



Cour II

Case postale
CH-9023 St-Gall
Téléphone +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.tribunal-administratif.ch

Numéro de classement : B-1680/2016
ric/tim/du

Décision incidente du 11 avril 2016

Composition

Pascal Richard, juge instructeur,
Muriel Tissot, greffière.

En la cause

Parties

X. _____ **SA**,
Y. _____ **AG**,
toutes deux représentées par Me Philippe Renz,
recourantes,

contre

armasuisse,
Achats et coopérations,
Rodtmattstrasse 110, 3003 Berne,
pouvoir adjudicateur,

Objet

marchés publics – Données LIDAR swisstopo 2015-2018
Simap-Projet-ID 128733,

Faits :

A.

Le 10 juillet 2015, armasuisse (ci-après : le pouvoir adjudicateur) a publié sur la plateforme Simap un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de services d'arpentage, d'établissement de cartes et de levés en surface, intitulé « Données LIDAR swisstopo 2015-2018 ».

Dans le délai de clôture pour la remise des offres, six soumissionnaires ont déposé une offre, pour des montants variant entre (...) et (...) francs. Parmi lesdites offres, figurait celle du consortium formé par les sociétés X._____ SA et Y._____ AG (ci-après : les recourantes) pour un montant de (...) francs hors taxe.

B.

B.a Par décision du 8 septembre 2015, publiée sur la plateforme Simap le 11 septembre 2015, le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché en cause à la société B._____ GmbH (ci-après : l'adjudicataire), sans indication de prix.

B.b Statuant sur recours des recourantes, le Tribunal administratif fédéral a annulé cette décision et renvoyé la cause au pouvoir adjudicateur, par arrêt du 21 décembre 2015, afin que celui-ci adapte les critères de qualification fixés dans l'appel d'offres et détermine, pour le reste, de quelle manière remédier aux défauts de la procédure d'appel d'offres (B-6274/2015).

C.

C.a Le 25 février 2016, le pouvoir adjudicateur a prononcé l'interruption de la procédure d'adjudication relative au marché de services intitulé "Données LIDAR swisstopo 2015-2018" ; cette décision a été publiée le 26 février 2016 dans Simap.

C.b Par courrier du même jour, le pouvoir adjudicateur a indiqué brièvement aux recourantes les motifs de cette décision. Il a signalé, en particulier, que la prise en compte des exigences de la nouvelle réglementation revêtait une importance considérable et que, pour des raisons d'égalité de traitement, la fiabilité de l'assurance des soumissionnaires de leur futur respect desdites exigences ne pouvait plus être jugée. Il s'est également prévalu de ce que le retard pris en raison du

dépôt du recours rendait nécessaire un nouvel appel d'offres permettant à d'autres soumissionnaires de déposer une offre ainsi que la prise en compte de planifications à long terme ne figurant pas dans la procédure originelle.

D.

Par mémoire du 16 mars 2016, les recourantes exercent un recours au Tribunal administratif fédéral contre cette décision concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation ainsi qu'à la continuation et à l'achèvement de la procédure d'adjudication du marché dans les plus brefs délais. A titre de mesures provisionnelles et provisionnelles urgentes, elles requièrent que l'effet suspensif soit accordé au recours et que le pouvoir adjudicateur continue immédiatement la procédure d'adjudication et produise un calendrier indiquant les prochaines étapes de dite procédure jusqu'au moment de l'adjudication. A l'appui de leurs conclusions, elles invoquent une violation du principe de la chose jugée en ce sens que le pouvoir adjudicateur n'aurait pas respecté l'injonction qui lui était faite dans l'arrêt du 21 décembre 2015 de continuer la procédure. De plus, elles contestent qu'il existe un motif d'interruption de la procédure et qualifie ceux invoqués par le pouvoir adjudicateur d'abusifs et d'arbitraires. S'agissant de l'effet suspensif, elles font valoir les chances de succès du recours et leur intérêt prépondérant à ce qu'un contrôle de la légalité ait lieu avant que le pouvoir adjudicateur n'entame des démarches en vue d'une nouvelle procédure d'adjudication. A l'appui de leur requête de mesures provisionnelles, elles font valoir qu'il y a péril en la demeure et que leurs droits sont menacés – en particulier, qu'il y a à craindre que le marché ne leur échappe – si la procédure n'est pas continuée et achevée dans les meilleurs délais.

E.

Par ordonnance du 17 mars 2016, le pouvoir adjudicateur a été enjoint, à titre de mesure superprovisionnelle, de n'entreprendre aucune mesure d'exécution susceptible d'influer sur l'issue du litige avant qu'il ne soit statué sur la requête d'octroi de l'effet suspensif.

F.

