

# **BVGer B-6708/2017 vom 9. Mai 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-05-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-6708\\_2017\\_d20180509](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6708_2017_d20180509)

FR: TAF B-6708/2017 du 9 mai 2018

IT: TAF B-6708/2017 del 9 maggio 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître notamment des recours contre les appels d'offres dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1 ; cf. art. 29 let. b LMP en relation avec l'art. 27 al. 1 LMP). Dans ce cadre, le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour statuer sur des requêtes d'octroi de l'effet suspensif (cf. art. 28 al. 2 LMP) et de mesures provisionnelles.

### **E. 1.2**

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. 26 al. 1 LMP et art. 37 LTAF). Selon l'art. 31 LMP, le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué dans la procédure de recours.

### **E. 1.3**

Selon une pratique bien établie, le Tribunal administratif fédéral statue en collège sur les requêtes tendant à l'octroi de l'effet suspensif au recours contre une décision d'adjudication. En revanche, le juge instructeur décide seul du sort de telles requêtes en cas de recours contre un appel d'offre ou une interruption de la procédure (cf. décisions incidentes du TAF B-3402/2009 du 2 juillet 2009 consid. 1.2, partiellement publiée aux ATAF 2009/19, B-536/2013 du 5 mars 2013 et B-2386/2014 du 25 juin 2014).

## **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 adjugé 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 des routes appartienne à l'administration générale de la Confédération, 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 al. 1 LMP prévoit des seuils (sans la TVA) au-delà desquels la loi est applicable si la valeur estimée du marché à adjuger les atteint. L'art. 1 let. b ch.1 de l'ordonnance du DEFR du 23 novembre 2015 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2016 et 2017 (RS 172.056.12) dispose en lien avec ledit article que la valeur seuil se monte à 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 l'art. 48 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). Le Tribunal fédéral a 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.).

#### **E. 2.2.2**

En l'occurrence, le recourant est, indépendamment des chances réelles d'obtenir l'adjudication, un soumissionnaire potentiel du marché mis en soumission. Il a en outre conclu à l'annulation de l'appel d'offres en tant qu'il l'exclut du marché. Il suit de là que la qualité pour recourir ne saurait, prima facie, lui être niée.

#### **E. 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) sont en outre respectées.

#### **E. 2.4**

En conséquence, le recours ne paraît pas irrecevable. Partant, il y a lieu d'entrer en matière sur la requête d'octroi de l'effet suspensif formulée par le recourant.

#### **E. 3**

Le recourant a requis l'octroi de l'effet suspensif au recours faisant valoir les chances du succès de celui-ci et de son intérêt à ce que la légalité de l'appel d'offre soit contrôlée avant que le pouvoir adjudicateur procède à une 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). La LMP ne mentionne pas les critères à prendre en considération pour statuer sur la requête d'effet suspensif. Selon les principes développés par la jurisprudence et la doctrine à propos de l'art. 55 PA, auxquels il convient de se référer, l'octroi, le retrait ou la restitution de l'effet suspensif résultent d'une mise en balance des intérêts, d'une part, à l'exécution immédiate de la décision et, d'autre part, au maintien du régime antérieur jusqu'à droit connu. Il s'agit donc de procéder à une pondération des intérêts publics et privés, voire entre des intérêts privés divergents (cf. ATF 129 II 286 consid. 3 ; décisions incidentes du TAF B-804/2014 du 16 avril 2014 consid. 3, B-3158/2011 du 12 juillet 2011 consid. 3 et réf. cit.). 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, 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. ; décisions incidentes du TAF B-2570/2017 du 22 juin 2017 consid. 3 et B-3402/2009 précitée).

##### **E. 3.2**

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-7753/2016 du 1er février 2017 consid. 3.3 destiné à la publication, B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 2.2 et B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1 et B-2570/2017 précitée consid. 3.1).

##### **E. 3.3**

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 précitée consid. 2). A ces intérêts, s'opposent les intérêts publics que le pouvoir adjudicateur doit prendre en considération. 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 d'Uruguay, Message 2 GATT ; FF 1994 IV 995 ss), le Conseil fédéral relève 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 du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP, RS 172.056.5), 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 (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). De jurisprudence constante, il y a également lieu de tenir compte d'éventuels intérêts de tiers, notamment des autres participants à une procédure de marchés publics. Enfin, au regard notamment des objectifs poursuivis par l'art. XX ch. 2 et 7 AMP, il se justifie tout particulièrement de veiller à ne pas rendre illusoire la garantie d'une protection juridique efficace (cf. ATAF 2007/13 consid. 2.2 et réf. cit. et décision incidente du TAF B-2570/2017 précitée consid. 3.2).

#### **E. 4**

La question litigieuse principale est celle de savoir si l'exclusion du recourant est fondée.

##### **E. 4.1**

En vertu de l'art. 21a OMP, le pouvoir adjudicateur exclut un soumissionnaire de la procédure si celui-ci a participé à la préparation du marché et si l'avantage concurrentiel ainsi acquis ne peut pas être compensé par des moyens appropriés et que cette exclusion ne compromet pas l'efficacité de la concurrence entre les soumissionnaires (al. 1 let. a et b). Les moyens appropriés pour compenser un avantage concurrentiel sont en particulier la transmission d'indications déterminantes sur les travaux préalables, la communication des noms des participants à la préparation du marché et la prolongation des délais minimaux (art. 21a al. 2 let. a à c OMP).

