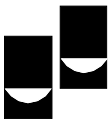
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour II
B-4657/2009
{T 0/2}

Décision incidente du 6 août 2009

Composition

Claude Morvant (président du collège), Vera Marantelli, Marc Steiner, juges,
Muriel Tissot, greffière.

B-4657/2009
B-4658/2009

Parties

X._____ SA et Y._____ SA,
toutes les deux représentées par Maître Denis Esseiva, Etude d'avocats Denis Esseiva LL.M.,
recourantes 1,

O._____ SA et P._____ SA,
toutes les deux représentées par Maître Olivier Rodondi, Schmidt, Jaton & Associés,
recourantes 2,

contre

Office fédéral des routes OFROU,
place de la Gare 7, 1470 Estavayer-le-Lac,
pouvoir adjudicateur,

Objet

Interruption de la procédure sur invitation et adjudication de gré à gré : Travaux de réfection de joints de ponts sur la N9 Vennes-Villeneuve.

Faits :

A.
Le 6 avril 2009, l'Office fédéral des routes OFROU (ci-après : le pouvoir adjudicateur) s'est adressé à huit entreprises en les informant qu'il allait procéder à une adjudication pour prestations de construction par la procédure sur invitation pour des travaux anticipés sur le tronçon autoroutier de la N9 entre Vennes et Villeneuve. Précisant que les travaux, planifiés de mi-juin à fin septembre 2009, comprenaient essentiellement des changements de joints de chaussée sur neuf ouvrages et que l'appel d'offres serait transmis le 4 mai 2009, avec un délai échéant au 25 mai 2009, il invita les entreprises en question à confirmer leur intérêt à participer à cette procédure jusqu'au 17 avril 2009. Les documents d'appel d'offres ont été transmis le 4 mai 2009 aux entreprises qui s'étaient annoncées. Le lot n° 1 portait sur les ouvrages de Chandelard, Criblette, Rio d'Enfer, Crau-Coulet et Cornallaz. Le lot n° 2, sur les ouvrages de Chenau, Veveyse, bretelle de sortie de Montreux et Cabinet. Les conditions générales prévoyaient que les groupements ne pourraient contenir que deux entreprises au maximum et que les groupements pouvaient répondre à l'appel d'offres des deux lots. Une visite des lieux a été organisée le 15 mai 2009.

Dans le délai de clôture pour le dépôt des offres, fixé au 27 mai 2009 à 16h, deux offres ont été déposées. Il s'agissait de l'offre du consortium X._____ SA et Y._____ SA portant sur le lot n° 1 pour un montant de Fr. 7'892'894.- et sur le lot n° 2 pour un montant de Fr. 5'292'694.95, soit un total de Fr. 13'185'588.95 toutes taxes comprises. La deuxième offre émanait du consortium O._____ SA et P._____ SA portant sur le lot n° 2 pour un montant de Fr. 4'781'895.20 toutes taxes comprises.

Par courriers séparés du 29 juin 2009, le pouvoir adjudicateur a fait savoir aux consortiums susmentionnés qu'il interrompait "la procédure d'appel d'offres sur invitation" en cours dès lors qu'il n'avait reçu aucune offre satisfaisante et que des conditions financières plus avantageuses pouvaient être attendues. Alléguant que les travaux devaient être entrepris sans délai pour des raisons de sécurité des usagers de la N9, le pouvoir adjudicateur a indiqué qu'il ne pouvait plus répéter ladite procédure et qu'il était dès lors contraint de procéder à une adjudication de gré à gré. Il informait ainsi les

consortiums qu'il avait confié la réalisation de l'ensemble des travaux (lots nos 1 et 2) à l'association des entreprises G._____ SA, H._____ SA et I._____ SA pour un montant de Fr. 9'409'014.- toutes taxes comprises, le lot no 2 représentant un montant de Fr. 3'543'459.-.

B.
Par mémoire du 20 juillet 2009, mis à la poste le même jour, X._____ SA et Y._____ SA (ci-après : les recourantes 1) ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant, sous suite de dépens, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif au recours, à titre urgent ainsi qu'après avoir entendu les parties, à ce qu'interdiction soit faite à l'OFROU de conclure le contrat avec les adjudicataires et d'exécuter les travaux litigieux jusqu'à droit connu sur le présent recours. A titre principal, les recourantes 1 ont conclu à l'annulation de la décision d'interruption de la procédure et d'adjudication de gré à gré attaquée ; partant, à ce que l'ordre soit donné au pouvoir adjudicateur d'évaluer l'offre des recourantes en vue de la notification d'une nouvelle décision d'adjudication du marché litigieux. A titre subsidiaire, elles ont conclu à ce que soit constatée l'illicéité de la décision d'exclusion attaquée.

A l'appui de leurs conclusions, les recourantes 1 invoquent la violation du droit fédéral. Elles soutiennent que les raisons invoquées par le pouvoir adjudicateur pour justifier l'interruption de la procédure sur invitation, soit l'expectative de conditions financières plus avantageuses, ne résultent pas d'une nouvelle et importante situation de marché mais du fait que celui-ci a allégé les conditions contractuelles en supprimant les dispositions en matière de pénalités contenues dans les conditions particulières du dossier d'appel d'offres. Elles allèguent en outre que le pouvoir adjudicateur n'a pas démontré que les conditions légales requises à l'adjudication de gré à gré étaient en l'espèce satisfaites. Enfin, elles considèrent que l'effet suspensif doit être accordé au recours, attendu qu'à défaut, elles se verraient privées de toute possibilité de se voir adjuger le marché, et ce même en cas de gain du recours, leur occasionnant ainsi un préjudice important.

C.
Par écritures du 20 juillet 2009, mises à la poste le même jour, O._____ SA et P._____ SA (ci-après : les recourantes 2) ont

recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant, sous suite de dépens, à ce que l'effet suspensif soit immédiatement accordé au recours, à ce que le recours soit admis et à ce que la décision rendue par l'OFROU le 29 juin 2009 soit annulée et le dossier renvoyé à l'OFROU pour évaluation des offres rendues.

