

BVGer B-142/2022 vom 17. März 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-03-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-142_2022

FR: TAF B-142/2022 du 17 mars 2022

IT: TAF B-142/2022 del 17 marzo 2022

Regeste

Marchés publics

Erwägungen

E. 1

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).

E. 1.1

Selon l'art. 1 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1), la 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.

E. 1.2

A teneur de l'art. 52 al. 1 let. b LMP, les décisions (cf. consid. 1.2.1) des adjudicateurs (cf. consid. 1.2.2) 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. 1.2.3) dont la valeur atteint la valeur seuil déterminante pour les procédures ouvertes ou sélectives (cf. consid. 1.2.4) et si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions visées à 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. 1.2.5).

E. 1.2.1

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.

E. 1.2.2

Il faut ensuite que cette décision émane d'une autorité adjudicatrice soumise à la loi (cf. art. 4 LMP). En l'espèce, l'Office fédéral des routes appartient à l'administration générale de la Confédération, de sorte qu'il revêt la qualité d'adjudicateur (art. 4 al. 1 let. a LMP).

E. 1.2.3

Il n'est pas contesté en l'espèce qu'il s'agisse de travaux de construction au sens de l'art. 8 al. 2 let. a LMP. Ceux-ci sont en outre soumis aux accords internationaux dès lors qu'il s'agit, dans leur globalité, de travaux de construction d'ouvrages de génie civil (ch. 3 de l'annexe 1 LMP).

E. 1.2.4

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

E. 1.2.4.1

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. 2 let. f à h 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 millions de francs pour être soumis aux accords internationaux (cf. ch. 1.2 de l'annexe 4 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'estimation préalable que le pouvoir adjudicateur fait de la valeur du marché est l'élément déterminant pour apprécier si le seuil fixé par la loi et l'ordonnance est atteint (cf. arrêt du TAF B-4157/2021 du 24 janvier 2022 consid. 1.1.4.1 et réf. cit.).

E. 1.2.4.2

En l'espèce, le marché litigieux - adjudgé pour un prix de 1'201'395.46 francs (hors taxe) - n'est que l'un des marchés en lien avec la réalisation d'un système de réglage de la vitesse GHGW, sur la N01 entre l'échangeur du Vengeron et la jonction de Nyon, dont le montant total des travaux de construction dépasse le seuil de 8 millions de francs. Le seuil déterminant pour l'application de la loi et des accords internationaux aux travaux de construction (cf. art. 8 al. 4 LMP) est dès lors franchi.

E. 1.2.5

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).

E. 1.2.6

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, le marché en cause est ainsi soumis tant à la loi qu'aux accords internationaux ; le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour connaître du présent recours.

E. 2

La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la LMP et la LTAF n'en disposent pas autrement (cf. art. 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.

E. 2.1

Selon l'art. 48 al. 1 PA, a qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.

L'intérêt digne de protection du soumissionnaire évincé est reconnu lorsque celui-ci aurait, en cas d'admission de son recours, de réelle chance d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ; arrêt du TAF B-396/2018 du 19 février 2019 consid. 2.2).

E. 2.2

En l'espèce, les recourantes ont pris part à la procédure d'adjudication et sont spécialement atteintes par la décision entreprise dès lors que l'offre, qu'elles ont déposée, a été écartée. Reste à déterminer si elles ont un intérêt digne de protection au recours, leur offre ayant été classée en troisième position. Pour ce faire, il faut examiner si, à suivre leur argumentation, elles auraient une chance réelle d'obtenir le marché. En l'espèce, il y a lieu d'admettre, à la lecture du recours, qu'implicitement les recourantes requièrent l'exclusion de l'offre retenue. A l'appui de cette conclusion, elles ne soulèvent toutefois qu'un seul grief, à savoir le fait que l'adjudicataire ne dispose pas de l'autorisation OIBT. Elles ne s'en prennent pour le surplus ni à l'attribution de leurs propres notes ni à l'attribution de celles de l'adjudicataire. Invitées à se déterminer sur la recevabilité de leur recours et informées par le tribunal sur le fait que le soumissionnaire classé en deuxième position disposait de l'autorisation en cause, elles n'ont nullement complété leur argumentation ni requis d'informations supplémentaires en vue de le faire. Elles se contentent, en effet, d'affirmer avoir sollicité le pouvoir adjudicateur avant le dépôt du recours ; toutefois, dûment renseignées sur les différentes notes obtenues par les trois soumissionnaires lors de l'évaluation, elles ne demandent pas, dans leurs écritures, la moindre explication à leur sujet. Aussi, à supposer que le grief soulevé par les recourantes soit fondé et qu'il y ait lieu d'exclure l'adjudicataire pour le motif du défaut d'autorisation OIBT, le marché devrait être adjugé au soumissionnaire classé en deuxième position, lequel dispose effectivement de dite autorisation. Il suit de là que les recourantes ne disposent pas d'une réelle chance d'obtenir le marché et qu'on ne saurait leur reconnaître un intérêt digne de protection à l'examen du bien-fondé de l'adjudication prononcée. La qualité pour recourir ne doit donc pas leur être reconnue.

E. 2.3

En tant que les recourantes font valoir qu'il relève de l'intérêt public de faire annuler un marché adjugé à une société qui ne dispose pas de l'autorisation OIBT, elles semblent implicitement se prévaloir de la nullité de l'adjudication. La jurisprudence subordonne toutefois expressément un intérêt digne de protection à la constatation éventuelle de la nullité dans le cadre d'un recours (arrêt du TF 1C_627/2012 du 24 avril 2013 consid. 2 faisant référence à l'ATF 136 II 415 consid. 1.2 et 1.3 ; arrêt du TAF B-3595/2021 du 3 janvier 2022 consid. 8). Or, c'est précisément cet intérêt qui fait défaut aux recourantes en l'espèce (cf. supra consid. 2.2). Cela étant, même à supposer que l'absence d'autorisation OIBT puisse constituer un motif entraînant la nullité de l'attribution du marché, cela ne saurait être le cas que si dite autorisation devait faire défaut au moment de la réalisation des travaux et non au stade de l'adjudication déjà. En effet, une décision n'est nulle que si notamment le vice qui l'affecte est particulièrement grave (cf. ATF 138 II 501 consid. 3.1, 138 III 49 consid. 4.4.3, 132 II 21 consid. 3.1 et 129 I 361 consid. 2.1 ; arrêt du TAF B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 11.1).

E. 2.4

Il suit de l'ensemble de ce qui précède que le recours est irrecevable.

E. 3

Le présent arrêt rend sans objet la requête d'octroi de l'effet suspensif formée par les recourantes. Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (cf. art. 63 al. 4bis PA, art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF). En l'espèce, compte tenu de l'ampleur de la cause, en particulier le fait que le présent arrêt se limite à la question de la recevabilité, des frais réduits doivent être arrêtés à 1'500 francs et mis à la charge des recourantes qui succombent. Ce montant est imputé à hauteur de 500 francs sur chacune des avances de frais de 2'000 francs versée par les recourantes durant l'instruction. Le solde de 4'500 francs leur sera restitué, à savoir 1'500 francs chacune, dès l'entrée en force du présent arrêt. Il n'est pas alloué de dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF a contrario et art. 7 al. 3 FITAF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.