

# **BVGer B-2426/2021 vom 18. Oktober 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-10-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-2426\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2426_2021)

FR: TAF B-2426/2021 du 18 octobre 2021

IT: TAF B-2426/2021 del 18 ottobre 2021

## **Regeste**

Marchés publics

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

En préambule, il y a lieu de relever, au regard du droit matériel applicable, que la nouvelle loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics est entrée en vigueur le 1er janvier 2021 (LMP, RS 172.056.1 ; cf. art. 63 LMP). Celle-ci ne s'applique toutefois pas à la présente procédure de recours dès lors que la procédure d'adjudication en cause a été lancée avant son entrée en vigueur (cf. art. 62 LMP). C'est donc l'ancienne loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (aLMP, RO 1996 508), ainsi que l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (aOMP, RO 1996 518), qui sont citées dans le présent arrêt.

### **E. 1.2**

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

### **E. 1.3**

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours notamment contre les décisions d'adjudication dans le domaine de l'aLMP (cf. art. 29 let. a aLMP en relation avec l'art. 27 al. 1 aLMP). Il 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. 1.3.1**

L'aLMP s'applique en principe uniquement aux marchés publics visés par l'Accord GATT/OMC sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP 1994, RO 1996 609). 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 l'aLMP (a contrario art. 2 al. 3 4ème phrase aLMP, voir aussi art. 39 aOMP ; cf. ATAF 2008/61 consid. 3.1, 2008/48 consid. 2.1 et réf. cit.). Celle-ci est applicable si l'entité adjudicatrice est soumise à la loi (art. 2 aLMP), si le type de marché concerné est visé par celle-ci (art. 5 aLMP), si la valeur du marché public à adjuger atteint les seuils prescrits à l'art. 6 al. 1 aLMP et, enfin, si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions prévues à l'art. 3 aLMP.

#### **E. 1.3.1.1**

Ainsi, en vertu de l'art. 2 al. 1 aLMP, est notamment soumise à la loi, l'administration générale de la Confédération (let. a). En l'espèce, il n'est pas contesté que l'Office fédéral des routes appartienne à l'administration générale de la Confédération, de sorte qu'il revêt la qualité d'adjudicateur au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP.

#### **E. 1.3.1.2**

Par marché de services au sens de l'aLMP, l'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 1994 (art. 5 al. 1 let. b aLMP), liste reprise dans l'annexe 1a de l'aOMP. 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 du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 1.5.2). En l'espèce, l'appel d'offres fait référence à la catégorie du CPV (Common Procurement Vocabulary) 71300000 « Services d'ingénierie », 77400000 « Services zoologiques » et 90700000 « Services relatifs à l'environnement ». Si les services zoologiques, qui tombent sous le numéro CPCprov 96, ne sont pas compris dans la liste de l'appendice 1 de l'annexe 4 à l'AMP 1994, il en va autrement des services d'ingénierie et des services relatifs à l'environnement qui sont compris respectivement sous les numéros de référence CPC 867 et 94. Pour déterminer le régime applicable à un marché comprenant à la fois des services soumis au droit des marchés publics et d'autres qui ne le sont pas, il convient de comparer le poids financier des services inclus dans la liste de l'appendice 1 de l'annexe 4 à l'AMP 1994 avec celui des services qui ne le sont pas. Si les services soumis au droit des marchés publics sont financièrement plus importants que ceux qui ne le sont pas, le droit des marchés publics sera applicable à l'entier du marché conformément à la méthode de la prépondérance (cf. Beyeler Martin, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, 2012, no 1059 ; ATAF 2008/48 consid. 4.3). En l'espèce, parmi les différentes tâches qui forment le marché, seul le maintien en captivité des vipères doit être considéré comme un service zoologique. Or, cette activité ne représente que 13,21% du montant total des prestations selon la rubrique « Sous-traitance Q1.3 » de l'offre de l'adjudicataire. Si ce chiffre doit certes être nuancé, l'offre de l'adjudicataire, prévoyant pour le maintien en captivité des serpents deux personnes ressources autres que les sous-traitants, les frais liés à la détention ne dépasseront en toute vraisemblance pas les 50% du montant total du mandat, ce que suggère également l'estimation du nombre d'heures nécessaires à la détention des vipères, lequel s'élève à 38% seulement du nombre total d'heures nécessaires à l'exécution du mandat. Force est ainsi d'admettre que le maintien en captivité des vipères, autrement dit les services zoologiques non soumis au droit des marchés publics, représente moins de 50% du montant total des prestations. Par conséquent, il faut retenir que le marché est bien soumis à l'aLMP.

#### **E. 1.3.1.3**

L'art. 6 al. 1 aLMP prévoit des seuils (hors TVA) au-delà desquels la loi est applicable si la valeur estimée du marché à adjuger les atteint. L'art. 1 de l'ordonnance du DEFR du 19 novembre 2019 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2020 et 2021 (RS 172.056.12) prévoit, en lien avec ledit article, que la valeur seuil se monte à 230'000 francs pour les services (let. b). 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 du marché a été estimée par le pouvoir adjudicateur à

250'000 francs. Le seuil déterminant pour l'application de l'aLMP aux marchés de services est dès lors franchi.

#### **E. 1.3.1.4**

Aucune des exceptions prévues par l'art. 3 aLMP n'est, par ailleurs, réalisée en l'espèce, dès lors que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas prévalu de l'art. 3 al. 2 let. b aLMP. Il ressort de ce qui précède que l'aLMP s'applique in casu.

#### **E. 1.3.2**

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 notamment reconnu lorsque celui-ci disposerait, en cas d'admission de son recours, d'une réelle chance d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ; arrêt du TAF B-1511/2020 du 9 juin 2020 consid. 3.2). En l'espèce, la recourante, qui a été classée en seconde position, est la seule société, hormis l'adjudicataire, à avoir soumissionné. A supposer que l'on suive son argumentation, elle disposerait d'une réelle chance d'obtenir le marché. Par conséquent, la recourante a un intérêt digne de protection à l'examen du bien-fondé de l'adjudication prononcée. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue. Les dispositions relatives à la représentation (cf. art. 11 al. 1 PA), au délai de recours (cf. art. 30 aLMP), 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. Le recours est ainsi recevable.

#### **E. 2**

A l'appui de son recours, la recourante expose notamment - sur la base du « Manuel sur les marchés publics - Routes nationales - OFROU » - que la pondération des critères d'adjudication opérée par le pouvoir adjudicateur s'est fondée sur un projet de construction d'une grande complexité avec un nombre d'heures non établi (C1 Prix [60%], C2 Qualité de l'offre [30%], C3 Qualité du soumissionnaire [10%]) alors qu'au vu du présent mandat, elle aurait dû se fonder sur un projet comprenant des prestations de mandataire avec un nombre d'heures imposé par le maître d'ouvrage (C1 Prix [25%], C2 Qualité de l'offre [35%], C3 Qualité du soumissionnaire [40%]). Elle relève d'ailleurs que le Guide concernant l'acquisition de prestations de mandataire 2018 de la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (KBOB) recommande, pour les tâches difficiles de conseil et de maîtrise d'ouvrage, une pondération entre 75-80% pour les critères de qualité et entre 20-25% pour le critère du prix. Selon elle, si les critères d'adjudication avaient été pondérés correctement, elle aurait obtenu le marché. Aussi, elle considère que les critères d'adjudication ont été pondérés de manière si erronée et contraire aux propres recommandations du pouvoir adjudicateur qu'il se justifie en l'espèce de considérer nulle la procédure d'appel d'offres avec effet ex tunc.