A l'appui de leurs conclusions, elles invoquent la violation du droit fédéral. Elles soutiennent que la procédure sur invitation choisie par le pouvoir adjudicateur est illégale et erronée dès lors que le marché litigieux est soumis à la loi fédérale sur les marchés publics. En outre, elles considèrent que les conditions requises d'une part, pour l'interruption de ladite procédure, et d'autre part, pour une adjudication de gré à gré ne sont pas réalisées. Elles invoquent de même une violation des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, ainsi qu'une violation du principe de transparence. Quant à la question de la pondération des intérêts entrant dans le cadre de l'examen de l'effet suspensif, elles allèguent que, dès lors que le pouvoir adjudicateur a choisi une procédure illégale et a adopté subséquemment un comportement de mauvaise foi, l'intérêt public ne saurait prévaloir sur les intérêts des soumissionnaires évincées dont les droits ont été bafoués.

D.
Par ordonnances du 21 juillet 2009, le Tribunal administratif fédéral a enjoint au pouvoir adjudicateur, à titre de mesure superprovisionnelle (ch. 3 des dispositifs), de n'entreprendre aucune mesure d'exécution avant que celui-ci n'ait statué sur la requête d'effet suspensif et l'a invité à se prononcer sur la seule question de l'effet suspensif jusqu'au 29 juillet 2009.

E.
Ayant pu constater que les travaux étaient toujours en cours, les recourantes 2, par requête de mesures provisionnelles du 23 juillet 2009, ont requis de donner l'ordre au pouvoir adjudicateur, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0), de respecter le ch. 3 du dispositif de la décision du 21 juillet 2009, en ce sens que tous travaux sur la N9 entre Vennes et Villeneuve soient immédiatement interrompus.

F.
Par ordonnance du 24 juillet 2009, le Tribunal de céans a fait droit à

cette requête et a enjoint une nouvelle fois le pouvoir adjudicateur, à titre de mesure superprovisionnelle et sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, de se conformer au ch. 3 du dispositif de l'ordonnance du 21 juillet 2009, soit de faire cesser immédiatement tous travaux sur la N9 entre Vennes et Villeneuve jusqu'à ce que le Tribunal administratif fédéral ait statué sur la requête d'effet suspensif.

G.
Par requête de mesures pré-provisionnelles et provisionnelles d'extrême urgence du 24 juillet 2009, les recourantes 1 ont requis également d'interdire au pouvoir adjudicateur et aux adjudicataires d'exécuter les travaux litigieux jusqu'à droit connu sur la décision du Tribunal administratif fédéral relative à la requête d'effet suspensif.

H.
Par courrier du 25 juillet 2009, anticipant sa réponse sur l'effet suspensif, le pouvoir adjudicateur s'est exprimé sur les raisons touchant à la sécurité routière qui l'avaient conduit à décider d'anticiper les travaux concernant la réfection des joints sur divers ouvrages du secteur A3 de la N9 entre Vennes et Villeneuve. Il invoqua l'état défectueux, parfois avancé, de nombreux joints et des risques que cela comportait pour la circulation. Relevant que le contrat avec l'adjudicateur avait été conclu le 1er juillet 2009, il rappela que la législation sur les routes nationales lui impose d'entretenir et d'exploiter les routes nationales de telle façon qu'un trafic sûr et fluide soit garanti. Invoquant les risques de dommages et intérêts qu'il encourrait selon la loi sur la responsabilité de la Confédération en cas d'accident consécutif à l'interruption des travaux, il informa le Tribunal administratif fédéral que, nonobstant la sanction pénale dont il était menacé, la pondération de ces intérêts le conduisait à se déclarer dans l'impossibilité de donner suite aux injonctions qui lui avaient été faites par ordonnances des 21 et 24 juillet 2009.

I.
Par décision incidente du 28 juillet 2009, le Tribunal administratif fédéral a procédé à la jonction des procédures B-4657/2009 et B-4658/2009, relevé que son ordonnance du 24 juillet 2009 répondait déjà à la requête des recourantes 1 du même jour et transmis aux recourantes 1 et 2 le courrier du pouvoir adjudicateur du 25 juillet 2009 en les invitant à se déterminer.

J.
Le 29 juillet 2009, le pouvoir adjudicateur a transmis sa réponse en concluant, sous suite de frais et dépens, à l'irrecevabilité du recours. Subsidiairement, il a conclu au rejet des demandes d'effet suspensif, à ce qu'il soit statué sur lesdites demandes sans échange d'écritures complémentaire et sans délai, et au rejet des recours.

En substance, le pouvoir adjudicateur allègue que la loi fédérale sur les marchés publics ne trouve pas application en l'espèce dès lors que le marché litigieux tombe sous le champ d'application de la clause d'exception contenue à l'art. 3 al. 2 let. b de ladite loi. Il expose que, au vu des informations dont il disposait sur les risques d'accident liés à des joints défectueux et sur l'état de plusieurs de ces joints sur le tronçon objet du marché, il a dès le début considéré qu'il pouvait se prévaloir de l'art. 3 al. 2 de la loi sur les marchés publics. Nonobstant la possibilité qui s'offrait ainsi à lui de procéder à une adjudication de gré à gré fondée sur l'art. 36 al. 2 let. a de l'ordonnance sur les marchés publics, il a décidé, en application du chapitre 3 de l'ordonnance, de permettre un minimum de concurrence, raison pour laquelle il a procédé par invitation. Il fait également valoir qu'il avait estimé la valeur du marché public à Fr. 3'500'000.-, soit un montant nettement inférieur au seuil fixé pour l'application de la loi fédérale sur les marchés publics. Quant à l'effet suspensif, il considère qu'il ne doit pas être accordé aux recours, en premier lieu, car ceux-ci sont voués à l'échec en raison de la clause d'exception de l'art. 3 al. 2 de la loi et de la valeur estimée dudit marché. A cet effet, il indique avoir interrompu la procédure sur invitation d'une part, en raison du faible nombre d'offres déposées, lequel ne lui permettait pas de comparer et d'adjuger le marché à l'offre la meilleure marché, et d'autre part, en raison des prix proposés nettement supérieurs à sa propre estimation du marché. Quant à l'adjudication du marché de gré à gré, il considère que l'urgence du marché était telle que cette procédure s'imposait. En second lieu, le pouvoir adjudicateur considère qu'il y a urgence à terminer, et ce avant l'hiver, les travaux car l'état actuel de la chaussée constituerait un réel danger pour la santé et la vie des usagers. En conséquence, il fait valoir que l'intérêt public à la protection de la sécurité routière prime les intérêts purement financiers des recourantes à l'adjudication dudit marché public.

