Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Cour II

Case postale
CH-3000 Berne 14
Téléphone +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.tribunal-administratif.ch

Numéro de classement : B-7337/2010
mab/veo/scl

Décision incidente du 1er février 2011

Composition

Bernard Maitre (président du collège),
Claude Morvant, Marc Steiner, juges,
Olivier Veluz, greffier.

En la cause

Parties

A._____ SA,
représentée par Maître Nicolas Wisard, Etude BMG Avocats,
recourante,

contre

B._____ SA,
représentée par Maîtres Daniel Peregrina et Luca Beffa,
Baker & McKenzie Genève,
adjudicataire,

Canton de Genève et CFF (I-PJ-CEV),
Chemins de fer fédéraux suisses (CFF),
Infrastructure, Projets – Projet CEVA,
16, rue Pellegrino-Rossi, 1201 Genève,
agissant par les Chemins de fer fédéraux suisses,
Infrastructure, Droit,
avenue de la Gare 43, 1001 Lausanne,
pouvoir adjudicateur,

Objet

marchés publics – CEVA : prestations de coordonnateur sécurité chantier en phase étude et exécution,

vu

l'appel d'offres du 12 avril 2010 du Canton de Genève et des Chemins de fer fédéraux suisses (CFF) (I-PJ-CEV) (ci-après : le pouvoir adjudicateur) publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et Canton de Genève (FAO) ainsi que sur le Système d'information sur les marchés publics en Suisse (simap) (www.simap.ch) dans le cadre d'une procédure ouverte pour un marché de services intitulé "Prestations de coordonnateur sécurité chantier en phase étude et exécution" dans le cadre du projet de liaison ferroviaire "Cornavin – Eaux-Vives – Annemasse" (CEVA),

les offres déposées dont celles d'A._____ SA et d'B._____ SA,

la décision du 7 septembre 2010, publiée dans la FAO et sur simap le 20 septembre 2010, du pouvoir adjudicateur par laquelle le marché de services précité a été adjugé à B._____ SA (ci-après : l'adjudicataire) au prix de Fr. 1'566'771.- hors taxes,

le courrier du 15 septembre 2010 par lequel le pouvoir adjudicateur a informé A._____ SA que le marché susmentionné avait été adjugé à B._____ SA,

le recours du 11 octobre 2010 formé par A._____ SA (ci-après : la recourante) contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral,

la requête d'effet suspensif de la recourante jointe à son mémoire de recours,

l'ordonnance du 13 octobre 2010 par laquelle le Tribunal administratif fédéral a fait interdiction au pouvoir adjudicateur, à titre de mesure superprovisionnelle, d'entreprendre toute mesure d'exécution avant qu'il n'ait statué sur la requête d'effet suspensif,

l'ordonnance du 18 octobre 2010 par laquelle le Tribunal administratif fédéral a ouvert l'échange d'écritures sur la requête d'effet suspensif,

la décision du 28 octobre 2010 du pouvoir adjudicateur qui a exclu la recourante de la procédure de soumission en raison de la découverte d'un faux renseignement concernant l'activité du chef de projet sur le chantier du tunnel du (...),

l'ordonnance du 1er novembre 2010 par laquelle le Tribunal administratif fédéral a suspendu le délai imparti pour formuler des observations sur la requête d'effet suspensif de la recourante,

le mémoire du 16 novembre 2010 formé par A._____ SA contre la décision d'exclusion du 28 octobre 2010,

l'ordonnance du 25 novembre 2010 par laquelle le Tribunal administratif fédéral a ouvert l'échange d'écritures dans les deux causes,

la réponse de l'adjudicataire du 10 janvier 2011 sur la requête d'effet suspensif de la recourante et sur le fond du recours du 11 octobre 2010,

la réponse du pouvoir adjudicateur du 10 janvier 2011 sur la requête d'effet suspensif de la recourante et sur le fond des recours du 11 octobre et du 16 novembre 2010,

le courrier du 19 janvier 2011 par lequel la recourante a déclaré qu'elle acquiesçait qu'une copie complète de son offre soit communiquée à B._____ SA à la condition expresse que l'offre d'B._____ SA lui soit communiquée simultanément,

le fait que l'adjudicataire n'a pas demandé à être partie à la procédure de recours relative à la décision d'exclusion du 28 octobre 2010,

et considérant

que le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours contre les décisions d'adjudication et d'interruption de la procédure d'adjudication dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) (art. 29 let. a en relation avec l'art. 27 al. 1 LMP),

que le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour prendre des décisions concernant l'effet suspensif (art. 28 al. 2 LMP),

