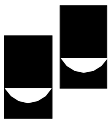
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour I
A-3163/2009
{T 1/2}

Arrêt du 27 mai 2010

Composition

Jérôme Candrian, président du collège,
Kathrin Dietrich, André Moser, juges,
Gilles Simon, greffier.

Parties

Compagnie des Transports en commun de Neuchâtel et environs (Transports publics du Littoral neuchâtelois TN), 2000 Neuchâtel, représentée par Me Blaise Péquignot, avocat, Trésor 9, case postale 2232, 2001 Neuchâtel 1,
recourante,

contre

Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication DETEC, Palais fédéral Nord, 3003 Berne,
autorité inférieure,

ainsi que

1. **Office fédéral des transports OFT**,
Section trafic voyageurs, 3003 Berne,
2. **Office des transports du canton de Neuchâtel**,
Rue de Tivoli 5, case postale 24, 2003 Neuchâtel,
3. **Office des transports publics du canton de Berne**,
Reiterstrasse 11, 3001 Berne,
adjudicateurs,

et

CarPostal Suisse SA,
agissant par La Poste Suisse, Service juridique,
Viktoriastrasse 21, case postale,
3030 Berne,
adjudicataire intimée.

Objet

Litige en matière de procédure de commande de prestations de transport.

Faits :

A.
L'Office des transports du canton de Neuchâtel, l'Office des transports publics du canton de Berne et l'Office fédéral des transports (OFT) ont, en tant que commanditaires (ci-après également: pouvoir adjudicateur ou adjudicateurs), publié dans les Feuilles officielles du canton de Neuchâtel, le 13 juillet 2007, et du canton de Berne, le 18 juillet 2007, un appel d'offres afin d'attribuer les lots suivants de lignes de transports réguliers de personnes par bus dans la région du plateau de Diesse et de l'Entre-deux-Lacs (ci-après: l'Appel d'offres) :

Lot 1 :

- 21.031 St Blaise – Enges – Lignières
- 21.032 La Neuveville – Le Landeron – Plateau de Diesse, et divers transports d'écoliers

Lot 2 :

- 21.xxx Marin – Le Landeron – La Neuveville (nouvelle ligne).

Les prestations faisant l'objet de l'Appel d'offres devaient être mises en exploitation le 14 décembre 2008. L'attribution de l'exploitation (l'adjudication) devait valoir de décembre 2008 à décembre 2012 (soit quatre ans) pour chacun des deux lots (avec une réserve pour l'année 2012 s'agissant du lot 2, selon le résultat de fréquentation de la ligne durant la période d'essai). Il était prévu que, pour le cas où, en raison de recours éventuels contre l'adjudication, aucune décision d'adjudication ne devait être juridiquement valable au 31 mai 2008, les adjudicateurs se réservaient le droit de commander une solution provisoire quelle qu'elle soit. Il était également précisé que l'adjudicataire devrait déposer une demande d'octroi de concession pour le transport de voyageurs auprès de l'OFT.

Les deux lots pouvaient être adjugés séparément ou conjointement si des synergies d'exploitation étaient possibles. Il était en revanche précisé que des offres partielles à l'intérieur d'un lot ne seraient pas agréées.

B.
B.a Les documents de l'Appel d'offres ont été mis à la disposition des éventuels soumissionnaires à partir du 18 juillet 2007. Les offres devaient parvenir au pouvoir adjudicateur (soit, pour lui, à l'Office des transports du canton de Neuchâtel), au plus tard le 22 octobre 2007.

Des compléments d'information pouvaient lui être demandés jusqu'au 17 août 2007.

Il ressort de l'Appel d'offres que, s'agissant de la *ligne 21.031* (lot 1), déjà existante et alors exploitée par CarPostal Suisse SA (ci-après: CarPostal), l'horaire 2007 devait servir de base à l'élaboration de l'offre. Concernant la *ligne 21.032* (lot 1), également existante et exploitée par CarPostal, quelques points relatifs à la desserte des établissements scolaires étaient précisés ; pour le surplus, l'horaire 2007 devait également servir de base pour l'offre. Enfin, concernant la *nouvelle ligne 21.xxx* (lot 2), l'Appel d'offres – qui contenait, en annexe, une proposition d'horaire comprenant 9 paires de courses du lundi au vendredi – précisait que la ligne allait de Marin à La Neuveville et qu'elle devait être calculée comme telle ; il était encore précisé qu'une variante d'offre jusqu'au Landeron devait également être présentée dans le calcul des offres et que cette variante ne serait pas considérée comme une variante d'entreprise.

Enfin, de façon globale, l'Appel d'offres contenait la précision suivante s'agissant des variantes d'entreprise : « Une variante d'entreprise par lot est autorisée pour chaque soumissionnaire, dans la mesure où elle garantit en termes d'espaces-temps une desserte de qualité à peu près semblable ou meilleure que la variante de base. Un écart par rapport aux fréquences de desserte (nombre d'aller et retour) et aux correspondances prévues sur les lignes doit faire l'objet d'une justification. La variante de base doit être proposée dans tous les cas (...). » (Appel d'offres, chap. 3.2, p. 11).

B.b Par lettre du 7 septembre 2007, l'Office des transports du canton de Neuchâtel a répondu aux questions posées par les entreprises soumissionnaires inscrites dans les délais. Ainsi, par courriel du 17 août 2007, les Transports publics du Littoral neuchâtelois (ci-après: les TN) avaient notamment posé la question suivante à propos de la proposition d'horaire pour le lot 2 : « L'horaire mentionné pour le lot 2 n'est pas réalisable avec des véhicules de transports publics (temps de parcours trop restreint). Devons-nous vous fournir une calculation indicative malgré ce fait ou se limiter à la variante d'entreprise ? » (question 10).

