

BVGer B-351/2022 vom 18. Mai 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-05-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-351_2022

FR: TAF B-351/2022 du 18 mai 2022

IT: TAF B-351/2022 del 18 maggio 2022

Regeste

Marchés publics

Erwägungen

E. 1

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

E. 1.1

Selon l'art. 1 LMP, la loi s'applique à la passation de marchés publics par les adjudicateurs qui lui sont assujettis, que ces marchés soient soumis ou non aux accords internationaux.

E. 1.2

A teneur de l'art. 52 al. 1 let. b LMP, les décisions (cf. consid. 1.2.1) des adjudicateurs (cf. consid. 1.2.2) peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral lorsqu'elles concernent un marché portant sur des travaux de construction (cf. consid. 1.2.3) dont la valeur atteint le seuil déterminant pour les procédures ouvertes ou sélectives (cf. consid. 1.2.4) et si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions visées à l'art. 10 LMP ni ne constitue un marché public visé à l'annexe 5 ch. 1 let. c et d LMP (cf. art. 52 al. 5 LMP ; cf. consid. 1.2.5).

E. 1.2.1

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

E. 1.2.2

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

E. 1.2.3

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

E. 1.2.4

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

E. 1.2.4.1

L'art. 8 al. 4 LMP prévoit que sont soumises aux accords internationaux et à la présente loi les prestations qui sont énumérées aux annexes 1 à 3 dont la valeur atteint les valeurs seuils indiquées à l'annexe 4, ch. 1. Pour les adjudicateurs visés à l'art. 4 al. 2 let. f à h LMP, la valeur seuil pour les travaux de construction (valeur totale), en procédure ouverture ou sélective, se monte à 2 millions de francs (cf. ch. 2 de l'annexe 4 LMP) et à 8 millions de francs pour être soumis aux accords internationaux (cf. ch. 1.2 de l'annexe 4 LMP). Lorsque la valeur totale de plusieurs travaux de construction visés à l'annexe 1, ch. 1 LMP qui sont nécessaires à la réalisation d'un même ouvrage atteint la valeur seuil déterminante pour l'application des accords internationaux, les dispositions de la présente loi qui régissent les marchés soumis aux accords internationaux s'appliquent. En revanche, lorsque ces travaux de construction ont chacun une valeur inférieure à 2 millions de francs et que leur valeur cumulée ne dépasse pas 20% de la valeur totale de l'ouvrage, ils sont soumis aux dispositions de la présente loi qui régissent les marchés non soumis aux accords internationaux (clause de minimis) (cf. art. 16 al. 4 LMP). L'estimation préalable que le pouvoir adjudicateur fait de la valeur du marché est l'élément déterminant pour apprécier si le seuil fixé par la loi et l'ordonnance est atteint (cf. arrêt du TAF B-4157/2021 du 24 janvier 2022 consid. 1.1.4.1 et réf. cit.).

E. 1.2.4.2

En l'espèce, le marché litigieux - adjudgé pour un prix de (...) (hors taxe) - n'est que l'un des marchés en lien avec le renouvellement et l'installation de caméras vidéos sur le réseau routier romand, dont le montant total des travaux de construction dépasse le seuil de 8 millions de francs. Le seuil déterminant pour l'application de la loi et des accords internationaux aux travaux de construction (cf. art. 8 al. 4 LMP) est dès lors franchi.

E. 1.2.5

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

E. 1.2.6

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

E. 1.3

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

E. 1.3.1

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

en cas d'admission de son recours, de réelle chance d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ; arrêts du TAF B-4157/2021 du 24 janvier 2022 consid. 1.2.1 et B-396/2018 du 19 février 2019 consid. 2.2). A suivre ses arguments, la recourante, qui a obtenu le deuxième rang, aurait une réelle chance d'obtenir le marché en cas d'admission du recours. Par conséquent, elle dispose d'un intérêt digne de protection à l'examen du bien-fondé de l'adjudication prononcée. La qualité pour recourir doit donc lui être reconnue.

E. 1.3.2

Les dispositions relatives au délai de recours (cf. art. 56 al. 1 LMP), à la forme et au contenu du mémoire de recours (cf. art. 52 al. 1 PA), ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (cf. art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées. Le recours est dès lors recevable.

