

BVGer B-3158/2011 vom 12. Juli 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-07-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3158_2011

FR: TAF B-3158/2011 du 12 juillet 2011

IT: TAF B-3158/2011 del 12 luglio 2011

Regeste

Marchés publics

Erwägungen

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 (art. 28 al. 2 LMP). La LMP ne mentionne pas les critères qui devraient être pris en considération pour décider de l'octroi ou du refus de l'effet suspensif. Selon les principes développés par la jurisprudence et la doctrine à propos de l'art. 55 PA, auxquels il convient dès lors de se référer, l'octroi, le retrait ou la restitution de l'effet suspensif résultent d'une comparaison des intérêts à l'exécution immédiate de la décision, d'une part, et au maintien du régime antérieur jusqu'à droit connu, d'autre part. Il s'agit donc de procéder à une pondération des intérêts publics et privés, respectivement entre des intérêts privés divergents (ATF 129 II 286 consid. 3, 117 V 185 consid. 2b, 110 V 40 consid. 5b, 106 Ib 115 consid. 2a ; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5e éd., Zurich 2006, p. 385 ss no 1802 ss ; Pierre Moor, *Droit administratif*, vol. II, 2e éd., Berne 2002, p. 680 ss). 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, montre 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 (ATAF 2007/13 consid. 2.1 et réf. cit.). Disposant d'une certaine marge d'appréciation, l'autorité se fonde en principe sur les documents qui sont dans le dossier et examine *prima facie* la requête d'effet suspensif, sans ordonner des compléments de preuves (ATF 117 V 185 consid. 2b, 110 V 40 consid. 5b, 106 Ib 115 consid. 2a). Dans le cadre de l'examen de la requête sur l'effet suspensif, la jurisprudence prescrit un examen *prima facie* de l'apparence du bien-fondé du recours. Si, dans le cadre d'un examen *prima facie* sur la base du dossier, la recevabilité du recours apparaît invraisemblable ou si un recours recevable apparaît manifestement mal fondé, la demande d'effet suspensif est d'emblée vouée à l'échec. Une pondération des intérêts ne s'avère dans ce cas-là pas nécessaire. En revanche, si la recevabilité du recours paraît *prima facie* vraisemblable ou douteuse et que le recours ne paraît pas dénué de chances de succès ou qu'il existe des doutes à ce propos, la pondération des intérêts en présence doit être effectuée (décisions incidentes du TAF B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 2.2 et B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1). L'examen des chances de succès du recours peut être laissé ouvert, lorsque, comme en l'espèce (voir consid. 4 à 4.3 ci-après), il est démontré que l'intérêt public en cause - en l'occurrence la protection de la vie et de l'intégrité corporelle - est prépondérant. Selon la

jurisprudence, il convient, dans la pondération des intérêts, de tenir compte de ceux du recourant consistant au maintien de la possibilité d'obtenir l'adjudication (décision incidente du TAF B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 2). A ces intérêts, s'opposent les intérêts publics que le pouvoir adjudicateur doit prendre en compte. 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 Uruguay, Message 2 GATT) (FF 1994 IV 995 ss), le Conseil fédéral relève en effet 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 sur les marchés publics (AIMPu), 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 (arrêt du TF 2P.165/2002 du 6 septembre 2002 consid. 2.2.2 ; voir dans le même sens ATAF 2008/7 consid. 3.3). Les éventuels intérêts de tiers, notamment des autres participants à une procédure de marchés publics, doivent, de jurisprudence constante, également être pris en considération. Compte tenu notamment des objectifs poursuivis par l'art. XX ch. 2 et 7 AMP (entré en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1996), il convient toutefois de veiller à ne pas rendre illusoire la garantie d'une protection juridique efficace (ATAF 2007/13 consid. 2.2 et réf. cit.).