#### **E. 2.1**

Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, les griefs concernant l'appel d'offres ne peuvent être soulevés dans le cadre d'un recours contre une décision ultérieure à moins que la signification et la portée de la disposition en cause ne soient pas d'emblée reconnaissables (cf. ATAF 2014/14 consid. 4.4 ; arrêts du TAF B-255/2021 du 30 juin 2021, B-1511/2020 du 16 février 2021 consid. 4.4 et B-4602/2019 du 4 mars 2020 consid. 2.2).

## **E. 2.2**

En l'espèce, force est de constater que la pondération de chacun des critères d'adjudication (C1 Prix [60%], C2 Analyse des tâches et proposition de marche à suivre, concept de gestion de la qualité, analyse des risques [30%], C3 Personnes-clés : qualification par rapport aux exigences du projet [10%]) a été clairement annoncée dans l'appel d'offres, que la recourante n'a pas attaqué. En outre, si la recourante conteste que son grief serait tardif, elle n'explique toutefois ni en quoi il aurait été soulevé à temps ni ne prétend que la signification ou la portée de la pondération n'étaient pas d'emblée reconnaissables. Il suit de là que le grief de la recourante, formulé pour la première fois à l'encontre de la décision d'adjudication, est forclus.

## **E. 3**

La recourante se plaint ensuite de ce que l'adjudicataire aurait dû être exclue puisque son offre ne respecte pas les sous-critères d'aptitude Q1.1, Q1.2, Q1.3 et Q3.1.

### **E. 3.1**

Selon la jurisprudence, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix, la formulation et l'évaluation des critères d'aptitude, celui-là étant libre de spécifier ses besoins en tenant compte de la solution qu'il désire (cf. ATF 137 II 313 consid. 3.4 ; 141 II 14 consid. 7.1 et réf. cit.; arrêts du TAF B-396/2018 du 19 février 2019 consid. 3.3 et B-4637/2016 du 17 mars 2017 consid. 3.8). Une fois les critères d'aptitude arrêtés dans l'appel d'offres, ils doivent être interprétés au regard du principe de la confiance, indépendamment de la volonté subjective du pouvoir adjudicateur (cf. ATF 141 II 14 consid. 7.1 ; arrêt du TF 2C\_1101/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.4.1 ; ATAF 2019 IV/1 consid. 3.3 ; arrêt du TAF B-1515/2020 du 24 novembre 2020 consid. 4.4). Dans son contrôle, l'autorité de recours doit toutefois faire preuve d'une retenue particulière eu égard au grand pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur ; lorsque plusieurs interprétations sont possibles, elle n'a pas à choisir celle qui lui semble opportune (cf. art. 31 aLMP) mais doit définir les limites de ce qui est légalement admissible (cf. ATF 141 II 14 consid. 7.1 et réf. cit. ; arrêt du TF 2C\_698/2019 du 24 avril 2020 consid. 4.3 ; arrêts du TAF B-1515/2020 du 24 novembre 2020 consid. 4.4 et B-4637/2016 du 17 mars 2017 consid. 3.8). Cela vaut notamment lorsque le pouvoir adjudicateur considère un projet cité en référence par un soumissionnaire comme comparable au marché dont l'adjudication est litigieuse (cf. décision incidente du TAF B-3237/2020 du 5 août 2020 consid. 6.4 et réf. cit.). Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur définit librement les preuves (preuves de la capacité financière, économique et technique) attendues pour attester de l'aptitude (cf. décision incidente du TAF B-7393/2008 du 14 janvier 2009 consid. 3.2.2.2). Le non-respect d'un critère de qualification conduit à l'exclusion du soumissionnaire de la procédure d'adjudication (cf. art. 11 let. a aLMP). En principe, le pouvoir adjudicateur peut fonder sa décision sur les documents présentés par les soumissionnaires. Il a le droit, mais pas l'obligation, de vérifier les informations (cf. ATF 139 II 489 consid. 3.2 ; 141 II 14 consid. 8.4.4). Le choix de le faire relève de son pouvoir d'appréciation, lequel n'est pas outrepassé tant qu'il n'y a pas d'indices concrets selon lesquels les documents présentés seraient mensongers (cf. ATF 141 II 14 consid. 8.4.4 ; arrêt du TF 2C\_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 1.3.3).

### **E. 3.2**

Il y a, en l'espèce, lieu de commencer par traiter le grief de la recourante relatif au sous-critère d'aptitude Q.1.3, dès lors que celui-ci a une incidence sur le reste de son argumentation.

#### **E. 3.2.1**

Le sous-critère de qualification Q1.3 est ainsi défini comme suit dans l'appel d'offres : Q1.3 Sous-traitance 50% au maximum de la prestation peuvent être fournis par sous-traitance.

#### **E. 3.2.2**

Selon la recourante, toutes les prestations de maintien en captivité seront effectuées par les sous-traitants de l'adjudicataire. Or, le maintien en captivité des serpents sauvages constitue l'essentiel des tâches de l'appel d'offres et, par expérience, au moins 60% du total de la prestation. Elle en veut pour preuve que, dans le contrat de gré à gré du 11 mai 2020, le nombre total d'heures allouées à ce projet était de 1'209 heures, dont 732 heures (soit 60,5%) destinées au maintien en captivité. Procédant à sa propre estimation fondée sur le nombre de serpents réellement maintenus en captivité, la recourante parvient à la conclusion que le maintien en captivité de ceux-ci correspond au minimum à 51,30% des prestations du présent mandat. Elle soutient en effet que le nombre de serpents maintenus en captivité a systématiquement été sous-estimé par le pouvoir adjudicateur ; par exemple, en 2020, 108 serpents étaient maintenus en captivité alors que le cahier des charges n'en prévoyait que 93 ; de même, en 2021, la recourante en aurait détenus 91, alors que le cahier des charges n'en prévoyait que 70. Elle ajoute encore que le pouvoir adjudicateur sous-estime le nombre d'heures réelles à consacrer au maintien en captivité, 4 heures par animal, sur toute la durée du mandat, étant en effet insuffisantes.

#### **E. 3.2.3**

Le pouvoir adjudicateur estime l'ampleur des prestations liées à la détention des reptiles, compte tenu du nombre effectif de vipères, à 38% des heures nécessaires à la réalisation du mandat, toutes phases de travaux comprises. D'ailleurs, selon l'offre de l'adjudicataire, les sous-traitants responsables de la détention des serpents ne toucheront que 13,21% du montant total du prix des prestations.

#### **E. 3.2.4**

En l'espèce, l'estimation des prestations relatives au maintien en captivité des serpents établie par le pouvoir adjudicateur, qui liste clairement les paramètres du calcul et détaille pour chaque année le nombre d'heures prévues, est nettement inférieure aux 50% des prestations. De plus, elle se fonde à juste titre sur les chiffres pronostiqués par le pouvoir adjudicateur dans son cahier des charges (ch. 3.5) et non sur le nombre effectif de serpents capturés en 2020 et 2021. En effet, l'offre de l'adjudicataire et la sous-traitance litigieuse qu'elle contient ont été formulées en se fondant sur les documents d'appel d'offres. Le pouvoir adjudicateur ne pouvait dès lors calculer l'étendue des prestations sous-traitées sur la base des chiffres ne ressortant pas du dossier d'appel d'offres et que l'adjudicataire ne pouvait connaître. Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que l'offre de l'adjudicataire respecte le sous-critère d'aptitude Q1.3.