K.
Le 30 juillet 2009, les recourantes 1 se sont déterminées sur le

courrier du pouvoir adjudicateur du 25 juillet 2009 en concluant à ce que l'interdiction faite à l'OFROU d'exécuter les travaux litigieux avec les sociétés adjudicataires jusqu'à droit connu sur le présent recours soit confirmée, ceci sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP.

En substance, elles contestent intégralement les allégués dudit courrier et soutiennent que le pouvoir adjudicateur ne saurait invoquer l'urgence pour faire obstacle à l'arrêt des travaux dès lors que les conditions en matière d'adjudication de gré à gré fondée sur la clause d'urgence ne sont pas réunies. Elles relèvent par ailleurs que l'urgence dont se prévaut le pouvoir adjudicateur lui est personnellement imputable. En effet, celui-ci ne pouvait ignorer, lorsqu'il a été chargé de l'entretien des routes nationales le 1er janvier 2008, qu'il fallait procéder à la réfection de ces joints dans la mesure où leur durée de vie était dépassée. Enfin, elles considèrent que la prétendue conclusion d'un contrat entre le pouvoir adjudicateur et les adjudicataires le 1er juillet 2009 ne fait pas obstacle à l'ordre d'arrêter les travaux.

L.
Dans leurs observations du 31 juillet 2009, les recourantes 2 prennent des conclusions identiques à celles des recourantes 1, soutenant principalement, à l'instar de ces dernières, que les conditions relatives à la clause d'urgence en matière de marchés publics ne sont pas réalisées et que le pouvoir adjudicateur ne saurait se prévaloir de la prétendue conclusion du contrat avec les adjudicataires pour ne pas obtempérer à l'ordre du Tribunal de céans de cesser les travaux.

Droit :

1.

1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours contre les décisions d'adjudication et d'interruption de la procédure 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). Le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour déterminer si c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas conformé à la LMP, en n'attribuant pas un marché selon les dispositions de la loi ou en ne choisissant pas la procédure qui se serait imposée. En effet, la question de savoir si, dans un cas concret, on a renoncé à l'une des procédures prévues par la loi (procédure ouverte ou sélective) au

profit d'une procédure sur invitation ou de gré à gré ne peut échapper entièrement au contrôle par le juge. Sinon, le pouvoir adjudicateur aurait la faculté de se soustraire à ce contrôle par le seul biais du recours aux clauses d'exception prévues à l'art. 3 al. 2 LMP, ce qui aurait pour effet de vider de sa substance la protection juridique dans le domaine des marchés publics (décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 1.1 et les réf. cit.). Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour connaître du présent litige.

1.2 Le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour statuer sur des demandes d'octroi d'effet suspensif (art. 28 al. 2 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). Selon l'art. 31 LMP, le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué dans la procédure de recours.

1.3 Selon l'art. 39 al. 1 LTAF, le juge instructeur est compétent pour prendre des décisions concernant l'effet suspensif (voir message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000 ss, spéc. 4190). Il ne ressort cependant pas des travaux préparatoires que l'art. 39 al. 1 LTAF doive être considéré comme une lex specialis qui exclurait l'application de l'art. 55 al. 2 PA et la faculté de permettre au collège des juges de statuer sur cette question. Compte tenu de l'importance que la décision sur l'effet suspensif revêt en général dans le domaine des marchés publics, le Tribunal administratif fédéral a, dans sa jurisprudence constante rendue dans ce domaine, considéré qu'une décision prise en collège n'était nullement exclue et qu'elle n'entraînait aucun désavantage juridique pour les recourants (décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-3402/2009 du 2 juillet 2009 consid. 1.2). Il n'y a en l'espèce pas lieu de s'écarter de cette jurisprudence.

1.4 Il convient de constater qu'en l'occurrence les recourantes 1 et 2 ont pris part à la procédure devant le pouvoir adjudicateur. En tant que destinataires des actes attaqués, elles sont sans autre légitimées à demander que des mesures d'ordre procédural soient prises (décision incidente du Tribunal administratif fédéral A-2656/2009 du 15 juin 2009

consid. 2 ; REGINA KIENER in Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich 2008, ad art. 55 PA n° 12 ; voir également ATF 129 II 286 consid. 1.3).

2.

A la différence de l'art. 55 al. 1 PA, l'art. 28 al. 1 LMP prévoit que le recours n'a pas d'effet suspensif. Sur demande, le Tribunal administratif fédéral peut accorder l'effet suspensif (art. 28 al. 2 LMP). La LMP ne mentionne pas les critères qui devraient être pris en considération pour décider de l'octroi ou du refus de l'effet suspensif. Selon les principes développés par la jurisprudence et la doctrine à propos de l'art. 55 PA, auxquels il convient dès lors de se référer, l'octroi, le retrait ou la restitution de l'effet suspensif résultent d'une comparaison des intérêts à l'exécution immédiate de la décision d'une part, et au maintien du régime antérieur jusqu'à droit connu, d'autre part. Il s'agit donc de procéder à une pondération des intérêts publics et privés, respectivement entre des intérêts privés divergents. (ATF 129 II 286 consid. 3, 117 V 185 consid. 2b, 110 V 40 consid. 5b, 106 Ib 115 consid. 2a ; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Zurich 2006, p. 385 ss nº 1802 ss. ; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, 2e éd., Berne 2002, p. 680 ss). La réglementation spéciale de l'art. 28 LMP, prévoyant que le recours n'a pas d'effet suspensif mais qu'il peut être accordé sur demande, montre que le législateur était conscient de la portée d'un tel effet dans le domaine des marchés publics et qu'il a voulu que cette question soit examinée de cas en cas. Cela ne signifie toutefois pas que l'effet suspensif ne peut être accordé qu'exceptionnellement (ATAF 2007/13 consid. 2.1 et réf. cit. ; B-3311/2009 consid. 2.1 et 2.2). Disposant d'une certaine marge d'appréciation, l'autorité se fonde en principe sur les documents qui sont dans le dossier et examine prima facie la requête d'effet suspensif, sans ordonner des compléments de preuves (ATF 117 V 185 consid. 2b, 110 V 40 consid. 5b, 106 Ib 115 consid. 2a).

