

# **BVGer BVGE 2024 IV/5 vom 20. März 2024**

Bundesverwaltungsgericht, 2024-03-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_BVGE\\_2024\\_IV\\_5](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2024_IV_5)

FR: TAF BVGE 2024 IV/5 du 20 mars 2024

IT: TAF BVGE 2024 IV/5 del 20 marzo 2024

## **Regeste**

Marchés publics

## **Erwägungen**

### **E. 2**

En cas d'interruption justifiée de la procédure, les soumissionnaires n'ont pas droit à une indemnisation. Cette disposition met en oeuvre l'art. XV par. 5 de l'Accord révisé sur les marchés publics du 15 avril 1994 (RS 0.632.231.422). Comme sous l'ancien droit (art. 30 aOMP), elle comprend une énumération non exhaustive des motifs d'interruption (cf. Thomas Locher, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, art. 43 LMP no 1). En effet, dans l'idéal, la procédure d'adjudication s'achève par l'attribution du marché à l'adjudicataire (cf. art. 8 LMP). Cependant, il arrive que le marché ne soit pas mené à terme, notamment en raison de vices de procédure, de la disparition du besoin ou de l'absence d'offres recevables (cf. art. 43 al. 1 LMP). Dans de telles situations, l'adjudicateur doit se demander s'il peut interrompre la procédure d'adjudication et, le cas échéant, comment il peut le faire, et quelles seront les conséquences juridiques de cette interruption (cf. Locher, op. cit., art. 43 LMP no 2). Ainsi, à l'instar de l'adjudication, l'interruption consiste en un moyen par lequel le pouvoir adjudicateur peut mettre fin à la procédure d'adjudication (cf. arrêt du TAF B—5108/2019 du 16 août 2022 consid. 5.1.1 et réf. cit.). Toutefois, l'interruption de la procédure peut également intervenir après une première adjudication. Dans ce cas, l'interruption implique préalablement une révocation; la révocation et l'interruption peuvent cependant intervenir en un seul acte, notamment lorsque le pouvoir adjudicateur renonce définitivement à la prestation mise au concours (cf. Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, 2012, n.o 2766 s.) Il sied encore de noter que, contrairement à l'exclusion ou à la révocation de l'adjudication (cf. art. 44 LMP), l'interruption ne concerne pas un soumissionnaire en particulier, mais porte sur l'ensemble de la procédure d'adjudication (cf. Locher, op. cit., art. 43 LMP no 3).

### **E. 2.1**

Aux termes de l'art. 54 PA, dès le dépôt du recours, le pouvoir de traiter l'affaire, objet de la décision attaquée, passe à l'autorité de recours (effet dévolutif du recours; sur cette notion, cf. ATF 130 V 138 consid. 4.2; Dubey/Zufferey, *Droit administratif général*, 2014, no 2133). Ainsi, en matière administrative fédérale, la compétence de statuer sur la décision attaquée est en principe dévolue à l'autorité de recours, dont la décision se substitue aux prononcés antérieurs. Celle-ci peut revoir librement la décision en fait et en droit dans la même mesure que l'autorité inférieure, laquelle perd la maîtrise de l'objet de la contestation. Il en découle en principe qu'elle n'a plus notamment, dès ce moment, la faculté de statuer sur le fond de l'affaire, de procéder à des mesures d'instruction nouvelles ou complémentaires et d'accorder ou non l'accès au dossier (cf. ATF 143 I 177 consid. 2.5.2;

130 V 138 consid. 4.2; arrêt du TF 5A\_923/2018 du 6 mai 2019 consid. 3.2; Hanjörg Seiler, in: *Praxiskommentar VwVG*, 3e éd. 2023, art. 54 no 3 ss; Moor/Poltier, *Droit administratif*, vol. II, 3e éd. 2011, p. 811 s. et réf. cit.).

