58

Extrait de l'arrêt de la Cour II
dans la cause X. S.A. contre République et Canton de Genève et
Chemins de fer fédéraux suisses
B–7337/2010 et B–8062/2010 du 15 avril 2011

Marchés publics. Effet dévolutif du recours. Nullité de l'exclusion de la recourante de la procédure de soumission après le dépôt du recours. Critères d'aptitude et d'adjudication. Critères mixtes. Conformité des offres aux critères d'aptitude. Principe de la transparence. Obligation de publier les sous-critères d'adjudication.

Art. 11, art. 21 et art. 26 LMP. Art. 9 al. 1, art. 16 al. 1, art. 18, art. 25 al. 3 et art. 27 al. 1 OMP. Art. 54 et art. 58 al. 1 PA.

1. **Effet dévolutif du recours. L'autorité ne peut reconsidérer sa décision dans le cadre de l'art. 58 PA qu'en faveur des conclusions du recourant. Une reformatio in pejus par l'autorité inférieure après le dépôt du recours est nulle (consid. 6).**
2. **Définition des notions de critères d'aptitude et d'adjudication (consid. 12.1). Un critère peut être simultanément un critère d'aptitude et un critère d'adjudication (critère mixte) (consid. 12.2). Interprétation des critères d'aptitude et d'adjudication (consid. 13.2.1).**
3. **L'ampleur des tâches réalisées sur l'objet de référence est d'ordre qualitatif et ne peut valoir comme critère supplémentaire dans l'appréciation de l'offre (consid. 13.3 ss).**
4. **Une offre qui ne contient pas de références répondant aux critères d'aptitude doit être exclue. Le pouvoir adjudicateur ne peut pas se limiter à sanctionner des références non pertinentes par de mauvaises notes (consid. 14).**
5. **Après le dépôt des offres, le pouvoir adjudicateur ne peut modifier les critères d'adjudication et les sous-critères qui s'y rapportent, ni leur ordre d'importance ou leur pondération respective (consid. 15).**

Öffentliches Beschaffungswesen. Devolutivwirkung der Beschwerde. Nichtigkeit des Ausschlusses eines Beschwerdeführers aus dem Submissionsverfahren nach Einreichung der Beschwerde. Eignungs- und Zuschlagskriterien. Gemischte Kriterien. Übereinstimmung der Offerten mit den Eignungskriterien. Öffentlichkeitsprinzip. Pflicht zur Publikation der Subkriterien.

Art. 11, Art. 21 und Art. 26 BöB. Art. 9 Abs. 1, Art. 16 Abs. 1, Art. 18, Art. 25 Abs. 3 und Art. 27 Abs. 1 VöB. Art. 54 und Art. 58 Abs. 1 VwVG.

1. **Devolutivwirkung der Beschwerde. Die Vorinstanz kann ihren Entscheid im Sinne von Art. 58 VwVG nur zu Gunsten der Rechtsbegehren des Beschwerdeführers in Wiedererwägung ziehen. Eine reformatio in pejus nach Beschwerdeeinreichung ist nichtig (E. 6).**
2. **Definition der Begriffe Eignungskriterien und Zuschlagskriterien (E. 12.1). Ein Kriterium kann gleichzeitig Eignungskriterium und Zuschlagskriterium sein (gemischtes Kriterium) (E. 12.2). Auslegung der Kriterien (E. 13.2.1).**
3. **Der Umfang der erfüllten Anforderungen im Referenzobjekt ist qualitativer Natur und kann bei der Beurteilung der Offerte nicht als Zuschlagskriterium dienen (E. 13.3 ff.).**
4. **Eine Offerte, welche keine Referenzen hinsichtlich der Eignungskriterien enthält, ist vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Die Auftraggeberin kann sich nicht darauf beschränken, unzureichende Referenzen mit einer schlechten Benotung zu sanktionieren (E. 14).**
5. **Die Auftraggeberin kann nach Einreichung der Offerten weder die Zuschlagskriterien noch die sich darauf beziehenden Subkriterien abändern (E. 15).**

Acquisti pubblici. Effetto devolutivo del ricorso. Nullità dell'esclusione del ricorrente dalla procedura di aggiudicazione dopo il deposito del ricorso. Criteri di idoneità e di aggiudicazione. Criteri misti. Conformità delle offerte ai criteri di idoneità. Principio di trasparenza. Obbligo di pubblicare i sottocriteri di aggiudicazione.

Art. 11, art. 21 e art. 26 LAPub. Art. 9 cpv. 1, art. 16 cpv. 1, art. 18, art. 25 cpv. 3 e art. 27 cpv. 1 OAPub. Art. 54 e art. 58 cpv. 1 PA.

1. **Effetto devolutivo del ricorso. L'autorità può riesaminare la propria decisione in applicazione dell'art. 58 PA solamente accogliendo le conclusioni del ricorrente. Una reformatio in pejus da parte dell'autorità inferiore dopo il deposito del ricorso è nulla (consid. 6).**
2. **Definizione delle nozioni dei criteri di idoneità e di aggiudicazione (consid. 12.1). Un criterio può essere nel contempo un criterio di aggiudicazione e d'idoneità (criterio misto) (consid. 12.2). Interpretazione dei criteri di idoneità e di aggiudicazione (consid. 13.2.1).**
3. **L'ampiezza dei compiti realizzati sull'oggetto di referenza costituisce un criterio di ordine qualitativo e non può essere presa in considerazione come criterio supplementare nel quadro della valutazione dell'offerta (consid. 13.3 segg.).**
4. **Le offerte che non contengono le referenze relative ai criteri di idoneità devono essere escluse dalla procedura di aggiudicazione. L'autorità aggiudicatrice non può limitarsi a penalizzare le referenze insufficenti con un punteggio negativo (consid. 14).**
5. **Dopo il deposito delle offerte, l'autorità aggiudicatrice non può modificare i criteri di aggiudicazione e i relativi sottocriteri, né il loro ordine di importanza o la loro rispettiva ponderazione (consid. 15).**

Le 12 avril 2010, la République et Canton de Genève et les Chemins de fer fédéraux suisses (ci-après: pouvoir adjudicateur) ont publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et Canton de Genève (FAO) ainsi que sur le Système d'information sur les marchés publics en Suisse (SIMAP) un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de services intitulé « Prestations de coordonnateur sécurité chantier en phase étude et exécution » dans le cadre du projet de liaison ferroviaire « Cornavin – Eaux-Vives – Annemasse » (CEVA).

Par décision du 7 septembre 2010, publiée dans la FAO et sur SIMAP le 20 septembre 2010, le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché de services susmentionné à Y. S.A.

Par écritures du 11 octobre 2010, X. S.A. a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral.

Par décision du 28 octobre 2010, le pouvoir adjudicateur a exclu la recourante de la procédure de soumission relative au marché susmentionné et a confirmé l'adjudication du 7 septembre 2010.

Par écritures du 16 novembre 2010, X. S.A. a recouru contre cette décision d'exclusion auprès du Tribunal administratif fédéral.

Le Tribunal administratif fédéral a admis les recours.

Extrait des considérants:

6.

6.1 La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante contre la décision d'exclusion du 28 octobre 2010 (art. 48 al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]). Les autres conditions de recevabilité sont respectées (art. 30 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics [LMP, RS 172.056.1]; art. 11, art. 52 al. 1 et art. 63 al. 4 PA).

Le recours du 16 novembre 2010 contre la décision d'exclusion du 28 octobre 2010 est par conséquent recevable.

6.2 Sous l'angle formel, la recourante soutient qu'en rendant une décision d'exclusion à son encontre alors qu'elle avait formé un recours contre la décision d'adjudication, le pouvoir adjudicateur s'est arrogé une compétence dont il ne disposait plus et a, en outre, procédé à une reformatio in pejus proscrite par les règles de procédure. La décision d'exclusion serait ainsi nulle et ne pourrait tout au plus être considérée que comme une invitation à statuer dans le sens d'une exclusion.

Le pouvoir adjudicateur admet qu'une décision qui constituerait une reformatio in pejus relève de la compétence de l'autorité de recours. Il doute cependant que la décision d'exclusion soit une reformatio in pejus, cette décision ayant la même conséquence pour la recourante que la décision d'adjudication. Le pouvoir adjudicateur demande à ce que la décision d'exclusion soit à tout le moins traitée comme une invitation à exclure la recourante de la procédure de soumission.

