

(Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 26 mars 1997)

Öffentliches Beschaffungswesen. Teilnehmersauswahl im selektiven Verfahren eines Wettbewerbs. Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Beschwerdelegitimation. Zulässigkeit.

Schwelle des geschätzten Werts des zu vergebenden öffentlichen Auftrags, welcher für die Anwendung des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen massgeblich ist (Art. 6 BoeB und Art. 44 Abs. 1 Bst. b Voeb; E. 1a).

Werden bei einem Entscheid über die Auswahl der Teilnehmer im selektiven Verfahren einerseits die Namen der berücksichtigten Anbieter publiziert und andererseits den nichtberücksichtigten Anbietern eine individuelle Verfügung zugestellt, so wahrt die Auftraggeberin damit den Grundsatz der Vertraulichkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. d BoeB (E. 1c).

Ein Gesuch um eine provisorische Massnahme (vorliegend Beantragung der aufschiebenden Wirkung), welches nach Ablauf der Beschwerdefrist gestellt wird, ist keine Ausweitung des Rechtsbegehrens (E. 2c).

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BoeB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung kann von der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen auf Gesuch hin aufgrund einer Interessenabwägung erteilt werden (E. 3a). In einer prima-facie-Prüfung ist ebenfalls festzustellen, ob die Beschwerde nicht offensichtlich ohne Aussicht auf Erfolg ist (E. 3c). Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips kann es angezeigt sein, anstelle der Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung oder der vollständigen Sistierung des Zuschlagsverfahrens, eine weniger einschneidende provisorische Massnahme anzuordnen, vorliegend die provisorische Wiederaufnahme der Beschwerdeführer in das Zuschlagsverfahren (E. 3e).

Marchés publics. Choix des participants à la procédure sélective concernant un concours. Demande d'octroi de l'effet suspensif. Notification. Qualité pour recourir. Recevabilité.

Seuil de la valeur estimée du marché public à adjuger déterminant l'application de la loi fédérale sur les marchés publics (art. 6 LMP et art. 44 al. 1 let. b OMP; consid. 1a).

Lorsqu'il choisit, d'une part, de publier la décision relative au choix des participants à la procédure sélective en ne mentionnant que les noms des candidats retenus et, d'autre part, d'adresser une notification individuelle aux candidats non retenus, le pouvoir adjudicateur respecte l'obligation de confidentialité de l'art. 8 al. 1 let. d LMP (consid. 1c).

Une requête de mesure provisionnelle déposée après l'échéance du délai de recours (en l'espèce, demande d'effet suspensif) ne peut être considérée comme étendant les conclusions du recours (consid. 2c).

Contrairement à l'art. 55 al. 1 PA, l'art. 28 al. 1 LMP prévoit que le recours en matière de marchés publics n'a pas d'effet suspensif automatique. Sur requête, la commission de recours peut toutefois l'accorder sur la base d'une pesée des intérêts en jeu (consid. 3a). Il convient également de s'assurer, par un examen prima facie, que le recours n'est pas manifestement dépourvu de chances de succès (consid. 3c). Le principe de la proportionnalité peut conduire à prescrire, plutôt que le refus pur et simple d'octroyer l'effet suspensif ou la suspension complète du processus d'adjudication, une autre mesure provisoire moins incisive, en l'occurrence la réintroduction provisoire des recourants dans le processus d'adjudication (consid. 3e).

Acquisti pubblici. Scelta dei partecipanti alla procedura selettiva concernente un concorso. Richiesta di accordare l'effetto sospensivo. Notificazione. Legittimazione a ricorrere. Ammissibilità.

Valore soglia stimato della commessa pubblica da appaltare che determina l'applicazione della legge federale sugli acquisti pubblici (art. 6 LAPub e art. 44 cpv. 1 lett. b OAPub; consid. 1a).

Al momento di scegliere, da un lato, di pubblicare la decisione relativa alla scelta dei partecipanti alla procedura selettiva menzionando unicamente i nomi dei candidati accettati e, dall'altro, di inviare una notificazione individuale ai candidati scartati, il committente rispetta l'obbligo di confidenzialità di cui all'art. 8 cpv. 1 lett. d LAPub (consid. 1c).

