



Cour II
B-142/2022

Arrêt du 17 mars 2022

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Francesco Brentani, Eva Schneeberger, juges,
Lu Yuan, greffière.

Parties

X. _____ SA,
Y. _____ SA,
Z. _____ SA,
formant le consortium A. _____,
recourantes,

contre

Office fédéral des routes (OFROU),
Filiale d'Estavayer-le-Lac
Division Infrastructure routière Ouest,
Place de la Gare 7, 1470 Estavayer-le-Lac,
pouvoir adjudicateur.

Objet

Marchés publics
BSA GHGW Vengeron-Nyon - Lot 11 Energie et coffret de
terrain
ID du projet n° 222956.

Faits :**A.**

Le 28 juin 2021, l'Office fédéral des routes OFROU (ci-après : pouvoir adjudicateur) a publié sur la plateforme Simap un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de travaux de construction intitulé « N01.06 190037 – BSA GHGW Vengeron-Nyon – Lot 11 Energie et coffret de terrain (ID 7300) ».

Dans le délai de clôture pour la remise des offres, trois soumissionnaires ont déposé une offre, dont celle du consortium A. _____ composé de la société X. _____ SA, Y. _____ SA et Z. _____ SA (ci-après : recourantes) pour un montant de (...) francs hors taxe.

B.

B.a Par courrier du 21 décembre 2021, le pouvoir adjudicateur a informé les recourantes que leur offre avait été écartée.

B.b Par décision, publiée sur Simap le 22 décembre 2021, le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché en cause à la société B. _____ Sàrl (ci-après : adjudicataire) pour un prix de (...) francs hors taxe, indiquant qu'il s'agissait de l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base de l'ensemble des critères.

C.

Par écritures du 11 janvier 2022, les recourantes exercent un recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre cette décision. Elles concluent, sous suite de frais et dépens, à l'octroi de l'effet suspensif et à l'annulation de la décision entreprise ainsi qu'au renvoi de la cause au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

A l'appui de leurs conclusions, elles avancent que la décision entreprise viole le cadre légal sur les installations électriques. Les travaux prévus par l'appel d'offres nécessitent des installations soumises à l'ordonnance du Conseil fédéral du 7 novembre 2001 sur les installations électriques à basse tension (ordonnance sur les installations à basse tension, OIBT, RS 734.27), laquelle prévoit un régime général d'autorisation préalable pour toute personne qui exécute des travaux ou réalise des installations entrant dans son champ d'application (ci-après : autorisation OIBT). Or, l'adjudicataire n'est pas titulaire d'une telle autorisation délivrée par l'Inspection fédérale des installations à courant fort ESTI (ci-après : ESTI) ni ne figure sur aucun des registres tenus par celle-ci. Cette exigence

consiste en un critère d'aptitude implicite, le pouvoir adjudicateur ne pouvant déroger aux règles légales. De plus, l'adjudicataire ne saurait être habilitée à sous-traiter la responsabilité liée à l'autorisation d'installation, les travaux soumis à autorisation excédant, du reste, la limite fixée à 30% pour la sous-traitance. Elles relèvent encore ne pas avoir pu se renseigner davantage sur les caractéristiques de l'offre retenue et se réservent le droit de compléter leurs arguments, le pouvoir adjudicateur n'ayant pas répondu à leurs sollicitations téléphoniques. Elles requièrent en outre l'audition d'un témoin.

D.

Par ordonnance du 12 janvier 2022, le pouvoir adjudicateur a été enjoint, à titre de mesure superprovisionnelle, de n'entreprendre aucune mesure d'exécution susceptible d'influer sur l'issue du litige avant qu'il ne soit statué sur la requête d'octroi de l'effet suspensif.

E.

Invitées par le tribunal de céans à se déterminer sur leur qualité pour recourir dans la mesure où les recourantes ont été classées en troisième position lors de l'évaluation des offres, elles expliquent dans leur courrier du 26 janvier 2022 qu'elles disposent de ladite qualité dès lors qu'il relève de l'intérêt public de faire annuler un marché adjugé à une société qui ne dispose pas de l'autorisation nécessaire pour les installations. Pour le surplus, elles indiquent ne disposer d'aucun élément concernant d'autres soumissionnaires.

