



Cour II

Case postale
CH-9023 St-Gall
Téléphone +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.tribunal-administratif.ch

Numéro de classement : B-4157/2021
ric/tim/bmm

Décision incidente du 18 novembre 2021

En la cause

Parties

X. _____ SA,
représentée par Maître Olivier Rodondi,
recourante,

contre

Y. _____ SA,
représentée par Maîtres Christophe Claude Maillard
et Pierre Bugnon,
intimée,

**Transports publics fribourgeois
Infrastructure (TPF INFRA) SA,**
Route du Vieux-Canal 6, 1762 Givisiez,
représentée par Maître Jean-Michel Brahier,
pouvoir adjudicateur,

Objet

marchés publics –
"Renouvellement de la gare de Gruyères ;
Travaux de génie civil",
ID du projet n° 221422,

VU

la décision du 16 août 2021 de la société Transports publics fribourgeois Infrastructure (TPF INFRA) SA (ci-après : pouvoir adjudicateur) attribuant, au terme d'une procédure ouverte, le marché de construction, intitulé « Renouvellement de la gare de Gruyères ; Travaux de génie civil », à la société Y._____ SA (ci-après : intimée),

le recours du 15 septembre 2021 de la société soumissionnaire X._____ SA (ci-après : recourante) contre dite décision auprès du Tribunal administratif fédéral, concluant à son annulation et, principalement, à l'attribution du marché à elle-même ; subsidiairement, au renvoi de la cause au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision dans le sens des considérants,

la requête, contenue dans le recours, tendant à l'octroi de l'effet suspensif au recours,

l'ordonnance du 17 septembre 2021, par laquelle le juge instructeur a, à titre de mesure superprovisionnelle, enjoint au pouvoir adjudicateur de n'entreprendre aucune mesure d'exécution susceptible d'influer sur l'issue du litige, en particulier la conclusion du contrat, jusqu'à ce que le Tribunal administratif fédéral ait statué sur la requête d'octroi de l'effet suspensif,

la requête du 2 novembre 2021 du pouvoir adjudicateur concluant à ce que l'effet suspensif, octroyé à titre superprovisionnel, soit levé avec effet immédiat pour permettre la réalisation des travaux figurant au ch. 2.5 du rapport technique annexé,

la détermination de la recourante du 9 novembre 2021 dans laquelle elle s'oppose à dite requête,

le courrier de l'intimée du 9 novembre 2021 dans lequel elle indique n'identifier aucune raison de s'opposer à la levée partielle de l'effet suspensif et s'en remettre à justice,

la prise de position du pouvoir adjudicateur du 11 novembre 2021,

les remarques de la recourante du 17 novembre 2021

les autres actes de la procédure,

et considérant

que l'art. 54 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) prévoit que le recours n'a pas d'effet suspensif (al. 1) et que, sur demande, le Tribunal administratif fédéral peut accorder l'effet suspensif à un recours contre une décision relative à un marché soumis aux accords internationaux lorsque ce recours paraît suffisamment fondé et qu'aucun intérêt public prépondérant ne s'y oppose (al. 2 1^{ère} phrase),

que la recourante a requis l'octroi de l'effet suspensif à son recours,

que celui-ci a été accordé, à titre superprovisionnel, par ordonnance du 17 septembre 2021,

que, par requête du 2 novembre 2021, le pouvoir adjudicateur a demandé la levée partielle de l'effet suspensif pour le motif qu'il y a urgence à réaliser une partie des travaux mis au concours,

que l'octroi, le retrait ou la restitution de l'effet suspensif procèdent 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 (cf. ATF 129 II 286 consid. 3 ; décision incidente du TAF B-3158/2011 du 12 juillet 2011 consid. 3 et réf. cit.),

que des mesures provisionnelles, tendant à un retrait partiel de l'effet suspensif, peuvent également être prises (cf. s'agissant d'un octroi partiel de l'effet suspensif : décision incidente du TAF B-3526/2013 du 16 août 2013 consid. 3.3),