Una richiesta di misura provvisoria inoltrata dopo la scadenza del termine di ricorso (nel presente caso, richiesta d'effetto sospensivo) non può essere considerata un'estensione delle conclusioni del ricorso (consid. 1c).

Contrariamente all'art. 55 cpv. 1 PA, l'art. 28 cpv. 1 LAPub prevede che il ricorso in materia di acquisti pubblici non ha effetto sospensivo automatico. Su richiesta, la commissione di ricorso può tuttavia accordarlo sulla base di una ponderazione degli interessi in gioco (consid. 3a). È necessario anche assicurarsi, mediante un esame prima facie che il ricorso non sia del tutto privo di possibilità di successo (consid. 3c). Il principio della proporzionalità può condurre a prescrivere, anziché il rifiuto puro e semplice, il conferimento dell'effetto sospensivo o la sospensione completa del processo d'aggiudicazione, altra misura provvisoria meno incisiva, nella fattispecie la reintroduzione provvisoria dei ricorrenti nel processo d'aggiudicazione (consid. 3e).

Résumé des faits:

A. Le 10 octobre 1996, l'Office des constructions fédérales (OCF), Division des études préparatoires (pouvoir adjudicateur), a publié dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) un appel à candidatures, dans le cadre d'une procédure sélective. L'appel à candidatures vise à choisir 12 à 18 groupes de projet appelés ensuite à participer à un concours pour la conception du pavillon suisse de l'Exposition universelle de l'an 2000 à Hanovre (EXPO 2000). Le pavillon doit mettre en valeur le bois et être axé sur le thème principal des transports. Le concours est organisé par la Commission de coordination pour la présence de la Suisse à l'étranger (COCO) et l'OCF. Les participants sont choisis par un jury dont les décisions sont contraignantes pour le pouvoir adjudicateur, sous réserve de l'approbation de la COCO et du Conseil fédéral. Le montant total des prix décernés lors du concours est de CHF 180 000.-. En outre, les organisateurs du concours envisagent d'attribuer à l'adjudicataire un marché d'étude supplémentaire dont le montant total s'élève au maximum à CHF 2 000 000.-. Le montant disponible pour la construction du pavillon, son équipement et la réalisation de l'exposition s'élève à CHF 9 000 000.-.

B. Le 2 décembre 1996, dans le délai imparti, A, B, C, D, E et F ont déposé un dossier de candidature.

C. Les participants à la procédure de préqualification dont la candidature n'a pas été retenue ont été informés de cette décision par un courrier de la COCO et de l'OCF du 30 janvier 1997, reçu le 31 janvier 1997. Ce courrier était accompagné d'un exposé du procédé et des expériences faites dans le cadre de la préqualification, rédigé par J. de l'OCF, conseiller de la COCO et membre suppléant du jury, et daté du 24 janvier 1997. Le courrier faisait en outre référence à la publication de la décision du pouvoir adjudicateur dans la FOSC du 31 janvier 1997. A cette date, la FOSC a effectivement publié la décision relative au choix des participants sélectionnés pour prendre part au concours, avec mention de la voie et du délai de recours ainsi que de l'autorité à laquelle le recours devait être adressé.

D. Le 10 février 1997, A et B ont adressé à la COCO, avec copie à J. de l'OCF, un courrier recommandé relatif à la procédure de préqualification et portant en exergue la mention de «Recours». Ils y concluaient à l'annulation de la décision et à la reprise de la procédure de préqualification. Par courrier du 21 février 1997, reçu par A et B le 25 février 1997, la COCO a accusé réception de la lettre de recours et a informé les recourants qu'elle la transmettait à l'OCF.

