



Cour II

Case postale
CH-9023 St-Gall
Téléphone +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.tribunal-administratif.ch

Numéro de classement : B-4043/2024
ric/tim

Décision incidente du 9 août 2024

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Marc Steiner, Kathrin Dietrich, juges,
Muriel Tissot, greffière.

En la cause

Parties

X._____ SA,
représentée par Maître Stéphane Grodecki,
recourante,

contre

**Office fédéral des routes,
Filiale d'Estavayer-le-Lac (OFROU),**
Division Infrastructure routière Ouest,
Place de la Gare 7, 1470 Estavayer-le-Lac,
pouvoir adjudicateur,

Y._____ SA,
intimée 1,

Z. _____ SA,
représentée par Maître Olivier Rodondi,
intimée 2,

Objet

marchés publics,
N16.02 MP-230033 Rev. SoMa N16 Boncourt-Sonceboz,
Travaux de revêtement secteur Sud et secteur Nord,
Simap – ID du projet n° 282588/282594,

Faits :

A.

A.a Par décision du 3 juin 2024, publiée le 5 juin 2024 sur la plateforme SIMAP, l'Office fédéral des routes OFROU (ci-après : pouvoir adjudicateur) a attribué, au terme d'une procédure de gré à gré fondée sur l'art. 21 al. 2 let. d de la loi sur les marchés publics, le marché de travaux de construction, intitulé « N16.02 MP-230033 Rev. SoMa N16 Boncourt-Sonceboz », relatif aux travaux de revêtement secteur Sud, à la société Y._____ SA (ci-après : intimée 1) pour un montant de (...) francs (TVA comprise).

A.b Par décision du 3 juin 2024, publiée le 5 juin 2024 sur la plateforme SIMAP, le pouvoir adjudicateur a attribué, au terme d'une procédure de gré à gré fondée sur l'art. 21 al. 2 let. d de la loi sur les marchés publics, le marché de travaux de construction, intitulé « N16.02 MP-230033 Rev. SoMa N16 Boncourt-Sonceboz », relatif aux travaux de revêtement secteur Nord, à la société Z._____ SA (ci-après : intimée 2), pour un montant de (...) francs (TVA comprise).

B.

Par écritures du 25 juin 2024, la société X._____ SA (ci-après : recourante) a déposé un recours contre ces deux décisions d'adjudication devant le Tribunal administratif fédéral, en concluant, sous suite de frais et dépens, à leur annulation et à ce qu'il soit ordonné au pouvoir adjudicateur de procéder par la voie de la procédure ouverte. Préalablement, elle demande à pouvoir consulter le dossier de la cause, sous réserve des indications confidentielles, et à ce qu'une expertise portant sur la comparaison entre les offres des intimées 1 et 2 et les prix de marché pour les prestations demandées soit ordonnée. A titre superprovisionnel et provisionnel, elle requiert l'octroi de l'effet suspensif au recours et « pour le cas où un contrat aurait déjà été conclu, respectivement les travaux débutés, ordonner l'arrêt immédiat de son exécution par l'adjudicataire concerné ».

A l'appui de ses conclusions, elle fait valoir qu'aucune des conditions cumulatives permettant l'application de la clause d'urgence, sur laquelle s'est fondé le pouvoir adjudicateur pour recourir à la procédure de gré à gré, n'est réalisée en l'espèce. Les réparations ponctuelles effectuées jusqu'à ce jour sur les tronçons concernés ont permis de pallier tout risque pour les usagers de l'autoroute, la circulation n'ayant jamais été interrompue pour quelque type de véhicules que ce soit. Il est, selon elle,

invraisemblable qu'une urgence causée par des trous apparaisse simultanément sur trois tronçons différents, distants de plusieurs dizaines de kilomètres. En outre, à supposer que l'urgence soit avérée, elle serait la conséquence de l'inaction du pouvoir adjudicateur puisque les problèmes sont apparus, à sa connaissance, au plus tard durant l'hiver dernier. Une procédure d'adjudication initiée en temps utile aurait permis d'adjuger les marchés à la même période que les adjudications querellées, au besoin en réduisant les délais à 10 jours pour la remise des offres ou des demandes de participation. Enfin, compte tenu du nombre limité d'entreprises spécialisées dans les prestations demandées, lesquelles sont standardisées et ne revêtent en l'occurrence aucune complexité, il est patent que le pouvoir adjudicateur aurait pu très facilement opter pour une procédure sur invitation, laquelle n'aurait que très peu retardé l'adjudication, tout en étant plus respectueuse du principe de la libre concurrence. Le critère de l'urgence n'est donc pas rempli ; il ne l'est d'autant moins pour justifier la réfection complète du revêtement sur trois tronçons de plusieurs kilomètres chacun.

C.

Par décision incidente du 27 juin 2024, le juge instructeur a, à titre de mesure superprovisionnelle, enjoint le pouvoir adjudicateur de n'entreprendre aucune mesure d'exécution susceptible d'influer sur l'issue du litige, en particulier la conclusion des contrats, jusqu'à ce que le tribunal ait statué sur la requête d'octroi de l'effet suspensif.

D.

Par courrier du 1^{er} juillet 2024, le pouvoir adjudicateur a informé le tribunal avoir conclu, en date du 10 juin 2024, les contrats portant sur les travaux de revêtement secteur Nord et secteur Sud, adjugés de gré à gré par décisions publiées le 5 juin 2024.

E.

Par courriers des 2 et 3 juillet 2024, la recourante a requis le tribunal, à titre de mesure provisionnelle urgente, d'ordonner au pouvoir adjudicateur l'arrêt immédiat des travaux d'adjudication.

F.

Par décision incidente du 4 juillet 2024, le juge instructeur a rejeté, en l'état, la requête de la recourante, pour le motif que le prononcé de mesures provisionnelles ne devait ni anticiper ni rendre impossible une décision sur le fond et que, partant, il ne pouvait pas se prononcer sur la requête de mesure provisionnelle tendant à l'arrêt immédiat des travaux d'adjudication

sans préjuger du fond de la cause. Il a par ailleurs rappelé que le tribunal de céans conservait la possibilité d'annuler une adjudication issue d'une procédure de gré à gré lorsque le contrat a été conclu avant l'échéance du délai de recours. Le pouvoir adjudicateur était ainsi avisé que la poursuite des travaux de revêtement en cause, alors qu'il n'avait pas encore statué sur la conformité au droit des décisions d'adjudication attaquées et sur leur éventuelle annulation ni sur la requête d'octroi de l'effet suspensif, relevait de sa responsabilité.

G.

Invité à se prononcer sur le recours, le pouvoir adjudicateur a conclu, par mémoire responsif du 8 juillet 2024, à son irrecevabilité, subsidiairement à son rejet, ainsi qu'au rejet de toute demande d'indemnité de quelque nature qu'elle soit. Il a également conclu au retrait, avec effet immédiat, de l'effet suspensif au recours accordé à titre superprovisionnel et au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif. Il a enfin conclu au rejet de la demande d'expertise de la recourante et accordé à celle-ci un accès restreint au dossier de la cause.