## E. 2.2

Toutefois, ce principe est atténué par l'art. 58 PA. Selon cette disposition, l'autorité inférieure peut, jusqu'à l'envoi de sa réponse, procéder à un nouvel examen de la décision attaquée (al. 1); l'autorité de recours continue à traiter le recours, dans la mesure où la nouvelle décision de l'autorité inférieure ne l'a pas rendu sans objet, l'art. 57 étant applicable lorsque la nouvelle décision repose sur un état de fait notablement modifié ou crée une situation juridique sensiblement différente (al. 3). Si la nouvelle décision de l'autorité inférieure fait pleinement droit aux conclusions du recours, celui-ci devient sans objet et la cause peut être rayée du rôle (cf. arrêts du TF 9C\_355/2017 du 22 décembre 2017 consid. 2.1 in fine; 2C\_733/2010 du 16 février 2011 consid. 3.2; arrêts du TAF C—2298/2022 du 17 janvier 2023; A—6440/2016 du 3 juillet 2017; B—3724/2013 du 16 septembre 2013). Il faut pour cela que la nouvelle décision remplace, dans son intégralité, la décision entreprise et que les conclusions du recours correspondent parfaitement au dispositif de la nouvelle décision; la simple annulation de la décision ne suffit pas (cf. ATF 148 I 53 consid. 1.2; arrêt du TAF B—1483/2022 du 13 juillet 2022 consid. 1.5). Quant au changement de la motivation, il consiste en une confirmation de la décision contestée mais ne la remplace pas; pour cela, il faut nécessairement une modification du dispositif en faveur du recourant (cf. arrêt du TAF B—2762/2021 du 19 décembre 2022 consid. 2; André Moser et al., *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 3e éd. 2022, no 3.46). En revanche, si la nouvelle décision de l'autorité inférieure confirme entièrement la décision objet du recours, la procédure de recours doit être poursuivie. Il en va de même si elle ne fait que partiellement droit aux conclusions du recours. L'instance de recours doit alors statuer sur les points encore litigieux; seuls les points sur lesquels l'autorité inférieure a fait droit aux conclusions du recours sont devenus sans objet (cf. ATF 148 I 53 consid. 1.2; 113 V 237 consid. 1a; arrêt du TF 2C\_733/2010 du 16 février 2011 consid. 3.2; arrêts du TAF B—1334/2021 du 21 juin 2021 consid. 3; B—3879/2020 du 2 décembre 2020 consid. 2; A—2703/2018 du 14 juin 2018 consid. 1.3). Quant à une nouvelle décision rendue au détriment du recourant, elle est, selon la jurisprudence, nulle et doit être considérée comme une conclusion de l'autorité inférieure invitant l'autorité de recours à procéder à une *reformatio in pejus* (cf. ATF 130 V 138 consid. 4.2; 127 V 228 consid. 2b/bb; ATAF 2011/58 consid. 6.2.2; arrêt du TAF F—1367/2019 du 20 juillet 2021 consid. 7.4.3; Benoît Bovay, *Procédure administrative*, 2e éd. 2015, p. 573). Il doit en aller de même lorsque la décision est modifiée dans un sens qui n'est ni favorable ni défavorable au recourant. En effet, l'autorité inférieure n'est pas habilitée à modifier l'objet de la contestation par le prononcé d'une décision en reconsidération (cf. *Wiederkehr/Meyer/Böhme, VwVG Kommentar*, 2022, art. 58 no 7). Compte tenu de l'effet dévolutif, seule l'autorité de recours peut décider si les conditions pour étendre l'objet du litige sont ou non réunies (cf. ATF 125 V 413 consid. 2a et réf. cit.). La nouvelle décision, qui ne fait pas entièrement droit aux conclusions du recours, ne doit pas formellement être l'objet d'un nouveau recours; elle est considérée par la jurisprudence comme étant attaquée avec la première décision (cf. ATF 126 III 85 consid. 3; 113 V 237 consid. 1a; 107 V 250 consid. 3; arrêt du TF 9C\_809/2012 du 31 janvier 2013 consid. 3.2; ATAF 2019 I/8 consid. 4.1.2; arrêt du TAF B—6670/2018 du 10 décembre 2020 consid. 3.2.3). Si elle fait néanmoins l'objet d'un recours, l'autorité de recours devrait, compte tenu de la litispendance, déclarer celui-ci irrecevable et considérer

cette écriture comme une prise de position dans la procédure en cours (cf. arrêt du TAF A—4129/2016 du 14 décembre 2017 consid. 1.5; Moser et al., op.cit., no 3.46; Andrea Pfleiderer, in: Praxiskommentar VwVG, 3e éd. 2023, art. 58 no 46 ss et réf. cit.). Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral comme du Tribunal fédéral, les art. 54 et 58 PA s'appliquent également en cas de recours contre une décision rendue en matière de marchés publics et susceptible d'être déferée à l'autorité de recours (cf. art. 53 LMP). Aussi, une procédure de recours ne devient sans objet que si la nouvelle décision du pouvoir adjudicateur fait pleinement droit aux conclusions du recours (cf. concernant l'ancien droit: ATF 148 I 53 consid. 1.2; arrêts du TAF B—7133/2014 du 26 mai 2015 consid. 4; B—1459/2018 du 18 avril 2018; Martin Beyeler et al., Jurisprudence en droit des marchés publics, DC 4/2022 p. 226).