que la procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) pour autant que la LMP et la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en disposent pas autrement (art. 26 al. 1 LMP et art. 37 LTAF),

que, selon l'art. 39 al. 1 LTAF, le juge instructeur est compétent pour prendre des décisions concernant l'effet suspensif,

que toutefois, selon une pratique constante, les décisions en matière d'effet suspensif dans le domaine des marchés publics sont, en principe, prises en collège (ATAF 2009/19 consid. 1.2 non publié et les réf. cit., consultable sur le site www.bvger.ch, décision incidente B-3402/2009 du 2 juillet 2009),

que le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1),

que la LMP s'applique uniquement aux marchés publics visés par l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS 0.632.231.422), alors que les autres marchés publics de la Confédération sont réglés par l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11) (cf. art. 2 al. 3 4e phrase LMP ; cf. également art. 39 OMP ; ATAF 2008/61 consid. 3.1),

qu'en l'espèce, le marché litigieux porte sur des prestations de coordonnateur de sécurité sur les chantiers du projet de liaison ferroviaire CEVA,

que les pouvoirs adjudicateurs suisses actifs dans les transports ferroviaires ne sont pas soumis à l'AMP (cf. annexes 1, 2 et 3 de l'appendice 1 de l'AMP),

que, cependant, l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68) (ci-après : l'Accord bilatéral) assujettit aux règles sur les marchés publics les pouvoirs adjudicateurs fédéraux et cantonaux actifs dans la construction et l'exploitation d'installations ferroviaires (art. 3 par. 2 let. d et annexe II B de l'Accord bilatéral),

que le marché de services litigieux, qui a trait à des constructions ferroviaires, est par conséquent soumis à l'Accord bilatéral, ainsi qu'à la réglementation interne pertinente sur les marchés publics (ATAF 2007/33 consid.1.1 ; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 67.66 consid. 2b),

que la LMP est applicable si l'entité adjudicatrice est soumise à la loi (art. 2 LMP), si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions prévues à l'art. 3 LMP, si le type de marché adjugé est visé

par la loi (art. 5 LMP) et, enfin, si la valeur du marché public à adjuger atteint les seuils prescrits à l'art. 6 al. 1 LMP,

que l'art. 2 LMP désigne les adjudicateurs soumis à la LMP,

qu'en vertu de l'art. 2a al. 1 et 2 let. b OMP en lien avec l'art. 2 al. 2 LMP, les CFF sont une entité adjudicatrice soumise à la LMP dans le cadre d'activités liées à la construction d'installations ferroviaires,

que le marché litigieux n'a pas été adjugé par les CFF seuls mais conjointement avec le Canton de Genève, lequel est soumis au droit cantonal et au droit intercantonal sur les marchés publics (voir en ce sens : JAAC 67.66 consid. 3a),

que, si plusieurs adjudicateurs soumis au droit fédéral et au droit cantonal participent en commun à un marché public et qu'un adjudicateur de la Confédération supporte la part la plus importante du financement, le droit fédéral s'applique (art. 2c al. 1 OMP),

que l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics a jugé que le financement du projet CEVA était majoritairement supporté par les CFF (JAAC 67.33 consid. 3d),

que l'adjudication du marché litigieux est par conséquent soumise au droit fédéral,

que l'Accord bilatéral ne s'applique pas à tous les services, mais uniquement à ceux qui sont exhaustivement énumérés à son annexe VI (art. 3 par. 6 de l'Accord bilatéral),

que l'annexe VI de l'Accord bilatéral contient une brève description résumée des types de services visés qui est identique à l'annexe 4 de l'appendice I à l'AMP déposée par la Suisse,

que la liste des services assujettis à l'Accord bilatéral est basée sur la classification centrale provisoire des produits (CPC) reproduite dans le document MTN.GNS/W120,

qu'en droit fédéral également, la LMP ne s'applique qu'à cette liste limitative de services, reprise à l'annexe 1a à l'OMP (art. 5 al. 1 let. b LMP ainsi que l'art. 3 al. 2 et l'annexe 1a OMP ; ATAF 2008/48 consid. 2.3),

qu'en l'espèce, le marché litigieux de prestations de coordonnateur de sécurité sur les chantiers du CEVA constitue à l'évidence un marché de services classé, selon l'appel d'offres du 12 avril 2010, dans la catégorie CPC "Architecture, conseils et études techniques, services techniques intégrés, aménagement urbain et architecture paysagère ; conseils afférents à caractère scientifique et technique",

que la décision d'adjudication désigne pour sa part la catégorie CPC "Conseil en gestion et services connexes",

