

JAAC 62.32II

Décision de la Commission fédérale de recours en
matière de marchés publics du 7 novembre 1997

Marchés publics. Procédure sélective.

I. Effet suspensif d'un recours.

Cf. [JAAC 62.32 I](#).

II. Conditions de la conclusion d'un contrat.

- Adéquation de la prestation. Un marché public ne peut être octroyé qu'à une offre répondant à tous les critères de l'appel d'offres. Il s'agit là d'un critère préalable d'adjudication inhérent à toute passation de marché (consid. 3a).

- En principe, l'appréciation des offres s'effectue sur la base des projets tels qu'ils ont été déposés. Il est cependant admissible qu'entre l'ouverture des offres et l'adjudication, un soumissionnaire donne des éclaircissements quant à son offre, à condition que celle-ci n'en soit pas modifiée (consid. 3b).

- Un contrat conclu par le pouvoir adjudicateur avant l'échéance du délai de recours viole les dispositions légales. Toutefois, lorsque la décision d'adjudication elle-même s'avère bien fondée, il apparaît disproportionné d'invalider un tel contrat (consid. 3c).

Öffentliches Beschaffungswesen. Selektives Verfahren.

I. Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde.

Vgl. [VPB 62.32 I](#).

II. Voraussetzungen eines Vertragsschlusses.

- Zweckmässigkeit der Leistung. Eine öffentliche Beschaffung kann nur an ein Angebot vergeben werden, das alle Ausschreibungskriterien berücksichtigt. Es handelt sich dabei um eine unbedingte Zuschlagsvoraussetzung für jedes Vergabeverfahren (E. 3a).

- Grundsätzlich hat die Bewertung der Angebote auf der Grundlage der eingereichten Unterlagen zu erfolgen. Es ist aber zulässig, dass der Submittent zwischen der Öffnung der Angebote und dem Zuschlag Erklärungen zu seinem Angebot abgibt, solange dieses dadurch nicht verändert wird (E. 3b).

- Ein Vergabevertrag, der vor Ablauf der Beschwerdefrist geschlossen wird, ist rechtswidrig. Gleichwohl ist es unverhältnismässig, einen solchen Vertrag für ungültig zu erklären, wenn sich der Zuschlag selbst als wohl begründet erweist (E. 3c).

Acquisti pubblici. Procedura selettiva.

I. Effetto sospensivo di un ricorso.

Cfr. [GAAC 62.32 I](#).

II. Condizioni di conclusione di un contratto.

- Opportunità della prestazione. Un acquisto pubblico può essere concesso soltanto a un'offerta che risponda a tutti i criteri del bando di concorso. Si tratta di un criterio irrinunciabile d'aggiudicazione inerente a ogni procedura d'acquisto (consid. 3a).

- La valutazione delle offerte avviene, in principio, sulla base dei progetti inoltrati. È tuttavia ammissibile che tra apertura dell'offerta e aggiudicazione un offerente fornisca chiarimenti in merito alla propria offerta, sempreché quest'ultima non ne sia modificata (consid. 3b).

- Un contratto concluso dall'autorità aggiudicante prima della scadenza del termine di ricorso viola le disposizioni legali. Se la decisione d'aggiudicazione stessa risulta ben motivata, è tuttavia sproporzionato invalidare il contratto (consid. 3c).

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 (Cf. [JAAC 62.32 I](#)).

Procédant ensuite à l'examen au fond, la Commission de recours a rejeté le recours.