#### **E. 3.3**

Quant au sous-critère d'aptitude Q1.1, il est décrit comme suit dans l'appel d'offres : Q1.1 Référence du soumissionnaire Une référence du soumissionnaire relative à un projet de complexité comparable dans le même domaine spécialisé, déjà réalisé, indiquant la période,

l'investissement global du projet, les prestations effectuées et le ou les interlocuteur(s) du ou des mandant(s) autorisé(s) à fournir des renseignements. En sus du descriptif, il sera indiqué les dates, le montant des prestations et le nom du Maître d'Ouvrage. Pour des travaux en consortium ou en sous-traitance, le soumissionnaire indique la nature des tâches réalisées par ses soins et la part de pourcentage de ses prestations, sur l'ensemble des travaux. Ces informations doivent être insérées dans le cahier d'offres. Le sous-critère d'aptitude Q3.1 se présente lui ainsi : Q3.1 Références des personnes-clés Une référence de la personne-clé (\*) dans une fonction équivalente pour un projet de complexité comparable, déjà réalisé, indiquant la fonction, la période, le montant des honoraires du soumissionnaire et le coût global du projet, les phases réalisées, les prestations effectuées et le ou les interlocuteur(s) du ou des mandant(s) autorisé(s) à fournir des renseignements. (\*) Pour la qualification du soumissionnaire, la personne qui exécutera la fonction de Responsable de projet est considérée personne-clé.

### **E. 3.3.1**

La recourante fait valoir que le projet O.\_\_\_\_\_, cité en référence par l'adjudicataire et son responsable de projet, constitue un simple (...) qui n'implique pas la capture de serpents sauvages ou le maintien en captivité de ceux-ci (garde, nutrition et soins journaliers), contrairement au présent marché. Selon elle, la capture et le maintien en captivité de serpents nécessitent des connaissances approfondies et une longue expérience. En conséquence, elle considère que le projet cité en référence n'est pas d'une complexité comparable. Pour corroborer ses dires, elle se réfère notamment à l'avis de U.\_\_\_\_\_, directeur de (...), qu'elle produit au dossier. La recourante ajoute encore que les deux autres collaborateurs de l'adjudicataire ne peuvent pas se prévaloir d'une fonction équivalente dans un projet de complexité comparable.

### **E. 3.3.2**

En l'espèce, la notion de complexité comparable n'est définie ni par l'appel d'offres ni par le « Manuel sur les marchés publics - Routes nationales - OFROU ». Elle doit donc être interprétée au regard du principe de la confiance, sans toutefois empiéter sur le large pouvoir d'appréciation dont bénéficie le pouvoir adjudicateur. Celui-ci retient que le projet O.\_\_\_\_\_ présenté comme référence constitue un projet de complexité comparable puisqu'il porte, selon l'offre de l'adjudicataire, notamment sur la capture et la manipulation de reptiles. L'on ne voit pas en quoi, par ce raisonnement qui évalue la complexité de la référence en se fondant sur les tâches à effectuer dans le cadre du projet, le pouvoir adjudicateur aurait outrepassé son large pouvoir d'appréciation. Même si le projet cité en référence ne comprend pas le maintien en captivité de serpents, il ne faut pas perdre de vue que cette prestation est sous-traitée par l'adjudicataire à des personnes qualifiées sans violation de l'appel d'offres (cf. consid. 3.2 ci-dessus). Du reste, selon les termes de l'appel d'offres, ce ne sont pas les projets qui doivent être comparables mais leur complexité (cf. arrêt du TAF B-255/2021 précité consid. 4.4). Concernant l'argument de la recourante, selon lequel le projet cité en référence était un simple (...) qui n'aurait pas impliqué la capture et la manipulation de serpents, il demeure dans le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur de considérer qu'il constitue néanmoins un projet de complexité comparable. Au surplus, il convient de relever que seule était requise pour ce critère une référence du responsable de projet ; les références des autres collaborateurs des soumissionnaires ne sont dès lors pas pertinentes. Il suit de là que le pouvoir adjudicateur n'a ni excédé ni abusé de son large pouvoir d'appréciation en retenant que le projet présenté en référence était d'une

complexité comparable au mandat mis au concours.

### **E. 3.4**

S'agissant du sous-critère d'aptitude Q1.2, il est décrit comme suit dans l'appel d'offres :  
Q1.2 Attestation de compétence pour détention de serpents venimeux Au moins deux collaborateurs disposant d'une attestation de compétence pour détention d'animaux sauvages (serpent venimeux) ou toute autre attestation similaire de formation reconnue par l'Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires (OSAV).

#### **E. 3.4.1**

Selon la recourante, l'adjudicataire ne satisfait pas à ce sous-critère puisque ses collaborateurs ne possédaient pas les attestations requises au moment de la soumission de son offre ; les attestations de compétences n'ont été délivrées à ceux-ci qu'en date du 23 mai 2021, soit postérieurement au délai de clôture pour le dépôt des offres du 19 février 2021. Elle estime dès lors que le pouvoir adjudicateur aurait dû refuser, à ce stade déjà, d'évaluer l'offre de l'adjudicataire.

#### **E. 3.4.2**

En l'espèce, la recourante répond certes mieux au sous-critère d'aptitude Q1.2 que l'adjudicataire puisque ses quatre collaborateurs possédaient les attestations de compétences requises à la date de la soumission de son offre. Force est néanmoins de constater que le pouvoir adjudicateur n'a pas outrepassé son large pouvoir d'appréciation en retenant que l'adjudicataire remplissait aussi ce sous-critère, celle-ci ayant remis avec son offre les attestations de compétences délivrées à ses sous-traitants et la sous-traitance étant autorisée par l'appel d'offres (cf. consid. 3.2 ci-dessus). Sur le vu de ce qui précède, l'offre de l'adjudicataire satisfait au sous-critère de qualification Q1.2.

### **E. 4**

La recourante relève également que les sous-traitants désignés par l'adjudicataire ne seraient pas aptes à garantir la survie et le bien-être des serpents durant le maintien en captivité. Elle observe en effet que toutes les prestations de maintien en captivité seront effectuées par les sous-traitants si bien que les compétences du responsable de projet et des autres collaborateurs de l'adjudicataire sont sans pertinence. D'après la recourante, confier la détention des serpents aux sous-traitants de l'adjudicataire contreviendrait aux valeurs centrales de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur la protection des animaux (LPA, RS 455) et de la loi du 1er juillet 1966 sur les épizooties (LFE, RS 916.40), ainsi que de leurs ordonnances respectives, à savoir la dignité, le bien-être, la santé et la sécurité des animaux, alors même que les serpents du présent mandat sont principalement des vipères sauvages en danger d'extinction. Elle estime en effet que, même s'ils possèdent chacun l'attestation de compétences requise, ils n'en restent pas moins des terrariophiles amateurs qui ne bénéficient ni de l'expérience ni des capacités scientifiques et techniques nécessaires pour s'occuper convenablement de serpents sauvages directement issus de la nature. Du reste, la recourante constate que le sous-traitant, D.\_\_\_\_\_, n'a pas le droit de procéder au sexage des serpents selon l'autorisation de détention délivrée par le canton B.\_\_\_\_\_, ce qui laisse à penser qu'il ne dispose pas des compétences nécessaires pour détenir les serpents. La recourante ajoute qu'en cas de maintien en captivité par les terrariophiles amateurs choisis par l'adjudicataire, lesquels détiennent différentes espèces de reptiles exotiques, les pathogènes et les épizooties des reptiles qu'ils collectionnent risqueraient de contaminer les vipères, objet du marché ; elle se réfère à cet égard en particulier à l'avis de U.\_\_\_\_\_,

