

BVGer B-1823/2017 vom 23. Februar 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-02-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1823_2017

FR: TAF B-1823/2017 du 23 février 2017

IT: TAF B-1823/2017 del 23 febbraio 2017

Regeste

Marchés publics

Erwägungen

E. 1.1

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître notamment des recours contre les décisions d'adjudication et d'exclusion dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1 ; cf. art. 29 let. a et d LMP en relation avec l'art. 27 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. 28 al. 2 LMP).

E. 1.2

La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la LMP et la LTAF n'en disposent pas autrement (cf. art. 26 al. 1 LMP et art. 37 LTAF). Selon l'art. 31 LMP, le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué dans la procédure de recours.

E. 1.3

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).

E. 2

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. 2.1

La LMP s'applique uniquement aux marchés publics visés par l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (ci-après : AMP, RS 0.632.231.422). Un recours devant le Tribunal administratif fédéral n'est recevable que s'il est dirigé contre une décision prise conformément aux procédures d'adjudication prévues par la LMP (cf. a contrario art. 2 al. 3 4ème phrase LMP, voir aussi art. 39 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP, RS 172.056.11] ; ATAF 2008/61 consid. 3.1, 2008/48 consid. 2.1 et réf. cit.). Elle est applicable si l'entité adjudicatrice est soumise à la loi (art. 2 LMP), si le type de marché adjugé est visé par celle-ci (art. 5 LMP), si la valeur du marché public à adjuger atteint les seuils prescrits à l'art. 6 al. 1 LMP et, enfin, si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions prévues à l'art. 3 LMP.

E. 2.1.1

Ainsi, en vertu de l'art. 2 al. 1 LMP, est notamment soumise à la loi, l'administration générale de la Confédération (let. a). En l'espèce, l'Administration fédérale des douanes AFD fait partie de l'administration générale de la Confédération de sorte qu'elle revêt la qualité d'adjudicateur au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP.

E. 2.1.2

Par marché de services au sens de la LMP, on entend un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la fourniture d'une prestation contenue dans la liste exhaustive de l'appendice 1, annexe 4, de l'AMP (art. 5 al. 1 let. b LMP), liste reprise à l'annexe 1a de l'OMP. Est déterminant sur ce point le numéro de référence de la classification centrale provisoire des produits (CPCprov) établie par l'Organisation des Nations Unies (cf. arrêt B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 1.5.2). Selon l'appel d'offres, le marché concerne le nettoyage et l'entretien de véhicules de l'AFD. Il est en outre fait référence aux catégories du CPV (Common Procurement Vocabulary) 50112200 Services d'entretien de voitures, 50112300 Services de lavage de voitures et services similaires, 90917000 Services de nettoyage de matériel de transport. Ces catégories correspondent au numéro CPCprov 61120 Services d'entretien et de réparation de véhicules automobiles, lequel comprend également les services de lavage de véhicules automobiles et est compris dans la liste de l'appendice 1, annexe 4, de l'AMP. Le marché en cause est dès lors soumis à la LMP.

E. 2.1.3

Enfin, l'art. 6 al. 1 LMP prévoit des seuils (sans la TVA) au-delà desquels la loi est applicable si la valeur estimée du marché à adjuger les atteint. L'art. 1 let. b de l'ordonnance du DEFR du 23 novembre 2015 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2016 et 2017 (RS 172.056.12) dispose en lien avec ledit article que la valeur seuil se monte à 230'000 francs pour les services. L'estimation préalable que le pouvoir adjudicateur fait de la valeur du marché est l'élément déterminant pour apprécier si le seuil fixé par la loi et l'ordonnance est atteint (cf. arrêt du TAF B-985/2015 du 12 juillet 2015 consid. 2.4 et réf. cit.). En l'occurrence, la valeur seuil paraît également atteinte, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté.

E. 2.1.4

Aucune des exceptions prévues par l'art. 3 al. 1 LMP n'est, par ailleurs, réalisée en l'espèce.

E. 2.1.5

Il ressort de ce qui précède que, prima facie, la LMP s'applique dans le cas présent.

E. 2.2

La qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA en relation avec l'art. 26 al. 1 LMP) doit être reconnue à la recourante en tant qu'implicitement elle défère son exclusion. Cette qualité doit également être admise, en tant que la recourante s'en prend à la décision d'adjudication, dès lors que, si son offre - qui présente le prix le plus bas - devait être évaluée, celle-ci aurait des chances réelles d'être retenue (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ainsi que l'arrêt du TF 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2 ; cf. également Martin Beyeler, Lausanne-Luzern, einfach, in : Droit de la construction 2015, p. 214 ss). Toutefois, elle n'a d'intérêt digne de protection à recourir contre la décision d'adjudication que si son offre est effectivement évaluée (cf. arrêt du TAF B-1875/2014 du 16 juillet 2014 consid. 1.3). En effet, l'exclusion de soumissionnaires intervient nécessairement avant l'évaluation des offres et l'adjudication