### **E. 2.3**

En l'occurrence, il ne fait pas de doute que l'interruption de la procédure d'adjudication n'exprime pas les conclusions du recours ni n'est favorable à la recourante. Il convient dès lors de déterminer s'il était loisible au pouvoir adjudicateur, comme il le prétend, de révoquer la décision d'adjudication et d'interrompre la procédure, nonobstant le recours pendant devant la cour de céans, ou si les art. 54 et 58 PA trouvent application en l'espèce. Pour ce faire, il y a lieu de procéder à l'interprétation de la LMP, en particulier l'art. 43 LMP en relation avec les art. 51 ss LMP.

### **E. 2.4**

Selon la jurisprudence, la loi s'interprète d'abord selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme, en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique; cf. ATF 149 III 242 consid. 5.1 et réf. cit.; arrêt du TAF B—4173/2022 du 11 janvier 2024 consid. 6.3.2 et réf. cit.). Lorsqu'il est appelé à interpréter une loi, le Tribunal fédéral adopte une position pragmatique en suivant ces différentes méthodes, sans les soumettre à un ordre de priorité; en particulier, il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (cf. ATF 149 III 242 consid. 5.1 et réf. cit.).

#### **E. 2.4.1**

L'art. 55 LMP, inscrit dans le chapitre 8 de la loi relatif aux voies de droit, prévoit dans le texte français que, sauf disposition contraire de la présente loi, les procédures de décision et de recours sont régies par les dispositions de la PA. La version allemande énonce que " das Verfügungs- und das Beschwerdeverfahren richten sich nach den VwVG, soweit das vorliegende Gesetz nichts anderes bestimmt ". En italien, il est indiqué que " sempre che la presente legge non disponga altrimenti, la procedura decisionale e la procedura di ricorso sono rette dalle disposizioni della PA ". Ainsi, les dispositions de la PA sont pleinement applicables dans les procédures de décision et de recours dans le domaine des marchés publics, à moins que la LMP n'en dispose autrement. Par souci d'uniformité de la procédure administrative, des dérogations aux règles générales ne sont prévues que si elles sont absolument nécessaires (cf. Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695, 1828 [ci-après: Message LMP]). Les

dérogations explicites et implicites à la PA sont donc autorisées dans la mesure où elles découlent de la LMP et doivent être interprétées à la lumière de la systématique, du sens et du but de la LMP, mais aussi en conformité avec la PA et la Constitution (cf. Trüeb/Clausen, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar 2e éd. 2021, art. 55 LMP no 5). Dans le cadre de la procédure de recours, la LMP comprend plusieurs articles dérogeant aux règles de procédures prévues par la PA, à savoir en ce qui concerne l'acte attaqué (cf. art. 53), l'effet suspensif au recours (cf. art. 54), le délai et les motifs de recours (cf. art. 56 al. 1-3), la qualité pour recourir en cas de recours contre les adjudications de gré à gré (cf. art. 56 al. 4), la consultation des pièces (cf. art. 57) et la décision sur recours (cf. art. 58). A ce stade, force est de constater que la LMP ne contient pas de disposition expresse dérogeant aux principes de l'effet dévolutif et de la reconsidération pendente lite prévus par la PA en cas de recours contre une décision susceptible d'être dévolue à l'autorité de recours.

