

# **BVGer B-4501/2021 vom 13. Dezember 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-12-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4501\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4501_2021)

FR: TAF B-4501/2021 du 13 décembre 2021

IT: TAF B-4501/2021 del 13 dicembre 2021

## **Regeste**

Marchés publics

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours notamment contre les appels d'offres dans le domaine de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1 ; art. 53 al. 1 let. a en lien avec art. 52 al. 1 LMP).

### **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 ; arrêt du TAF B-6177/2008 du 25 novembre 2008 consid. 2.1, non publié aux ATAF 2008/61).

#### **E. 2.1**

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).

#### **E. 2.2.1**

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 (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Un tel intérêt existe lorsque la situation juridique ou de fait est susceptible d'être influencée par l'issue de la procédure. L'intérêt digne de protection consiste ainsi en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant en lui procurant un avantage concret, de nature économique, matérielle, idéale ou autre, ou en lui évitant de subir un tel préjudice que la décision attaquée lui occasionnerait (cf. ATF 138 II 162 consid. 2.1.2, 137 II 40 consid. 2.3, 133 II 468 consid. 1). Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt de la loi ou d'un tiers est en revanche irrecevable (cf. ATF 121 II 39 consid. 2c/aa in fine). Il incombe par ailleurs au recourant d'établir les faits qu'il considère comme propres à fonder sa qualité pour agir lorsqu'ils ne ressortent pas à l'évidence de la décision attaquée ou du dossier de la cause (cf. ATF 133 II 400 consid. 2, 133 II 249 consid. 1.1, 122 II 97 consid. 3 et 120 Ib 431 consid. 1).

#### **E. 2.2.2**

L'intérêt digne de protection du soumissionnaire évincé est notamment reconnu lorsque celui-ci disposerait, en cas d'admission de son recours, d'une réelle chance d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ; arrêt du TAF B-1511/2020 du 9 juin 2020 consid. 3.2). Le Tribunal fédéral a toutefois précisé qu'en cas de recours contre un appel d'offres, les

chances de voir son offre retenue ne jouent aucun rôle lors de l'examen de la qualité pour recourir d'une partie. Il suffit, dans de tels cas, que celle-ci soit un soumissionnaire potentiel pour le marché en cause et qu'elle ait conclu respectivement à la mise en oeuvre d'une nouvelle procédure ou à la constatation de l'illicéité de l'appel d'offres entrepris (cf. arrêt du TF 2C\_563/2016 du 30 décembre 2016 consid. 1.3.2 et réf. cit. ; arrêt du TAF B-2570/2017 du 20 juillet 2017 consid. 2.2).

### **E. 2.3**

En l'espèce, l'appel d'offres du 27 avril 2021 - qui indiquait que le marché n'était pas soumis aux accords internationaux et ne mentionnait aucune indication des voies de recours - était accompagné d'un cahier des charges, lequel précisait expressément, sous ch. 6.12, que « aucun recours ne sera possible dans le cadre du présent appel d'offres ». Par courriel du 21 septembre 2021, le pouvoir adjudicateur a indiqué, à titre rectificatif, à la recourante notamment, que ledit appel d'offres était soumis aux accords internationaux et, partant, ses décisions susceptibles de recours.

### **E. 2.4**

La recourante, qui a déposé un recours à la suite de la communication du 21 septembre 2021, conclut à l'annulation, respectivement l'interruption, de la procédure d'appel d'offres ainsi qu'à la constatation de la nullité de toutes les décisions y relatives prises par le pouvoir adjudicateur.

