

BVGer B-1680/2016 vom 18. Juli 2016

Bundesverwaltungsgericht, 2016-07-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1680_2016_d20160718

FR: TAF B-1680/2016 du 18 juillet 2016

IT: TAF B-1680/2016 del 18 luglio 2016

Erwägungen

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).

E. 2.1

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). 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 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 et réf. cit.). 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 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

Ainsi, en vertu de l'art. 2 al. 1 LMP, 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 de l'armement (armasuisse) appartienne à l'administration générale de la Confédération (cf. arrêt du TAF B-7435/2010 du 15 décembre 2010 consid. 2.1.1), 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'AMP (art. 5 al. 1 let. b LMP), liste reprise à l'annexe 1a de l'OMP. 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 des services indiqués dans les deux annexes précitées sous le numéro de référence 867 de la classification centrale des produits (CPC).

E. 2.1.3

Enfin, l'art. 6 LMP 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 let. b de l'ordonnance du DEFR du 2 décembre 2013 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2014 et 2015 (RS 172.056.12) dispose que la LMP n'est applicable qu'aux marchés publics dont la valeur estimée dépasse 230'000 francs pour les services. 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.). Il n'est pas non plus nié que cette valeur soit atteinte dans le cas d'espèce. Le seuil déterminant pour l'application de la LMP aux marchés de services est dès lors atteint.

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 *in casu*.

E. 2.2.1

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral, les membres d'un consortium doivent, en leur qualité de Consorts nécessaires, recourir conjointement contre une décision rendue en application de la LMP (cf. ATF 131 I 153 consid. 5 ; ATAF 2008/7 consid. 2.2.2). Dite condition est en l'espèce réalisée.

E. 2.2.2

Les recourantes paraissent disposer de la qualité pour recourir contre la décision d'interruption (cf. art. 48 al. 1 PA en relation avec les art. 26 al. 1 LMP et 37 LTAF), dès lors que de réelles chances d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ; arrêt du TF 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2) leur ont été reconnues dans le cadre du recours contre la décision d'adjudication du 8 septembre 2015 (cf. arrêt B-6274/2015 consid. 2.2.2). Elles ont ainsi un intérêt à ce que soit examiné le bien-fondé de l'interruption prononcée (arrêt du TAF B-1772/2014 du 21 octobre 2014 consid. 1.2.2.1).

E. 2.2.3

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. 2.3

En conséquence, le recours ne paraît pas irrecevable. Partant, il y a lieu d'entrer en matière sur les requêtes d'octroi de l'effet suspensif et de mesures provisionnelles formulées par les recourantes.

E. 3

Les recourantes ont requis l'octroi de l'effet suspensif à leur recours faisant valoir les chances du succès de celui-ci et leur intérêt prépondérant à ce qu'un contrôle de la légalité ait lieu avant que le pouvoir adjudicateur n'entame des démarches en vue d'une nouvelle procédure d'adjudication.

E. 3.1

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). Cette réglementation 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 B-3402/2009). 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-3311/2009 consid. 2.2 et B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1). 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 consid. 2). A ces intérêts, s'opposent les intérêts publics que le pouvoir adjudicateur doit prendre en considération, notamment celui à une exécution aussi rapide que possible de la décision (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).

E. 3.2

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a renoncé à se déterminer sur la requête d'effet suspensif formée par les recourantes. Dans ces circonstances, il n'a invoqué aucune situation d'urgence justifiant de ne pas surseoir à l'exécution de la décision d'interruption jusqu'à droit connu sur le recours formé par les recourantes et de ne pas garantir à celles-ci une véritable voie de droit. Il n'a pas davantage prétendu que le recours était dénué de chances de succès. Il convient ainsi d'accorder l'effet suspensif au recours sans qu'il n'y ait lieu d'examiner plus avant les chances de succès du recours.

E. 4

Les recourantes requièrent également que des mesures provisionnelles soient prononcées en vue d'enjoindre le pouvoir adjudicateur de poursuivre immédiatement la procédure d'adjudication selon un calendrier préétabli.

E. 4.1

A teneur de l'art. 56 PA, l'autorité de recours, son président ou le juge instructeur peut prendre des mesures provisionnelles pour maintenir intact un état de fait existant ou sauvegarder des intérêts menacés. Une décision sur mesures provisionnelles suppose l'urgence et n'est admise que lorsque le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (cf. ATF 130 II 149 consid. 2.2). Il faut en outre procéder à une pesée des intérêts respectifs lors de laquelle les mesures à ordonner doivent apparaître proportionnées. De plus, le prononcé de mesures ne doit ni anticiper ni rendre impossible une décision sur le fond (cf. ATF 127 II 132 consid. 3). Lesdites mesures reposent sur un examen sommaire de l'état de fait et de la situation juridique. Il peut être tenu compte d'un pronostic sur le fond lorsque celui-ci est clair ; si tel n'est pas le cas, il convient de faire preuve de retenue (cf. décision incidente du TAF B-547/2008 du 19 mars 2008 consid. 4.2).

