

JAAC 62.32I

Décision incidente de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 15 juillet 1997; voir aussi la décision au fond, JAAC 62.32 II

Marchés publics. Procédure sélective.

I. Effet suspensif d'un recours.

- En principe, l'effet suspensif ne peut plus être accordé lorsqu'un contrat est déjà conclu entre l'adjudicateur et un soumissionnaire. Il convient cependant de déroger à cette règle lorsqu'il existe prima facie des doutes suffisants quant à la validité de la conclusion du contrat (consid. 2a et 2c).

- Sauf cas d'extrême urgence, le pouvoir adjudicateur ne peut conclure de contrat avant l'échéance du délai de recours (consid. 2b et 2c).

- La publication de la décision d'adjudication doit non seulement respecter le délai de l'art. 28 OMP mais également l'art. XX AMP, lequel garantit une protection juridictionnelle effective: lorsque l'adjudicateur entend conclure le contrat peu après l'adjudication, il doit d'abord notifier la décision aux soumissionnaires évincés, de manière à ce que ceux-ci aient la possibilité de requérir l'effet suspensif (consid. 2e).

- Critères d'octroi de l'effet suspensif (consid. 3).

II. Conditions de la conclusion d'un contrat.

Cf. JAAC 62.32 II.

Öffentliches Beschaffungswesen. Selektives Verfahren.

I. Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde.

- Grundsätzlich kann einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht mehr erteilt werden, nachdem der Vertrag zwischen der Vergabebehörde und dem Submittenten bereits abgeschlossen wurde. Von dieser Regel ist indes abzuweichen, wenn aufgrund einer prima-facie-Betrachtung begründete Zweifel an der Gültigkeit des Vertragsschlusses bestehen (E. 2a und 2c).

- Den Fall ausserordentlicher Dringlichkeit vorbehalten, ist es der Vergabebehörde verwehrt, den Vertrag vor Ablauf der Beschwerdefrist zu schliessen (E. 2b und 2c).

- Die Veröffentlichung der Zuschlagsverfügung hat nicht nur die Frist von Art. 28 VoeB einzuhalten, sondern auch Art. XX GPA zu berücksichtigen, der einen effektiven Rechtsschutz vorsieht: Beabsichtigt der Auftraggeber den Vertrag kurz nach dem Zuschlag abzuschliessen, hat er die Zuschlagsverfügung zuerst den nichtberücksichtigten Anbietern zu eröffnen, um diesen die Möglichkeit zu geben, ein Gesuch um aufschiebende Wirkung zu stellen (E. 2e).

- Kriterien für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (E. 3).

II. Voraussetzungen eines Vertragsschlusses.

Vgl. [VPB 62.32 II](#).

Acquisti pubblici. Procedura selettiva.

I. Effetto sospensivo di un ricorso.

- In principio, l'effetto sospensivo non può più essere accordato allorquando sia già stato concluso un contratto tra l'offerente e l'autorità aggiudicante. Occorre tuttavia derogare a tale regola ove prima facie sorgano dubbi fondati in merito alla validità della conclusione del contratto (consid. 2a e 2c).

- Salvo in caso di estrema urgenza, l'autorità aggiudicante non può concludere contratti prima della scadenza del termine di ricorso (consid. 2b e 2c).

- La pubblicazione della decisione di aggiudicazione deve non soltanto rispettare il termine di cui all'art. 28 OAPub, ma anche quello di cui all'art. XX AAP, che garantisce una protezione giuridica effettiva: se intende concludere il contratto poco dopo l'aggiudicazione, il committente deve dapprima notificare la decisione agli offerenti di cui non si è tenuto conto, in modo che questi abbiano la possibilità di richiedere l'effetto sospensivo (consid. 2e).

- Criteri di concessione dell'effetto sospensivo (consid. 3).

II. Condizioni di conclusione di un contratto.

Cfr. [GAAC 62.32 II](#).

Résumé des faits:

A. Le 6 janvier 1997, le Groupement de l'armement (ci-après: GA ou «le pouvoir adjudicateur») publia dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) un appel à candidatures, dans le cadre d'une procédure sélective. Le marché portait sur le transport des éléments de six ponts flottants du sud de la France à Thoune. La livraison était prévue de manière échelonnée, en six étapes, comportant chacune les éléments d'un pont flottant complet, de mai 1997 à janvier 1999.

