

# **BVGer B-804/2014 vom 17. April 2014**

Bundesverwaltungsgericht, 2014-04-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-804\\_2014\\_d20140417](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-804_2014_d20140417)

FR: TAF B-804/2014 du 17 avril 2014

IT: TAF B-804/2014 del 17 aprile 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours contre les décisions d'adjudication ou d'exclusion dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) (cf. art. 29 let. a LMP en relation avec l'art. 27 al. 1 LMP). Le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour statuer sur des requêtes d'octroi de l'effet suspensif (cf. art. 28 al. 2 LMP).

### **E. 1.1**

La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la LMP et la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) 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. 1.2**

Selon une pratique bien établie, le Tribunal administratif fédéral statue en collège sur l'octroi de l'effet suspensif au recours contre une décision d'adjudication (cf. décisions incidentes du TAF B 3402/2009 du 2 juillet 2009 consid. 1.2, partiellement publiée aux ATAF 2009/19, et B-4657/2009 du 6 août 2009 consid. 1.3).

### **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 4ème 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.). Elle 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 le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions prévues à l'art. 3 LMP et, enfin, si la valeur du marché public à adjuger atteint les seuils prescrits à l'art. 6 al. 1 LMP.

### **E. 2.1.1**

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 construction au sens de la LMP, on entend un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la réalisation de travaux de construction de bâtiments ou de génie civil au sens du ch. 51 de la Classification centrale des produits (liste CPC) selon l'appendice 1, annexe 5, de l'Accord GATT (art. 5 al. 1 let. c LMP). En l'espèce, il n'est pas contesté que le marché en cause porte sur des travaux de construction. Il ressort en effet de l'appel d'offres qu'il s'agit de travaux de mise en conformité des dispositifs de sécurité des installations d'équipement d'exploitation et de sécurité ainsi que de l'éclairage ; ils ont été décomposés en sept lots. En particulier, l'adjudication litigieuse se rapporte au lot n° 5, lequel concerne la communication, le système de gestion, les réseaux ainsi que la Gestion Section (élément d'architecture conforme OFROU).

### **E. 2.1.3**

Aucune des exceptions prévues par l'art. 3 al. 1 LMP n'est en l'espèce réalisée.

### **E. 2.1.4**

L'art. 6 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. c de l'ordonnance du DFE du 23 novembre 2011 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2012 et 2013 (RO 2011 5581) dispose que la LMP n'est applicable qu'aux marchés publics dont la valeur estimée dépasse CHF 8'700'000.- pour les ouvrages. 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. décision incidente du TAF B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 3.5 et réf. cit.). Le pouvoir adjudicateur est certes en droit de se tromper aussi longtemps qu'il est de bonne foi (cf. arrêt du TAF B-4657/2009 du 20 juillet 2010 consid. 2.7.3). La valeur du marché qui ressort de la décision d'adjudication n'est pas déterminante (cf. ATAF 2009/18 consid. 2.4). Un marché ne peut être subdivisé en vue d'éviter les dispositions de la LMP (art. 7 al. 1 LMP). Si un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un ouvrage, leur valeur totale est déterminante. Le Conseil fédéral fixe la valeur de chacun des marchés de construction, qui sont dans tous les cas soumis aux dispositions de la LMP. Il détermine le pourcentage qu'ils doivent représenter dans l'ensemble de l'ouvrage (clause de minimis) (art. 7 al. 2 LMP). Edicté en exécution de cette disposition, l'art. 14 OMP - intitulé « clause de minimis » - prévoit que, lorsque l'adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction en rapport avec la réalisation d'un ouvrage dont la valeur totale atteint le seuil déterminant, il n'est pas tenu de les adjuger en se conformant aux dispositions de la loi, pour autant que les conditions suivantes soient remplies : la valeur de chacun de ces marchés est inférieure à deux millions de francs (let. a) ; et la somme des valeurs de ces marchés ne dépasse pas 20 % de la valeur totale de l'ouvrage (let. b). En l'espèce, le marché « Arare Bachet Sécurité A 1 Evitement de Plan-les Ouates » comprend sept lots. L'estimation opérée par le pouvoir adjudicateur s'élève pour l'ensemble du marché précité à CHF 15'302'409.- (toutes taxes comprises), dont CHF 11'502'360.- pour les ouvrages, ce qui correspond à près de CHF 10'640'000.- sans la TVA. Il s'ensuit que la valeur estimée du projet telle qu'elle ressort de l'appel d'offres dépasse le seuil légal de CHF 8'700'000.-. En outre, les travaux relatifs au lot n° 5 ont été estimés par le pouvoir adjudicateur à CHF 1'500'000.- (toutes taxes comprises), corrigé par la suite à CHF 600'000.-. Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur aurait pu soustraire le lot en cause à la procédure de soumission en application de la clause de minimis. Il dispose cependant d'une certaine liberté pour décider quels marchés, parmi ceux inférieurs au montant de minimis, il entend ne pas soumettre aux procédures de marché public (cf. ATAF

2009/18 consid. 2.4.2 et réf. cit.). En l'occurrence, il a opté pour la soumission. Aussi, l'adjudication du lot n° 5 tombe sous le champ d'application de la LMP.

