

(Décision incidente de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 4 mai 2004 [CRM 2004-004])

Öffentliche Beschaffung eines Dienstleistungsauftrags im offenen Verfahren. Aufschiebende Wirkung der Beschwerde. Akteneinsicht.

Art. 5 Abs. 1 Bst. b, Art. 8 Abs. 1 Bst. d, Art. 23 Abs. 3 und Art. 28 BoeB. Art. 3 Abs. 6 und Art. 5 Abs. 2 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens. Art. 27 VwVG.

- Für die Frage der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ist zu prüfen, ob die Beschwerde begründet erscheint sowie ob aufgrund eines drohenden, nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils eine Dringlichkeit vorliegt. Weiter sind in einer prima facie-Würdigung der Akten die auf dem Spiel stehenden Interessen abzuwägen. In die Prüfung sind die Interessen des Beschwerdeführers, vom Auftraggeber vorgebrachte sowie anderweitige öffentliche Interessen und allfällige private Interessen Dritter, namentlich anderer Teilnehmer am Vergabeverfahren, einzubeziehen (E. 2a und 2c).

- Im vorliegenden Fall erscheint die Beschwerde nicht offensichtlich unbegründet und das Interesse der Beschwerdeführerinnen an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung überwiegt jenem der Vergabebehörde, welche im Übrigen die Möglichkeit einer Beschwerde nicht genügend in ihre Verfahrensplanung einbezogen hat (E. 2c und 2d).

- Im Rahmen eines Vergabeverfahrens kann der beschwerdeführende Anbieter nicht vollumfänglich in die Offerten des Zuschlagsempfängers und der anderen Anbieter einsehen, da daraus Angaben über das Know-how des Unternehmens und dem Geschäftsgeheimnis unterstehende Informationen ersichtlich sind. Dieser Schutz erstreckt sich auch auf die internen Unterlagen der Vergabebehörde über die Auswertung der Offerten, soweit diese dem Geschäftsgeheimnis unterstehende Angaben von Konkurrenten enthalten (E. 3a und 3b).

- Die Offerten und die internen Dokumente der Vergabestelle können ausserdem nur insofern an den Beschwerdeführer zur Einsicht abgegeben werden, als sie Grundlage für den angefochtenen Entscheid darstellen und die Begründung der Beschwerde dies rechtfertigt (E. 3b).

- Im Fall einer Beschwerde ist die Vergabebehörde zudem verpflichtet, dem überprüfenden Gericht die gesamten Unterlagen über das Vergabeverfahren zu übergeben. Die Abwägung zwischen dem Recht auf Akteneinsicht und dem Schutz des Geschäftsgeheimnisses obliegt sodann der Beschwerdeinstanz (E. 3b).

Marché de services adjugé en procédure ouverte. Effet suspensif du recours. Consultation du dossier.

Art. 5 al. 1 let. b, art. 8 al. 1 let. d, art. 23 al. 3 et art. 28 LMP. Art. 3 al. 6 et art. 5 al. 2 Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics. Art. 27 PA.

- Pour déterminer si l'effet suspensif doit être accordé au recours en matière de marchés publics, il convient d'apprécier l'apparence de bien-fondé du recours, l'urgence résultant d'un risque de dommage irréparable et la pondération des différents intérêts en jeu, cette dernière s'effectuant sur la base d'un examen prima facie des pièces du dossier. Il faut prendre en compte les intérêts du recourant, l'intérêt public invoqué par le pouvoir adjudicateur, d'autres intérêts publics éventuels, ainsi que les intérêts privés de tiers intéressés, notamment des autres participants au processus de passation du marché (consid. 2a et 2c).

- En l'espèce, le recours n'apparaissant pas manifestement mal fondé, possède un intérêt patent à l'octroi de l'effet suspensif, lequel prévaut sur celui de l'autorité adjudicatrice, celle-ci n'ayant notamment pas suffisamment pris en compte l'hypothèse d'un recours dans sa planification (consid. 2c et 2d).

- Dans le cadre d'une procédure de passation de marchés, le soumissionnaire recourant ne peut consulter intégralement les offres de l'adjudicataire et des autres soumissionnaires au vu du savoir-faire en découlant et des informations couvertes par le secret des affaires. Cette protection s'étend également aux documents internes du pouvoir adjudicateur relatifs à l'évaluation des offres si celle-ci révèle des informations sur les offres, lesquelles seraient protégées par le même secret des affaires (consid. 3a et 3b).

- Les offres et les documents internes du pouvoir adjudicateur ne peuvent par ailleurs être communiqués au recourant que dans l'hypothèse où ceux-ci sont à la base de la décision attaquée et dans la seule mesure des griefs du recourant (consid. 3b).

- En cas de recours, le pouvoir adjudicateur a ainsi l'obligation de transmettre au juge l'intégralité du dossier de passation du marché. Il appartiendra alors à l'autorité de recours d'effectuer la pondération entre le droit à l'accès du dossier et la protection du secret des affaires (consid. 3b).

Acquisto pubblico di servizi aggiudicato in procedura aperta. Effetto sospensivo del ricorso. Consultazione del dossier.