Il relève tout d'abord que la recourante n'a pas d'intérêt au recours dès lors que les contrats ont été conclus (de manière licite) et qu'elle ne peut, quoi qu'il en soit, prétendre à aucune indemnité en tant qu'elle n'a engagé aucun frais dans l'établissement d'une offre. Il indique ensuite que le choix de la procédure de gré à gré est justifié par l'urgence à entreprendre les travaux de revêtement adjugés. Il expose en effet qu'à la suite d'inspections réalisées entre décembre 2023 et mars 2024, il a constaté, d'une manière alarmante et totalement imprévisible, une dégradation accélérée et d'une ampleur inédite de la couche de roulement sur les tronçons en cause de la route nationale N16. Face à l'ampleur des dégâts, au risque de leur multiplication et de leur intensification durant l'hiver, une réfection complète de la couche de roulement par fraisage et nouvelle pose s'est avérée indispensable sur les tronçons en cause des secteurs concernés avant l'arrivée de la prochaine période hivernale. Ces travaux, dont la durée est de trois mois, ne pouvaient avoir lieu que par temps sec et à une température de plus de 15 degrés au sol ; ils devaient donc intervenir entre les mois de juin et septembre 2024. Il explique ensuite pourquoi une procédure ouverte ne lui aurait pas permis de respecter ce calendrier et relève que la procédure sur invitation n'est pas applicable aux marchés soumis aux accords internationaux, comme tel est le cas en l'espèce. Il expose enfin qu'il n'est nullement resté inactif et n'a pas non plus contribué à la situation d'urgence ni ne s'est rendu responsable d'une planification insuffisante. Pour finir, il se prévaut d'un intérêt public qualifié

qui nécessitait de conclure les contrats avant l'expiration du délai de recours.

H.

Disposant de la possibilité d'exercer ses droits de partie, l'intimée 2 a conclu à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet, du recours formé contre la décision lui adjugeant les travaux de revêtement sur le secteur Nord de l'autoroute N16.

En substance, elle fait valoir que les travaux qui lui ont été attribués forment un ouvrage global au sens de la « Bauwerkregel ». Les travaux de revêtement dans le secteur Sud et dans le secteur Nord sont séparés par plusieurs dizaines de kilomètres, ce qui les rend complètement indépendants, l'exécution de l'un des marchés n'étant aucunement dépendant de la réalisation de l'autre. Fonctionnellement, il n'y a aucune relation ou interconnexion de quelque nature que ce soit entre les deux chantiers, même s'il s'agit de travaux de type apparement similaire. Quelle que soit la période de leur réalisation, ils sont exécutables, utiles et nécessaires indépendamment des uns des autres. En outre, quand bien même il s'agit de la même autoroute, le pouvoir adjudicateur a adjugé à des entités différentes des mandats d'analyses techniques pour diagnostiquer chacun des deux secteurs, à savoir à R. _____ pour le secteur Nord et à S. _____ pour le secteur Sud. Aussi, l'on ne serait pas en présence d'un seul et même ouvrage, si bien qu'il ne serait pas possible de prendre en compte la valeur des deux marchés litigieux pour soutenir que le seuil des accords internationaux, à savoir 8'700'000 francs, est dépassé. Partant, elle considère que le recours, en tant qu'il est dirigé contre une décision relative à un marché non soumis aux accords internationaux, ne peut tendre qu'à la constatation de l'illicéité de la décision attaquée. De même, dès lors que le contrat a été conclu, la loi ne permet que la protection juridique secondaire. En conséquence, le recours est irrecevable en tant qu'il conclut à l'annulation de l'adjudication à l'intimée 2 et à l'organisation d'une procédure ouverte.

I.

Disposant également de la possibilité d'exercer ses droits de partie, l'intimée 1 ne s'est pas déterminée dans le délai imparti.

J.

Par réplique du 22 juillet 2024, la recourante a tout d'abord défendu la recevabilité de son recours en relevant que la thèse avancée par l'intimée 2 n'était nullement soutenue par le pouvoir adjudicateur, lequel admettait lui-

même qu'il s'agissait en l'espèce d'un seul et même marché, divisé en deux lots. De même, son recours n'est pas irrecevable en raison de la passation des contrats puisqu'elle a pris une conclusion en constatation de l'illicéité des adjudications. Elle relève ensuite que les photographies produites par le pouvoir adjudicateur ne démontrent nullement l'urgence alléguée puisque 17 d'entre elles concernent le tronçon Boncourt-Bure qui a fait l'objet d'une réfection (...) en 2023. En outre, elle répète que la constatation de malformations en janvier ou février 2024 permettait une adjudication, à la suite d'une procédure ouverte, également avant l'été et ce, dans le respect tant de l'intérêt public à l'utilisation des routes que de celui de la libre concurrence. La justification d'une mesure d'urgence n'est donc pas donnée ; le marché de gré à gré est contraire au droit, tout comme la conclusion prématurée des contrats. Aussi, elle requiert à nouveau à ce que la suspension immédiate des travaux soit ordonnée puis l'effet suspensif restitué.

K.

Par ordonnance du 23 juillet 2024, le juge instructeur a renvoyé la recourante à sa décision incidente du 4 juillet 2024 et précisé que l'effet suspensif octroyé à titre superprovisionnel par décision incidente du 27 juin 2024 était maintenu, en ce sens que le tribunal de céans se réservait le droit d'annuler les décisions d'adjudication contestées.

L.

Par déterminations du 5 août 2024, le pouvoir adjudicateur a notamment indiqué que le dossier de photographies produit vise à démontrer l'état de l'infrastructure, le type de dégâts à réparer ainsi que leur évolution. En outre, contrairement à ce que prétend la recourante, ces photographies portent bel et bien sur chacun des trois tronçons en cause : Boncourt – Bure, Choindéz – Moutier Sud et Loveresse – Sonceboz Nord. Enfin, l'urgence à réaliser les travaux litigieux a été démontrée par la production en particulier, outre du dossier de photographies, de la fiche de génération de projet, accompagnée des rapports techniques.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit :

1.

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours contre des décisions listées à l'art. 53 al. 1 LMP. Dans ce cadre, le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour statuer sur des requêtes d'octroi de l'effet suspensif (cf. art. 54 al. 2 LMP).

1.1 La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la LMP et la LTAF n'en disposent pas autrement (cf. art. 55 LMP et art. 37 LTAF). Selon l'art. 56 al. 3 LMP, le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué dans la procédure de recours.

1.2 Selon une pratique bien établie, le Tribunal administratif fédéral statue en collège sur l'octroi de l'effet suspensif au recours contre une décision d'adjudication (cf. décisions incidentes du TAF B-3402/2009 du 2 juillet 2009 consid. 1.2, partiellement publiée aux ATAF 2009/19, et B-7208/2014 du 5 mars 2015 consid. 1.2).

2.

A la différence de l'art. 55 al. 1 PA, l'art. 54 al. 1 LMP prévoit que le recours n'a pas d'effet suspensif. Sur demande, le Tribunal administratif fédéral peut accorder l'effet suspensif à un recours contre une décision relative à un marché soumis aux accords internationaux lorsque ce recours paraît suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public prépondérant ne s'y oppose (cf. art. 54 al. 2 LMP).

Selon les principes développés par la jurisprudence et la doctrine en lien avec l'art. 55 PA, auxquels il convient de se référer conformément à la pratique du tribunal prévalant sous l'empire de l'ancienne loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (aLMP, RO 1996 508), l'octroi, le retrait ou la restitution de l'effet suspensif résultent d'une mise en balance des intérêts, d'une part, à l'exécution immédiate de la décision et, d'autre part, au maintien du régime antérieur jusqu'à droit connu. Il s'agit donc de procéder à une pondération des intérêts publics et privés, voire entre des intérêts privés divergents (cf. décisions incidentes du TAF B-3374/2023 du 28 août 2023 consid. 3.2 et B-3580/2021 du 30 novembre 2021 consid. 4). La réglementation spéciale de l'art. 54 al. 1 LMP, prévoyant que le recours n'a pas d'effet suspensif mais qu'il peut être accordé sur demande, atteste 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

(cf. ATAF 2007/13 consid. 2.1 et réf. cit. ; décisions incidentes précitées du TAF B-3374/2023 consid. 3.2 et B-3580/2021 consid. 4).