directeur de (...) et éminent herpétologue. Elle précise d'ailleurs que l'un des sous-traitants de l'adjudicataire aurait perdu la quasi-totalité de sa collection privée de serpents à la suite d'épidémies et que ses élevages seraient actuellement tous contaminés par des acariens attaquant les serpents. Quant au second sous-traitant, il aurait eu, à diverses occasions, des comportements contraires aux recommandations du Karch et de nature à participer à la propagation de maladies pathogènes entre les populations de serpents européennes et suisses. La recourante soutient encore que les sous-traitants non-professionnels de l'adjudicataire, qui travaillent à plein temps, respectivement à (...) et à (...), ne disposeraient pas du temps nécessaire pour se rendre à (...) dans les bureaux de l'adjudicataire et s'occuper de 90 serpents, dont 40 serpenteaux. Il leur faudrait en effet être présents sur place chaque jour ou chaque deux jours pour les nourrir, entretenir les cages ou encore s'assurer de leur bonne mue. Se fondant sur l'estimation des heures à consacrer au maintien en captivité des reptiles pour l'année 2022 (328 heures selon la pièce 20 du dossier d'appel d'offres), elle précise que le sous-traitant responsable du maintien en captivité, T. \_\_\_\_\_, devra être sur place au moins 9,5 heures par semaine, réparties sur trois jours ; avec ses trajets de quatre heures aller-retour depuis son lieu de travail, il devrait y consacrer 21,5 heures par semaine, soit l'équivalent d'un emploi à mi-temps. Elle estime par ailleurs qu'il est hors de question de s'occuper des serpents la nuit, la vipère aspic étant une espèce principalement diurne.

#### **E. 4.1**

Le pouvoir adjudicateur rappelle que l'appel d'offres ne requiert pas, comme critère d'aptitude, l'exercice à titre professionnel et estime qu'introduire une telle exigence lors de l'évaluation violerait les principes de la transparence et de l'égalité de traitement. Du reste, il juge que les personnes-clés et les sous-traitants de l'adjudicataire, qui interviendront dans le cadre du maintien en captivité, sont des professionnels qualifiés ayant suivi la formation avec attestation de compétences prévue par l'art. 198 de l'ordonnance du 23 avril 2008 sur la protection des animaux (OPAn, RS 455.1). S'agissant des sous-traitants en particulier, il relève que l'un d'eux possède une expérience professionnelle de trois ans en qualité de (...), est responsable de (...) et, depuis 2002, (...); le second sous-traitant détient, quant à lui, plusieurs espèces de serpents depuis plus de 20 ans (colubridés, boïdés, vipéridés et élapidés) et est, depuis une quinzaine d'années, (...). Enfin, il indique s'être informé auprès d'un spécialiste reconnu du Karch, le Dr G. \_\_\_\_\_, pour préparer le présent marché.

#### **E. 4.2**

Le pouvoir adjudicateur, ainsi conseillé par un spécialiste du Karch, a estimé suffisant - afin de s'assurer de l'aptitude des soumissionnaires en lien avec le maintien en captivité des reptiles - d'exiger que deux collaborateurs disposent de l'attestation de compétences pour la détention de serpents venimeux. Pour rappel, cette attestation de compétences ne s'obtient qu'à l'issue d'une formation dispensant des connaissances de base ou permettant d'acquérir les aptitudes pratiques nécessaires pour détenir les animaux conformément à leurs besoins et les traiter avec ménagement (cf. art. 198 al. 1 OPAn). Dès lors que le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix des critères d'aptitude et qu'il définit librement les preuves attendues pour attester de celle-ci (cf. consid. 3.1 ci-dessus), sa démarche n'est pas critiquable. Du reste, si la recourante était d'avis que les seules attestations de compétences requises par l'appel d'offres (cf. consid. 3.4 pt Q.1.2 ci-dessus) n'étaient pas suffisantes pour s'assurer de l'aptitude des soumissionnaires au maintien en captivité des serpents et qu'il fallait, pour garantir le bien-être des vipères, notamment introduire un critère sur le respect des règles tendant à éviter les contaminations,

elle aurait dû soulever cette critique dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offres. Cela vaut d'autant plus que le pouvoir adjudicateur a prévu, afin d'éviter toute contamination, d'isoler à l'intérieur des locaux les vipères du présent mandat d'éventuels serpents exotiques (cf. ch. 3.5 du cahier des charges) et que la prescription très générale de l'art. 1a al. 1 de loi sur les épizooties, soulevée par la recourante, ne saurait justifier une exclusion. Au surplus, il convient de relever que le sous-traitant de l'adjudicataire, T.\_\_\_\_\_, qui sera le spécialiste responsable du maintien en captivité des serpents, ne peut en tous les cas pas être qualifié de terrariophile amateur au vu de son expérience de trois ans comme (...) et sa qualité de (...); il a d'ailleurs (...). Le seul fait que les sous-traitants ne soient pas domiciliés à proximité du lieu de détention des reptiles ne permet pas de mettre en doute dite disponibilité. Sur le vu de ce qui précède, les critiques de la recourante quant à l'aptitude des sous-traitants de l'adjudicataire ne sauraient être suivies.

## **E. 5**

La recourante prétend encore que la sous-traitance prévue par l'adjudicataire violerait l'art. 85 al. 3 let. c OPAn. Selon dite disposition, « dans les établissements privés où le titulaire de l'autorisation assume lui-même la garde des animaux, une attestation de compétences suffit lorsque l'établissement détient [...] des reptiles soumis à autorisation, à l'exception des tortues géantes, des tortues de mer et des crocodiles ». Selon l'art. 89 let. h OPAn, une autorisation est requise pour les serpents qui ont un appareil venimeux et qui peuvent utiliser leur venin (serpents venimeux).

### **E. 5.1**

La recourante fait valoir que les collaborateurs de l'adjudicataire ne se chargent pas eux-mêmes de la garde des animaux - ils n'en sont d'ailleurs pas autorisés - et les sous-traitants de celle-ci - sur place par intermittence - n'assurent pas la garde des animaux, telle qu'envisagée par l'OPAn. Les attestations de compétences délivrées aux collaborateurs de l'adjudicataire en date du 23 mai 2021 ne peuvent par ailleurs pas être prises en compte puisqu'elles sont postérieures à l'échéance du délai de clôture pour le dépôt des offres, fixé au 19 février 2021.

### **E. 5.2**

En l'espèce, l'offre de l'adjudicataire désigne, s'agissant de la cellule opérationnelle pour le maintien en captivité des vipères, en tant que spécialiste responsable, le sous-traitant T.\_\_\_\_\_ ; en tant que remplaçant, le sous-traitant D.\_\_\_\_\_ et, en tant que ressources, deux collaborateurs de l'adjudicataire, à savoir V.\_\_\_\_\_ et L.\_\_\_\_\_. Comme susmentionné, les deux sous-traitants de l'adjudicataire disposent des attestations de compétences requises. Remettre en cause le fait que ce n'est pas l'adjudicataire elle-même qui détient lesdites attestations mais ses sous-traitants, c'est remettre en cause la sous-traitance même, laquelle est pleinement licite pour ce type de marché (cf. consid. 3.2 ci-dessus). A titre superfétatoire, il y a lieu de relever que l'art. 85 al. 3 OPAn ne ressort pas des exigences de l'appel d'offres et que le contrôle de la détention des reptiles au sens de cette disposition a lieu au moment de la détention effective. Mal fondé, le recours doit donc être rejeté sur ce point.

## **E. 6**

La recourante conteste également l'attribution du présent marché à l'adjudicataire, pour le motif que celle-ci ne disposerait pas de cages adaptées à la détention des serpents.