Art. 5 cpv. 1 lett. b, art. 8 cpv. 1 lett. d, art. 23 cpv. 3 e art. 28 LAPub. Art. 3 cpv. 6 e art. 5 cpv. 2 dell'Accordo del 21 giugno 1999 fra la Confederazione svizzera e la Comunità europea su alcuni aspetti relativi agli acquisti pubblici. Art. 27 PA.

- Per determinare se occorre concedere l'effetto sospensivo al ricorso in materia di acquisti pubblici, è necessario valutare se il ricorso appare motivato, se vi è urgenza a causa del rischio di un danno irreparabile e operare una ponderazione dei vari interessi in gioco. Quest'ultima valutazione si effettua sulla base di un esame prima facie degli atti del dossier. Occorre considerare gli interessi del ricorrente, l'interesse pubblico invocato dall'ente aggiudicatore, eventuali altri interessi pubblici, come pure gli interessi privati di terzi interessati, in particolare degli altri partecipanti alla procedura di aggiudicazione (consid. 2a e 2c).

- Nella fattispecie, dato che il ricorso non sembrava manifestamente immotivato, l'interesse alla concessione dell'effetto sospensivo è chiaramente preponderante rispetto a quello dell'ente aggiudicatore, che in particolare non aveva considerato l'ipotesi di un ricorso nella sua pianificazione (consid. 2c e 2d).

- Nel quadro di una procedura di aggiudicazione di acquisti pubblici, l'offerente che interpone ricorso non può consultare

integralmente le offerte di chi ha ricevuto l'appalto e degli altri offerenti, tenuto conto del know-how ivi contenuto e delle informazioni coperte dal segreto degli affari. Questa protezione si estende pure ai documenti interni dell'ente aggiudicatore relativi alla valutazione delle offerte, se questa valutazione rivela informazioni sulle offerte che sarebbero protette dal medesimo segreto degli affari (consid. 3a e 3b).

- Le offerte e i documenti interni dell'ente aggiudicatore possono del resto essere comunicati al ricorrente solo nel caso in cui essi siano alla base della decisione impugnata e solo nella misura delle contestazioni del ricorrente (consid. 3b).

- In caso di ricorso, l'ente aggiudicatore ha quindi l'obbligo di trasmettere al giudice l'integralità del dossier di aggiudicazione dell'acquisto pubblico. Sarà poi compito dell'autorità di ricorso di effettuare la ponderazione fra il diritto all'accesso al dossier e la protezione del segreto degli affari (consid. 3b).

Résumé des faits:

A. Le 25 juillet 2003, X. publia dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) un appel d'offres dans le cadre d'une procédure ouverte concernant des prestations de mandataire général (architecte, ingénieur civil, ingénieur CVSE) pour la ré-affectation de la halle des (...) à E. Dans le délai échéant, après deux prolongations décidées par le pouvoir adjudicateur, au 10 décembre 2003, le Groupement Z., composé du Groupement V. (formé des sociétés C., B., F., A.) et des sociétés P., H., S. et U., déposa une offre. Par décision du 29 janvier 2004, publiée dans la FOSC du 6 février 2004, les CFF adjugèrent le marché au Groupement Y., piloté par D.

B. Par courrier du 25 février 2004, le Groupement Z., composé des sociétés précitées, (ci-après: les recourantes) a formé recours contre la décision d'adjudication auprès de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (ci-après: la Commission de recours ou de céans). Les recourantes y allèguent des violations de caractère tant formel que matériel. Sous l'angle formel, la méthode d'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse utilisée par le pouvoir adjudicateur violerait le principe de la transparence, voire celui de l'égalité de traitement, en ce qu'elle inclurait parmi les critères d'adjudication des éléments tenant à l'aptitude des soumissionnaires (évaluation en deux étapes de l'offre technique, puis de l'offre financière de chaque soumissionnaire). Une interprétation conforme à la loi de la méthode d'évaluation choisie impliquerait que l'évaluation technique et organisationnelle des offres concerne la seule aptitude des soumissionnaires, alors que l'évaluation financière des offres concernerait l'évaluation des critères d'adjudication - qui seraient ainsi limités au seul critère du prix le plus bas. Dans cette dernière hypothèse, le marché devrait être adjugé aux recourantes. De plus, le mode de notation, lequel devait - selon la documentation relative à l'appel d'offres - être compté en point plein pour l'offre technique et au dixième de point pour l'offre financière, aurait été illégalement modifié en des notes comptées au centième de point. Enfin, le pouvoir adjudicateur a admis la participation comme soumissionnaire d'une entreprise (D.) ayant participé aux études préliminaires destinées au dossier de mise à l'enquête. Cette entreprise est le chef de file du Groupement Y. qui a obtenu l'adjudication du marché. Les recourantes allèguent que seul un examen du dossier de la procédure de passation leur permettrait de déterminer s'il y a eu dialogue technique et si l'égalité de traitement des soumissionnaires a été respectée. Sous l'angle matériel, les recourantes considèrent que les notes attribuées par le pouvoir adjudicateur à leur offre technique, pour plusieurs sous-critères, constituent un excès ou abus du pouvoir d'appréciation, sont arbitraires et/ou manifestent un formalisme excessif. Les recourantes requièrent, à titre provisoire, que l'effet suspensif soit accordé à leur recours. Au titre de mesures d'instructions, elles sollicitent un accès au dossier original et complet de la procédure de passation, la faculté de déposer un mémoire ampliatif après avoir eu connaissance dudit dossier et enfin la tenue d'une audience de jugement après la clôture de l'échange d'écritures. Sur le fond, les recourantes concluent à la réforme de la décision attaquée dans le sens d'une nouvelle adjudication en leur faveur, subsidiairement à son annulation, avec suite de frais et dépens.