Les entreprises ayant demandé à participer au marché furent invitées à déposer une offre jusqu'au 7 avril 1997. Les critères d'adjudication étaient énumérés dans l'appel d'offres ainsi que dans la documentation y relative. Cette dernière précisait notamment que l'offre devrait indiquer le montant des frais de douane, celui des taxes et autorisations de transport, l'itinéraire routier envisagé ainsi que les noms des agents en douanes en France et en Suisse. Par ailleurs, chaque soumissionnaire devait s'engager jusqu'au 31 mai 1997 quant au prix offert.

B. Le 25 février 1997, A fit une offre pour un prix forfaitaire comprenant tous les frais, sauf le dédouanement. Le détail des frais n'était pas mentionné. L'offre de A s'élevait à Fr. 491 400.- (variante I), respectivement à Fr. 415 800.- (variante II), frais de dédouanement non compris.

Le 19 mars 1997, B déposa une offre comportant le détail de chacun des postes composant le prix. Celui-ci s'élevait à Fr. 506 160.- (variante I), respectivement à Fr. 431 070.- (variante II), frais de dédouanement compris (Fr. 3 900.-).

Le 4 avril 1997, par téléphone, puis le 7 avril 1997, par télécopie, le GA signala à A que son offre ne correspondait pas aux exigences de la documentation relative à l'appel d'offres, le détail des frais de transport faisant défaut. Le délai vint à échéance sans que A ne remédie à ces lacunes.

C. Le 8 avril 1997, le GA chargea B d'effectuer les deux premières livraisons. Celles-ci, initialement prévues pour mai et septembre 1997, selon la documentation relative à l'appel d'offres, devaient être exécutées au plus tard le 5 mai 1997. Le GA établit une attestation demandant à qui de droit de délivrer au plus tôt à B les autorisations routières nécessaires.

D. Le 14 avril 1997, le GA adjugea le marché à B, ce que A apprit incidemment le 24 avril 1997.

E. Le 25 avril 1997, A (ci-après: la recourante) a interjeté recours auprès de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (ci-après: la Commission de recours). Elle soutient que son offre correspond aux exigences de l'appel d'offres puisqu'elle propose un prix forfaitaire. De ce fait, tous les risques dus à des variations des coûts relatifs au transport sont à sa charge. Elle demande également que son offre soit comparée à celle de B afin de déterminer laquelle est la plus avantageuse économiquement parlant.

F. Par courrier du 29 avril 1997, le président de la Commission de recours a informé la recourante ainsi que le pouvoir adjudicateur que l'instruction du recours était suspendue jusqu'à ce que la notification de la décision

d'adjudication intervienne. Une copie de ce courrier a été adressée au GA, avec copie du recours du 25 avril 1997 ainsi que de la décision incidente rendue par la Commission de recours en date du 17 février 1997 (JAAC 61.24, p. 261 s.).

G. Le 29 avril 1997, respectivement le 1^{er} mai 1997, B et le GA ont signé le contrat portant sur le transport des éléments de ponts flottants. Ni la Commission de recours, ni la recourante n'ont alors été informées de la signature du contrat.

Le 21 mai 1997, ignorant la conclusion du contrat, A a requis l'effet suspensif.

H. Le 5 mai 1997, le GA a publié dans la FOSC la décision d'adjudication du marché à B, avec mention de la voie et du délai de recours.

I. Par courrier du 22 mai 1997, le président de la Commission de recours a ordonné à titre superprovisoire au GA qu'aucune mesure d'exécution ne soit entreprise jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif.

Par décision incidente du 15 juillet, la Commission de recours a octroyé l'effet suspensif au recours susmentionné.

Extraits des considérants:

1. (...)

2. L'objet de la présente décision incidente se limite à la question de l'effet suspensif, demandé par la recourante en vertu de l'art. 28 al. 2 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1). Le pouvoir adjudicateur s'y oppose, au motif que le contrat avec l'adjudicataire est déjà conclu et en cours d'exécution. Selon lui, la procédure de recours prévue aux art. 27 ss LMP, et en particulier l'art. 28 LMP relatif à l'effet suspensif, ne concernerait que la procédure de passation de droit public, et non la phase de droit privé ouverte par la conclusion du contrat, ce que confirmerait l'art. 32 al. 2 LMP. Le pouvoir adjudicateur conteste en outre avoir agi de mauvaise foi en concluant le contrat avec l'adjudicataire avant la notification de l'adjudication et l'échéance du délai de recours. Ayant d'ores et déjà demandé à B d'effectuer les deux premières livraisons, il estime qu'il était ensuite tenu d'adjuger le marché et de conclure le contrat avec cette entreprise, sauf à agir de mauvaise foi envers celle-ci.