2.1 Dans le cadre de l'examen de la requête d'octroi de l'effet suspensif, la jurisprudence prescrit un examen *prima facie* de l'apparence du bien-fondé du recours. Si, au regard des seules pièces du dossier, le recours apparaît manifestement irrecevable ou mal fondé, l'effet suspensif ne doit pas être octroyé. En revanche, si le recours – qui ne semble pas d'emblée irrecevable – ne paraît pas dénué de chances de succès ou qu'il existe des doutes à ce propos, il y a lieu de procéder à une pondération des intérêts en présence (cf. ATAF 2017/IV/3 consid. 3 ; décision incidente du TAF B-5293/2015 du 4 novembre 2015 consid. 3.1).

2.2 Selon la jurisprudence, il convient, dans la pondération des intérêts, de tenir compte de celui du recourant au maintien de la possibilité d'obtenir l'adjudication, lequel présente également un intérêt public à garantir une véritable voie de droit (cf. décision incidente du TAF B-1511/2020 du 9 juin 2020 consid. 2.2). A ces intérêts, s'opposent les intérêts publics que le pouvoir adjudicateur doit prendre en considération. 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 d'Uruguay, Message 2 GATT ; FF 1994 IV 995 ss), le Conseil fédéral relève 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 du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP, RS 172.056.5) – aujourd'hui art. 54 al. 2 de l'AIMP du 15 novembre 2019 – 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 (cf. arrêt du TF 2P.103/2006 du 29 mai 2006 consid. 4.2.1 et réf. cit. ; dans le même sens ATAF 2008/7 consid. 3.3). De jurisprudence constante, il y a également lieu de tenir compte d'éventuels intérêts de tiers, notamment des autres participants à une procédure de marchés publics. Enfin, au regard notamment des objectifs poursuivis par l'art. XX ch. 2 et 7 de l'accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (ci-après : AMP 2012, RS 0.632.231.422), il se justifie tout particulièrement de veiller à ne pas rendre illusoire la garantie d'une protection juridique efficace (cf. ATAF 2007/13 consid. 2.2 et réf. cit. ; décisions incidentes du TAF B-3374/2023 précitée consid. 3.3 et B-4959/2021 du 18 mai 2022 consid. 3.2).

3.

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1 ; arrêt du TAF B-6177/2008 du 25 novembre 2008 consid. 2.1, non publié aux ATAF 2008/61).

3.1 Selon l'art. 1 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1), la présente loi s'applique à la passation de marchés publics par les adjudicateurs qui lui sont assujettis, que ces marchés soient soumis ou non aux accords internationaux.

A teneur de l'art. 52 al. 1 let. b LMP, les décisions (cf. consid. 3.1.1) des adjudicateurs (cf. consid. 3.1.2) peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral lorsqu'elles concernent un marché portant sur des travaux de construction (cf. consid. 3.1.3) dont la valeur atteint la valeur seuil déterminante pour les procédures ouvertes ou sélectives (cf. consid. 3.1.4) et si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions prévues par l'art. 10 LMP ni ne constitue un marché public visé à l'annexe 5 ch. 1 let. c et d LMP (cf. art. 52 al. 5 LMP ; cf. consid. 3.1.5).

3.1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours contre des décisions listées à l'art. 53 al. 1 LMP, notamment contre les décisions d'adjudication (cf. art. 53 al. 1 let. e LMP), comme c'est le cas en l'espèce.

3.1.2 Cette décision doit ensuite émaner d'une autorité adjudicatrice soumise à la loi (cf. art. 4 LMP).

En vertu de l'art. 4 al. 1 LMP, sont notamment soumises à la loi les unités de l'administration fédérale centrale (let. a). En l'espèce, il n'est pas contesté que l'Office fédéral des routes appartienne à l'administration fédérale centrale, de sorte qu'il revêt la qualité d'adjudicateur au sens de l'art. 4 al. 1 let. a LMP.

3.1.3 Il n'est pas contesté non plus qu'il s'agisse en l'espèce de travaux de construction au sens de l'art. 8 al. 2 let. a LMP.

Il convient toutefois encore de déterminer si ceux-ci sont soumis aux accords internationaux. Les travaux de construction soumis aux accords internationaux sont listés à l'annexe 1 LMP. Est déterminant sur ce point le numéro de référence de la classification centrale provisoire des produits

(CPC prov) établie par l'Organisation des Nations Unies (cf. arrêt du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 1.5.2).

In casu, les décisions d'adjudication font référence aux catégories du CPV (*Common Procurement Vocabulary*) 45000000 « Travaux de construction », qui correspondent aux numéros CPC prov 513 selon l'annexe 1, ch. 1 LMP et l'appendice I, annexe 6 AMP 2012, si bien qu'il s'agit de travaux de construction soumis aux accords internationaux.

3.1.4 Il convient ensuite d'examiner si la valeur du marché public à adjuger atteint les seuils prescrits à l'art. 8 al. 4 LMP en lien avec l'art. 16 LMP et l'annexe 4 LMP.

3.1.4.1 L'art. 8 al. 4 LMP prévoit que sont soumises aux accords internationaux et à la présente loi les prestations qui sont énumérées aux annexes 1 à 3 dont la valeur atteint les valeurs seuils indiquées à l'annexe 4, ch. 1. Pour les adjudicateurs visés à l'art. 4 al. 1 LMP, la valeur seuil pour les travaux de construction (valeur totale), en procédure ouverture ou sélective, se monte à 2 millions de francs (cf. ch. 2 de l'annexe 4 LMP) et à 8,7 millions de francs pour être soumis aux accords internationaux (cf. ch. 1.1 de l'annexe 4 LMP). Si la valeur du marché atteint uniquement la valeur seuil de 2 millions et pas celle de 8,7 millions, l'effet suspensif ne peut pas être accordé (cf. art. 52 al. 2 LMP).

Lorsque la valeur totale de plusieurs travaux de construction visés à l'annexe 1, ch. 1 LMP, qui sont nécessaires à la réalisation d'un même ouvrage, atteint la valeur seuil déterminante pour l'application des accords internationaux, les dispositions de la présente loi qui régissent les marchés soumis aux accords internationaux s'appliquent. En revanche, lorsque ces travaux de construction ont chacun une valeur inférieure à 2 millions de francs et que leur valeur cumulée ne dépasse pas 20% de la valeur totale de l'ouvrage, ils sont soumis aux dispositions de la présente loi qui régissent les marchés non soumis aux accords internationaux (clause de minimis ; cf. art. 16 al. 4 LMP).

L'art. 15 al. 2 LMP prévoit qu'un marché ne peut être subdivisé en vue de contourner les dispositions de la LMP. Pour l'estimation de la valeur d'un marché, l'ensemble des prestations à adjuger ou des rémunérations qui sont en étroite relation d'un point de vue matériel ou juridique doivent être prises en compte (art. 15 al. 3 1^{ère} phrase LMP, « Bauwerkregel »). Il faut donc que la valeur totale estimée de tous les marchés de construction

nécessaires à la réalisation de l'ouvrage franchisse, in casu, le seuil de 8,7 millions de francs.