que, dans la mesure où ces deux catégories de services figurent dans la liste énumérée à l'annexe VI de l'Accord bilatéral, les prestations de coordonnateur de sécurité en cause constituent des services assujettis à l'Accord bilatéral,

que la valeur seuil prévue à l'art. 1 let. b de l'ordonnance du Département fédéral de l'économie du 11 décembre 2009 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour le premier semestre de l'année 2010 (RS 172.056.12), en lien avec l'art. 6 al. 1 let. b LMP est, en l'espèce, largement atteinte (à noter que la valeur seuil prévue dans l'Accord bilatéral est également dépassée [400'000.- euros ; art. 3 par. 4 let. a/ii de l'Accord bilatéral]),

qu'aucune des exceptions prévues à l'art. 3 LMP n'est en l'espèce réalisée,

qu'il ressort de ce qui précède que la LMP est applicable,

que, selon l'art. 48 al. 1 PA, auquel renvoie l'art. 26 al. 1 LMP, 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,

qu'en tant que soumissionnaire évincé, la recourante a qualité pour recourir contre la décision d'adjudication du 7 septembre 2010,

que l'adjudicataire conteste toutefois la qualité pour recourir de la recourante, cette dernière ayant été exclue de la procédure de soumission par décision du 28 octobre 2010,

que la recourante a contesté cette décision dans son recours du 16 novembre 2010,

que la qualité pour recourir de la recourante dans la cause relative à la décision d'adjudication du 7 septembre 2010 dépend – même en se fondant sur l'argumentation développée par le pouvoir adjudicateur – du sort du recours du 16 novembre 2010 contre la décision d'exclusion du 28 octobre 2010 (voir en ce sens : arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1470/2010 du 29 septembre 2010 consid. 1.7.2),

que, comme nous le verrons ci-après, on ne saurait déjà admettre prima facie que le recours du 16 novembre 2010 est voué à l'échec, bien au contraire,

qu'ainsi donc, la recevabilité du recours du 11 octobre 2010 contre la décision d'adjudication du 7 septembre 2010 est vraisemblable,

que les dispositions relatives à la représentation (art. 11 PA), au délai de recours (art. 30 LMP), à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 52 al. 1 PA) ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont par ailleurs réalisées,

qu'il y a donc lieu d'entrer en matière sur la demande d'effet suspensif de la recourante,

qu'à la différence de l'art. 55 al. 1 PA, l'art. 28 al. 1 LMP prévoit que le recours n'a pas effet suspensif,

que, sur demande, le Tribunal administratif fédéral peut accorder l'effet suspensif (art. 28 al. 2 LMP),

que la LMP ne mentionne pas les critères qui devraient être pris en considération pour décider de l'octroi de l'effet suspensif,

que, selon les principes développés par la doctrine et la jurisprudence à propos de l'art. 55 PA, auxquels il convient de se référer, l'octroi, le retrait ou la restitution de l'effet suspensif résultent d'une comparaison des intérêts à l'exécution immédiate de la décision, d'une part, et au maintien du régime antérieur jusqu'à droit connu, d'autre part,

qu'il s'agit donc de procéder à une pondération des intérêts publics et privés, respectivement des intérêts privés divergents (ATF 129 II 286 consid. 3, 117 V 185 consid. 2b, 110 V 40 consid. 5b, 106 Ib 115 consid. 2a ; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 385 ss ; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, 2e éd., Berne 2002, p. 680 ss),

que la réglementation spéciale de l'art. 28 LMP montre que le législateur était conscient de la portée d'un tel effet dans le domaine des marchés publics et qu'il a voulu que cette question soit examinée de cas en cas,

que cela ne signifie toutefois pas que l'effet suspensif ne peut être accordé qu'exceptionnellement (ATAF 2007/13 consid. 2.1 et les réf. cit. ; décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 2.1 et 2.2),

que, disposant d'une certaine marge d'appréciation, l'autorité se fonde en principe sur les documents qui sont dans le dossier et examine prima facie la requête d'effet suspensif, sans ordonner des compléments de preuves (ATF 117 V 185 consid. 2b, 110 V 40 consid. 5b, 106 1b 115 consid. 2a),

que, dans le cadre de l'examen de la requête d'effet suspensif, la jurisprudence prescrit un examen prima facie de l'apparence du bien-fondé du recours,

que, si dans le cadre d'un examen prima facie sur la base du dossier, la recevabilité du recours apparaît invraisemblable ou si un recours recevable apparaît manifestement mal fondé, la demande d'effet suspensif est d'emblée vouée à l'échec,

