



A-4200/2024

Arrêt du 10 février 2025

Composition

Claudia Pasqualetto Péquignot (présidente du collège),
Maurizio Greppi, Stephan Metzger, juges,
Manuel Chenal, greffier.

Parties

Dnata Switzerland AG,
Frachtstrasse 9, P.O. Box, 8058 Zürich,
représentée par
Maître Jean-Michel Brahier,
BM Brahier Magnin Avocats SA,
Rue de Romont 24, Case postale,
1701 Fribourg,
recourante,

contre

1. **Aviartner SAS,**
Aéroport de Lyon Saint-Exupéry Aérogare Passagers, FR-
69124 Colombier-Saugnieu,
représentée par
Maîtres Benoît Merkt et Benjamin Moret, Lenz & Staehelin,
Route de Chêne 30,
1211 Genève 6,

2. Swissport International SA,

Succursale du Grand-Saconnex, Direction, 1215 Genève
15 Aéroport,
représentée par
Maîtres David Mamane et Tobias Magyar,
Schellenberg Wittmer AG, Rechtsanwälte,
Löwenstrasse 19,
Postfach 2201,
8021 Zürich 1,

3. Aéroport international de Genève (AIG),

Case postale 100,
1215 Genève 15,
intimés,

Office fédéral de l'aviation civile OFAC,

3003 Bern,
autorité inférieure.

Objet

Services d'assistance en escale

Faits :**A.**

Sur le site de l'Aéroport International de Genève (ci-après : l'AIG), les services d'assistance en escale du trafic aérien de ligne et de charter (ci-après aussi, par simplification : les services d'assistance en escale) ont été opérés, jusqu'au 31 octobre 2023, par Swissport International SA (ci-après : Swissport) et par Dnata Switzerland AG (ci-après : Dnata).

B.

Au terme d'une procédure d'appel d'offres pour la période 2023 à 2030, l'AIG a manifesté son intention, d'une part, de renouveler sa collaboration avec Swissport, et d'autre part, de confier à la société française Aviapartner SAS (ci-après : Aviapartner) la seconde concession pour l'exploitation desdits services.

C.

Par requête du 25 mai 2023 adressée à l'Office fédéral de l'aviation civile (ci-après : l'OFAC), Dnata (ci-après également : la requérante) a fait valoir, en substance, que l'AIG l'avait écartée à tort au profit d'Aviapartner. Elle a demandé, en conséquence, que l'OFAC rende une décision formelle sur l'attribution des concessions pour l'exploitation des services d'assistance en escale pour la période 2023 à 2030.

D.

A titre superprovisionnel et provisionnel, la requérante a demandé à ce que l'OFAC interdise à l'AIG de conclure tout contrat ou tout autre acte juridique avec Swissport et Aviapartner jusqu'à droit connu au fond. Elle a également requis que les concessions ayant actuellement cours soient prolongées pour la durée de la procédure.

E.

Après avoir rejeté la requête de Dnata à titre superprovisionnel le 7 juin 2023, l'OFAC l'a admise par décision sur mesures provisionnelles du 31 août 2023 et a ainsi interdit à l'AIG de conclure tout contrat ou tout acte juridique avec Swissport et Aviapartner en lien avec l'attribution des concessions pour les services d'assistance en escale relatives à la période 2023-2030 jusqu'à ce qu'il statue au fond. Il a également autorisé l'AIG à conclure tout contrat ou acte juridique avec Dnata et Swissport dans leur cadre de leur concession échéant au 31 octobre 2023.

F.

Le 2 octobre 2023, Aviapartner a formé recours auprès du Tribunal

administratif fédéral (ci-après : TAF ou Tribunal) contre cette décision. Elle a conclu, en substance, à sa réforme en cela que la requête de mesures provisionnelles de Dnata devait être rejetée ou que la cause devait être renvoyée à l'OFAC pour nouvelle décision. A titre superprovisionnel et provisionnel, la recourante a également requis la restitution de l'effet suspensif au recours ainsi que diverses mesures formatrices et constatatoires.

G.

Par décisions sur mesures superprovisionnelles puis provisionnelles des respectivement 4 octobre et 6 décembre 2023, le TAF a rejeté, dans la mesure de leur recevabilité, les requêtes d'Aviapartner.

H.

Par décision du 30 mai 2024, l'OFAC (ci-après aussi: l'autorité inférieure) a déclaré irrecevable la requête de Dnata du 25 mai 2023.

En substance, l'autorité inférieure a estimé que Dnata n'avait pas justifié d'un intérêt digne de protection, puisqu'elle n'avait pas rendu vraisemblable qu'elle avait une chance réelle d'obtenir une concession en cas d'admission de ses conclusions. En outre, la requérante aurait tardé à soulever certains griefs et s'en trouverait ainsi forclosée.

I.

Par mémoire du 1^{er} juillet 2024, Dnata (la recourante) a interjeté recours contre cette décision.

I.a La recourante a en substance conclu à l'annulation de la décision attaquée, à ce que l'OFAC leur adjuge, à elle et à Swissport, les deux concessions pour l'exploitation des services d'assistance en escale, subsidiairement à ce que le dossier soit renvoyé à l'OFAC avec charge pour celui-ci de renvoyer la cause à l'AIG afin qu'il organise un nouvel appel d'offre, très subsidiairement à ce que la cause soit renvoyée à l'OFAC pour qu'il rende une nouvelle décision dans le sens des considérants.

I.b A titre superprovisionnel et provisionnel, la recourante a requis du Tribunal qu'il interdise à l'AIG de conclure tout contrat ou tout autre acte juridique avec Swissport et Aviapartner jusqu'à droit connu dans la présente affaire et à ce qu'il soit confirmé que les concessions ayant actuellement cours soient prolongées pour la durée de la procédure.

I.c En substance, la recourante fait notamment valoir qu'en déclarant irrecevable sa requête, l'autorité inférieure lui a dénié à tort la qualité de partie et a commis des violations de l'interdiction de déni de justice, de la maxime inquisitoire ainsi que de son droit d'être entendue. Elle fait en outre valoir que son offre a été mal évaluée et qu'elle aurait dû se voir attribuer une des deux concessions mise au concours.

J.

Par décisions incidentes des 5 juillet et 9 septembre 2024, le TAF a notamment admis les requêtes superprovisionnelles, respectivement provisionnelles, de la recourante et a maintenu l'interdiction faite à l'AIG de conclure tout contrat ou tout acte juridique avec Swissport (ci-après : intimée 2) et Aviapartner (ci-après : intimée 1) pour la nouvelle concession portant sur la période 2023-2030. Le Tribunal a également autorisé l'AIG a conclure avec la recourante et Swissport afin qu'elles puissent continuer à exercer leur fonction de prestataires de service jusqu'à droit connu au fond.

K.

Par réponse du 11 septembre 2024, l'autorité inférieure est en substance restée sur sa position.

L.

Par déterminations du 6 novembre 2024, Swissport a notamment conclu au rejet du recours pour autant que recevable et, subsidiairement, à ce que la décision attaquée soit annulée et l'affaire renvoyée à l'instance précédente pour réexamen. L'intimée 2 a estimé que les conclusions de la recourante par lesquelles celle-ci demande autre chose que le réexamen de la décision de non entrée en matière et le renvoi à l'instance précédente sont extrinsèques à l'objet du litige, partant irrecevables.