##### **E. 4.2**

En l'occurrence, le recourant fait valoir que son exclusion de l'appel d'offres est disproportionnée. Il reproche en particulier au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir prévu de publier avec l'appel d'offres, à l'instar de ce qu'il a fait pour d'autres entreprises préimpliquées, les documents liés à la phase MK. Il indique que l'achèvement de celle-ci était prévu pour la fin décembre 2017 et qu'il eût suffi de reporter de quelques semaines la publication de l'appel d'offres pour y joindre la documentation utile. En outre, il relève qu'aucune urgence ne justifiait de publier l'appel d'offres avant que les documents n'aient été fournis au pouvoir adjudicateur. Quant à son implication préalable dans le projet, il estime que celle-ci ne l'excluait pas d'office, le pouvoir adjudicateur lui ayant garanti, en toute connaissance de cause, la possibilité de pouvoir soumissionner à nouveau. Le pouvoir adjudicateur expose que l'implication du recourant dans la phase MK du projet lui donne un important avantage concurrentiel. Il admet aussi que l'exclusion doit être prononcée en ultima ratio mais qu'elle est justifiée, en l'espèce, car le recourant ne lui a, malgré ses demandes, fourni aucun document en lien avec la phase MK. En l'absence de cette documentation, il se trouvait dans l'impossibilité de compenser l'avantage concurrentiel du recourant vis-à-vis des soumissionnaires potentiels, notamment en publiant les données de la phase MK. Devant veiller à la réalisation du projet dans un délai raisonnable, il ne

pouvait plus attendre que le recourant lui remette la documentation demandée. Dans ces circonstances, l'exclusion du recourant était la seule solution possible vu l'implication préalable de celui-ci.

#### **E. 4.3**

En l'espèce, l'exclusion prononcée repose sur l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de transmettre avec l'appel d'offres un document informatif portant sur la phase MK réalisée par le « Y. \_\_\_\_\_ ». Il ressort du dossier que le recourant a bien été impliqué dans ce projet, ce qu'il ne conteste pas. Il appert également que l'achèvement de la phase MK a été fixé à la fin décembre 2017. Plusieurs échanges de courriel entre le pouvoir adjudicateur et le recourant portent effectivement sur la progression du dossier MK. Toutefois, il n'apparaît pas que le pouvoir adjudicateur ait spécifiquement demandé au recourant de produire une documentation afin de préparer l'appel d'offres contesté. Si le pouvoir adjudicateur a bien imparti au « Y. \_\_\_\_\_ » un délai échéant au 7 novembre 2017 pour présenter une version provisoire et complète du dossier MK ; force est de constater que l'appel d'offres a été publié, le 6 novembre 2017, dans Simap. Sur la base du dossier, il ne peut donc pas être établi que le pouvoir adjudicateur a sollicité du recourant la production des documents relatifs à la phase MK dans le but d'établir un nouvel appel d'offres. Dans ces circonstances, on ne saurait d'emblée admettre que l'avantage concurrentiel de la recourante ne peut être compensé par des moyens appropriés.

#### **E. 4.4**

Il ressort de ce qui précède que, sur la base des pièces produites au dossier et d'un examen prima facie, le recours ne paraît pas voué à l'échec sur ce point. En tous les cas, on ne saurait lui nier toute chance de succès. Le sort du grief susmentionné pouvant, à lui seul, conduire à l'admission du recours, nul n'est besoin d'examiner plus avant les autres griefs soulevés par le recourant.

#### **E. 5**

Le recours n'étant pas prima facie manifestement infondé, il convient de procéder à la pondération des intérêts publics et privés en présence pour juger de la requête portant sur l'effet suspensif.

##### **E. 5.1**

Dans ses déterminations, le pouvoir adjudicateur n'a invoqué aucune situation d'urgence justifiant de ne pas accorder l'effet suspensif jusqu'à droit connu sur le recours formé par le recourant. Il y a lieu d'en déduire qu'aucun intérêt public et privé prépondérant ne commande en l'espèce une poursuite de la procédure de passation de marché dont l'appel d'offres est contesté, sans égard au sort de la présente procédure. Il suit de là que l'intérêt du recourant - dont le recours n'est prima facie pas dénué de chances de succès - à ce qu'il ne soit pas exclu de la procédure de passation de marché de même que l'intérêt public à la garantie d'une protection juridique efficace sont prépondérants, de sorte qu'ils doivent en l'espèce l'emporter sur l'intérêt public à une poursuite de la procédure, telle que prévue dans l'appel d'offres du 6 novembre 2017.

##### **E. 5.2**

La demande d'octroi de l'effet suspensif doit en conséquence être admise en ce sens qu'il y a lieu de garantir au recourant, en cas d'admission du recours, la possibilité de déposer une offre et de voir celle-ci évaluée. Compte tenu du délai au 18 décembre 2017 pour déposer

les offres, il ne peut être exclu que certains soumissionnaires aient déjà finalisé leur offre, voire déposé celle-ci. Aussi, afin de préserver les intérêts privés en présence, il convient de ne pas révoquer le délai précité mais d'ordonner au pouvoir adjudicateur de ne pas procéder à l'ouverture des offres avant qu'il ne soit statué sur le recours.

#### **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.