### **E. 2.1.5**

Il ressort de ce qui précède que la LMP s'applique in casu.

### **E. 2.2**

La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante en sa qualité de soumissionnaire exclue (cf. art. 48 al. 1 PA en relation avec l'art. 26 al. 1 LMP ; décision incidente du TAF B-6876/2013 du 20 février 2014 consid. 1.5). 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**

Il ressort de ce qui précède que le recours est recevable. Partant, il y a lieu d'entrer en matière sur la demande d'octroi de l'effet suspensif formulée par la recourante.

### **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 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 ; décision incidente du TAF 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. ; décision incidente du TAF B-3402/2009 précitée). 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, 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 précitée 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 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 Uruguay, Message 2 GATT) (cf. 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 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 (cf. arrêt du TF 2P.103/2006 du 29 mai 2006 consid. 4.2.1 et réf. cit. ; voir 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.).

#### **E. 4**

Ceci étant, il convient, en premier lieu, de procéder à un examen *prima facie* des chances de succès du recours. Dans ses écritures, la recourante fait en particulier valoir que l'évaluation des offres n'a pas respecté les exigences d'indépendance dès lors que, sur le vu des explications fournies par le pouvoir adjudicateur dans sa réponse, il apparaît que O. \_\_\_\_\_ aurait dû se récuser. En tant que la garantie d'une autorité administrative indépendante et impartiale est un droit de nature formelle, dont la violation entraîne l'annulation de la décision attaquée indépendamment des chances de succès du recours au fond, ce moyen doit être examiné en premier lieu (cf. *infra* consid. 5.2).

#### **E. 5**

En vertu de l'art. 29 al. 1 Cst., toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Aussi, dans le cadre d'une procédure d'adjudication, les soumissionnaires ont également un droit à ce que leur offre soit évaluée par une autorité d'adjudication indépendante et impartiale (cf. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3e éd., 2013, n. 1071). En vertu de l'art. 26 al. 1 LMP, les motifs de récusation prévus à l'art. 10 PA sont applicables ; ils ne valent que pour les personnes physiques (cf. arrêt du TF 9C\_499/2013 du 20 février 2014 consid. 5.4 ; décision incidente du TAF B-4852/2012 du 15 novembre 2012 consid. 5 et réf. cit.).

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

Les règles relatives à la récusation visent à garantir un examen objectif d'une question de fait ou de droit par une autorité impartiale et neutre. A ce titre, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les exigences quant à l'indépendance des autorités de décision sont différentes selon les circonstances et le type de procédure, c'est-à-dire que, pour les procédures internes à l'administration, dites exigences ne sont pas aussi sévères que pour les autorités judiciaires indépendantes (cf. art. 30 Cst. et 6 par. 1 CEDH). Les circonstances de nature à faire naître un doute sur l'impartialité doivent être évaluées dans chaque cas concret, en tenant compte de la mission et de l'organisation de l'autorité administrative concernée (cf. ATF 137 II 431 consid. 5.2 ; décision incidente du TAF B-4852/2012 précitée consid. 5.1 et réf. cit.). Dans l'intérêt d'une administration efficace de la justice - et afin de ne pas vider de son sens la répartition des compétences - une demande de récusation ne doit pas être admise à la légère (cf. ATF 137 II 431 consid. 5.2 ; décision incidente du TAF B-4852/2012 précitée consid. 5.1 et réf. cit.).

## **E. 5.2**

La garantie d'une autorité administrative indépendante et impartiale est un droit de nature formelle. Une décision prise au mépris des règles de récusation est par conséquent attaquantable et annulable, indépendamment du point de savoir s'il existe un intérêt matériel à son annulation. Aussi, celui qui fait grief que la décision viole les dispositions relatives à la récusation ne doit pas prouver que dite décision eût été différente sans la collaboration de la personne prévenue. En revanche, il doit alléguer et rendre vraisemblable les circonstances qui fondent un motif de récusation (cf. arrêt du TAF A-6210/2011 du 5 septembre 2012 consid. 4.2.2 ; décision incidente du TAF B-4852/2012 précitée consid. 5.2 et réf. cit.). De même, les conséquences qu'implique une répétition de la procédure sont sans importance (cf. décision incidente du TAF B-4852/2012 précitée consid. 5.2 et réf. cit.).

