

BVGer B-2570/2017 vom 22. Juni 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-06-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2570_2017

FR: TAF B-2570/2017 du 22 juin 2017

IT: TAF B-2570/2017 del 22 giugno 2017

Regeste

Marchés publics

Erwägungen

E. 1.1

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître notamment des recours contre les appels d'offres dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1 ; cf. art. 29 let. b 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 les requêtes tendant à l'octroi de l'effet suspensif au recours contre une décision d'adjudication. En revanche, le juge instructeur décide seul du sort de telles requêtes en cas de recours contre un appel d'offres ou une interruption de la procédure (cf. décisions incidentes du TAF B-3402/2009 du 2 juillet 2009 consid. 1.2, partiellement publiée aux ATAF 2009/19, B-536/2013 du 5 mars 2013 et B-2386/2014 du 25 juin 2014).

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 en principe 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

Depuis l'entrée en vigueur, le 1er juin 2002, des Accords bilatéraux entre la Suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (Accord Suisse-CE, RS 0.172.052.68), les opérateurs ferroviaires sont soumis aux règles sur les marchés publics (art. 3 al. 2 let. d et al. 3 de l'Accord Suisse-CE et Annexe II B). Dans le secteur du rail (construction ou exploitation d'installations ferroviaires), les CFF, les entreprises dont ils détiennent la majorité, ainsi que d'autres opérateurs ferroviaires sous l'influence dominante de la Confédération, sont soumis en qualité d'adjudicateur à la LMP (cf. arrêt du TAF B-6350/2015 du 22 février 2016 consid. 3.1). Sont exemptées, toutes les activités de ces entreprises n'ayant pas de relation directe avec le secteur des transports (art. 2 al. 2 LMP en relation avec l'art. 2a al. 2 let. b de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP, RS RS 172.056.11]) ; l'existence de cette relation ne doit toutefois pas être soumise à des exigences trop élevées (cf. arrêt de TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 1.5 et réf. cit.). En l'occurrence, selon le ch. 2 de l'appel d'offres, le marché en cause tend à l'attribution d'un mandat de fourniture de traverses en béton préassemblées. Ces achats sont en relation directe avec le secteur des transports de sorte que les CFF sont soumis, en qualité d'adjudicateur, à la LMP (art. 2 al. 2 LMP en relation avec l'art. 2a al. 2 let. b OMP).

E. 2.1.2

Par marché de fournitures au sens de la LMP, on entend un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant l'acquisition de biens mobiliers, notamment sous forme d'achat, de crédit-bail (leasing), de bail à loyer, de bail à ferme ou de location-vente (art. 5 al. 1 let. a LMP). Selon l'appel d'offres, le marché concerne l'achat de traverses en béton. 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 adjudger les atteint. L'art. 1 let. d ch.1 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 700'000 francs pour les fournitures se rapportant au pouvoir adjudicateur en cause en l'espèce. 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, compte tenu du prix du marché du béton, 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 de la recourante est contestée par le pouvoir adjudicateur.

E. 2.2.1

Se référant à l'ATF 141 II 14, celui-ci fait valoir que celle-là n'a aucune chance d'obtenir le marché mis en soumission puisqu'elle ne satisfait ni aux exigences minimales, à savoir l'homologation de série de l'OFT, ni aux critères d'aptitude. Il en déduit que la recourante ne dispose pas d'un intérêt digne de protection à entreprendre l'appel d'offres. La recourante estime quant à elle que l'on ne saurait lier, au stade de l'appel d'offres, la qualité pour recourir à la probabilité d'obtenir le marché.

E. 2.2.2

Selon l'art. 48 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 (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Le Tribunal fédéral a précisé qu'en cas de recours contre un appel d'offres, les chances de voir son offre retenue ne jouent aucun rôle lors de l'examen de la qualité pour recourir d'une partie. Il suffit, dans de tels cas, que celle-ci soit un soumissionnaire potentiel pour le marché en cause et qu'elle ait conclu respectivement à la mise en oeuvre d'une nouvelle procédure ou à la constatation de l'illicéité de l'appel d'offres entrepris (cf. arrêt du TF 2C_563/2016 du 30 décembre 2016 consid. 1.3.2 et réf. cit.).

E. 2.2.3

En l'occurrence, la recourante est, indépendamment des chances réelles d'obtenir l'adjudication, un soumissionnaire potentiel du marché mis en soumission. Elle a en outre conclu à la publication d'un nouvel appel d'offres. Il suit de là que la qualité pour recourir ne saurait, *prima facie*, lui être niée.

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

La question litigieuse en l'espèce est celle de la langue des offres et des documents d'appel d'offres, en particulier le point de savoir si les documents d'appel d'offres peuvent n'être disponibles qu'en allemand et que seule cette langue puisse être admise pour le dépôt des offres.