a. Contrairement à l'art. 55 al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), l'art. 28 al. 1 LMP prévoit que le recours en matière de marchés publics n'a pas d'effet suspensif automatique. Toutefois, la Commission de recours peut, sur requête, accorder un tel effet suspensif (art. 28 al. 2 LMP). Cependant, celui-ci ne doit pas conduire à accorder provisoirement à un recours plus d'effet qu'il ne peut en recevoir par la décision sur le fond. En conséquence, il ne peut en principe plus être accordé lorsqu'un contrat est déjà conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, car l'acceptation du recours au fond ne peut plus conduire à l'annulation de la décision, mais seulement à la constatation de l'illicéité de celle-ci (art. 32 al. 2 LMP; *Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner*, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurich 1996, N° 548, p. 165; *Evelyne Clerc*, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, p. 542). L'intangibilité de principe du contrat

conclu est justifiée par des motifs de sécurité juridique ainsi que par la nécessité de ne pas entraver l'exécution du contrat après sa conclusion (voir le Message du Conseil fédéral relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC, Cycle d'Uruguay - Message 2 GATT, du 19 septembre 1994, FF 1994 IV 1240, ad art. 32 al. 2). Encore faut-il toutefois que le contrat ait été valablement conclu. Si la Commission de recours devait constater, à titre préjudiciel, la nullité du contrat conclu, elle pourrait ensuite, en cas de bien-fondé du recours, annuler la décision attaquée conformément à l'art. 32 al. 1 LMP. Il en résulte que l'effet suspensif peut être accordé lorsque le contrat conclu est nul ou, à tout le moins, lorsqu'il existe *prima facie* des doutes suffisants quant à la validité de la conclusion du contrat.

b. L'art. 22 al. 1 LMP prévoit que le contrat peut être conclu avec le soumissionnaire après l'adjudication, à moins que la Commission de recours n'ait accordé l'effet suspensif à un recours. Dans son arrêt de principe du 17 février 1997 (JAAC 61.24, p. 270 consid. 2e), la Commission de recours a considéré que l'art. 22 al. 1 LMP devait être interprété de manière conforme au principe de la bonne foi (art. 26 al. 1 LMP), d'une part, et au droit international - c'est-à-dire à l'exigence de protection juridictionnelle effective découlant de l'art. XX § 2 et § 7 let. a de l'accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS 0.632.231.422) -, d'autre part.

Le fait qu'une décision soit immédiatement exécutable ne signifie pas que son exécution immédiate soit toujours souhaitable. Le recourant a en particulier intérêt à la non-exécution immédiate de la décision lorsque, en l'absence d'effet suspensif, la protection juridictionnelle deviendrait illusoire (*Gerold Steinmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1993, p. 146*). Lorsque la décision d'adjudication est immédiatement exécutée par la conclusion du contrat, la seule réparation que peut obtenir le recourant consiste dans le versement de dommages-intérêts dont le montant est plafonné aux seuls frais d'élaboration de l'offre et de recours (art. 34 al. 2 LMP). En ce cas, le recourant a un intérêt évident à l'octroi de l'effet suspensif, seul à même de préserver ses possibilités commerciales et de lui garantir la protection juridictionnelle effective exigée par l'AMP (JAAC 61.24, p. 267 s. consid. 2c).

Il en résulte que le contrat ne peut en principe être conclu que lorsque la question de l'effet suspensif ne se pose plus. La conclusion du contrat n'est en particulier pas admissible avant la notification de l'adjudication ou avant l'échéance du délai de recours. Est uniquement réservée l'hypothèse où la conclusion du contrat et l'exécution du marché devrait impérativement avoir lieu avant l'échéance du délai de recours, dans des cas d'extrême urgence (JAAC 61.24, p. 270 consid. 2e; *Nicolas Michel, La protection juridique*, in: CEDIDAC, *Le nouveau droit des marchés publics*, Journée d'étude du 1^{er} mars 1996, documentation, p. 13; *Galli/Lehmann/Rechsteiner*, op. cit., N° 546, p. 165; *Clerc*, op. cit., p. 547-549 et p. 580-582).