### **E. 5.3.1**

Selon l'art. 10 al. 1 let. a PA, les personnes appelées à rendre ou à préparer la décision doivent se récuser si elles ont un intérêt personnel dans l'affaire. Tel sera le cas si le membre de l'autorité saisi est directement concerné, à savoir s'il a un intérêt immédiat et personnel quant à l'issue de la procédure, c'est-à-dire si la décision lui procure directement un avantage ou un désavantage. S'il n'est concerné qu'indirectement, il devra se récuser lorsque ses intérêts personnels sont sensiblement affectés par l'issue du litige (cf. décision incidente du TAF B-4852/2012 précitée consid. 5.3.1 et réf. cit.).

### **E. 5.3.2**

L'art. 10 al. 1 let. d PA, conçu comme une clause générale (« Auffangtatbestand »), prévoit que les personnes appelées à rendre ou à préparer une décision doivent se récuser si, pour d'autres raisons que celles énumérées aux let. a à c, elles pourraient avoir une opinion préconçue dans l'affaire. Ces « autres raisons » sont à déterminer selon les circonstances concrètes du cas d'espèce (cf. décision incidente du TAF B-4852/2012 précitée consid. 5.3.2). La récusation ne s'impose pas seulement lorsqu'une prévention effective est établie car une disposition interne de la part de la personne concernée ne peut guère être prouvée ; il suffit que les circonstances donnent l'apparence d'une prévention dans une affaire et fassent redouter une activité partielle. Il peut s'agir soit d'un comportement subjectif de la personne, soit de certains faits objectifs de fonctionnement ou d'organisation (cf. ATF 138 IV 142 consid. 2.1). Cependant, seules des circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération ; les impressions purement individuelles d'une partie ne sont pas décisives (cf. ATF 134 I 20 consid. 4.2 ; ATAF 2007/5 consid. 2.3 et réf. cit.). La récusation sera admise dès qu'il existe une apparence objective de prévention, peu importe que le membre de l'autorité concerné se sente lui-même apte à se prononcer en toute impartialité (cf. arrêt du TF 5A\_643/2010 du 11 janvier 2011 consid. 3.1). Le concours de différentes circonstances qui, prises individuellement, ne présentent pas un degré d'intensité suffisant pour justifier une récusation, peut conduire à un doute fondé de partialité (cf. arrêt du TAF B-7483/2010 du 9 juin 2011 consid. 3.1 ; décision incidente du TAF B-4852/2012 précitée consid. 5.3.2 et réf. cit.). En particulier, des liens économiques étroits, tels que des relations de travail ou d'autres rapports commerciaux, ou encore une relation de concurrence, peuvent donner l'apparence de la prévention s'ils sont constatés objectivement et présentent une certaine intensité. Plus ces relations ou liens sont étroits et actuels, plus ils sont susceptibles de constituer un motif de récusation. Lorsqu'un ancien employeur est concerné par la procédure, la question de savoir si l'apparence de la prévention est donnée dépend de la durée des rapports de travail, du laps de temps écoulé depuis la résiliation de ceux-ci,

ainsi que de la position occupée par l'ancien employé (cf. décision incidente du TAF B-4852/2012 précitée consid. 5.3.2 et réf. cit.).

#### **E. 5.4**

De pratique constante, le devoir de récusation ne s'impose pas qu'à celui qui est appelé à rendre ou à préparer la décision. Dite obligation vaut également pour toutes les personnes qui sont susceptibles d'avoir une influence sur l'adoption de l'acte administratif, à savoir également les personnes en charge du dossier et les rédacteurs des procès-verbaux avec voix consultative (cf. ATF 119 V 456 consid. 5a ; décision incidente du TAF B-4852/2012 précitée consid. 5.4 et réf. cit.).

#### **E. 5.5**

Selon un principe général, la partie qui a connaissance d'un motif de récusation, avéré ou supposé, doit l'invoquer aussitôt, sous peine d'être déchue du droit de s'en prévaloir ultérieurement (cf. ATF 138 I 1 consid. 2.2 et réf. cit.). Il est, en effet, contraire aux règles de la bonne foi et à l'interdiction de l'abus de droit (art. 5 al. 3 Cst.) de garder en réserve le moyen tiré de la composition irrégulière du tribunal pour ne l'invoquer qu'en cas d'issue défavorable de la procédure (cf. ATF 139 III 120 consid. 3.2.1). Cela étant, des motifs de récusation peuvent encore être invoqués en procédure de recours si le recourant n'en avait pas connaissance auparavant (cf. décision incidente du TAF B-4852/2012 précitée consid. 5.5 et réf. cit.) ou si, sans sa faute, il a été empêché de s'en prévaloir.