du marché. Si une offre est exclue à tort, la procédure d'adjudication s'en trouve viciée et doit être reprise au stade de l'exclusion erronée, à savoir avant l'évaluation des offres. Il s'ensuit que la conclusion de la recourante tendant à ce que le marché lui soit adjugé est prématurée. En revanche, en tant qu'elle prétend que son offre a été exclue à tort, elle est pleinement légitimée à requérir l'annulation de l'adjudication et le renvoi de la cause pour nouvelles évaluation et décision (cf. arrêt du TAF B-4743/2015 du 9 décembre 2015 consid. 2.2).

E. 2.3

Les dispositions relatives à la représentation (cf. art. 11 al. 1 PA), au délai de recours (cf. art. 30 LMP), à la forme et au contenu du mémoire de recours (cf. art. 52 al. 1 PA), ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (cf. art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

E. 2.4

En conséquence, le recours ne paraît pas irrecevable. Partant, il y a lieu d'entrer en matière sur la requête d'octroi de l'effet suspensif formulée par la recourante.

E. 3

A la différence de l'art. 55 al. 1 PA, l'art. 28 al. 1 LMP prévoit que le recours n'a pas d'effet suspensif. Sur demande, le Tribunal administratif fédéral peut accorder l'effet suspensif (cf. art. 28 al. 2 LMP). La LMP ne mentionne pas les critères à prendre en considération pour statuer sur la requête d'effet suspensif. Selon les principes développés par la jurisprudence et la doctrine à propos de l'art. 55 PA, auxquels il convient de se référer, 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. ATF 129 II 286 consid. 3 ; décisions incidentes du TAF B-804/2014 du 16 avril 2014 consid. 3, B-3158/2011 du 12 juillet 2011 consid. 3 et réf. cit.). La réglementation spéciale de l'art. 28 LMP, prévoyant que le recours n'a pas d'effet suspensif mais qu'il peut être accordé sur demande, 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. ; décision incidente du TAF B-3402/2009 précitée).

E. 3.1

Dans le cadre de l'examen de la requête d'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. décisions incidentes du TAF B-7753/2016 du 1er février 2017 consid. 3.3 destiné à la publication, B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 2.2 et B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1).

E. 3.2

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-6177/2008 précitée consid. 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), 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 AMP, 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.).

E. 4

Ceci étant, il convient, en premier lieu, de procéder à un examen *prima facie* des chances de succès du recours.

E. 5

La recourante fait principalement valoir que le terme de « Waschstrasse » figurant dans l'appel d'offres est un terme générique, synonyme de « Waschanlage », ne faisant pas référence à un type d'installation particulière, la seule exigence prescrite étant celle de la proximité de l'installation par rapport au lieu de situation des véhicules.

E. 5.1.1

Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix et l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication, celui-ci étant libre de spécifier ses besoins en tenant compte de la solution qu'il désire (cf. ATF 137 II 313 consid. 3.4 traduit au JdT 2012 I p. 20). A l'instar du Tribunal fédéral, l'appréciation du Tribunal administratif fédéral ne saurait donc se substituer à celle du pouvoir adjudicateur ; seul l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation doit être sanctionné (cf. arrêt du TAF B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 7.3.1 et réf. cit.). Cela vaut également pour les spécifications techniques (cf. arrêt du TAF B-4958/2013 précité consid. 2.5.3 et réf. cit.). La détermination des conditions pour soumissionner et des critères de qualification doit ainsi tenir compte des effets sur la concurrence entre soumissionnaires, de sorte qu'il demeure une concurrence résiduelle suffisante (cf. ATAF 2010/58 consid. 6.3 ; Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, n° 324).

E. 5.1.2

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 afin que les soumissionnaires puissent connaître les exigences que leur offre doit satisfaire (cf.

ATAF 2011/58 consid. 13.2.1).). Les critères d'adjudication et d'aptitude doivent ainsi être interprétés au regard du principe de la confiance ; la volonté subjective du pouvoir adjudicateur importe peu (cf. ATF 141 II 14 consid. 7.1 ; arrêt du TF 2C_1101/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.4.1). Les mêmes principes valent pour les spécifications techniques (art. 12 LMP) que doivent satisfaire les offres (cf. arrêt du TAF B-4958/2013 précité consid. 2.6 ; décision incidente du TAF B-7753/2016 du 1er février 2017 consid. 4.3 à 4.5, destinée à la publication).