L'adjudicataire n'a pas été invité à se prononcer sur le recours formé contre la décision d'exclusion, dès lors qu'il ne peut être considéré comme partie dans le cadre de cette procédure (cf. art. 6 PA). D'ailleurs, il a eu connaissance de ladite décision ainsi que de l'existence du recours du 16 novembre 2010. Il n'a toutefois pas fait valoir sa qualité de partie dans le cadre de cette procédure de recours.

6.2.1 A teneur de l'art. 11 LMP, l'adjudicateur peut révoquer l'adjudication ou exclure certains soumissionnaires de la procédure ainsi que les rayer de la liste prévue à l'art. 10, notamment lorsque a) ils ne satisfont plus aux critères de qualification requis à l'art. 9; b) ils ont transmis de faux renseignements à l'adjudicateur; c) ils n'ont pas payé, en tout temps ou en partie, les impôts et les cotisations sociales; d) ils ne satisfont pas aux obligations fixées à l'art. 8; e) ils ont conclu des accords qui restreignent sensiblement ou qui suppriment toute concurrence efficace; et f) ils font l'objet d'une procédure de faillite.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a, au cours de l'échange d'écritures dans le cadre de la procédure de recours contre la décision d'adjudication du 7 septembre 2010, prononcé une nouvelle décision datée du 28 octobre 2010, laquelle exclut la recourante de la procédure de soumission et confirme l'adjudication du marché litigieux à l'adjudicataire. Pour motifs, le pouvoir adjudicateur a retenu que, selon les informations recueillies auprès du Réseau ferré de France (RFF), la recourante avait indiqué faussement que le chef de projet qu'elle proposait, à savoir P., avait été coordonateur sécurité sur le chantier de rénovation du tunnel (...).

6.2.2 Selon l'art. 54 PA, le pouvoir de traiter l'affaire, objet de la décision attaquée, passe à l'autorité de recours dès le dépôt du recours. L'autorité administrative perd ainsi la maîtrise de l'objet du litige et donc, en principe, la faculté de procéder à des mesures d'instruction nouvelles ou complémentaires (ATF 127 V 228 consid. 2b/aa et les réf. cit.; REGINA KIENER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [éd.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zurich 2008, n^{os} 11 s. ad art. 54).

L'art. 58 PA, intitulé « IV. Nouvelle décision », prévoit cependant une dérogation à ce principe. Selon cette disposition en effet, l'autorité inférieure peut procéder, jusqu'à l'envoi de sa réponse, à un nouvel examen de la décision attaquée (art. 58 al. 1 PA). Cette exception à l'effet dévolutif du recours a pour objectif de permettre de mettre rapidement fin au litige. Elle vise l'application simple du droit objectif ainsi que le principe de l'économie de la procédure (ATF 127 V 228 consid. 2b/bb; ANDREA PFLEIDERER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], Praxiskommentar VwVG, Berne 2009, n^{os} 3 et 5 ad art. 58; AUGUST MÄCHLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [éd.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zurich 2008, n^{o} 2 ad art. 58; voir également: GABRIEL BOINAY, La

procédure administrative et constitutionnelle du canton du Jura, Porrentruy 1993, p. 268).

Si l'autorité administrative peut reconsidérer sa décision dans le cadre de l'échange d'écritures, ce ne peut être qu'en faveur des conclusions du recourant (à noter que, notamment, le droit cantonal bernois précise expressément que la nouvelle décision ne peut être que favorable au recourant [cf. art. 71 al. 1 de la loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives {LPJA-BE, Recueil Systématique Bernois 155.21}]). Le fait de recourir ne saurait en effet permettre à l'autorité inférieure d'aggraver la situation du recourant (ATF 127 V 228 consid. 2b/bb; ATAF 2007/29 consid. 4.3; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 400; MÄCHLER, op. cit., n° 19 ad art. 58; voir également: BOINAY, op. cit., p. 269). Ainsi donc, une reformatio in pejus par l'autorité inférieure dans le cadre de l'échange d'écritures d'une procédure de recours est contraire à l'esprit et au but de l'art. 58 PA. Selon le Tribunal fédéral, une telle décision est nulle et doit tout au mieux être considérée comme une conclusion de l'autorité inférieure invitant l'autorité de recours à statuer en ce sens (ATF 127 V 228 consid. 2b/bb; ÉTIENNE POLTIER, La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2001, in: Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF] 2002 I 318, p. 322; PFLEIDERER, op. cit., nos 38 s. ad art. 58).

En droit des marchés publics, la LMP ne prévoit aucune disposition dérogatoire à l'effet dévolutif du recours et à son exception prévue à l'art. 58 PA (cf. art. 26 ss LMP). En particulier, l'art. 26 al. 2 LMP n'indique pas que l'art. 54 et l'art. 58 PA ne sont pas applicables. Ainsi donc, le pouvoir de traiter l'affaire passe au Tribunal administratif fédéral dès le dépôt du recours. Et lorsque le pouvoir adjudicateur reconsidère une décision dans le cadre de l'art. 58 PA, ce ne peut être qu'en faveur du recourant, dans le sens de l'annulation de la décision d'adjudication et de la reprise de l'évaluation des offres (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B–4718/2010 du 27 octobre 2010), voire de l'attribution du marché à ce dernier (cf. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2e éd., Zurich 2007, n° 909; voir également en ce sens: VINCENT CARRON/JACQUES FOURNIER, La protection juridique dans la passation des marchés publics, Fribourg 2002, p. 38 s. et 108). Il est vrai que l'art. 11 LMP permet à l'adjudicateur d'exclure un soumissionnaire ou de révoquer la décision d'adjudication dans certaines circonstances. S'il est admis que le pouvoir

adjudicateur peut révoquer en tout temps l'adjudication (Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 68.10 consid. 3c.aa et les réf. cit.), il ne peut exclure un soumissionnaire recourant lors de l'échange d'écritures dans le cadre d'une procédure de recours. Dans le cas contraire, toute protection juridique efficace garantie par l'art. 5 al. 1 et l'annexe V de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68).

6.2.3 En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché de prestations de coordonnateur sécurité chantier du projet CEVA à Y. S.A. La recourante conteste cette décision et conclut en substance à ce que le marché lui soit adjugé. Dans ces circonstances, une nouvelle décision du pouvoir adjudicateur devait aboutir, afin de respecter l'esprit et le but de l'art. 58 PA, à l'annulation de l'adjudication et, au mieux, à l'adjudication du marché litigieux à la recourante (cf. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n° 909). Or, ce n'est pas le cas de la décision du pouvoir adjudicateur du 28 octobre 2010. En effet, le marché en cause demeure adjugé à l'adjudicataire et, de surcroît, la recourante est exclue de la procédure de soumission. A l'évidence, cette exclusion modifie défavorablement la situation juridique de la recourante. Alors qu'elle n'obtenait pas le marché de prestations de coordonnateur sécurité chantier en raison d'une évaluation globale de son offre inférieure à celle de l'offre de l'adjudicataire, il résulte de la décision du 28 octobre 2010 que la recourante ne peut plus obtenir le marché litigieux en raison de son exclusion de la procédure de soumission. Elle risque ainsi de perdre tout intérêt à contester l'adjudication du marché à l'adjudicataire et, par conséquent, à faire contrôler, par le Tribunal administratif fédéral, l'évaluation de son offre et de celle de l'adjudicataire. Il s'agit par conséquent d'une reformatio in pejus.

6.3 Au vu de ce qui précède, il sied de constater que la décision du 28 octobre 2010 est nulle. Partant, le recours du 16 novembre 2010 formé contre cette dernière doit être admis pour ce motif déjà. Dans ces conditions, point n'est besoin d'examiner les autres griefs de la recourante. Le Tribunal administratif fédéral traitera la question de l'exclusion de la recourante de la procédure de soumission et de ses motifs et, partant, de son aptitude, ci-après (cf. consid. 12 s.).

7. Compte tenu de l'admission du recours du 16 novembre 2010 contre la décision nulle du 28 octobre 2010, il sied de reconnaître à la recourante la qualité pour recourir contre la décision d'adjudication du 7 septembre 2010 (art. 48 al. 1 PA; […]). Les autres conditions de rece-

vabilité sont respectées (art. 30 LMP; art. 11, art. 52 al. 1 et art. 63 al. 4 PA).