Extraits des considérants:

1. La Commission fédérale de recours en matière de marchés publics est compétente pour statuer au fond. Le marché litigieux est un marché de services de transports terrestres, assujéti à la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1; art. 1 al. 1 let. a et art. 5 al. 1 let. b LMP ainsi qu'art. 3 al. 1 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP], RS 172.056.11 et ch. 2 de l'annexe 1 à l'OMP). L'exception de l'art. 3 al. 1 let. e LMP est inapplicable au cas d'espèce. Le pouvoir adjudicateur est le Groupement de l'armement (ci-après: GA), qui est un service de l'administration générale de la Confédération au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP. Il figure expressément dans la liste des pouvoirs adjudicateurs de l'annexe 1 à l'appendice I à l'accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS 0.632.231.422) déposée par la Suisse. La fourchette de prix relative à la valeur du marché, indiquée dans l'avis d'adjudication, oscille entre Fr. 468 690.- et 488 000.-. Le seuil de Fr. 248 950.-, déterminant pour l'application de la LMP aux marchés de services (art. 6 al. 1 let. b LMP et RO 1996 3096), est dès lors atteint en l'espèce.

Le marché est passé par procédure sélective. La décision attaquée est celle d'adjudication du marché, sujette à recours selon l'art. 29 let. a LMP.

La recourante a qualité pour recourir. En effet, elle est destinataire de la décision attaquée qui affecte en outre sa situation économique. Elle est ainsi touchée par la décision et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 26 al. 1 LMP et art. 48 let. a PA; *Alfred Kölz / Isabelle Häner*, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zurich 1993, N° 234-238; *Fritz Gygi*, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2^e éd., Berne 1983, p. 155 s.).

La décision d'adjudication prise le 14 avril 1997 a été publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) du 5 mai 1997. C'est à cette date que la notification a été valablement effectuée (art. 23 al. 1 et art. 24 al. 2 LMP; art. 34 et 35 PA). Le recours du 25 avril 1997, déposé avant que le délai n'ait commencé à courir, est prématuré mais recevable ([ATF 108 Ia 126](#) consid. 1a,

103 Ia 191 consid. 1). Sont aussi recevables, puisqu'introduites dans le délai de recours qui a commencé à courir avec la publication de l'adjudication, les conclusions au fond du 23 mai 1997 déposées par le conseil de la recourante.

2. Dans le cadre d'un recours devant la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics peuvent être invoqués la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 49 let. a PA) ainsi que la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 49 let. b PA). En revanche, conformément à l'art. 31 LMP, la Commission de recours ne peut se prononcer sur le motif de l'inopportunité (art. 49 let. c PA).

En l'espèce, la recourante fait seulement valoir une violation du droit fédéral. Elle considère que son offre, d'une part, remplissait les conditions de l'appel d'offres et, d'autre part, était économiquement la plus avantageuse.

3.a. Le marché ne peut être adjugé qu'à une offre qui répond aux conditions de l'appel d'offres (art. XIII § 4 let. a AMP; *Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner*, Das öffentliche Auftragswesen in der Schweiz, Zurich 1996, N° 400). Ne correspond notamment pas aux conditions de l'appel d'offres une offre remise hors délai ou une offre incomplète (art. 19 al. 1 et 3 LMP), une offre partielle (art. 22 OMP) ou une offre ne correspondant pas aux spécifications de l'objet du marché («adéquation de la prestation» selon l'art. 21 al. 1 LMP). Le respect des exigences de la mise en soumission s'impose aussi bien aux soumissionnaires qu'au pouvoir adjudicateur (arrêt du Tribunal administratif des Grisons [TA GR] du 27 mai 1987, Praxis des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden [PVG] 1987 N° 5 p. 22 également paru dans Droit de la construction [DC] 1988 p. 71 N° 82). L'admission d'une offre ne correspondant pas aux conditions de l'appel d'offres et de la documentation relative à l'appel d'offres violerait le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires (art. 8 al. 1 let. a LMP) et permettrait *de facto* au pouvoir adjudicateur de modifier après coup l'objet du marché tel que défini dans l'appel d'offres et la documentation relative à celui-ci (art. IX § 6 et art. XII § 2 AMP; art. 16-17 OMP et annexe 4-5 à l'OMP). Le fait de ne prendre en considération que les offres complètes et correspondant aux exigences posées est une garantie d'objectivité pour les soumissionnaires (TA GR, du 20 août 1991, PVG 1991 N° 10 p. 33 = DC 1992 p. 92 N° 150). Le caractère complet et conforme de l'offre déposée permet au pouvoir adjudicateur de vérifier l'adéquation de l'offre par rapport à l'objet du marché, l'exécution conforme du marché ainsi que l'existence éventuelle d'un prix anormalement bas. Il lui permet également de comparer les offres déposées entre elles. La conformité de l'offre aux conditions de l'appel d'offres et à la documentation relative à ce dernier constitue un critère préalable d'adjudication, inhérent à toute procédure de passation de marché, qu'il figure ou non expressément dans les critères d'adjudication énoncés par le pouvoir adjudicateur pour un marché particulier. L'adéquation de la prestation figure expressément parmi les critères d'adjudication énumérés à l'art. 21 al. 1 LMP.