#### **E. 2.4.1**

Se prononçant sur la recevabilité de son recours, la recourante a indiqué s'être trouvée démunie face à un appel d'offres qui semblait avoir été taillé sur mesure pour quelques prestataires seulement. Outre des exigences démesurées en relation avec la qualité et la provenance des denrées, le pourcentage de la redevance et des critères discriminatoires, le cahier des charges imposait qu'un seul intermédiaire représente et gère tous les foodtrucks du site de l'EPFL, ce qui, au vu des circonstances, s'avère impossible à réaliser. Dans l'impossibilité de recourir contre l'appel d'offres et le cahier des charges, la recourante indique avoir donc à l'époque renoncé à soumissionner. Le ch. 6.12 du cahier des charges a ainsi contribué à la priver de participer à la procédure et donc d'exercer son droit de recours notamment contre l'appel d'offres, ce que, selon ses dires, elle aurait assurément fait puisque, dans ses contours, celui-ci était critiquable et contestable. Elle prétend donc disposer d'un intérêt digne de protection à se retrouver dans la situation d'un soumissionnaire potentiel, au bénéfice d'un droit de recours contre l'appel d'offres, ce qui doit conduire à l'annulation ou l'interruption de la procédure. Elle ajoute que son intérêt à participer à la procédure d'appel d'offres est d'autant plus grand qu'elle est, depuis le (...), prestataire de l'EPFL et ce, jusqu'au (...).

#### **E. 2.4.2**

Le pouvoir adjudicateur soutient que la recourante n'a notamment pas qualité pour recourir en tant qu'elle n'a soumis aucune offre et n'a nullement été privée de le faire.

#### **E. 2.5.1**

La notification irrégulière d'une décision ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (cf. art. 38 PA). Une décision qui n'indique pas les voies de recours n'est en principe pas nulle ; il convient bien plutôt de considérer la protection juridique comme assurée dès le moment où une notification objectivement irrégulière atteint son but malgré l'irrégularité ;

c'est pourquoi il faut, d'après les circonstances concrètes du cas d'espèce, examiner si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la notification et a, de ce fait, subi un préjudice. A cet égard, il y a lieu de s'en tenir aux règles de la bonne foi qui imposent une limite à l'invocation d'un vice de forme. Selon la jurisprudence, la notification irrégulière d'une décision, notamment celle qui ne comporte pas d'indication des voies de droit, n'a pas pour effet d'empêcher indéfiniment le délai de recours de courir. Le délai de recours s'écoule au plus tard depuis le jour où l'intéressé est en possession de tous les éléments qui sont nécessaires à la défense de ses droits (cf. arrêts du TF 9C\_646/2017 du 9 mars 2018 consid. 4.2, 1C\_443/2014 du 9 janvier 2015 consid. 2.4, 5A\_120/2012 du 21 juin 2012 consid. 4.1 et I 357/06 du 14 novembre 2007 consid. 6.2 et réf. cit.).

### **E. 2.5.2**

La jurisprudence rendue en lien avec la notification irrégulière d'une décision peut être reprise telle quelle en cas de publication irrégulière d'un appel d'offres s'agissant de l'indication des voies de droit (cf. art. 35 let. v et 53 al. 1 let. a LMP), ce d'autant plus qu'en matière de marchés publics, le principe de célérité tend à favoriser la guérison des vices formels (cf. concernant un défaut de motivation de l'acte attaqué : décision incidente du TAF B-1606/2020 du 11 juin 2020 consid. 5.4 et réf. cit.). Il s'ensuit qu'en indiquant que les décisions prises par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure d'appel d'offres étaient sujettes à recours, la décision du 21 septembre 2021 a implicitement fait courir un (nouveau) délai de recours contre l'appel d'offres et ainsi réparé le vice formel dont celui-ci était entaché. Aussi, en déposant un recours devant le tribunal de céans dans le délai de 20 jours à compter de celle-ci, la recourante n'a subi aucun préjudice imputable à la notification irrégulière de l'appel d'offres. L'appel d'offres du 27 avril 2021 n'est ainsi pas nul mais annulable.