qu'en revanche, si la recevabilité du recours paraît prima facie vraisemblable ou douteuse et que le recours ne paraît pas dénué de chances de succès ou qu'il existe des doutes à ce propos, la pondération des intérêts doit être effectuée (décisions incidentes du Tribunal administratif fédéral B-3311/2009 du 16 juillet 2009 consid. 2.2 et B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1),

que, selon la jurisprudence, il convient, dans la pondération des intérêts, de tenir compte de ceux des recourants consistant au maintien de la possibilité d'obtenir l'adjudication,

qu'à ces intérêts s'opposent les intérêts publics pris en compte par le pouvoir adjudicateur (ATAF 2007/13),

qu'il convient toutefois de reconnaître un poids considérable à l'intérêt public à une exécution aussi rapide que possible de la décision d'adjudication (ATAF 2008/7 consid. 3.3 et les réf. cit.),

qu'il sied par ailleurs de veiller à ne pas rendre illusoire la garantie d'une protection juridique efficace (ATAF 2007/13 consid. 2.2 et les réf. cit.),

que les éventuels intérêts de tiers, notamment des autres participants à une procédure de marchés publics, doivent également être pris en considération,

que la recourante fait valoir que la décision est illégale, donc arbitraire,

que la décision admettrait d'abord à tort que l'offre de l'adjudicataire répondait au critère d'aptitude,

qu'en ce sens, l'offre ne contiendrait aucune référence pertinente en vu de satisfaire au critère d'aptitude, de sorte qu'elle aurait dû être exclue,

qu'en outre, ladite offre n'aurait pas dû recevoir des appréciations aussi positives que celles attribuées aux sous-critères d'adjudication qualités et références du chef de projet et de son remplaçant (sous-critères 1.1 et 1.2), organisation (sous-critère 2.3) et disponibilité (sous-critère 3.1),

qu'en effet, l'équipe présentée par l'adjudicataire présenterait, selon la recourante, des manques interdisant une notation aussi favorable, en raison autant du défaut d'expérience des intéressés exigée par ce type de chantier que de la petite taille de l'équipe excluant une disponibilité suffisante et conduisant à des absurdités s'agissant du contrôle de qualité,

que, sous l'angle formel tout d'abord, si la recevabilité du recours du 11 octobre 2010 est liée à l'issue du recours formé contre la décision d'exclusion du 28 octobre 2010, il semble que cette dernière ait été prononcée en violation des règles de procédure,

qu'il apparaît en effet que le pouvoir adjudicateur a prononcé cette décision sans avoir entendu la recourante sur les motifs d'exclusion,

qu'à cela s'ajoute que cette décision modifie la décision d'adjudication au détriment de la recourante,

qu'or, s'il est vrai que l'autorité inférieure peut, jusqu'à l'envoi de sa réponse, procéder à un nouvel examen de la décision attaquée (art. 58 al. 1 PA), elle n'a pas la possibilité de modifier la décision attaquée en défaveur du recourant (ANDREA PFLEIDERER, in : Bernhard

Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], Praxiskommentar VwVG, Berne 2009, n° 39 ad art. 58),

que, comme le reconnaît lui-même le pouvoir adjudicateur, la compétence de procéder à une reformatio in pejus revient, en vertu de l'effet dévolutif du recours, à l'autorité de recours (cf. art. 62 al. 2 PA ; PFLEIDERER, op. cit., n° 39 ad art. 58),

que sur le fond ensuite, on ne saurait dire, à ce stade de la procédure, que le recours est voué à l'échec et que c'est à bon droit que la recourante a été exclue de la procédure de soumission,

que le Tribunal doit en effet procéder à des mesures d'instruction en vu de clarifier certains éléments essentiels relatifs aux évaluations des offres de la recourante et de l'adjudicataire,

que l'adjudicataire conclut au rejet de la demande d'effet suspensif de la recourante,

qu'il fait valoir en substance l'intérêt privé à pouvoir exécuter les prestations qui font l'objet du marché litigieux dans les meilleurs délais,

que l'intérêt privé de l'adjudicataire ne saurait toutefois prévaloir sur celui de la recourante à pouvoir obtenir l'adjudication,

qu'au demeurant, comme on le verra ci-dessous, l'exécution des prestations du marché litigieux doit débuter à partir d'avril 2011 seulement selon la planification du pouvoir adjudicateur,

que le pouvoir adjudicateur conclut, pour sa part, à ce que la demande d'effet suspensif soit partiellement rejetée, en ce sens qu'il est autorisé à confier à l'adjudicataire l'exécution des prestations de coordination sécurité chantier qui sont nécessaires au démarrage des travaux durant les trois mois précédant celui-ci,

