lien est considéré comme étroit, il n'en demeure pas moins que ce point de l'appel d'offres est relativement clair. On ne saurait ainsi considérer qu'il ne s'agit là que d'un avertissement selon lequel le pouvoir adjudicateur procédera à un examen approfondi des liens existants entre les bureaux d'ingénieurs mentionnés dans l'appel d'offres et les soumissionnaires. La conséquence de l'existence de tels liens est sans équivoque ; il y aura exclusion. Or, il paraît légitime, compte tenu du temps et des moyens financiers que nécessite le dépôt d'une offre, que le soumissionnaire potentiel soit fixé quant à son éventuelle exclusion avant qu'il ne sacrifie du temps et de l'argent au dépôt d'une offre. Il faut donc admettre qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de se prononcer sur des demandes concrètes quant à une exclusion éventuelle sans qu'une offre n'ait été déposée.

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^{ère} 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 5'000 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 que le grief de la recourante selon lequel on ne saurait d'emblée l'exclure de la procédure d'adjudication en raison de son appartenance au même groupe que la société B. _____ SA n'était pas manifestement infondé. La prise de position du pouvoir

adjudicateur du 24 septembre 2019 n'avait en effet pas permis d'écartier d'emblée ledit grief ; c'est seulement dans ses déterminations du 17 octobre 2019 que le pouvoir adjudicateur a exposé que la recourante serait exclue de la procédure si elle déposait une offre. Dans ces circonstances, les frais induits par la décision incidente du 27 septembre 2019 ne peuvent être mis à la charge de la recourante (cf. arrêt du TAF B-4743/2015 du 9 décembre 2015 consid. 7 et les réf. cit.). Aussi, un cinquième des frais de procédure doit être mis à la charge de l'Etat, soit 1'000 francs, et quatre cinquièmes, à savoir 4'000 francs, à la charge de la recourante qui succombe sur le fond (cf. arrêt du TAF B-4743/2015 précité consid. 7 et les réf.cit.). Ce montant sera imputé sur l'avance de frais de 5'000 francs perçue le 2 octobre 2019. Le solde de 1'000 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, représentée par un avocat, dûment mandaté par procuration, a produit une note de frais et honoraires s'élevant à 21'531 francs (TVA comprise), à savoir 56 heures à 350 francs et, a obtenu gain de cause concernant l'effet suspensif. Il se justifie ainsi de limiter l'allocation de dépens à 10 heures, ce qui représente une indemnité de 3'500 francs, dès lors que 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-là à la charge du pouvoir adjudicateur. Ces dépens ne comprennent aucun supplément TVA au sens de l'art. 9 al. 1 let. c FITAF.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Des frais de procédure réduits à 4'000 francs sont mis à la charge de la recourante. Ils sont imputés sur l'avance de frais de 5'000 francs. Le solde de 1'000 francs sera restitué à la recourante dès l'entrée en force du présent arrêt

3.

Un montant de 3'500 francs 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 192017 ; acte judiciaire)

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

Le président du collège :

La greffière :

Pascal Richard

Lu Yuan

Indication des voies de droit :

Pour autant qu'elle soulève une question de principe (cf. art. 83 let. f ch. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110] *a contrario*), la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification. Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 11 mars 2020