E. Le 3 mars 1997, la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (ci-après: la commission de recours) a reçu un recours formulé en date du 28 février 1997 par Me P., conseil de A, agissant au nom et pour le compte du groupe de projet composé en outre de B, C, D, E et F. Les recourants requièrent, à titre préliminaire, que l'effet suspensif soit accordé à leur recours. Ils concluent au fond, principalement, à ce que la commission de recours modifie la décision de l'OCF et de la COCO du 24 janvier 1997 en ce sens qu'un nouveau délai d'un mois serait imparti aux participants à la préqualification pour présenter un dossier de candidature ainsi qu'à la nullité de la décision publiée dans la FOSC du 31 janvier 1997. Subsidièrement, ils concluent à l'annulation de la décision de l'OCF et de la COCO du 24 janvier 1997, à la nullité absolue de la décision de l'OCF publiée dans la FOSC du 31 janvier 1997 et à ce que l'OCF soit invité à impartir un nouveau délai d'un mois aux participants à la préqualification pour présenter un dossier de candidature. Par courrier du 4 mars 1997, le président de la commission de recours a imparti à l'OCF un délai au 17 mars 1997 pour se déterminer sur la requête d'effet suspensif et a ordonné à titre superprovisoire qu'aucune mesure d'exécution ne soit entreprise jusqu'à décision sur ladite requête. Dans sa réponse rédigée en allemand du 17 mars 1997, l'OCF conclut principalement à l'irrecevabilité de la requête d'effet suspensif et, subsidiairement, au rejet de celle-ci.

Considéranrs:

1.a. Le marché litigieux est un marché de services, notamment d'architecture, assujéti à la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1; art. 1 al. 1 let. a et art. 5 al. 1 let. b LMP ainsi qu'art. 3 al. 1 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP], RS 172.056.11, et annexe 1 à l'OMP). Le marché est passé par procédure sélective organisée sous la forme d'un concours de projets. Le jury désigné fonctionne aussi bien pour la procédure de préqualification que pour celle d'appréciation des projets désignés. Selon l'art. 44 al. 1 let. b OMP, la valeur d'un concours de projets proprement dit se compose de la somme totale des prix et de la valeur estimée des travaux d'étude supplémentaires définis dans le programme du concours. En l'espèce, la somme des prix est de CHF 180 000.- alors que les organisateurs envisagent d'adjuger un marché de travaux d'étude supplémentaires de CHF 2 000 000.-. Le seuil déterminant pour l'application de la LMP aux marchés de services (CHF 263 000.- jusqu'au 31 décembre 1996 et CHF 248 950.- dès le 1er janvier 1997, art. 6 al. 1 let. b LMP, RO 1996 3096) est dès lors atteint en l'espèce.

b. Le pouvoir adjudicateur désigné par l'appel à candidatures est l'Office des constructions fédérales, qui est un service de l'administration générale de la Confédération au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP. Toutefois, les documents d'appel à candidatures ainsi que le dossier remis aux intéressés font souvent référence aux organisateurs, en visant ainsi à la fois l'OCF et la COCO. En outre, l'OCF est tenu de suivre la recommandation du jury, sous réserve de l'approbation de la COCO et du Conseil fédéral. Le courrier du 30 janvier 1997 adressé aux participants à la procédure de préqualification non retenus, dont les recourants, était signé par l'OCF et par la COCO. Les recourants ont adressé leur premier recours du 10 février 1997 à la COCO, avec copie à un membre de l'OCF. Le second acte de recours du 28 février 1997, adressé à la commission de recours, est dirigé contre la décision de l'OCF et de la COCO. Même si la COCO devait également être considérée, matériellement, comme pouvoir adjudicateur, elle relèverait aussi de l'art. 2 al. 1 let. a LMP, compte tenu notamment des tâches qu'elle exerce dans les différentes expositions universelles et du fait que son secrétariat est assuré par le Département fédéral des affaires étrangères.