Pour le reste, l'intimée 2 a estimé que l'OFAC devait statuer matériellement avec les pouvoirs et la cognition d'une instance de recours et que c'est à juste titre qu'il a dénié un intérêt digne de protection à la recourante. L'intimée 2 a notamment fait valoir que la recourante n'avait pas rendu vraisemblable qu'elle aurait obtenu l'une des concessions si ses griefs étaient admis. En particulier, la recourante n'aurait pas démontré de manière crédible que l'admission des corrections requises n'aurait pas eu pour effet d'augmenter également à la hausse la note finale des autres soumissionnaires, en particulier ceux qui la devancent déjà. Ainsi, la recourante n'aurait pas rendu vraisemblable que l'admission de ses griefs aurait changé le classement final. En outre, la recourante se trouve loin derrière les adjudicataires, de sorte qu'il n'est pas vraisemblable qu'elle

puisse rattraper ce retard. Enfin, certains griefs ont été soulevés tardivement et de manière contraire à la bonne foi, de sorte que l'autorité inférieure ne devait pas entrer en matière sur ceux-ci et qu'ils ne devaient pas être pris en considération pour évaluer les chances de succès de la recourante.

M.

Dans sa détermination du même jour, l'AIG (intimé 3) s'en est remis à dire de justice quant aux griefs de la recourante ayant trait à sa qualité de partie, à l'interdiction du déni de justice formel, à l'obligation d'instruction et au droit d'être entendu. L'AIG a en revanche défendu qu'il avait correctement mené la procédure, déterminé les critères de sélection applicables et évalué les différentes offres.

N.

Par déterminations du 8 novembre 2024, Aviapartner a notamment conclu, à titre principal, au rejet du recours et à la confirmation de la décision d'irrecevabilité, subsidiairement au rejet sur le fond de la requête de la recourante du 25 mai 2023 et à la confirmation du choix de l'AIG de désigner Aviapartner et Swissport comme prestataires de service.

L'intimée 1 a estimé que l'existence d'un intérêt digne de protection était une condition à la saisine de l'OFAC, indépendamment que celle-ci intervienne en qualité d'autorité de première instance ou de recours, et que la recourante n'avait pas démontré qu'elle remplissait dite condition. En particulier, il ne serait pas vraisemblable que la recourante puisse dépasser dans le classement final les adjudicataires dès lors que l'écart les séparant est considérable et repose sur un nombre important de critères. Par ailleurs, la recourante serait forclosée, dès lors qu'elle aurait dû soulever ses griefs plus tôt dans la procédure. Si les éléments d'appréciation n'ont certes pas été communiqués aux candidats avant la sélection, il était toutefois loisible à la recourante de s'enquérir de ceux-ci dans le cadre des questions que les intéressés ont pu poser à l'AIG avant de soumettre leur offre.

O.

Dans ses observations finales du 2 décembre 2024, la recourante est restée sur sa position. Elle a notamment fait valoir que son droit d'être entendue avait été gravement violé, notamment par le fait que l'OFAC ne lui avait pas transmis la réponse substantielle de l'AIG du 27 septembre 2023.

P.

Par courriers des 5, respectivement 12 et 16 décembre 2024, Swissport, Aviapartner et la recourante ont produit des notes d'honoraire.

Q.

Les autres faits et arguments pertinents seront examinés au besoin dans les considérants en droit ci-dessous.

Droit :**1.**

1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître du présent recours (art. 31, 32, 33 let. f de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32] et art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]).

1.2 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, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.

La recourante, qui a elle-même sollicité le prononcé de la décision attaquée, a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. Destinataire de la décision attaquée, elle est spécialement atteinte par celle-ci. En outre, la recourante a un intérêt digne de protection à ce que le Tribunal examine si c'est à juste que l'autorité inférieure n'est pas entrée en matière sur sa requête du 25 mai 2023 puisqu'elle pourrait, *in fine*, se voir attribuer une des concessions litigieuses.

1.3 Au surplus, les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme du mémoire, ainsi qu'à l'avance de frais (art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont respectées.

Partant, et sous réserve des conclusions qui sortent de l'objet du litige examinées ci-après (consid. 3 *infra*), le recours est recevable.

2.

Le recours peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, ainsi que pour inopportunité, sauf si une autorité cantonale a statué comme autorité de recours (art. 49 PA).

2.1 Le Tribunal administratif fédéral fait cependant preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son pouvoir d'examen lorsque la nature des questions litigieuses qui lui sont soumises l'exige, singulièrement lorsque leur analyse nécessite des connaissances spéciales, techniques ou encore lorsqu'il s'agit de circonstances locales que l'autorité qui a rendu la décision connaît mieux (cf. ATF 131 II 680 consid. 2.3.3 ; arrêt du TAF A-379/2016 du 8 septembre 2016 consid. 2.2). Cette pratique est notamment applicable en matière d'octroi de concessions de radiocommunication, question qui présente certaines analogies avec la présente cause. En effet, dans ce domaine, la loi confère à l'autorité administrative un important pouvoir d'appréciation, tant pour déterminer si les candidats remplissent les conditions d'octroi de la concession que pour décider – après avoir défini et pondéré les critères de sélection applicables – lequel des candidats est le mieux à même d'exécuter le mandat de prestations. Sur ces questions, le Tribunal observera une certaine retenue et ne s'écartera pas sans nécessité de l'appréciation de l'autorité inférieure. Ceci vaut tout particulièrement s'agissant du contrôle du choix et de la pondération des critères de sélection (cf. arrêts du TAF A-929/2024 du 23 janvier 2025 consid. 2.3, A-7143/2008 du 16 septembre 2009 consid. 5.4). En revanche, il vérifiera librement si l'autorité inférieure a établi complètement et exactement les faits pertinents et, sur cette base, si elle a correctement appliqué le droit, sans se laisser guider par des motifs étrangers aux normes appliquées et en tenant compte de manière adéquate de tous les intérêts en présence (cf. arrêt A-7143/2008 précité consid. 5.4).

2.2 La procédure fédérale est essentiellement régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que l'autorité administrative constate les faits d'office et procède, s'il y a lieu, à l'administration de preuves par les moyens idoines (art. 12 PA). La maxime inquisitoire doit cependant être relativisée par son corollaire : le devoir de collaborer des parties (art. 13 PA ; cf. CLÉMENCE GRISSEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, 2008, n° 142). La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est également régie par la maxime inquisitoire en vertu de l'art. 37 LTAF. Celle-ci est cependant quelque peu tempérée, notamment en raison du fait qu'il ne s'agit, dans ce cas, pas d'un établissement des faits *ab ovo*. Il convient de tenir compte de l'état de fait déjà établi par l'autorité inférieure. En ce sens, le principe inquisitoire est une obligation de vérifier d'office les faits constatés par l'autorité inférieure plus que de les établir (cf. arrêts du TAF A-5584/2008 du 11 juin 2010 consid. 1.2.1 et A-6120/2008 du 18 mai 2010 consid. 1.3.2).

2.3 Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision attaquée (cf. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2^e éd. 2013, n° 2.165). Il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2.).