E. 4.1

La recourante se plaint en substance d'une violation de l'art. 8 LMP, pour le motif que seul l'allemand a été retenu comme langue des offres et que les documents d'appel d'offres ont été rédigés exclusivement en allemand. Elle serait ainsi désavantagée par rapport à un soumissionnaire alémanique. Elle se prévaut également de sa bonne foi, se fondant sur un courrier reçu des CFF lui assurant que les documents standards d'appel d'offres seraient disponibles dans les trois langues nationales.

E. 4.2

Le pouvoir adjudicateur fait valoir que les exigences légales en matière de langue ne valent que pour la publication de l'appel d'offres et qu'il est en droit de déterminer la langue des offres et des documents d'appel d'offres. Il fait en outre valoir que le Conseil fédéral prévoit, dans le cadre de la révision du droit des marchés publics en cours, de réserver au pouvoir adjudicateur le droit de déterminer la langue dans laquelle les soumissionnaires devront déposer leurs offres afin d'éviter les surcoûts considérables liés aux traductions et le risque d'erreur que celles-ci comportent. Il conteste pour le surplus que la recourante puisse se fonder sur le courrier adressé le 22 décembre 2016 pour déposer son offre en français et obtenir la traduction des documents d'appel d'offre dans cette langue, précisant que ses conditions générales et différentes annexes au contrat étaient disponibles dans les trois langues nationales sur son site Internet.

E. 4.3

Selon l'art. 24 al. 3 LMP, l'appel d'offres et l'adjudication seront publiés au moins dans la langue officielle du lieu où est prévue la construction lorsqu'ils concernent des marchés de construction et des fournitures y afférentes ainsi que des services en relation avec des projets de construction, et dans deux langues officielles au moins lorsqu'ils concernent d'autres fournitures et services. Si l'appel d'offres n'est pas rédigé en français, on lui adjointra un résumé en langue française, anglaise ou espagnole (art. 24 al. 4 LMP), lequel doit au moins contenir les indications précisées à l'art. 16 al. 2 OMP. En vertu de l'art. 16 OMP, l'appel d'offres contiendra les indications mentionnées dans l'annexe 4. Le ch. 6 let. b de l'annexe 4 OMP prévoit ainsi que l'appel d'offres doit contenir la ou les langues à employer pour les demandes et les offres. Il en va de même pour les documents d'appel d'offres (ch. 3 de l'annexe 5 OMP)

E. 4.4

En l'occurrence, l'appel d'offres a été publié en langue française et allemande alors que les documents d'appel d'offres sont rédigés en allemand. Enfin, les offres doivent être déposées en langue allemande (pt 3.10 de l'appel d'offres). Il s'ensuit que les dispositions topiques du droit des marchés publics ne déterminent expressément ni la langue des documents d'appel d'offres ni celle des offres, en particulier le point de savoir si et à quelles conditions le pouvoir adjudicateur est habilité à exiger l'emploi d'une langue à l'exclusion de toute autre. Il convient donc de procéder à une interprétation plus approfondie des dispositions susmentionnées, en particulier de l'art. 24 al. 3 et 4 LMP.

E. 5

D'après la jurisprudence constante, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si son texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique ; cf. ATF 137 V 114 consid. 4.3.1, 136 III 283 consid. 2.3.1, 135 II 416 consid. 2.2 et réf. cit.). Aucune méthode d'interprétation n'est privilégiée, il convient de s'inspirer d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. En particulier, le tribunal ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution

matériellement juste (cf. ATF 138 IV 65 consid. 4.3.1; ATAF 2014/45 consid. 5.1 et réf. cit.).

E. 5.1

Selon le message du Conseil fédéral 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) du 19 septembre 1994 (FF 1994 995 ss, spéc. 1234), lors de l'acquisition de biens, par exemple, qui est en règle générale centralisée, mais aussi dans le cas des prestations de services ne concernant pas des constructions, il convient de choisir toujours la même langue si la publication doit se faire dans une seule langue officielle. L'obligation de publier les adjudications prévues n'a toutefois pas pour seul but de fournir une information sur le plan international mais également dans toutes les régions de notre pays. Il paraît dès lors opportun de prescrire que l'appel d'offres pour les marchés de fournitures et de services se fasse dans deux langues officielles au moins. La jurisprudence a en outre déjà eu l'opportunité de définir le but de l'art. 24 al. 3 et 4 LPM, à savoir informer un cercle le plus large possible d'éventuels soumissionnaires et garantir la transparence et l'ouverture du marché (cf. ATAF 2008/60 consid. 4.5.3 et réf. cit.). De même, il ne faut pas perdre de vue que la LMP entend garantir l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires (art. 1 al. 2 LMP). Aussi l'adjudicateur doit veiller à l'égalité de traitement des soumissionnaires suisses et étrangers à toutes les phases de la procédure (art. 8 al. 1 let. a LMP). Ce principe implique qu'il ne peut être imposé des charges ou accordé de privilèges à un soumissionnaire qui ne valent pas également pour les autres soumissionnaires. Le droit suisse des marchés publics garantit en outre l'égalité de traitement non seulement entre soumissionnaires suisses et étrangers mais également entre soumissionnaires nationaux (cf. ATAF 2008/60 consid. 4.5). Une décision viole le principe d'égalité (art. 8 Cst.) lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. L'inégalité doit se rapporter à une situation de fait importante (ATF 130 V consid. 5.2 ; 129 I 113 consid. 5.1).