E. 2

La recourante fait tout d'abord valoir que, même si elle ne figure pas dans l'appel d'offre, l'exigence d'une autorisation OIBT consiste implicitement en un critère d'aptitude dont le non-respect doit conduire à l'exclusion de l'offre. Or, l'adjudicataire ne dispose pas d'une telle autorisation et ne saurait y remédier au moyen de la sous-traitance, les sous-traitants n'étant pas habilités à exécuter les prestations caractérisées. Elle indique également que les autorisations OIBT remises dans les déterminations du 31 mars 2022 ne permettent pas de justifier l'attribution du marché dès lors qu'elles ont été obtenues après l'adjudication. Elle en déduit que l'offre de l'adjudicataire aurait dû être exclue.

E. 2.1

L'adjudicateur définit de manière exhaustive, dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres, les critères d'aptitude auxquels doivent répondre les soumissionnaires (art. 27 al. LMP). Il dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix, la formulation et l'évaluation des critères d'aptitude ; il est 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-2426/2021 du 18 octobre 2021 consid. 3.1, B-396/2018 du 19 février 2019 consid. 3.3 et B-4637/2016 du 17 mars 2017 consid. 3.8). 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).

E. 2.2.1

Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral rendue sous l'ancien droit, 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-2426/2021 du 18 octobre 2021 consid. 2.1, 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). Cette jurisprudence demeure pleinement valable sous l'empire de la LMP actuellement en vigueur (cf. Martin Zobl in Trueb, Handkommentar zum Schweizerischem Beschaffungsrecht, Zurich 2020, n. 7 ad art. 53 LMP).

E. 2.2.2

En l'espèce, il n'est pas contesté que l'appel d'offres publié le 16 août 2021 sur Simap ne contient pas d'exigence concernant une autorisation OIBT comme critère d'aptitude. Aussi, si la recourante voulait s'en plaindre, en ce sens qu'un tel critère aurait nécessairement dû y

figurer, elle aurait dû l'entreprendre dans le délai de recours prévu à cet effet. Or, ce n'est que dans le cadre de son recours à l'encontre de la décision d'adjudication du 5 janvier 2022 qu'elle s'en prévaut, à savoir une fois ce délai de recours largement échu. Il s'ensuit que, en tant qu'il est dirigé contre l'appel d'offres dûment entré en force, son grief est tardif et n'a pas à être examiné plus avant.

E. 2.3.1

L'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication s'il est constaté que le soumissionnaire, un de ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier notamment lorsqu'il remet une offre ou une demande de participation qui est entachée d'importants vices de forme ou qui s'écarte de manière importante des exigences fixées dans l'appel d'offres (cf. art. 44 al. 1 let. b LMP). L'exclusion n'est donc pas automatique ; elle relève de la marge d'appréciation du pouvoir adjudicateur (cf. ATAF 2019 IV/1 consid. 4.1). Toutefois, lorsqu'un cas d'exclusion est destiné à réaliser un but essentiel du droit des marchés publics, le pouvoir adjudicateur ne jouit que d'un pouvoir limité de renoncer à l'exclusion. Une renonciation à l'exclusion ne doit pas aboutir à ce que le marché soit attribué, en violation de principes du droit des marchés publics, à un soumissionnaire qui ne participe pas au marché loyalement, empêchant ainsi que la concurrence puisse se jouer de manière régulière (cf. ATF 143 II 425 consid. 4.4.3 et 4.6 traduit au JdT 2018 I 55 ; ATAF 2019 IV/1 consid. 4.1 ; Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, Berne 2014, p. 190). Il paraîtrait en effet opposé aux bases mêmes du marché public et au principe d'égalité de traitement que l'Etat octroie un marché sans se préoccuper du fait que, de son côté, l'adjudicataire ignore ses obligations vis-à-vis de la collectivité, alors même que ses concurrents respectent les leurs (cf. ATAF 2019 IV/1 consid. 4.1 et réf. cit.). En tout état de cause, la faculté laissée à l'adjudicateur d'exclure un candidat ou d'écartier son offre doit respecter les principes de proportionnalité et de prohibition du formalisme excessif, quel que soit le motif d'exclusion (cf. arrêt du TF 2C_782/2012 du 10 janvier 2013 consid. 3 et réf. cit.). Un motif d'exclusion doit donc revêtir une certaine gravité. Une exclusion ne peut se fonder sur des éléments mineurs ou, du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication, notamment parce que leur ampleur est insignifiante et qu'ils n'exerceraient pas d'influence dans le classement des soumissionnaires (cf. Guerric Riedi, *Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht*, Universität Freiburg, *Aktuelles Vergaberecht 2016 / Marchés publics 2016*, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs / IV. Le travail au noir, p. 339). Le non-respect d'une condition légale d'admission au marché ne constitue pas en principe un défaut mineur faisant apparaître une exclusion comme disproportionnée (cf. ATF 143 I 177 consid. 2.2).