E. 4.1

Dans le cas d'espèce, l'intérêt de la recourante réside dans la possibilité d'obtenir l'adjudication et d'exécuter les prestations qui font l'objet du marché litigieux. Il s'agit ainsi d'intérêts financiers et commerciaux auxquels vient s'ajouter l'intérêt public à une protection juridique efficace. Pour sa part, le pouvoir adjudicateur fait pour l'essentiel valoir la sécurité du trafic ainsi que le danger pour la vie et l'intégrité corporelle que représentent les murs de soutènement, objet de la présente procédure. Dans ses observations du 5 juillet 2011, le pouvoir adjudicateur explique que, suite à l'effondrement d'un mur de soutènement sur la N5 (à l'entrée de Bienne), il a été constaté une corrosion très avancée de l'armature. Compte tenu non seulement de la similarité des conditions de la N9 mais surtout du fait que sa construction était encore plus ancienne, il a décidé de commander fin 2009 les analyses nécessaires pour permettre de vérifier l'état des murs de soutènement. Sur la base de l'analyse des risques établie par le groupement (...) et validée par deux experts indépendants, la situation a été jugée suffisamment critique pour lancer dès 2010 les premières interventions sur les murs de soutènement dont l'état était le plus critique. Parallèlement à ces interventions, des investigations complémentaires ont été effectuées durant l'année 2010 afin de valider l'état de risque du solde des murs jugés critiques. Le pouvoir adjudicateur relève que ces dernières investigations ont confirmé l'état critique général des murs, constatant même dans certains cas une perte de section d'armature allant jusqu'à 64%. Il souligne que le rapport de (...) indique précisément les degrés de priorité de l'assainissement des murs de soutènement et que le problème de sécurité structural lié à la corrosion des armatures est avéré et confirmé par les experts indépendants. En outre, il explique qu'il n'était pas possible d'obtenir ces résultats plus tôt vu la difficulté à réaliser les investigations nécessaires en même temps que les travaux déjà en cours. Le pouvoir adjudicateur expose enfin que les bretelles d'autoroutes, tout comme la chaussée principale, comportent une bande d'arrêt d'urgence. Il relève que l'élément important est la largeur à disposition ; or, à l'endroit prévu, une seule voie avec gabarit réduit peut être maintenue en cas de travaux, le reste de la chaussée étant utilisé pour les travaux. Selon le pouvoir

adjudicateur, les travaux en question doivent être achevés d'ici à fin octobre 2011, car il ne serait plus possible sinon d'y passer avec des engins de déneigement vu l'emprise des travaux au sol aux endroits visés.

E. 4.2

Il ressort du dossier (annexe 6 aux observations du pouvoir adjudicateur du 21 juin 2011 «Rapport de synthèse des résultats») que les investigations complémentaires effectuées en 2010 ont porté sur 32 murs. Afin de déterminer si un ouvrage devra ou non être renforcé avant le prochain UPlaNS (planification de l'entretien des routes nationales), une méthodologie comprenant quatre critères exclusifs et éliminatoires («Killers critères») a été adoptée. Ces quatre critères sont : 1) Conformité de la densité d'investigation selon tableau 1 du 11.06.2009 permettant de juger la connaissance de l'objet et la représentativité des investigations ; 2) Perte de section moyenne maximale des armatures principales du parement selon les résultats des investigations 2010 ; 3) Perte de section moyenne maximale des armatures de semelle relevée lors des investigations 2010 ; 4) Résistance interne «n» déterminant selon études de vérification basée sur les plans d'archive. Le choix de renforcer un mur avant le prochain UPlaNS devra être entrepris si un seul de ces critères donne une valeur alarmante ; ces critères ne font pas l'objet d'une moyenne. Parmi les 32 murs investigués, on trouve deux des trois murs visés par le lot n° 23 litigieux (voir annexe 2 au «Rapport de synthèse des résultats»). Le mur 09M104-C est un mur désigné «rouge» (renforcement en urgence sans investigation), pour lequel les critères 2 et 4 ont été considérés comme alarmants. Quant au mur 09M018-G, il s'agit d'un mur désigné «orange» (réalisation d'investigation en urgence avec établissement d'un projet de renforcement en parallèle prêt à être réalisé. Selon résultats travaux direct ou report au prochain UPlaNS), pour lequel le critère 2 a été considéré comme alarmant. Conformément à la méthodologie adoptée selon laquelle il suffit qu'un seul des critères éliminatoires donne une valeur alarmante pour entreprendre les travaux de renforcement du mur avant le prochain UPlaNS, il a donc été décidé que les travaux de ces deux murs devaient avoir lieu en 2011. Dans ce contexte, la recourante allègue dans ses déterminations du 29 juin 2011 que les travaux de plusieurs murs, pourtant considérés comme alarmants, ont été repoussés sans mentionner de date de réalisation. Cette allégation de la recourante est dénuée de pertinence. D'une part, elle se réfère à des murs qui ne sont pas objet de la présente procédure. D'autre part, s'il ressort effectivement de l'annexe 2 au «Rapport de synthèse des résultats» qu'il a été décidé de repousser les travaux de trois murs désignés «rouge» et de cinq murs désignés «orange», il en appert également que, contrairement aux murs visés par le lot litigieux en l'espèce, aucun des critères éliminatoires n'a été jugé alarmant pour les huit murs précités. Le «Rapport de synthèse des résultats» précise de manière générale que «les dégâts de corrosion des armatures par piqûre sont très locaux, le problème d'incertitude concernant la représentativité des résultats des investigations se pose toujours. Notons également que la vitesse de corrosion reste inconnue». Il conclut enfin que les investigations complémentaires effectuées en 2010 ont confirmé le danger de ruine (supposée fragile) des ouvrages de soutènement de type mur-semelle en raison des pertes de section de l'armature principale par corrosion.