Et l'Office des transports du canton de Neuchâtel lui a répondu comme suit : « Les horaires tels que proposés n'ont pas été vérifiés par une entreprise de transport. Ils résultent d'une estimation de l'office des transports du Canton de Neuchâtel sur la base de lignes du trafic régional comparables. Selon le formulaire 2

pour la ligne du lot 2, il est demandé 2 variantes d'offre, la première comprenant le trajet entre Marin et La Neuveville et la deuxième entre Marin et Le Landeron. Les correspondances doivent **impérativement** être données à Marin sur la S5 en direction de Berne (courses 1, 3, 5 et 7) et en provenance de Berne pour les courses 12, 14, 16 et 18 et en provenance de Fribourg pour les courses 4, 6, 10 et en direction de Fribourg pour les courses 11, 13, 15 et 17. Les courses 2, 8 et 9 doivent répondre aux besoins scolaires de la commune de Thielle-Wavre, à noter que la course n°3 est avancée pour respecter le début des cours à 8h15 à Saint-Blaise. En fonction des exigences ci-dessus, l'entreprise calcule son offre en planifiant le nombre de véhicules qu'**elle juge indispensable**. Le calcul de ces 2 offres n'est pas considéré comme une variante d'entreprise. »

C.
Deux entreprises ont soumis leurs offres de transport dans le délai fixé au 22 octobre 2007, à savoir CarPostal et les TN. CarPostal a présenté les offres demandées pour les lots 1 et 2. Quant aux TN, ils ont indiqué qu'ils n'avaient pu fournir d'offre concurrentielle pour le lot 1, ni de variante de base pour le lot 2 ; ils ne déposaient donc qu'une variante d'entreprise pour le lot 2. L'Office des transports du canton de Neuchâtel a procédé à l'ouverture des offres le 24 octobre 2007, et a fait parvenir le résumé du procès-verbal d'ouverture des offres aux deux entreprises intéressées le 31 octobre 2007.

D.
Par lettre recommandée du 30 janvier 2008, le pouvoir adjudicateur, a, suite à l'examen des offres, informé les deux entreprises concernées de l'attribution des lots 1 et 2 à CarPostal, en précisant que, en cas de désaccord avec cette attribution, il était possible d'exiger dans les 30 jours une décision d'adjudication susceptible de recours auprès du DETEC. Ont été adjoints à cette lettre le procès-verbal d'ouverture des offres du 24 octobre 2007, un document portant les résultats des critères et pondérations retenus, ainsi qu'un document qui, notifié uniquement aux TN, les a informés des raisons de l'exclusion de leur offre, à savoir le fait que, contrairement aux critères de recevabilité du dossier d'Appel d'offres, elle ne comportait, s'agissant du lot 2, qu'une variante d'entreprise et aucune offre de base.

E.
Par lettre du 8 février 2008, les TN ont demandé au Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) de rendre une décision susceptible de

recours. Dans leur lettre complémentaire du 25 février 2008, les TN ont contesté tant l'attribution du mandat à CarPostal que leur élimination de la procédure.

Invité par le DETEC à se prononcer, le pouvoir adjudicateur a, dans ses déterminations y afférentes du 20 mars 2008, conclu à ce que soient confirmés tant l'exclusion de l'offre des TN de la procédure d'évaluation des offres que l'adjudication du mandat à CarPostal.

F.
Par lettre du 20 août 2008, l'OFT a demandé au DETEC l'approbation d'une offre provisoire pour les prestations de transport en trafic régional voyageurs, dans la région du Plateau de Diesse et de l'Entre-deux-Lacs, pour la période de l'horaire 2009, allant du 14 décembre 2008 au 12 décembre 2009 ; durant cette période, l'exploitation des lignes existantes (lot 1) ainsi que de la nouvelle ligne (lot 2) devait être confiée à CarPostal. Le DETEC a approuvé cette offre provisoire, en date du 1er septembre 2008.

G.
Par ailleurs, et parallèlement à la procédure d'appel offres, le DETEC a, par décision du 12 décembre 2008, d'une part octroyé à CarPostal une concession de transport par autobus pour la nouvelle ligne (faisant partie du lot 2 de la procédure d'appel d'offres), à partir du 15 décembre 2008 et jusqu'au 14 décembre 2009 ; et, d'autre part, renouvelé, jusqu'au 14 décembre 2009, la concession de transport par autobus octroyée à CarPostal pour les deux lignes existantes (faisant partie du lot 1 de la procédure d'appel d'offres). Ce faisant, le DETEC a, en particulier, rejeté les arguments invoqués par les TN pour s'y opposer, en considérant que ceux-ci – afférents aux horaires, aux choix de parcours ou encore au statut du personnel – relevaient non de la procédure d'octroi de la concession demandée, mais de la procédure de commande en suspens. Le DETEC a en outre privé de l'effet suspensif les éventuels recours contre sa décision du 12 décembre 2008, qui n'a pas été contestée.

H.
Par décision « sur un litige en matière de procédure de commande » du 31 mars 2009, le DETEC, retenant que les TN n'avaient proposé qu'une variante d'entreprise mais pas d'offre de base pour le lot 2, alors que l'Appel d'offres précisait expressément qu'une variante de base devait être proposée "dans tous les cas", a prononcé l'exclusion

de la procédure de commande de l'offre des TN pour le lot 2. Par ailleurs, en se référant aux griefs soulevés par les TN, le DETEC a précisé, d'une part, que le fait qu'un seul soumissionnaire demeurait après l'exclusion des TN n'emportait pas l'annulation de la procédure de soumission, et, d'autre part, que les conditions de l'appel d'offres du lot 2 n'étaient pas techniquement irréalisables. Enfin, le DETEC a retiré l'effet suspensif à un éventuel recours en raison de « l'intérêt public prépondérant que représente la mise en exploitation des lignes faisant l'objet de l'appel d'offres ».