### **E. 6.1**

Le chiffre 3.5 du cahier des charges indique notamment ce qui suit : « Les conditions de détention des serpents respecteront les lois cantonales et fédérales en vigueur. Ils seront maintenus dans des cages adaptées à leur espèce (vipère aspic ou autres espèces de serpents menacés) et les sexes seront séparés. Le mandataire devra assurer les soins nécessaires au maintien en captivité des animaux ; nourrissage, entretien et nettoyage régulier des terrariums, contrôle de l'état de santé des serpents. Des contrôles réguliers de la température et du taux d'humidité du local de conservation des vipères seront à effectuer. Les résultats seront consignés dans un journal. Sur demande, ce journal sera transmis au MO ou à un service compétent après approbation du MO. Le mandataire devra porter une attention particulière au maintien en captivité des femelles gestantes (conception des cages afin d'empêcher l'évasion des juvéniles, nourrissage des juvéniles, etc.). Sur demande du MO les éventuels animaux morts devront être déposés au Musée de Zoologie de Lausanne avec la localisation précise de leur capture. Les installations nécessaires au maintien des serpents en captivité seront vérifiées par le vétérinaire cantonal, préalablement à l'établissement de l'autorisation spécifique au projet (incluant la capture et le maintien des animaux en captivité pendant la durée des travaux), demandée auprès du canton pour tous les collaborateurs participant au projet. Ces installations devront être dimensionnées pour permettre d'accueillir tous les animaux qui devront être maintenus en captivité (hibernation comprise) durant le projet (voir nombre d'animaux estimés dans le tableau ci-après). Si d'autres animaux sont maintenus en captivité au sein de l'installation (en particulier des espèces exotiques), le mandataire veillera à isoler les vipères et serpents menacés, de façon à éviter qu'ils soient contaminés par d'éventuels parasites ».

### **E. 6.2**

Selon la recourante, l'adjudicataire ne disposerait pas encore des cages ; elle aurait d'ailleurs demandé conseil à l'un de ses sous-traitants pour la construction des terrariums. Elle soutient aussi que le risque de contamination par des pathogènes et des épizooties provenant d'animaux exotiques ne peut pas être exclu en cas de détention par les sous-traitants non-professionnels de l'adjudicataire et ce, même si les animaux sont maintenus dans des locaux séparés. En ce qui la concerne, la recourante indique disposer des installations adéquates et précise que, dans ses locaux, le risque de contamination est nul, ses collaborateurs n'étant jamais en contact avec des espèces exotiques. Elle ajoute avoir déjà maintenu avec succès en captivité de nombreux reptiles depuis plusieurs années comme en atteste le contrôle du vétérinaire cantonal, les rapports d'activité lors des projets réalisés à (...) et les rapports finaux des projets de sauvegarde effectués pour (...) et le pouvoir adjudicateur.

### **E. 6.3**

En l'espèce, il y a lieu de rappeler que, selon la jurisprudence, le pouvoir adjudicateur est en droit de fonder sa décision sur les documents présentés par les soumissionnaires et n'est pas dans l'obligation de contrôler les informations y figurant (cf. consid. 3.1 ci-dessus). Or, l'offre de l'adjudicataire prévoit la mise en place d'une installation suffisamment grande conformément aux bases légales fédérales et cantonales (en particulier, l'OPAn et la LPA), la validation de sa conformité par le vétérinaire cantonal, ainsi que la définition d'un protocole strict avec journal de bord pour les manipulations et les entretiens aux reptiles. Quoi qu'il en soit, les installations de l'adjudicataire ont été vérifiées par le Service cantonal B.\_\_\_\_\_ de la consommation et des affaires vétérinaires, lequel a attesté de leur

conformité à la législation sur la protection des animaux. Les cages dans lesquelles vivront les vipères ont en particulier été contrôlées par un spécialiste indépendant. S'agissant du risque de contamination allégué par la recourante, il convient de rappeler que les documents d'appel d'offres ont été rédigés avec l'aide d'un spécialiste du Karch et que, conformément au cahier des charges, les serpents du présent mandat seront maintenus isolés des reptiles privés des deux sous-traitants puisqu'ils seront détenus dans les locaux de l'adjudicataire et non dans les élevages respectifs des sous-traitants. Au vu de ce qui précède, l'offre de l'adjudicataire répond parfaitement aux attentes du cahier des charges et les critiques de la recourante sur ce point sont infondées.

#### **E. 7**

La recourante considère que la sous-traitance, à des tiers non-professionnels, du maintien en captivité des serpents constitue une concurrence déloyale. Il est rappelé que l'appel d'offres n'exige nullement que le maintien en captivité des reptiles doive être exercé à titre professionnel. Aussi, l'on ne voit pas en quoi, dans ces circonstances, la recourante peut se plaindre d'une concurrence déloyale. Son grief ne saurait dès lors être suivi.

#### **E. 8**

La recourante met encore en doute l'impartialité et l'objectivité du pouvoir adjudicateur, avançant qu'il aurait contacté l'adjudicataire par téléphone avant le dépôt de son offre.

##### **E. 8.1**

Le pouvoir adjudicateur conteste les déclarations de la recourante. Il reconnaît avoir informé par écrit de la publication de l'appel d'offres les potentiels soumissionnaires, y compris la recourante, en raison de la particularité du marché. En revanche, il indique qu'il ne ressort pas du dossier que l'adjudicataire aurait été jointe par téléphone.

##### **E. 8.2**

Selon la jurisprudence, la règle du fardeau de la preuve, tirée de l'art. 8 CC, s'applique également en matière de droit public (cf. arrêts du TAF B-6407/2018 du 2 septembre 2019 consid. 6.1, B-6411/2017 du 17 décembre 2018 consid. 2.2 et B-6776/2014 du 24 septembre 2015 consid. 3.1).

##### **E. 8.3**

En l'espèce, la recourante n'a pas apporté la preuve que le pouvoir adjudicateur aurait contacté l'adjudicataire avant le dépôt de son offre. Par ailleurs, aucun élément du dossier n'amène à douter de l'impartialité ou de l'objectivité du pouvoir adjudicateur. Mal fondé, le recours doit être rejeté sur ce grief.

#### **E. 9**

La recourante critique enfin l'évaluation des offres en lien avec les critères d'adjudication C1, C2 et C3.

##### **E. 9.1**

Selon la jurisprudence, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande latitude de jugement pour apprécier et comparer les offres en lice lors de l'attribution d'un marché (cf. ATF 125 II 86 consid. 6 ; arrêt du TF 2C\_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.4). Le Tribunal administratif fédéral n'étant pas habilité à revoir l'opportunité de la décision (cf. art. 31 aLMP), une correction des notes ou des points obtenus ne peut être envisagée qu'en cas

d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (cf. arrêts du TAF B-487/2020 du 29 octobre 2020 consid. 5.1 et réf. cit. et B-396/2018 précité consid. 5.4) ; il y a en tous les cas lieu de faire preuve d'une retenue particulière puisqu'une telle opération suppose le plus souvent des connaissances techniques et qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres soumises (cf. Etienne Poltier, Droit des marchés publics, 2014, p. 269).

## **E. 9.2**

La recourante estime, s'agissant du critère d'adjudication C1, que le pouvoir adjudicateur s'est laissé influencer par le prix prétendument avantageux de l'offre de l'adjudicataire.

### **E. 9.2.1**

Le critère C1 est défini comme suit : C1 PRIX [60%] Preuves pour ce critère : - Montant de l'offre financière Éléments de jugement : Le prix considéré pour l'évaluation est le montant de l'offre avec rabais, sans escompte et sans TVA, après contrôle par le mandataire du MO et correction des erreurs arithmétiques. L'évaluation des prix se fait selon la méthode suivante : La note maximale (5) est attribuée à l'offre révisée au prix le plus bas. Les offres, dont le prix est supérieur de 100 % ou plus à celui de l'offre la plus basse, obtiennent la note 0. Entre deux, l'évaluation est linéaire et tient compte des centièmes.