En cas de travaux réalisés simultanément, voire successivement mais présentant un lien entre eux, la question demeure de savoir si on a affaire à un seul ou au contraire à une pluralité d'ouvrages (cf. ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, n. 222). La notion d'ouvrage n'est pas définie en droit suisse. Selon la doctrine et la jurisprudence, l'existence d'un ouvrage doit être appréciée par rapport à la fonction économique et technique du résultat commun des travaux concernés (critère de l'identité fonctionnelle ; cf. JEAN-MICHEL BRAHIER, Les seuils et les multiples problèmes qui s'y rattachent, in : Marchés publics 2024, p. 351 ; POLTIER, op. cit., n. 221 ; arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France, C-16/98, point 36). Peut seulement remplir une fonction économique ou technique ce qui est viable en soi, c'est-à-dire ce qui pourrait raisonnablement aussi être construit séparément (cf. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, n. 952 p. 489). Ce qui est déterminant c'est de savoir si, au sein du marché de construction, l'on perçoit un ouvrage propre isolé ou une partie d'un projet de construction plus grand (cf. arrêt du TAF B-913/2012 du 28 mars 2012 consid. 4.2.1 et réf. cit.).

3.1.4.2 En l'espèce, les marchés litigieux portent, comme l'a relevé la recourante, sur la réfection, simultanée, du revêtement de surface de trois tronçons de la route nationale N16. Il ressort du formulaire A « Choix de la procédure » – non transmis à la recourante mais dont un résumé a été communiqué à celle-ci dans un courriel du 21 juin 2024 de l'OFROU – que le marché a été scindé en deux lots afin de pallier les risques liés aux coûts et aux délais, le but étant en effet d'une part, d'établir une démarche comparative entre les offres déposées et, d'autre part, de garantir les ressources nécessaires pour réaliser les travaux durant la période estivale, laquelle offre des conditions de pose optimales pour garantir la qualité du revêtement. Les travaux de construction en cause constituent donc économiquement et techniquement un seul et même ouvrage que le pouvoir adjudicateur a, par convenance, divisé en deux lots : secteur Sud et secteur Nord de la route nationale N16.

Le montant total des travaux de construction, adjugés respectivement à (...) francs (hors taxe) et (...) francs (hors taxe) dépasse dès lors le seuil de 8,7 millions de francs. Il s'ensuit que le seuil déterminant pour l'application de la loi et des accords internationaux aux travaux de construction (cf. art. 8 al. 4 LMP) paraît dès lors franchi.

3.1.5 Aucune des exceptions prévues par l'art. 10 LMP n'est, par ailleurs, réalisée en l'espèce. De même, le marché visé ne constitue pas un marché public figurant à l'annexe 5, ch. 1 let. c et d LMP (cf. art. 52 al. 5 LMP).

3.1.6 Le marché en cause est ainsi, *prima facie*, soumis tant à la loi qu'aux accords internationaux ; le Tribunal administratif fédéral est donc, à première vue, compétent pour connaître du présent recours.

3.2 La qualité pour recourir s'examine, en droit des marchés publics, en principe comme en procédure administrative fédérale (cf. art. 55 LMP et art. 37 LTAF en lien avec art. 48 PA ; ATF 141 II 14 consid. 2.3). Néanmoins, en matière d'adjudications de gré à gré, l'art. 56 al. 4 LMP prévoit que seules les personnes qui prouvent qu'elles peuvent et veulent fournir les prestations demandées ou des prestations équivalentes peuvent faire recours contre de telles décisions (1^{ère} phrase). Le nouveau droit tend de cette manière à limiter la qualité pour recourir aux véritables soumissionnaires potentiels, le degré de la vraisemblance étant requis (cf. ATF 150 II 105 consid. 5.9.2 ; arrêt du TAF B-6972/2023 du 23 juillet 2024 consid. 2.2). Ne peuvent être invoqués que l'application indue de la procédure de gré à gré et le grief selon lequel l'adjudication est entachée de corruption (2^e phrase).

En l'espèce, la recourante expose et démontre être une entreprise d'envergure, disposant de (...) succursales dans toute la Suisse, qui intervient régulièrement, depuis des années, sur des chantiers routiers ou autoroutiers, pour effectuer des travaux de revêtement et dispose de (...). La recourante a ainsi rendu vraisemblable qu'elle pouvait et voulait fournir les prestations demandées. En outre, contrairement à ce que considère le pouvoir adjudicateur, la recourante est, nonobstant la conclusion des contrats, encore en mesure d'offrir les prestations en cause puisque, dans une procédure de gré à gré, lorsque le contrat a été conclu avec l'adjudicataire immédiatement après l'adjudication, comme c'est le cas en l'espèce, le Tribunal administratif fédéral conserve la possibilité d'annuler celle-ci (protection juridique primaire ; cf. ATAF 2009/19 consid. 7.2).

La recourante semble ainsi disposer de la qualité pour recourir.

3.3 Les dispositions relatives à la représentation (cf. art. 11 al. 1 PA), au délai de recours (cf. art. 56 al. 1 LMP), à la forme et au contenu du mémoire de recours (cf. art. 52 al. 1 PA), ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (cf. art. 63 al. 4 PA) paraissent en outre respectées.

Il s'ensuit que le recours n'est, à première vue, pas irrecevable. Partant, il y a lieu d'entrer en matière sur la requête d'octroi de l'effet suspensif formulée par la recourante.

4.

Ceci étant, il convient en premier lieu de procéder à un examen *prima facie* des chances de succès du recours (cf. consid. 2.1 ci-dessus).

4.1 En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a attribué, au terme d'une procédure de gré à gré fondée sur l'art. 21 al. 2 let. d LMP, aux intimées 1 et 2 les marchés en cause, portant sur la réfection du revêtement de surface de trois tronçons de la route nationale N16 entre Boncourt et Sonceboz, en raison d'un problème de formation de trous. Les adjudications ont été publiées dans SIMAP le 5 juin 2024 et les contrats y relatifs conclus en date du 10 juin 2024.

Déférant lesdites décisions devant le Tribunal administratif fédéral, la recourante fait valoir qu'aucune des conditions cumulatives à l'application de l'art. 21 al. 2 let. d LMP n'est réalisée en l'espèce. En outre, la conclusion des contrats avant l'échéance du délai de recours procède d'une violation de l'art. 42 al. 2 LMP.

4.2

4.2.1 Selon l'art. 21 LMP, dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge un marché public directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres (al. 1). La procédure de gré à gré ne peut pas être utilisée par l'adjudicateur dans le but d'éviter la concurrence entre les soumissionnaires ou de les discriminer. Ce principe vaut pour tous les cas d'application de la procédure de gré à gré énumérés de manière exhaustive à l'art. 21 al. 2 let. a à i LMP (cf. message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la LMP [ci-après : message LMP ; FF 2017 1695] p. 1770). L'adjudicateur établit une documentation indiquant les noms de l'adjudicateur et du soumissionnaire retenu (let. a) ; la nature et la valeur de la prestation achetée (let. b) ; les circonstances et conditions justifiant le recours à la procédure de gré à gré (let. c ; art. 21 al. 4 LMP). Les conditions dans lesquelles un marché de gré à gré peut exceptionnellement être autorisé doivent, selon la jurisprudence, être interprétées de manière restrictive (cf. arrêts du TAF B-6972/2023 précité consid. 5.3 et B-3580/2021 du 9 mai 2022 consid. 2.1 et réf. cit.). Le fardeau de la preuve de l'existence des faits fondant l'exception incombe au pouvoir adjudicateur (cf. ATF 150 II 105 consid. 5.10 et arrêt du

TAF B-1570/2015 du 7 octobre 2015 consid. 2.3). Celui-ci est tenu de démontrer qu'il s'est penché sérieusement sur les conditions d'application de la norme (cf. s'agissant de motifs se rapportant à l'art. 21 al. 2 let. c : PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3^e éd. 2013, ch. 406).