C. Par courriers des 26 février et 2 mars 2004, le Président de la Commission de recours a informé X. et le Groupement Y. du dépôt d'un recours contre la décision d'adjudication et les a invités à se prononcer jusqu'au 8 mars 2004 sur les requêtes d'effet suspensif et de consultation du dossier, ainsi que jusqu'au 15 mars 2004 sur le fond de l'affaire. Il a ordonné à titre superprovisoire qu'aucune mesure d'exécution ne soit entreprise jusqu'à droit connu sur la requête d'effet suspensif. A la demande de X. et du Groupement Y., le délai pour répondre à la requête d'effet suspensif a été prolongé au 15 mars 2004.

D. Dans le délai imparti, Y. a annoncé qu'il renonçait à intervenir dans la procédure de recours. Il s'est par ailleurs opposé à la consultation de son offre par les recourantes, parce que celle-ci contiendrait des informations commerciales confidentielles protégées par le secret des affaires et parce que les griefs invoqués par ces dernières ne nécessiteraient pas d'avoir accès à l'offre de l'adjudicataire. Dans leur réponse du 15 mars 2004, X. s'est prononcé simultanément sur les requêtes d'effet suspensif et de consultation du dossier, ainsi que sur le fond du recours. X. s'oppose en premier lieu à la consultation par les recourantes du dossier intégral, et en particulier de l'offre de l'adjudicataire. Si une consultation du dossier devait s'avérer nécessaire, elle devrait se limiter, selon le principe de proportionnalité, aux parties du dossier strictement nécessaires. X. s'oppose par ailleurs à l'octroi de l'effet suspensif. Il s'en remet enfin à la Commission de recours quant à l'opportunité d'un mémoire ampliatif par les recourantes et se réserve de se prononcer ultérieurement sur la tenue d'une audience de jugement.

X. s'oppose à un octroi de l'effet suspensif aux motifs que le recours serait manifestement dépourvu de chances de succès et que l'intérêt public à une réalisation rapide du marché primerait sur l'intérêt privé des recourantes. Le planning des travaux imposerait que le mandataire général, qui fait l'objet de la présente procédure de passation, soit désigné en avril 2004 et que l'autorisation de construire soit délivrée par l'Office fédéral des transports (OFT) en avril 2005. Tout retard dans la ré-affectation des Ateliers de révision de E. impliquerait une sous-capacité de l'infrastructure nécessaire à la révision (...) dès le début de l'année 2007. A défaut d'installations de révision adéquates en nombre suffisant, les (...) en attente de révision devraient être immobilisées et remplacées par du matériel (...) conventionnel, lequel ne permettrait plus de respecter le nouvel horaire (...) introduit en décembre 2004. Comme alternative, X. pourrait envisager d'investir dans une extension de ses ateliers existant à R. et T. Cette alternative comporterait le risque d'un abandon du projet (...) à E., qui ne serait souhaitable ni pour la Suisse romande en général, ni pour le maintien des places de travail aux Ateliers (...) de E.

Sur le fond, X. conclut au rejet du recours. Il conteste avoir procédé à une «double appréciation» de l'aptitude des soumissionnaires, mais considère au contraire que les critères d'adjudication destinés à permettre l'évaluation technique des offres sont en relation directe avec les prestations de services faisant l'objet du marché. En outre, ces critères ont été publiés dans l'appel d'offres, sans être contestés par les soumissionnaires, ni en particulier par les recourantes. Dès lors que le marché ne portait pas sur des biens standardisés, une adjudication sur la seule base du prix, comme argumentée par les recourantes, serait enfin contraire à l'art. 21 al. 3 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1). Quant

à la méthode de notation, chacun des trois membres du groupe d'évaluation a attribué une note par point plein aux différents critères d'adjudication. C'est la moyenne des notes attribuées par chaque évaluateur qui a résulté, pour chaque critère, en une note exprimée en centième de point. De plus, même si la moyenne des notes avait été exprimée en point plein, le classement des offres n'en aurait pas été modifié. S'agissant du grief tiré de la participation de D. à la passation du marché, X. relève que le dialogue technique entretenu avec cette entreprise n'aurait porté que sur l'avant-projet et le dossier d'approbation des plans destiné à l'OFT - et non sur la préparation du dossier d'appel d'offres - et que l'entreprise n'aurait eu aucune possibilité d'influencer la définition de l'appel d'offres. Les spécifications relatives à l'objet du marché ne seraient pas formulées selon les capacités particulières de D. L'égalité de traitement des soumissionnaires n'aurait pas été violée, car tous les documents élaborés dans le cadre de l'avant-projet ont été mis à disposition de chaque soumissionnaire sous la forme d'un CD-ROM et les soumissionnaires ont disposé d'un temps suffisamment long pour en prendre connaissance du fait que la durée initiale de l'appel d'offres a été prolongée de plus de trois mois. Quant aux griefs matériels relatifs aux notes attribuées, les trois références données par les recourantes concerneraient le même projet et le même maître d'ouvrage et ne seraient pas comparables au projet (...) en termes de volume de travaux et de complexité des prestations. L'organigramme fourni par les recourantes ne correspondrait pas à ce qui était attendu par le pouvoir adjudicateur pour l'organisation du projet (...).

