

BVGer B-7435/2010 vom 15. Dezember 2010

Bundesverwaltungsgericht, 2010-12-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-7435_2010

FR: TAF B-7435/2010 du 15 décembre 2010

IT: TAF B-7435/2010 del 15 dicembre 2010

Regeste

Marchés publics

Erwägungen

E. 1

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours contre les décisions d'adjudication dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) (art. 29 let. a LMP en lien avec l'art. 27 al. 1 LMP). La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la LMP et la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en disposent pas autrement (cf. art. 26 al. 1 LMP et art. 37 LTAF).

E. 2

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1).

E. 2.1

Il ressort de la systématique de la LMP (section 5) qu'un recours devant le Tribunal administratif fédéral n'est recevable que s'il est dirigé contre une décision prise dans le cadre de procédures d'adjudication prévues dans la LMP (a contrario art. 2 al. 3 4e 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 ; décision de l'ancienne commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM) du 11 octobre 2001, publiée in : Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 66.4 consid. 1b et réf. cit.). La LMP s'applique uniquement aux marchés publics visés par l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS 0.632.231.422), entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1996, alors que les autres marchés de la Confédération sont réglés par l'OMP. La LMP est applicable si l'entité adjudicatrice est soumise à la loi (art. 2 LMP), si le type de marché adjudgé est visé par celle-ci (art. 5 LMP), si la valeur du marché public à adjudger 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

Aux termes de l'art. 2 al. 1 LMP, est soumise à la loi, l'administration générale de la Confédération. En l'espèce, il n'est pas contesté que le pouvoir adjudicateur, armasuisse Immobilier, appartienne à l'administration générale de la Confédération (voir arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2778/2008 du 20 mai 2009 consid. 2.1), de sorte qu'il revêt la qualité d'adjudicateur au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP.

E. 2.1.2

Par marché de services au sens de la LMP, on entend un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la fourniture d'une prestation selon l'appendice 1, annexe 4, de l'Accord GATT (art. 5 al. 1 let. b LMP). Il n'est in casu pas non plus contesté que le marché en cause porte sur la fourniture d'une prestation entrant dans la catégorie CPC : 867, laquelle comprend notamment les services d'architecture et les services d'ingénierie.

E. 2.1.3

Aucune des exceptions prévues à l'art. 3 LMP n'est en l'espèce réalisée.

E. 2.1.4

Selon l'art. 6 al. 1 let. b LMP, en relation avec l'art. 1 let. b de l'ordonnance du DFE du 11 juin 2010 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour le deuxième semestre de l'année 2010 et l'année 2011 (RS 172.056.12), la LMP n'est applicable que si la valeur estimée du marché public à adjuger atteint Fr. 230'000.- pour les services sans la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Selon l'art. 44 al. 1 let. b OMP, la valeur d'un concours de projets proprement dit se compose de la somme totale des prix et de la valeur estimée des travaux d'études supplémentaires définis dans le programme du concours. En l'espèce, la somme des prix ascende à Fr. 250'000.- hors taxe, alors que le pouvoir adjudicateur envisage d'adjuger un marché de travaux d'études supplémentaires de 3 à 4 mio de francs. Le seuil déterminant pour l'application de la LMP aux marchés de services est dès lors atteint en l'espèce.

E. 2.1.5

Il ressort de ce qui précède que la LMP s'applique in casu.

E. 2.2

Les recourantes, qui ont pris part à la procédure devant le pouvoir adjudicateur, sont spécialement atteintes par la décision entreprise et ont un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors leur être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA).

E. 2.3

Les dispositions relatives à la représentation (art. 11 PA), au délai de recours (art. 30 LMP), à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 52 al. 1 PA), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées. Le recours est ainsi recevable.