4.2.2 Le pouvoir adjudicateur peut notamment adjuger un marché de gré à gré sans considération des valeurs seuils si, en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle que, même en réduisant les délais, une procédure ouverte, sélective ou sur invitation ne peut être menée à bien (art. 21 al. 2 let. d LMP).

Une adjudication de gré à gré en raison de l'urgence est ainsi autorisée aux conditions cumulatives suivantes : la situation d'urgence impérieuse est la conséquence d'un événement imprévisible et ne doit pas être imputable à l'adjudicateur. En outre, l'urgence doit être telle que l'organisation d'une procédure d'appel d'offres ne permettrait pas d'y faire face, même en réduisant les délais. Enfin, l'adjudicateur peut recourir à la procédure de gré à gré dans la seule mesure nécessaire à rétablir une situation normale (cf. message LMP, p. 1772 ; YASMINE SÖZERMAN, *Procédure de gré à gré – Fardeau de la preuve et autres questions choisies*, in : *Marchés publics 2022*, p. 276 ; OLIVIER RODONDI, *Les marchés de gré à gré*, in : *Marchés publics 2014*, p. 201 ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., ch. 364 p. 165).

Le marché est d'une extrême urgence lorsque sa non-attribution menacerait avec une haute vraisemblance le pouvoir adjudicateur d'une atteinte de nature économique, humaine ou environnementale. Pour savoir s'il est en présence d'un cas d'extrême urgence, l'adjudicateur doit donc d'abord déterminer la nature et l'étendue de l'intérêt à préserver et la vraisemblance d'une atteinte à cet intérêt en cas d'acquisition tardive. La protection des biens ou des intérêts dits de police, tels que la santé, la sécurité, l'ordre public et le dommage à la propriété sont prioritaires. Toutefois, un « autre intérêt public » (par ex. financier) peut aussi entrer en considération (cf. MANUEL JACQUIER, *L'urgence dans les marchés publics : une circonstance exceptionnelle de gré à gré à utiliser avec retenue*, in : *BR/DC 2019* p. 328, spéc. p. 329). Il sied encore de rappeler que l'urgence est une notion juridique indéterminée qui doit s'apprécier en fonction des circonstances concrètes (cf. arrêt du TAF B-3234/2016 du 24 août 2016 consid. 7.2.2). Par « événements imprévisibles », il convient d'entendre, selon la Commission européenne, des événements qui dépassent largement le cadre de la vie économique et sociale, tels que des

inondations ou des séismes nécessitant de toute urgence des fournitures indispensables pour secourir et abriter les victimes (cf. Commission européenne, Les marchés publics dans l'Union européenne, Guide sur les règles applicables aux procédures de passation des marchés publics de fournitures, Dans les secteurs autres que ceux de l'énergie, des transports et des télécommunications, Directive 93/36/CEE, p. 26). Pour la doctrine, la condition de l'imprévisibilité « objective » est remplie quand, par exemple, l'événement intervient hors de la sphère d'influence de l'adjudicateur ; il doit s'agir d'un impondérable, tel qu'une pandémie, une catastrophe naturelle ou encore l'introduction de nouvelles dispositions légales ou internationales sans délai transitoire. L'adjudicateur ne saurait se prévaloir d'un événement imprévisible qui trouve son origine dans une mauvaise planification ou qui est la conséquence de son inaction ou de son imprévoyance (cf. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Adjudication de gré à gré pour cause d'urgence – Arrêt du Tribunal administratif genevois du 28 juillet 2009, in : BR/DC 2010 p. 89, spéc. p. 90 ; message LMP, p. 1772). En outre, l'urgence doit être telle que l'adjudicateur ne pourrait pas remplir ses obligations s'il appliquait une procédure d'appel d'offres. Celui-ci ne se trouve en effet pas dans une situation d'extrême urgence s'il dispose du temps nécessaire pour organiser une procédure de soumission accélérée. En d'autres termes, s'il existe des solutions moins radicales que le recours à la procédure de gré à gré, il faut opter pour celles-ci (cf. message LMP, p. 1772 ; JACQUIER, op. cit., p. 332 ; RUTH AESCHBACHER/REBEKKA KREBS, in : Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, ch. 16 ad art. 21). Lorsque l'adjudicateur parvient à la conclusion qu'il respecte les conditions d'application de la circonstance exceptionnelle de l'urgence ci-devant, il doit encore définir les contours de son marché de gré à gré. L'art. XIII par. 1 lit. d AMP 2012 ne l'autorise en effet à soustraire à la concurrence que la prestation strictement nécessaire pour pallier la situation d'urgence. Même si le droit fédéral ne mentionne pas expressément cette condition, elle découle néanmoins du principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.). L'adjudicateur doit ainsi adjuger de gré à gré uniquement la partie nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public visé, même s'il sait que d'autres marchés seront nécessaires dans un avenir plus ou moins proche (cf. JACQUIER, op. cit., p. 332 ; arrêt du TAF B-3644/2017 du 23 août 2017 consid. 6.8.3).

4.3 Ceci étant, il y a lieu d'examiner si les conditions d'application de l'art. 21 al. 2 let. d LMP sont, en l'espèce, *prima facie*, cumulativement remplies, à commencer par l'existence ou non d'une situation d'urgence impérieuse.

4.3.1

4.3.1.1 Le pouvoir adjudicateur expose qu'à la suite d'inspections réalisées entre décembre 2023 et mars 2024, il a dû faire face à une situation d'urgence exceptionnelle. Il dit en effet avoir constaté, d'une manière alarmante, une dégradation accélérée et d'une ampleur inédite de la couche de roulement sur les trois tronçons concernés de la route nationale N16. Le caractère aléatoire et imprévisible de la survenance et de l'ampleur des dégâts constitue un risque majeur pour la sécurité des usagers de la N16. La dangerosité que représente un enrobé qui se décolle est évidente : des ornières et des nids de poule peuvent se former, des parties de revêtement peuvent être projetées contre des véhicules, ce qui met incontestablement en danger la sécurité des usagers qui circulent à grande vitesse sur les routes nationales. Si les travaux qui font l'objet des décisions d'adjudication attaquées ne sont pas réalisés avant la prochaine période hivernale, il est réellement à craindre que le revêtement ne passe pas l'hiver. Il est même possible d'assister à une rupture généralisée de la liaison entre la couche de roulement et la couche de liaison, ce qui conduirait à une fermeture de la route nationale pour des raisons de sécurité. A l'heure actuelle, tous les secteurs concernés font l'objet d'une étroite surveillance et l'unité territoriale (ci-après : UT) a déjà procédé à plusieurs taconnages. Par ailleurs, les réparations à entreprendre – dont la durée est de trois mois – ne peuvent avoir lieu que par temps sec et à une température de plus de 15 degrés au sol pour que le revêtement ne s'effrite pas et ce, conformément à la norme applicable et aux règles de l'art. Celles-là ne pouvaient donc débuter après le mois de juin 2024.

4.3.1.2 La recourante conteste quant à elle l'urgence à réaliser les travaux adjugés, dès lors que les trois tronçons autoroutiers concernés n'ont pas pour autant été fermés à la circulation, y compris pour les poids lourds ; aucune mesure de ralentissement n'a même été mise en place. En outre, les trous dans le revêtement ont systématiquement été rebouchés.