E. Par courrier du 1er avril 2004, les recourantes ont fait parvenir à la Commission de recours des déterminations spontanées sur la réponse de X. quant à la requête d'effet suspensif. Elles considèrent que l'urgence à exécuter le marché serait en partie imputable à X. lui-même, lequel aurait initialement déposé une demande d'approbation des plans en procédure simplifiée, alors que la procédure ordinaire était applicable, et qui n'aurait pas intégré l'hypothèse d'un recours contre la décision d'adjudication ou celle d'une opposition aux plans dans sa planification. Selon l'avis et l'expérience des recourantes, le planning des travaux prévu par X. serait en outre trop long et une durée des travaux d'une année serait suffisante, de sorte qu'il n'y aurait aucune urgence. Par ailleurs, les recourantes considèrent que leur recours n'est pas manifestement mal fondé: elles auraient en particulier fourni les références de trois réalisations distinctes, bien que celles-ci aient toutes été effectuées sur le même site. Elles auraient en outre interprété le cahier des charges comme exigeant un organigramme fonctionnel du mandataire général, et non un organigramme relatif au projet spécifique.

F. Dans un courrier du 8 avril 2004, X. a répondu aux déterminations précitées. Le dossier d'approbation des plans, complété selon les demandes de l'OFT, a été transmis à cet office le 23 mars 2004, alors que le rapport d'impact sur l'environnement sera transmis ultérieurement. X. a demandé à l'OFT de considérer le projet (...) comme prioritaire. L'hypothèse d'un recours contre l'adjudication ou d'une opposition aurait par ailleurs été prise en compte dans la planification. Le planning de douze mois pour l'exécution des travaux suggéré par les recourantes serait irréaliste et nettement sous-estimé. Les importants travaux de génie civil constituant la référence principale des recourantes seraient peu pertinents pour le marché en cause, lequel ne comporte qu'une part minime de travaux de génie civil, et consiste essentiellement en des travaux de transformation et de démolition/reconstruction. Au surplus, le pouvoir adjudicateur reprend en substance les motifs justifiant son évaluation de l'offre des recourantes.

En date du 21 avril 2004, les recourantes se sont prononcées spontanément sur la correspondance précitée de X., lequel s'est également une nouvelle fois déterminé par courrier du 28 avril 2004.

Résumé des considérants:

1.a. Le marché en cause est passé par X., lequel constitue une «entreprise publique» active dans la construction ou l'exploitation (...) et est à ce titre assujéti à l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (avec annexes et acte final; ci-après: Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics, RS 0.172.052.68), entré en vigueur le 1er juin 2002 (art. 3 § 1 et § 2 pt [d] et Annexe II B de l'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics) et à la loi fédérale sur les marchés publics (art. 2 al. 2 LMP; art. 2a al. 1 let. b et art. 2a al. 2 let. b de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP], RS 172.056.11). Le marché public litigieux ayant fait l'objet d'un appel d'offres publié le 25 juillet 2003, il est soumis ratione temporis à l'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics et au droit fédéral en la matière (art. 37 LMP; art. 72a al. 1 OMP). Le marché porte sur la transformation des Ateliers (...) de E., afin de les ré-affecter à l'entretien et la révision (...).

b. L'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics ne s'applique pas à tous les services, mais uniquement à certains services exhaustivement énumérés à l'Annexe VI à l'Accord (art. 3 § 6 et 7 de l'Accord bilatéral en cause). L'Annexe VI dudit Accord bilatéral contient une brève description résumée des types de services visés et est identique à l'Annexe 4 de l'Appendice I à l'Accord GATT/OMC sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP, RS 0.632.231.422) déposée par la Suisse. Comme l'Annexe 4 à l'AMP, la liste de services assujétis à l'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics est basée, par l'intermédiaire du document MTN.GNS/W/120, sur la classification centrale provisoire des produits (CPC) établie par l'Organisation des Nations Unies (ONU; New York 1991). Il faut dès lors se référer à cette classification CPC pour vérifier la portée de chaque type de services assujéti (décisions de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 28 septembre 2001 et du 3 novembre 2000, publiées dans JAAC 66.5 consid. 2c/aa, respectivement 65.41 consid. 3a). En droit fédéral également, la LMP ne s'applique qu'à cette liste limitative de services, reprise à l'Annexe 1 à l'OMP (art. 1 al. 1 let. a et art. 5 al. 1 let. b LMP, ainsi que l'art. 3 al. 1 OMP renvoyant à l'Annexe 1 à l'OMP).