3.

L'objet du litige («Streitgegenstand») est défini par trois éléments, à savoir l'objet de la contestation, les conclusions du recours et, accessoirement, les motifs de celui-ci (arrêt du TF 2C_612/2007 du 7 avril 2008 consid. 4.1).

L'objet du litige ne peut s'étendre en cours de procédure, de sorte que les conclusions du recourant qui vont au-delà de ce qui a été statué en première instance sont en principe irrecevables. Ainsi, lorsque la décision attaquée est une décision d'irrecevabilité, le Tribunal de céans examine en principe uniquement si c'est à juste titre que l'autorité inférieure n'est pas entrée en matière sur la requête qui lui a été soumise et, dans la négative, lui renvoie la cause (arrêt du TAF A-5189/2019 du 1^{er} avril 2020 consid. 2.1). Lorsque l'autorité inférieure s'est toutefois également prononcée sur le fond malgré sa décision d'irrecevabilité, l'autorité de recours peut, pour des raisons d'économie de procédure, directement statuer sur le fond du litige (BOVEY, *Procédure administrative*, 2^{ème} éd. 2015, p. 629, MADELEINE HIRSIG-VOUILLOZ, *Commentaire Romand, Loi fédérale sur la procédure administrative*, 2024, art. 61 PA n° 24).

3.1 La décision du 30 mai 2024 – objet de la contestation – déclare irrecevable la requête de la recourante du 25 mai 2023.

3.1.1 Par cette requête, la recourante sollicitait, à titre principal, que l'autorité inférieure, par voie de décision sujette à recours, annule le choix effectué le 26 avril 2023 par l'AIG, exploitant de l'aéroport de Genève, de ne pas l'avoir sélectionnée comme « prestataire de services d'assistance en escale du trafic aérien de ligne et charter à l'aéroport international de Genève 2023-2030 » et lui adjuge l'une des deux concessions en la matière. A titre subsidiaire, la recourante concluait au renvoi du dossier à l'AIG pour qu'il rende une nouvelle « *mesure individuelle* » dans le sens des considérants de la décision à rendre. Plus subsidiairement, la recourante concluait à ce que l'AIG soit invité à organiser un nouvel appel d'offres. La recourante précisait que l'autorité inférieure devait reprendre

l'ensemble des critères d'adjudication ainsi que les noter et les pondérer avec un plein pouvoir d'examen.

3.1.2 La décision attaquée déclare irrecevable dite requête au motif que la recourante ne disposait pas d'un intérêt digne de protection à ce que la mesure de l'AIG soit annulée ou modifiée. Après avoir exposé qu'elle intervenait en qualité d'autorité de première instance dès lors que l'AIG n'était pas habilité à rendre des décisions, l'autorité inférieure a estimé que la recourante n'avait pas de chance réelle d'obtenir la concession. L'autorité inférieure a expliqué que, d'une part, l'écart entre la recourante et les deux candidats arrivés en tête ne pouvait être considéré comme négligeable en raison du nombre important de critères et de leur notation effectuée par l'AIG. Au vu du fait que les deux candidats retenus sont si avancés dans le classement, la recourante pourrait uniquement espérer atteindre la troisième place. D'autre part, il n'y a pas eu de violation crasse de la procédure qui mènerait à une répétition de l'appel d'offres. Ainsi, dans tous les cas, la recourante ne remporterait pas la concession, de sorte qu'elle n'aurait pas d'intérêt digne de protection à ce que l'autorité statue sur le fond.

3.2 Dans son recours du 1^{er} juillet 2024, la recourante a conclu à titre principal à ce que le Tribunal lui adjuge l'une des deux concessions, à titre subsidiaire à ce que le dossier soit renvoyé à l'OFAC avec charge pour celui-ci de renvoyer la cause à l'AIG afin qu'il organise un nouvel appel d'offres et, à titre très subsidiaire, à ce que la cause soit renvoyée à l'OFAC pour qu'il rende une nouvelle décision dans le sens des considérants.

3.2.1 La conclusion principale de la recourante par laquelle celle-ci demande au Tribunal de lui adjuger directement l'une des concessions sort de l'objet de la contestation qui est une décision d'irrecevabilité (consid. 3 *supra*). En effet, pour statuer sur cette conclusion, le Tribunal devrait appréhender le fond du litige, soit un objet sur lequel l'autorité inférieure n'est pas entrée en matière. Ainsi, le Tribunal statuerait sur des questions qui n'ont pas été examinées par l'autorité inférieure et empièterait sur la compétence fonctionnelle de cette dernière. A cet égard, il est vrai que l'autorité inférieure a prétendu, en application de la théorie des faits de double pertinence, avoir abordé le fond du litige au stade de la recevabilité afin de déterminer si la recourante disposait d'une réelle chance de succès d'obtenir l'une des concessions mise au concours. Toutefois, ainsi qu'on le verra en détail ci-après, l'autorité n'a en réalité procédé à aucune véritable analyse du fond du litige et, de surcroît, avec un pouvoir d'examen excessivement limité (consid. 7.2 *infra*). C'est d'ailleurs très exactement ce

que la recourante fait elle-même valoir devant le Tribunal de céans en exposant que l'autorité inférieure n'a en réalité même pas exercé un pouvoir d'examen limité à l'arbitraire, puisqu'elle n'a concrètement abordé aucun des griefs qui lui avaient été soumis (p. 25 du recours). En ces circonstances, il est d'emblée exclu que le Tribunal se prononce sur le fond, de sorte que la conclusion principale de la recourante est irrecevable.

3.2.2 Il en va de même pour la conclusion subsidiaire par laquelle la recourante demande *in fine* qu'un nouvel appel d'offre soit organisé par l'AIG. En effet, l'admission de cette conclusion présupposerait d'aborder le fond du litige, en particulier de se prononcer sur les éventuels vices qui invalideraient, selon la recourante, la procédure d'appel d'offres et nécessiteraient sa répétition. Par conséquent, dite conclusion est également irrecevable.

3.2.3 Au final est seule recevable la conclusion prise à titre très subsidiaire par laquelle la recourante demande que la cause soit renvoyée à l'OFAC pour nouvel examen de sa requête du 25 mai 2023.

3.3 L'objet du litige étant circonscrit (consid. 3.1 - 3.2 *supra*), il convient d'examiner si c'est à bon droit que l'autorité inférieure n'est pas entrée en matière sur la requête de la recourante. Il sied tout d'abord d'exposer brièvement le cadre légal pertinent (consid. 4 *infra*) ainsi que la compétence et le pouvoir d'examen de l'autorité inférieure dans la présente cause (consid. 5 *infra*). Il conviendra ensuite d'examiner les motifs invoqués par l'autorité inférieure pour justifier son refus d'entrer en matière sur la requête de la recourante, à savoir que cette dernière a soulevé tardivement ses griefs (consid. 6.1-6.2 *infra*) et qu'elle ne disposait pas d'intérêt digne de protection à leur admission (consid. 6.3-6.4 *infra*). Enfin, il sera statué sur les conséquences des considérants qui précèdent (consid. 7 *infra*).

4.

La cadre légale pertinent est le suivant.