Le recours du 11 octobre 2010 contre la décision d'adjudication du 7 septembre 2010 est par conséquent recevable.

8. – 10.2 (…)

11. La recourante critique d'abord l'évaluation de son offre et de celle de l'adjudicataire sous l'angle du premier critère d'adjudication et de ses deux sous-critères. Elle soutient sous l'angle formel que la sous-échelle de notation invoquée par le pouvoir adjudicateur est biaisée et tardive et n'est pas compatible avec le cahier des charges, à défaut d'y être indiquée. Elle fait valoir que l'une des références mentionnées par l'adjudicataire est trop ancienne et est sans rapport avec les prestations d'un coordonnateur sécurité. En outre, l'appréciation des offres serait arbitraire et violerait l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. La recourante allègue enfin que l'interprétation du cahier des charges par le pouvoir adjudicateur est contraire à la bonne foi et conteste ainsi les allégations selon lesquelles elle aurait fourni un faux renseignement.

Pour sa part, le pouvoir adjudicateur fait valoir que la recourante doit être exclue de la procédure de soumission, dès lors qu'elle aurait indiqué faussement dans son offre que son chef de projet a exécuté la fonction de coordonnateur sécurité sur le chantier du tunnel (...). Il ajoute que, contrairement aux critères et sous-critères d'adjudication, il n'est pas tenu d'énoncer dans l'appel d'offres et les documents y relatifs l'échelle de notation retenue et que cette dernière a été établie avant l'évaluation des offres. Le pouvoir adjudicateur conteste enfin les reproches de la recourante quant à l'évaluation proprement dite des offres.

L'adjudicataire soutient quant à lui qu'en raison du faux renseignement fourni par la recourante, la première référence de P. doit être considérée comme nulle. Quant à l'évaluation de son offre, elle serait objectivement justifiée.

12. Il sied en premier lieu de déterminer la nature du critère « Références des personnes-clés », à savoir s'il s'agit d'un pur critère d'adjudication, comme le soutient le pouvoir adjudicateur.

12.1 Les critères d'adjudication peuvent être définis par des critères quantifiables figurant dans le dossier d'appel d'offres et permettant de déterminer l'offre qui, dans une appréciation économique globale, garantit à l'adjudicateur le plus grand nombre d'avantages (OLIVIER RODONDI,

Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in: RDAF 2001 I 387, p. 402 s.). Ils se rapportent directement à la prestation elle-même et conduisent à une notation plus ou moins bonne. Ces critères sont à distinguer des critères d'aptitude, de par leur nature éliminatoire, qui se définissent comme des références définies par le pouvoir adjudicateur auxquelles il recourt en vue de l'évaluation des capacités financières, économiques, techniques et organisationnelles du candidat soumissionnaire (RODONDI, op. cit., p. 394; arrêt du Tribunal fédéral 2P.322/2006 du 14 août 2007 consid. 3.3.1). Bien qu'ils concernent la personne même du soumissionnaire, les critères d'aptitude doivent toutefois également être directement et concrètement en rapport avec la prestation à accomplir, en ce sens qu'ils doivent porter sur des qualifications nécessaires pour mener à bien les prestations exigées (ATF 129 I 313 consid. 8.1 et les réf. cit.). Dans la pratique, la distinction entre critères d'aptitude et d'adjudication est parfois difficile à opérer, surtout lorsque l'adjudication se déroule en procédure ouverte, comme c'est le cas en l'espèce (ATF 129 I 313 consid. 8.1 et les réf. cit.).

12.2 In casu, le critère d'adjudication du marché litigieux, intitulé « Références des personnes-clés », est subdivisé, selon l'appel d'offres, en deux sous-critères, à savoir, pour l'un, la formation et les références du chef du projet dans les domaines et pour des prestations similaires et, pour l'autre, la formation et les références de son adjoint et remplaçant.

Le ch. 7.4 du Descriptif des prestations énumère les indications attendues par le pouvoir adjudicateur qui doivent figurer dans les offres relatives au premier critère d'adjudication. Il est indiqué comme suit:

> Le soumissionnaire fournira deux objets de référence pour chacune des personnes-clés prévues pour travailler sur le projet: le chef de projet et son adjoint/remplaçant.
>
> Le soumissionnaire fournira des indications sur la nature des projets de référence et un descriptif des prestations effectuées. Il fera ressortir les aspects similaires et l'expérience acquise dans les projets de référence par rapport au projet mis en soumission.
>
> L'expérience dans des projets de travaux publics de grande envergure en milieu urbain et dans le cadre de projets transfrontaliers Suisse – France est un atout.
>
> La connaissance de la législation du canton de Genève en matière de sécurité chantier est obligatoire, la connaissance de la législation française est un atout.

> Le soumissionnaire s'assurera particulièrement de la bonne disponibilité des personnes en cas de charges cumulées.
>
> Dans le tableau 3.3, le soumissionnaire indiquera les personnes qu'il est prévu d'affecter au mandat en plus des personnes-clés citées dans les références.
>
> Il convient de citer des objets de référence réalisés durant les 5 dernières années. Ces objets peuvent également avoir été gérés par la personne-clé pour le compte d'un employeur précédent ou être déjà mentionnés dans les références de la société.
>
> Les CV des personnes concernées seront joints à l'offre.

Il ressort clairement de ce qui précède que le pouvoir adjudicateur attendait des soumissionnaires qu'ils proposent des personnes-clés formées dans le domaine de la sécurité, au bénéfice de deux références pour des prestations similaires et avec des connaissances du droit genevois de la sécurité. Il s'agissait donc pour les soumissionnaires de présenter des personnes-clés suffisamment qualifiées sur le plan technique. D'ailleurs, le formulaire d'offre va manifestement en ce sens, puisqu'il prévoit que les soumissionnaires devront justifier pourquoi la référence est un bon exemple pour démontrer la compétence de la personne dans la fonction prévue. Le critère « Références des personnes-clés » est par conséquent un critère d'aptitude permettant de déterminer si les soumissionnaires ont ou non les capacités techniques requises, en particulier si le personnel susceptible d'être en charge d'exécuter le mandat a les compétences pour réaliser les prestations attendues (voir en ce sens: RODONDI, op. cit., p. 397). Dans ces conditions, un soumissionnaire qui ne propose pas des personnes-clés avec les deux références requises, sans formation dans le domaine de la sécurité ou sans connaissance du droit genevois de la sécurité doit être exclu de la procédure de soumission. Une référence sans pertinence par exemple ne peut pas être uniquement sanctionnée d'une mauvaise note (voir en ce sens: arrêt du Tribunal fédéral 2P.322/2006 du 14 août 2007 consid. 3.3.1).

Le critère des personnes-clés n'est pas seulement un critère d'aptitude, mais est également un critère d'adjudication. En effet, il ressort clairement du dossier que le pouvoir adjudicateur évaluerait les offres pour déterminer les personnes-clés les mieux à même de réaliser les prestations. Il est d'ailleurs courant, pour des marchés publics ayant en particulier trait à des objets complexes comme en l'espèce, de faire appel à des critères mixtes qui permettent de dégager la meilleure offre d'un point de vue qualitatif parmi celles qui répondent à un standard minimal

déterminé par le pouvoir adjudicateur. Il ne s'agit pas d'un double examen illicite de l'aptitude lorsque, par exemple, les personnes-clés sont prises en considération aussi bien au moment de la pré-qualification qu'à celui de l'évaluation des critères d'adjudication (voir JAAC 70.80 consid. 3c/aa; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n° 360; voir également: MARC STEINER, Die Berücksichtigung der Mehreignung aus beschaffungsrechtlicher Sicht – ein Beitrag aus der Schweiz, in: European Law Report 5/2010, p. 189). Ainsi donc, le critère « Références des personnes-clés » peut conduire à l'attribution d'une plus ou moins bonne note suivant la qualité du personnel proposé, en sus d'être éliminatoire si une offre ne répond pas au minimum d'exigences requis.