I.

I.a En date du 15 mai 2009, les TN (ci-après: la recourante) ont saisi le Tribunal administratif fédéral (le Tribunal) d'un recours contre la décision du DETEC (ci-après: l'autorité inférieure) du 31 mars 2009. Ils demandent, à titre préalable, la restitution de l'effet suspensif au recours ; ils concluent, ensuite, 1°) à l'annulation de la décision du 31 mars 2009, 2°) à l'annulation de la procédure de commande de prestations de transport en trafic régional voyageurs dans la région du Plateau de Diesse et de l'Entre-deux-Lacs, et 3°) à ce qu'une nouvelle procédure de commande soit ordonnée ; le tout sous suite de frais et dépens.

I.b Par écritures des 3 et 12 juin 2009, l'autorité inférieure a pris position sur la demande de restitution de l'effet suspensif et sur le recours lui-même, en concluant à leur rejet. Elle s'est également prononcée sur le statut procédural de CarPostal par écriture du 16 juin 2009.

Invitée à se prononcer sur ces écritures, la recourante a, en dates des 9 et 17 juillet 2009, maintenu ses conclusions ; elle a en particulier précisé que le litige en cause n'avait pas seulement trait à son exclusion, mais aussi à l'attribution faite à CarPostal, ce qui justifiait la restitution de l'effet suspensif à son recours. Se sont également prononcés sur la question de l'effet suspensif CarPostal (le 13 août 2009), l'OFT (le 3 septembre 2009) et l'Office des transports du canton de Neuchâtel (le 4 septembre 2009), tous concluant à ce que celui-ci ne soit pas restitué au recours.

I.c Par décision incidente du 17 septembre 2009, le Tribunal administratif fédéral a rejeté la requête de restitution de l'effet suspensif de la recourante, cela notamment au motif qu'une

interruption – même de durée limitée – de l'exploitation des lignes de bus concernées par les lots 1 et 2 irait à l'encontre de l'intérêt public, tout en n'étant d'aucun bénéfice à la recourante.

I.d Par écriture du 16 septembre 2009, l'OFT a communiqué au Tribunal les observations communes des adjudicateurs sur le fond du recours, en concluant au rejet de celui-ci. En substance, le pouvoir adjudicateur se rallie aux motifs figurant dans la prise de position de l'autorité inférieure du 12 juin 2009. Enfin, CarPostal s'est prononcée sur le fond du recours en date du 18 septembre 2009, en concluant à son rejet.

L'échange d'écritures a été clos par ordonnance du 28 octobre 2009, et, sous réserve de mesures d'instruction, la cause a ensuite été gardée à juger.

J.
Il sera revenu au besoin sur les faits et arguments des parties dans la partie en droit qui suit.

Droit :

1.
1.1 La procédure de recours est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF). Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (art. 7 PA). Conformément à l'art. 31 LTAF, il connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA, prises par les autorités mentionnées aux art. 33 et 34 LTAF, et pour autant qu'il n'y ait pas de motif d'exclusion du recours au sens de l'art. 32 LTAF.

En l'occurrence, le recours est dirigé contre la décision du DETEC du 31 mars 2009 qui, prise sur le fondement de l'art. 51 al. 4 de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (LCdF, RS 742.101), et statuant sur un litige en matière de procédure de commande, remplit les conditions de l'art. 5 al. 1 PA. L'art. 51 al. 4 LCdF, dans sa teneur en vigueur lors de la décision attaquée (sur le droit applicable au présent litige, voir consid. 2.2 ci-après), stipule que,

en cas de litige en matière de procédure de commande entre les cantons, les entreprises de transport et les autorités fédérales chargées de négocier les conventions relatives aux offres à indemniser au sens de l'art. 49 al. 1 LCdF, il appartient au DETEC de trancher. Celui-ci faisant partie des autorités dont les décisions sont susceptibles de recours auprès du Tribunal administratif fédéral (art. 33 let. d LTAF), et la décision attaquée n'entrant pas dans le champ d'exclusion de l'art. 32 LTAF, le Tribunal est compétent pour connaître du litige.

1.2 La question de savoir si la décision attaquée est une décision finale (en ce sens qu'elle met un terme définitif à l'instance pour la recourante) ou, comme l'affirme la recourante, une décision partielle ou incidente (en ce sens qu'elle intervient dans le cadre de la procédure de commande sans y mettre fin), peut être laissée ouverte.

La distinction entre décision finale et décision incidente n'est pas toujours aisée (sur cette question, voir notamment PIERRE MOOR, Droit administratif, Vol. II, 2e éd., Berne 2002, ch. 2.2.4.1, p. 226). Là où le recours est possible contre une décision finale, il ne le sera contre une décision incidente que si celle-ci est susceptible de causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 46 al. 1 PA). Pour lors, dans le cas d'espèce, il ne peut être contesté que *l'exclusion* de la recourante de la procédure de commande est susceptible de lui causer un préjudice irréparable, indépendamment même de *l'adjudication* en faveur de CarPostal ; il en découle que le recours auprès du Tribunal administratif fédéral est de toute manière possible.

1.3 Déposé en temps utile par la destinataire de la décision attaquée (cf. art. 22 ss, 48 et 50 PA), le recours répond aux exigences de forme prévues à l'art. 52 PA.

Il convient donc d'entrer en matière sur le recours.

2.