F.

Invité à se déterminer sur le recours, le pouvoir adjudicateur a conclu, le 11 février 2022, au rejet de la requête d'effet suspensif et à l'irrecevabilité du recours.

Il relève d'emblée que le grief des recourantes quant au choix des critères d'aptitude est tardif dans la mesure où l'appel d'offres n'a pas été contesté en temps utile. De plus, à supposer que l'exclusion de l'adjudicataire soit implicitement requise, les recourantes ayant été classées en troisième position lors de l'évaluation des offres, elles n'obtiendraient pas l'adjudication entreprise ; elles n'ont ainsi aucun intérêt actuel et pratique à l'annulation du marché. En outre, il relève que les soumissionnaires doivent disposer des autorisations OIBT nécessaires au moment de la réalisation des travaux et que l'offre de l'adjudicataire remplit toutes les exigences requises par les documents d'appel d'offres dès lors que moins de 30% des travaux soumis à l'autorisation OIBT seront sous-traités à des

entreprises titulaires d'une telle autorisation. Il ajoute enfin qu'il n'existe pas de traces de sollicitations téléphoniques de la part des recourantes dont il n'a pour le reste reçu aucun courriel.

G.

Par ordonnance du 18 février 2022, le tribunal a transmis la détermination du pouvoir adjudicateur aux recourantes et leur a expressément indiqué qu'après consultation du dossier de la cause et du registre des autorisations générales de contrôler et d'installer (AIKB), il avait constaté que le soumissionnaire classé en deuxième position disposait d'une autorisation délivrée par l'ESTI.

H.

Dans leurs déterminations du 4 mars 2022, les recourantes ont indiqué que les travaux caractéristiques soumis à autorisation excédaient non seulement les 16% retenus dans l'offre de l'adjudicataire mais également les 30% autorisés à la sous-traitance. Elles font en outre valoir qu'afin de respecter les délais, le pouvoir adjudicateur ne saurait se satisfaire d'une autorisation au moment de la réalisation des travaux seulement. S'agissant du soumissionnaire classé en deuxième position, les recourantes prennent bonne note de l'indication du tribunal, selon laquelle il dispose de l'autorisation en cause, et s'en remettent à justice quant à la recevabilité du recours sur ce point.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit :

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).

1.1 Selon l'art. 1 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1), 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.

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 la valeur seuil déterminante 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).

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.

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).

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).

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

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 ouverte 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.).

1.2.4.2 En l'espèce, le marché litigieux – adjudgé pour un prix de 1'201'395.46 francs (hors taxe) – n'est que l'un des marchés en lien avec la réalisation d'un système de réglage de la vitesse GHGW, sur la N01 entre l'échangeur du Vengeron et la jonction de Nyon, 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.

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).

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.

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. 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.

2.1 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 ; arrêt du TAF B-396/2018 du 19 février 2019 consid. 2.2).

2.2 En l'espèce, les recourantes ont pris part à la procédure d'adjudication et sont spécialement atteintes par la décision entreprise dès lors que l'offre, qu'elles ont déposée, a été écartée.

Reste à déterminer si elles ont un intérêt digne de protection au recours, leur offre ayant été classée en troisième position. Pour ce faire, il faut examiner si, à suivre leur argumentation, elles auraient une chance réelle d'obtenir le marché. En l'espèce, il y a lieu d'admettre, à la lecture du recours, qu'implicitement les recourantes requièrent l'exclusion de l'offre retenue. A l'appui de cette conclusion, elles ne soulèvent toutefois qu'un seul grief, à savoir le fait que l'adjudicataire ne dispose pas de l'autorisation OIBT. Elles ne s'en prennent pour le surplus ni à l'attribution de leurs propres notes ni à l'attribution de celles de l'adjudicataire. Invitées à se déterminer sur la recevabilité de leur recours et informées par le tribunal sur le fait que le soumissionnaire classé en deuxième position disposait de l'autorisation en cause, elles n'ont nullement complété leur argumentation ni requis d'informations supplémentaires en vue de le faire. Elles se contentent, en effet, d'affirmer avoir sollicité le pouvoir adjudicateur avant le dépôt du recours ; toutefois, dûment renseignées sur les différentes notes obtenues par les trois soumissionnaires lors de l'évaluation, elles ne demandent pas, dans leurs écritures, la moindre explication à leur sujet. Aussi, à supposer que le grief soulevé par les recourantes soit fondé et qu'il y ait lieu d'exclure l'adjudicataire pour le motif du défaut d'autorisation OIBT, le marché devrait être adjugé au soumissionnaire classé en deuxième position, lequel dispose effectivement de dite autorisation. Il suit de là que les recourantes ne disposent pas d'une réelle chance d'obtenir le marché et qu'on ne saurait leur reconnaître un intérêt digne de protection à l'examen du bien-fondé de l'adjudication prononcée. La qualité pour recourir ne doit donc pas leur être reconnue.