#### **E. 6**

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur expose dans sa réponse que le dossier d'appel d'offres pour le projet faisant l'objet du marché litigieux a été élaboré par O. \_\_\_\_\_ (auteur de projet), en collaboration avec D. \_\_\_\_\_ (chef de projet), lequel a contrôlé puis approuvé le dossier. Tous deux sont employés par la société Z. \_\_\_\_\_, adjudicataire dudit appel d'offres. Le pouvoir adjudicateur indique que le rôle de O. \_\_\_\_\_ a consisté à établir les plans, préparer le dossier d'appel d'offres et soutenir le groupe d'évaluation lors de l'examen des offres. Il ajoute que O. \_\_\_\_\_ a également préparé le travail du groupe d'évaluation dans la mesure où il a examiné, en parallèle et indépendamment du chef de projet remplaçant, si les offres correspondaient aux exigences du cahier des charges. Il ressort du curriculum vitae de O. \_\_\_\_\_, versé au dossier, qu'il a travaillé auprès de la société Y. \_\_\_\_\_ durant 9 ans : de 2004 à 2007, en tant qu'ingénieur informatique en apprentissage, puis jusqu'en mai 2013, en tant que chef de projet technique auprès du Département (...). Ses activités consistaient en la gestion du Projet (...) et la collaboration dans des projets lors d'appels d'offres (...). Depuis juin 2013, O. \_\_\_\_\_ travaille en qualité d'ingénieur d'études équipements auprès de la société Z. \_\_\_\_\_. Prima facie, une telle situation apparaît déjà problématique au regard des questions d'indépendance développées ci-dessus (cf. consid. 5).

#### **E. 6.1**

Dans ses prises de position, le pouvoir adjudicateur relève que le fait que O. \_\_\_\_\_ ait participé à la préparation du dossier d'appel d'offres n'induit pas automatiquement qu'il l'ait adapté de manière à avantager un ancien employeur. Citant un arrêt du Tribunal administratif fédéral (B-536/2013 du 29 mai 2013), il ajoute que le fait que l'offre d'un autre soumissionnaire que l'adjudicataire ait pu être valablement évaluée permet de conclure que les documents d'appel d'offres n'étaient pas orientés pour favoriser l'adjudicataire. De plus, l'employeur actuel de O. \_\_\_\_\_, la société Z. \_\_\_\_\_, a été mandaté dans le cadre d'une

procédure ouverte, ce qui exclut déjà par principe qu'il ait voulu favoriser la société Y. \_\_\_\_\_ en engageant ses anciens collaborateurs. En outre, si la recourante avait eu l'impression que les documents d'appel d'offres avaient été taillés sur mesure pour la société Y. \_\_\_\_\_, elle aurait dû le contester déjà au stade de la publication de l'appel d'offres et non seulement après la décision d'adjudication. De surcroît, le pouvoir adjudicateur considère que la récusation de O. \_\_\_\_\_ ne s'imposait pas en l'espèce, dès lors qu'il n'a pas participé à l'évaluation des offres et n'en porte donc pas la responsabilité. Celui-ci a certes examiné si les offres correspondaient aux exigences du cahier des charges ; néanmoins, il ne disposait pas du droit de vote ou de décision. De même, les résultats de son travail ont été soumis à l'examen contradictoire du chef de projet remplaçant et des autres membres du groupe d'évaluation. Lors des discussions d'évaluation, seuls les employés du pouvoir adjudicateur décident des exclusions, puis des notes pour les soumissionnaires évalués et signent le rapport d'évaluation, étant précisé que la proposition de notation ne se posait pas en l'espèce, l'offre de la recourante ayant été exclue. Toute décision d'exclusion doit en outre être validée par le juriste. Enfin, le pouvoir adjudicateur constate, s'agissant de l'influence que O. \_\_\_\_\_ aurait pu avoir dans la procédure d'évaluation, que la recourante n'étaye nullement ses allégations ni n'expose aucun élément pouvant établir un doute objectif quant à l'impartialité de l'équipe de la société Z. \_\_\_\_\_ ou de l'un des auteurs du dossier d'appel d'offres. Elle n'expose pas non plus pour quelles raisons une personne de soutien technique ne faisant pas partie du groupe d'évaluation aurait pu influencer sur son exclusion.