2.1 Conformément à l'art. 49 PA, le recourant peut, de manière générale, invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ou l'inopportunité. Le Tribunal applique

le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise. La procédure est régie par la maxime inquisitoriale, ce qui signifie que le Tribunal définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (art. 12 PA). Les parties doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA) et motiver leur recours (art. 52 PA).

En l'espèce, la recourante invoque en griefs une violation de la loi au sens de l'art. 49 PA, spécialement de l'art. 51 al. 4 LCdF, ainsi que l'arbitraire, respectivement le déni de justice.

2.2 S'agissant du droit de fond applicable, il y a lieu de relever, à titre liminaire, que la procédure de commande concernée par la présente procédure a changé au 1er janvier 2010, l'appel d'offres étant – en substance – désormais obligatoire et non plus facultatif (cf. Message du 23 février 2005 sur la réforme des chemins de fer 2, FF 2005 2269, en particulier chap. 1.2.6.1.4 2329 ss). Ce changement a ainsi impliqué l'instauration de nouvelles normes légales, respectivement la modification de normes préexistantes (cf. loi du 20 mars 2009 sur la réforme des chemins de fer 2 [Révision des actes normatifs relatifs aux transports publics], RO 2009 5597). Il ne sera toutefois pas fait application de ce nouveau droit ici, le droit applicable étant celui en vigueur au moment des faits, soit au moment de la décision attaquée (cf. MOOR, op. cit., ch. 2.5.2.3, p. 170 ss). Le fait d'appliquer la réglementation en vigueur au moment du prononcé de la première décision correspond au demeurant à un principe général en droit public (cf. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5ème édition, Zurich 2006, n. 326 ss; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-2396/2007 du 15 août 2007 consid. 5 et les réf. citées, A-1778/2006 du 7 mars 2007 consid. 1.2).

3.
Avant d'examiner les griefs soulevés par la recourante, il convient de rappeler le système prévu et mis en place par le législateur, au moment où la décision en recours a été prise, ainsi que le lien entre la procédure d'octroi de concession et la procédure de commande de transports publics. Il est à préciser que l'ancien droit ici présenté – et quand bien même il a depuis été abrogé – sera évoqué au temps présent.

3.1 Concernant d'abord l'*octroi de concessions* (qui ne fait pas l'objet du litige), la loi fédérale du 18 juin 1993 sur le transport de voyageurs (LTV, RS 744.10) fixe, en son article 2, le principe selon lequel la Confédération a le droit exclusif d'assurer le transport régulier de voyageurs, et prévoit que le DETEC peut, après avoir entendu les cantons concernés, octroyer des concessions pour le transport régulier de personnes effectué à titre professionnel (art. 4 al. 1 LTV). La concession donne le droit exclusif à l'entreprise de transport qui en bénéficie d'effectuer des transports de personnes sur les trajets ou les lignes concernés (voir à ce sujet FELIX UHLMANN/REGULA HINDERLING, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Vol. IV, Verkehrsrecht, éd. par Georg Müller, Bâle 2008, p. 77 ss). Selon les termes du Message du 13 novembre 1996 à l'appui de la réforme du droit des chemins de fer, modification qui a également eu des conséquences sur la LTV, l'instrument de la concession a pour but d'assurer un service public des transports efficace et couvrant au mieux le territoire suisse (FF 1997 I 853 ss, spéc. 860 ss, 875 ss). A cet égard, et conformément à l'art. 4 al. 2 let. a et b LTV, l'entreprise qui requiert l'octroi d'une concession doit prouver que la prestation de transport devant être fournie en vertu de la concession peut l'être de façon appropriée et économique et qu'il n'y a pas création de concurrence au détriment de l'offre actuelle des autres entreprises de transport public.

3.2 Concernant ensuite la *procédure de commande* de transport public en litige ici, celle-ci est régie par la LCdF, plus particulièrement par ses articles 49 et suivants, dispositions applicables en vertu de l'art. 95 al. 2 de cette même loi. L'art. 49 LCdF prescrit que, pour l'offre de transport qu'ils commandent conjointement, la Confédération et les cantons indemnisent les entreprises de transport des coûts non couverts planifiés. L'art. 51 LCdF précise notamment que la procédure de commande est réglée par le Conseil fédéral, lequel a exécuté ce mandat en adoptant l'ordonnance du 18 décembre 1995 sur les indemnités, les prêts et les aides financières selon la loi sur les chemins de fer (ordonnance sur les indemnités [OIPAF, RS 742.101.1]).

A teneur des art. 6 et 10 OIPAF, la Confédération et les cantons commandent chaque année l'offre du transport régional des voyageurs en se fondant sur la demande, la procédure étant régie par la procédure ordinaire pour la première année d'horaire et par une

procédure simplifiée les années suivantes. L'offre de transport sera présentée par une entreprise de transport, soit sur demande de la Confédération ou d'un canton, soit sur initiative spontanée de l'entreprise de transport (art. 14 al. 1 et 3 OIPAF). Si les commanditaires acceptent une offre, ils concluent avec l'entreprise de transport une convention ad hoc et lui confirment le montant de l'indemnité pour les coûts non couverts (art. 20 OIPAF). A côté des prescriptions précitées, l'art. 15 OIPAF prévoit que certaines prestations de transport peuvent faire l'objet d'un appel d'offres parmi les entreprises de transport appropriées lorsqu'il est prévu de réaliser d'importantes modifications qui concernent plusieurs lignes ou lorsque les offres de transport ne sont pas satisfaisantes (al. 1) ; par ailleurs, les prestations de transport peuvent faire l'objet d'un appel d'offres à des intervalles que le canton prévoit (al. 2).