Dans le cadre de l'examen de la requête sur l'effet suspensif, la jurisprudence prescrit un examen prima facie de l'apparence du bien-fondé du recours. Si, dans le cadre d'un examen prima facie sur la base du dossier, la recevabilité du recours apparaît invraisemblable ou si un recours recevable apparaît manifestement mal fondé, la demande d'effet suspensif est d'emblée vouée à l'échec. Une

pondération des intérêts ne s'avère dans ce cas-là pas nécessaire. En revanche, si la recevabilité du recours paraît prima facie vraisemblable ou douteuse et que le recours ne paraît pas dénué de chances de succès ou qu'il existe des doutes à ce propos, la pondération des intérêts en présence doit être effectuée (B-3311/2009 consid. 2.2 ; décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1).

Selon la jurisprudence constante de l'ancienne commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM), que le Tribunal administratif fédéral a fait sienne dans son arrêt publié aux ATAF 2007/13, il convient, dans la pondération des intérêts, de tenir compte de ceux des recourantes consistant au maintien de la possibilité d'obtenir l'adjudication (décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 2). A ces intérêts, s'opposent les intérêts publics que le pouvoir adjudicateur doit prendre en compte. Dans son message du 19 septembre 1994 relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC (Cycle Uruguay, Message 2 GATT) (FF 1994 IV 995 ss), le Conseil fédéral relève en effet que si un recours comportait automatiquement un effet suspensif, empêchant la conclusion du contrat jusqu'à ce que la décision soit rendue, cela risquerait d'entraîner des retards et des frais supplémentaires considérables lors de l'acquisition (p. 1236). Dans le même sens, le Tribunal fédéral relève, dans le cadre de l'interprétation de l'art. 17 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), qu'il convient de reconnaître d'emblée un poids considérable à l'intérêt public à une exécution aussi rapide que possible de la décision d'adjudication (arrêt du Tribunal fédéral 2P.165/2002 du 6 septembre 2002 consid. 2.2.2 ; voir dans le même sens ATAF 2008/7 consid. 3.3). Les éventuels intérêts de tiers, notamment des autres participants à une procédure de marchés publics, doivent, de jurisprudence constante, également être pris en considération. Compte tenu notamment des objectifs poursuivis par l'art. XX ch. 2 et 7 de l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS 0.632.231.422), entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1996, il convient toutefois de veiller à ne pas rendre illusoire la garantie d'une protection juridique efficace (ATAF 2007/13 consid. 2.2 et réf. cit.).

3.
Dès lors que le pouvoir adjudicateur a conclu à l'irrecevabilité du

recours, il sied de procéder, en premier lieu, à l'examen de cette question.

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

3.2 La LMP s'applique uniquement aux marchés publics visés par l'AMP, alors que les autres marchés de la Confédération sont réglés par l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11). 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 conformément aux procédures d'adjudication prévues dans la LMP (a contrario art. 2 al. 3 4e phrase LMP, voir aussi art. 39 OMP ; ATAF 2008/61 consid. 3.1, 2008/48 consid. 2.1 ; arrêt de la CRM du 11 octobre 2001, publié in JAAC 66.4 consid. 1b 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 adjugé est visé par celle-ci (art. 5 LMP), si la valeur du marché public à adjuger 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.

4.

4.1 A titre liminaire, il y a lieu de préciser que le soumissionnaire qui a accepté de s'engager dans une procédure qu'il considère après coup erronée peut, prima facie, alléguer, dans le cadre du recours contre l'adjudication, qu'il n'existe aucune exception au sens de l'art. 3 LMP (arrêt de la CRM du 19 juillet 1999 publié in JAAC 64.8 consid. 1b/cc).

4.2 Dans ses observations responsives, le pouvoir adjudicateur conclut principalement à l'irrecevabilité des recours, attendu que les décisions attaquées ne seraient pas susceptibles de recours dès lors qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'une procédure sur invitation contenue au chapitre 3 de l'OMP et que l'art. 39 postule que les décisions prises conformément aux procédures d'adjudication prévues dans le présent chapitre ne sont pas sujettes à recours.

4.3 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.

4.4 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). Il n'est en l'espèce pas contesté que le marché en cause porte sur des travaux de construction, soit l'assainissement des joints de chaussée sur le tronçon Vennes-Villeneuve et qu'un tel marché rentre dans cette catégorie.

4.5 Se fondant sur l'art. 3 al. 2 let. b LMP, le pouvoir adjudicateur allègue que le marché litigieux ne tombe pas sous le champ d'application de la LMP et que, partant, les recours ne sont pas recevables dès lors que la décision entreprise n'est pas susceptible de recours.

4.5.1 Dans son courrier du 25 juillet 2009, le pouvoir adjudicateur expose qu'en janvier 2008, peu après que la construction et l'entretien des routes nationales aient passé sous la responsabilité de la Confédération, deux incidents imputables à des joints défectueux ont été enregistrés sur l'autoroute N1 dans la région d'Yverdon. Dans le premier cas, un morceau de métal arraché par un camion a été projeté sur la vitre avant du véhicule qui suivait. Dans l'autre cas, le passage sur un joint défectueux a entraîné l'éclatement d'un pneu. Il ajoute que, après avoir constaté, en novembre 2008, que deux joints gravement endommagés menaçaient de se briser sur des ponts situés à Chexbres et à Bahyse, il a fait changer ces joints dans l'urgence pendant 4 semaines en novembre 2008. Ces événements l'ont conduit à faire procéder, au cours du dernier trimestre 2008, à une expertise de tous les joints des ponts construits entre le milieu des années septante et le début des années quatre-vingt. Le résultat de cette expertise a montré que, sur le tronçon entre Vennes et Villeneuve, 32 joints étaient endommagés à des degrés divers. 7 d'entre eux, en mauvais état, devaient être changés dans un délai de 3 à 6 mois (catégorie 4) ; 7, jugés dans un état défectueux avancé, devaient l'être dans un délai de 1 à 2 ans (catégorie 3-4) et 18, jugés dans un état défectueux, devaient être changés dans un délai de 3 à 5 ans (catégorie 2). Enfin, deux joints, dans un état alarmant, ont été

remplacés immédiatement en 2008. En mars 2009, il a encore été informé que l'un des joints qualifiés de défectueux s'était entre-temps rompu. Dans sa réponse du 29 juillet 2009, le pouvoir adjudicateur allègue s'être appuyé sur la clause d'exception contenue à l'art. 3 al. 2 let. b LMP dans la mesure où les travaux concernés devaient impérativement être réalisés avant l'hiver 2009, qu'une procédure appliquée à la lettre aurait signifié un temps de préparation et de réalisation internes bien plus important, ce qui aurait à son tour réduit le délai de réalisation des travaux et qu'il fallait enfin tenir compte du fait que l'adjudication pouvait être attaquée et des éventuels retards liés à la procédure. Ce faisant, il a considéré qu'il n'y avait pas d'autre mesure moins radicale dans l'application de la loi que l'exception précitée. Il indique en outre avoir estimé, dans le cas présent, que les délais de préparation et de réalisation pour une adjudication de gré à gré seraient aussi longs que pour une procédure sur invitation et avoir donc décidé de permettre un minimum de concurrence en adressant une invitation à huit entreprises, en réduisant néanmoins le délai de dépôt des offres de 20 jours.