13. Il sied d'examiner si l'offre de la recourante satisfait au critère d'aptitude « Références des personnes-clés ».

Dans ce contexte, le pouvoir adjudicateur conclut à l'exclusion de la recourante de la procédure de soumission. Pour motif, il allègue que cette dernière a indiqué faussement que son chef de projet avait exercé la fonction de coordonnateur sécurité sur le chantier de rénovation du tunnel (...). Son nom ne figurerait sur aucun document relatif à ce projet. S'il avait travaillé sur ce chantier, ce serait de façon cachée, sans être connu des principaux acteurs du projet et du maître d'ouvrage, en contradiction avec les principes élémentaires de la sécurité. En outre, l'expérience décrite par la recourante ne correspondrait aucunement à ce qui est attendu et ne serait ainsi pas suffisante pour le projet CEVA.

La recourante conteste les allégations du pouvoir adjudicateur. Elle fait grief à ce dernier de procéder à une interprétation formaliste et contraire à la bonne foi de la notion de « fonction dans mandat » figurant dans les documents d'appel d'offres ainsi que dans le formulaire d'offre. La notion de coordonnateur sécurité qui figurerait dans son offre serait générique et n'indiquerait en aucun cas que P. ait exercé la fonction de coordonnateur sécurité en titre. La recourante prétend que le prénommé a accompli 240 heures en remplacement du coordonnateur en titre. P. ne serait toutefois pas en mesure de le démontrer, les preuves n'étant pas en ses mains, mais auprès de son ancien employeur. A cet égard, il allègue en particulier que son nom ne figurera pas sur le registre-journal dès lors qu'il n'était pas le coordonnateur en titre désigné par le maître d'œuvre et qu'il est courant, en France, de ne mentionner que le nom de ce dernier sur les documents de travail.

13.1 Comme nous l'avons relevé ci-dessus, l'adjudicateur peut révoquer l'adjudication ou exclure certains soumissionnaires de la procédure notamment lorsqu'ils ont fourni de faux renseignements à l'adjudicateur (art. 11 let. b LMP).

Il convient donc d'examiner si la recourante a fourni un faux renseignement dans son offre.

13.2 Toutefois, il importe au préalable de déterminer ce que les soumissionnaires devaient fournir comme renseignement s'agissant des références, à savoir en particulier s'il était attendu d'eux qu'ils proposent des personnes-clés qui ont exercé sur deux objets de référence la fonction de coordonnateur sécurité en titre.

13.2.1 Selon la jurisprudence, les soumissionnaires peuvent en principe s'attendre à ce que le pouvoir adjudicateur interprète les critères d'aptitude et d'adjudication selon leur sens commun. S'il n'entend pas leur donner une telle interprétation, les critères concernés devront être en conséquence définis de manière aussi détaillée que possible dans les documents d'appel d'offres de façon que les soumissionnaires puissent savoir quelles exigences ils, respectivement leur offre, doivent satisfaire (arrêt du Tribunal administratif fédéral B–4366/2009 du 24 février 2010 consid. 3.3 et les réf. cit.). Comme on le verra ci-après (cf. consid. 15.2), les règles du jeu définies au préalable par le pouvoir adjudicateur doivent rester stables tout au long de la procédure de sorte que ce dernier ne peut, après le dépôt des offres, modifier d'une manière ou d'une autre les critères retenus. Il ne peut donc attribuer à un critère un autre sens que celui qui ressort d'une interprétation conforme au principe de la bonne foi des indications figurant dans les documents d'appel d'offres.

13.2.2 Dans son appel d'offres, le pouvoir adjudicateur a indiqué que les offres seraient notamment évaluées sur la base des références des personnes-clés pour des prestations similaires pour des projets de complexité comparable et qu'il fallait notamment entendre par là la *coordination* de la *sécurité des travaux* de *génie civil* et *ferroviaires* de grande importance. Il apparaît dès lors que ce qui est visé par le pouvoir adjudicateur n'est pas une fonction particulière dans un mandat (chef de projet) mais bien des prestations, en particulier celles de coordination de la sécurité.

Le cahier des charges abonde en ce sens, car il est également précisé que les deux références demandées devaient concerner des prestations similaires. De plus, il était requis des soumissionnaires qu'ils fournissent un

descriptif des prestations effectuées et qu'ils fassent ressortir les aspects similaires et l'expérience acquise dans les projets de référence par rapport au projet en soumission.

Quant au formulaire d'offre lui-même, il contient certes la rubrique « Fonction dans mandat ». Il n'en demeure pas moins que les prestations sont clairement désignées comme l'élément déterminant pour démontrer la qualification de la personne-clé proposée, ce d'autant plus qu'il est requis des soumissionnaires qu'ils justifient en quoi chaque référence est un bon exemple pour démontrer les compétences de la personne-clé.

Force est donc de constater que l'aptitude des personnes-clés doit notamment être évaluée sur la base des prestations effectuées. L'indication qui doit figurer dans la rubrique « Fonction dans mandat » n'est pas probante et n'a qu'un caractère générique. En particulier, il ressort des documents d'appel d'offres que le pouvoir adjudicateur n'attendait pas des soumissionnaires qu'ils proposent des personnes-clés qui aient accompli leurs prestations en tant que chef de projet ou titulaire d'un mandat ou d'une mission.

13.3 Dans son offre du 31 mars 2010, la recourante a proposé comme chef de projet pour le mandat de coordonnateur sécurité pour le CEVA, P., employé en qualité de coordonnateur sécurité depuis 2009.

La première référence concernant P. a pour objet la rénovation du tunnel (...). La recourante a indiqué qu'il s'agissait de prestations dans les domaines du génie civil, des travaux souterrains, ferroviaires, de second œuvre et en lien avec l'amiante. Dans la rubrique « Fonction dans mandat », elle a indiqué « coordonnateur sécurité ». S'agissant de la description du projet et des prestations effectuées, l'offre précise ce qui suit:

> Le chantier a permis de consolider complètement la voute et la structure du tunnel. La totalité des voies a été changée, y compris l'ensemble des réseaux associés (électricité, signalisation, sécurité). Les cheminements intérieurs ont été entièrement refaits. A relever que de l'amiante a été mis en évidence au niveau du ballast, ce qui a nécessité une intervention spécialisée et le changement complet du matériau.
>
> Il s'agit d'un chantier particulièrement complexe, sur une voie ferroviaire d'utilité continentale. A noter que la coordination a également dû se faire au niveau transfrontière, pour permettre l'intégration d'équipes et de techniques italiennes et françaises. Les travaux se sont déroulés en exploitation complète, par coupes (créneaux hors circula-

> tion, où l'arrivée électrique des caténaires était coupée après la mise en place du train de chantier à l'intérieur du tunnel).

Au point « Justification (Pourquoi ce projet est-il un bon exemple afin de démontrer la compétence de la personne dans la fonction prévue) », l'offre contient les indications suivantes:

> Il s'agit d'une voie ferroviaire de grande importance, en exploitation, chantier mêlant travaux souterrains, gros œuvre, montage de voies, second œuvre et problématique amiante. Une part importante du CEVA se déroulera hors exploitation ferroviaire (construction des ouvrages d'art et des gares), mais il est important de connaître les techniques ferroviaires et les interventions nécessaires au niveau du second œuvre ferroviaire (électricité, signalisation, sûreté notamment), ainsi que les techniques de travail en tunnel ferroviaire (pose de rails, utilisation de trains de chantier, etc.).
>
> P. a une formation de coordonnateur SPS français. Cette référence démontre également son expérience dans le domaine des chantiers transfrontaliers.

Il ressort de ces indications que la recourante s'est attachée à décrire de manière assez détaillée en quoi consistait le projet de rénovation du tunnel (...) et à mettre en évidence les similitudes de ces travaux avec le CEVA. On doit donc bien constater que la rénovation du tunnel (...) est un projet comparable au CEVA, ce que le pouvoir adjudicateur ne conteste d'ailleurs pas. En revanche, l'offre ne permet pas de connaître les prestations effectivement accomplies par P. sur ce chantier; elle n'en contient aucune description. On sait seulement que le prénommé aurait alors été coordonnateur sécurité.

Dans son recours contre la décision d'exclusion du 28 octobre 2010, la recourante expose qu'en tant que membre d'un consortium, elle a également participé à la procédure de soumission pour le lot n° 7 du projet CEVA. Dans cette offre, P. a été proposé comme remplaçant du répondant sécurité. Sa première référence avait également pour objet la rénovation du tunnel (...) pour laquelle il était indiqué qu'il occupait la fonction de « coordination de sécurité ». Dans la partie description, il est précisé « *suivi de chantier, phasage des travaux en fonction des trains, pv, contrôles, modes opératoires* ».