### **E. 9.2.2**

La recourante avance que les offres n'auraient pas été évaluées par des spécialistes et que le prix inférieur de l'offre de l'adjudicataire résulterait du recours illégal à des sous-traitants. Elle relève également que celle-ci sous-évalue probablement le coût réel des prestations et que des avenants seront vraisemblablement nécessaires au cours de l'exécution du mandat. Selon elle, l'offre de l'adjudicataire ne tient en effet pas compte de la réalité des faits puisque, contrairement à l'estimation établie par le pouvoir adjudicateur dans son cahier des charges, ce ne sont pas 30 mais 50 serpents, dont de nombreuses femelles gestantes, qui ont été capturés par la recourante, comme en attesterait un courriel du pouvoir adjudicateur du 21 juin 2021. Elle estime que le nombre plus important de serpents à maintenir en captivité a un impact sur le coût du mandat. Il y a en effet davantage de nourriture à fournir, de soins à prodiguer et surtout de cages à construire, dont l'adjudicataire ne dispose pas encore, contrairement à la recourante.

### **E. 9.2.3**

Le pouvoir adjudicateur relève qu'au niveau du prix, pondéré à 60%, l'offre de la recourante est sensiblement plus chère que celle de l'adjudicataire ; c'est la raison pour laquelle celle-ci a obtenu 300 points contre 253.8 pour la recourante.

### **E. 9.2.4**

En l'espèce, la sous-traitance prévue dans l'offre de l'adjudicataire est conforme à l'appel d'offres (cf. consid. 3.2 ci-dessus) et le prix figurant dans celle-ci ne saurait dès lors être considéré comme prétendument avantageux. S'agissant de l'allégation de la recourante, selon laquelle elle aurait capturé, au printemps 2021, 50 serpents et non 30 comme l'estimait le pouvoir adjudicateur dans son cahier des charges, il y a lieu de préciser que les soumissionnaires devaient fonder leurs offres sur les informations contenues dans l'appel d'offres du 18 décembre 2020 et les documents d'appel d'offres l'accompagnant. Du reste, la recourante n'a elle-même pas pu élaborer son offre sur la base du nombre effectif de serpents capturés au printemps 2021, le délai de clôture pour le dépôt des offres ayant été fixé au 19 février 2021. Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté sur ce point.

### **E. 9.3**

La recourante estime que, pour le critère d'adjudication C2, l'offre de l'adjudicataire a été clairement surévaluée et la sienne manifestement sous-évaluée.

#### **E. 9.3.1**

Le critère d'adjudication C2 est décrit comme suit dans l'appel d'offres : C2 ANALYSE DES TÂCHES ET PROPOSITION DE MARCHÉ À SUIVRE, CONCEPT DE GESTION DE LA QUALITÉ, ANALYSE DES RISQUES [30%] Preuves pour ce critère : - Analyse des tâches - Proposition de marché à suivre pour le marché - Organisation du soumissionnaire pour le marché - Analyse des risques pour le marché Éléments de jugement : Analyse des tâches : - Identification des conditions cadres liées au projet - Identification des tâches principales et spécifiques liées au mandat mis en soumission Propositions de marché à suivre pour le marché : - Pertinence et efficience de la marche à suivre proposée pour le déroulement du mandat mis en soumission - Identification et description des opportunités d'optimisation du projet Organisation du soumissionnaire pour le marché : - Pertinence et efficience de l'organisation du soumissionnaire pour le déroulement du mandat mis en soumission - Identification des flux décisionnels et d'information avec les autres intervenants du projet Analyse des risques pour le marché : - Identification des risques et opportunités (max. 5) spécifiques au mandat et pertinence des mesures associées Pour toutes les preuves : - Esprit de synthèse - Clarté des documents

#### **E. 9.3.2**

La recourante relève que la marche à suivre présentée par l'adjudicataire n'a rien de bien intéressant puisqu'elle est assez semblable à celle figurant dans le cahier des charges, ne précise pas suffisamment les éléments décrits et ne propose pas d'optimisation. Elle estime sa propre marche à suivre nettement supérieure et démontrant une bonne compréhension du travail attendu dès lors qu'elle décrit chaque tâche de manière détaillée, précise des points d'attention et amène des compléments pertinents. Elle ajoute que l'expérience de son responsable de projet est sans commune mesure avec celle de tous ses concurrents, celui-ci étant notoirement connu pour avoir (...). Le projet de sauvegarde des vipères ayant été initié et développé récemment par son responsable de projet, elle soutient également qu'il n'y avait pas de possibilité d'optimisation avant d'avoir pu l'expérimenter sur une longue période. Elle fait en outre valoir que le présent appel d'offres a été rédigé sur la base de l'expérience acquise par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de ses échanges avec la recourante lors de précédents projets de sauvegarde et que le concept de (...) développé par la recourante a été intégralement repris par le pouvoir adjudicateur dans le cahier des charges. La recourante estime par conséquent avoir optimisé le projet avant même la soumission de son offre. S'agissant de l'organisation des soumissionnaires, elle considère les qualités et défauts de leur organigramme et flux respectifs similaires. Elle soutient cependant que l'offre de l'adjudicataire présente un défaut majeur en ce sens que les collaborateurs de celle-ci ne possèdent pas les attestations de compétences requises, d'où la nécessité de sous-traiter. Selon elle, ce défaut aurait dû justifier une réduction importante des points, compte tenu des complications et de l'augmentation des risques qu'il occasionne. S'agissant de l'analyse des risques, la recourante relève que son analyse est nettement plus détaillée que celle de l'adjudicataire puisqu'elle met en avant onze risques contre seulement cinq pour l'adjudicataire ; elle constitue à ce titre une amélioration du projet.

#### **E. 9.3.3**

Le pouvoir adjudicateur est d'avis que la note de 3 attribuée à la recourante pour le critère d'adjudication C2 est justifiée. Il explique tout d'abord que la marche à suivre proposée par la recourante ne met pas suffisamment en valeur l'expérience liée au projet de référence et n'amène aucune optimisation qui apporterait une plus-value importante au projet.

Concernant l'organisation de la recourante, il relève que les flux entre les externes et le mandataire ne sont pas suffisamment détaillés, parfois incorrects ou non souhaités et regrette qu'il n'y ait pas de descriptif des différents rôles représentés sur l'organigramme. Enfin, pour ce qui est de l'analyse des risques établie par la recourante, il la juge peu spécifique et la pondération des risques peu claire.