c. La conclusion du contrat constitue le mode d'exécution de la décision d'adjudication. Elle ne permet pas de contourner les barrières du droit public par une «fuite dans le droit privé». L'Etat ne saurait en effet utiliser le droit privé pour contourner l'application des procédures de droit administratif

destinées à assurer la légalité et la protection des droits des administrés (Clerc, op. cit., p. 496 s; de manière générale, sur l'utilisation du droit privé: *Pierre Moor*, Droit administratif, vol. I, Les fondements généraux, 2^e éd., Berne 1994, p. 138-141). La conclusion du contrat ne doit pas non plus servir à éluder les procédures de droit public mises en place pour assurer la passation régulière des marchés publics. Dans une telle hypothèse, la Commission de recours ne peut adhérer à l'argument du pouvoir adjudicateur, selon lequel l'octroi de l'effet suspensif selon l'art. 28 LMP ne peut se rapporter qu'à la procédure administrative et non à la phase de droit privé ouverte par la conclusion du contrat. L'existence d'un contrat conclu et en cours d'exécution ne saurait faire obstacle à l'octroi d'un effet suspensif lorsque doit être envisagée une éventuelle nullité du contrat. En effet, la constatation préjudicielle de la nullité du contrat permettrait ensuite à la Commission de recours d'annuler éventuellement la décision d'adjudication, lors de l'examen du bien-fondé du recours.

Le pouvoir adjudicateur qui conclut le contrat avant la notification de la décision ou avant l'échéance du délai de recours, sans invoquer une urgence particulière, viole le principe de l'interdiction de l'abus de droit, élément du principe général de la bonne foi également applicable en droit public, et en particulier en matière de marchés publics. De même, il y aurait abus de droit à différer sans justification la décision d'adjudication et/ou sa notification, tout en invoquant une urgence à conclure le contrat avant l'échéance du délai de recours, en privant les intéressés de la faculté de demander l'effet suspensif de la décision attaquée et d'obtenir en définitive l'annulation de cette décision (Clerc, op. cit., p. 491 ss. et p. 549; sur l'interdiction de l'abus de droit en droit administratif, cf. *André Grisel*, Traité de droit administratif, Vol. I, Neuchâtel 1984, p. 389 s.; *Blaise Knapp*, Précis de droit administratif, 4^e éd., Bâle / Francfort-sur-le-Main 1991, N° 498, p. 105 et N° 530-532, p. 112 s.; *Ulrich Häfelin / Georg Müller*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2^e éd., Zurich 1993, N° 522, p. 118 et N° 597 ss, p. 133 s.). La conclusion du contrat constitue alors une utilisation des règles de la procédure de passation des marchés à des fins qui leur sont étrangères. Faire supporter à un particulier les inconvénients résultant d'une prolongation indue de la procédure imputable à l'autorité constitue un abus de droit, contraire au principe général de la bonne foi. Dans un tel cas, il convient d'appliquer les mêmes règles que si la décision avait été prise et notifiée en temps utile (voir, par analogie, la situation où l'autorité retarde la prise d'une décision afin d'y appliquer une réglementation nouvelle non encore entrée en vigueur, [ATF 110 Ib 336](#) s. consid. 3, [107 Ib 138](#) s. consid. 3). Si tel avait été le cas, le recourant aurait eu la possibilité de demander l'annulation de la décision et la suspension provisoire de la procédure avant que le contrat ne soit conclu. En conséquence, il convient d'appliquer au litige les mêmes règles que si le contrat n'était pas encore conclu et de considérer que celui-ci reste provisoirement sans effet.

L'art. XX § 7 let. c AMP ne saurait être interprété comme permettant au pouvoir adjudicateur, à son libre choix et sans justification, par la simple conclusion du contrat, de réduire dans chaque cas d'adjudication les possibilités du recourant à la seule constatation de l'illicéité de la décision et à l'octroi de dommages-intérêts dont le montant est, de surcroît, plafonné (art. 32 al. 2 et art. 34 al. 2 LMP). Lorsque l'étendue du préjudice réparable est