A sa réplique du 11 février 2011 relative à la procédure de recours concernant la décision d'exclusion du 28 octobre 2010, la recourante a joint un document dans lequel P. a décrit les prestations prétendument

effectuées sur le chantier de rénovation du tunnel (...). Il est indiqué ce qui suit:

> Dès l'automne 2007, P. est notamment intervenu sur le chantier de la STEP de (…) (en remplacement de G. pris sur le chantier [...], alors même que, officiellement, c'est toujours G. qui était en charge du chantier), à proximité de l'entrée du tunnel (...). C'est ainsi qu'il a été appelé à suppléer régulièrement G., soit lors de ses absences (vacances, armée de réserve, administration – notamment la préparation des CHSCT mensuels), soit pour profiter du déplacement à la STEP pour réaliser un contrôle de chantier du tunnel (...).
>
> Au vu de sa grande expérience en chantiers ferroviaires et de tunnels, P. a également apporté ses compétences lors de la planification et des études (dans la phase d'exécution).
>
> Concernant le tunnel (...), P. a réalisé les tâches suivantes:
>
> 1. Contrôle de l'absence de travail entre les coupes intérieures et extérieures (…).
>
> 2. Propositions et modifications du cheminement d'accès des opérateurs à pied à l'entrée du tunnel depuis l'entrée du chantier (…).
>
> 3. Contrôle des échafaudages posés sur les trains de travaux (…).
>
> 4. Contrôle des zones de cantonnement (…).
>
> 5. Contrôle du port des EPI (Contrôle du port des équipements de protections individuels des opérateurs).
>
> 6. Autonomie intérieure (…).
>
> 7. Aménagement des niches de secours (…).
>
> 8. Bruit, poussières, qualité de l'air (…).
>
> 9. Positionnement des équipes sur le train de travaux (…).
>
> 10. Contrôle à l'intérieur du tunnel (…).
>
> 11. Rendu de la voie.
>
> (…)

13.4 Le pouvoir adjudicateur conteste l'implication de P. sur le chantier du tunnel (...). Il relève d'abord que ce dernier n'apparaît sur aucun des procès-verbaux des réunions de chantier, que ce soit en tant que participant ou en qualité de destinataire des documents. Son nom n'apparaîtrait en outre pas sur les factures établies par la société N. à l'attention du maître d'ouvrage, ni sur le registre-journal. Par ailleurs, P. serait inconnu de M. S., responsable du projet auprès du RFF, le maître d'où-

vrage. S'agissant des indications en lien avec le lot n° 7, le pouvoir adjudicateur constate que P. était alors présenté comme ayant exercé la fonction de « coordination de sécurité ». Or, cette fonction ne correspondrait qu'à certaines activités dévolues à un coordonnateur sécurité. De plus, la fonction de veille technique sécurité n'aurait rien à voir avec la fonction de coordonnateur sécurité. Quant à la fiche d'analyse, le pouvoir adjudicateur estime qu'elle ne fait état que de l'appréciation de G. et note qu'elle n'a pas été vérifiée auprès du maître d'ouvrage. Il ajoute que cette référence ne serait pas déterminante, X. S.A. n'étant alors proposée que comme sous-traitant, d'une part, et P. comme remplaçant du répondant sécurité, d'autre part. S'agissant du descriptif établi par P. lui-même, on ne saurait y accorder le moindre crédit, celui-ci ayant été rédigé pour le besoin de la présente procédure. Enfin, les prétendues prestations effectuées par P. sur le tunnel (...) durant quelques 240 heures seraient sans rapport avec l'ampleur des tâches planifiées pour le CEVA.

13.5 Il ressort de ce qui précède que tant la recourante que le pouvoir adjudicateur ne peuvent appuyer leurs allégations respectives par des moyens de preuve directs. Le pouvoir adjudicateur s'emploie pour sa part à contester depuis plusieurs mois déjà toute implication de P. sur le chantier du tunnel (...), sans apporter la preuve que le prénommé n'était pas actif sur ce chantier. Il ressort de l'instruction menée par le pouvoir adjudicateur seulement que P. n'était pas le coordonnateur sécurité en titre sur le chantier de rénovation du tunnel (...). Or, la recourante ne prétend pas, quant à elle, que le prénommé était titulaire du mandat sur ce projet. Elle n'apporte néanmoins aucune preuve directe de l'activité effective de P. sur ce chantier.

Il s'agit à ce stade de déterminer si la référence du tunnel (...) est un faux renseignement, à savoir si oui ou non P. a effectué des prestations de coordonnateur sécurité sur le chantier de rénovation du tunnel (...). Connaître l'étendue, l'ampleur et la nature exactes des prestations effectivement accomplies par P. sur ce chantier ne sert qu'à attribuer, à cette référence, une note plus ou moins bonne, pour autant qu'elle ne soit pas fausse. Or, comme nous le verrons ci-après, point n'est besoin de procéder à cette évaluation, la cause devant être renvoyée au pouvoir adjudicateur pour qu'il évalue à nouveau les offres qui répondent aux critères d'aptitude. En outre, si le Tribunal administratif fédéral devait procéder à cet examen, il lui incomberait de procéder à des mesures d'instruction conséquentes en France, ce qui prendrait passablement de temps et dont le résultat n'est pas certain, comme le démontrent les résultats non pro-

bants des essais du pouvoir adjudicateur. Toutefois, la présente procédure de recours est relativement urgente. Enfin, l'écoulement du temps n'est pas propice à se rappeler du détail des prestations de l'un des nombreux intervenants sur un chantier d'une ampleur telle que celui de la rénovation du tunnel (...). Dans ces conditions, il convient d'établir les faits au moyen de la preuve indirecte, fondée sur un faisceau d'indices (ATF 128 III 390 consid. 4.3.2; FABIENNE HOHL, Procédure civile, Tome 1, Berne 2001, p. 185).

13.5.1 Il est établi et non contesté que P. était employé en 2007 et 2008 auprès de la société française N., devenue en 2009 D. I. par suite d'une fusion. Cette société est un acteur de la prévention des risques techniques et humains, en particulier dans le domaine de la construction (…).

Le 6 avril 2007, à l'issue d'un contrôle de capacité du même jour, P. a obtenu une attestation de compétence qui le reconnaît apte à exercer la mission de coordonnateur de sécurité et de protection de la santé de niveau 1 pour les phases de conception, d'étude, d'élaboration et de réalisation de l'ouvrage. Il peut par conséquent être admis que P. était employé de 2007 à 2008 en qualité de coordonnateur sécurité chez N. Au demeurant, M. T., chef d'une filiale de cette société, ne prétend pas le contraire.

Il n'est pas contesté que N. était mandataire des prestations de coordonnateur sécurité sur le chantier de rénovation du tunnel (...). P. étant l'un des coordonnateurs sécurité de cette société, on ne peut donc pas exclure, à ce stade, qu'il ait accompli des prestations de coordination de la sécurité sur ce chantier.

13.5.2 Il ressort du dossier que le coordonnateur sécurité en titre du chantier de rénovation du tunnel (...) était, pour la phase de réalisation, G. Ce dernier, dans le cadre de la procédure de soumission du lot n° 7 du CEVA, a été invité à remplir un formulaire « Objet de référence pour personnes-clés » dans lequel il a indiqué les prestations réalisées par P. sur le chantier de rénovation du tunnel (...). En sa qualité de chef de projet, G. est le mieux à même de savoir si P. a été engagé sur ce projet et, le cas échéant, ce qu'il a accompli.

Sur ce formulaire, il est indiqué que P. occupait la fonction de « coordinateur de sécurité » en phases « étude de projet/appel d'offres » et « réalisation/mise en service ». « Coordinateur » est un synonyme de « coordonnateur » (Le nouveau Petit Robert de la langue française 2007, Paris 2006, p. 538). En outre, les tâches d'un coordonnateur sécurité consistent à coordonner la sécurité et sont donc des prestations de coordination (cf.