La procédure de commande prévue par la LCdF a pour finalité la conclusion d'une convention sur l'offre de prestation de transport à indemniser. Il s'agit d'une convention portant sur une subvention (cf. décision du Conseil fédéral du 16 janvier 2002, in Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 66.46 consid. 2.4.1). Cette procédure est réglée par les principes découlant de la législation sur les indemnités et non par le droit des marchés publics. Dès lors, dans le cadre de la procédure de commande, l'appel d'offres constitue un appel de demandes de subvention et la « décision d'adjudication » représente le choix par les commanditaires de l'entreprise de transport avec laquelle ils souhaitent conclure une convention sur l'offre au sens des art. 51 al. 3 LCdF et 20 OIPAF.

3.3 Des différentes dispositions précitées, il résulte que le législateur fédéral a voulu, d’un côté, que les entreprises de transport disposent de concessions de manière à protéger, durant la période de validité des dites concessions, les investissements consentis, et, de l’autre, que les entreprises soient soumises à une certaine pression de la concurrence et ce, plus spécifiquement dans le domaine des transports régionaux, transports qui font l’objet du versement d’indemnités en cas de déficit dûment attesté dans une convention à l’issue de la procédure de commande prévue par les art. 49 ss LCdF et l’OIPAF. Il s’ensuit que, pour le transport régional régulier de personnes, l’entreprise doit disposer non seulement d’une *concession* pour le transport de personnes (à côté d’autres autorisations éventuellement nécessaires), mais aussi d’une *convention de*

commande conclue à l'issue de la procédure d'appel d'offres. Ces deux instruments exercent une influence l'un sur l'autre et doivent être coordonnés, sans pour autant être liés de manière indissociable et tout en faisant l'objet de procédures distinctes (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2P.315/2004 du 26 avril 2005 consid. 2.3; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-330/2007 du 12 juillet 2007 consid. 4.7 et A-7822/2007 du 23 juillet 2008 consid. 5 ss).

3.4

3.4.1 L'autorité inférieure a codifié sa pratique de l'appel d'offres, en édictant le "Guide de l'appel d'offres pour les prestations des transports publics (secteur des bus)" (à l'époque version du 1er mars 2006, actuellement version du 1er juillet 2007). L'autorité inférieure décrit elle-même cet écrit comme un document n'ayant pas de caractère normatif, mais comme une aide à l'interprétation des dispositions légales (Guide, ch. 1.1, p. 1). Le Tribunal a déjà eu l'occasion de considérer que le Guide allait « dans le sens voulu par le législateur tout en ordonnançant quelque peu le système qui résulte des dispositions légales applicables » (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-8480/2007 du 6 juillet 2009 consid. 6.6).

En l'occurrence, l'Appel d'offres du 13 juillet 2007 précisait, en son chiffre 2.2 (type de procédure), qu'il s'agissait d'une procédure ouverte qui ne relevait pas du droit des marchés publics, mais qui était régie par les dispositions de l'OIPAF concernant la procédure d'appel d'offres et de commande. Il était également indiqué que les bases juridiques de la Confédération en matière de marchés publics pouvaient être consultées à titre subsidiaire en guise d'orientation, et que la version 1 du Guide du 1er mars 2006 précité pouvait également l'être à titre d'information.

3.4.2 En ce qui concerne l'aspect procédural, il s'agit de se référer à l'art. 51 al. 4 LCdF, qui donne la compétence au DETEC de trancher en cas de litige en matière de procédure de commande. Le Guide reprend ceci en ses chapitres 2.4 et 2.5, en précisant qu'il revient à la Confédération et aux cantons concernés d'envoyer une lettre concernant l'adjudication (en l'espèce, il s'agit de la lettre du pouvoir adjudicateur du 30 janvier 2008) et que les destinataires de cette lettre ont 30 jours pour demander au DETEC une décision susceptible de recours.

Aussi, dans le cas d'espèce, est-ce à bon droit que les commanditaires ont pu écarter l'offre de la recourante lors de l'examen de la validité formelle des offres présentées (l'examen a porté sur l'intégralité des offres présentées, le respect des délais, le respect des critères fixés et des exigences minimales) et s'abstenir de transmettre d'emblée le dossier au DETEC. C'est ensuite à juste titre que la recourante, qui entendait contester son exclusion de la procédure de commande, s'est adressée à l'autorité inférieure. Celle-ci ayant tranché le litige par décision du 31 mars 2009, et le Tribunal administratif fédéral ayant été saisi d'un recours, il y a donc lieu d'examiner les griefs invoqués par la recourante.

4.
Une partie des griefs soulevés par la recourante porte sur le contenu de l'Appel d'offres des adjudicateurs du 13 juillet 2007, ainsi que sur la possibilité même de le contester à temps par la voie du recours.

4.1 Le premier moyen invoqué par la recourante à ce titre concerne les conditions de l'Appel d'offres du lot 2, qui ne seraient techniquement pas réalisables et qui conduiraient à une variante de base inexécutable. Plus précisément, la recourante affirme que le temps de parcours imposé de 20 minutes entre Marin et Le Landeron est insuffisant, ce parcours nécessitant au minimum 23 minutes ; elle estime que, dans ces conditions, elle ne pouvait faire autrement que de se limiter à proposer une variante d'entreprise – techniquement réalisable, elle – pour le lot 2 ; elle en déduit qu'il était non seulement arbitraire de lui reprocher de ne pas avoir soumis une variante de base irréalisable, mais en plus que l'Appel d'offres, étant vicié ab ovo, devrait être annulé. L'autorité inférieure lui oppose que CarPostal a pu respecter toutes les conditions requises par l'Appel d'offres, ce qui vient bien démontrer que l'exigence de présentation de deux offres de base pour le lot 2 ne constituait en aucun cas une condition techniquement irréalisable eu égard aux indications contenues dans le dossier d'appel d'offres et dans le courrier du 7 septembre 2007 adressé aux soumissionnaires.