E. 3.1

Les règles en matière de concours sont contenues dans le chapitre 4 de l'OMP aux art. 40 à 57. Celui-ci distingue les concours de projets et les concours portant sur les études et la réalisation. L'art. 42 OMP dispose que les concours de projets peuvent être organisés dans le but d'obtenir des propositions de solutions (al. 1) : pour des tâches décrites et délimitées de manière générale (concours d'idées) (let. a) ; pour des tâches clairement définies et pour l'identification de partenaires qualifiés qui concrétiseront en partie ou totalement ces propositions de solutions (concours de projets proprement dit) (let. b). Les concours portant sur les études et la réalisation visent à susciter des propositions en vue de la réalisation de tâches clairement définies et à permettre l'adjudication des activités liées à ces tâches (al. 2). L'art. 41 OMP postule que l'adjudicateur définit la procédure de concours selon les cas. Ce faisant, il peut s'inspirer totalement ou partiellement des règles appliquées par les

organisations professionnelles en la matière si ces règles ne sont pas contraires aux dispositions de la présente ordonnance.

E. 3.2

En l'occurrence, le concours, objet de la procédure, est un concours de projets d'architecture et d'ingénierie. Il se fonde sur le règlement SIA-142/2009, règlement des concours d'architecture et d'ingénierie (ci-après : SIA-142/2009) (voir ch. 2.2 du règlement du concours), lequel ordonne le déroulement des concours et fixe de manière contraignante les droits et devoirs du maître de l'ouvrage, du jury et des participants (art. 2.1 SIA-142/2009). La contrepartie des projets est constituée de prix, de mentions et d'indemnités éventuelles ainsi que, pour le lauréat, du mandat des prestations d'architecture et/ou d'ingénierie (art. 3.3 SIA-142/2009). Le jury approuve le programme de concours, formulé par le maître de l'ouvrage, et répond aux questions des participants. Il juge les propositions de concours, décide du classement, attribue les prix et les éventuelles mentions. Il formule le rapport du jugement et les recommandations pour la suite à donner (art. 10.2 et 13.1 SIA-142/2009). Dans un délai approprié, les participants peuvent poser, par écrit et sous forme anonyme, des questions relatives au programme du concours. Au nom du maître de l'ouvrage, le jury y répond par écrit, en rassemblant les questions - si nécessaire sous forme abrégée - et les réponses dans un document qu'il fait parvenir à temps à tous les participants (art. 14.1 SIA-142/2009). Le maître de l'ouvrage fait procéder, avant le jugement, à un examen préalable sans jugement de valeur qui porte sur le respect des prescriptions du programme. Le résultat de l'examen préalable doit être consigné dans un protocole (art. 15.1 SIA-142/2009). Dans le jugement des travaux de concours, le jury s'en tient au programme du concours et aux réponses aux questions (art. 20.1 SIA-142/2009). Avant de procéder au classement définitif, le jury doit passer en revue, encore une fois, toutes les propositions éliminées, y compris celles qui ont été écartées pour avoir enfreint les prescriptions du programme (art. 21.2 SIA-142/2009). Le jury examine les propositions qui restent en lice et en établit le classement. Il distingue le classement des propositions, le classement des prix et celui des mentions éventuelles (art. 21.3 SIA-142/2009). Le jury émet à l'attention du maître de l'ouvrage une recommandation pour l'attribution, suivant le type de concours, d'un mandat ou d'un mandat jumelé à un contrat, ou pour une suite à donner (art. 23.1 SIA-142/2009).

E. 4.1

En l'occurrence, le programme du concours prévoit, au ch. 3.3 "Implantation", que l'implantation du projet sera impérativement située dans le périmètre restreint. Les aménagements extérieurs dans le périmètre général. [...] La vision sur l'ensemble de la piste depuis la nouvelle vigie s'avère également bonne dans le périmètre restreint. Il dispose également, sous ch. 3.5 "Réglementation du sol", que la législation du sol est définie comme zone "militaire" par plan sectoriel du ressort de la Confédération. Aucune réglementation particulière n'est en vigueur du point de vue des gabarits, COS, CUS ou sur l'apparence des bâtiments dans ce secteur. Une sous-rubrique, intitulée "Réglementation propre à l'aérodrome", prévoit ce qui suit : A proximité de la piste la hauteur des bâtiments est réglementée selon un cadastre libre d'obstacles, la règle est la suivante : H. = 0.00 m. (au-dessus de la piste) : bande de 300 m. de large axée sur la piste. H. progressive : à partir de 150 m. à l'axe de la piste selon un cône s'élevant de 1 m. pour 7 m. Pour des raisons de visibilité, la hauteur de vigie de la tour de contrôle peut dépasser les limites prescrites. Le document questions/réponses (voir art. 14.1 SIA-142/2009) fournit des explications