qu'il expose que certaines prestations faisant partie du marché doivent débuter au plus tard trois mois avant le démarrage des travaux, espéré pour le début du mois de juillet 2011, en se fondant notamment sur un avis de la SUVA du 21 décembre 2010 relatif aux prestations à entreprendre avant l'ouverture des chantiers,

que le Tribunal prend note que le pouvoir adjudicateur ne s'oppose pas à l'octroi de l'effet suspensif pour l'essentiel des prestations du marché litigieux,

que tant la recourante et que l'adjudicataire n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur la proposition du pouvoir adjudicateur,

que le pouvoir adjudicateur doit raisonnablement prendre en compte dans la planification l'éventualité que ses décisions fassent l'objet de recours,

qu'in casu, il ne fait aucun doute que la décision d'exclusion a prolongé la procédure de recours contre la décision d'adjudication du 7 septembre 2010,

que cet allongement aurait vraisemblablement pu être évité si le pouvoir adjudicateur s'était limité à invoquer les motifs d'exclusion dans ses observations relatives au recours formé contre cette décision d'adjudication,

qu'il serait dans ces conditions inéquitable que la recourante soit la seule à en supporter les conséquences,

que dans ces circonstances, rien ne s'oppose à ce que l'effet suspensif "total" soit octroyé au recours du 11 octobre 2010,

qu'avec l'aide des parties, le Tribunal s'efforcera toutefois de statuer sur le fond dans les meilleurs délais,

que si, pour une raison ou pour une autre, le Tribunal devait s'apercevoir que son objectif devenait inatteignable et que le début des travaux devait se confirmer pour juillet 2011, il conserverait la faculté de prendre, dans l'intervalle, les mesures provisionnelles nécessaires (voir p. ex. en ce sens : décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-1470/2010 du 30 juin 2010),

que cela devrait suffire à limiter les conséquences redoutées par le pouvoir adjudicateur,

que la recourante requiert la jonction des causes, alors que le pouvoir adjudicateur s'y oppose,

qu'à ce stade, cette question peut rester ouverte,

que toutefois, le Tribunal entend instruire conjointement les deux procédures de recours pour des raisons pratiques et liées à l'économie de la procédure,

qu'il convient d'ordonner un second échange d'écritures (cf. art. 57 al. 2 PA),

que les parties sont priées de déposer des écritures claires, précises et synthétiques ainsi que de s'en tenir scrupuleusement aux délais qui leurs seront impartis,

que, s'agissant de la consultation du dossier, les parties ont déclaré qu'elles ne s'opposaient pas à ce que leurs offres soient communiquées de part et d'autre,

que la question des frais et dépens liés à la présente décision incidente sera réglée dans le cadre de l'arrêt final,

le Tribunal administratif fédéral prononce :

I. Effet suspensif

1.
La requête d'octroi de l'effet suspensif de la recourante est admise.

2.
Invite la recourante et l'adjudicataire à se prononcer jusqu'au **21 février 2011** sur la proposition du pouvoir adjudicateur quant à l'octroi d'un effet suspensif partiel au recours, en ce sens qu'est confiée à B._____ SA l'exécution des prestations de coordination sécurité chantier qui doivent être entreprises au plus tard trois mois avant le début des travaux.

3.
Les frais de procédure et les dépens relatifs à la présente décision incidente seront réglés dans la décision au fond.

II. Instruction de la cause B-7337/2010

4.
(…)

5.
(…)

6.
(…)

7.
(…)

7.1. (…)

7.2. (…)

7.3. (…)

III. Instruction de la cause B-8062/2010

1.
(…)

2.
(…)

3.
(…)

4.
(…)

5.
La présente décision incidente est adressée :

– à la recourante (par fax et par courrier recommandé avec avis de réception ; annexes selon ch. 4, 5 et 8 du dispositif)
– à l'adjudicataire (par fax et par courrier recommandé avec avis de réception ; annexes : selon ch. 5 et copie du courrier de la recourante du 19 janvier 2011)

– au pouvoir adjudicateur (par fax et par courrier recommandé avec avis de réception ; annexe : selon ch. 4 et copie du courrier de la recourante du 19 janvier 2011)

Le président du collège : Le greffier :

Bernard Maitre Olivier Veluz

Indication des voies de droit :

Pour autant que les conditions au sens des art. 82 ss – en particulier l'art. 83 let. f –, 90 ss et 100 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110) soient remplies, le chiffre 1 du dispositif de la présente décision peut être attaqué 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. 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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 1er février 2011