Ensuite, et concernant le lot 1, la recourante se plaint du fait que l'autorité inférieure n'a pas examiné son grief consistant à contester les deux exigences contenues dans l'Appel d'offres et portant sur l'obligation de reprendre le personnel et les véhicules ; elle rappelle que c'est notamment parce que l'exigence de reprise du personnel

entravait sa possibilité d'être concurrentielle qu'elle n'a pas pris part à la soumission du lot 1 ; or elle estime que l'autorité inférieure, en ignorant ses griefs, a commis un déni de justice et est tombée dans l'arbitraire.

Enfin, la recourante affirme qu'il lui était impossible de recourir contre l'Appel d'offres dans le délai imparti. Selon elle, le fait que les commanditaires ont répondu aux questions des soumissionnaires par courrier du 7 septembre 2007 ainsi que par un complément du 18 septembre 2007, ne lui permettait plus de recourir à temps.

4.2 Sur le vu de ces différents griefs, il convient d'abord de retenir que la *possibilité même de recourir* contre l'Appel d'offres du 13 juillet 2007 n'a pas été contestée dans la présente procédure, de telle sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir en détail. Tout au plus convient-il de rappeler qu'un tel recours était possible dans un délai de 30 jours à dater de sa publication, comme le mentionne expressément l'Appel d'offres (ch. 6) en faisant référence aux règles générales de la PA relatives à la procédure de recours. L'on relèvera par ailleurs qu'un appel d'offres à teneur de l'art. 29 let. b de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) est également réputé constituer une "décision sujette à recours" ; ainsi, en droit des marchés publics, et au sens de cette dernière disposition, les documents d'un appel d'offres qui contiennent les conditions fixées par l'adjudicateur pour la qualification des candidats font-ils partie intégrante de l'appel d'offres, si bien que les éventuels vices les affectant doivent être contestés, sous peine de forclusion, déjà à ce stade de la procédure (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_107/2007 du 22 janvier 2008 consid. 2.1).

L'appel d'offres dans une procédure de commande de transport public au sens de la LCdF constitue une décision au sens de l'art. 5 al. 1 PA, qui est susceptible de faire grief aux entreprises intéressées à faire acte de candidature. La procédure d'appel d'offres étant sujette à recours dès son lancement, il n'est pas possible d'attendre une décision ultérieure de l'autorité compétente, par exemple une décision de rejet, pour contester le texte de l'appel d'offres et, en particulier, les conditions de recevabilité qu'il pose. C'est en effet la publication de l'appel d'offres qui marque le point de départ de la procédure de sélection des entreprises de transport et, donc, de la procédure contentieuse. Or il est clair que, dans l'espèce, le moyen pris de

l'impossibilité technique de présenter une variante de base pour le lot 2, alors que l'Appel d'offres exigeait le dépôt d'une telle variante (ch. 3.2) et faisait de cette nécessité une condition de recevabilité des offres (ch. 5.2), devait être invoquée par la voie du recours contre l'Appel d'offres, dans la mesure même où celui-ci déterminait les critères de recevabilité des offres. Le chiffre 2.23 de l'Appel d'offres prévoyait d'ailleurs que les soumissionnaires étaient exclus de la procédure notamment si les critères impératifs exigés au chiffre 5.2 précité (soit la nécessité de transmettre les offres intégralement et dans les délais) n'étaient pas remplis. La recourante voit d'ailleurs elle-même l'exigence de déposer une variante de base comme une exigence minimale dont le non-respect constitue un motif d'exclusion de son offre. En d'autres termes, l'exigence du dépôt d'une variante de base pour le lot 2 – qui, selon la recourante, viciait l'Appel d'offres ab ovo – ne pouvait plus être contestée contre la décision finale de rejet notifiée le cas échéant au candidat écarté.

4.3 La question du *délai de recours* est en revanche déterminante pour l'examen de l'ensemble des griefs qui concernent l'Appel d'offres, en tant qu'il s'agit d'une décision au sens de l'art. 5 al. 1 PA (cf. aussi art. 36 let. c PA).

4.3.1 Selon l'art. 51 al. 1 PA, le recours doit être déposé dans les 30 jours qui suivent la notification de la décision. Dans le cas d'espèce, l'Appel d'offres a été publié dans la Feuille officielle de la République et Canton de Neuchâtel n° 51 du 13 juillet 2007 ; le délai de recours de 30 jours arrivait ainsi à échéance le 14 septembre 2007, en tenant compte des féeries du 15 juillet au 15 août (art. 22a al. 1 let. b PA). Or la recourante invoque avoir été empêchée de recourir dans ce délai, faute de renseignements sur l'Appel d'offres reçus suffisamment tôt (envoi des réponses en date du 7 septembre 2007, envoi d'un autre complément en date du 18 septembre 2007).

Selon l'art. 24 al. 1 PA, si le requérant ou son mandataire a été empêché, sans sa faute, d'agir dans le délai fixé, celui-ci est restitué pour autant que, dans les trente jours à compter de celui où l'empêchement a cessé, le requérant ou son mandataire ait déposé une demande motivée de restitution et ait accompli l'acte omis. Par empêchement non fautif, il faut entendre non seulement l'impossibilité objective, comme la force majeure, mais également l'impossibilité subjective due à des circonstances personnelles ou à l'erreur (cf. arrêt

du Tribunal fédéral 1C.110/2008 du 19 mai 2008 consid. 3.1). Un tel empêchement peut également être dû à un cumul de motifs qui, pris individuellement, ne seraient pas admis comme constitutifs d'un empêchement (cf. décision de la Commission suisse de recours en matière d'asile du 18 mars 2005, in JAAC 70.30 ; STEFAN VOGEL in Auer/Müller/Schindler [éd.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zurich 2008, n. 14 ad art. 24).