4.3.1.3 Il ressort de la Fiche de génération de projet (FGP), établie par le pouvoir adjudicateur et datée du 15 mars 2024, « N16 Boncourt à Sonceboz Nord ; Réfection des revêtements – Secteurs urgents », laquelle se fonde sur les rapports techniques cités ci-après (cf. consid. 4.3.2.3), que, selon les constats effectués en décembre 2023 et janvier 2024 par le domaine « Gestion du patrimoine » (ci-après : EP) et l'UT sur le tronçon Boncourt – Sonceboz Nord, trois secteurs présentaient, d'une manière anormale et imprévue, une forte accélération de dégradations de la couche de roulement, à savoir formation de nombreuses pelades caractérisées par

l'enlèvement de la première couche de revêtement et formation de creux d'environ 4 cm de hauteur et sur des longueurs pouvant aller jusqu'à 10 m. Il ressort dudit document qu'une fois une pelade formée, elle s'étend ensuite rapidement, principalement dans la longueur mais également en largeur. Ces dégradations ont comme conséquence une diminution de l'adhérence, augmentant ainsi le risque d'accidents, en particulier par temps de pluie. Elles peuvent aussi causer des dommages aux véhicules, tels que des crevaisons ou des dommages aux suspensions et provoquer des ralentissements de la circulation affectant négativement la fluidité du trafic. Il ressort ainsi de ladite FGP qu'afin d'assurer la sécurité des usagers et de maintenir le trafic sur la N16, il est indispensable de refaire, sans délai, le revêtement sur les trois secteurs concernés, à savoir Boncourt – Bure, Choindez – Moutier Sud et Loveresse – Sonceboz Nord (même couche de roulement et même année de pose).

4.3.1.4 Compte tenu de ce qui précède et des pièces versées au dossier de la cause, le tribunal considère, à première vue, qu'il y a lieu de craindre une atteinte, en particulier, à la sécurité des usagers des tronçons concernés, en cas de non-réalisation des travaux de revêtement avant l'arrivée de la prochaine période hivernale. La condition de l'existence d'une urgence impérieuse semble donc donnée.

4.3.2 Il convient ensuite d'examiner si cette situation d'extrême urgence est la conséquence ou non d'un événement objectivement imprévisible, non imputable au pouvoir adjudicateur.

4.3.2.1 Celui-ci a indiqué que l'usure de l'enrobé était en principe linéaire, ce qui permettait de planifier l'entretien des routes suffisamment à l'avance et d'organiser les travaux dans le respect des procédures applicables en matière de marchés publics selon les valeurs seuils. Or, il relève qu'en l'espèce, la dégradation n'est étonnamment en aucun cas linéaire mais exponentielle. A ce jour, la trajectoire que suivra cette dégradation anormale n'est pas prévisible : la situation sur la N16 est inédite et exceptionnelle. Il relève que cette situation d'urgence ne lui est en outre aucunement imputable. Il est en effet possible que les dégradations constatées – qui concernent tous les secteurs en question – soient le fait d'une faiblesse de la couche de roulement, due éventuellement à un défaut de collage ; des conditions météorologiques extrêmes peuvent également expliquer une telle faiblesse. Les causes des dégradations en question sont pour l'heure incertaines. Il fait encore valoir que l'on ne saurait retenir, compte tenu de la chronologie des faits, qu'il est resté inactif et s'est rendu responsable d'une planification insuffisante. Les inspections et

surveillances ont mis à jour les dégradations au début de l'année 2024. Il a ensuite fallu constater les dégâts, les analyser en surveillant notamment l'évolution du revêtement afin de comprendre quelle était l'ampleur du phénomène, avant de décider si les interventions qui font l'objet des décisions d'adjudication querellées devaient avoir lieu avant l'hiver 2024/2025. Il n'était en effet pas possible, dans les circonstances du cas présent, d'arriver à cette conclusion en quelques jours. Aussi, ce n'est que le 15 mars 2024 qu'il a pris conscience, sur la base des rapports techniques établis, que l'ampleur des dégâts constatés nécessitait les réparations prévues avant l'hiver prochain. Ceci étant, il ne pouvait pas remplir ses obligations – qui consistent notamment à entretenir et exploiter les routes nationales selon des principes économiques de telle façon qu'un trafic sûr et fluide soit garanti et que les routes puissent autant que possible être empruntées sans restriction (art. 49 de la loi fédérale du 8 mars 1960 sur les routes nationales [LRN, RS 725.11]) – s'il avait mené une procédure ouverte.

4.3.2.2 Selon la recourante, il est invraisemblable d'observer le même phénomène, simultanément, sur trois tronçons distants et ce, d'une manière prétendument imprévisible. De plus, même si elle était avérée, l'urgence serait, quoi qu'il en soit, imputable au pouvoir adjudicateur en raison de son inaction et/ou d'une mauvaise planification. Celui-ci était en effet conscient du problème de collage du revêtement au plus tard l'hiver dernier et a systématiquement fait reboucher les trous qui sont apparus depuis lors. Il aurait ainsi pu planifier la procédure d'adjudication bien plus tôt et remplir ses obligations en appliquant une procédure ouverte, sélective voire sur invitation.

4.3.2.3 Il ressort du rapport technique PROGEN (Génération de projet), relatif au tronçon N16 Loveresse – Tavanne – La Heutte, daté du 16 février 2024 et versé au dossier, que les analyses préliminaires effectuées par l'OFROU-EP en 2021 ont permis d'identifier des dégâts sur les revêtements de la chaussée qui nécessitaient une intervention. A la suite de ces premières analyses, il a été décidé d'entreprendre des investigations sur les revêtements afin de calibrer les interventions nécessaires et de définir un horizon optimal pour celles-ci. Les investigations ont été réalisées en 2022 et 2023. Une évaluation des besoins de réfection des revêtements a été effectuée sur la base des résultats desdites investigations pour le tronçon Tavannes – La Heutte. Le rapport d'étude y relatif, daté du 30 novembre 2023, a fait ressortir des besoins de remplacement de la couche de roulement dans les plus brefs délais pour le secteur Tavannes – Sonceboz Nord. Il appert également de

la Fiche de génération de projet relative à ce tronçon que de nombreuses pelades sont encore apparues en décembre 2023 et janvier 2024. Au vu de l'accélération des dégradations et de l'extension du périmètre concerné, le remplacement de la couche de roulement s'est avéré, *prima facie*, nécessaire immédiatement pour les revêtements sur l'axe principal ainsi que pour ceux de la jonction de Loveresse.

Le rapport d'étude daté du 30 novembre 2023, versé au dossier, concernant le tronçon N16 Boncourt – Porrentruy Est – réalisé sur la base des résultats des investigations précitées, effectuées en 2022 et 2023 – a fait ressortir des besoins de remplacement de la couche de roulement aux horizons 2026 pour le tronçon Boncourt – Bure. Or, les observations de l'UT et de l'EP effectuées en décembre 2023 et janvier 2024 ont mis en évidence l'étendue de dégradations apparues rapidement de manière imprévue et anormale dans le secteur Boncourt – Bure, rendant ainsi nécessaire le remplacement de la couche de roulement en urgence pour les revêtements à ciel ouvert sur l'axe principal ainsi que pour ceux des jonctions de Boncourt et de Bure.