2.3 En tant que les recourantes font valoir qu'il relève de l'intérêt public de faire annuler un marché adjugé à une société qui ne dispose pas de l'autorisation OIBT, elles semblent implicitement se prévaloir de la nullité de l'adjudication. La jurisprudence subordonne toutefois expressément un intérêt digne de protection à la constatation éventuelle de la nullité dans le cadre d'un recours (arrêt du TF 1C_627/2012 du 24 avril 2013 consid. 2 faisant référence à l'ATF 136 II 415 consid. 1.2 et 1.3 ; arrêt du TAF B-3595/2021 du 3 janvier 2022 consid. 8). Or, c'est précisément cet intérêt qui fait défaut aux recourantes en l'espèce (cf. supra consid. 2.2).

Cela étant, même à supposer que l'absence d'autorisation OIBT puisse constituer un motif entraînant la nullité de l'attribution du marché, cela ne

saurait être le cas que si dite autorisation devait faire défaut au moment de la réalisation des travaux et non au stade de l'adjudication déjà. En effet, une décision n'est nulle que si notamment le vice qui l'affecte est particulièrement grave (cf. ATF 138 II 501 consid. 3.1, 138 III 49 consid. 4.4.3, 132 II 21 consid. 3.1 et 129 I 361 consid. 2.1 ; arrêt du TAF B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 11.1).

2.4 Il suit de l'ensemble de ce qui précède que le recours est irrecevable.

3.

Le présent arrêt rend sans objet la requête d'octroi de l'effet suspensif formée par les recourantes.

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. 63 al. 4^{bis} PA, art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF).

En l'espèce, compte tenu de l'ampleur de la cause, en particulier le fait que le présent arrêt se limite à la question de la recevabilité, des frais réduits doivent être arrêtés à 1'500 francs et mis à la charge des recourantes qui succombent. Ce montant est imputé à hauteur de 500 francs sur chacune des avances de frais de 2'000 francs versée par les recourantes durant l'instruction. Le solde de 4'500 francs leur sera restitué, à savoir 1'500 francs chacune, dès l'entrée en force du présent arrêt.

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).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est irrecevable.

2.

La requête d'octroi de l'effet suspensif est sans objet.

3.

Les frais de procédure, d'un montant de 1'500 francs, sont mis à la charge des recourantes. Ce montant est prélevé à hauteur de 500 francs sur chacune des avances de frais de 2'000 francs déjà versée. Le solde de 4'500 francs leur sera restitué, à savoir 1'500 francs chacune, une fois le présent arrêt entré en force.

4.

Il n'est pas alloué de dépens.

5.

Le présent arrêt est adressé aux recourantes, au pouvoir adjudicateur et à l'adjudicataire en extrait.

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

La greffière :

Pascal Richard

Lu Yuan

Indication des voies de droit :

Pour autant qu'elle soulève une question de principe (cf. art. 83 let. f ch. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110] *a contrario*), la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification. Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 18 mars 2022

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourantes (par courriel et par acte judiciaire ; annexes : formulaires « adresse de paiement »)
- au pouvoir adjudicateur (n° de réf. SIMAP ID du projet : 222956 ; par courriel et par acte judiciaire)
- à l'adjudicataire (en extrait ; par courriel et par courrier A)