4.1 A teneur de l'art. 36a al. 1 de la loi fédérale sur l'aviation (LA, RS 748.0) une concession est requise pour l'exploitation de tout aérodrome ouvert à l'aviation publique (aéroport). Cette concession est octroyée par le DETEC. Le concessionnaire est autorisé à exploiter l'aéroport à titre commercial et, en particulier, à prélever des taxes. Il a l'obligation de le rendre accessible à tous les appareils du trafic intérieur et du trafic international, sous réserve des restrictions édictées dans le règlement d'exploitation, et de mettre à la

disposition des usagers une infrastructure répondant aux impératifs d'une exploitation sûre et rationnelle (al. 2 ; voir aussi art. 10 al. 1 de l'ordonnance sur l'infrastructure aéronautique [OSIA, RS 748.131.1]).

4.2 La concession peut être transférée à un tiers avec l'accord du DETEC (art. 36a al. 3, 1ère phrase, LA). Le concessionnaire a également le droit de ne transférer à un tiers que certains droits ou obligations découlant de la concession (art. 36a al. 3, 2ème phrase, LA ; art. 15 OSIA). Le concessionnaire est en principe libre de transférer certains droits ou obligations. Les limites d'un tel transfert sont toutefois les exigences de la concession et l'égalité de traitement des concurrents (cf. arrêt du TF 2C_488/2012 du 1er avril 2013 consid. 4.1). Pour cette raison, l'OFAC est également intégré dans la procédure (art. 15 OSIA).

Dans le domaine de l'assistance en escale en revanche, l'aéroport est légalement tenu de procéder à un tel transfert, sous certaines conditions ; dans ce cas également, l'OFAC est impliqué dans la procédure (cf. ch.11 annexe OSIA ; arrêt du TF 2C_377/2016 du 16 avril 2018 consid. 4.2).

4.3 Selon l'art. 29a OSIA, l'organisation et l'exploitation des services d'assistance en escale sont régies par la Directive européenne 96/67/CE du 15 octobre 1996 relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté (ci-après : la Directive 96/67/CE). L'art. 29b al. 1 OSIA prévoit que l'exploitant d'un aérodrome réglemente l'accès au marché des services d'assistance en escale dans le règlement d'exploitation en conformité avec la Directive 96/67/CE ainsi qu'avec l'annexe 1 de l'OSIA concernant lesdits services.

4.4 Selon l'art. 6 al. 2 de la Directive 96/67/CE, il est possible de limiter le nombre de prestataires de service. Cette possibilité a été reprise dans l'Annexe 1 OSIA selon laquelle « l'exploitant de l'aéroport peut prévoir dans le règlement d'exploitation une restriction du nombre des prestataires de services conformément à l'art. 6 al. 2 ».

L'AIG, exploitant de l'aéroport de Genève, a fait usage de cette possibilité de restriction et l'a ancrée à l'art. 10 de son règlement d'exploitation, complété par le Règlement sur le marché de l'assistance en escale du trafic de ligne et charter à l'Aéroport International de Genève qui prévoit au maximum deux entités.

4.5 L'art. 11 § 1 let. a de la Directive 96/67/CE prévoit en substance que lorsqu'il a été fait usage de la possibilité de réduire le nombre de

prestataires autorisés à fournir des services d'assistance en escale, ceux-ci doivent être choisis dans le cadre d'une procédure de sélection respectant certains principes. Cette disposition prévoit notamment que dans le cas où les États membres prévoient l'établissement d'un cahier des charges ou de spécifications techniques auxquels ces prestataires doivent répondre, ce cahier ou ces spécifications sont établis après consultation préalable du comité des usagers. Les critères de sélection prévus par ce cahier des charges ou ces spécifications techniques doivent être pertinents, objectifs, transparents et non discriminatoires.

L'art. 11 § 1 let. b et c de la Directive 96/67/CE prévoit en substance que les prestataires sont choisis par l'entité gestionnaire, sauf en cas de conflit d'intérêt où il revient alors aux autorités compétentes des États membres indépendantes des entités gestionnaires d'effectuer la sélection.

Selon le chiffre 1 de l'annexe 1 OSIA, l'entité gestionnaire est l'exploitant de l'aéroport, soit l'AIG.

4.6 L'art. 21 de la Directive 96/67/CE prévoit que les États membres ou, le cas échéant, les entités gestionnaires veillent à ce que toute partie justifiant d'un intérêt légitime dispose d'un droit de recours contre les décisions ou mesures individuelles prises en application de l'article 7 § 2 et des articles 11 à 16. Ce recours doit pouvoir être exercé devant une juridiction nationale ou devant une autorité publique autre que l'entité gestionnaire de l'aéroport visé et, le cas échéant, indépendante de l'autorité publique qui contrôle celle-ci.

Le chiffre 11 de l'annexe 1 OSIA dispose que les décisions de l'exploitant de l'aéroport selon les art. 7§ 2, 11 et 16 [de la Directive 96/67/CE] peuvent, conformément à l'art. 21 [de la Directive 96/67/CE], être soumises à l'OFAC, qui rend une décision formelle.

5.

Le cadre légal étant posé, il convient encore de préciser la compétence (consid. 5.1 ss *infra*) et le pouvoir d'examen (consid. 5.2 ss *infra*) de l'OFAC dans la procédure de sélection des prestataires. Celui-ci a estimé qu'il intervenait en tant qu'autorité de première instance mais que son pouvoir d'examen était néanmoins limité.

5.1 A teneur des dispositions applicables (consid. 4.5 et 4.6 *supra*), il revient à l'AIG, en sa qualité d'exploitant de l'aéroport de Genève, de choisir les prestataires de service à l'issue d'une procédure de sélection

objective, transparente et non discriminatoire. Se pose dès lors la question de savoir si l'AIG est également investi d'un pouvoir décisionnel en la matière, soit concrètement du pouvoir d'attribuer aux prestataires retenus les deux concessions disponibles par voie de décision, ou si ce pouvoir est du ressort de l'OFAC.

5.1.1 La délégation du pouvoir de rendre des décisions – actes de souveraineté unilatéral juridiquement contraignant – est un privilège de la puissance publique (MOOR/BELANGER/TANQUEREL, Droit administratif, Volume III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat, 2^{ème} éd. 2018, p. 236). Elle doit reposer sur une base légale de rang législatif. La jurisprudence admet que la délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration – qui doit également reposer sur une base légale formelle (art. 178 al. 3 Cst) – peut comprendre implicitement le pouvoir décisionnel nécessaire à l'accomplissement de ces tâches (ATF 137 II 409). Ce transfert de la compétence décisionnelle n'est pas automatique et il n'intervient que si l'exercice d'un pouvoir décisionnel s'avère indispensable pour permettre à l'organisme délégataire de tâches publiques d'accomplir celles-ci. En cas de doute, seule une délégation distincte et explicite du pouvoir décisionnel pourra être admise (ATF 137 II 409).

5.1.2 Le TAF, dans un cas relativement similaire au cas d'espèce, a dénié à un exploitant d'aéroport le pouvoir de décider si la requérante avait le droit de se voir attribuer une concession d'assistance pour les aéronefs de tiers, jugeant que cette compétence était du ressort de l'OFAC (arrêt du TAF A-696/2015 du 17 mars 2016 consid. 1.1.1.3).