#### **E. 9.3.4**

En l'espèce, selon le rapport d'évaluation, la proposition de marche à suivre et l'analyse des tâches soumises par la recourante sont bien décrites et pertinentes, comme celles proposées par l'adjudicataire, lesquelles n'apportent toutefois pas suffisamment de précisions spécifiques ; ni la recourante ni l'adjudicataire n'ont en revanche proposé d'optimisations dans la marche à suivre. L'organisation de la recourante est efficace mais les flux ne sont pas suffisamment détaillés. Celle de l'adjudicataire est compacte mais ne respecte pas totalement le cahier des charges puisque deux collaborateurs au sein de la cellule opérationnelle censés intervenir dans la capture et le lâcher ne disposent pas de l'attestation de compétences. L'analyse des risques présentée par chacun des soumissionnaires est complète mais toutefois assez générale. Il ressort ainsi du rapport d'évaluation des offres que celles-ci présentent des défauts et des qualités assez comparables. S'agissant de l'argument de la recourante, selon lequel elle aurait optimisé le projet avant même la soumission de son offre, il va de soi que l'appel d'offres requérait des optimisations par rapport au projet décrit dans le cahier des charges (« identification et description des opportunités d'optimisation du projet ») ; la recourante ne saurait dès lors se prévaloir d'optimisations déjà intégrées au cahier des charges qu'elle aurait apportées lors de précédents mandats. Quant à l'absence d'attestations de compétences des collaborateurs de l'adjudicataire, il y a lieu de relever que la sous-traitance prévue par celle-ci dans son offre respecte l'appel d'offres et les rôles de chaque protagoniste de la cellule opérationnelle s'occupant du maintien en captivité sont définis (cf. consid. 3.2 ci-dessus). Enfin, l'argument de la recourante relatif à son analyse des risques ne convainc pas davantage. En effet, l'appel d'offres requérait d'identifier au maximum cinq risques et opportunités spécifiques au mandat et non onze, majoritairement généraux, comme l'a fait la recourante selon les remarques figurant dans le tableau d'évaluation des offres. Sur le vu de ce qui précède, les qualités et défauts des deux offres étant assez comparables, il convient de retenir que la note de 3 pour chacune d'entre elles n'est pas critiquable. Compte tenu du large pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur, l'autorité de recours ne saurait dans ces conditions corriger les notes octroyées.

#### **E. 9.4**

La recourante considère également que l'offre de l'adjudicataire aurait été clairement surévaluée s'agissant du critère d'adjudication C3 (aucun point n'aurait dû lui être attribué), alors que la sienne aurait été manifestement sous-évaluée (elle aurait dû obtenir le maximum de points).

##### **E. 9.4.1**

Le critère d'adjudication C3 est défini comme suit dans l'appel d'offres : C3  
PERSONNES-CLÉS : QUALIFICATION PAR RAPPORT AUX EXIGENCES DU  
PROJET [10%] C3.1 Responsable de projet [10%] Preuves pour ce critère : - Références de la personne dans une fonction similaire (en tant que responsable ou d'adjoint) pour un projet de complexité comparable - CV de la personne-clé (diplômes, attestations, projets de référence, phases réalisées, parcours professionnel) Éléments de jugement : - Formation de base et continue, membre de commissions d'expert en relation avec les domaines concernés par le projet - Expérience : nombre d'années d'expérience dans les domaines concernés par le projet, adéquation des projets de référence en relation avec le marché, fonctions exercées dans les projets de référence. Qualité des prestations fournies dans les projets de référence

#### **E. 9.4.2**

La recourante soutient que l'adjudicataire n'aurait dû recevoir aucun point pour ce critère puisque ses collaborateurs ne disposaient pas de l'attestation de compétences pour détention de serpents venimeux au moment du dépôt de son offre et qu'elle prévoyait de sous-traiter la détention à des tiers non-professionnels. Elle maintient ensuite que le projet O. \_\_\_\_\_ n'est pas d'une complexité comparable au présent mandat puisqu'il ne consiste pas en un projet de sauvegarde de reptiles impliquant la capture, la garde, la nutrition et les soins journaliers aux serpents venimeux. En ce qui la concerne, la recourante met en avant l'expérience acquise par ses collaborateurs, dont son responsable de projet, dans quatre projets de sauvegarde de serpents venimeux, qui sont de complexité comparable et ont été réalisés avec succès comme le reconnaît le pouvoir adjudicateur dans son tableau d'évaluation des offres. Elle relève également qu'au moment du dépôt de son offre, son responsable de projet possédait l'attestation de compétences pour la détention de serpents venimeux à l'instar de trois autres de ses collaborateurs. S'agissant du nombre d'années d'expérience de son chef de projet, celui-ci a indiqué dans la proposition de marche à suivre que les cages développées à (...) l'ont été entre 2012 et 2013. La recourante relève en outre que son responsable de projet est un biologiste herpétologue réputé qui a notoirement (...) ; son expérience ne serait ainsi plus à démontrer.

#### **E. 9.4.3**

Selon le pouvoir adjudicateur, la note de 4 octroyée à la recourante pour le critère d'adjudication C3 est adéquate car les qualifications de sa personne-clé ne pouvaient pas être jugées excellentes (note 5), son nombre d'années d'expérience, élément pris en compte, n'étant notamment pas précisé. Pour ce qui est de la note reçue par l'adjudicataire pour le critère C3, le pouvoir adjudicateur estime qu'en tant qu'elle remplit les exigences de l'appel d'offres sur le plan de l'aptitude, notamment au vu des attestations de compétences produites, il était exclu de ne lui attribuer aucun point pour ce critère. Selon le pouvoir adjudicateur, cela s'impose d'autant plus que le responsable de projet de l'adjudicataire est un professionnel qualifié et non un terrarophile amateur comme le prétend la recourante.

#### **E. 9.4.4**

Il convient tout d'abord de relever que le pouvoir adjudicateur n'évalue, s'agissant du critère d'adjudication C3, que les qualifications du responsable de projet de chacun des soumissionnaires et non celles des soumissionnaires eux-mêmes ou d'autres de leurs collaborateurs. Aussi, l'argument de la recourante, selon lequel l'adjudicataire n'aurait dû recevoir aucun point pour ce critère au vu de l'absence d'attestations de compétences de ses collaborateurs et la sous-traitance de la détention à des « tiers non-professionnels » ne

saurait être suivi. De plus, s'il convient certes de tenir compte du fait que le responsable de projet de l'adjudicataire ne disposait pas de l'attestation de compétences requise au moment du dépôt de son offre, cela ne constitue pas une raison suffisante pour attribuer à l'adjudicataire la note de 0. A la lecture du tableau d'évaluation des offres, la formation de base du chef de projet de l'adjudicataire correspond aux exigences de l'appel d'offres. S'agissant de son expérience, les prestations réalisées dans le cadre de son projet de référence, lesquelles sont de bonne qualité, sont partiellement comparables à celles du présent mandat s'agissant de la capture, de la manipulation de serpents, du conseil et de la reconstitution des habitats (cf. consid. 3.3.2 ci-dessus) ; le projet O. \_\_\_\_\_ ne comprend en revanche pas le maintien en captivité des reptiles et ne s'inscrit pas dans le cadre d'un chantier. Le pouvoir adjudicateur a toutefois estimé que le profil du responsable de projet de l'adjudicataire correspondait aux exigences de l'appel d'offres (note de 3). Cette appréciation n'est pas critiquable ; eu égard à son large pouvoir d'appréciation dans l'évaluation des offres, le pouvoir adjudicateur pouvait, sans verser dans l'arbitraire, retenir que la formation et l'expérience du responsable de projet de l'adjudicataire étaient suffisamment en lien avec le projet pour ne pas lui octroyer la note de 2 (« Sans lien suffisant avec le projet »). En effet, le responsable de projet de l'adjudicataire dispose d'une expérience de 14 années en (...), dont 6 dans le domaine de (...), peut se prévaloir d'un projet de référence comprenant des similitudes avec le mandat mis en soumission et possède une formation adaptée pour mener à bien le présent marché ([...]), (...) et de (...). Il est du reste (...). La note de 3 n'est dès lors pas critiquable. S'agissant du responsable de projet de la recourante, le rapport d'évaluation des offres retient que la formation de base et les différents projets présentés dans son CV, qui sont comparables au présent mandat, montrent une bonne expérience dans le domaine de la sauvegarde des reptiles et une bonne connaissance des milieux concernés par le projet (H. \_\_\_\_\_). Les prestations fournies dans le cadre de la référence présentée sont par ailleurs de très bonne qualité. Le nombre d'années d'expérience du responsable de projet n'est toutefois pas précisé et les projets présentés dans son CV permettent seulement de retenir qu'il possède une expérience d'au moins quatre années. Au vu de ces éléments, le pouvoir adjudicateur a attribué la note de 4 à la recourante, la note maximale ne pouvant lui être octroyée en l'absence d'indications sur le nombre d'années d'expérience de son responsable de projet. Force est de constater que le nombre d'années d'expérience dans les domaines concernés par le projet est un élément d'appréciation du critère C3 clairement désigné par l'appel d'offres. Or, contrairement à ce qu'elle prétend, la recourante n'a pas spécifié le nombre d'années d'expérience de son chef de projet, que ce soit dans sa proposition de marche à suivre ou ailleurs dans son offre. L'on ne saurait en effet déduire de la phrase, « les cages ont été développées à (...) lors de la réalisation d'un projet de recherche entre 2012 et 2013, portant sur (...) », que celles-ci ont été développées par son responsable de projet dès 2012 alors qu'il travaillait déjà chez la recourante dans le domaine de la sauvegarde des serpents. En déclarant que l'expérience de son chef de projet ne serait plus à démontrer en raison de sa réputation, la recourante n'amène par ailleurs pas la preuve que le pouvoir adjudicateur connaissait le nombre d'années d'expérience de son responsable de projet. Quoi qu'il en soit, même si la note de 5 lui était attribuée pour le critère C3, la recourante ne totaliserait que 10 points supplémentaires et le marché ne pourrait pas lui être adjugé. Sur le vu de ce qui précède, les notes attribuées à la recourante et à l'adjudicataire pour le critère d'adjudication C3 ne prêtent pas le flanc à la critique.