ainsi limitée par la loi, la question de l'effet suspensif joue un rôle central dans la garantie d'une protection juridictionnelle effective. Le pouvoir adjudicateur ne saurait priver de manière discrétionnaire les recourants de la faculté de demander l'octroi des mesures provisoires prévues par l'art. XX § 7 let. c AMP. En effet, celles-ci n'ont de sens que pour maintenir provisoirement intact l'état de fait et de droit et préserver les possibilités commerciales du recourant dans le cadre d'un recours en annulation. Cependant, des mesures provisoires ne pourraient jamais être accordées lorsque le recours vise en définitive le versement de dommages-intérêts, car le recourant ne pourrait pas justifier d'un risque de préjudice irréparable, une prestation en argent étant toujours possible à exécuter (Clerc, op. cit., p. 350). La garantie prévue à l'art. XX § 7 let. a AMP serait vidée de son sens si son application pouvait être paralysée d'emblée par un pouvoir adjudicateur poursuivant une politique de fait accompli. La faculté de requérir l'octroi de mesures provisoires, comme leur octroi même, ne saurait être écartée que dans les cas où l'urgence commande une exécution immédiate du marché (qui justifie aussi la conclusion immédiate du contrat). La conclusion du contrat avant la notification de la décision ou durant le délai de recours, alors que la question de l'effet suspensif se pose encore, si elle n'est pas justifiée par une urgence particulière, viole aussi bien la garantie d'une protection juridictionnelle effective de l'art. XX § 2 AMP que la faculté prévue par l'art. XX § 7 let. a AMP de requérir des mesures provisionnelles permettant la sauvegarde des possibilités commerciales des recourants.

d. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a chargé B de l'exécution du marché avant même d'avoir pris la décision d'adjudication, d'avoir signé le contrat en exécution de la décision d'adjudication, d'avoir publié la décision d'adjudication et laissé s'écouler les 20 jours du délai de recours. Ne serait-ce l'exigence de forme écrite du contrat établie par l'art. 29 al. 1 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11), on pourrait même considérer que le contrat a été conclu le 8 avril 1997 déjà, lorsque B a été chargé de l'exécution. Le pouvoir adjudicateur s'est en tout cas engagé dès ce jour-là à conclure le contrat avec cette entreprise, sauf à agir de mauvaise foi. Le GA le reconnaît d'ailleurs ouvertement. Le texte même de la confirmation de l'ordre de transport du 8 avril 1997 indique que B pouvait et devait entreprendre immédiatement des mesures d'exécution. La lettre du 8 avril 1997 incorpore ainsi à tout le moins une promesse de contracter au sens de l'art. 22 du Code des obligations du 30 mars 1911 [CO, RS 220], entre le GA et B. Cette manière de procéder viole le texte clair de l'art. 22 al. 1 LMP, lequel prévoit que la conclusion du contrat n'est possible qu'après l'adjudication. Les règles impératives fixant la procédure de passation des marchés publics - et en particulier le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires - seraient éludées si le pouvoir adjudicateur pouvait invoquer une obligation de contracter qu'il a lui-même créée envers l'un des soumissionnaires afin de justifier l'adjudication ultérieure du marché et la conclusion du contrat avec ce soumissionnaire.

e. Le pouvoir adjudicateur ne fournit aucune justification à la notification tardive de la décision d'adjudication du 14 avril 1997, intervenue seulement le 5 mai 1997, par publication dans la FOSC. Il fait uniquement valoir que la publication est intervenue dans le délai de 72 jours prescrit par l'art. 28 OMP.

La publication de la décision d'adjudication, selon l'art. 23 al. 1 et l'art. 24 al. 2 LMP, permet au pouvoir adjudicateur de remplir simultanément deux obligations. Il s'agit, d'une part, de l'obligation de notification des décisions, prévue par l'art. XVIII § 3 et § 2 let. c AMP et par les art. 34-35 PA et, d'autre part, de l'obligation de publication dans les 72 jours de la décision d'adjudication, prévue par l'art. XVIII § 1 AMP (Clerc, op. cit., p. 506). Cela ne signifie toutefois pas que la notification de l'adjudication puisse toujours être effectuée dans le délai de 72 jours imposé pour la publication de l'avis d'adjudication. Ce dernier délai ne doit en particulier pas être utilisé par le pouvoir adjudicateur dans le but de contourner l'obligation de notifier la décision d'adjudication suffisamment tôt pour permettre aux intéressés de bénéficier de la protection juridictionnelle effective garantie par l'art. XX § 2 AMP. Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure le contrat peu après l'adjudication, il doit d'abord notifier la décision aux soumissionnaires évincés, que ce soit par notification individuelle ou en publiant plus rapidement l'avis d'adjudication. La LMP, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996, ouvre une voie de recours aux personnes lésées, avec possibilité d'octroi d'un effet suspensif. Il appartient aux pouvoirs adjudicateurs de tenir compte de manière raisonnable de cette hypothèse dans la planification de leurs marchés et de ne pas créer eux-mêmes une situation d'urgence qui rendrait illusoire toute demande d'effet suspensif. En l'espèce, même la notification individuelle de la décision n'aurait pas entraîné des frais excessifs pour le pouvoir adjudicateur puisque le nombre d'offres déposées ne s'élevait qu'à trois. Le respect du délai de livraison convenu avec les fournisseurs des éléments de ponts flottants ne justifiait nullement que le choix de l'adjudicataire, visiblement effectué déjà le 8 avril 1997, ne soit pas immédiatement notifié aux autres soumissionnaires. En repoussant sans raison la notification de l'adjudication, le pouvoir adjudicateur a pratiqué une politique de fait accompli. Il a conclu le contrat et en a commencé l'exécution, mesure propre à empêcher les soumissionnaires évincés d'obtenir ultérieurement une annulation de la décision d'adjudication et annihilant la possibilité prévue par l'art. XX § 7 let. a AMP de requérir des mesures provisoires permettant de préserver les possibilités commerciales de la recourante.