5.1.3 En l'espèce, la norme de rang législatif qui autorise le concessionnaire à exploiter l'aéroport à titre commercial et à transférer certains droits et obligations de la concession, soit l'art. 36a LA, ne lui confère expressément aucun pouvoir décisionnel. Par ailleurs, on ne saurait prétendre qu'une compétence décisionnelle est indispensable à l'accomplissement des tâches publiques déléguées au concessionnaire en matière de sélection de prestataire de service d'assistance en escale. En effet, ce transfert se fait ordinairement de manière contractuelle (en ce sens aussi : arrêt du TAF A-696/2015 précité consid. 1.1.1.3).

Au surplus, la réglementation fédérale se fonde également sur cette conception. En particulier, le chiffre 11 de l'annexe OSIA (consid. 4.6 *supra*) prévoit que les décisions de l'exploitant de l'aéroport en matière de sélection de service d'assistance en escale peuvent être soumises à l'OFAC

qui rend une décision formelle. La version allemande, encore plus univoque sur ce point, évoquent les « Entscheidungen des Flugplatzhalters » et la « Verfügung » de l'OFAC. Par conséquent, l'OSIA se fonde également sur le postulat que la loi, en l'occurrence la LA, ne comprend aucune délégation du pouvoir décisionnel, fût-elle implicite, à l'exploitant de l'aéroport en matière de sélection de prestataires de service d'assistance en escale.

Enfin, on observera que si l'AIG était investi d'un pouvoir décisionnel, l'OFAC serait court-circuité, dès lors que celui-ci ne pourrait ni rendre une nouvelle décision dans la même affaire ni intervenir en qualité d'autorité de recours, dès lors que cet office n'est pas institué en tant que tel par une loi fédérale (art. 47 al. 1 let. c PA ; arrêt du TF 2C_715/2008 du 15 avril 2009 consid. 4.4).

Il résulte de ce qui précède que l'AIG n'était pas compétent pour statuer par voie de décision sur la sélection de prestataires de service d'assistance en escale, compétence qui appartient exclusivement à l'autorité inférieure. Ainsi, c'est à juste titre que celle-ci a statué sur la requête de la recourante en qualité d'autorité de première instance.

5.2 Le pouvoir d'examen dont dispose l'OFAC est litigieux. La recourante fait valoir, en substance, que puisqu'il intervenait en qualité d'autorité de première instance, l'OFAC jouissait d'un pouvoir d'examen complet et devait ainsi reprendre l'ensemble des critères d'adjudication, tous les noter et les pondérer. Les intimés, en particulier l'intimée 2, estiment en substance que l'OFAC, même s'il devait être qualifié d'autorité de première instance, intervenait matériellement en qualité d'autorité de recours, ce qui justifie que son pouvoir d'examen soit restreint.

5.2.1 La procédure devant l'autorité de première instance est régie par la PA, élément qui n'est pas contesté ni contestable. Comme toute autorité administrative, l'OFAC jouit d'un plein pouvoir d'examen, pouvoir d'examen qui correspond à celui du Tribunal de céans qui peut même aller jusqu'à revoir l'opportunité des décisions (art. 49 let. c PA), y compris dans la présente cause. Or, il ne serait pas concevable que l'autorité inférieure jouisse d'un pouvoir d'examen plus limité que celui de l'autorité de recours, ce que l'OFAC semble pourtant avoir fait. Le Tribunal de céans s'impose une certaine retenue lorsque, comme en l'espèce, la résolution de certaines questions requiert des connaissances spécialisées où que le législateur a voulu conférer une certaine marge de manœuvre à l'autorité (consid. 2.1 *supra*). On peut admettre que dans un cas de figure tel que

celui de la présente cause, l'OFAC fasse preuve lui aussi d'une retenue analogue. En l'espèce, les dispositions pertinentes confèrent à l'AIG le pouvoir de sélectionner les prestataires de service (consid. 5.1 *supra*), processus qui inclut par définition une grande marge d'appréciation. L'OFAC ne doit intervenir que s'il est saisi par un soumissionnaire, d'une part, et afin de contrôler le choix effectué par l'AIG, d'autre part, ainsi que cela ressort du chiffre 11 de l'annexe OSIA (consid. 4.6 *supra*). En ces circonstances, il faut reconnaître que l'activité de l'OFAC se rapproche, matériellement, de celle d'une autorité de recours comme le Tribunal de céans. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs laissé la question ouverte de savoir si la saisine de l'OFAC pouvait satisfaire au droit de recours consacré par l'art. 21 de la Directive 96/67CE (arrêt du TF 2C_715/2018 du 15 avril 2009 consid. 4.4). Il faut donc admettre que le législateur a voulu conférer un certain pouvoir d'appréciation à l'AIG que l'OFAC est tenu de respecter. La solution inverse reviendrait d'ailleurs, d'une certaine manière, à réinitialiser les chances de tous les candidats, en particulier les candidats évincés, qui pourraient exiger une seconde réévaluation complète de leur offre par l'OFAC, ce qui n'est guère compatible avec l'esprit d'une mise au concours. Cela concourrait par ailleurs à rallonger la procédure et la période d'incertitude y relative, ce qui va à l'encontre de l'intérêt public à la bonne gestion de l'aéroport. Par conséquent, il faut admettre que l'OFAC jouit certes d'un pouvoir d'examen qui s'étend même à l'opportunité, mais qu'il est tenu d'exercer avec une certaine réserve afin de respecter la marge de manœuvre de l'AIG. La question de savoir jusqu'où exactement doit aller l'OFAC dans son examen ne peut être résolue avec plus de précisions dans l'abstrait. La réponse est notamment fonction des critiques soulevées par le soumissionnaire requérant. Par exemple, lorsque celles-ci se fondent sur des considérations techniques, l'OFAC, en sa qualité d'autorité spécialisée, doit les analyser sans retenue particulière. En revanche, lorsque les critiques ont trait aux besoins spécifiques de l'aéroport, l'OFAC doit reconnaître à l'AIG une certaine marge de manœuvre et donc s'imposer une certaine retenue. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, il faut souligner que l'OFAC reste tenu d'instruire la cause, y compris la question des « besoins et contraintes spécifiques » de l'aéroport. Cas échéant, l'OFAC peut bien sûr se laisser convaincre par les explications de l'AIG et y renvoyer, si celles-ci sont claires, convaincantes et qu'elles permettent aux intéressés de comprendre le raisonnement suivi. En revanche, l'OFAC ne peut pas, comme il l'a fait (consid. 7.2 *infra*), exciper de ce que l'AIG connaisse mieux ses « besoins et contraintes spécifiques » pour refuser toute instruction et tout examen des griefs qui lui sont soumis, de même qu'il ne peut pas se réfugier derrière l'allégation toute générale,

censée valoir indistinctement pour chaque grief, qu'il ne lui appartient pas de se substituer au pouvoir d'appréciation de l'AIG.