En l'espèce, les prestations de mandataire général (architecte, ingénieur civil et ingénieur électromécanicien du bâtiment) pour le projet de ré-affectation de la halle (...) à E. en un atelier de révision (...) constituent des prestations de services assujéties à l'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics et à la LMP. Elles relèvent des «services d'architecture; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère; services connexes de consultations scientifiques et techniques; services d'essais et d'analyses techniques (Annexe VI à l'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics, CPC 867: architectural, engineering and other technical services; art. 5 al. 1 let. b LMP; art. 3 al. 1 OMP et pts 11 à 12 de l'Annexe 1 à l'OMP).

c. En l'espèce, les offres soumises par les cinq soumissionnaires ayant participé à la procédure de passation s'échelonnaient entre CHF 1'297'800.- et CHF 1'858'736.-. La valeur du marché est ainsi supérieure au seuil de CHF 640'000.- (EUR 400'000.-) applicable pour les services acquis par des pouvoirs adjudicateurs actifs dans la construction ou l'exploitation (...; art. 3 § 4 pt b/i de l'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics; art. 2a al. 3 let. b OMP).

d. à g. (...)

2. Les recourantes concluent à l'octroi de l'effet suspensif au recours selon l'art. 28 al. 2 LMP. Dans leur réponse du 15 mars 2004, complétée le 8 avril 2004, X. s'oppose à un tel octroi.

a. Contrairement à l'art. 55 al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), l'art. 28 al. 1 LMP prévoit que le recours en matière de marchés publics n'a pas d'effet suspensif automatique. Toutefois, la Commission de recours peut, sur requête, accorder un tel effet suspensif (art. 28 al. 2 LMP). La LMP n'indique pas les critères à prendre en compte pour l'octroi de l'effet suspensif. Selon la jurisprudence et la doctrine relatives à l'art. 55 al. 1 PA, il convient d'apprécier l'apparence de bien-fondé du recours, l'urgence résultant d'un risque de dommage irréparable et la pondération des différents intérêts en jeu. Cette pondération des intérêts doit permettre de vérifier si les raisons qui parlent en faveur d'une exécution immédiate de la décision l'emportent sur celles commandant un maintien en l'état de la situation antérieure à la décision jusqu'à droit connu. Il faut prendre en compte les intérêts du recourant, l'intérêt public invoqué par le pouvoir adjudicateur, d'autres intérêts publics éventuels, ainsi que les intérêts privés de tiers intéressés, notamment des autres participants au processus de passation du marché. Eu égard à la nature de la décision, prise dans le cadre de mesures provisionnelles, la pesée des intérêts ne peut se faire que de manière sommaire, sur la base d'un examen *prima facie* des pièces du dossier (ATF 117 V 191 consid. 2b, ATF 110 V 45 consid. 5b, ATF 106 Ib 116 consid. 2a, ATF 105 V 268 consid. 2, ATF 99 Ib 220 consid. 5; décision de la Commission de recours du 26 mars 1997, in JAAC 61.77 consid. 3a; André Moser, in Moser/Uebersax, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, ch. 3.19 s.; Evelyne Clerc, *L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*, Fribourg 1997, p. 542 à 547; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zurich 2003, ch. 658; Isabelle Häner, *Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, in *Revue de droit suisse [RDS] 1997 II p. 322 à 351*; Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd., Zurich 1998, ch. 647 à 652; Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener, *Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts*, Berne 1997, p. 117 à 121; Fritz Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2e éd., Berne 1983, p. 138-141; Gerold Steinmann, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren*, in *Schweizerisches Zentrablatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1993 p. 149 s.*). La réglementation spéciale de l'art. 28 LMP implique uniquement que le législateur a voulu écarter un effet suspensif automatique du recours dans les litiges en matière de marchés publics et qu'il a considéré que la Commission de recours devait procéder dans chaque cas à une pondération des intérêts en cause (Message 2 GATT, FF 1994 IV 1236 et 1238). Cela ne signifie pas que l'effet suspensif ne peut être ordonné qu'exceptionnellement. On ne saurait non plus en déduire que le législateur a voulu que la Commission de recours accorde un poids systématiquement prépondérant à l'intérêt invoqué par le pouvoir adjudicateur à la passation ininterrompue du marché, ni que le recourant doit invoquer des raisons particulièrement prépondérantes pour obtenir l'effet suspensif (décisions de la Commission de recours du 30 août 2000, in JAAC 65.12 consid. 2a; du 15 juillet 1997, in JAAC 62.32 I consid. 3b et du 26 mars 1997, in JAAC 61.77 consid. 3d; Clerc, op. cit., p. 545).

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. Celui-ci a pour but de refuser l'effet suspensif aux recours manifestement dépourvus de chance de succès. Il faut que le résultat ne fasse aucun doute («eindeutig»). Inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire. Lorsque le recours ne semble à première vue ni manifestement mal fondé, ni manifestement bien fondé, il convient de constater et de pondérer le risque de préjudice (ATF 110 V 45 consid. 5b; décision de la Commission de recours du 26 mars 1997, in JAAC 61.77 consid. 3c; JAAC 55.1 consid. 3; Häner, op. cit., p. 323 à 332; Blaise Knapp, *Précis de droit administratif*, 4e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, ch. 2079, p. 430; Kölz/Häner, op. cit., ch. 650; Attilio R. Gadola, *Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen*, in *Pratique juridique actuelle [PJA] 1996 p. 972*). En d'autres termes, dès lors que l'appréciation des chances de succès du recours ne conduit pas à un résultat sans équivoque, ces chances n'entrent pas en considération dans la pesée des intérêts en présence (ATF 110 V 45 consid. 5b, ATF 106 Ib 116 consid. 2a; JAAC 62.8; Kölz/Häner, op. cit., ch. 650). Dans ces circonstances, le sort de la requête d'effet suspensif dépend de la balance des intérêts publics et privés en jeu et de l'application du principe de proportionnalité, lequel joue un rôle particulièrement important dans le cadre de la protection juridictionnelle provisoire (Moser, op. cit., ch. 3.22; Galli/Moser/Lang, op. cit., ch. 659; Häner, op. cit., p. 343 à 351).