E. 2.3.2

Lors de l'examen de la qualification d'un soumissionnaire, il n'y a en principe, sous réserve de la prohibition du formalisme excessif, pas lieu de prendre en considération des faits (positifs pour lui) survenus après l'échéance du délai de soumission car il en résulterait une discrimination des soumissionnaires concurrents. L'état de fait déterminant est celui du moment de la décision d'adjudication ; des modifications de l'offre postérieures à l'échéance du délai de soumission n'entrent en considération que sur des points mineurs ; l'adjudicateur peut ainsi sans arbitraire admettre l'introduction différée de justificatifs anodins (cf. ATF 143 I 177 consid. 2.3.1, 2.5.1, 2.5.2 ; arrêt du TF 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 3.3 ; ATAF 2019 IV/1 consid. 3.6.1.2). De plus, afin d'éviter une bureaucratie inutile,

certaines preuves peuvent n'être exigées qu'à un stade ultérieur de la procédure - mais dans tous les cas avant l'adjudication - et que de la part du soumissionnaire occupant le premier rang du classement. L'idée est de décharger d'un travail superflu les soumissionnaires dont l'offre n'a aucune chance d'être retenue (cf. art. 26 et 27 al. 3 LMP ; ATAF 2019 IV/1 consid. 3.6.1.2).

E. 2.3.3

Comme déjà indiqué (cf. supra consid. 2.2.2), l'exigence d'une autorisation OIBT ne constitue pas un critère d'aptitude de l'appel d'offres ni ne ressort en cette qualité des documents d'appel d'offres ; il n'est notamment nullement mentionné dans les documents relatifs aux critères d'aptitude Q1 à Q3. Par ailleurs, la remise de dite autorisation n'est nulle part requise que ce soit lors du dépôt de l'offre ou ultérieurement. Ladite exigence consiste néanmoins en une condition légale pour réaliser les travaux mis en soumission ; elle doit donc être satisfaite, à tout le moins au moment de l'exécution de ceux-ci (cf. art. 6 OIBT). L'OIBT, à l'instar des normes SIA et des instructions de l'Ofrou, sont d'ailleurs expressément mentionnées à la section P6, point 700 ss des documents d'appel d'offres. Cette indication atteste ainsi que le respect de certaines règles est attendu des soumissionnaires ; elle n'en fait toutefois pas un critère d'aptitude, fût-il implicite. Au contraire, l'énumération des normes et réglementations applicables se réfère au contrat à passer après l'adjudication, à l'ouvrage lui-même, ainsi qu'à son exécution. Aussi, l'indication de l'OIBT dans les documents d'appel d'offres doit être interprétée, selon le principe de la confiance (cf. supra consid. 2.1) comme la mention des règles appelées à régir la relation entre l'adjudicataire et le pouvoir adjudicateur, une fois l'adjudication prononcée. Il s'ensuit qu'il ne ressort ni de l'appel d'offres, ni des documents d'appel d'offres que la détention d'une autorisation OIBT constitue un critère d'aptitude du marché mis en soumission dont le non-respect devait conduire à l'exclusion d'une offre. On ne saurait ainsi nullement reprocher au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir exclu l'offre de l'adjudicataire pour ce motif lors de l'évaluation des offres.

E. 2.3.4

Le tribunal relève néanmoins que, dans la mesure où le respect des exigences ressortant de l'OIBT ne constitue pas un critère d'aptitude du marché mis en soumission (cf. supra consid. 2.3.3), rien ne s'oppose à que dites conditions ne soient remplies qu'au moment de l'exécution des travaux. La jurisprudence prévalant pour les critères d'aptitude (cf. supra consid. 2.3.2) ne s'applique pas en l'espèce. A cet égard, il faut constater que l'ensemble des sous-traitants de l'adjudicataire - lesquels ne dépassent pas la limite des 30% fixée dans l'appel d'offres - disposent tous de l'autorisation OIBT. De plus, un employé de l'adjudicataire, engagé dès le 1er mars 2022, détient également dite autorisation (cf. pièces 6 et 10 à 11 du pouvoir adjudicateur). Enfin, l'adjudicataire a depuis elle-même obtenu une autorisation en ce sens (cf. registre des autorisations générales d'installer et de contrôler (AIKB) : <https://verzeichnis.est.ch/fr/aikb.htm>). Dans ces circonstances, non seulement les sous-traitants mais également l'adjudicataire sont désormais en possession des autorisations OIBT nécessaires ; ainsi, la prestation caractéristique sera fournie en conformité avec l'art. 31 al. 3 LMP. Il s'ensuit que, même à supposer que la sous-traitance ne permît pas à l'adjudicataire de satisfaire d'emblée aux conditions de l'OIBT, ces exigences seront remplies lors de l'exécution des travaux. Il ressort d'ailleurs de l'échange d'écritures qu'un bureau de contrôle OIBT vérifiera que l'ensemble des procédures et directives idoines sont respectées.