### **E. 2.6**

S'agissant de la qualité pour recourir de la recourante, il y a tout d'abord lieu de préciser que, contrairement à ce qu'avance le pouvoir adjudicateur, celle-ci n'était pas tenue de déposer une offre ; sa qualité de soumissionnaire potentiel suffit en principe (cf. consid. 2.2.2 ci-dessus). Le vice frappant l'appel d'offres ayant été guéri par la notification du 21 septembre 2021, il lui appartenait toutefois, dans le cadre de la présente procédure de recours, de faire valoir des griefs matériels contre celui-ci et d'exposer concrètement en quoi il devait être modifié. Or, les griefs soulevés par la recourante à l'encontre de l'appel d'offres sont en l'espèce bien trop généraux pour que le tribunal puisse l'annuler et renvoyer le dossier au pouvoir adjudicateur avec des instructions impératives pour qu'il reprenne la procédure ab ovo et procède à un nouvel appel d'offres (cf. art. 58 al. 1 LMP et art. 61 al. 1 PA). Les griefs invoqués par la recourante servent en effet uniquement à démontrer l'intention de celle-ci d'attaquer l'appel d'offres une fois que la procédure aura été reprise ab ovo. Or, la recourante n'a nullement besoin d'une nouvelle procédure et d'une nouvelle publication de l'appel d'offres pour ce faire. Elle dispose en effet, dans le cadre de la présente procédure de recours, de la possibilité de contester l'appel d'offres. Aussi, elle ne saurait, dans ces circonstances, se prévaloir d'un intérêt digne de protection à bénéficier d'un droit de recours contre celui-ci (cf. dans le même sens : arrêts du TF 5D\_134/2010 du 3 décembre 2010 consid. 2 et 5A\_973/2014 du 9 décembre 2014). Le tribunal - qui ne dispose en l'espèce d'aucun motif concret pour annuler l'appel d'offres - ne voit dès lors pas quel est l'intérêt de la recourante à l'admission de son recours, à savoir l'annulation, respectivement l'interruption, de la procédure d'appel d'offres. Il est par ailleurs précisé que, l'irrégularité

entachant l'appel d'offres ayant été réparée, la recourante n'a aucun intérêt à l'admission de son recours pour ce seul motif. En effet, dans une telle constellation, le tribunal ne saurait n'avoir le choix qu'entre l'annulation de l'appel d'offres ou son renvoi avec invitation à le parfaire alors que le vice l'affectant n'aurait eu aucune incidence sur les droits de la partie qui s'en prévaut (cf. arrêt du TF 4A\_85/2007 du 11 juin 2007 consid. 5).

### **E. 2.7**

Il suit de là que, la recourante ne justifiant pas d'un intérêt digne de protection à l'admission de son recours au sens de l'art. 48 al. 1 let. c PA, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur celui-ci.

### **E. 3**

A supposer qu'il y eût lieu d'interpréter les conclusions de la recourante dans le sens d'une constatation de la nullité de l'appel d'offres, laquelle peut intervenir en tout temps et d'office par toutes les autorités saisies (cf. ATF 127 II 32 consid. 3g ; arrêt du TAF B-203/2019 du 11 juin 2019 consid. 4), le recours devrait dans tous les cas être rejeté (cf. consid. 2.5 ci-dessus).

### **E. 4**

Compte tenu de l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant la question de l'éventuelle violation par le pouvoir adjudicateur de l'ordonnance de mesure superprovisionnelle du 13 octobre 2021.

### **E. 5**

Le délai fixé à la recourante, par décision incidente du 26 novembre 2021, jusqu'au 17 décembre 2021 pour déposer sa réplique est caduque.

### **E. 6**

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

### **E. 7**

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 (art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF). En l'espèce, il y a lieu de fixer les frais de procédure à 3'000 francs et de les mettre à la charge de la recourante. Ceux-ci sont compensés par l'avance de frais, du même montant, acquittée par celle-ci le 20 octobre 2021.

### **E. 8**

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Sur le vu de l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.