Invité à se déterminer sur les requêtes d'effet suspensif et de mesures provisionnelles urgentes, le pouvoir adjudicateur a renoncé à toute détermination et maintenu ses conclusions par courrier du 4 avril 2016.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela s'avère nécessaire.

Droit :

1.1

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître notamment des recours contre les décisions d'interruption dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1 ; cf. art. 29 let. a LMP en relation avec l'art. 27 al. 1 LMP). Dans ce cadre, le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour statuer sur des requêtes d'octroi de l'effet suspensif (cf. art. 28 al. 2 LMP) et de mesures provisionnelles.

1.2 La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la LMP et la LTAF n'en disposent pas autrement (cf. art. 26 al. 1 LMP et art. 37 LTAF). Selon l'art. 31 LMP, le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué dans la procédure de recours.

1.3 Selon une pratique bien établie, le Tribunal administratif fédéral statue en collège sur les requêtes tendant à l'octroi de l'effet suspensif au recours contre une décision d'adjudication. En revanche, le juge instructeur décide seul du sort de telles requêtes en cas de recours contre un appel d'offre ou une interruption de la procédure (cf. décisions incidentes du TAF B-3402/2009 du 2 juillet 2009 consid. 1.2, partiellement publiée aux ATAF 2009/19, B-536/2013 du 5 mars 2013 et B-2386/2014 du 25 juin 2014).

2.

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

2.1 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). Un recours devant le Tribunal administratif fédéral n'est recevable que s'il est dirigé contre une décision prise conformément aux procédures d'adjudication prévues par la LMP (cf. *a contrario* art. 2 al. 3 4^e phrase LMP, voir aussi art. 39 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP, RS 172.056.11] ; ATAF 2008/61 consid. 3.1, 2008/48 consid. 2.1 et réf. cit.).

La LMP est applicable si l'entité adjudicatrice est soumise à la loi (art. 2 LMP), si le type de marché adjugé est visé par celle-ci (art. 5 LMP), si la valeur du marché public à adjuger atteint les seuils prescrits à l'art. 6 al. 1 LMP et, enfin, si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions prévues à l'art. 3 LMP.

2.1.1 Ainsi, en vertu de l'art. 2 al. 1 LMP, est notamment soumise à la loi, l'administration générale de la Confédération (let. a). En l'espèce, il n'est pas contesté que l'Office fédéral de l'armement (armasuisse) appartienne à l'administration générale de la Confédération (cf. arrêt du TAF B-7435/2010 du 15 décembre 2010 consid. 2.1.1), de sorte qu'il revêt la qualité d'adjudicateur au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP.

2.1.2 Par marché de services au sens de la LMP, on entend un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la fourniture d'une prestation selon l'appendice 1, annexe 4, de l'AMP (art. 5 al. 1 let. b LMP), liste reprise à l'annexe 1a de l'OMP.

Il n'est *in casu* pas non plus contesté que le marché en cause porte sur la fourniture d'une prestation entrant dans la catégorie des services indiqués dans les deux annexes précitées sous le numéro de référence 867 de la classification centrale des produits (CPC).

2.1.3 Enfin, l'art. 6 LMP prévoit des seuils (hors TVA) au-delà desquels la loi est applicable si la valeur estimée du marché à adjuger les atteint. L'art. 1 let. b de l'ordonnance du DEFR du 2 décembre 2013 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2014 et 2015 (RS 172.056.12) dispose que la LMP n'est applicable qu'aux marchés publics dont la valeur estimée dépasse 230'000 francs pour les services. L'estimation préalable que le pouvoir adjudicateur fait de la valeur du marché est l'élément déterminant pour apprécier si le seuil fixé par la loi et l'ordonnance est atteint (cf. arrêt du TAF B-985/2015 du 12 juillet 2015 consid. 2.4 et réf. cit.).

Il n'est pas non plus nié que cette valeur soit atteinte dans le cas d'espèce. Le seuil déterminant pour l'application de la LMP aux marchés de services est dès lors atteint.

2.1.4 Aucune des exceptions prévues par l'art. 3 al. 1 LMP n'est par ailleurs réalisée en l'espèce.

2.1.5 Il ressort de ce qui précède que, *prima facie*, la LMP s'applique *in casu*.

2.2

2.2.1 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral, les membres d'un consortium doivent, en leur qualité de consorts nécessaires, recourir conjointement contre une décision rendue en application de la LMP (cf. ATF 131 I 159 consid. 5 ; ATAF 2008/7 consid. 2.2.2). Dite condition est en l'espèce réalisée.

2.2.2 Les recourantes paraissent disposer de la qualité pour recourir contre la décision d'interruption (cf. art. 48 al. 1 PA en relation avec les art. 26 al. 1 LMP et 37 LTAF), dès lors que de réelles chances d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ; arrêt du TF 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2) leur ont été reconnues dans le cadre du recours contre la décision d'adjudication du 8 septembre 2015 (cf. arrêt B-6274/2015 consid. 2.2.2). Elles ont ainsi un intérêt à ce que soit examiné le bien-fondé de l'interruption prononcée (arrêt du TAF B-1772/2014 du 21 octobre 2014 consid. 1.2.2.1).