b. (...)

c. Dès lors qu'un grief au moins des recourantes ne s'avère pas manifestement mal fondé, il n'est pas nécessaire d'examiner l'apparence de bien-fondé des autres motifs de recours. La légalité du déroulement de la procédure de passation ne pourra être tranchée qu'au stade de l'examen du fond du recours. Dans ces circonstances, il s'impose de procéder à une pesée des intérêts en présence, laquelle permettra de trancher la question de l'effet suspensif.

aa. Le but des mesures provisoires est la garantie d'une protection juridictionnelle effective qui permette en particulier de préserver les possibilités commerciales du recourant. Le recourant a notamment intérêt à la non-exécution immédiate de la décision, lorsque, faute d'effet suspensif, la protection juridictionnelle deviendrait illusoire (Peter Saladin, *Das Verwaltungsverfahren des Bundes*, Bâle/Stuttgart 1979, p. 206; Gygi, op. cit., p. 244 s.; Steinmann, op. cit., p. 149; Moser, op. cit. ch. 3.21). Inversement, il faut toutefois assurer que le but poursuivi par la décision puisse toujours être atteint et ne soit pas indûment repoussé du fait d'une longue procédure dotée de l'effet suspensif (décision de la Commission de recours du 26 mars 1997, in JAAC 61.77 consid. 3b; Steinmann, op. cit., p. 149).

L'octroi de mesures provisoires joue un rôle central lorsque la décision attaquée est, comme dans le cas d'espèce, celle d'adjudication du marché (art. 29 let. a LMP). En l'absence d'effet suspensif, le contrat peut être valablement conclu et exécuté, ce qui priverait définitivement les recourantes de toute chance d'obtenir le marché, même si leur recours était finalement jugé bien fondé. Elles seraient renvoyées à faire valoir des dommages-intérêts plafonnés à la réparation des dépenses encourues en relation avec les procédures de passation et de recours aux termes de l'art. 32 al. 2 et de l'art. 34 al. 2 LMP (décisions de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 30 août 2000, in JAAC 65.12 consid. 3a et du 15 juillet 1997, in JAAC 62.32 I consid. 3e). Le risque de dommage irréparable est évident. En conséquence, les recourantes ont, en l'espèce, un intérêt manifeste à l'octroi de l'effet suspensif, lequel est seul à même de préserver leurs possibilités commerciales et de leur garantir une protection juridictionnelle effective conforme aux exigences de l'art. 5 de l'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics et à l'Annexe V à cet Accord.

bb. Comme on l'a vu, X. invoque, au titre d'intérêt public à une réalisation urgente du marché, le besoin de désigner le mandataire général du projet (...) en avril 2004 et d'obtenir ensuite la délivrance de l'autorisation de construire par l'OFT en avril 2005. En cas de retard dans la ré-affectation des Ateliers de révision (...) de E., l'infrastructure nécessaire à la révision (...) ne serait plus suffisante dès le début de l'année 2007 et les (...) en attente de révision devraient être immobilisées et remplacées par du matériel

(...) conventionnel, lequel ne permettrait plus de respecter le nouvel horaire (...) introduit dès décembre 2004.