## **E. 6.2**

En l'espèce, il n'est pas contesté que O. \_\_\_\_\_ a participé à l'élaboration du dossier d'appel d'offres pour le projet faisant l'objet du marché litigieux. Amené à statuer sur la question de savoir si la participation à la rédaction du dossier d'appel d'offres pouvait déjà impliquer un devoir de récusation, le Tribunal administratif fédéral l'a nié dans son arrêt du 29 mai 2013 cité par le pouvoir adjudicateur. Il a retenu qu'il n'y avait pas d'apparence de prévention lors de la phase de préparation du dossier d'appel d'offres - à laquelle le collaborateur en cause participe en raison des connaissances et compétences particulières dont lui et son équipe disposent seuls - mais uniquement lors de la phase particulièrement critique de l'évaluation des offres (cf. arrêt du TAF B-536/2013 du 29 mai 2013 consid. 1.4.3.3.2). Cet arrêt a été critiqué en doctrine. Beyeler considère que les règles relatives à la récusation sont également applicables aux personnes qui établissent le dossier d'appel d'offres puisqu'elles participent de la sorte directement à la préparation de la décision (cf. art. 10 al. 1 PA). Selon lui, la phase de préparation n'offre par définition pas moins de possibilités de manipulation que la phase d'évaluation (cf. Martin Beyeler, Récusation/Der Ausstand, in : Baurecht/Droit de la construction 1/2014, p. 29 ss). Cette question peut toutefois demeurer indécise en l'espèce dès lors que O. \_\_\_\_\_ a, dans une certaine mesure à tout le moins, également participé à l'évaluation des offres. En effet, en examinant si les offres correspondaient aux exigences du cahier des charges, il a joué un rôle dans la décision qui a été prise ultérieurement d'exclure ou de procéder à l'évaluation d'une offre. L'influence de sa participation à cette décision n'est pas négligeable. En effet, dès lors qu'il a lui-même pris part à l'élaboration du dossier d'appel d'offres, il était précisément en mesure de déterminer si une offre satisfaisait ou non aux exigences du cahier des charges. C'est par ailleurs la raison pour laquelle il a été chargé de cet examen. Le pouvoir adjudicateur relève en effet dans sa duplique avoir « trouvé l'équilibre entre le besoin de disposer d'un savoir technique spécialisé indispensable pour une évaluation sérieuse des offres [...] et celui de garantir une

décision impartiale ». De même, son travail a été contrôlé par D.\_\_\_\_\_, qui a également participé à la rédaction du dossier d'appel d'offres. Aussi, même si le résultat de son travail a été soumis à un examen contradictoire, le poids accordé à celui-là ne saurait être nié.

O.\_\_\_\_\_ n'a certes pas participé à l'évaluation des offres stricto sensu. Toutefois, l'examen consistant à exclure ou admettre une offre à la procédure d'évaluation a un impact évident sur la décision d'adjudication. En conséquence, il doit être admis qu'en déterminant les offres susceptibles d'être évaluées, et partant en proposant d'écarter de la procédure de passation celle de la recourante, O.\_\_\_\_\_ a pris part à l'évaluation des offres. Dans ces circonstances, il y a lieu de déterminer, *prima facie*, si la participation de O.\_\_\_\_\_ à la procédure ayant conduit à l'exclusion de la recourante et à l'adjudication du marché crée une apparence de prévention au point qu'une récusation s'imposait en application de l'art. 10 al. 1 PA.

### **E. 6.3**

A cet égard, le pouvoir adjudicateur fait valoir que O.\_\_\_\_\_ n'a occupé aucune « position clé » au sein de la société Y.\_\_\_\_\_ contrairement à la situation décrite dans la décision incidente du TAF B-4852/2012 du 15 novembre 2012 et qu'il n'a pas non plus travaillé dans le département auquel ont été attribués les travaux du lot no 5. O.\_\_\_\_\_ n'a pour le reste pas de liens particuliers avec la société Y.\_\_\_\_\_. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur ajoute que le type de marché mis en soumission peut être qualifié de marché de niche dans le sens où il est pratiquement impossible de trouver des spécialistes qui n'aient pas suivi les mêmes filières de formation ou d'expérience professionnelle. En effet, seules 3-4 entreprises sont capables d'honorer un tel marché en Suisse romande et en France voisine. C'est donc dire que tout le monde se connaît et il serait disproportionné de reprocher au pouvoir adjudicateur d'engager des collaborateurs issus du secteur privé pour leur confier des projets dans des domaines aussi spécifiques.

### **E. 6.4**

Le Tribunal administratif fédéral a jusqu'ici laissé ouverte la question de savoir si le fait qu'une personne, qui avait travaillé durant deux ans au service de l'adjudicataire en qualité de directeur technique, qui occupait actuellement un poste de cadre, avec des responsabilités, auprès du pouvoir adjudicateur et qui était en même temps membre de la commission d'évaluation ayant procédé à l'évaluation de l'offre déposée par son ancien employeur qu'il avait quitté à peine deux ans auparavant, était, à lui seul, de nature à fonder une apparence d'opinion préconçue. Cependant, dès lors que, même après avoir quitté l'adjudicataire pour être engagé par le pouvoir adjudicateur, il avait continué à entretenir des contacts professionnels avec un cadre de l'adjudicataire et avait organisé avec celui-ci des manifestations communes, le tribunal a retenu que ces circonstances, prises dans leur ensemble, étaient *prima facie* propres à fonder une apparence de prévention (cf. décision incidente du TAF B-4852/2012 du 15 novembre 2012). Cela étant, il y a lieu d'admettre qu'une personne qui prend part à la procédure d'adjudication et qui, en tant qu'ancien cadre d'un soumissionnaire, a créé un service ou l'a dirigé pendant une longue période ou qui, en qualité d'expert, a développé dans un service de nouveaux procédés ou de nouveaux produits apparaît, en principe, prévenu si le changement d'emploi est récent et si le marché en cause concerne principalement le même service. En présence de telles circonstances, on ne saurait en effet facilement exclure tout intérêt personnel (cf. Martin Beleyer, *Anscheinend befangen*, in : Baurecht/Droit de la construction 4/2013, p. 194).