2.2.3 Les dispositions relatives à la représentation (cf. art. 11 al. 1 PA), au délai de recours (cf. art. 30 LMP), à la forme et au contenu du mémoire de recours (cf. art. 52 al. 1 PA), ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (cf. art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

2.3 En conséquence, le recours ne paraît pas irrecevable. Partant, il y a lieu d'entrer en matière sur les requêtes d'octroi de l'effet suspensif et de mesures provisionnelles formulées par les recourantes.

3.

Les recourantes ont requis l'octroi de l'effet suspensif à leur recours faisant valoir les chances du succès de celui-ci et leur intérêt prépondérant à ce qu'un contrôle de la légalité ait lieu avant que le pouvoir adjudicateur n'entame des démarches en vue d'une nouvelle procédure d'adjudication.

3.1 A la différence de l'art. 55 al. 1 PA, l'art. 28 al. 1 LMP prévoit que le recours n'a pas d'effet suspensif. Sur demande, le Tribunal administratif fédéral peut accorder l'effet suspensif (cf. art. 28 al. 2 LMP). Cette réglementation atteste 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. Cela ne signifie toutefois pas que

l'effet suspensif ne peut être accordé qu'exceptionnellement (cf. ATAF 2007/13 consid. 2.1 et réf. cit. ; décision incidente B-3402/2009).

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. Si, au regard des seules pièces du dossier, le recours apparaît manifestement irrecevable ou mal fondé, l'effet suspensif ne doit pas être octroyé. En revanche, si le recours – qui ne semble pas d'emblée irrecevable – ne paraît pas dénué de chances de succès ou qu'il existe des doutes à ce propos, il y a lieu de procéder à une pondération des intérêts en présence (cf. décisions incidentes du TAF B-3311/2009 consid. 2.2 et B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1).

Selon la jurisprudence, il convient, dans la pondération des intérêts, de tenir compte de celui du recourant au maintien de la possibilité d'obtenir l'adjudication, lequel présente également un intérêt public à garantir une véritable voie de droit (cf. décision incidente du TAF B-6177/2008 consid. 2). A ces intérêts, s'opposent les intérêts publics que le pouvoir adjudicateur doit prendre en considération, notamment celui à une exécution aussi rapide que possible de la décision (cf. arrêt du TF 2P.103/2006 du 29 mai 2006 consid. 4.2.1 et réf. cit. ; dans le même sens ATAF 2008/7 consid. 3.3).

3.2 En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a renoncé à se déterminer sur la requête d'effet suspensif formée par les recourantes. Dans ces circonstances, il n'a invoqué aucune situation d'urgence justifiant de ne pas surseoir à l'exécution de la décision d'interruption jusqu'à droit connu sur le recours formé par les recourantes et de ne pas garantir à celles-ci une véritable voie de droit. Il n'a pas davantage prétendu que le recours était dénué de chances de succès.

Il convient ainsi d'accorder l'effet suspensif au recours sans qu'il n'y ait lieu d'examiner plus avant les chances de succès du recours.

4.

Les recourantes requièrent également que des mesures provisionnelles soient prononcées en vue d'enjoindre le pouvoir adjudicateur de poursuivre immédiatement la procédure d'adjudication selon un calendrier préétabli.

4.1 A teneur de l'art. 56 PA, l'autorité de recours, son président ou le juge instructeur peut prendre des mesures provisionnelles pour maintenir intact un état de fait existant ou sauvegarder des intérêts menacés. Une décision

sur mesures provisionnelles suppose l'urgence et n'est admise que lorsque le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (cf. ATF 130 II 149 consid. 2.2). Il faut en outre procéder à une pesée des intérêts respectifs lors de laquelle les mesures à ordonner doivent apparaître proportionnées. De plus, le prononcé de mesures ne doit ni anticiper ni rendre impossible une décision sur le fond (cf. ATF 127 II 132 consid. 3). Lesdites mesures reposent sur un examen sommaire de l'état de fait et de la situation juridique. Il peut être tenu compte d'un pronostic sur le fond lorsque celui-ci est clair ; si tel n'est pas le cas, il convient de faire preuve de retenue (cf. décision incidente du TAF B-547/2008 du 19 mars 2008 consid. 4.2).

4.2 Les recourantes font valoir que le pouvoir adjudicateur n'a pas donné la suite à la procédure qu'impliquait l'arrêt du 21 décembre 2015 lui renvoyant la cause. Elles indiquent pour le surplus qu'il y a péril en la demeure et que leurs droits sont menacés – en particulier qu'il y a à craindre que le marché ne leur échappe – si la procédure n'est pas continuée et achevée dans les meilleurs délais.