f. Le pouvoir adjudicateur ne saurait non plus prétendre avoir agi de manière conforme aux règles de la bonne foi en signant le contrat le 1^{er} mai 1997. Le 29 avril 1997, il a été informé par un courrier du président de la Commission de céans du dépôt du recours ainsi que du fait que l'instruction était suspendue tant que la décision d'adjudication n'était pas notifiée. Par ailleurs, le GA a reçu par ce même courrier copie de l'arrêt de principe rendu en date du 17 février 1997 par la Commission de recours (op. cit.), qui avait de surcroît déjà été publié dans la revue Pratique juridique actuelle (PJA 1997, p. 333 ss). Ainsi, alors même qu'il avait connaissance du dépôt prématuré d'un recours ainsi que de la jurisprudence de la Commission prescrivant, sauf urgence, d'attendre l'échéance du délai de recours avant de conclure le contrat, le GA a néanmoins signé le contrat avec B le 1^{er} mai 1997. En admettant même que le pouvoir adjudicateur n'ait reçu le courrier du président de la Commission de recours qu'après la conclusion du contrat et qu'il n'ait pas encore eu connaissance de la décision incidente prise en date du 17 février 1997 - bien qu'elle ait déjà été publiée - il n'en demeure pas moins qu'il a agi de mauvaise foi. En effet, le GA, en ordonnant à B de commencer l'exécution du

marché, s'est engagé à signer un contrat avec lui avant même de rendre une décision d'adjudication, ce qui constitue une violation claire de l'art. 22 al. 1 LMP.

g. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur n'invoque aucune urgence découlant de la mise en danger d'un intérêt public pour justifier l'ordre de commencer immédiatement l'exécution du marché le 8 avril 1997. L'attestation délivrée par le GA à B le 8 avril 1997, qui fait état de pièces de pont gravement endommagées et nécessitant un échange d'urgence pour permettre la tenue d'exercices militaires, semble surtout destinée à accélérer la délivrance des autorisations routières nécessaires au transport. Interrogé spécialement à ce sujet par la Commission de recours, le pouvoir adjudicateur n'a pas invoqué une quelconque mise en danger de la sécurité des soldats engagés dans des exercices militaires. Il a uniquement expliqué que la livraison des deux premiers ponts flottants complets ordonnée le 8 avril 1997 (initialement prévue pour mai et septembre 1997) devait nécessairement être effectuée avant l'été afin de tenir compte de la surcharge du trafic privé et de l'état parfois précaire des routes durant les vacances, des longs délais nécessaires pour l'obtention des autorisations de transport et des problèmes logistiques qu'occasionnerait l'entreposage des fournitures volumineuses sur lesquelles porte le marché si une livraison était retardée. Ainsi que cela a déjà été relevé, rien n'empêchait le pouvoir adjudicateur de notifier immédiatement l'adjudication envisagée dès le 8 avril 1997 et décidée le 14 avril 1997, puis d'attendre l'expiration des 20 jours du délai de recours avant de conclure le contrat. Les fournisseurs des éléments de ponts flottants disposaient apparemment d'une capacité d'entreposage suffisante puisqu'ils ont été capables de livrer en définitive en mai 1997 deux ponts flottants complets au lieu d'un seul. En agissant de la sorte, le GA aurait gagné du temps. Dans cette même optique, il aurait également pu lancer son appel d'offres plus tôt, afin de tenir compte de l'attente jusqu'à l'expiration du délai de recours de 20 jours et d'une éventuelle décision incidente de la Commission de recours concernant une requête d'octroi de l'effet suspensif. Les raisons invoquées par l'autorité intimée ne relèvent nullement d'une urgence découlant de la mise en danger d'un intérêt public.