5.2.2 Contrairement à ce que semble penser la recourante, le fait que l'OFAC intervienne en qualité d'autorité de première instance ne signifie pas qu'il doive reprendre l'ensemble des critères d'adjudication et tous les noter et les pondérer. Il n'aurait en effet guère de sens que deux entités soient tenues d'effectuer successivement une même tâche qui, au demeurant, nécessite un certain temps, et ce d'autant plus qu'il y a un intérêt public évident à ce que les prestataires soient connus dans un délai relativement bref. Par ailleurs, l'OFAC – qui *pourrait* certes rendre une décision en vertu de son pouvoir de surveillance – ne *doit* rendre une décision que si un candidat évincé le requiert (chiffre 11 de l'annexe 1 de l'OSIA). Il s'agit donc d'une décision sur requête, dont le contenu sera fonction des conclusions et de la motivation de cette dernière. L'OFAC peut donc se limiter à instruire les griefs motivés soulevés par le soumissionnaire évincé.

6.

La compétence et le pouvoir d'examen de l'autorité inférieure ayant été précisés (consid. 5 *supra*), il convient d'examiner si c'est à juste titre qu'elle a refusé d'entrer en matière sur la requête de la recourante du 25 mai 2023. L'autorité inférieure a motivé son refus en invoquant, d'une part, que la recourante était forclosée en raison de l'invocation tardive de ses griefs (consid. 6.1- 6.2 *infra*) et, d'autre part, qu'elle n'avait pas d'intérêt digne de protection à leur admission (consid. 6.3-6.4 *infra*).

6.1 L'autorité inférieure a considéré que la recourante était forclosée car elle aurait trop attendu avant de soulever ses griefs. L'autorité inférieure a en effet indiqué qu'il « ressort de la jurisprudence que, même s'il n'a pas l'obligation de saisir immédiatement le juge, le soumissionnaire qui constate une irrégularité dans le déroulement de la procédure d'appel d'offres n'en demeure pas moins tenu, en principe, de la signaler sans attendre à l'adjudicateur, au risque d'adopter un comportement contraire aux principes de la bonne foi et de la sécurité du droit ». Elle a ensuite simplement indiqué que « les critères, sous-critères et sous-sous-critères avaient été communiqués à l'avance aux candidats intéressés dans le cadre de l'appel d'offre. Ils étaient ainsi connus et la requérante aurait eu la possibilité de les contester ».

6.2 Pour aboutir à la conclusion que la recourante était forclosée, il fallait nécessairement examiner deux points. Il eût d'abord fallu se demander si

la recourante était effectivement en mesure de soulever plus tôt dans la procédure ses différents griefs, soit en particulier avant que l'AIG ne choisisse les deux prestataires (consid. 6.2.1 *infra*). Dans l'affirmative, il eût ensuite fallu se demander si le fait que la recourante n'avait pas immédiatement fait valoir lesdits griefs avait pour conséquence qu'elle était désormais forclosé à s'en prévaloir (consid. 6.2.2 *infra*). Or, l'autorité inférieure n'a examiné de manière concrète aucun de ces points.

6.2.1 Sans rentrer dans un examen détaillé qu'il appartiendra à l'autorité d'effectuer, le Tribunal constate que plusieurs griefs soulevés par la recourante dans sa requête du 25 mai 2023 portaient non pas directement sur les critères d'adjudication, mais sur les éléments d'appréciation desdits critères qui, eux, n'avaient pas été communiqués aux candidats, à tout le moins si l'on en juge à l'état du dossier tel que soumis au Tribunal. A cet égard et contrairement à ce que fait valoir l'intimée 1, le fait que la procédure de sélection permettait aux soumissionnaires de faire poser des questions avant de soumettre leur offre n'est pas pertinent, dès lors qu'il paraît évident que les éléments d'appréciation, qui n'ont pas été communiqués aux parties, ne pouvaient pas être obtenus par cette voie. Ainsi, on peine à comprendre en quoi les griefs de la recourante en la matière seraient tardifs et l'autorité inférieure ne l'explique nullement. A titre d'exemple et concernant le critère d'adjudication B.1.1.3 intitulé « gestion des ressources », la recourante a fait valoir de manière argumentée qu'un élément d'appréciation utilisé, à savoir le volume d'activité nominale avec des seuils fixés à 100 et 150 mouvements par jour, était arbitraire et qu'il ne correspondait pas à la situation réelle de l'aéroport de Genève. A l'aide d'un exemple chiffré tiré de sa propre offre, la recourante exposait que cet élément d'appréciation dénaturait le critère de départ visant à juger de la capacité des candidats à absorber une augmentation du volume d'activité. La recourante a également contesté les éléments d'appréciation du critère d'adjudication C.3.4 intitulé « engagements pour l'aéroport de Genève » relatif au « projet de verdissement du parc GSE à Genève ». La recourante a fait valoir que les éléments d'appréciation utilisés reposaient sur des objectifs dont les candidats n'avaient pas été informés et qui entraient en contradiction avec les objectifs initialement communiqués par l'AIG dans la Convention de concession. Si les critiques de la recourante relatives à ces deux seuls critères étaient bien fondées en tout point, sa note finale devrait être augmentée de 0.4 points, ce qui suffirait à la faire passer en tête du classement – pour autant que ces corrections n'aboutissent pas également à augmenter les notes finales des intimées, ce qu'il reviendra, cas échéant, à l'autorité inférieure d'examiner plus en détail.

6.2.2 En outre, si l'autorité inférieure devait retenir, à l'issue de son examen, que la recourante était bel et bien en mesure de soulever certains griefs déterminés avant que l'AIG n'effectue son choix, elle devra se prononcer sur les conséquences qui en résultent. A cet égard, l'autorité inférieure s'est référée avec pertinence à la jurisprudence rendue en matière de marché public par le Tribunal fédéral dans laquelle il limite les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes – à tout le moins à celles qui aurait dû être constatées en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances (ATF 130 I 241 consid. 4.3). Toutefois, l'autorité inférieure a estimé que la recourante ne pouvait pas bénéficier de cette jurisprudence, et ce sans aucune motivation. Ainsi, on ne sait pas si elle a considéré que certaines irrégularités relevées par la recourante étaient particulièrement évidentes ou manifestes, cas échéant lesquelles et sur la base de quel raisonnement.

Il résulte de ce qui précède que la conclusion de l'autorité inférieure selon laquelle la recourante serait forclosée ne repose sur aucune véritable motivation, de sorte que le Tribunal n'est pas en mesure d'en contrôler le bienfondé. Il convient dès lors d'examiner si le deuxième motif invoqué par l'autorité inférieure pour ne pas entrer en matière sur la requête de la recourante est, lui, bienfondé.

6.3 Pour justifier son refus d'entrer en matière, et comme relevé précédemment, l'autorité inférieure s'est basée sur la jurisprudence du TF en matière de marchés publics (cf. ATF 141 II 14 consid. 4) selon laquelle un soumissionnaire évincé n'a la qualité pour recourir que s'il dispose d'une chance réelle d'obtenir le marché. L'autorité a nié que la recourante disposât d'une telle chance. Elle a exposé que l'écart entre celle-ci et les deux prestataires choisis ne « pouvait être considéré comme négligeable en raison du nombre important de critères, de sous-critères et de sous-sous-critères et de leur notation », de sorte que la recourante pouvait tout au plus espérer obtenir la troisième place. L'autorité inférieure a en outre estimé qu'il n'y avait « pas eu de violation crasse de la procédure qui mènerait à une répétition de l'appel d'offre ». L'autorité inférieure en a conclu que la recourante ne disposait pas de la qualité de partie, faute d'intérêt réel, de sorte que sa requête devait être déclarée irrecevable.