La décision attaquée émane de l'OCF. En effet, les candidats, puis les soumissionnaires, n'entretiennent de relations qu'avec le pouvoir adjudicateur désigné par l'appel à candidatures, c'est-à-dire l'OCF. Ils demeurent étrangers aux rapports internes établis entre l'OCF, la COCO et le jury. Ces rapports concernent le mode de prise de décision par le pouvoir adjudicateur. L'OCF est lié par la recommandation du jury, sous réserve de l'approbation de celle-ci par la COCO.

c. La décision matérielle attaquée par les recourants est celle du choix des participants à la procédure sélective, qui est sujette à recours selon l'art. 29 let. c LMP. La décision attaquée consiste à la fois dans la désignation positive de 18 groupes de projet appelés à déposer une offre et dans le rejet des autres candidatures.

Formellement, les recourants dirigent, dans leur recours du 28 février 1997, leurs conclusions à la fois contre la décision de l'OCF et de la COCO du 24 janvier 1997, contre la décision de l'OCF et de la COCO du 30 janvier 1997 et contre la décision de l'OCF publiée dans la FOSC du 31 janvier 1997. Il suffit de constater que seule la décision de l'OCF publiée dans la FOSC du 31 janvier 1997 constitue une décision valablement notifiée qui comporte l'indication de la voie de recours exigée par l'art. 35 al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021). Le courrier de l'OCF et de la COCO du 30 janvier 1997, reçu par les recourants le même jour que la publication de la décision dans la FOSC, et qui comporte en annexe le rapport du 24 janvier 1997 de J. de l'OCF, ne constitue pas une décision séparée, mais une notification individuelle de la même décision publiée dans la FOSC. Selon l'art. 23 al. 1 LMP, le pouvoir adjudicateur peut communiquer ses décisions soit par publication, soit par notification individuelle. En choisissant, pour la décision relative au choix des participants à la procédure sélective, de publier une décision comportant les seuls noms des participants retenus et d'adresser une notification individuelle aux participants non retenus, le pouvoir adjudicateur a respecté l'obligation de confidentialité de l'art. 8 al. 1 let. d LMP. Le courrier de l'OCF et de la COCO du 30 janvier 1997, avec son annexe du 24 janvier 1997, éclaire et complète la décision publiée dans la FOSC du 31 janvier 1997.

d. L'OCF a déposé ses conclusions relatives à la requête d'effet suspensif en allemand. La commission de recours admet à titre exceptionnel un mémoire rédigé dans une autre langue que celle des recourants, en particulier lorsque l'autorité est invitée à se déterminer dans un bref délai en raison de l'urgence de la cause (décision sur mesures provisionnelles). L'OCF est toutefois

invité à respecter désormais dans cette procédure les principes résultant du nouvel art. 116 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (Cst., RS 101) ainsi que de l'art. 37 PA et à rédiger ses mémoires dans la langue officielle en laquelle les recourants ont pris leurs conclusions.

2.a. La commission de recours examine d'office les questions de recevabilité, notamment celle du respect du délai de recours. La décision attaquée a été publiée dans la FOSC du 31 janvier 1997 et communiquée individuellement aux recourants par courrier reçu à cette même date. L'art. 20 LMP fixe à 20 jours le délai pour l'envoi du recours à la commission de recours (art. 27 LMP). A et B ont formé un premier recours dans le délai légal, le 10 février 1997, mais en l'adressant à une autorité incompétente, la COCO, Département fédéral des affaires étrangères. Conformément à l'art. 21 al. 2 PA, lorsque la partie s'adresse en temps utile à une autorité incompétente, le délai est réputé observé. Contrairement à l'obligation que lui imposait l'art. 8 al. 1 PA, la COCO n'a pas transmis le recours à la commission de recours, mais à l'OCF. La commission de recours n'a eu connaissance de ce premier recours que par le second mémoire qui lui a été adressé directement par Me P. le 28 février 1997, soit après l'échéance du délai de recours. A et B ont dès lors valablement formé recours en date du 10 février 1997.

b. Le recours du 10 février 1997 a été formé par A et B seuls, sans que ceux-ci n'indiquent agir au nom de la communauté des auteurs de la demande de préqualification. En revanche, le second mémoire du 28 février 1997 a été introduit par Me P., représentant A, agissant au nom et pour le compte du groupe de projet composé en outre de C, D, E et F (confirmé par la procuration fournie dans le bordereau de pièces annexé au mémoire de recours).