En conséquence, une offre qui ne correspond pas aux conditions de l'appel d'offres doit en principe être exclue. Il s'agit d'une règle bien établie en matière de marchés publics, qui existait déjà sous l'empire du droit antérieur (voir *Nicolas Michel*, Droit public de la construction, Fribourg 1996, N° 1924, et la jurisprudence citée aux N° 1931-1938). Il faut tout au plus réserver les cas dans lesquels les divergences par rapport aux

conditions de mise en soumission s'avéreraient minimales. L'énumération des motifs d'exclusion de l'art. 11 LMP n'est qu'exemplative, et non exhaustive (Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit., N° 319). Elle ne s'oppose pas à ce qu'une offre fasse l'objet d'une décision expresse séparée. En l'absence d'une telle décision expresse, l'exclusion résulte implicitement du fait de l'adjudication du marché à un autre soumissionnaire.

En l'espèce, la recourante a déposé une offre comportant un prix forfaitaire bloqué. Cette offre ne remplissait pas, à un double titre, les conditions requises par la documentation relative à l'appel d'offres. Sous l'angle du prix, le forfait global soumis par la recourante ne comprenait ni les frais de douane, ni le détail des montants des taxes et autorisations de transport en Suisse et en France. En outre, l'offre de la recourante ne comportait pas l'itinéraire routier envisagé pour le transport, ni les noms des agents en douanes en France et en Suisse. Le caractère impératif de ces indications ne pouvait pas échapper au soumissionnaire. D'une part, la documentation relative à l'appel d'offres prévoyait expressément que: «Die folgenden Punkte *müssen* in Ihrer Offerte im Details enthalten sein: (...)» (c'est la Commission de recours qui souligne). D'autre part, le pouvoir adjudicateur a avisé à deux reprises la recourante du caractère incomplet de son offre.

Le soumissionnaire ne saurait modifier de son propre mouvement les conditions de l'appel d'offres (en s'en écartant), sous réserve des cas où celles-ci seraient illégales (par ex. des spécifications techniques discriminatoires) ou constitueraient un formalisme excessif. Si la recourante voulait soumettre un prix forfaitaire, elle avait la possibilité de le faire sous la forme d'une variante, en plus de la soumission d'un prix comportant le détail des postes requis par la documentation relative à l'appel d'offres. Ni l'appel d'offres ni la documentation y relative n'excluaient la présentation de variante (art. 22 al. 1 et 2 OMP).

L'absence d'indication des frais de douanes est contraire aux exigences de la documentation relative à l'appel d'offres. Même si le montant exact des frais et taxes de douanes n'était pas disponible, rien n'empêchait la recourante de fournir une estimation à ce titre. Le fait qu'il était possible au pouvoir adjudicateur de se référer au montant retenu par B afin de l'additionner au prix offert par la recourante et de comparer ainsi les deux offres ne dispensait pas celle-ci de fournir elle-même une offre complète. L'égalité de traitement des soumissionnaires serait rompue si une partie d'entre eux pouvait laisser aux autres les frais et démarches nécessaires à la fourniture des renseignements demandés par le pouvoir adjudicateur, même s'il s'agit de coûts externes fixes. En outre, le dépôt d'une offre complète et vérifiable constitue un moyen important pour le pouvoir adjudicateur de vérifier la fiabilité générale du soumissionnaire et la probabilité d'une bonne exécution future du marché.