6.4 L'autorité inférieure ne saurait être suivie, pour les raisons qui suivent.

6.4.1 Dès lors que l'autorité inférieure n'est pas intervenue en qualité d'autorité de recours mais de première instance, cette jurisprudence n'est

d'emblée pas pertinente. Selon l'art. 6 PA régissant la qualité de partie en procédure de première instance, ont notamment la qualité de partie les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre. Or, tout soumissionnaire est affecté dans sa situation juridique et factuelle par la décision d'adjudication et doit par conséquent se voir reconnaître la qualité de partie devant l'autorité de première instance. Aussi, tout soumissionnaire évincé a le droit à ce que l'autorité compétente rende une décision par laquelle elle motive son choix de ne pas l'avoir retenu.

6.4.2 Secondement, même s'il fallait appliquer par analogie la jurisprudence dont se prévaut l'autorité inférieure à la présente espèce, cette dernière aurait dû entrer en matière sur l'acte de la recourante du 25 mai 2023. En effet, selon cette jurisprudence, l'intérêt digne de protection du soumissionnaire évincé est reconnu lorsque celui-ci a rendu vraisemblable qu'en cas d'admission de son recours il dispose d'une réelle chance d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ; arrêt du TAF B-4028/2023 du 20 mars 2023 consid. 1.3.1). Concrètement, le succès de son recours doit lui procurer une chance réelle d'obtenir l'adjudication avec sa propre offre, ou conduire à la répétition de la procédure d'appel d'offre dans laquelle il pourra présenter une nouvelle offre, de sorte que ses chances seraient réinitialisées.

Or, dans sa requête du 25 mai 2023, la recourante a notamment fait valoir que certains éléments d'appréciation utilisés par l'AIG étaient arbitraires, que d'autres avaient été mal appliqués à son offre et que l'échelle de notation des offres n'était pas conforme à la pondération annoncée. Elle a motivé de manière détaillée ses griefs et a concrètement calculé la note qu'elle aurait dû obtenir, à savoir la note de 4.61 (p. 54 de la requête du 23 mai 2023). Avec cette note, la recourante eût largement obtenu la concession, puisque les deux prestataires sélectionnés ont reçu la note 3.70, respectivement 3.69. Le fait que la recourante n'ait pas contesté le classement de tous les soumissionnaires qui la devançaient n'est pas déterminant, dès lors que si ses griefs devaient être admis au fond, elle remportait la concession, respectivement l'une des deux concessions en concours. Nous ne sommes donc pas dans la constellation implicitement visée par l'autorité inférieure et les intimés où un soumissionnaire, arrivé par hypothèse en quatrième position, conteste exclusivement la note de l'adjudicataire, auquel cas l'admission de ses griefs ne lui permettrait de toute façon pas de remporter le concours puisque la première place reviendrait alors à celui qui était arrivé initialement en seconde position, la

deuxième place à celui qui était arrivé en troisième position, et ainsi de suite.

Par ailleurs, l'autorité n'a pas démontré ni même réellement fait valoir – sauf pour le critère C4.4 – que les corrections requises par la recourante, si elles devaient être admises, s'appliqueraient également aux offres des autres soumissionnaires, de sorte que leurs notes à eux également devraient être augmentées dans une même mesure, ce qui aurait pour conséquence que la position de la recourante ne pourrait *in fine* pas être améliorée et qu'elle ne peut ainsi d'emblée tirer aucun intérêt pratique à l'admission de son recours. A cet égard, on précisera que ça n'était pas à la recourante, mais bien à l'autorité qui a refusé d'entrer en matière, qu'il appartenait au besoin de démontrer que les corrections de la recourante, si elles devaient être admises, s'appliqueraient également aux autres soumissionnaires, de sorte que le classement final n'en serait de toute façon pas modifié. Au demeurant, la recourante n'a pas eu accès aux autres offres, de sorte qu'il ne lui était que difficilement possible de faire cette démonstration de manière efficace.

Contrairement à ce que fait valoir l'autorité inférieure et les intimées, le fait que l'évaluation des différentes offres par l'AIG repose sur un nombre important de critères, de même que l'éventuelle grande différence de points entre, d'une part, les notes finales des deux prestataires retenus et, d'autre part, la note finale de la recourante, n'est pas pertinent. Ce constat contraindrait simplement la recourante à rendre vraisemblable – pour que son recours soit recevable en application de la jurisprudence prévalant en matière de marché public – que l'entité adjudicatrice a mal apprécié un nombre suffisant de critères pour que sa note finale, une fois les corrections appliquées, dépasse celle de ses concurrents, ce qui a bel et bien été fait en l'espèce. Au demeurant, admettre l'argumentaire de l'autorité inférieure reviendrait à donner un blanc-seing aux adjudicateurs. Concrètement, afin d'éviter que leur sélection ne soit soumise à aucun contrôle, ceux-ci pourraient attribuer des notes artificiellement basses aux soumissionnaires évincés, afin que d'éventuels recours interjetés par ces derniers soient jugés irrecevables en raison de l'important retard qu'ils accusent.

Il résulte de ce qui précède que la recourante avait rendu vraisemblable qu'en cas d'admission de ses griefs, elle disposait d'une réelle chance d'obtenir le marché. Par conséquent, même à faire application de la jurisprudence du TF traitant de la qualité pour recourir en matière d'attribution des marchés publics, l'autorité inférieure aurait dû entrer en matière sur la requête de la recourante du 25 mai 2023.

6.5 Il ressort des considérants qui précèdent que l'autorité inférieure ne pouvait déclarer irrecevable la requête de la recourante sur la base des motifs invoqués.

7.

Aux termes de l'art. 61 al. 1 PA, l'autorité de recours statue elle-même sur l'affaire ou exceptionnellement la renvoie avec des instructions impératives à l'autorité inférieure.

7.1 Si la réforme est le principe, elle présuppose cependant un dossier suffisamment mûr pour qu'une décision puisse être prononcée (cf. ATAF 2011/42 consid. 8), étant précisé qu'il n'appartient pas à l'autorité de recours de procéder à des investigations complémentaires compliquées (cf. ATF 129 II 331 consid. 3.2 ; arrêt du TAF B-466/2023 du 14 juin 2024 consid. 8.1). D'une manière générale, l'autorité de recours renvoie la cause lorsque l'état de fait n'est pas assez élucidé, lorsque l'autorité intimée bénéficie d'un certain pouvoir d'appréciation dans le domaine en cause, lorsque le litige porte sur des questions techniques ou sur d'autres questions particulières que l'autorité intimée est mieux à même de résoudre, lorsque l'autorité intimée a violé des règles essentielles de procédure et l'irrégularité ne peut pas être réparée par l'autorité de recours.

Il convient également de renvoyer l'affaire à l'autorité inférieure lorsque celle-ci a rendu à tort une décision d'irrecevabilité. Si l'autorité inférieure s'est en outre prononcée sur le fond, l'autorité de recours peut, pour des motifs d'économie de procédure, statuer sur le fond du litige (consid. 3 *supra*).