La qualité pour recourir de A et B est déjà donnée du fait que, en leur qualité de membre du groupe de projet, ils sont touchés par la décision de refus de qualification et ont un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification d'une décision qui affecte les droits et intérêts du groupe de projet. Cette décision élimine définitivement le groupe de projet de la procédure sélective, en l'empêchant de déposer une offre dans le cadre du concours et en le privant ainsi de toute chance de gagner ce concours et d'obtenir l'adjudication du marché (art. 26 al. 1 LMP et art. 48 let. a PA; ATF 103 Ib 76 consid. 1, 99 V 58; Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBJ] 1988, p. 553, consid. D.1d; Alfred Kölz / Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zurich 1993, N° 233; Fritz Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2e éd., Berne 1983, p. 181 s.). Même si, en cas d'admission du recours au fond, seul un groupe restreint composé de A et B (architectes) était réadmis dans le processus de passation du marché, à l'exclusion des autres membres du groupe (construction métallique, écrivain, architecte-paysagiste et peintre), ce groupe restreint serait encore en mesure de déposer une offre disposant d'une chance d'être acceptée. Rien ne l'empêcherait en effet de mandater les autres membres du groupe dans le cadre de l'élaboration de l'offre. Les deux recourants tireraient dès lors un avantage réel de la modification de la décision entreprise (ATF 111 Ib 62, 111 V 350, 111 V 152; JAAC 48.35).

Il convient d'admettre aussi la qualité pour recourir des autres membres du groupe de projet. Le second mémoire déposé de leur propre initiative par les recourants précise que tous les membres du groupe de projet forment recours. Cela signifie que A et B ont entendu, par leur premier recours du 10 février 1997, agir au nom de tous les auteurs de la demande de préqualification en contestant le contenu du courrier de la COCO et de l'OCF du 30 janvier 1997. Ils ont pu, de bonne foi, penser que tel était le cas puisqu'ils répondaient à un courrier qui n'a été vraisemblablement adressé qu'à eux et qui les priait de faire part de cette décision aux autres membres du groupe de projet. Si la COCO avait transmis le recours du 10 février 1997 à la commission de recours, celle-ci aurait invité les recourants à préciser leurs intentions en ce sens. Les recourants doivent toutefois compléter leur recours en faisant parvenir à la commission de recours une procuration séparée pour chacun des recourants. Au surplus, il est clair que les autres membres du groupe disposent d'un intérêt digne de protection (art. 48 let. a PA) à l'annulation ou à la modification de la décision de rejet de candidature, au même titre que A et B.

c. Dans leur recours du 10 février 1997, A et B concluaient à l'annulation de la décision et à la reprise de la procédure de préqualification. Dans son mémoire du 28 février 1997, le conseil des recourants reprend en substance les mêmes conclusions, mais demande en outre que l'effet suspensif soit accordé au recours (art. 28 al. 2 LMP). Dans sa réponse du 17 mars 1997, l'OCF conclut principalement à l'irrecevabilité de la requête d'effet suspensif déposée pour la première fois après l'échéance du délai de recours.

Selon l'art. 52 al. 1 PA, le mémoire de recours indique les conclusions du recourant. Celles-ci ne peuvent être que précisées après l'échéance du délai de l'art. 30 LMP, mais non amplifiées, car une telle amplification reviendrait à prolonger un délai légal de recours, en violation de l'art. 22 al. 1 PA (Blaise Knapp, *Précis de droit administratif*, 4e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, N° 1923ter; Pierre Moor, *Droit administratif*, vol. I, Berne 1991, p. 439 s.). Toutefois, l'effet suspensif est, au même titre que les autres mesures provisoires de l'art. 56 PA, une mesure provisionnelle (voir note marginale de l'art. 55 PA) de nature procédurale. Les mesures provisionnelles peuvent être modifiées ou levées en cours de procédure, à la requête du recourant ou de la partie adverse. En outre, les mesures provisionnelles tombent avec l'arrêt au fond (Gygi, op. cit., p. 245). Dès lors, la requête de mesure provisionnelle déposée après l'échéance du délai de recours ne saurait être considérée comme étendant les conclusions du recourant qui restent, pour les litiges en matière de marchés publics, soit des conclusions en annulation ou en modification de la décision, soit des conclusions en constatation de l'illicéité (art.