Programme de formation 2011 – Chargé de sécurité et Ingénieur de sécurité, édité par la SUVA [consultable sur le site < http://www.suva.ch >]; art. 11*e* de l'ordonnance sur la prévention des accidents du 19 décembre 1983 [OPA, RS 832.30]; art. L4532-2 du Code du travail français [consultable sur < http://www.legifrance.gouv.fr > Droit français > Les codes en vigueur > Code du travail]; page consacrée au coordonnateur SPS sur l'encyclopédie en ligne Wikipedia [< http://fr.wikipedia.org/wiki/Coordonnateur_SPS >]). Dans ces conditions, il sied d'admettre que P. a été employé sur ce chantier pour coordonner la sécurité en sa qualité de coordonnateur sécurité diplômé, dans l'équipe conduite par G.

Dans la rubrique « Description du projet et phase(s) de projet réalisée(s) par le soumissionnaire » figurent les informations suivantes:

- chantier de mise au gabarit gb1 sur la partie française soit 7 km jusqu'à la frontière – intervention sur l'abaissement de la voie 2
- mise au gabarit en préalable à l'intervention sur voie 1 sur l'ensemble des phases en binôme avec le référent (une voie reste « circulée » par demi-journée)
- travaux préparatoires: installations de chantier, 20 000 volts pour dérocteuse, éclairage, niches de secours…
- travaux de production, abaissement de la plate forme après dépose de la voie et évacuation du ballast par moyens mécaniques, dérocteuse, BRH, minage d'une zone quartzite (mesures de recherches de présence d'amiante, qualité de l'air, détecteurs, poussières, vibration, co-activité des postes, protections collectives et non engagement de la voie hors simultanée et voie chantier)
- travaux d'équipement des niches, déroulage de câbles…

Administratif

- étude complémentaire dispositif de balisage et non engagement de la voie circulée, dispositions complémentaires qualité de l'air, mise à jour PGC de l'opération, analyse des PPSPS, réunion CISSCT animation de la réunion, rédaction de fiches d'observations pour insertion au registre-journal
- prestations réalisées au profit du référent sans modification de ce dernier.

Au point « Description et indication sur la qualité des prestations effectuées par le soumissionnaire pour ce projet de référence », G. a qualifié les prestations de très bonnes et indiqué ce qui suit:

- Bonne connaissance des chantiers ferroviaires
- Parfaite compréhension professionnelle avec les intervenants
- Connaissance du matériel, poste de travail, psychologie des intervenants
- Analyse de risques, mesures de prévention adaptées et fonctionnelles.

Enfin, dans la partie « Remarques/Commentaires », il est indiqué que « *compte tenu de la charge de travail du référent, la capacité d'analyse ciblée, les mesures correctives énoncées, la qualité relationnelle sur chantier a permis de gagner beaucoup de temps au référent. Départ regrettable et regretté* ».

Les tâches administratives et sur le terrain énumérées ci-dessus par G., dont rien au dossier ne permet de faire douter de leur véracité, coïncident avec celles énumérées par P. dans le cadre de l'échange d'écritures. Ces tâches correspondent dans une large mesure à celles confiées à un coordonnateur sécurité selon la législation française. En effet, l'art. L4532-2 du Code du travail français prévoit que la coordination en matière de sécurité vise à prévenir les risques résultant de l'intervention simultanée ou successive de plusieurs travailleurs indépendants ou d'entreprises et à prévoir, lorsqu'elle s'impose, l'utilisation des moyens communs tels que les infrastructures, les moyens logistiques et les protections collectives (codifié par l'ordonnance 2007-329 du 12 mars 2007 publiée au Journal Officiel de la République Française le 13 mars 2007). Le coordonnateur SPS analyse les risques inhérents à chacune des situations de travail, examine les périodes de co-activité prévues par les plannings, évalue les risques résultant de cette co-activité et propose des mesures de prévention dont il contrôle la mise en œuvre (cf. page consacrée au coordonnateur SPS sur Wikipedia).

13.5.3 Force est donc de constater que P. était employé par N. sur le chantier de rénovation du tunnel (...) et qu'il y a effectué des prestations de coordonnateur sécurité pour lesquelles il disposait d'une attestation de compétence. Ces tâches ont été réalisées au profit du coordonnateur sécurité en titre, G. Dans ces circonstances, il n'est pas inconcevable que P. soit resté inconnu du maître d'ouvrage, lequel n'était à l'évidence pas susceptible de connaître d'une façon ou d'une autre l'ensemble des intervenants sur le chantier. On ne saurait enfin déduire quoi que ce soit de l'absence du nom de P. sur les documents de travail réalisés pour ce chantier. En effet, s'agissant du registre-journal d'une part, seul le coordon-

nateur en titre était autorisé à le compléter (…). D'autre part, G. a indiqué que l'ensemble des tâches effectuées par P., y compris les tâches administratives qui auraient pu laisser des traces documentées de l'intervention de ce dernier, l'ont été au profit du chef de projet.

13.6 Il résulte de ce qui précède que la référence relative au tunnel (...) figurant dans l'offre de la recourante n'est pas fausse. Il n'y a donc pas matière à exclure la recourante de la procédure de soumission en application de l'art. 11 let. b LMP.

13.7 Reste encore à déterminer si cette référence est propre à être retenue pour satisfaire le critère d'aptitude des personnes-clés.

Il est indiscutable que cette référence, récente, peut être prise en considération d'un point de vue temporel. Quant au chantier lui-même, on a déjà relevé ci-dessus qu'il s'agissait d'un projet comparable au CEVA. Quant aux prestations elles-mêmes, il y a lieu de retenir que P. était coordonnateur sécurité en phase étude et, principalement, en phase réalisation sur le tunnel (...) et que les prestations attendues sur le CEVA sont celles d'un coordonnateur sécurité pour les phases étude et réalisation. Par conséquent, cette référence est propre à démontrer l'aptitude de P. à accomplir la fonction de coordonnateur sécurité sur les chantiers du CEVA. Les griefs formulés par le pouvoir adjudicateur quant à l'ampleur des tâches accomplies sur cet objet de référence sont d'ordre qualitatif et ne peuvent, par conséquent, être pris en compte que dans le cadre de l'appréciation de l'offre à l'aide des critères d'adjudication et conduire à une note plus ou moins bonne de la référence.

Pour le reste, le Tribunal administratif fédéral constate qu'il n'est pas contesté que les autres sous-critères d'aptitude relatifs aux personnes-clés sont satisfaits par l'offre de la recourante.

13.8 Sur le vu de ce qui précède, les conclusions du pouvoir adjudicateur et de l'adjudicataire tendant à l'exclusion de l'offre de la recourante de la procédure de soumission doivent être rejetées.

14. La recourante soutient que les références du chef de projet de l'adjudicataire ne satisfont pas au critère d'aptitude. S'agissant de la première référence, elle allègue que D. a dû renoncer à la poursuite du mandat en raison de l'adjudication du marché litigieux à Y. S.A.; il n'a de fait pu participer à la phase de réalisation. Elle relève par ailleurs que la deuxième référence citée par l'adjudicataire pour son chef de projet date de plus de trente ans et est de fait trop ancienne pour avoir une quel-

conque utilité. De surcroît, D. n'aurait exercé qu'une fonction d'aide conducteur de travaux, ce qui n'équivaut pas aux prestations attendues d'un coordonnateur sécurité.

L'adjudicataire défend que rien n'empêchait le pouvoir adjudicateur de retenir des offres vieilles de plus de cinq ans, le cahier des charges prévoyant uniquement qu'il convenait de citer des objets de référence réalisés au cours des cinq dernières années.

Le pouvoir adjudicateur a exposé que la référence de la gare (…) a été considérée comme médiocre et a ainsi reçu zéro point. Quant à la référence de la tranchée (…), il fait valoir qu'il n'a pas à vérifier le plan de charges effectif des soumissionnaires après le dépôt des offres mais qu'il doit se contenter des données fournies par ces derniers dans leurs offres.

14.1 Il s'agit donc d'examiner si l'adjudicataire a proposé en particulier un chef de projet, D., au bénéfice d'une formation dans le domaine de la sécurité, de connaissances en droit genevois de la sécurité et de deux références pour des prestations similaires à celles mises en soumission, en sachant que si l'une ou l'autre de ces références fait défaut, cette offre aurait dû être exclue (cf. consid. 12).

A cet égard, la recourante soutient que seuls des objets de référence de moins de cinq ans pouvaient être retenus. L'adjudicataire fait pour sa part valoir que rien n'empêchait le pouvoir adjudicateur de retenir une référence plus ancienne.

Il convient donc en premier lieu de déterminer ce que les soumissionnaires devaient inclure dans leur offre.