h. Eu égard aux considérations qui précèdent, il est possible que le contrat conclu soit affecté de nullité. Celle-ci découlerait, d'une part, de la promesse de contracter faite à B avant même l'adjudication du marché et, d'autre part, de la conclusion du contrat alors que la question de l'effet suspensif se posait encore, en violation du principe de l'interdiction de l'abus de droit. Il convient en conséquence d'appliquer au litige les mêmes règles que si le contrat n'était pas encore conclu et de considérer que celui-ci reste provisoirement sans effet. Si le GA avait attendu l'échéance du délai de recours avant de conclure le contrat, la recourante aurait eu la possibilité de demander l'annulation de la décision et la suspension provisoire de la procédure. Dès lors que c'est l'art. 32 al. 1 LMP qui s'applique à la résolution du litige au fond en cas de nullité du contrat, il n'existe pas de raison d'exclure a priori un examen de la suspension

de l'exécution de la décision d'adjudication du 14 avril 1997 selon l'art. 28 al. 2 LMP. En conséquence, l'octroi de l'effet suspensif ne viole nullement l'art. 32 al. 2 LMP.

3.a. La LMP n'indique pas les critères à prendre en compte pour l'octroi de l'effet suspensif. Selon la doctrine et la jurisprudence relatives à l'art. 55 al. 1 PA, il convient d'effectuer une pondération des intérêts en jeu afin de vérifier si les raisons qui parlent en faveur d'une exécution immédiate de la décision l'emportent sur celles commandant un maintien en l'état de la situation antérieure à la décision, jusqu'à droit connu. Il convient de prendre en compte les intérêts des recourants, l'intérêt public invoqué par le pouvoir adjudicateur, d'autres intérêts publics éventuels ainsi que les intérêts privés de tiers intéressés, notamment les autres participants au processus de passation du marché. Eu égard à la nature de la décision, prise dans le cadre de mesures provisionnelles, la pesée des intérêts ne peut se faire que de manière sommaire, sur la base d'un examen *prima facie* des pièces du dossier (ATF 117 V 191 consid. 2b, 110 V 45 consid. 5b, 106 Ib 116 consid. 2a, 105 V 268 consid. 2, 99 Ib 220 consid. 5; Clerc, op. cit., p. 542-547; Moor, op. cit., p. 443; Häfelin/Müller, op. cit., N° 1397, p. 324; Kölz/Häner, op. cit., N° 280, p. 168; Steinmann, op. cit., p. 149 s.). Cet examen a pour but de refuser l'effet suspensif aux recours manifestement dépourvus de chance de succès (ATF 110 V 45 consid. 5b; JAAC 55.1, p. 20 s. consid. 3; Knapp, op. cit., N° 2079, p. 430; Kölz/Häner, op. cit., p. 169; *Attilio R. Gadola*, Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, PJA 1996, p. 972).

b. La réglementation spéciale de l'art. 28 LMP implique uniquement que le législateur a voulu écarter un effet suspensif automatique du recours dans les litiges en matière de marchés publics et qu'il a considéré que la Commission de recours devait procéder dans chaque cas à une pondération des intérêts en cause (Message 2 GATT précité FF 1994 IV 1236, ad art. 26 et 1238, ad art. 28). Cela ne signifie pas que l'effet suspensif ne peut être ordonné qu'exceptionnellement. On ne saurait non plus en déduire que le législateur a voulu que la Commission de recours accorde un poids systématiquement prépondérant à l'intérêt invoqué par le pouvoir adjudicateur à la passation ininterrompue du marché, ni que le recourant doit invoquer des raisons particulièrement prépondérantes pour obtenir l'effet suspensif (Clerc, op. cit., p. 545; de manière générale, voir Steinmann, op. cit., p. 149 s.).

c. Le but des mesures provisoires est la garantie d'une protection juridictionnelle effective qui permette en particulier de préserver les possibilités commerciales des recourants (art. XX § 2 et § 7 let. a AMP). Le recourant a notamment intérêt à ce que la décision ne soit pas immédiatement exécutée lorsque, faute d'effet suspensif, la protection juridictionnelle deviendrait illusoire (*Peter Saladin*, Das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, Bâle/Stuttgart 1979, p. 206; Gygi, op. cit., p. 244 s.). Inversement, il faut toutefois s'assurer que le but poursuivi par la décision puisse toujours être atteint et ne soit pas indûment repoussé du fait d'une longue procédure dotée de l'effet suspensif (Steinmann, op. cit., p. 149).