E. 4.3

Il convient de constater que tant le «Rapport de synthèse des résultats» que les explications fournies par le pouvoir adjudicateur montrent clairement que les murs de soutènement, objet des travaux litigieux, présentent de sérieux risques. Certes, il est vrai que l'un des trois

murs visés par le lot n° 23 litigieux n'a pas fait l'objet des investigations complémentaires de 2010. Cependant, le pouvoir adjudicateur souligne qu'il n'est pas possible de définir la durée de vie résiduelle des murs. En outre, il ressort du «Rapport de synthèse des résultats» que la vitesse de la corrosion est également inconnue. Ainsi donc, l'évolution de la dégradation des murs est imprévisible tout comme d'ailleurs les risques que ces murs entraînent sur la sécurité des usagers de la route. Dans ces conditions, on ne peut pas faire grief au pouvoir adjudicateur d'avoir inclus le troisième mur (09MR017-D) dans le lot litigieux même en l'absence de certitudes scientifiques, ce d'autant plus qu'on ne peut guère nier que le trafic est dense sur le tronçon concerné. Compte tenu des motifs invoqués par le pouvoir adjudicateur, il n'y a ainsi pas lieu de s'écarter de son appréciation qui repose par ailleurs sur une expertise. En effet, selon la pratique, le Tribunal administratif fédéral s'impose une certaine retenue lorsque le litige porte sur des questions techniques sur lesquelles l'autorité inférieure, voire les experts, sont plus aptes à se prononcer en raison de leurs connaissances spécialisées et de leur expérience en la matière. Enfin, le pouvoir adjudicateur explique également de manière convaincante la raison pour laquelle les travaux doivent être achevés d'ici à fin octobre 2011, à savoir l'impossibilité de procéder au déneigement sur une voie de circulation unique et réduite. La recourante laisse entendre que le pouvoir adjudicateur a lui-même créé cette situation d'urgence. Sur ce point, il ressort clairement du dossier que l'urgence en question résulte d'éléments extérieurs et imprévisibles. On ne peut en aucun cas reprocher au pouvoir adjudicateur d'avoir tardé en ayant commandé des investigations, lesquelles étaient nécessaires afin de déterminer un ordre de priorité. Au regard de ce qui précède, il sied d'admettre que la sécurité du trafic ainsi que la protection de la vie et de l'intégrité corporelle que sauvegarde l'intérêt public sont prépondérants. Ce dernier l'emporte donc clairement sur les intérêts de la recourante. Dans ces circonstances, point n'est ainsi besoin d'examiner si l'autre condition cumulative - à savoir l'existence des chances de succès du recours - est remplie in casu.

E. 5

Il résulte de ce qui précède que la demande d'octroi de l'effet suspensif doit être rejetée, ce qui entraîne l'annulation de la mesure superprovisionnelle, objet du ch. 2 du dispositif de l'ordonnance du Tribunal administratif fédéral du 3 juin 2011.

E. 6

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.