complémentaires concernant cette dernière disposition. On peut notamment y lire, sous ch. 19, que pour des raisons liées à l'approche et au vol aux instruments ainsi qu'à la sécurité, de part et d'autre de l'axe de la piste, une bande de 150m est inconstructible (=300m de bande inconstructible). De part et d'autre de la piste, à partir de 150m de son axe, il est possible de construire en fonction d'une règle qui autorise les constructions d'autant plus hautes qu'elles sont distantes de cette limite de 150m, soit 0m à 150m, 1m à 157m, 2m à 164m, etc. soit selon une pente de 1m pour 7m (voir croquis ci-joint). Seule la vigie devrait dépasser ce "plafond". Il est également précisé, sous ch. 24, qu'il n'y a pas de restriction par rapport à la hauteur maximale de la tour de contrôle.

E. 4.2

Il ressort du rapport d'examen préalable que tous les projets reçus ont été affichés et contrôlés selon les points suivants du règlement et programme des locaux : périmètre du concours ; programme et surfaces des locaux ; plafond de construction (règle de dégagement par rapport à la piste). Il appert dudit rapport que deux projets, dont le projet de l'adjudicataire, dérogent à la règle de "plafond constructible" contenue au ch. 3.5 du programme du concours. S'agissant du projet de l'adjudicataire, on peut en effet y lire : dégagement par rapport à la piste (cône de construction respecté) : non 4.5m. Il ressort du rapport final du jury que celui-ci décide, sur la base du rapport d'examen préalable, d'admettre l'ensemble des projets au jugement. Les deux projets dérogatoires sont cependant écartés de la répartition des prix. Le jury procède ensuite à une prise de connaissance de tous les projets et retient, après avoir effectué deux tours d'élimination, sept projets pour le classement final. Les deux projets dérogatoires sont admis au classement avec mention, les cinq autres projets au classement avec prix. Le projet de l'adjudicataire est classé au premier rang. Il obtient la première mention pour un montant de Fr. 50'000.-. Le projet des recourantes est classé au deuxième rang. Il reçoit le premier prix pour un montant de Fr. 45'000.-. Le jury recommande enfin, à l'unanimité, au pouvoir adjudicateur de poursuivre les études et la réalisation avec l'adjudicataire.

E. 4.3

Les recourantes considèrent que les exigences, contenues au ch. 3.5 du programme du concours, concernant les restrictions de bâtir en hauteur des immeubles situés à proximité de la piste, sont de nature impérative, attendu qu'elles sont justifiées par des questions de sécurité, comme cela ressort des explications y relatives fournies dans le document questions/réponses. Aussi, elles font valoir que personne ne saurait y déroger. Elles ajoutent au surplus que la réponse à la question No 8 indique que le fait de dépasser les limites du périmètre restreint donne lieu à l'élimination du projet. Cela étant, elles considèrent qu'il était évident pour les concurrents qu'il n'y avait pas lieu de déroger au périmètre et/ou au gabarit imposés par le règlement et programme. Aussi, elles jugent incompréhensible que le projet de l'adjudicataire n'ait pas été écarté d'entrée de cause, dès lors qu'il déroge aux règles imposées au niveau des gabarits. Par ailleurs, elles relèvent que la dérogation prise en compte est importante, d'une part car il s'agit d'une violation importante d'une règle de sécurité imposée par le règlement et programme et, d'autre part, car, matériellement, elle correspond à une hauteur de deux étages supplémentaires. Elles relèvent enfin que le règlement et programme ne prévoit pas de dérogation possible.