qu'il s'agit ainsi de procéder à une pondération des intérêts publics et privés en présence, dans la mesure où le recours n'apparaît pas, *prima facie*, manifestement mal fondé (cf. ATAF 2017 IV/3 consid. 3.2),

que, 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),

qu'en revanche, le juge instructeur statue seul sur les demandes tendant à ce que le pouvoir adjudicateur soit autorisé à faire exécuter une partie des prestations mises en soumission, si tant est que l'urgence soit avérée

– ce qui sera examiné plus loin –, que lesdites prestations puissent être subdivisées et que l'autorisation requise ne concerne qu'une petite partie de l'objet du marché ne portant pas indûment préjudice à l'exécution de l'ensemble de la prestation (cf. dans ce sens : décision incidente du TAF B-3580/2021 du 8 septembre 2021),

que dites conditions sont en l'espèce données,

qu'à ce stade de la procédure, il n'est pas possible de se livrer à un pronostic quant au fond de la cause,

que le juge instructeur se bornera dès lors à procéder à une pesée des intérêts en présence,

que, selon la jurisprudence, il convient, dans la pondération des intérêts, de tenir compte de l'intérêt, financier et commercial, 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),

qu'à ces intérêts, s'opposent les intérêts publics que le pouvoir adjudicateur doit prendre en considération, soit en particulier l'intérêt 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),

que, si le pouvoir adjudicateur fait valoir l'urgence à exécuter le plus rapidement possible la décision contestée, 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),

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),

qu'à cet égard, il est de jurisprudence constante, qu'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,

que, dès lors qu'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-3234/2016 du 24 août 2016 consid. 7.2.2 non publié aux ATAF 2016/19 et réf. cit.),

qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur demande à ce que l'effet suspensif soit immédiatement levé pour lui permettre de réaliser des installations techniques de gestion du trafic ferroviaire, eu égard aux besoins urgents auxquels il est confronté,

qu'à l'appui de sa requête, il fournit un rapport technique duquel il ressort qu'une interruption du trafic ferroviaire entre Bulle et Montbovon est prévue de février à juin 2022,

que, durant cette interruption, les installations techniques de gestion du trafic ferroviaire en gare de Bulle seront renouvelées et mises en service à la fin juin 2022,

qu'afin d'être compatibles avec le nouveau système de Bulle, de nouvelles installations techniques pour la circulation ferroviaire devront également être installées et opérationnelles en gare de Gruyères pour la fin juin 2022,

que le début d'une partie des travaux de la gare de Gruyères est déjà prévu avant l'interruption ferroviaire, à savoir la construction d'un nouveau local technique servant à accueillir les installations techniques pour la gestion du trafic, des fondations des signaux de gestion du trafic ferroviaire ainsi que des nouveaux réseaux à câbles spécifiques à la gestion du trafic ferroviaire,

que l'absence d'exécution de ces travaux, durant la procédure de recours, entrainera, à la fin de l'interruption, une incapacité à reprendre le trafic ferroviaire à la suite des travaux simultanés de renouvellement des installations de sécurité ferroviaire de la gare voisine de Bulle,

qu'à la suite du dépôt du recours, deux variantes ont été étudiées par le pouvoir adjudicateur afin de pallier la problématique des installations techniques à savoir, l'adaptation des installations existantes de la gestion du trafic ferroviaire – qui s'est révélée inenvisageable – et la mise en place des nouvelles installations pour la gestion du trafic ferroviaire, sans modification du tracé ferroviaire ni construction d'une nouvelle gare,

que, dans cette dernière variante, la durée estimée pour les travaux du local technique et des installations techniques en gare de Gruyères