Dans leur réponse du 30 juillet 2009 au courrier du 25 juillet 2009, les recourantes 1 exposent que 3 des 6 joints à changer dans un délai de 3 à 6 mois l'ont déjà été par le consortium adjudicataire et elles se déclarent prêtes à changer les 3 autres dans des délais courts. Elles considèrent que, pour les 24 autres, il n'existe aucune urgence qui aurait empêché le pouvoir adjudicateur de respecter les procédures ordinaires de passation des marchés publics, d'autant qu'il est établi que, en 2008, des travaux ont pu se dérouler au cours du mois de novembre, de sorte que le délai prévu pour les travaux aurait pu sans problème être rallongé.

Dans leurs déterminations du 31 juillet 2009, les recourantes 2 ont répondu dans le même sens que les recourantes 1. Elles ont toutefois précisé que 7 joints, et non pas 6, devaient être changés dans un délai de 3 à 6 mois.

4.5.2 A teneur de l'art. 3 al. 2 let. b LMP, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'adjuger un marché selon les dispositions de la présente loi lorsque la protection de la santé et de la vie de personnes, d'animaux ou de plantes l'exige. L'art. 3 al. 2 LMP repose sur l'art. XXIII ch. 2 AMP, lequel prévoit que, *sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer, soit un moyen de discrimination*

arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie quelconque d'instituer ou d'appliquer des mesures : nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou à la protection de la propriété intellectuelle; ou se rapportant à des articles fabriqués ou des services fournis par des personnes handicapées, ou dans des institutions philanthropiques, ou dans les prisons.

Il ressort du message du Conseil fédéral que le refus d'appliquer la loi doit être objectivement justifié et ne saurait créer une discrimination arbitraire ou infondée d'autres soumissionnaires (FF 1994 IV 995 ss, spéc. 1221). Dès lors, les exceptions, en vertu desquelles le pouvoir adjudicateur est fondé à adjuger un marché selon une procédure qui n'est pas assujettie à la LMP, doivent être limitées aux mesures nécessaires. Une mesure est nécessaire lorsqu'il n'existe aucune autre mesure moins restrictive apte à atteindre le but visé (JAAC 64.8 consid. 2aa). Les art. 3 al. 2 let. a et b LMP et XXIII ch. 2 AMP n'autorisent ainsi pas le pouvoir adjudicateur à exclure automatiquement un marché du champ d'application de la LMP pour les motifs qu'ils mentionnent. La non-application de la loi est à limiter aux cas exceptionnels pour lesquels la protection des bonnes moeurs, de l'ordre public, de la sécurité publique, de la santé et de la vie de personnes ou encore d'animaux ou de plantes ne peut pas être assurée autrement, ceci conformément au principe de proportionnalité (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, vol. I : Landesrecht, 2e éd., Zurich-Bâle-Genève 2007, p. 70 ss).

4.5.3 En faisant application de l'art. 3 al. 2 let. b LMP, le pouvoir adjudicateur a ainsi considéré qu'il ne pouvait pas assurer, dans les délais requis, autrement que par la mise en oeuvre d'une procédure non assujettie à la loi, la protection de la santé et de la vie des usagers de la N9, compte tenu notamment du temps de préparation et de réalisation internes nécessité par une procédure prévue par la LMP. Il convient dès lors d'examiner prima facie s'il était possible d'atteindre ces objectifs autrement, soit par l'application d'une procédure d'adjudication prévue par la loi.

Il résulte de l'art. 19 OMP que les délais minimums fixés par le pouvoir adjudicateur pour le dépôt des demandes de participation ou des offres sont dans le cas de la procédure ouverte de 40 jours. L'adjudicateur peut écourter le délai imparti pour présenter une offre si les conditions prévues à l'art. XI ch. 3 AMP sont réunies. Ce délai sera, en règle générale, de 24 jours au minimum ; il ne devra en aucun cas être inférieur à dix jours (al. 4). L'art. XI ch. 3 AMP postule que les délais mentionnés au paragraphe 2 pourront être écourtés dans les circonstances suivantes : lorsque l'urgence dûment établie par l'entité rendra inobservables les délais en question, les délais spécifiés au paragraphe 2 pourront être écourtés mais ils ne seront en aucun cas inférieurs à 10 jours à compter de la parution de l'avis mentionné au paragraphe 1 de l'art. IX (let. c).

Il ressort du dossier que le pouvoir adjudicateur a invité, le 6 avril 2009, huit entreprises à soumissionner pour lesdits travaux, que celles-ci ont répondu aux alentours du 15 avril 2009, qu'après avoir pris connaissance des entreprises intéressées, le pouvoir adjudicateur leur a envoyé un dossier d'appel d'offres le 7 mai 2009 avec un délai de dépôt des soumissions au 27 mai 2009. Il s'est donc écoulé 51 jours entre l'invitation à soumissionner et le dépôt des offres. Il s'ensuit qu'on ne peut pas exclure prima facie qu'il aurait été possible, en dépit des contraintes temporelles, de lancer une procédure ouverte pour autant que le seuil requis soit considéré comme atteint. En outre, et bien que le pouvoir adjudicateur prétende dans ses observations qu'il n'a jamais voulu invoquer cette disposition, sans d'ailleurs en expliquer les motifs, une adjudication de gré à gré fondée sur l'art. 13 al. 1 let. d OMP aurait également pu être envisagée.