En définitive, il y a lieu d'admettre que l'attribution du marché litigieux à l'adjudicataire ne procède pas d'une violation du droit fédéral. Mal fondé, le recours doit dès lors être rejeté.

#### **E. 11**

Le présent arrêt rend sans objet la requête d'octroi de l'effet suspensif déposée par la recourante. Il y a encore lieu de préciser que, par décision incidente du 7 juillet 2021, le juge instructeur a, à titre de mesure provisionnelle, en application de l'art. 56 PA, enjoint au pouvoir adjudicateur de prolonger la durée de l'avenant au contrat de gré à gré du 11 mai 2020 jusqu'à droit connu sur la requête d'octroi de l'effet suspensif. L'exécution de dite décision, dont se plaint la recourante qui n'a pas reçu d'avenant à son contrat pour la période postérieure au 30 juin 2021, ne ressort pas de la compétence du tribunal de céans mais de celle du Conseil fédéral (cf. art. 43 LTAF). Les litiges portant sur l'exécution du contrat relèvent, quant à eux, des juridictions civiles. Quoi qu'il en soit, la recourante ne prétend nullement ne pas être en charge de la garde, nutrition et soins des reptiles depuis le 30 juin 2021.

#### **E. 12**

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 22 juin 2021. Elle a ainsi pu consulter le dossier d'appel d'offres, à l'exception des formulaires internes, du tableau de réception des offres, des courriels internes, du procès-verbal d'ouverture des offres, des lettres aux soumissionnaires, du rapport d'évaluation et des attestations de l'adjudicataire. La recourante requiert toutefois encore la production - dans leur version non-anonymisée - des attestations de compétences des collaborateurs sous-traitants et des collaborateurs de l'adjudicataire, ainsi que de l'attestation du Service de la consommation et des affaires vétérinaires de B.\_\_\_\_\_. Selon l'art. 26 al. 1 PA, auquel renvoie l'art. 26 al. 1 aLMP, le recourant a en principe le droit de consulter tous les actes sur lesquels se fonde la décision attaquée, étant toutefois précisé qu'une limitation du droit d'accès au dossier peut être justifiée, dans un cas d'espèce, par un intérêt public ou privé prépondérant - et en particulier la confidentialité des informations fournies par les soumissionnaires dans le cadre d'un marché public (cf. art. XVIII par. 4 AMP 1994, art. 8 al. 1 let. d et art. 23 al. 3 aLMP, art. 27 PA). Dans le cadre d'une procédure de recours, l'art. 27 al. 1 let. b PA permet de refuser la consultation de certaines pièces lorsque des intérêts privés prépondérants exigent que le secret des affaires soit sauvegardé ; le refus d'autoriser la consultation des pièces ne peut cependant s'étendre qu'à celles qu'il y a lieu de garder secrètes (art. 27 al. 2 PA). En l'espèce, les pièces produites par le pouvoir adjudicateur contenant les noms du formateur et de la personne ayant suivi le cours figurant sur l'attestation de compétences des collaborateurs de l'adjudicataire, ainsi que les noms des titulaires des autorisations de détention d'animaux sauvages doivent, compte tenu de la législation précitée, être considérées comme couvertes par le secret des affaires. Un accès plus important à ces pièces ne peut dès lors être accordé. L'on peine par ailleurs à comprendre la motivation de la requête de la recourante dès lors qu'il ressort de ses écritures qu'elle a découvert elle-même l'identité des personnes en cause. La requête à un accès élargi au dossier formée par la recourante doit dès lors être rejetée.

#### **E. 13**

Afin de corroborer les allégués contenus dans ses écritures, la recourante requiert enfin l'audition de témoins, l'interrogatoire des parties, la mise en oeuvre d'une expertise ainsi que

la production de pièces supplémentaires. Selon la jurisprudence, l'autorité peut renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que celles-ci ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 140 I 285 consid. 6.3.1, 136 I 229 consid. 5.3, 130 II 425 consid. 2.1, 125 I 127 consid. 6c/cc in fine, 124 I 208 consid. 4a et réf. cit. ; arrêts du TAF B-325/2013 du 20 mai 2014 consid. 4.2 in fine et B-5566/2012 du 18 novembre 2014 consid. 7.1). Or, le tribunal s'estime en l'espèce suffisamment renseigné pour statuer en l'état du dossier. Les pièces versées à la cause sont effet suffisantes pour établir les faits pertinents de l'affaire, de sorte que l'audition de témoins, l'interrogatoire des parties, la mise en oeuvre d'une expertise ou encore la production de pièces supplémentaires ne s'avèrent pas nécessaires. Aussi, procédant par appréciation anticipée des preuves, le tribunal rejette les requêtes de preuves proposées.

#### **E. 14**

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. 2 al. 1 et 4 FITAF). En l'espèce, il y a lieu de fixer les frais de procédure à 3'500 francs. Des frais de procédure, réduits à 3'000 francs, sont mis à la charge de la recourante qui succombe à l'issue du présent arrêt - celle-ci ayant obtenu gain de cause au terme de la décision sur mesure provisionnelle. Ceux-ci sont compensés par l'avance de frais, du même montant, acquittée par la recourante le 31 mai 2021. Il n'y a en revanche pas lieu de percevoir de frais du pouvoir adjudicateur qui succombe à l'issue de la décision incidente du 7 juillet 2021 statuant sur la requête de mesure provisionnelle formée par celui-ci (cf. art. 63 al. 2 PA).

#### **E. 15**

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (cf. art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (cf. art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations ; à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF). En l'occurrence, la recourante obtient gain de cause à l'issue de la décision incidente du 7 juillet 2021. Dès lors qu'elle était déjà, à ce stade de la procédure, représentée par un avocat, dûment légitimé par procuration, elle a droit à des dépens. L'intervention de celui-ci dans le cadre de dite décision - lequel n'a produit aucune note de frais et honoraires - a impliqué le dépôt de déterminations (des 5 et 7 juillet 2021) de 7 pages. Au regard du barème précité, il se justifie ainsi d'allouer à la recourante une indemnité équitable de dépens, réduite, d'un montant de 1'000 francs, à la charge du pouvoir adjudicateur (cf. art. 64 al. 2 PA).

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