4.3.1.1 Dans le cas d'espèce, il y a lieu d'analyser en premier lieu le contenu de la lettre du pouvoir adjudicateur du 18 septembre 2007 et ce, afin de déterminer s'il était indispensable pour la recourante d'en avoir connaissance pour faire recours contre les conditions de recevabilité contenues dans l'Appel d'offres. Or il apparaît que ce courrier était une simple transmission par les commanditaires à la recourante de statistiques établies par CarPostal concernant la fréquentation de la ligne 21.032 La Neuveville – Le Landeron – Plateau de Diesse durant les périodes scolaires. Le dossier d'Appel d'offres comprenant déjà les statistiques de l'année, le but poursuivi par les commanditaires était simplement de faciliter l'établissement d'une offre par les soumissionnaires. Ce courrier ne constituait donc pas un "complément" à la réponse du 7 septembre 2007, en ce sens qu'il n'avait pas pour fonction de répondre à l'une ou l'autre des questions que les soumissionnaires avaient posées. Dans ces circonstances, il n'y a lieu de considérer ce courrier – ainsi que son annexe – que comme un « bonus » qui n'a pu avoir aucune sorte d'influence sur la décision de déposer un recours ou sur le contenu de ce dernier. En d'autres termes, la lettre du 18 septembre 2007 ne saurait être considérée comme ayant empêché la recourante de déposer un recours jusqu'au 14 septembre 2007.

4.3.1.2 Demeure à examiner si le courrier du 7 septembre 2007, par lequel les commanditaires ont répondu aux questions des soumissionnaires (s'agissant ainsi de la nécessité de déposer une variante de base), était trop tardif pour permettre à la recourante de recourir.

En l'occurrence, et en tenant compte des féeries judiciaires, la recourante a bénéficié d'un délai de deux mois pour préparer un éventuel recours. Certes, le courrier du 7 septembre 2007 est intervenu une semaine avant l'échéance du délai. La recourante avait cependant déjà eu le temps nécessaire pour identifier les griefs à faire

valoir à l'appui d'un éventuel recours. Or, le courrier du 7 septembre 2007 n'a guère eu d'influence sur ces aspects, puisque la réponse à la question 10 (cf. courrier du 7 septembre 2007 pp. 3-4) n'a pas modifié la problématique du temps de parcours s'agissant du lot 2. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que la recourante ne peut prétendre, de bonne foi, avoir été empêchée de recourir dans le délai légal.

4.3.2 Il découle de ce qui précède que la recourante avait la possibilité de faire valoir ses griefs à l'encontre de l'Appel d'offres dans les 30 jours dès sa publication, mais qu'elle n'a pas saisi cette opportunité.

Cet Appel d'offres étant désormais entré en force de chose décidée, il n'appartient pas au Tribunal administratif fédéral d'examiner plus avant les griefs formulés à son encontre. Les griefs de la recourante allant en ce sens doivent donc être rejetés, pour autant qu'ils soient recevables.

5.

5.1 La recourante revient ensuite sur un argument qu'elle avait soulevé devant l'autorité inférieure, à savoir que, suite à son exclusion de la procédure de commande, celle-ci aurait dû être annulée car il ne restait alors plus qu'un seul soumissionnaire. Elle rappelle que l'autorité inférieure a écarté son argument de deux façons ; d'une part, cette dernière a relevé qu'aucune disposition de la LCdF et de l'OIPAF ne s'oppose formellement au choix d'une offre de prestations de transport du fait qu'une seule entreprise resterait en compétition après l'examen de la validité des offres reçues ; et d'autre part, elle a considéré que l'évaluation complète et détaillée de l'offre de CarPostal, qui se justifiait en raison des diverses variantes présentées, avait notamment permis aux commanditaires de déterminer laquelle des variantes de base ou d'entreprise présentait le meilleur rapport qualité/prix pour chacun des lots. Sur ce vu, la recourante estime que, le but d'un appel d'offres étant d'évaluer des soumissions sous l'angle concurrentiel, l'évaluation des variantes d'un seul concurrent ne permet pas de déterminer le meilleur rapport qualité/prix ou coût/utilité de la variante choisie de ce seul soumissionnaire ; elle considère partant que l'argumentaire de l'autorité inférieure "n'est pas pertinent".

L'autorité inférieure conteste ce grief, en estimant que le principe de concurrence efficace ne fait pas partie des impératifs, énoncés à

l'art. 51 al. 2 LCdF, dont elle doit tenir compte lorsqu'elle statue sur les litiges en matière de procédure de commande selon l'art. 51 al. 4 LCdF. Les commanditaires, quant à eux, estiment que le principe de concurrence a de toute manière été respecté, puisque le nombre de soumissionnaires invités à présenter une offre n'était pas limité : selon eux, une telle ouverture contribue à renforcer la concurrence entre soumissionnaires.

5.2 En l'espèce, force est de constater avec l'autorité inférieure qu'aucune disposition légale ou réglementaire ne prévoyait d'annuler une procédure d'appel d'offres dans le cas où un seul soumissionnaire restait en lice. La recourante n'en invoque d'ailleurs aucune. La procédure d'appel à candidatures – d'ailleurs librement choisie, l'art. 15 al. 1 OIPAF n'imposant alors pas un appel d'offres – a été pleinement respectée, en ce sens que l'offre retenue ne l'a été qu'après une mise en concurrence préalable. Ce grief doit donc être rejeté, et ce d'autant plus que les commanditaires n'ont pas simplement avalisé la seule offre restante, mais qu'ils ont procédé à une évaluation complète et détaillée de l'offre de CarPostal (cf. lettre du 30 janvier 2008).