Selon la jurisprudence de la Commission de céans, il appartient au pouvoir adjudicateur de tenir compte de manière raisonnable de l'hypothèse d'un recours dans la planification du marché et de ne pas créer lui-même une situation d'urgence qui rendrait illusoire toute demande d'effet suspensif. L'urgence ne peut être valablement alléguée lorsqu'elle résulte de la seule planification temporelle choisie par le pouvoir adjudicateur (décisions de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 30 août 2000, in JAAC 65.12 consid. 3b; du 12 mai 1997, in JAAC 61.76 consid. 3e et du 26 mars 1997, in JAAC 61.77 consid. 3d). En l'espèce, X. a étendu de plus de trois mois le délai de remise des offres initialement prévu, ce qui a retardé d'autant la date d'adjudication du présent marché. Cette extension était motivée, d'une part, par le remplacement du chef de projet et, d'autre part, par le report de la date prévisible de délivrance du permis de construire par l'OFT. Ce report résulte du fait que X. a planifié et introduit une demande d'approbation des plans selon la procédure simplifiée, alors que la procédure ordinaire était applicable selon l'OFT (...) et qu'il a déposé une demande d'approbation, à laquelle plusieurs informations et documents faisaient défaut, comme une étude d'impact sur l'environnement. Ainsi, le report de la date de délivrance du permis de construire est au moins partiellement imputable à X. De plus, la Commission de recours observe que rien ne justifie apparemment une prolongation si longue du délai de remise des offres, dès lors que X. n'a pas modifié la définition de l'objet du marché à la suite des demandes de compléments formulées par l'OFT. S'il est vrai que X. a modifié également la méthode de notation du prix, cette modification a fait l'objet d'une extension ad hoc du délai de remise des offres limitée à dix jours. Enfin, la décision d'adjudication du 29 janvier 2004 ayant été prise avant le dépôt de la nouvelle demande d'approbation des plans (en date du 23 mars 2004), on peut en déduire a fortiori qu'il n'était pas nécessaire d'attendre la délivrance du permis de construire pour procéder à l'adjudication. Par ailleurs, contrairement aux allégués de X., celui-ci n'a nullement pris en compte de manière adéquate l'hypothèse d'un recours dans sa planification. Il est manifeste qu'une telle hypothèse exige du pouvoir adjudicateur qu'il planifie son marché en prenant en compte non seulement le délai de recours, mais aussi la durée d'une procédure de recours, laquelle peut être dotée de l'effet suspensif. Le planning fourni par X., tant dans sa version initiale que dans celle mise à jour au 12 janvier 2004, réserve le délai légal de recours de vingt jours à la suite de l'adjudication et prévoit une négociation et conclusion du contrat immédiatement après ce délai de vingt jours. La simple prise en compte du délai de recours, sans envisager la durée de la procédure de recours, est clairement insuffisante.

En déposant une demande d'approbation de plan incomplète et fondée sur une procédure simplifiée inapplicable en l'espèce, en prolongeant de plus de trois mois, sans nécessité avérée, le délai de remise des offres et en ne planifiant pas la durée d'une éventuelle procédure de recours contre l'adjudication du présent marché, X. a lui-même créé le risque de ne pas disposer à temps de l'infrastructure nécessaire à la révision (...) et de mettre ainsi en danger l'horaire (...). Le pouvoir adjudicateur est ainsi très largement responsable de la situation d'urgence alléguée et dans laquelle il se trouve du fait du dépôt d'un recours et de la demande d'effet suspensif. Il ne saurait dès lors se prévaloir de l'urgence pour rendre illusoire toute demande d'effet suspensif et limiter ainsi l'effectivité des recours garantis par la loi en matière de marchés publics.

Au surplus, le pouvoir adjudicateur n'invoque aucune mise en danger grave d'un intérêt public prépondérant pour justifier la conclusion immédiate du contrat et l'exécution du marché. Il mentionne le fait que le nouvel horaire (...) ne pourrait plus être respecté si des (...) en attente de révision devaient être temporairement immobilisées et remplacées par du matériel (...) conventionnel. La Commission de recours observe en premier lieu que, vu l'état d'avancement de la procédure de recours, un jugement sur le fond devrait pouvoir être rendu dans un délai relativement court. La prolongation engendrée par l'octroi de l'effet suspensif durant la procédure de recours paraît dès lors supportable. En outre, le risque que certains (...) souffrent temporairement de retard du fait du report de la mise en service des Ateliers (...) de E. constitue certes une atteinte au service public assuré par X., mais il ne pose aucun danger imminent pour des intérêts publics importants, en particulier la santé publique ou la sécurité publique.

X. invoque également le risque qu'il soit amené, pour pallier le retard qu'engendrerait une procédure de recours dotée de l'effet suspensif, à opter pour une solution alternative consistant à étendre ses ateliers de révision existant à R. et T. et à abandonner le projet (...) à E. L'octroi de l'effet suspensif au présent recours mettrait ainsi en danger le maintien des places de travail aux Ateliers (...) de E. et prêterait le tissu économique romand. La Commission de céans observe en premier lieu que les règles sur les marchés publics ne poursuivent pas un objectif de politique régionale ou industrielle. Elle souligne ensuite que cette menace paraît aussi dénuée de pertinence que totalement hypothétique, dès lors que X. ne fait état d'aucune procédure parallèle déjà engagée pour l'extension des ateliers de R. et T. en vue de la révision (...), ni même d'une simple décision stratégique prise en ce sens. Au vu des délais de planification et de réalisation nécessaires pour des travaux de cette importance et de la durée de la procédure nécessaire à l'obtention d'un permis de construire, on voit mal comment cette hypothèse pourrait constituer une alternative réelle à la réalisation du projet existant (...). L'argument soulevé par X. est pour le moins inadéquat.

d. Il résulte ainsi d'un examen *prima facie*, basé sur l'état de fait tel qu'il ressort des pièces du dossier, que les recourantes ont un intérêt digne de protection supérieur à celui du pouvoir adjudicateur. Il se justifie en conséquence d'accorder l'effet suspensif au recours.