Enfin, le dossier d'appel d'offres constitué par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure sur invitation paraît complet. Il comprend notamment tous les éléments nécessaires à la pondération des offres. Il ne semble dès lors pas, dans le cadre d'un examen prima facie, qu'une adjudication du marché selon les règles d'une procédure soumise à la loi aurait nécessité un temps de préparation et de réalisation internes plus important.

Il résulte de ce qui précède que la protection de la vie et de la santé des usagers de la N9 ne nécessitait pas de faire application de la clause d'exception de l'art. 3 al. 2 LMP et que le pouvoir adjudicateur aurait donc pu adjuger le marché litigieux en respectant les règles de

passation ordinaires dans la mesure où le temps à disposition le lui permettait.

Prima facie, il convient de constater que le pouvoir adjudicateur n'était ainsi, selon toute vraisemblance, pas fondé à s'appuyer sur l'art. 3 al. 2 let. b LMP pour exclure le marché public en cause de l'application de la LMP et procéder à une adjudication de gré à gré fondée sur l'art. 36 al. 2 let. a OMP.

4.6 Il reste à examiner la question de l'application de la loi en raison des seuils prévus à l'art. 6 al. 1 LMP et dans l'ordonnance du DFE du 27 novembre 2008 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour l'année 2009 (RS 172.056.12). Selon l'art. 1 de l'ordonnance précitée, la valeur seuil pour les ouvrages se monte à 9,575 mio de francs.

4.6.1 Les recourantes 1 et 2 font valoir que le marché litigieux dépasse largement le seuil requis et que la LMP était donc applicable sous cet angle également. Les recourantes 2 exposent en substance que le pouvoir adjudicateur a fait une évaluation irréaliste de la valeur du marché eu égard aux travaux à entreprendre, que le principe de la prudence commandait de tenir compte que, selon l'expérience, des travaux complémentaires provoquent fréquemment des surcoûts qui auraient aussi dû être pris en compte pour évaluer la prestation mise en soumission et que le pouvoir adjudicateur ne pouvait ainsi ni imaginer ni même envisager que le seuil déclencheur ne serait pas atteint ou proche de l'être. Se référant au montant des travaux confiés finalement à l'adjudicataire, soit Fr. 9'409'014.- toutes taxes comprises, elles reprochent au pouvoir adjudicateur d'avoir joué avec l'ampleur du marché au moment du choix de la procédure et d'avoir ainsi contrevenu aux buts poursuivis par la législation sur les marchés publics. Enfin, les recourantes constatent que le ch. 4.2 des conditions générales du document d'appel d'offres prévoit lui-même que la procédure de soumission est régie par les dispositions de l'AMP. Elles constatent également que l'adjudicataire a bénéficié d'un allégement contractuel substantiel dans le sens de la suppression des pénalités de Fr. 20'000.- par jour calendaire de retard et des sanctions financières de Fr. 10'000.- pour chaque cas de non respect des horaires prévus aux ch. 5.7, respectivement 5.9 des conditions particulières du document d'appel d'offres. Elles considèrent que ces pénalités à intégrer dans l'offre, estimées à 1,5 mio de francs par les

recourantes 1 et au minimum à 1 mio de francs par les recourantes 2, doivent également être prises en compte pour le calcul du seuil, lequel serait ainsi clairement dépassé.

Dans sa réponse du 29 juillet 2009, le pouvoir adjudicateur relève qu'il a commis une inadvertance en laissant subsister la référence à l'AMP au ch. 4.2 des dispositions générales. Il l'impute au fait que les documents d'appel d'offres s'inspirent d'un fichier type où figurait ce libellé qu'il a oublié d'effacer. Il ajoute toutefois que cette inadvertance était facilement reconnaissable et que les recourantes pouvaient lire à plusieurs endroits que la procédure à laquelle elles participaient était une procédure sur invitation. S'agissant de la valeur seuil au sens de l'art. 6 LMP, le pouvoir adjudicateur expose que la valeur estimée du marché était de 3,5 mio de francs, soit un montant bien inférieur au seuil requis. Alléguant que la question du champ d'application de la loi ne dépend pas du montant des offres reçues mais de la valeur du marché estimée par le pouvoir adjudicateur, celui-ci soutient que la valeur estimée était réaliste, tout en admettant que, rétrospectivement, il n'est pas impossible qu'il se soit montré un peu optimiste dans son évaluation initiale. Enfin, le pouvoir adjudicateur ne conteste pas que le consortium adjudicataire n'ait pas été menacé des pénalités que prévoyaient les conditions particulières du document d'appel d'offres. Il relève toutefois que, du fait de l'interruption de la procédure sur invitation et du passage à une procédure de gré à gré, il n'était plus lié par les conditions qui prévalaient dans la procédure précédente. Au reste, le pouvoir adjudicateur soutient que les recourantes se trompent lorsqu'elles allèguent qu'il aurait fallu ajouter un montant de 1 à 1,5 mio de francs à l'offre de l'adjudicataire en raison des pénalités. Il expose à ce propos que ce n'est que dans la location de chaussée qu'il est usuel d'englober les montants éventuels d'un malus dans l'offre, que tel n'était pas le cas en l'occurrence et qu'au demeurant, rien ne signalait dans les offres des recourantes qu'elles avaient elles-mêmes calculé un poste de réserve pour ces coûts éventuels.

4.6.2 Comme le relève à juste titre le pouvoir adjudicateur, l'estimation préalable qu'il fait de la valeur du marché est l'élément déterminant pour apprécier si le seuil fixé par la loi et l'ordonnance est atteint (B-3311/2009 consid. 3.5). Lorsqu'un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un ouvrage, leur valeur totale est déterminante (art. 7 al. 2 LMP).