Le rapport technique PROGEN relatif au secteur Delémont Est – Court, daté du 28 mars 2024 et versé au dossier, indique qu'à la suite des inspections susmentionnées, réalisées en 2022 et 2023, des travaux de revêtement devaient notamment être entrepris à court terme en 2025/2026 dans le périmètre d'intervention. Cette stratégie a toutefois été révisée au cours de l'hiver 2023/2024 en raison de l'observation, par l'EP et l'UT, de dégradations substantielles et rapides des enrobés : des pelades sont apparues en janvier 2024 et une fissuration étendue a été constatée. Le principe d'une intervention en urgence a été convenu en séance de direction le 31 janvier 2024, pour une réalisation des travaux en 2024, à savoir le remplacement de la couche de roulement pour les revêtements à ciel ouvert sur l'axe principal ainsi que pour ceux des jonctions de Choindez, Moutier Nord et Moutier Sud.

4.3.2.4 Il résulte de ce qui précède que les trois tronçons concernés ont fait l'objet d'investigations en 2022 et 2023 afin de planifier les différentes interventions à entreprendre sur les revêtements. Les études d'évaluation des besoins de réfection des revêtements réalisées ont conclu à la réfection du tronçon Choindez – Moutier Sud en 2025/2026, 2026 pour le tronçon Boncourt – Bure et à bref délai pour celui de Loveresse – Sonceboz Nord. Or, à la suite d'observations effectuées en décembre 2023 et janvier 2024, il s'est avéré que l'impact des conditions hivernales sur la dégradation de la couche de roulement a été particulièrement important,

rendant nécessaire une intervention urgente avant l'arrivée de la prochaine période hivernale afin d'éviter, compte tenu de l'accélération et de l'ampleur inédites des dégradations constatées, que la situation ne s'aggrave. Sur le vu de ce qui précède, l'on ne saurait, *prima facie*, reprocher au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir anticipé un événement prévisible. En effet, le tribunal retient, à première vue, qu'en raison de la rapidité et de l'ampleur inattendues de la dégradation de la couche de roulement, la présente situation d'urgence impérieuse était objectivement imprévisible ; elle n'était pas la conséquence de l'inaction ou de l'imprévoyance du pouvoir adjudicateur.

4.3.3 Il convient encore d'examiner si une procédure d'appel d'offres avec des délais réduits n'aurait néanmoins pas pu être organisée.

L'art. 47 al. 1 LMP prévoit en effet qu'en cas d'urgence dûment établie, l'adjudicateur peut réduire les délais minimaux des procédures d'appel d'offres à 10 jours au minimum pour les marchés soumis aux accords internationaux. Les délais peuvent être réduits tant pour la procédure ouverte que pour la procédure sélective. Sauf urgence, cela ne vaut cependant que pour le délai de présentation des offres (procédure ouverte). Le délai de présentation des demandes de participation (procédure sélective) ne peut être réduit. Cette disposition ne s'applique pas à la procédure sur invitation, laquelle ne vaut que pour les marchés publics non soumis aux accords internationaux (cf. art. 20 al. 1 LMP ; message LMP, p. 1813).

4.3.3.1 La Fiche de génération de projet décrivant la situation d'urgence sur les trois tronçons concernés et requérant des « mesures urgentes » a été établie et l'urgence validée par les personnes compétentes en date du 15 mars 2024. Le pouvoir adjudicateur a alors considéré quatre scénarios de procédure de marchés publics à compter de cette date, dont deux avec procédure(s) ouverte(s). En préambule, il a relevé dans ses écritures qu'il fallait en principe compter six mois pour mener à bien une procédure ouverte et a souligné l'ampleur des travaux à réaliser en l'espèce, lesquels font l'objet de douze marchés, dont six soumis aux accords internationaux. Il a en effet exposé que la réalisation de tels travaux impliquait d'avoir recours à un auteur de projet (« APR »), de mettre en place une direction locale des travaux (« DLT »), d'avoir recours à un expert trafic, des entreprises (« Entreprise ») et des prestations de laboratoire (« Laboratoire »), ce qui nécessitait d'être extrêmement organisé. Idéalement, ces marchés devraient être passés en procédure ouverte dans

l'ordre susmentionné et en série puisque ces différentes procédures dépendent l'une de l'autre.

Le premier scénario envisagé par le pouvoir adjudicateur consistait à suivre une planification des réparations à entreprendre en adoptant trois procédures ouvertes, avec réduction des délais de dépôt des offres à 10 jours pour chacune d'entre elles conformément à l'art. 47 al. 1 LMP : la première portait sur le marché « APR + DLT », la deuxième sur le marché « Entreprise » et la troisième sur le marché « Laboratoire ». Dans un tel cas de figure, compte tenu de la préparation des documents d'appel d'offres, de la publication de l'appel d'offres, du délai de remise des offres, de l'évaluation des offres, de la publication de l'adjudication, du délai de recours et de la décision du tribunal de céans quant à l'effet suspensif, l'adjudication du premier marché était exécutoire au 21 juin 2024, le deuxième au 24 septembre 2024 et le troisième au 18 novembre 2024. Les travaux commenceraient ainsi le 24 mars 2025, après la pause hivernale, pour se terminer le 2 juillet 2025.

Le deuxième scénario prévoyait de suivre deux procédures urgentes : « APR + DLT » et « Laboratoire » et une procédure ouverte avec réduction des délais à 10 jours : « Entreprise ». Dans cette hypothèse, compte tenu de la préparation des documents, de la publication de l'adjudication, du délai de recours et de la décision du tribunal de céans quant à l'effet suspensif, l'adjudication du premier marché était exécutoire au 7 mai 2024, le deuxième, en procédure ouverte avec les étapes susmentionnées, au 15 août 2024 et le troisième au 29 septembre 2024. Compte tenu de la pause hivernale du 15 octobre 2024 au 24 mars 2025, les travaux prenaient fin le 7 juin 2025.

4.3.3.2 Il suit de là que le pouvoir adjudicateur a examiné s'il était possible d'adjuger selon une procédure ouverte, à tout le moins, le marché « Entreprise ». Il résulte de son examen que le lancement d'une telle procédure, à compter du 15 mars 2024, même avec des délais réduits à 10 jours, ne permettait pas de terminer les travaux de réfection du revêtement avant l'hiver 2024/2025. Ces explications paraissent, *prima facie*, convaincantes ; les critiques de la recourante ne permettent, en tous les cas, pas de conclure, à ce stade, à une appréciation différente.

4.3.3.3 Reste à savoir si le pouvoir adjudicateur n'aurait pas pu/dû initier les procédures avant le 15 mars 2024. Il ressort du dossier que c'est en décembre 2023 et janvier 2024 que l'EP et l'UT ont constaté une forte accélération, anormale et imprévue, des dégradations de la couche de

roulement sur les trois secteurs concernés. Considérant le second scénario précité avec les marchés « APR + DLT » et « Laboratoire » en procédures urgentes et le marché « Entreprise » en procédure ouverte, il appert que six mois et demi sont nécessaires entre la validation de l'urgence et le début des travaux. Il ressort du dossier que la N16 se situe à 800 mètres d'altitude, de sorte que les températures peuvent descendre en dessous de 15 degrés déjà à la fin du mois de septembre. Les travaux, dont la durée est de trois mois, devaient donc débuter à la fin du mois de juin au plus tard, en raison des conditions de pose du revêtement. Aussi, afin de respecter la procédure ouverte, à tout le moins, pour le marché « Entreprise », compte tenu d'un délai de remise des offres réduit à 10 jours, la procédure relative au premier marché (« APR + DLT ») aurait dû être lancée à la mi-décembre ce qui, au regard des constatations opérées, ne semblait pas possible.