En ne présentant pas un itinéraire routier détaillé pour le transport des éléments de pont et de rampe, la recourante n'a pas rempli les exigences de la documentation relative à l'appel d'offres. Le fait que l'itinéraire définitif ne soit connu qu'après la réponse des autorités françaises à une demande d'autorisation ne dispensait pas le recourant de soumettre l'itinéraire

envisagé. L'omission de cette indication par la recourante empêche le pouvoir adjudicateur de vérifier l'adéquation de la prestation offerte et de la comparer à celle des autres soumissionnaires.

S'agissant de la mention des agents en France et en Suisse, rien n'empêchait la recourante de fournir dans son offre l'explication, donnée ultérieurement dans sa réplique, selon laquelle l'entreprise n'utilise pas de tels agents. La demande d'une telle information est justifiée compte tenu de l'objet du marché et constitue une indication importante pour le pouvoir adjudicateur de la manière dont un soumissionnaire intègre certaines tâches dans son entreprise ou les délègue à des tiers.

En l'espèce, l'appel d'offres mentionne expressément, au titre des critères d'adjudication, la satisfaction aux exigences de la documentation de soumission. Ce critère n'est en revanche pas repris par la documentation relative à l'appel d'offres. Les critères d'adjudication doivent en tout cas figurer dans la documentation relative à l'appel d'offres (art. XII § 2 let. h AMP; art. 18 al. 1 let. a OMP et ch. 6 de l'annexe 5 à l'OMP). Une mention préalable de ceux-ci déjà dans l'appel d'offres ne peut qu'améliorer la transparence de la passation des marchés. L'absence d'une répétition expresse du critère de la satisfaction aux conditions de mise en soumission dans la documentation relative à l'appel d'offres ne constitue toutefois pas une violation des règles sur les marchés publics, dès lors qu'il s'agit d'un critère général préalable d'adjudication de tout marché. En conséquence, l'exclusion implicite de l'offre de la recourante découlant de l'adjudication à B était justifiée par le dépôt d'une offre non conforme aux exigences de l'appel d'offres.

b. En règle générale, les offres doivent être appréciées telles qu'elles ont été déposées. Toutefois, le soumissionnaire peut donner des explications quant à son offre entre le dépôt de celle-ci et l'adjudication. De telles explications ne peuvent que préciser certains points de l'offre, mais non la modifier au risque de porter atteinte à l'égalité de traitement des soumissionnaires. (Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit., N° 382, 402-403; Michel, op. cit., N° 1962-1967). Le soumissionnaire doit en tout cas avoir la possibilité de corriger des erreurs involontaires de forme, pour autant qu'il n'y ait pas discrimination (art. XIII § 1 let. b AMP).

En l'espèce, c'est volontairement que la recourante a renoncé à faire figurer dans son offre les renseignements demandés dans la documentation relative à l'appel d'offres. Elle a préféré soumettre une offre forfaitaire, en dépit des exigences claires du pouvoir adjudicateur. Les explications données par téléphone par la recourante au GA (caractère superflu du détail de la composition du prix en présence d'un prix forfaitaire bloqué; appréciation de la pratique d'un prix forfaitaire par les clients de l'entreprise) ne constituent pas une précision ou une correction de l'offre. On pourrait même se demander si le fait que le pouvoir adjudicateur a manifestement ouvert une offre (au moins) avant l'échéance du délai de dépôt des offres et demandé des explications au soumissionnaire déjà à ce stade est compatible avec le principe de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 let. a LMP) et les règles garantissant la régularité de l'ouverture des offres (art. XIII § 3 AMP). La procédure prévue à l'art. 24 OMP semble plutôt indiquer que toutes les offres doivent être ouvertes simultanément, après l'expiration du délai d'ouverture des offres. Une telle ouverture simultanée paraît plus apte à sauvegarder la transparence de