d. En l'espèce, la recourante estime d'abord que le prix forfaitaire indiqué dans son offre la dispensait d'indiquer le détail des frais de transport (comme le demandait la documentation relative à l'appel d'offres) et que son offre ne

pouvait pas être écartée sur cette base. Elle conteste ensuite que le marché ait été adjugé à l'offre économiquement la plus avantageuse. L'offre de l'adjudicataire prévoyait un prix total de Fr. 506 160.- dans la variante I, respectivement de Fr. 431 070.- dans la variante II. Les prix offerts par la recourante étaient de Fr. 491 000.- (variante I), respectivement de Fr. 415 800.- (variante II). Il ressort de cet examen *prima facie* que le recours n'apparaît pas manifestement mal fondé, ce qui n'est d'ailleurs pas invoqué par le GA. Au surplus, l'existence d'un contrat conclu, mais dont la nullité doit être envisagée, ne permet pas d'exclure a priori toute chance d'annulation de la décision d'adjudication.

e. L'octroi de mesures provisoires joue un rôle central lorsque la décision attaquée est, comme dans le cas d'espèce, celle d'adjudication du marché (art. 29 let. a LMP). En l'absence d'effet suspensif, le contrat peut être conclu et exécuté, ce qui priverait définitivement la recourante de toute chance d'obtenir le marché, même si son recours était finalement jugé bien fondé. Elle serait renvoyée à faire valoir des dommages-intérêts plafonnés à la réparation des dépenses encourues en relation avec les procédures de passation et de recours (art. 32 al. 2 et art. 34 al. 2 LMP). En conséquence, la recourante a un intérêt évident à l'octroi de l'effet suspensif, seul à même de préserver ses possibilités commerciales et de lui garantir une protection juridictionnelle effective conforme aux exigences de l'art. XX § 2 AMP.

f. Interrogé spécialement par la Commission de recours sur une urgence éventuelle à exécuter le contrat, le pouvoir adjudicateur n'a pas invoqué une quelconque mise en danger de la sécurité des soldats engagés dans des exercices militaires. Il a uniquement expliqué que la livraison des deux premiers ponts flottants complets ordonnée le 8 avril 1997 était nécessaire avant l'été afin de tenir compte de la surcharge du trafic privé et de l'état parfois précaire des routes durant les vacances, des longs délais nécessaires pour l'obtention des autorisations de transport et des problèmes logistiques qu'occasionnerait l'entreposage des fournitures volumineuses sur lesquelles porte le marché si une livraison était retardée.

En tout état de cause, il n'est pas nécessaire de trancher définitivement la question de l'urgence lorsque l'octroi de la mesure provisionnelle ne prolonge pas de manière importante la procédure et ne cause aucun préjudice sensible au pouvoir adjudicateur ou à l'adjudicataire. Lorsque, comme dans le cas d'espèce, l'exécution de la décision d'adjudication est déjà en cours, l'octroi d'une mesure provisoire a pour effet de suspendre cette exécution. Dès lors que les deux premières livraisons sont déjà en cours d'exécution, l'effet suspensif ne concerne que les quatre transports restant à effectuer, qui doivent avoir lieu en janvier, mai, septembre 1998 et janvier 1999. La suspension des quatre livraisons restantes permet la sauvegarde provisoire des intérêts de la recourante sans engendrer ni perte financière ni retard pour le pouvoir adjudicateur ou pour l'adjudicataire. Un arrêt au fond devrait être rendu avant que la prochaine livraison n'ait lieu. Quant aux deux livraisons

déjà effectuées, et en cas d'admission du recours, demeure réservée une demande de dommages-intérêts de la recourante auprès de l'adjudicateur, conformément à l'art. 32 al. 2, l'art. 34 et l'art. 35 LMP.

g. Il résulte de l'examen *prima facie* de l'état de fait que la recourante a un intérêt digne de protection supérieur à ceux du pouvoir adjudicateur et de l'adjudicataire. En conséquence, il se justifie d'accorder l'effet suspensif au sens des considérants. Il convient simultanément d'impartir un délai au GA pour qu'il se détermine sur le fond.

JAAC 62.32I - Décision incidente de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 15 juillet 1997; voir aussi la décision au fond, JAAC 62.32 II

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	1998
Année	
Anno	
Band	62
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 003 878

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.