4.6.3 Selon la doctrine, la pratique enseigne combien le franchissement des seuils est une question épineuse dès lors qu'il est difficile de savoir à l'avance quel sera exactement l'ampleur finale du marché considéré. Le pouvoir adjudicateur est en droit de se tromper, aussi longtemps qu'il est de bonne foi. Il ne l'est certainement pas s'il sait à l'avance que la prestation adjugée ne suffira pas pour réaliser le projet escompté mais qu'il s'y tient afin de rester en dessous des seuils. Aussi, cet auteur suggère au praticien de ne pas "jouer" avec l'ampleur du marché en relevant qu'un montant d'adjudication très proche du seuil paraîtra a priori suspect aux juges appelés à le contrôler et que la réalisation d'un ouvrage provoque très fréquemment des surcoûts en cours de réalisation, en particulier en cas de modification de commande (JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY in Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, vol. 17, Fribourg 2002, p. 81 ss). Selon une opinion semblable exprimée en doctrine, le pouvoir adjudicateur ne doit pas calculer trop étroitement la valeur du marché et devrait plutôt se référer à la marge supérieure de l'estimation (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., p. 81 nº 183 avec réf. à la jurisprudence cantonale). Dans le même sens, le Tribunal administratif du canton de Zurich a considéré que le choix de la procédure à retenir devait se déterminer en fonction de la marge supérieure de l'estimation. Dans l'affaire à juger, les offres variaient entre Fr. 89'247.40 et Fr. 168'513.50 de sorte qu'il fallait en tous les cas estimer le marché à plus de Fr. 100'000.- et le tribunal a jugé que le pouvoir adjudicateur aurait été retenu de choisir une procédure sur invitation (arrêt VB 1999.00125 du 3 novembre 1999 publié en extrait in Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts [RB] 1999 nº 65 consid. 2b). Les principes ci-dessus paraissent raisonnables et il serait pour le moins hardi pour un pouvoir adjudicateur de se risquer à n'estimer la valeur du marché que par le bas pour se soustraire à l'application de la loi.

4.6.4 En l'espèce, pour estimer la valeur du marché, le pouvoir adjudicateur a fait appel à trois bureaux d'ingénieurs. Le premier a établi un devis pour les travaux à accomplir sur les ouvrages Cornallaz, Chenaux et Rio d'Enfer, le deuxième, pour les ouvrages Criblette, Crau-Coulet, Clarens et Cabinet et le troisième, pour l'ouvrage Chandelard. Les divers montants articulés dans ces devis totalisaient ensemble Fr. 3'504'784.- hors taxes. Compte tenu du fait que ce montant représente 36,6% de la valeur seuil de 9,575 mio de francs, on ne peut, prima facie du moins, pas faire grief au pouvoir

adjudicateur d'avoir voulu "jouer" avec le franchissent des seuils, ce d'autant qu'il estimait pouvoir se prévaloir de l'exception prévue l'art. 3 al. 2 LMP.

L'examen des offres déposées dans la procédure sur invitation et de l'offre transmise par l'adjudicataire de gré à gré fait toutefois apparaître des différences très importantes avec le montant estimé par le pouvoir adjudicateur. A elle seule, l'offre des recourantes 2, portant uniquement sur le lot n° 2, dépasse déjà de plus de 1,4 mio de francs le montant estimé pour l'ensemble des travaux. L'offre de la recourante 1, portant sur les lots nos 1 et 2, est supérieure au triple du montant estimé. Enfin, l'offre finalement adjugée de gré à gré est deux fois et demie plus élevée que le montant estimé. Comme relevé ci-dessus, le montant estimé par le pouvoir adjudicateur est déterminant pour apprécier si les seuils prévus par la loi sont atteints. C'est donc à lui de déterminer, sous cet angle, si le marché qu'il entend mettre au concours est soumis à la loi. Cette compétence a pour corollaire que l'estimation à laquelle il se livre doit être faite avec sérieux et prudence. Il est certes possible qu'un adjudicateur puisse se tromper de bonne foi. Mais compte tenu des objectifs poursuivis par la loi, on ne saurait admettre que le bien-fondé d'une estimation ne puisse pas être soumis au contrôle du juge. Or, en l'espèce, il paraît établi, dans le cadre d'un examen prima facie, que le montant estimé est très éloigné de la réalité. Le pouvoir adjudicateur ne peut donc pas sans autre se prévaloir de sa propre estimation pour persister à soutenir que le seuil de l'art. 6 LMP ne serait pas atteint. Même s'il s'est fondé de bonne foi sur les devis soumis par les bureaux d'ingénieurs, il n'en reste pas moins que le principe de la bonne foi ne peut être utilisé pour vider la loi de sa substance et réaliser des objectifs que le législateur n'a pas voulu atteindre (André Grisel, Traité de droit administratif, vol. 1, Neuchâtel 1984, p. 389).

Le marché objet de la procédure a en l'occurrence été adjugé pour un montant de Fr. 8'744'436.- hors taxes, soit pour un montant qui n'est inférieur que de 8,6% à la valeur seuil de 9,575 mio de francs pour les ouvrages de construction. Au regard de l'offre des recourantes 1 de Fr. 11'779'543.-, elle-même supérieure de 21% à cette valeur seuil, il y a lieu de considérer que, indépendamment même de la question de l'incidence des pénalités prévues, une estimation réaliste devait conduire à conclure que le marché objet de la procédure se situait dans une tranche très proche ou dépassant le seuil prévu à l'art. 6

LMP. Force est donc de constater que la valeur des travaux de construction en cause a très vraisemblablement été sous-estimée par le pouvoir adjudicateur et que, au vu des offres obtenues, on ne saurait pas non plus, dans le cadre d'un examen prima facie, exclure d'emblée une application de la loi en raison du non-franchissement du seuil.

4.6.5 Au reste, les conditions touchant au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours sont réalisées.

4.7 Il résulte ainsi de l'examen prima facie que les recours n'apparaissent ni manifestement irrecevables ni manifestement mal fondés. Il convient dès lors de procéder à la pondération des intérêts en présence pour juger de la requête portant sur l'effet suspensif.

5.

5.1 En principe, l'effet suspensif ne peut plus être accordé lorsqu'un contrat est déjà conclu entre l'adjudicateur et un soumissionnaire. Il convient cependant de déroger à cette règle lorsqu'il existe prima facie des doutes suffisants quant à la validité de la conclusion du contrat (B-3402/2009 consid. 7.1 et les réf. cit. ; décision incidente de la CRM du 15 juillet 1997 publiée in JAAC 62.32I consid. 2a et 2c). Dans sa réponse au recours, le pouvoir adjudicateur relève que si l'interruption de la procédure n'a pas fait l'objet d'une décision séparée, c'était pour rendre public simultanément le nom de l'adjudicataire. Il souligne qu'il aurait pu informer les acteurs impliqués dès la mi-juin, dès réception de l'offre de l'adjudicataire et de son évaluation et que ce retard s'explique probablement par un excès de travail en interne. Il n'en reste pas moins que la méthode choisie par le pouvoir adjudicateur apparaît critiquable. Elle a eu pour conséquence de priver les recourantes de la possibilité d'attaquer la décision d'interruption et de requérir l'effet suspensif en temps utile. En outre, en concluant le contrat deux jours après la notification des décisions attaquées, le pouvoir adjudicateur l'a fait sans attendre de savoir si un recours allait être déposé, ce que la jurisprudence interdit, à l'exception des cas de nécessité absolue (décision incidente de la CRM du 16 novembre 2001 publiée in JAAC 66.37, consid. 2a et 2b) Quand bien même le contrat a été conclu, il convient dès lors de procéder à la pesée des intérêts.