14.1.1 Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'appel d'offres doit être interprété selon les règles de la bonne foi et si le pouvoir adjudicateur entend donner un sens particulier à une notion y figurant, il lui appartient de la préciser dans les documents d'appel d'offres (cf. consid. 13.2.1).

14.1.2 A teneur de l'art. 9 al. 1 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11), pour évaluer la qualification des soumissionnaires, l'adjudicateur peut notamment se procurer et consulter les documents mentionnés dans l'annexe 3. Le ch. 7 de l'annexe 3 de l'OMP prévoit entre autres comme preuves la liste des principaux travaux exécutés durant les cinq années qui ont précédé l'appel d'offres.

Il ressort de l'appel d'offres que le pouvoir adjudicateur attendait des soumissionnaires qu'ils proposent des personnes-clés formées dans le

domaine de la sécurité et au bénéfice de deux références pour des prestations similaires. Dans le cahier des charges, il est précisé, s'agissant des références, que les soumissionnaires fourniront deux objets de référence pour chacune des personnes-clés et qu'il convient de citer des objets de référence réalisés durant les cinq dernières années.

En écho à la règle prévue à l'art. 9 al. 1 OMP en relation avec le ch. 7 de l'annexe 3 de l'OMP, force est de constater que le pouvoir adjudicateur attendait des soumissionnaires qu'ils présentent des références récentes, dont les objets ont été réalisés au cours des cinq dernières années. La formulation « il convient de… », synonyme de « il faut… » ou de « il sied de… » (Le nouveau Petit Robert, op. cit., p. 534), n'a pas un caractère potestatif, mais fixe bien aux soumissionnaires une condition formelle impérative quant au contenu de leur offre. Au demeurant, les techniques, connaissances et normes professionnelles évoluent rapidement. En outre, celles-ci se perdent au fil du temps, lorsqu'elles ne sont pas ou plus mises en pratique. Ainsi donc, seules des références récentes, en l'occurrence de moins de cinq ans, permettent de s'assurer qu'une personne, ou une entreprise, est à jour.

Dans ces conditions, des références de plus de cinq ans ne peuvent être prises en considération et, donc, servir à démontrer l'aptitude de la personne-clé à mener à bien le mandat de coordination de la sécurité sur le projet du CEVA.

14.2 L'adjudicataire a proposé comme chef de projet D. Ce dernier est ingénieur de sécurité. Il est donc indiscutablement au bénéfice d'une formation dans le domaine de la sécurité. Le premier sous-critère d'aptitude est donc satisfait. Ses connaissances du droit genevois de la sécurité ne sont par ailleurs pas contestées.

Dans son offre, l'adjudicataire a fourni deux références pour son chef de projet. La première concerne la tranchée couverte (…) pour laquelle le prénommé a prétendument acquis une expérience en tant que coordonnateur sécurité en phases étude et réalisation. Sur la base des indications figurant dans l'offre de l'adjudicataire, on doit bien admettre qu'il s'agit de prestations de nature comparable à celles qui sont litigieuses. Toutefois, les travaux de la tranchée (…) ont débuté le 21 juin 2010 seulement (FAO du 23 juin 2010, p. 1), soit après le délai de clôture pour le dépôt des offres. C'est dire que D. n'avait pas encore acquis d'expérience sur ce chantier lors du dépôt des offres. Ainsi donc, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas se limiter à attribuer une mauvaise note à cette référence, qui

n'en remplit pas le rôle faute de se référer à une expérience réellement acquise, mais devait l'écarter. Au demeurant, la recourante allègue que D. a dû renoncer à la poursuite de ce mandat en raison de l'adjudication du marché litigieux à l'adjudicataire et ne peut donc participer à la phase de réalisation. Le marché de service litigieux ayant principalement trait à des prestations de coordination de la sécurité en phase de réalisation d'ouvrage, on peut se demander si les prestations qu'auraient accomplies D. lors de la seule phase étude de la tranchée (…) sont suffisamment pertinentes.

La deuxième référence concernant D. porte sur l'agrandissement de la gare souterraine (…), à (…), réalisé en 1977 et 1978. Il est indiqué que le prénommé a alors accompli la fonction d'aide-conducteur de travaux. Cette référence, qui date de plus de trente ans, est donc manifestement trop ancienne pour être prise en considération. De surcroît, la fonction d'aide-conducteur de travaux n'a clairement rien à voir avec celle de coordonnateur sécurité. C'est dire que cette référence est dénuée de toute pertinence. Le pouvoir adjudicateur ne pouvait par conséquent pas se limiter à sanctionner la référence de la gare (…) d'une mauvaise note. Elle devait au contraire elle aussi être écartée.

Du moment que l'adjudicataire n'avait joint aucune référence répondant au critère d'aptitude, son offre devait en conséquence être exclue (voir dans le même sens: arrêt du Tribunal fédéral 2P.322/2006 du 14 août 2007 consid. 3.3.1).

Au demeurant, le Tribunal administratif fédéral constate que la deuxième référence de l'adjoint proposé par l'adjudicataire, à savoir R., porte sur des travaux réalisés entre 1990 et 1996. Cette référence est donc également clairement trop ancienne pour qu'elle soit prise en considération et aurait dû, elle aussi, être écartée. C'est dire que l'offre de l'adjudicataire ne répondait pas au critère d'aptitude des personnes-clés, que ce soit pour le chef de projet mais également pour son adjoint et remplaçant.

Il résulte de ce qui précède que la décision d'adjudication viole le droit fédéral des marchés publics et doit être annulée pour ces motifs déjà.

15. Comme nous l'avons vu ci-dessus (consid. 12.2), le critère « Références des personnes-clés » a un caractère mixte. Alors que les considérants qui précèdent concernent l'aptitude des personnes-clés, ceux qui suivent ont trait aux griefs de la recourante relatifs à l'évaluation, elle-même, de personnes-clés (critère d'adjudication).

Dans ce contexte, la recourante soutient d'abord que la sous-échelle de notation invoquée par le pouvoir adjudicateur est biaisée et tardive et n'est pas compatible avec le cahier des charges. Ce dernier ne ferait en effet aucune mention de l'expérience professionnelle antérieure dans d'autres domaines que la sécurité, d'autant plus que cet élément de note équivaut à 20 % de la note attribuée à chacun des deux sous-critères.

Le pouvoir adjudicateur soutient pour sa part que, contrairement aux critères et aux sous-critères d'adjudication, il n'est pas tenu de publier sa méthode d'attribution des notes. Dans ce contexte, il allègue que le système de notation retenu a été appliqué à toutes les offres soumises et qu'il avait été établi antérieurement à l'évaluation des offres.

15.1 A teneur de l'art. 21 al. 1 LMP, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères, notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique et la valeur technique. Les critères d'adjudication doivent figurer par ordre d'importance dans les documents concernant l'appel d'offres (art. 21 al. 2 LMP). L'adjudicateur indique l'ordre des critères d'adjudication et leur pondération (art. 27 al. 1 OMP).

Selon l'art. 16 al. 1 OMP, l'appel d'offres contiendra les indications mentionnées dans l'annexe 4, à savoir, notamment, les critères d'adjudication dans les cas où il n'est pas remis de documents d'appel d'offres (cf. al. 1 ch. 14 de l'annexe 4 de l'OMP). L'art. 18 OMP, consacré au contenu des documents concernant l'appel d'offres, prévoit quant à lui que ces documents contiendront les indications mentionnées dans l'annexe 5 (art. 18 al. 1 let. a OMP), à savoir, entre autres, l'ordre de priorité et éventuellement la pondération des critères d'adjudication et les autres aspects pris en compte lors de l'évaluation des offres (ch. 7 de l'annexe 5 de l'OMP). L'adjudicateur évalue les offres selon les critères d'adjudication (cf. art. 25 al. 3 OMP).

15.2 Le principe de la transparence – ancré à l'art. 1 al. 1 let. a LMP – exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions; il est également tenu d'indiquer la pondération des critères retenus. En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumis-

sionnaires, en indiquant leur pondération respective (ATF 130 I 241 consid. 5.1; décision incidente du Tribunal administratif fédéral B–4860/2010 du 30 juillet 2010 consid. 4.2; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n° 523; RODONDI, op. cit., p. 404).