la procédure et l'égalité de traitement des soumissionnaires. Par ailleurs, la possibilité limitée de correction des offres prévue par l'art. XIII § 1 let. b AMP n'est prévue que durant la période entre «l'ouverture des soumissions et l'adjudication du marché». Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher définitivement cette question dans le cas d'espèce, dès lors que la recourante n'a pas souffert d'une telle procédure, mais en a au contraire bénéficié.

Enfin, les explications données par la recourante après l'adjudication, durant la procédure de recours (dans son mémoire de recours et dans sa réplique) ne sauraient remédier aux lacunes de l'offre telle qu'appréciée au moment de l'adjudication.

c. Dès lors que le pouvoir adjudicateur a valablement écarté l'offre de la recourante comme incomplète, il n'est pas nécessaire d'examiner si l'offre de A était économiquement plus avantageuse que celle de B.

On notera néanmoins que l'offre présentée par la recourante n'est plus avantageuse que de 2,2% par rapport à l'offre de B. En outre, le prix n'est qu'un des critères d'adjudication. D'une part, il doit être mis en rapport avec la prestation et, d'autre part, il vient au deuxième rang derrière la satisfaction aux exigences de la documentation de soumission, respectivement derrière la satisfaction des preuves d'aptitude. La perspective d'une adaptation du prix de B au renchérissement (faible) ne modifie pas cette analyse. Le pouvoir adjudicateur a considéré que l'offre plus détaillée et vérifiable de B, conforme aux points exigés par la documentation relative à l'appel d'offres, était économiquement la plus avantageuse.

S'agissant de la variante II, on ne saurait reprocher au pouvoir adjudicateur d'avoir préféré l'offre de B, qui présentait un exposé plus détaillé des économies réalisables et, surtout, une explication circonstanciée quant à la faisabilité technique d'une telle variante. Il n'y a ni constatation inexacte des faits pertinents, ni violation du droit fédéral. Au surplus, la Commission de recours ne vérifie pas l'opportunité de la décision.

d. La conclusion même du contrat («die Tatsache der Vereinbarung») peut être affectée de nullité (sur la nullité résultant de la conclusion même du contrat, voir notamment *Peter Gauch / Walter R. Schluep*, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, vol. I, 6^e éd., Zurich 1995, N° 640-642; *Pierre Engel*, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2^e éd., Berne 1997, p. 272 et 275).

En l'espèce, l'ordre donné le 8 avril 1997 par le GA à B de commencer l'exécution du marché constitue une promesse de contracter avant même l'adjudication du marché du 14 avril 1997. Un tel engagement viole le texte clair de l'art. 22 al. 1 LMP qui ne permet la conclusion du contrat qu'après l'adjudication. En outre, la conclusion du contrat les 29 avril / 1^{er} mai 1997, avant l'échéance du délai de recours, sans être justifiée par une urgence particulière, viole l'exigence de protection juridictionnelle effective de l'art. XX § 2 AMP ainsi que le principe de l'interdiction de l'abus de droit comme élément du principe général de la bonne foi. La conclusion même du contrat est ainsi illicite.

Un contrat qui viole une disposition de droit public n'est nul, en l'absence d'une disposition expresse de la loi, que si cette nullité résulte du sens et du but de la norme violée, c'est-à-dire si elle est appropriée à l'importance de

l'effet combattu (ATF 117 II 286 consid. 4a, 117 II 47 consid. 2a, 102 II 401; *Ernst. A. Kramer*, Kommentar zu Art. 19-20 OR, Berner Kommentar VI/1/2/1/1, Berne 1991, N° 135, 321-324; *Gauch/Schluep*, op. cit., N° 684). En matière de marchés

publics, l'interdiction de conclure le contrat avant l'échéance du délai de recours, sauf urgence particulière, a pour but de garantir au soumissionnaire lésé une protection juridictionnelle effective (arrêt de la Commission de recours du 17 février 1997, *JAAC* 61.24 p. 261 consid. 2e). Celle-ci est d'abord sauvegardée par la suspension provisoire de l'exécution du contrat conclu avant l'échéance du délai de recours (décision incidente de la Commission de recours du 15 juillet 1997 dans la présente affaire, consid. 2e[1]).