E. 5.2

Il suit de ce qui précède qu'une interprétation de l'art. 24 al. 3 et 4 LPM, en lien avec le ch. 6 let. b de l'annexe 4 OMP, le ch. 3 de l'annexe 5 OMP et l'art. 8 al. 1 let. a LMP, conduit à admettre, *prima facie*, que dans la mesure où l'appel d'offres doit être publié dans plusieurs langues, les offres doivent pouvoir être déposées dans les mêmes langues pour autant qu'il s'agisse de langues nationales. A ce défaut, un avantage serait concédé à une partie des éventuels soumissionnaires. Les arguments avancés - de manière purement abstraite - par le pouvoir adjudicateur, à savoir les coûts supplémentaires et les risques de traduction, paraissent bien faibles en l'état pour justifier une telle discrimination, ce d'autant plus que le marché en cause ne semble pas présenter un lien plus étroit avec la Suisse alémanique. Cette interprétation est en outre corroborée par l'art. 70 al. 1 Cst., qui règle la question des langues officielles, c'est-à-dire des langues utilisées dans les relations entre les autorités étatiques et les particuliers, et qui, concrètement, confère à ceux-ci le droit, dans leurs relations avec l'Etat fédéral, de recevoir une réponse dans la langue qu'ils ont utilisée. Le même principe s'impose pour les organismes ou institutions à caractère national chargés par le droit fédéral de l'exécution de tâches de droit public (cf. arrêt du TF arrêt 8C_90/2014 du

19 décembre 2014, publié in : SJ 2015 I 149, consid. 2.3 et réf. cit.). Pour le surplus, le ch. 6 let. b de l'annexe 4 OMP ne permet pas d'emblée de déduire, comme le fait le pouvoir adjudicateur, un droit de celui-ci de pouvoir déterminer une seule langue pour le dépôt des offres en cas d'appel d'offres bilingue conformément à l'art. 24 al. 3 LMP (cf. toutefois d'un avis contraire : Hans Rudolf Trüeb, in : Wettbewerbsrecht II, Kommentar, n° 3 ad art. 24 LMP). Au contraire, il peut être relevé une certaine incohérence à opter pour un tel appel d'offres, à savoir susciter d'éventuelles offres de la Romandie et, dans le même temps, à vouloir imposer que celles-ci soient exprimées dans une autre langue que le français. Enfin, en tant que le pouvoir adjudicateur se prévaut du Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics du 15 février 2017 (Message révision LMP, FF 2017 I 1695), il y a lieu de rappeler qu'il appartient au tribunal de céans d'appliquer le droit en vigueur de lege lata, notamment l'art. 24 al. 3 LMP. Les considérations auxquelles il est fait référence n'ont d'ailleurs nullement été discutées par le Parlement dont plusieurs membres sont intervenus en vue de garantir une plus grande équité entre les régions linguistiques durant la procédure de marchés publics de la Confédération (cf. Message révision LMP, FF 2017 I 1717 s.).

E. 5.3

En définitive, en tant que la recourante s'en prend à ce que les offres doivent être déposées en allemand, son recours ne paraît pas en l'état dénué de chances de succès.

E. 5.4

Dès lors que le recours ne paraît pas manifestement infondé quant à la langue de l'offre, il n'est pas nécessaire, au stade de l'effet suspensif, d'examiner plus avant le bien-fondé des griefs de la recourante en lien avec la langue des documents d'appel d'offres, ce d'autant plus que les arguments développés ci-dessus (cf. consid. 5.1-5.2) semblent également valoir, en partie à tout le moins, pour ceux-ci.

E. 6

Dans ses déterminations, le pouvoir adjudicateur n'a invoqué aucune situation d'urgence justifiant de ne pas révoquer les délais fixés dans l'appel d'offres jusqu'à droit connu sur le recours formé par la recourante. Il y a lieu d'en déduire qu'aucun intérêt public et privé prépondérant ne commande en l'espèce une poursuite de la procédure de passation de marché dont l'appel d'offres est contesté, sans égard au sort de la présente procédure. Il suit de là que l'intérêt de la recourante - dont le recours n'est prima facie nullement dénué de chances de succès - à ce que la procédure de passation de marché puisse, le cas échéant, se dérouler dans sa langue, de même que l'intérêt public à la garantie d'une protection juridique efficace sont prépondérants, de sorte qu'ils doivent en l'espèce l'emporter sur l'intérêt public à une poursuite de la procédure, telle que prévue dans l'appel d'offres du 12 avril 2017. La demande d'octroi de l'effet suspensif doit en conséquence être admise et l'ordonnance du 4 mai 2017 enjoignant au pouvoir adjudicateur de révoquer les délais fixés aux chiffres 1.3, 1.4 et 1.5 de l'appel d'offres est confirmée, seul moyen de garantir l'effet suspensif au recours.

E. 7

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

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