## **E. 6.5**

En l'espèce, O.\_\_\_\_\_ a travaillé durant 9 ans pour la société Y.\_\_\_\_\_, dont 7 ans en tant que chef de projet technique, si bien qu'il n'y était pas un « simple » employé. En outre et surtout, O.\_\_\_\_\_ a quitté l'adjudicataire en mai 2013 pour rejoindre la société Z.\_\_\_\_\_ en juin 2013. Il ressort du dossier que l'appel d'offres relatif au lot no 5 « Communication et Système de Gestion », objet de la présente procédure, rédigé en partie par O.\_\_\_\_\_, est daté du 26 septembre 2013, ce qui pourrait laisser penser que O.\_\_\_\_\_ a quitté l'adjudicataire pour préparer ledit dossier d'appel d'offres pour le compte de la société Z.\_\_\_\_\_, le marché ayant été adjugé à celle-ci, selon publication dans Simap, le 22 février 2013. De plus, le laps de temps très court qui s'est écoulé entre la fin des rapports de travail auprès de l'adjudicataire et l'adjudication à laquelle O.\_\_\_\_\_ a participé (cf. supra consid. 6.2) est prima facie de nature à fonder objectivement une apparence d'opinion préconçue au sens de l'art. 10 al. 1 let. d PA. Le fait que O.\_\_\_\_\_ ne travaillait pas précisément dans le département auquel ont été attribués les travaux du lot no 5 ne suffit pas, à lui seul, à écarter l'apparence de prévention que crée le très bref laps de temps écoulé entre le terme de la relation de travail et l'attribution du marché. De même, faute de règles de récusation spéciales relatives aux seuls marchés publics - en particulier pour les marchés très spécialisés ne s'adressant qu'à un petit nombre de spécialistes - le tribunal de céans n'est pas habilité à s'éloigner des règles ordinaires en la matière pour les motifs d'ordre pratique invoqués par le pouvoir adjudicateur (cf. consid. 5 ; Beleyer, op. cit., p. 193). Enfin, il ne ressort pas du dossier que la recourante savait ou ne pouvait ignorer d'une part, que O.\_\_\_\_\_ avait participé à l'évaluation des offres et, d'autre part, qu'il avait été employé de Y.\_\_\_\_\_ avant que le pouvoir adjudicateur ne dépose ses observations quant à la requête d'effet suspensif. Son grief de défaut d'indépendance n'apparaît dès lors pas tardif. Dans la mesure où l'apparence d'une opinion préconçue ne saurait en aucun cas d'emblée être exclue, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant les autres griefs soulevés par la recourante (cf. supra consid. 4). Sur le vu de ce qui précède, on ne saurait prima facie nier les chances de succès du recours. Aussi, 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. 7**

En l'espèce, l'intérêt de la recourante consiste en le maintien de la possibilité d'obtenir l'adjudication et d'exécuter les prestations qui font l'objet du marché litigieux. Il s'agit d'intérêts financiers et commerciaux auxquels s'ajoute l'intérêt public à une protection juridique efficace. A ces intérêts s'oppose l'intérêt public, pris en compte par le pouvoir adjudicateur, à une exécution aussi rapide que possible de la décision d'adjudication (cf. décision incidente du TAF B-3579/2012 du 6 décembre 2012 consid. 3.2).

### **E. 7.1**

A ce titre, le pouvoir adjudicateur fait valoir que le projet, objet du marché en cause, s'inscrit dans un programme de sécurisation des tunnels sur sol helvétique (TuSi), lequel fait suite aux directives suisses et européennes édictées consécutivement à l'incendie dans le Tunnel du Mont-Blanc en 1999. Pour éviter une catastrophe de type analogue et, partant, assurer la protection des usagers en cas d'incendie, le pouvoir adjudicateur a reçu le mandat de sécuriser sans attendre la totalité de ces tunnels. Les travaux prévus s'inscrivent dans un programme de mise à niveau de la sécurité qui tient compte du danger potentiel de chaque ouvrage. Le pouvoir adjudicateur indique qu'il reste encore trois tunnels à sécuriser sur le territoire du canton de Genève. Cette mise en conformité consiste notamment à installer une