E. 4.4

L'art. 52 OMP, de même que l'art. 19.1 SIA-142/2009, distinguent les prescriptions formelles fixées dans le règlement du concours, des prescriptions matérielles contenues dans le programme du concours.

E. 4.4.1

L'art. 19.1 let. a SIA-142/2009 mentionne ainsi, au titre de prescriptions formelles, le respect du délai et de la forme de remise de la proposition, celle-ci devant être complète dans ses parties essentielles et compréhensible, l'absence d'intentions déloyales et le respect de la règle de l'anonymat ; la violation d'une prescription formelle du règlement conduisant à l'exclusion de la procédure (i.e. du jugement ou du classement) (cf. art. 52 al. 1 OMP a contrario et 19.1 let. a SIA-142/2009).

E. 4.4.2

Les prescriptions matérielles sont, quant à elles, les contraintes à respecter (p. ex. fonctionnelles, techniques, juridiques, économiques ou énergétiques) et les besoins à satisfaire par les propositions de solutions (p. ex. surfaces ou locaux) (Jacques Dubey, *Le concours en droit des marchés publics, Zurich/Bâle/Genève 2005, No 739*). La portée de ces conditions dépend de leur nature. Les prescriptions matérielles peuvent ainsi prendre la forme de critères indicatifs, auxquels les participants peuvent librement déroger, ou, en revanche, de critères impératifs, dont la violation est sanctionnée (Dubey, op. cit., Nos 774 ss). Une proposition de concours s'écartant des dispositions du programme sur des points "essentiels" peut cependant n'être frappée que d'une exclusion de la répartition des prix (cf. art. 19.1 let. b SIA-142/2009 en lien avec l'art. 52 al. 3 OMP a contrario). Afin d'éviter les difficultés attachées à l'interprétation de la notion de disposition "essentielle", l'art. 13.3 let. s SIA-142/2009 recommande de distinguer dans le programme du concours les conditions devant être impérativement respectées de celles dont le respect est souhaitable. Lorsque le maître de l'ouvrage n'a pas distingué les critères indicatifs des critères impératifs, il appartient au jury de déterminer si la violation de telle ou telle prescription du programme doit ou non conduire à l'exclusion de l'attribution des prix (Dubey, op. cit., No 790).

E. 4.4.3

En l'occurrence, il est patent que la règle relative à la hauteur des bâtiments situés à proximité de la piste, contenue au ch. 3.5 du programme du concours et à laquelle déroge le projet de l'adjudicataire, constitue une prescription matérielle du programme. Nonobstant l'absence d'indication du caractère impératif de ladite norme dans le programme du concours, le jury a considéré, à l'instar des recourantes, que celle-ci était une prescription essentielle et, partant, a exclu la proposition dérogatoire de l'adjudicataire de la répartition des prix, en application de l'art. 19.1 let. b SIA-142/2009, ce que l'adjudicataire n'a par ailleurs pas contesté.

E. 4.4.4

En principe, seuls les projets conformes au programme peuvent figurer au classement (cf. art. 21.2 SIA-142/2009). Par exception, l'art. 22.2 SIA-142/2009 prévoit que des propositions remarquables, qui ont été écartées de la répartition des prix pour avoir contrevenu aux dispositions du programme, peuvent être l'objet de mentions. Selon l'art. 22.3 SIA-142/2009, en lien avec l'art. 52 al. 2 OMP - lequel s'applique aux concours de projets en dépit d'une erreur de traduction dans la version française (Dubey, op. cit., note de bas de page No 525) -, le jury peut classer des travaux de concours mentionnés. Si l'un d'eux se trouve au premier rang, il peut être recommandé pour une poursuite du travail. Il est