En l'espèce, la violation de la garantie d'une protection juridictionnelle effective et du principe de la bonne foi ont justifié d'appliquer au marché en cause dans le présent recours les mêmes règles que si le contrat n'était pas encore conclu et de considérer que celui-ci restait provisoirement sans effet. Une telle suspension provisoire durant toute la procédure de recours permet de garantir une protection juridictionnelle effective.

Selon la doctrine et la jurisprudence, un contrat est nul lorsque la décision sur laquelle il est basé souffre de nullité absolue et que la sanction de nullité respecte le principe de proportionnalité (ATF 104 Ia 172, 108 II 456; *Pierre Moor*, p. 205 s.; *Blaise Knapp*, N° 1208, 1216-1220; *Peter Saladin*, Die sogenannte Nichtigkeit von Verfügungen, in: Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 544-546; *Evelyne Clerc*, Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics, *Pratique juridique actuelle* [PJA] 7/1997, p. 811).

Lorsque la décision d'adjudication elle-même s'avère bien-fondée, l'invalidation du contrat conclu en violation des règles de la bonne foi, avant l'échéance du délai de recours, apparaît disproportionnée par rapport à l'effet recherché (la garantie d'une protection juridictionnelle effective). Si l'invalidité du contrat conclu avant l'échéance du délai de recours était constatée, la décision d'adjudication, valablement prise, subsisterait. Dès lors, le pouvoir adjudicateur pourrait, et aurait même l'obligation, d'exécuter la décision d'adjudication en concluant un nouveau contrat avec le même adjudicataire et aux mêmes termes. En conséquence, le sens et le but de l'obligation d'assurer une protection juridictionnelle effective prévue par l'art. XX § 2 AMP ne justifient pas la nullité du contrat conclu prématurément, en l'absence d'une violation impliquant l'annulation de la décision d'adjudication. Une éventuelle constatation de la nullité du contrat ne pourrait intervenir qu'à titre préjudiciel, préalablement à l'annulation de la décision d'adjudication.

En l'espèce, les motifs de recours invoqués par la recourante se sont avérés mal fondés. La décision d'adjudication a été valablement prise et doit être maintenue. En conséquence, la conclusion du contrat, bien qu'entachée d'un vice provisoire du fait de sa conclusion prématurée, doit rester valide.

On ne parviendrait pas à un autre résultat si l'on appliquait les règles concernant la représentation (cf. *Peter Gauch*, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz. Ein Beitrag zum neuen Vergaberecht, recht 1997, fascicule 5, p. 173 s.; du même auteur, Das neue Beschaffungsgesetz

des Bundes - Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, Revue de droit suisse 1995, p. 313 ss et en particulier p. 331). Selon cette conception, des règles sur la passation des marchés publics relatives aux attributions des pouvoirs adjudicateurs et à l'exercice de celles-ci pourraient être considérées comme des règles concernant les pouvoirs du représentant (art. 33 du Code des obligations [CO], RS 220). Or, dès lors que la décision d'adjudication a été prise dans le respect des règles d'organisation et de procédure, il ne peut être question d'une violation des règles sur la représentation. En conséquence, de ce point de vue également, la conclusion du contrat devrait être considérée comme valide.

Les considérations qui précèdent conduisent la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics à rejeter le recours.

[1] Cf. ci-dessus p. 260.

JAAC 62.32II - Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 7 novembre 1997

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	150 003 875

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.