détection incendie dans les ouvrages de la N01. Concrètement, il s'agit de mettre en place un système de gestion de sécurité permettant en particulier de surveiller la fumée liée à un incendie dans les huit tubes des tunnels concernés, piloter les systèmes de ventilation, de même que la signalisation du trafic (fermeture du tunnel), éclairage et signalisation des chemins de fuite. Un tel système - réalisé en 2012 dans le Tunnel d'Arrissoules dans le cadre du Programme TuSi - a démontré toute son efficacité lors de l'incendie qui s'est produit le 20 mars 2014 à une heure de grande affluence. Aucune victime n'a été dénombrée ; il n'y a pas eu de mise en danger du personnel d'intervention et les dégâts matériels ont été limités. Un tel incendie dans les tunnels de Genève, qui ne disposent pas encore de ce système et qui supportent un trafic bien supérieur, aurait, à n'en point douter, eu un bilan beaucoup plus lourd. Le pouvoir adjudicateur expose également que ledit projet a été scindé en plusieurs lots de travaux qui sont à ce jour tous adjugés et doivent commencer dès la fin de l'actuelle période hivernale (01.04.2014) pour se terminer avant le début de la prochaine (01.11.2014). Un report d'adjudication du lot litigieux entraînerait inévitablement une mise en pause de certains lots et un report de projet au 1er avril 2015, ce qui serait préjudiciable pour l'exploitation des ouvrages et la sécurité des usagers.

## **E. 7.2**

La recourante rétorque que les tunnels en cause sont ouverts à la circulation, si bien qu'elle ne peut imaginer qu'ils ne remplissent pas les normes de sécurité actuellement en vigueur, ce que le pouvoir adjudicateur ne prétendrait d'ailleurs pas. Elle ajoute qu'au niveau national, la mise en conformité des installations de ce type est planifiée sur de nombreuses années, soit jusqu'en 2018. En outre, le pouvoir adjudicateur reconnaît lui-même avoir préféré le suivi d'une procédure ouverte plutôt qu'une procédure de gré à gré qui aurait permis une réalisation plus rapide, ce qui démontre qu'il n'y a pas d'urgence.

### **E. 7.3.1**

Il convient avant toute chose de rappeler que, s'il est reconnu d'emblée une importance considérable à l'intérêt public à l'exécution la plus rapide possible de la décision entreprise (cf. supra consid. 3), il n'y a pas lieu d'aussitôt lui attribuer un poids prépondérant. Le fait que le législateur n'ait pas accordé l'effet suspensif au recours atteste simplement qu'il était conscient de la portée liée à une telle mesure dans la procédure de marchés publics et qu'il considérait comme nécessaire d'en examiner l'opportunité de cas en cas et non pas qu'il avait décidé d'accorder l'effet suspensif seulement à titre exceptionnel (cf. supra consid. 3). Plus il y a de chances que le recours soit admis à la lumière d'un examen *prima facie*, plus les intérêts publics invoqués par le pouvoir adjudicateur doivent être importants pour que la demande d'effet suspensif soit rejetée. Si le pouvoir adjudicateur fait valoir l'urgence, il doit la justifier et la prouver en détail (cf. Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, *Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté*, Fribourg 2002, p. 273). Enfin, il sied de rappeler que l'urgence est une notion juridique indéterminée qui doit s'apprécier en fonction des circonstances concrètes (cf. Yves Donzallaz, *Commentaire de la loi sur le Tribunal fédéral*, Berne 2008, n. 4182).

### **E. 7.3.2**

Comme indiqué dans la directive, citée par le pouvoir adjudicateur, « Détection des incendies dans les tunnels routiers », entrée en vigueur en 2007, la sécurité des usagers est certes prioritaire et la détection rapide des incendies revêt la plus haute importance en vue de permettre l'auto-sauvetage (cf. le site Internet de l'OFROU : < <http://www.astra>).

admin.ch/dienstleistungen/00129/00183/00520/index.html?lang=fr >). L'intérêt public à la réalisation des travaux objets du marché litigieux est dès lors certain. Néanmoins, il convient d'examiner si la mise en danger d'un intérêt public prépondérant commande en l'espèce une exécution immédiate de la décision d'adjudication contestée, sans égard au sort de la présente procédure de recours.

### **E. 7.3.3**

Dans un communiqué de presse du 20 mai 2010, publié sur le site Internet de l'OFROU (cf. < <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=33175> ), celui-ci a relevé que, suite aux graves incendies survenus en 1999 et 2001 dans les tunnels routiers du Mont-Blanc, des Tauern et du Saint-Gothard, les efforts visant à améliorer la sécurité dans les tunnels se sont multipliés dans toute l'Europe. Des mesures ont ainsi été mises en oeuvre, classant les tunnels routiers suisses parmi les plus sûrs du monde. Dans l'intervalle, les normes et les directives portant sur les équipements de sécurité dans les tunnels routiers ont été étoffées et renforcées sur la base des nouvelles expériences et connaissances scientifiques acquises. Il a ensuite exposé que, selon une étude de l'OFROU achevée en 2008, 126 des 220 tunnels du réseau suisse des routes nationales ne correspondent pas (ou seulement partiellement) aux prescriptions les plus récentes. Les éléments examinés sont la ventilation, les issues de secours, la signalisation des équipements de sécurité et l'approvisionnement en énergie. Les travaux ont déjà commencé et vont se prolonger jusque vers 2020, la réalisation des travaux principaux étant prévue entre 2011 et 2016. Les tunnels nécessitant les plus gros travaux figurent en tête de liste.