32 LMP). Le fait que l'effet suspensif ne puisse être ordonné, selon l'art. 28 al. 2 LMP, qu'à la requête du recourant, et non d'office par la commission de recours, n'y change rien. En matière de recours de droit public, alors que l'art. 94 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ, RS 173.110) comporte une restriction similaire à celle de l'art. 28 al. 2 LMP, le Tribunal fédéral accepte d'ordonner l'effet suspensif lorsqu'il en est requis après l'échéance du délai de recours (voir notamment ATF 107 Ia 269; Walter Kälin, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, 2e éd., Berne 1994, p. 379; Andreas Auer, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1983, p. 243).

En conséquence, la requête d'effet suspensif déposée après l'échéance du délai de recours est recevable. Il convient toutefois de souligner que le recourant qui ne demande pas dans le délai de recours l'effet suspensif manque de diligence et agit à ses risques. En présence d'un recours déposé sans demande d'effet suspensif, le pouvoir adjudicateur peut, de bonne foi, aller de l'avant et conclure le contrat avec l'adjudicataire (art. 22 al. 2 LMP). Dans un tel cas, une requête ultérieure d'effet suspensif pourrait être rejetée d'emblée, dès lors que le recourant ne peut obtenir par une mesure provisoire plus qu'il ne peut obtenir au fond, soit la seule constatation de l'illicéité de la décision (art. 32 al. 2 LMP). Même en l'absence de conclusion du contrat, le défaut de diligence du recourant qui a tardé à demander l'effet suspensif peut peser en sa défaveur lors de la pondération des intérêts que doit effectuer la commission de recours. Il est dans l'intérêt de la sécurité juridique que le pouvoir adjudicateur et les autres participants à une procédure de passation soient fixés, si possible dès le dépôt d'un recours, sur l'éventualité d'une suspension de la passation du marché.

3.a. Les recourants concluent à l'octroi de l'effet suspensif au recours, selon l'art. 28 al. 2 LMP. Dans ses conclusions du 17 mars

1997, l'OCF s'oppose à un tel octroi.

Contrairement à l'art. 55 al. 1 PA, 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. Selon la doctrine et la jurisprudence relative à l'art. 55 al. 1 PA, il convient d'effectuer une pondération des intérêts en jeu afin 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 convient de prendre en compte les intérêts des recourants, l'intérêt public invoqué par le pouvoir adjudicateur, d'autres intérêts publics éventuels ainsi que les intérêts privés de tiers intéressés, notamment les 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, 110 V 45 consid. 5b, 106 Ib 116 consid. 2a, 105 V 268 consid. 2, 99 Ib 220 consid. 5; Moor, op. cit., p. 443; Ulrich Häfelin / Georg Müller, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 2e éd., Zurich 1993, N° 1397; Kölz/Häner, op. cit., N° 280; Gerold Steinmann, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren*, ZBl 1993, p. 149 s.).

b. Le but des mesures provisoires est la garantie d'une protection juridictionnelle effective qui permette en particulier de préserver les possibilités commerciales des recourants (art. XX § 2 et § 7 al. a de l'Accord du 12 avril 1979 sur les marchés publics [AMP], RS 0.632.231.42). 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.). 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 (Steinmann, op. cit., p. 149).