5.2 Dans le cas d'espèce, les intérêts des recourantes résident dans la possibilité de voir leur offre respective évaluée et de pouvoir obtenir le marché. Il s'agit en l'occurrence d'intérêts financiers et commerciaux auxquels vient s'ajouter l'intérêt public à une protection juridique efficace. De son côté, le pouvoir adjudicateur fait pour l'essentiel valoir la sécurité du trafic autoroutier ainsi que le danger pour la vie et l'intégrité corporelle que représentent les joints défectueux sur les ouvrages, objet de la procédure. L'essentiel des motifs invoqués ont été mentionnés au consid. 4.5.1 ci-dessus auquel il est renvoyé. Il n'est pas contesté que 7 joints doivent être changés dans un délai de 3 à 6 mois (catégorie 4). Il ressort en outre du dossier (annexe à la réponse du pouvoir adjudicateur du 29 juillet 2009) que l'un des joints du pont du Cabinet, pourtant rangé dans la catégorie des joints défectueux nécessitant une intervention dans les 3 à 5 ans (catégorie 3), s'est rapidement détérioré de sorte qu'une intervention est nécessaire à court terme et un changement d'ici la fin de l'année. De même, un joint du pont de la Paudèze au km 10.850, également rangé dans la catégorie 3, s'est lui aussi détérioré et doit être vérifié sans plus tarder. Ceci montre que, nonobstant la catégorie dans laquelle ils ont été rangés suite aux expertises effectuées au cours du dernier semestre 2008, les joints, objet des travaux, présentent des risques à ne pas sous-estimer. Si les incidents dans la région d'Yverdon (projection de la partie métallique d'un joint arraché par un camion sur la vitre avant du véhicule qui suivait et éclatement d'un pneu après le franchissement d'un joint défectueux) ne concernent pas le tronçon A9 de l'autoroute N9, il n'en reste pas moins qu'ils montrent que des défectuosités des joints comportent des risques sérieux pour la sécurité du trafic autoroutier dont on ne peut nier qu'il est particulièrement dense sur le tronçon en cause. Le pouvoir adjudicateur expose enfin de manière convaincante que les travaux doivent impérativement être achevés avant le mois de novembre, soit avant les températures hivernales et les premières chutes de neige. Il est selon lui possible que des joints cassent à tout moment, que des parties métalliques s'en détachent avec le risque d'accident qui en découle et ajoute que les opérations de déneigement entraînent une contrainte mécanique élevée qui s'exerce sur ces joints, provoquant par là directement une dégradation de leur état. Les recourantes 2 contestent que les travaux ne puissent pas être réalisés au cours du mois de novembre et produisent des documents concernant une intervention par elles faite en novembre et décembre 2008 sur un joint du pont de la Bahyse, soit vraisemblablement dans le cadre de

l'intervention d'urgence sur ce pont, mentionnée par le pouvoir adjudicateur dans son courrier du 25 juillet 2009. En tout état de cause, il ressort des documents produits que les travaux n'ont pu être achevés entièrement, que les deux appuis de culée manquants ont été provisoirement calés au motif que leur remplacement ne pourrait s'effectuer que lorsque les conditions météorologiques permettraient la mise en oeuvre de mortiers de scellement des nouveaux appuis.

Au regard de ces divers éléments, il convient d'admettre que l'intérêt public invoqué par le pouvoir adjudicateur, en l'occurrence les impératifs de la sécurité du trafic, est prépondérant, qu'il l'emporte sur les intérêts des recourantes et qu'il commande de ne pas interrompre les travaux en cours jusqu'à droit connu sur les recours. Le fait que les recourantes se déclarent prêtes à intervenir à court terme sur les objets de la catégorie 4, qui n'ont pas déjà été changés par l'adjudicataire, n'est pas de nature à modifier cette appréciation notamment en raison de l'écoulement du temps et des contraintes qu'impliqueraient le démontage du chantier de l'adjudicataire et la mise en place du nouveau.

5.3 Il résulte de ce qui précède que les demandes d'octroi de l'effet suspensif doivent être rejetées, ce qui entraîne l'annulation de la mesure superprovisionnelle, objet des ch. 3 des dispositifs des ordonnances du Tribunal administratif fédéral du 21 juillet 2009 et de l'ordonnance subséquente rendue le 24 juillet 2009.

6.
Consultation des pièces du dossier (...)

7.
La question des frais et dépens liés à la présente décision sera réglée dans le cadre de l'arrêt final.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Les demandes d'octroi de l'effet suspensif des recourantes 1 et 2 sont rejetées.

2.

2.1 La demande de consultation des pièces du dossier des recourantes 2 est partiellement admise. La consultation est étendue aux recourantes 1.

2.2 Il sera statué sur la consultation des autres documents dans le cadre de la procédure principale.

3.
Les frais de procédure et les dépens relatifs à cette décision seront réglés dans la décision au fond.

4.
La présente décision incidente est adressée :

- aux recourantes 1 (par fax et par recommandé avec avis de réception ; annexes mentionnées)
- aux recourantes 2 (par fax et par recommandé avec avis de réception ; annexes mentionnées)
- au pouvoir adjudicateur (n° de réf. 1271-1431/Scp ; par fax et par recommandé avec avis de réception)

Le Juge instructeur : La Greffière :

Claude Morvant Muriel Tissot

Indication des voies de droit :

Pour autant qu'elle cause un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]), que les valeurs seuils fixées à l'art. 83 let. f ch. 1 LTF soient atteintes et qu'elle soulève une question juridique de principe (art. 83 let. f ch. 2 LTF), la présente décision incidente peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 100 al. 1 LTF).

Expédition : 6 août 2009