E. 5.2

En l'occurrence, les documents d'appel d'offres, en particulier l'annexe II du cahier des charges intitulée « Leistungsanforderungen », prévoit ce qui suit en ce qui concerne le lavage (point 2.4) : « Die Fahrzeuge werden in einer möglichst nahe gelegenen Waschstrasse gewaschen. Dazu gehört auch das Reinigen der Radkasten und der Felgen. Für die Wäsche ist der betreffende Mitarbeiter befugt, mit dem entsprechenden Fahrzeug in die Waschstrasse zu fahren. »

E. 5.3

Tout d'abord, le terme « Waschstrasse » est défini selon le « Duden » comme : « Waschanlage, durch die die zu waschenden Wagen mithilfe eines besonderen Mechanismus langsam hindurchgerollt werden » (cf. <http://www.duden.de/suchen/dudenonline/waschstrasse>) Cette définition, à savoir une installation de nettoyage dans laquelle les voitures à nettoyer sont lentement avancées ou prises dans un mécanisme à rouleaux, permet de déduire que le terme de « Waschstrasse » correspond à un tunnel de lavage, à un lave-auto ou, à tout le moins, à un système automatisé de lavage. Aussi, une interprétation du terme « Waschstrasse » selon le principe de la confiance conduit à déduire qu'une installation automatisée du lavage des véhicules était attendue du pouvoir adjudicateur. Cette interprétation est en outre confortée par le fait qu'il est prévu que les collaborateurs du pouvoir adjudicateur peuvent conduire les véhicules dans l'installation de lavage (« in die Waschstrasse »). Pour ce même motif, il y a lieu de déduire qu'un lavage sur place, comme le propose la recourante, n'était nullement envisagé ; il est d'ailleurs prévu que l'installation de lavage doit être à proximité du lieu de situation des véhicules. Dans ces circonstances, on ne saurait déduire qu'aucune installation particulière de lavage n'était attendue du pouvoir adjudicateur. A tout le moins, à l'aune du point 2.4 des exigences de prestations, on pouvait raisonnablement attendre de la recourante qu'elle interpelle le pouvoir adjudicateur, dans le cadre des questions concernant l'établissement de l'offre, quant à l'importance du type d'installation de nettoyage comme du lieu de lavage, ce d'autant plus qu'elle entendait, selon ses dires, offrir un service totalement innovant et inconnu. Il s'ensuit que l'offre de la recourante prévoyant un système mobile du lavage sur place des véhicules moyennant l'emploi de fourgonnettes équipées d'installation à vapeur ne satisfait pas *prima facie* aux exigences de prestations du cahier des charges. Elle paraît dès lors constituer une variante, laquelle n'était pas autorisée à être déposée en l'espèce conformément au point 2.8 de l'appel d'offres.

E. 5.4

En tant que la recourante fait valoir que le système offert est totalement nouveau et inconnu du pouvoir adjudicateur, ainsi que plus écologique, économique et rapide, elle s'en prend en réalité au choix de prestations retenu par le pouvoir adjudicateur. Or, sur ce point, elle perd de vue que celui-ci est libre de spécifier ses besoins en tenant compte de la solution qu'il

désire (cf. supra consid. 5.1.1). La recourante ne développe pour le surplus aucun argument permettant d'admettre que le pouvoir adjudicateur aurait abusé de son pouvoir d'appréciation ou arrêté les exigences de prestations sans tenir compte des conséquences de ce choix sur la concurrence (cf. ibidem). D'ailleurs, les raisons invoquées par le pouvoir adjudicateur pour justifier son choix (diversité des lieux de situation, manque de place, flexibilité) ne paraissent nullement insoutenables et ce, même si d'autres prestations doivent être effectuées sur place. De plus, le marché a été divisé en plusieurs lots permettant ainsi à des entreprises actives sur certaines parties du pays seulement de soumissionner et de maintenir une concurrence résiduelle suffisante.

E. 5.5

Il suit de là que prima facie l'offre de la recourante, qui ne satisfait pas aux exigences de prestations, a été à juste titre exclue par le pouvoir adjudicateur.

E. 6

En conclusion, il y a lieu de retenir qu'à l'aune d'un examen prima facie de ses chances de succès, le recours paraît manifestement infondé, de sorte 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.

E. 7

S'agissant du droit à la consultation du dossier, la recourante a eu partiellement accès à celui-ci, dans la mesure fixée par décision incidente du 19 avril 2017. Au regard des conclusions et griefs du recours, il y a lieu d'admettre qu'elle a pu suffisamment prendre connaissance des éléments pertinents du dossier pour être en mesure de se déterminer valablement, en particulier dans l'optique d'un éventuel recours contre la présente décision. La question d'un accès plus large au dossier dans le cadre de la procédure au fond demeure réservée ; elle sera tranchée, le cas échéant, par décision incidente séparée (cf. notamment décisions incidentes du TAF B-2675/2012 du 23 juillet 2012 consid. 5 et B-3803/2010 du 23 juin 2010 consid. 7.4 ainsi que réf. cit.).

E. 8

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

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