Le pouvoir adjudicateur, bien qu'il ne se soit pas expressément déterminé sur cette requête, a implicitement conclu à son rejet dans la mesure où il a déclaré maintenir ses conclusions. En effet, même s'il n'a encore pris aucune conclusion dans la présente affaire (B-1680/2016), il a joint à sa prise de position la décision entreprise interrompant la procédure. Dans ces conditions, il y a lieu d'admettre qu'il n'entend pas poursuivre celle-ci avant que le tribunal n'ait statué sur le bien-fondé de l'interruption prononcée.

4.3 Tout d'abord, il convient de relever que, dans son arrêt du 21 décembre 2015, le Tribunal administratif fédéral a considéré, compte tenu des éléments au dossier et des motifs invoqués par le pouvoir adjudicateur, que les conditions d'une interruption de la procédure d'adjudication par l'instance judiciaire n'étaient pas réunies. Il a pour le surplus constaté que les critères de qualification devaient être adaptés mais qu'une interruption de la procédure ne s'imposait pas nécessairement ; la cause a dès lors été renvoyée au pouvoir adjudicateur pour qu'il pallie le défaut de la procédure d'appel d'offres, les modalités devant être déterminées par ledit pouvoir adjudicateur (cf. arrêt B-6274/2015 consid. 4.6.3, 4.6.4, 5.3 et 5.4). A la suite dudit renvoi, celui-ci a interrompu la procédure par décision du 25 février 2016, décision que le présent recours a pour objet.

Il suit de là que la question de l'interruption de la procédure d'appel d'offres par le pouvoir adjudicateur n'a pas été traitée dans l'arrêt susmentionné ; au contraire, cette question consiste précisément en l'objet de la présente procédure. En d'autres termes, l'arrêt à rendre devra déterminer si c'est à juste titre, ou non, que la procédure a été interrompue.

4.4 En l'espèce, les recourantes requièrent que la procédure d'adjudication soit poursuivie, nonobstant l'interruption prononcée. Elles entendent ainsi obtenir, durant la procédure de recours, l'exécution anticipée de leurs conclusions au fond. Cette mesure est également susceptible d'avoir un effet définitif dans l'hypothèse où l'autorité devait poursuivre la procédure d'adjudication jusqu'à son terme. De telles mesures ne sont toutefois admises que de façon restrictive et sont soumises à des exigences strictes (cf. ATF 138 III 378 consid. 6.4). A l'appui de leur requête, les recourantes font valoir que leurs droits sont menacés, en ce sens qu'il y a à craindre que le marché ne leur échappe si la procédure n'est pas continuée et achevée dans les meilleurs délais. Dès lors que l'effet suspensif a été accordé au recours et que le pouvoir adjudicateur doit s'abstenir de toute mesure susceptible d'influer sur l'issue du litige, en particulier de procéder à un nouvel appel d'offre, on ne saisit pas en quoi le seul écoulement du temps durant la procédure de recours serait à même de mettre en danger les chances des recourantes d'obtenir le marché. L'inconvénient consistant en l'attente de la décision sur recours est en réalité inhérent à la durée de toute procédure et ne constitue nullement une menace d'un dommage difficile à réparer ; en tout état de cause, il ne saurait à lui seul justifier le prononcé d'une mesure d'exécution anticipée.

4.5 Sur le vu de ce qui précède, il convient d'admettre que les intérêts des recourantes en faveur du prononcé de mesures provisionnelles ne sont pas prépondérants. Dans ces circonstances, point n'est besoin d'examiner plus avant la proportionnalité des mesures provisionnelles requises ou de procéder à un pronostic sur le fond.

En conséquence, la requête de mesures provisionnelles formée par les recourantes doit être rejetée.

5.

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

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

La requête d'octroi de l'effet suspensif au recours des recourantes est admise.

2.

La requête de mesures provisionnelles tendant à la poursuite immédiate de la procédure d'adjudication selon un calendrier préétabli est rejetée.

3.

Les frais et dépens relatifs à cette décision seront réglés dans l'arrêt au fond.

4.

La présente décision incidente est adressée :

- aux recourantes (recommandé avec avis de réception)
- au pouvoir adjudicateur (n° de réf. SIMAP - ID du projet 128733 ; recommandé avec avis de réception)

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

Le juge instructeur :

La greffière :

Pascal Richard

Muriel Tissot

Indication des voies de droit :

Pour autant qu'elle cause un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]), que les valeurs seuils fixées à l'art. 83 let. f ch. 1 LTF soient atteintes et qu'elle soulève une question juridique de principe (art. 83 let. f ch. 2 LTF), la présente décision incidente 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 (art. 100 al. 1 LTF). 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 : 12 avril 2016