(génie civil, électricité et installations de sécurité) est de sept mois et demi tout compris, raison pour laquelle ils doivent débiter au plus tard à la mi-novembre pour garantir la mise en service de la gestion du trafic ferroviaire pour la réouverture de la ligne à la fin juin 2022,

qu'un planning détaillé des travaux liés au local technique a ainsi été élaboré :

- Phase 1 : construction du local technique gros œuvre (génie civil) du 15 novembre au 11 février 2021 ;
- Phase 2 : élaboration du local technique 2^e œuvre (peinture, aménagement intérieur, installation électrique de base, mise à jour du réseau télécom, ventilation,...) du 7 février au 29 mars 2022 ;
- Phase 3 : installations des équipements de sécurité intérieures et extérieures nécessaires à la nouvelle gestion du trafic ferroviaire du 4 avril au 29 juin 2022 ;

que le pouvoir adjudicateur se prévaut ainsi d'un intérêt public prépondérant à ce que ces travaux urgents, listés au ch. 2.5 du rapport technique, soient réalisés le plus rapidement possible,

que la recourante rétorque que la situation d'urgence dans laquelle se trouve aujourd'hui le pouvoir adjudicateur lui est en partie imputable, dès lors que son planning ne tient aucunement compte d'un éventuel recours contre la décision d'adjudication, comme l'atteste la décision d'approbation des plans rendue un mois après la date prévue pour le début des travaux et ne ciblant que les travaux pour lesquels la levée de l'effet suspensif est requise,

qu'elle fait également valoir que la réalisation des locaux techniques ne se situe manifestement pas sur le chemin critique du planning de l'ensemble des travaux de la gare de Gruyères, si bien qu'elle peut débiter à n'importe quel moment sans impacter l'ensemble des travaux de réaménagement de la gare,

qu'elle relève encore que le pouvoir adjudicateur n'a pas rendu vraisemblable, au moyen d'un calcul financier, l'éventuel préjudice subi,

qu'en outre, elle indique qu'il n'est nulle part fait mention dans les documents d'appel d'offres d'un ensemble de projets interconnectés, en particulier avec la gare de Bulle, et que ce serait uniquement

l'obsolescence des infrastructures de la gare de Gruyères qui aurait justifié leur renouvellement,

qu'en conséquence l'urgence invoquée, laquelle tirerait son origine des travaux en gare de Bulle, serait exorbitante du marché en cause et ne saurait l'emporter sur ses intérêts privés,

que, de même, puisqu'un report des délais d'exécution des travaux a été envisagé dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur ne saurait aujourd'hui invoquer une urgence impérieuse à réaliser les travaux en cause avant même que le tribunal n'ait statué sur la requête d'octroi de l'effet suspensif,

que, sur ce point, la recourante relève encore que le pouvoir adjudicateur aurait gonflé les jours afférents au gros œuvre dans le planning des travaux à l'appui de la demande de levée de l'effet suspensif,

qu'en l'espèce, il ressort du calendrier de la procédure, contenu au ch. 1.6 du règlement d'appel d'offres, que la décision d'adjudication serait rendue « à partir » du 30 juillet 2021 – intervenue, dans les faits, le 16 août 2021,

que, selon le document « Conditions particulières C1 » du pouvoir adjudicateur, de même que l'annexe 2 du rapport technique, les travaux doivent débiter par la réalisation du local technique le 1^{er} octobre 2021, sous réserve de l'obtention de la décision d'approbation des plans,

que le pouvoir adjudicateur avait ainsi prévu 2 mois au maximum entre la publication de la décision d'attribution du marché et le début des travaux,

que, ceci étant, le pouvoir adjudicateur n'a pas tenu compte, dans sa planification, de la durée d'une éventuelle procédure de recours,

qu'en effet, les travaux, objets de la demande de levée partielle de l'effet suspensif, ne résultent pas d'un événement récent imprévisible nécessitant d'agir sans délai,