Pour que le marché soit attribué dans des conditions de transparence et de concurrence optimales, les règles du jeu définies par le pouvoir adjudicateur, à savoir l'énumération des critères d'adjudication et leur importance respective, doivent rester stables tout au long de la procédure. Dans ces conditions, le pouvoir adjudicateur ne peut pas, après le dépôt des offres, modifier d'une manière ou d'une autre les critères d'adjudication et les sous-critères qui s'y rapportent, leur ordre d'importance ou leur pondération respective. Ainsi, doit être reconnu comme contraire au droit des marchés publics le fait d'introduire, au stade de l'analyse des offres, des facteurs de pondération non annoncés, qui faussent l'ordre d'importance des critères d'adjudication fixé par le cahier des charges (décision incidente du Tribunal administratif fédéral B–4860/2010 du 30 juillet 2010 consid. 4.2; JAAC 65.78 consid. 2, JAAC 64.30 consid. 4; ATF 130 I 241; RODONDI, op. cit., p. 406).

Le principe de la transparence n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et sous-critères utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul…) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation. Savoir si les critères utilisés sont inhérents aux critères publiés, en sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché (décision incidente du Tribunal administratif fédéral B–4860/2010 du 30 juillet 2010 consid. 4.2; ATF 130 I 241 consid. 5.1 et les réf. cit.).

L'obligation de communiquer préalablement tous les points de vue déterminants pour la décision d'adjudication est de nature formelle. En cas de violation de la règle précitée, la décision attaquée doit être annulée,

même en l'absence d'un rapport de causalité entre l'erreur de procédure et l'adjudication (JAAC 67.65 consid. 3d, JAAC 65.78 consid. 2, JAAC 64.30 consid. 4; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, op. cit., n° 525).

15.3 Il ressort des documents d'appel d'offres (cf. consid. 13.2) que le critère d'adjudication « Références des personnes-clés » doit être évalué sur la base de la formation du chef du projet et de son remplaçant dans le domaine de la sécurité, ainsi que de deux références de ces derniers pour des prestations similaires pour des projets de complexité comparable.

Dans ses écritures, le pouvoir adjudicateur a exposé que le « système de notation » du critère d'adjudication « Références des personnes-clés » était, compte tenu d'une note maximale de 5, le suivant:

> 2 au maximum pour la formation spécifique à la sécurité (dans l'ordre croissant: SPS niveau 1 – CFST – ingénieur sécurité),
>
> 2 au maximum pour l'expérience dans la pratique de la sécurité et
>
> 1 au maximum pour la formation et l'expérience professionnelle antérieures à la pratique de la sécurité, selon CV (p. ex. un candidat avec formation de base d'ingénieur génie civil ou d'entrepreneur sera mieux noté qu'un candidat avec formation de base dans un autre domaine).

Force est de constater que, contrairement à ce que soutient le pouvoir adjudicateur, ce « système de notation » n'est pas une échelle de notation mais bien un ensemble de sous-critères d'adjudication qui permet de définir le critère « Références des personnes-clés ». Il en ressort que le pouvoir adjudicateur a fait appel à trois sous-critères, à savoir la formation des personnes-clés dans le domaine de la sécurité et les références pour des prestations similaires, à raison de 40 % chacun, ainsi que la formation et l'expérience antérieures à la pratique de la sécurité, pondérées à 20 %. Il est indiscutable que les deux premiers sous-critères ont été annoncés dans l'appel d'offres et les documents y relatifs. En revanche, ce n'est pas le cas du sous-critère faisant appel à la formation et à l'expérience antérieures au domaine de la sécurité. Il s'agit donc d'examiner si le pouvoir adjudicateur pouvait s'abstenir de l'annoncer dans l'appel d'offres et le cahier des charges.

Il n'est certes pas inhabituel de prendre en considération le curriculum vitæ d'un candidat à un poste mis au concours et, donc, l'ensemble de sa carrière professionnelle. En outre, le pouvoir adjudicateur prétend à juste titre qu'un curriculum vitæ permet une meilleure lecture des références et qu'il devait être joint aux offres. Toutefois, comme nous l'avons relevé ci-

dessus, l'appel d'offres et le cahier des charges indiquaient clairement que le critère « Références des personnes-clés » allait être évalué au moyen de deux sous-critères équivalents spécifiques au domaine de la sécurité, à savoir la formation et l'expérience dans cette branche. Le pouvoir adjudicateur a souligné à maintes reprises l'importance qu'avaient l'expérience et la formation dans le domaine de la sécurité pour minimiser la qualité de l'offre de la recourante. On ne voit donc pas comment, « sous le terme formation associé au curriculum vitæ, on peut parfaitement y inclure, outre les cours au sens étroit, ce qui a été appris dans la pratique, dans quelque domaine que ce soit » comme le suggère de façon pour le moins confuse le pouvoir adjudicateur. Et si l'expérience des personnes-clés doit à l'évidence jouer un rôle dans le cadre de l'appréciation des offres, ce devait être, compte tenu des critères et sous-critères publiés qui lient le pouvoir adjudicateur, celle acquise dans le domaine de la sécurité sur les chantiers. On doit donc bien reconnaître qu'il n'est pas commun de faire appel à un critère général pour définir des critères bien spécifiques relevant d'un secteur d'activité technique. Le critère de la formation et de l'expérience antérieures à la pratique de la sécurité n'est donc pas inhérent aux critères publiés.

Le nouveau sous-critère litigieux équivaut de surcroît à 20 % de la note accordée à l'évaluation de la formation et des références du chef de projet et de son adjoint. Dans ces conditions, un soumissionnaire qui présente des personnes-clés avec une excellente formation dans le domaine de la sécurité ainsi qu'une expérience et une formation antérieures à la pratique de la sécurité éprouvées peut obtenir une note suffisante malgré le fait que les personnes proposées n'aient pas d'expérience dans le domaine de la sécurité pour des projets similaires au CEVA. Ce sous-critère a certes un poids moins important que les deux sous-critères annoncés. Il n'en reste pas moins qu'avec une pondération de 20 %, il s'agit d'un élément considérable de l'évaluation du critère relatif aux deux personnes-clés. Le poids accordé à ce sous-critère est donc en complète contradiction avec les explications du pouvoir adjudicateur formulées au cours de l'échange d'écritures relatives à l'importance de l'expérience dans le domaine de la sécurité des personnes-clés. Enfin, même si ce n'est pas déterminant, il ressort des explications du pouvoir adjudicateur que l'introduction de ce sous-critère favorise l'offre de l'adjudicataire, de sorte qu'il existe un lien de causalité entre l'erreur de procédure et l'adjudication. En effet, pour le chef de projet par exemple, l'adjudicataire obtient 0.5 point pour la formation et 2.0 points pour les références, soit une note insuffisante de 2.5. C'est grâce au point accordé au nouveau sous-critère que l'adjudicataire

obtient une note suffisante, à savoir 3.5 (donc, sans ce point, l'offre aurait dû être éliminée faute d'obtenir la note minimale 3 à tous les critères). Quant à la recourante, elle obtient 1.5 point pour la formation et 2 points pour l'expérience dans le domaine de la sécurité, mais 0.5 point pour la formation et l'expérience antérieures au domaine de la sécurité. Et il en va de manière similaire pour les adjoints et remplaçants des chefs de projet, dès lors que la personne proposée par l'adjudicataire a une formation adéquate mais bénéficie surtout, du fait de son âge, d'une expérience importante dans le domaine de la construction et du génie civil, alors que l'adjoint proposé par la recourante a une meilleure formation, mais est moins expérimenté du fait de son jeune âge.

Au demeurant, même si le « système de notation » devait être considéré comme une méthode de notation, il résulte de ce qui précède que cette dernière atténue fortement l'importance des sous-critères formation et références, ce qui est inadmissible au regard du principe de la transparence (ATF 130 I 241 consid. 6).

15.4 Force est donc de constater que, sous cet angle également, la décision d'adjudication viole le droit des marchés publics, le pouvoir adjudicateur ayant fait appel à un sous-critère d'adjudication d'importance considérable qu'il n'avait pas préalablement annoncé. Pour ce motif également, le recours doit être admis, la décision d'adjudication annulée et la cause renvoyée au pouvoir adjudicateur pour qu'il rende une nouvelle décision au terme d'une évaluation des offres conforme aux critères et sous-critères annoncés.