7.2 En l'espèce, l'autorité inférieure n'est à tort pas entrée en matière sur la requête de la recourante. Certes, l'autorité inférieure, pour conclure à l'absence d'intérêt digne de protection de cette dernière dans la partie consacrée à la recevabilité, l'autorité inférieure a examiné – ou plutôt prétendu avoir examiné – les griefs de la recourante. En réalité, en réponse aux critiques de cette dernière relatives à sa notation, l'autorité a simplement précisé qu'elle « ne pouvait pas se substituer à l'adjudicataire [...] qui connaît au mieux ses besoins et contraintes spécifiques » et qu'elle « n'avait pas constaté de violation crasse dans la procédure d'adjudication dudit marché » ou qu'il « n'apparaissait pas d'emblée que les critères, sous-critères et sous-sous critères définis par l'AIG violeraient de manière crasse les dispositions légales en la matière ». L'autorité a ainsi excessivement limité son pouvoir d'appréciation (consid. 5.2 *supra*), ce qui n'est pas admissible. Comme le fait remarquer à juste titre la recourante, il

n'est même pas sûr que l'autorité inférieure ait véritablement exercé le pouvoir d'appréciation limité qu'elle s'est reconnu, puisqu'on ne trouve dans la décision attaquée aucune véritable réponse concrète, même restreinte à l'arbitraire, à l'argumentation de la recourante. Ainsi, on ne saurait à l'évidence admettre que l'autorité inférieure a examiné les griefs de la recourante de manière suffisante et qu'elle se serait simplement trompée en effectuant cet examen au stade la recevabilité et non pas du fond. Par conséquent, il n'est *formellement* pas admissible que le Tribunal statue sur des questions qui n'ont pas été examinées par l'autorité inférieure, sauf à empiéter sur la compétence fonctionnelle de cette dernière (consid. 3.2 *supra*).

Au final, l'autorité n'a pas instruit la cause qui n'est pas en état d'être jugée par le Tribunal de céans. L'autorité n'a pas statué sur les demandes d'accès des parties à certaines pièces et n'a pas transmis la prise de position détaillée de l'AIG du 27 septembre 2023 qui se prononçait pourtant en détail sur les griefs de la recourante. Elle n'a posé aucune question à l'AIG quant à la pertinence des critères et des éléments d'appréciation. En ces circonstances, il n'est *matériellement* pas possible pour le Tribunal de statuer directement et la cause doit être renvoyée à l'autorité inférieure, et ce d'autant plus que le litige relève d'un domaine qui soulève des questions techniques ou spécifiques que cette dernière est mieux à même de connaître que le Tribunal.

7.3 Une fois la cause renvoyée, l'autorité inférieure devra d'abord examiner, de manière circonstanciée, si les griefs de la recourante sont tardifs en procédant aux deux étapes mentionnées plus haut (consid. 6.2 *supra*).

Concernant spécifiquement le grief lié à l'absence de consultation du comité des usagers, si l'autorité inférieure devait conclure qu'il n'est pas frappé de forclusion, elle devra se demander si, en l'espèce, une telle consultation était obligatoire et, dans l'affirmative, si les échanges qui ont eu lieu avec ledit comité satisfont à cette exigence. Dans l'hypothèse d'une violation d'une obligation de consultation, l'autorité devra alors examiner si cette violation peut être postérieurement réparée et, dans la négative, se prononcer sur les conséquences qui en résultent.

Concernant les autres griefs et pour peu qu'ils ne soient pas frappés de forclusion, l'autorité inférieure devra les examiner avec le pouvoir d'examen précisé plus haut (consid. 5.2 *supra*).

7.4 Par souci de précision, après le renvoi de la cause à l'autorité inférieure, il reviendra à celle-ci de se prononcer sur les mesures provisionnelles requises par la recourante. Toutefois, jusqu'à ce que l'autorité ait rendu une décision sur ce point, les mesures provisionnelles décidées par le Tribunal dans sa décision incidente du 9 septembre 2024 (consid. J *supra*) restent en vigueur jusqu'à l'entrée en force du présent arrêt. En cas de recours devant le Tribunal fédéral, c'est à ce dernier qu'il reviendrait de statuer sur d'éventuelles mesures provisoires. S'il n'y avait pas de recours, l'autorité inférieure devra, elle, veiller à prendre les mesures qui s'imposent après l'entrée en force du présent arrêt.

8.

8.1 Les frais de procédure sont généralement mis à la charge de la partie qui succombe. Si celle-ci n'est déboutée que partiellement, ces frais sont réduits. À titre exceptionnel, ils peuvent être entièrement remis (art. 63 al. 1 PA). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2 PA).

8.2 En l'espèce, la recourante n'obtient gain de cause que sur sa conclusion très subsidiaire, puisque les deux autres ont été déclarées irrecevables. Toutefois, la motivation de la recourante est suivie pour une large partie. Ainsi, il se justifie de retenir qu'elle obtient gain de cause à hauteur de 50%. Elle doit donc supporter le 50% des frais de procédure restant, arrêtés à 3'000 francs, soit 1'500 francs. Ce montant est prélevé sur l'avance de frais effectuée le 22 juillet 2024 et le solde de 1'500 lui sera restitué à l'entrée en force du présent arrêt, à charge pour elle de communiquer au Tribunal un numéro de compte sur lequel ladite somme pourra lui être versée.

Aucun frais n'est mis à la charge de l'AIG dont l'intervention n'a, au demeurant, pas entraîné de frais spécifiques. Les intimées 1 et 2, qui ont par ailleurs pris des conclusions, doivent supporter le solde des frais de procédure, soit chacune 750 francs.

8.3 Le Tribunal 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 (art. 64 al. 1 PA et art. 7 ss FITAF, RS 173.320.2).

En l'espèce, l'AIG, qui ne supporte pas de frais judiciaires, n'a pas droit à des dépens. La recourante, d'une part, et les intimées 1 et 2, d'autre part,

obtiennent chacune partiellement gain de cause, dans des proportions équivalentes. Par conséquent, les dépens sont compensés. On observera en marge que les notes d'honoraires produites en procédure paraissent quelque peu excessives, la décision attaquée étant une décision d'irrecevabilité.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis au sens des considérants. La cause est renvoyée à l'autorité inférieure.

2.

Les frais de procédure de 3'000 francs sont mis à la charge de la recourante à hauteur de 1'500 francs, de l'intimée 1 à hauteur de 750 francs et de l'intimée 2 à hauteur de 750 francs.

2.1 Concernant la recourante, sa part de frais judiciaires de 1'500 francs est prélevée sur l'avance de frais de 3'000 francs fournie le 22 juillet 2024 et le solde de 1'500 francs lui sera restitué à l'entrée en force du présent jugement.

2.2 Les intimées 1 et 2 doivent verser leur part de frais judiciaires sur le compte du Tribunal après l'entrée en force du présent arrêt. Le délai de paiement est de 30 jours à compter de la date de facturation.

3.

Les dépens sont compensés.

4.

Le présent arrêt est adressé à la recourante, aux intimés et à l'autorité inférieure.

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

La présidente du collège :

Le greffier :

Claudia Pasqualetto Péquignot

Manuel Chenal

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition :

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- aux intimés (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 361.41-LSGG/00025/4 ; acte judiciaire)