E. 4.2

Les recourantes font valoir que le pouvoir adjudicateur n'a pas donné la suite à la procédure qu'impliquait l'arrêt du 21 décembre 2015 lui renvoyant la cause. Elles indiquent pour le surplus qu'il y a péril en la demeure et que leurs droits sont menacés - en particulier qu'il y a à craindre que le marché ne leur échappe - si la procédure n'est pas continuée et achevée dans les meilleurs délais. Le pouvoir adjudicateur, bien qu'il ne se soit pas expressément déterminé sur cette requête, a implicitement conclu à son rejet dans la mesure où il a déclaré maintenir ses conclusions. En effet, même s'il n'a encore pris aucune conclusion dans la présente affaire (B-1680/2016), il a joint à sa prise de position la décision entreprise

interrompant la procédure. Dans ces conditions, il y a lieu d'admettre qu'il n'entend pas poursuivre celle-ci avant que le tribunal n'ait statué sur le bien-fondé de l'interruption prononcée.

E. 4.3

Tout d'abord, il convient de relever que, dans son arrêt du 21 décembre 2015, le Tribunal administratif fédéral a considéré, compte tenu des éléments au dossier et des motifs invoqués par le pouvoir adjudicateur, que les conditions d'une interruption de la procédure d'adjudication par l'instance judiciaire n'étaient pas réunies. Il a pour le surplus constaté que les critères de qualification devaient être adaptés mais qu'une interruption de la procédure ne s'imposait pas nécessairement ; la cause a dès lors été renvoyée au pouvoir adjudicateur pour qu'il pallie le défaut de la procédure d'appel d'offres, les modalités devant être déterminées par ledit pouvoir adjudicateur (cf. arrêt B-6274/2015 consid. 4.6.3, 4.6.4, 5.3 et 5.4). A la suite dudit renvoi, celui-ci a interrompu la procédure par décision du 25 février 2016, décision que le présent recours a pour objet. Il suit de là que la question de l'interruption de la procédure d'appel d'offres par le pouvoir adjudicateur n'a pas été traitée dans l'arrêt susmentionné ; au contraire, cette question consiste précisément en l'objet de la présente procédure. En d'autres termes, l'arrêt à rendre devra déterminer si c'est à juste titre, ou non, que la procédure a été interrompue.

E. 4.4

En l'espèce, les recourantes requièrent que la procédure d'adjudication soit poursuivie, nonobstant l'interruption prononcée. Elles entendent ainsi obtenir, durant la procédure de recours, l'exécution anticipée de leurs conclusions au fond. Cette mesure est également susceptible d'avoir un effet définitif dans l'hypothèse où l'autorité devait poursuivre la procédure d'adjudication jusqu'à son terme. De telles mesures ne sont toutefois admises que de façon restrictive et sont soumises à des exigences strictes (cf. ATF 138 III 378 consid. 6.4). A l'appui de leur requête, les recourantes font valoir que leurs droits sont menacés, en ce sens qu'il y a à craindre que le marché ne leur échappe si la procédure n'est pas continuée et achevée dans les meilleurs délais. Dès lors que l'effet suspensif a été accordé au recours et que le pouvoir adjudicateur doit s'abstenir de toute mesure susceptible d'influer sur l'issue du litige, en particulier de procéder à un nouvel appel d'offre, on ne saisit pas en quoi le seul écoulement du temps durant la procédure de recours serait à même de mettre en danger les chances des recourantes d'obtenir le marché. L'inconvénient consistant en l'attente de la décision sur recours est en réalité inhérent à la durée de toute procédure et ne constitue nullement une menace d'un dommage difficile à réparer ; en tout état de cause, il ne saurait à lui seul justifier le prononcé d'une mesure d'exécution anticipée.

E. 4.5

Sur le vu de ce qui précède, il convient d'admettre que les intérêts des recourantes en faveur du prononcé de mesures provisionnelles ne sont pas prépondérants. Dans ces circonstances, point n'est besoin d'examiner plus avant la proportionnalité des mesures provisionnelles requises ou de procéder à un pronostic sur le fond. En conséquence, la requête de mesures provisionnelles formée par les recourantes doit être rejetée.

E. 5

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.