6.

6.1 La recourante développe enfin un dernier moyen : selon elle, le dispositif de la décision attaquée ne devrait pas uniquement écarter les TN de la procédure, mais il devrait également prononcer l'attribution des lots 1 et 2 à CarPostal, ceci quand bien même cette adjudication ressort des motifs de dite décision. La recourante estime avoir contesté, dans son courrier du 8 février 2008 à l'autorité inférieure, tant son écartement de la procédure que l'attribution des lots à CarPostal ; elle considère par suite que le fait que l'adjudication à CarPostal ne figure pas dans le dispositif de la décision attaquée constitue un déni de justice de la part de l'autorité inférieure.

Pour sa part, l'autorité inférieure considère qu'il lui appartenait, en tant qu'autorité de première instance et conformément à la maxime d'office, de délimiter l'objet du litige. Or, selon elle, le litige dont elle a été saisie avait trait à l'exclusion de l'offre de la recourante de la procédure de commande. Elle ajoute que, étant donné que l'art. 51 al. 4 LCdF lui accorde la compétence de statuer uniquement sur les "litiges" en matière de procédure de commande, elle a estimé n'avoir aucune raison de se prononcer sur le bien-fondé du choix par les

commanditaires de l'entreprise de transport avec laquelle ils souhaitaient conclure une convention sur l'offre au sens des art. 51 al. 3 LCdF et 20 OIPAF.

6.2 A cet égard, si l'on retient que la recourante admet elle-même que l'adjudication à CarPostal ressort des motifs de la décision attaquée (cf. recours p. 9), la question de son intérêt à voir cette adjudication être prononcée "formellement" dans son dispositif peut se poser. Le droit de recours suppose en effet un intérêt actuel et pratique à obtenir l'annulation de la décision attaquée (cf. art. 48 al. 1 let. c PA). Cet intérêt pratique, qui ne saurait résider dans la résolution purement théorique de la question litigieuse – fût-elle de principe –, doit perdurer jusqu'au moment où il est statué sur le recours, faute de quoi ce dernier est déclaré sans objet (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1839/2006 du 20 juillet 2007 consid. 2.2 et les réf. citées). Or, dans le cas d'espèce, et comme la recourante le reconnaît elle-même, l'adjudication à CarPostal ressort clairement des motifs de la décision attaquée. Il convient au surplus de considérer que l'objet de cette décision était de se prononcer sur l'exclusion de l'offre de la recourante de la procédure de commande (soit sur le litige opposant la recourante aux commanditaires), et que la décision d'adjudication lui est à la fois liée (elle suppose que l'exclusion de la recourante soit prononcée définitivement) et indépendante (elle tient aux conditions mêmes de l'offre de CarPostal). Le moyen y relatif de la recourante ne peut donc qu'être rejeté pour autant que recevable.

6.3 En lien avec ce grief, il y a encore lieu de relever que la recourante a également soulevé la question de savoir si les adjudicateurs étaient légitimés à lui faire parvenir le courrier du 30 janvier 2008 lui signifiant son exclusion. La recourante se demande s'il n'aurait pas plutôt appartenu au DETEC d'y procéder.

Cette question ne constitue pas un grief en tant que tel, la recourante admettant elle-même que, suite à la demande de prononcé d'une décision susceptible de recours déposée par ses soins le 8 février 2008, « le DETEC a finalement rendu la décision ici en cause, rétablissant ainsi les compétences de chacun » (recours point 5). Par conséquent, il sera simplement précisé ici que la procédure telle qu'elle a été suivie est conforme au ''Guide de l'appel d'offres pour les prestations des transports publics (secteur des bus)'', lequel prévoit, en son chapitre 2.4, que « [l]'adjudication se fait en accord et avec la

signature des cantons et de l'OFT par une lettre commune, dans laquelle il est expressément indiqué que les entreprises ayant remis une offre peuvent demander dans les 30 jours au DETEC une décision susceptible de faire l'objet d'un recours ». Cela étant, la recourante, n'invoquant aucun grief particulier en lien avec sa question, il n'y a pas lieu de développer plus avant cette dernière.

7.
De tout ce qui précède, il suit que le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable.

7.1 Les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

Vu l'issue de la cause, la recourante supportera les frais y afférents qui, arrêtés à 1'500 francs, correspondent à l'avance de frais dont elle s'est acquittée.

7.2 La partie qui a obtenu gain de cause a droit aux dépens pour les frais nécessaires causés par le litige (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF).

A cet égard, l'autorité inférieure, en tant qu'il s'agit d'une autorité fédérale, ne peut prétendre à des dépens (art. 7 al. 3 FITAF). Quant à CarPostal, à laquelle il convient de reconnaître la qualité de partie à la présente instance de recours, et donc d'intimée, elle ne se verra toutefois pas allouer de dépens, dans la mesure où elle n'a pas été représentée par un mandataire externe (cf. art. 8 FITAF).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable.

2.
Les frais de procédure, d'un montant de 1'500.- francs, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais de 1'500.- francs qu'elle a déjà versée.

3.
Il n'est pas alloué de dépens.

4.
Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte jucidiaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 509-15 ; Acte judiciaire)
- aux commanditaires (Office fédéral des transports; Office des transports du canton de Neuchâtel; Office des transports du canton de Berne) (Acte judiciaire)
- à CarPostal (Acte judicaire)

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

Le président du collège :	Le greffier :
Jérôme Candrian	Gilles Simon

Indication des voies de droit :

Pour autant que les conditions au sens des art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110) soient remplies, 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. Le mémoire doit 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 (voir art. 42 LTF).

Expédition :