#### **E. 2.4.2**

Si le chapitre 8 de la LMP concerne les voies de droit, le chapitre 6 est, quant à lui, consacré au déroulement de la procédure d'adjudication. Il contient en particulier les exigences concernant le contenu de l'appel d'offres et de ses documents (cf. art. 35 et art. 36), l'ouverture des offres, leur examen, leur éventuelle rectification ainsi que leur évaluation (cf. art. 37-40). Il comprend également les dispositions relatives à l'adjudication (cf. art. 41), à l'interruption (cf. art. 43) et à l'exclusion d'un soumissionnaire et à la révocation de l'adjudication (cf. art. 44). La loi suit ainsi le déroulement de la procédure de passation de marchés. La disposition légale ayant trait à l'interruption de la procédure d'adjudication n'est ainsi pas envisagée comme relevant du droit de la procédure et ne figure donc pas dans le chapitre relatif aux voies de droit mais dans celui relatif au déroulement de la procédure d'adjudication. Cet élément amène dès lors plutôt à ne pas considérer l'interruption de la procédure d'adjudication comme une exception aux principes de l'effet dévolutif et de la reconsidération pendente lite prévus par la PA.

#### **E. 2.4.3**

Bien que le texte et la systématique de la LMP plaident davantage en faveur de la thèse d'un règlement exhaustif de la question par la PA, il convient encore de déterminer si l'interruption de la procédure d'adjudication de l'art. 43 LMP consisterait néanmoins en une exception aux art. 54 et 58 PA; en d'autres termes si l'on pourrait éventuellement déduire de l'intention implicite du législateur ou de la finalité de l'interruption d'une procédure d'adjudication que celle-ci fût possible, nonobstant une procédure de recours pendante et indépendamment des conclusions formées par la partie recourante. L'art. 43 LMP a la teneur suivante: 1 L'adjudicateur peut interrompre la procédure d'adjudication en particulier dans les cas suivants: a. il renonce, pour des motifs suffisants, à adjuger le marché public; b. aucune offre ne répond aux spécifications techniques ou aux autres exigences; c. en raison de modifications des conditions-cadres, des offres plus avantageuses sont attendues; d. les offres présentées ne permettent pas une acquisition économique ou dépassent nettement le budget; e. il existe des indices suffisants d'un accord illicite affectant la concurrence entre les soumissionnaires; f. une modification importante des prestations demandées est nécessaire.

#### **E. 2.4.4**

Selon le Message LMP, l'interruption peut intervenir pour des raisons suffisantes à n'importe quel stade de la procédure d'adjudication (cf. Message LMP, FF 2017 1695, 1804;