4.3.3.4 Pour le reste, il convient d'admettre, avec le pouvoir adjudicateur, que la procédure sélective, d'une durée moyenne de huit à neuf mois, est encore plus longue que la procédure ouverte (cf. Manuel sur les marchés publics, Routes nationales, de l'OFROU, 10^e éd., p. 112). En outre, contrairement à ce que considère la recourante, la procédure sur invitation n'est pas applicable aux marchés litigieux dès lors qu'ils sont, *prima facie*, soumis aux accords internationaux (cf. consid. 3.1.6 ci-dessus). Néanmoins, selon le message LMP, la possibilité de demander des offres à des fins de comparaison et de procéder à des négociations existe bel et bien dans la procédure de gré à gré ; elle n'est toutefois pas pertinente dans tous les cas d'application de cette procédure (cf. FF 2017 1695, p. 1770). Il suit de là que la procédure de gré à gré permet de demander des offres concurrentes. Il s'agit cependant d'une possibilité offerte au pouvoir adjudicateur et non d'une obligation. Cette opportunité n'est, en outre, pas nécessairement pertinente pour tous les cas d'application visés par la norme. Le point de savoir si cette possibilité eût été indiquée pour une procédure de gré à gré fondée sur l'urgence, comme en l'espèce, doit, quoi qu'il en soit, demeurer indécis puisque l'on ne saurait en déduire, que ce soit de la loi ou du message, une obligation pour le pouvoir adjudicateur. Le tribunal ne saurait en effet examiner la décision entreprise sous l'angle de l'opportunité (cf. art. 56 al. 3 LMP ; cf. consid. 1.1 ci-dessus).

4.3.4 Enfin, il y a encore lieu d'examiner si les adjudications litigieuses, tendant à la réfection complète du revêtement sur les trois tronçons concernés, respectent le principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.) ou si des réparations isolées sur ceux-ci auraient été suffisantes pour assurer la sécurité des usagers jusqu'à l'été 2025.

4.3.4.1 Le pouvoir adjudicateur indique que, pour limiter l'impact des dégradations constatées et réduire le risque pour les usagers de la route nationale, l'UT a procédé en début d'année 2024 à des réparations temporaires des zones les plus dégradées. Or, celles-là ont une durée de vie estimée de six mois à un an et ne seraient donc pas suffisantes pour assurer la sécurité du trafic dans les mois à venir. Aussi, face à l'ampleur des dégâts, au risque de leur multiplication et de leur intensification, une réfection complète de la couche de roulement par fraisage et nouvelle pose s'est avérée indispensable sur les tronçons en cause des secteurs concernés.

4.3.4.2 Comme il a été constaté, *prima facie*, plus haut, la couche de roulement sur les trois tronçons concernés par les adjudications contestées se dégrade d'une manière accélérée et avec une ampleur inédite. Face au risque de multiplication et d'intensification des dégâts durant l'hiver 2024/2025 en raison du gel/dégel, il n'apparaît pas disproportionné d'entreprendre une réfection complète du revêtement sur lesdits tronçons avant l'hiver afin d'assurer la sécurité et la fluidité du trafic. En effet, dès lors que ces travaux ne peuvent être effectués qu'en présence de conditions météorologiques favorables, il existe un risque que ces tronçons doivent subir des mesures de restriction de trafic jusqu'à l'été 2025 pour garantir la sécurité des usagers. Reboucher les trous à mesure qu'ils apparaissent jusqu'à l'été 2025 ne suffit pas à prévenir les risques mis en évidence dans les rapports techniques susmentionnés et desquels il ressort clairement que l'urgence ne porte pas uniquement sur la réparation des zones les plus dégradées mais bien sur le remplacement de la couche de roulement (cf. consid. 4.3.1.3 et 4.3.2.3 ci-dessus).

4.4 Il suit de là que les conditions cumulatives mises à l'application de l'art. 21 al. 2 let. d LMP, sur lequel se fonde les adjudications de gré à gré dont sont recours, paraissent en l'espèce satisfaites.

Ceci étant, il y a lieu, d'emblée, de retenir qu'à l'aune d'un examen *prima facie* de ses chances de succès, le recours paraît, sous l'angle du choix de la procédure de gré à gré, mal fondé.

4.5 Selon l'art. 42 al. 2 LMP, dans le cas des marchés soumis aux accords internationaux, un contrat peut être conclu avec le soumissionnaire retenu après l'écoulement du délai de recours contre l'adjudication, à moins que le Tribunal administratif fédéral n'ait accordé l'effet suspensif à un recours formé contre l'adjudication. La doctrine et la jurisprudence admettent néanmoins une exception à l'obligation de statu quo en cas d'intérêt public

qualifié nécessitant la conclusion immédiate d'un contrat : par exemple, en cas d'urgence particulière résultant d'une situation assimilable à un état de nécessité, la conclusion du contrat peut intervenir avant l'échéance du délai de recours (cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., ch. 1327 p. 664 ss ; THOMAS P. MÜLLER, in : Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, ch. 12 p. 561 ; ATAF 2009/19 consid. 7.2 ; décision incidente de la Commission de recours CRM 2001-014 du 16 novembre 2001, in : JAAC 66.37 consid. 2b). La recourante se prévaut in casu d'une violation de l'art. 42 al. 2 LMP.

En l'occurrence, il ressort du dossier que les contrats ont été conclus avec les intimées 1 et 2 avant l'échéance du délai de recours. Or, même dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur eût respecté le délai de recours en application de l'art. 42 al. 2 LMP, l'effet suspensif serait, à ce stade de la procédure, dans tous les cas, levé puisqu'il s'avère, *prima facie*, que c'est à juste titre que le prénommé a choisi la procédure de gré à gré. Celui-ci aurait donc été autorisé à passer les contrats. Aussi, le point de savoir si le pouvoir adjudicateur a violé l'art. 42 al. 2 LMP est sans pertinence s'agissant de l'issue de la présente décision incidente. Cette question, et les conséquences d'une éventuelle violation, seront en revanche examinées dans le cadre de l'arrêt au fond, étant précisé qu'il ne saurait être déduit de la seule réalisation, *prima facie*, des conditions d'application de l'art. 21 al. 2 let. d LMP que le pouvoir adjudicateur était également habilité à s'écarter de l'art. 42 al. 2 LMP.

Il s'ensuit que la requête d'octroi de l'effet suspensif doit être rejetée, sans qu'il n'y ait lieu de procéder à une pesée des intérêts en présence.

5.

La question des frais et dépens liés à la présente décision incidente sera réglée dans l'arrêt final.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

La requête d'octroi de l'effet suspensif est rejetée.

2.

Les frais et dépens relatifs à cette décision seront réglés dans l'arrêt au fond.

3.

La présente décision incidente est adressée à la recourante, au pouvoir adjudicateur et aux intimées 1 et 2.

Le président du collège :

La greffière :

Pascal Richard

Muriel Tissot

Indication des voies de droit :

Pour autant que les conditions au sens des art. 82 ss – en particulier l'art. 83 let. f – 90 ss et 100 LTF soient remplies, la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification. Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 12 août 2024

La présente décision incidente est adressée :

- à la recourante (recommandé avec avis de réception)
- au pouvoir adjudicateur (n° de réf. SIMAP - ID du projet 282588/282594 ; recommandé avec avis de réception)
- à l'intimée 1 (recommandé)
- à l'intimée 2 (recommandé avec avis de réception)