que le non-respect du calendrier des travaux, établi par le pouvoir adjudicateur, en raison du dépôt du recours ne saurait dès lors en principe constituer un cas d'urgence (cf. ci-dessus),

que, toutefois, le pouvoir adjudicateur doit gérer un important réseau ferroviaire où les interventions doivent être coordonnées déjà entre elles pour éviter d'impacter les voyageurs,

que le projet ici en cause est partie d'un ensemble de projets interconnectés, comprenant notamment celui de la gare de Bulle et qu'il est également tributaire d'éléments extrinsèques et légaux,

qu'ainsi, tout retard décalera inéluctablement la remise en fonction de la voie entre Bulle et Gruyères de sorte que, si les travaux démarrent non pas le 15 novembre 2021 mais le 1^{er} janvier 2022, les trains ne circuleront pas durant 1 mois et demi après la fin du *clustering*,

que ces conséquences seraient pénalisantes tant pour le pouvoir adjudicateur que pour les usagers de sorte que l'on doit admettre un intérêt public à une reprise du trafic en juin 2022 et, par là-même, l'urgence à réaliser les travaux liés au local technique en gare de Gruyères,

que, même si le planning retenu pour la réalisation du gros œuvre pourrait être raccourci, comme le prétend la recourante, cela n'est pas de nature à remettre en cause l'urgence à débiter les travaux objet de la demande de levée de l'effet suspensif,

qu'en outre, il y a lieu de relever l'importance toute relative des travaux urgents à réaliser, lesquels ne représentent pas 10% de l'ensemble de ceux mis au concours,

que l'urgence démontrée par le pouvoir adjudicateur semble en l'occurrence suffisante pour justifier l'exécution immédiate des travaux listés au ch. 2.5 du rapport technique,

que, concernant l'attribution desdits travaux, il est d'usage, en cas d'urgence et en l'absence de tout pronostic sur l'issue de la procédure, de maintenir la situation préexistante,

qu'à défaut d'une telle situation, il convient de favoriser le soumissionnaire retenu par le pouvoir adjudicateur, celui-ci ayant, à ce stade, procédé à un examen plus approfondi des offres déposées que l'autorité de recours,

que, ceci étant, il convient d'admettre que l'intérêt public à démarrer le plus rapidement possible les travaux susmentionnés l'emporte sur l'intérêt privé de la recourante à se voir attribuer ceux-ci,

qu'en effet, en cas d'admission de la requête d'octroi de l'effet suspensif, puis du recours, dont la présente décision ne préjuge nullement de l'issue, la recourante pourra réaliser plus de 90% des travaux mis au concours,

que la requête de levée partielle de l'effet suspensif doit ainsi être admise,

que la question des frais et dépens relatifs à la présente décision incidente seront réglés dans l'arrêt au fond,

le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

La requête du pouvoir adjudicateur tendant à la levée partielle de l'effet suspensif est admise en ce sens que les travaux listés au ch. 2.5 du rapport technique peuvent être exécutés.

2.

Les frais et dépens relatifs à la présente décision incidente seront réglés dans l'arrêt au fond.

3.

La présente décision incidente est adressée :

- à la recourante (par courriel et par recommandé avec avis de réception)
- à l'intimée (par courriel et par recommandé avec avis de réception ; annexe : copie des déterminations de la recourante du 17 novembre 2021)
- au pouvoir adjudicateur (n° de réf. ID du projet 221422 ; par courriel et par recommandé avec avis de réception ; annexe : copie des déterminations de la recourante du 17 novembre 2021)

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

Le juge instructeur :

Pascal Richard

Indication des voies de droit :

Pour autant qu'elle cause un préjudice irréparable (cf. art. 93 al. 1 let. a de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS173.110]), que les valeurs seuils fixées à l'art. 83 let. f ch. 1 LTF soient atteintes et qu'elle soulève une question juridique de principe (art. 83 let. f ch. 2 LTF), 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. 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 : 18 novembre 2021