nécessaire que cette possibilité ait été expressément notifiée dans le programme du concours - condition réalisée en l'espèce (voir ch. 2.3 du règlement) - et que la décision du jury soit prise au moins à la majorité des trois quarts des voix et avec l'accord explicite de tous les membres du jury qui représentent le maître de l'ouvrage. L'art. 52 al. 2 OMP exige une décision prise à l'unanimité. En l'espèce, le projet de l'adjudicataire a reçu la première mention et a été classé au premier rang. Dès lors que le règlement du concours prévoyait dite possibilité, le jury a, partant, recommandé, et ce à l'unanimité, au pouvoir adjudicateur de poursuivre les études et la réalisation avec l'adjudicataire. Attendu que le pouvoir adjudicateur est en principe tenu de suivre la recommandation du jury, en application de l'art. 53 OMP, c'est donc à bon droit que le marché a été adjugé à l'adjudicataire. C'est dès lors à tort que les recourantes soutiennent que le projet de l'adjudicataire aurait dû être écarté d'entrée de cause en tant qu'il violait une règle impérative.

E. 4.5

L'argument que les recourantes tirent par ailleurs de la réponse à la question No 8, selon lequel la violation d'une règle impérative donnerait lieu à l'élimination du projet, ne leur est à cet égard d'aucun secours. Le ch. 8 du document questions/réponses est formulé comme suit : Dans le document "Règlement et Programme" - art. 3.3 figure que "L'implantation du projet sera impérativement située dans le périmètre restreint". Le fait de dépasser les limites du périmètre restreint donne-t-il lieu à l'élimination du projet ? Oui.

E. 4.5.1

Comme le relève le pouvoir adjudicateur dans sa réponse, dite question se rapporte au seul périmètre d'implantation des bâtiments prévu au ch. 3.3 du programme du concours, à l'exclusion de la règle relative au "plafond constructible" contenue au ch. 3.5 du programme et dont il a été établi plus haut que la violation pouvait n'être sanctionnée que par une exclusion de la répartition des prix. L'analogie à laquelle se livrent les recourantes en l'espèce est dès lors infondée.

E. 4.5.2

Néanmoins, il est curieux de constater que, dans sa réponse, le pouvoir adjudicateur considère le non-respect des limites du périmètre restreint d'implantation des bâtiments comme un motif d'exclusion du jugement au sens de l'art. 19.1 let. a SIA-142/2009. Or, il appert du rapport d'examen préalable que l'un des projets, soit le projet "H. _____", déroge justement à cette prescription. Dite violation y est consignée à la page 90, où l'on peut lire : inscription du projet dans le périmètre du concours : non, locaux techniques hors du périmètre imposé. Ce nonobstant, ledit projet a été admis au jugement, comme l'indique le rapport final du jury (voir consid. 4.2). Quoi qu'il en soit, indépendamment du point de savoir si la réponse donnée à dite question est erronée ou non, force est de constater que les recourantes ne prétendent dans tous les cas pas qu'elles auraient, d'une quelconque manière, été induites en erreur par celle-ci dans l'élaboration de leur projet. Sur le vu de ce qui précède, il y a donc lieu de constater que la décision attaquée ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

E. 5

Le présent arrêt rend sans objet la requête d'octroi de l'effet suspensif jointe au recours.

E. 6

Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être mis à la charge des recourantes qui succombent (art. 63 al. 1 PA et art. 1er 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 (art. 2 al. 1 1ère phrase et 4 FITAF). En l'espèce, attendu que le Tribunal de céans n'a pas statué sur la requête d'octroi de l'effet suspensif, il convient de mettre à la charge des recourantes des frais de procédure réduits à hauteur de Fr. 6'000.-. Ils sont imputés sur l'avance de frais de Fr. 8'000.- versée par les recourantes le 27 octobre 2010. Le solde de Fr. 2'000.- leur sera remboursé dès l'entrée en force du présent arrêt.

E. 7

Compte tenu de l'issue de la procédure, les recourantes n'ont pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF a contrario).

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