Trüeb/Clausen: op. cit., art. 43 LMP no 1; Locher, op. cit., art. 43 LMP no 4). Cela n'implique toutefois pas nécessairement que le pouvoir adjudicateur soit habilité à rendre une telle décision lorsque l'autorité de recours est saisie de la procédure de marché public qu'il souhaite interrompre. Le Tribunal a certes admis dans sa décision incidente B—3531/2018 du 28 novembre 2018 que, en raison de l'économie de procédure, le pouvoir adjudicateur pouvait révoquer et interrompre la procédure d'adjudication même lorsqu'un recours était pendant devant le Tribunal (cf. consid. 6.3; cf. également dans ce sens: décision incidente B—2957/2017 du 23 juin 2017 consid. 5.3). Selon l'arrêt B—7133/2014, le Tribunal a constaté que le pouvoir adjudicateur n'était pas habilité à rendre pendente lite une nouvelle décision qui n'était pas en faveur du recourant. Il a notamment considéré que le pouvoir adjudicateur avait statué sur des éléments objets du recours pendant devant lui; cet arrêt ne traite toutefois pas du cas où le pouvoir adjudicateur renoncerait définitivement à la prestation mise au concours (cf. consid. 4). Statuant sur recours du pouvoir adjudicateur, le Tribunal fédéral a, quant à lui, jugé qu'il n'y avait pas eu d'interruption au sens du droit des marchés publics et a dès lors laissé indécis le point de savoir si une interruption peut intervenir pendente lite (cf. arrêt du TF 2C\_553/2015 du 26 novembre 2015 consid. 2.6 in fine). Selon Fetz/Steiner, ce qui est déterminant d'un point de vue matériel, c'est que l'interruption ne soit pas abusive et qu'elle ne vise pas simplement à se saisir de l'objet du litige (cf. Fetz/Steiner, *Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes*, 2020, no 148). Pour Beyeler, l'effet dévolutif empêche le pouvoir adjudicateur d'interrompre la procédure uniquement lorsque les motifs reposent sur des éléments de faits ou de droit qui sont contestés dans le cadre de la procédure de recours pendante (cf. Beyeler, *Wann ist ein Abbruch ein Abbruch ?*, DC 4/2016 p. 225 ss, spéc. 227 en référence à l'arrêt B—7133/2014). En tout état de cause, le texte et la systématique de la loi ne soutiennent pas (cf. supra consid. 2.4.1 et 2.4.2) que l'art. 43 LMP constituerait une exception aux règles de procédure découlant des art. 54 et 58 PA et que le pouvoir adjudicateur pourrait interrompre une procédure de passation de marché bien qu'elle fasse l'objet d'un recours et qu'aucune conclusion de la partie recourante n'aille dans ce sens. En effet, si le législateur eût voulu que le pouvoir adjudicateur puisse prononcer une interruption également dans cette hypothèse - et ainsi déroger aux règles de la PA -, on ne saisis pas pourquoi il n'aurait pas intégré une règle explicite dans la loi et sous le chapitre consacré aux voies de droit, comme il l'a fait notamment pour l'effet suspensif et le délai de recours. Il a en effet jugé qu'il n'y avait lieu de déroger aux règles générales que si cela se révélait absolument nécessaire (cf. supra consid. 2.4.1). Or, le tribunal de céans ne voit pas en quoi une application des art. 54 et 58 PA lorsque, durant la procédure de recours, le pouvoir adjudicateur souhaite interrompre une procédure d'adjudication serait problématique ou contraire au but visé par l'art. 43 LMP. En effet, l'interruption demeure pleinement possible, c'est uniquement le droit de la prononcer qui, en raison du dépôt du recours, passe du pouvoir adjudicateur à l'instance de recours. Aussi, celui-là est libre de former une conclusion invitant le Tribunal à prononcer une décision en ce sens. Il peut également requérir l'annulation de la décision d'adjudication et le renvoi de la cause pour le motif qu'il entend réexaminer quel sort il convient de réserver à l'objet de la contestation. On ne saurait non plus se prévaloir de l'urgence dans l'adjudication du marché et de la réalisation de celui-ci puisque le prononcé d'une interruption nécessite la réorganisation d'une procédure d'appel d'offres et d'adjudication ab ovo (cf. arrêt du TAF B—1680/2016 du 18 juillet 2016 consid. 4.1.1) et retarderait par là-même une nouvelle adjudication. Cette solution s'impose en tous les cas lorsque, comme en l'espèce, le pouvoir adjudicateur

souhaite, pendente lite, adapter les conditions d'évaluation des offres au détriment de la recourante.

#### **E. 2.4.5**

En définitive, les art. 54 et 58 PA sont pleinement applicables pour l'ensemble des procédures du droit des marchés publics. Le pouvoir adjudicateur est dessaisi de la cause et la compétence pour trancher l'affaire est entièrement dévolue à l'autorité de recours. Il ne peut donc reconsidérer sa décision que selon les prescriptions de l'art. 58 PA. Partant, le pouvoir adjudicateur ne peut, dans les circonstances de l'espèce, prononcer une interruption de la procédure d'adjudication durant la litispendance que si celle-là fait pleinement droit aux conclusions de la partie recourante. S'il rend une telle décision alors que le recours ne comporte aucune conclusion en ce sens, l'autorité de recours doit l'assimiler à une conclusion du pouvoir adjudicateur l'invitant à statuer dans ce sens. Cette solution ne porte pour le reste atteinte à aucun intérêt public digne de protection et préserve davantage l'intérêt privé de la partie recourante, qui n'a pas à former de nouveau recours à l'encontre de la décision d'interruption.

#### **E. 2.5**

En l'espèce, la recourante a conclu dans son recours à l'annulation de l'adjudication et à l'attribution du marché. Or, dans sa décision du 4 septembre 2023, le pouvoir adjudicateur a, d'une part, annulé l'adjudication et, d'autre part, interrompu la procédure. Cette décision n'a pas fait entièrement droit aux conclusions de la recourante, dès lors qu'elle n'a qu'annulé l'adjudication. Quant au prononcé de l'interruption de la procédure, il ne fait nullement droit aux conclusions de la recourante, qui a confirmé sa volonté d'obtenir l'adjudication. Dans ces circonstances, cette décision du pouvoir adjudicateur doit être considérée comme une conclusion invitant le Tribunal à statuer en ce sens. C'est d'ailleurs ce qu'a fait le pouvoir adjudicateur à titre subsidiaire dans ses déterminations du 13 octobre 2023.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.