3. Les recourantes demandent à consulter l'intégralité du dossier de passation du marché. Il convient de rappeler à cet égard que l'adjudicataire s'est opposé à la consultation de son offre, aux motifs, d'une part, que celle-ci serait confidentielle et comporterait des secrets d'affaires et, d'autre part, que les griefs invoqués par les recourantes ne le nécessiteraient pas. X. s'est opposé à la consultation du dossier et a subsidiairement conclu, si celle-ci était accordée, à ce qu'elle soit limitée aux seules pièces nécessaires.

a. Le droit d'accès au dossier prévu aux art. 26 à 28 PA découle du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101). Il doit en principe être accordé et ne peut être refusé qu'exceptionnellement (ATF 117 Ib 494). Conformément à l'art. 26 al. 1 let. b PA, le recourant a en principe le droit de consulter tous les actes sur lesquels se fonde la décision attaquée. Toutefois, un intérêt public ou privé prépondérant - et en particulier la confidentialité des informations fournies par les soumissionnaires dans le cadre d'un marché public - peut justifier une limitation du droit d'accès au dossier dans un cas d'espèce (art. XVIII § 4 AMP; art. 8 al. 1 let. d et art. 23 al. 3 LMP; art. 27 PA).

b. Durant la procédure de passation d'un marché public, la confidentialité des offres est garantie, car ces offres incorporent un savoir-faire et des informations couverts par le secret des affaires des soumissionnaires (art. 8 al. 1 let. d et art. 23 al. 3 LMP). Le soumissionnaire évincé n'a alors droit qu'à la communication des éléments propres à justifier la décision d'adjudication, laquelle comporte une éviction implicite de son offre (art. 23 al. 2 LMP). Ces garanties seraient contournées si le seul dépôt d'un recours suffisait à conférer au soumissionnaire recourant un droit d'accès complet et automatique à l'ensemble du dossier de passation.

Dans le cadre d'une procédure de recours, l'art. 27 al. 1 let. b et al. 2 PA permet de restreindre ou de refuser la consultation de certaines pièces lorsque des intérêts privés prépondérants exigent que le secret des affaires soit sauvegardé. Il en découle que le soumissionnaire recourant ne peut, en règle générale, consulter les offres des autres soumissionnaires et, en particulier, de l'adjudicataire, lorsque ceux-ci s'y opposent. La protection du secret s'étend aux documents internes du pouvoir adjudicateur relatifs à l'évaluation des offres, dans la mesure où cette

évaluation révèle des informations sur les offres, informations elles-mêmes protégées par le secret des affaires. Il faut toutefois garantir que le soumissionnaire recourant puisse prendre connaissance - au moins indirectement - des pièces qui ont motivé et sont à la base de la décision attaquée. L'art. 28 PA prescrit qu'une pièce dont la consultation a été refusée ne peut être utilisée au désavantage d'une partie que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel pertinent et lui a donné l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves (décisions de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 16 novembre 2001, in JAAC 66.37 consid. 3a et du 17 février 1997, in JAAC 61.24 consid. 3a; décision non publiée de la Commission de recours du 5 novembre 1998, en la cause A. [CRM 1998-012]; Galli/Moser/Lang, op. cit., ch. 671 et 674). Le Tribunal fédéral a aussi jugé que la limitation du droit à l'accès au dossier dans les recours en matière de marchés publics est justifiée par la protection des intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires. Ces derniers ne peuvent avoir accès à des documents couverts par le secret des affaires. Cette limitation restreint les droits du soumissionnaire recourant, mais ne le laisse pas sans protection. Il peut exiger une motivation pour le rejet de son offre, motivation dont l'autorité de recours vérifiera la validité en se fondant sur une analyse complète des offres (arrêts non publiés du Tribunal fédéral du 9 décembre 2003, en la cause X. [2P.173/2003], consid. 2.5; du 20 février 2003, en la cause A. AG [2P.226/2002], consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral du 2 mars 2000, publié dans la Praxis des Bundesgerichts [Pra] 2000 p. 797 consid. 2, résumé dans la Semaine judiciaire [SJ] 2000 p. 546 ss.; ATF 115 V 303 consid. 2g/bb, ATF 104 la 70 consid. 3b; contra Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in ZBl 2003, p. 22 à 25).

En cas de recours, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de transmettre au juge l'intégralité du dossier de passation du marché (art. 5 al. 2 Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics et art. 1 let. a et b de l'Annexe V à l'Accord bilatéral précité; cf. également art. XX § 4 et art. XX § 6 al. g AMP). C'est ensuite à l'autorité de recours qu'il appartient d'effectuer, selon les circonstances propres à chaque cas, la pondération prescrite à l'art. 27 PA entre le droit d'accès au dossier et la protection du secret des affaires (question laissée ouverte dans l'arrêt non publié du Tribunal fédéral du 21 janvier 2004, en la cause X. AG [2P.111/2003], consid. 4.1.2; Evelyne Clerc, art. 9 LMI, in Tercier/Bovet [éd.], Droit de la concurrence: loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce, Genève/Bâle 2002, ch. 52). Le recourant ne doit pouvoir prendre connaissance, directement ou indirectement, du contenu des offres et des documents internes du pouvoir adjudicateur que dans l'hypothèse où ceux-ci ont influencé et sont à la base de la décision attaquée. En outre, l'existence et l'étendue du droit d'accès au dossier en matière de marchés publics dépendent des motifs invoqués par le soumissionnaire évincé à l'appui de son recours. Ces éléments doivent être mis en balance avec la protection du secret des affaires des soumissionnaires et en particulier de l'adjudicataire.

c. à e. (Consultation partielle des pièces accordée en l'espèce)

Dokumente der BRK