### **E. 7.3.4**

En l'espèce, il ressort du dossier d'appel d'offres que les travaux qui font l'objet du présent marché s'inscrivent dans un programme de mise en conformité des équipements d'exploitation et de sécurité (EES) des quatre tranchées couvertes de la N01 de l'évitement de Plan-les-Ouates à Genève (Arare, Saconnex d'Arve, Bachet-de-Pesay et les Palettes). Le lot litigieux concerne les installations de signalisation de sécurité de surveillance et d'éclairage. Les dispositifs de sécurité des quatre tranchées couvertes ont été conçus puis mis en service en 1997 selon les normes en vigueur avant l'ouverture du tronçon et ne répondent plus aux niveaux de sécurité requis par les directives actuelles. Leur mise en conformité doit donc être réalisée conformément aux dispositions du programme TuSi lancé en 2007. Les travaux relatifs au lot no 5 consistent à intégrer les nouveaux équipements d'exploitation et de sécurité dans le système de gestion centralisé actuel et d'assainir le système de gestion pour le conformer aux standards de l'OFROU.

### **E. 7.3.5**

Les équipements d'exploitation et de sécurité des tranchées en cause ne sont certes pas conformes aux nouveaux standards. Néanmoins, le pouvoir adjudicateur ne démontre pas que les dispositifs actuellement en place représentent, en cas d'incendie, une mise en danger concrète et immédiate pour la sécurité du trafic au point qu'une exécution immédiate des travaux s'impose. On peut en effet lire sur le site Internet du pouvoir adjudicateur qu'après l'accident dans le Tunnel du Saint-Gothard en 2001, tous les tunnels de plus de 600 mètres situés sur des routes nationales ont été vérifiés et, le cas échéant, soumis à une série de mesures d'urgence (signalisation, dispositifs de balisage, éclairage) (cf. < <http://www.astra.admin.ch/themen/nationalstrassen/00530/index.html?lang=fr> >). De même, dans un article publié dans le quotidien « 24 heures » du 23 mars 2009, consacré au

dixième anniversaire de l'incendie du Tunnel du Mont-Blanc (cf. < <http://archives.24heures.ch/actu/suisse/ans-mont-blanc-tunnels-suisse-adaptent-2009-03-22> >) un chargé de communication de l'OFROU relevait que « Même s'il est vrai que tous ne répondent pas aux normes actuelles, celles-ci ne cessant d'évoluer, tous les tunnels du réseau national sont sûrs ». De même, les travaux objets du marché litigieux ne résultent pas d'un événement récent imprévisible, nécessitant d'agir sans délai. Comme exposé plus haut, le pouvoir adjudicateur a connaissance, depuis l'étude achevée en 2008, des tunnels qui ne répondent pas, ou que partiellement, aux dernières normes sécuritaires et a planifié les travaux à entreprendre sur ces 126 tunnels. Aussi, le pouvoir adjudicateur a agendé le début des travaux de mise en conformité des quatre tranchées couvertes en cause - les dernières sur le territoire genevois - seulement au 1er avril 2014, alors que la mise aux normes d'autres tunnels avait déjà été entreprise bien avant. Enfin, quant à l'argument du pouvoir adjudicateur selon lequel les travaux auraient dû commencer le 1er avril 2014 pour s'achever avant la période hivernale, il sied de relever que, de jurisprudence constante, il incombe à l'adjudicateur de prévoir, dès la phase de planification d'un marché, la possibilité qu'un recours soit intenté contre une décision d'adjudication. En d'autres termes, comme il doit intégrer à sa planification la durée de la procédure de passation et, dans toute la mesure du possible, celle d'une éventuelle procédure de recours, ces circonstances ne peuvent en principe pas constituer un cas d'urgence (cf. décision incidente du TAF B-3544/2008 du 2 juillet 2008 consid. 4.4 et réf. cit.).

#### **E. 7.4**

Il s'ensuit que, compte tenu du pronostic établi ci-dessus quant à l'issue de la procédure de recours, le pouvoir adjudicateur n'a pas démontré à satisfaction de droit l'urgence à entreprendre sans délai les travaux objets de l'adjudication contestée devant le tribunal de céans. Sur le vu de ce qui précède, il convient d'admettre que l'intérêt de la recourante - dont le recours n'est *prima facie* nullement dénué de chances de succès - à une adjudication du marché en cause conforme à la loi, 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 exécution immédiate de la décision d'adjudication. La demande d'octroi de l'effet suspensif doit en définitive être admise.

#### **E. 8**

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.