E. 2.4

En définitive, il n'y avait pas lieu d'exclure l'offre de l'adjudicataire, qui satisfait aux critères d'aptitude et dispose désormais des autorisations OIBT nécessaires lors de l'exécution des travaux. Le recours est ainsi mal fondé sur ce point et doit être rejeté.

E. 3

La recourante déplore - pour la première fois dans ses écritures finales - une notation arbitraire des critères d'adjudication C2 et C3, faisant valoir que des notes supérieures à celles de l'adjudicataire auraient dû lui être attribuées dans la mesure où elle dispose d'une autorisation OIBT. Elle indique encore que l'employé de l'adjudicataire titulaire de l'autorisation OIBT pour personne physique ne peut être pris en compte puisqu'il ne faisait pas partie de l'effectif et de l'organisation pour le marché litigieux.

E. 3.1

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. 56 al.3 LMP), 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-2426/2021 du 18 octobre 2021 consid. 9, B-487/2020 du 29 octobre 2020 consid. 5.1 et réf. cit. et B-396/2018 du 19 février 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. Poltier, op.cit., p. 269).

E. 3.2

Il ressort de l'appel d'offres que les critères C2 et C3 sont décrits comme suit : C2 « qualité des équipements et de l'exécution » [35%] Eléments de preuve : Rapport technique avec exemple de schémas électriques et coffrets ; Fiches techniques des constructeurs ; Questionnaire technique ; Programme des travaux ; Eléments de jugement Qualité et précision du rapport technique et des schémas Certification du matériel et garanties du constructeur Adéquation et qualité des solutions techniques décrites et des équipements proposés pour l'exécution du marché Détail, qualité et crédibilité du programme des travaux C3 « organisation » [35%] Eléments de preuve : Organigramme ; Analyse des risques ; Référence de la personne clé (critère Q3.1) ; CV et diplômes du technicien conducteur des travaux Eléments de jugement : Organigramme : Pertinence et adéquation de l'organisation ; identification des interfaces Analyse de risques : Qualité, précision des risques identifiés et des mesures préventives associées Personne-clé : technicien conducteur des travaux prévu dans l'organigramme du soumissionnaire : Formation de base et continue 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 de la référence de la personne clé, Pour toutes les preuves : Qualité et clarté des documents.

E. 3.3

In casu, les critères d'évaluation figurant dans l'appel d'offres auxquels se réfèrent la recourante, ne portent pas sur l'autorisation d'installer OIBT. Si la recourante estimait qu'il eût fallu donner plus de poids à cet élément, il lui appartenait de s'en prendre à l'appel

d'offres en temps utile (cf. supra consid. 2.2). En l'état, dès lors que le pouvoir adjudicateur n'a retenu cette autorisation ni comme critère d'aptitude ni comme élément d'évaluation des offres, le tribunal peine à voir en quoi la détention ou non de ladite autorisation au moment de l'adjudication aurait nécessairement dû exercer une influence sur la note à attribuer aux différentes offres. En tout état de cause, la seule assertion selon laquelle l'adjudicataire n'était pas titulaire d'une autorisation OIBT ne permet nullement de démontrer un abus ou excès du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur - dont la latitude de jugement est grande - ni ne justifie une intervention de l'autorité de recours. Enfin, la détention de l'autorisation OIBT n'étant pas déterminante selon les critères arrêtés par le pouvoir adjudicateur pour évaluer les offres, il importe peu que l'employé titulaire de l'autorisation OIBT pour personne physique ne faisait pas partie de l'effectif et de l'organisation pour le marché litigieux. Sur le vu de ce qui précède, la notation des critères C2 et C3 n'est pas critiquable ; les arguments de la recourante ne permettent en tous les cas pas de le démontrer. Infondé, le grief de la recourante doit dès lors être rejeté.

E. 4

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. 5

Le présent arrêt rend sans objet la requête d'octroi de l'effet suspensif déposée par la recourante.

E. 6

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 art. 4 FITAF). En l'espèce, il y a lieu de fixer les frais de procédure à 7'000 francs et de les mettre à la charge de la recourante, qui succombe. Ceux-ci sont compensés par l'avance de frais, du même montant, acquittée le 26 janvier 2022. Il n'est pas alloué de dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF a contrario et art. 7 al. 3 FITAF).

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