L'octroi de mesures provisoires joue un rôle central lorsque la décision attaquée concerne le rejet de candidatures dans la première phase d'une procédure sélective (art. 29 let. c LMP). Faute d'effet suspensif, les recourants qui n'ont pas été sélectionnés sont privés de la possibilité de déposer une offre, donc de remporter le concours et d'obtenir le marché. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, le lauréat du concours doit être désigné dans un bref délai (2 juin 1997). Dans une telle hypothèse, les recourants dont la requête d'effet suspensif est rejetée sont définitivement écartés de la passation du marché, même si leur recours est finalement jugé bien fondé. Ils seraient renvoyés à faire valoir des dommages-intérêts plafonnés à la réparation des dépenses encourues en relation avec les procédures de passation et de recours (art. 32 al. 2 et art. 34 al. 2 LMP). Les recourants ont en conséquence un intérêt évident à l'octroi de l'effet suspensif qui est seul à même de préserver leurs possibilités commerciales et de leur garantir une protection juridictionnelle effective conforme aux exigences de l'AMP.

Le manque de diligence des recourants, qui n'ont introduit la requête d'effet suspensif qu'après l'échéance du délai de recours, ne saurait leur être reproché dans le cas d'espèce. En effet, ce manquement aurait peut-être encore pu être réparé dans le délai si la COCO avait, conformément à l'art. 8 al. 1 PA, transmis le recours, qui lui avait été adressé à tort, à l'autorité compétente, c'est-à-dire à la commission de recours, et non à l'OCF. Par ailleurs, la prolongation de la passation du marché résultant de l'effet suspensif est encore supportable pour le pouvoir adjudicateur dès lors qu'une mesure moins incisive que la suspension complète de la passation est possible (voir *infra* e).

c. 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 (ATF 110 V 40 consid. 5b; JAAC 55.1 consid. 3; Knapp, op. cit., N° 2079; Kölz/Häner, op. cit., p. 169; Attilio R. Gadola, *Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen*, *Pratique juridique actuelle* [PJA] 1996, p. 972). Contrairement aux conclusions de l'OCF, les motifs allégués par les recourants ne sont pas manifestement mal fondés. Le rôle et l'importance que devait revêtir le bref exposé des intentions du groupe de projet (esquisse de projet) ne ressortaient pas clairement de l'appel à candidatures et du dossier de la procédure de sélection remis aux intéressés. L'absence d'indication quant à l'anonymat du bref exposé des intentions était aussi de nature à induire en erreur les recourants sur l'étendue de cet exposé. Enfin, la question de savoir si et dans quelle mesure il est possible de prendre en compte, dans le cadre de la phase de préqualification, des exigences relatives à l'offre n'est pas encore résolue et devrait faire l'objet d'un examen au fond par la commission de recours.

d. L'OCF s'oppose à l'octroi de l'effet suspensif en alléguant l'urgence à passer le marché pour ne pas mettre en péril la présence suisse à l'exposition universelle EXPO 2000 à Hanovre. En outre, l'OCF considère que l'art. 28 LMP aurait entendu accorder un poids prépondérant à l'intérêt public à l'exécution ininterrompue du marché.

Contrairement aux allégués de l'OCF, 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 du Conseil fédéral relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC, Cycle d'Uruguay - Message 2 GATT -, du 19 septembre 1994, 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 (de manière générale, voir Steinmann, op. cit., p. 149 s.).

L'OCF s'oppose à l'octroi de l'effet suspensif en invoquant l'urgence à réaliser le projet en respectant la planification temporelle prévue. Il allègue que toute éventuelle prolongation du processus de passation du marché mettrait en danger, voire rendrait impossible la réalisation du projet suisse de participation à l'EXPO 2000. Il fait également longuement valoir l'extrême importance politique et économique de l'exposition universelle EXPO 2000 à Hanovre pour la Suisse. Pour démontrer l'urgence alléguée et l'impossibilité de toute prolongation du processus de passation, l'OCF soumet une planification temporelle élaborée par les organisateurs du concours et dont il résulte que la décision sur le résultat du concours devrait être prise le 2 juin 1997. Toutefois, l'OCF ne démontre pas que les délais prévus pour la réalisation ultérieure du projet, y compris l'étude supplémentaire que les organisateurs envisagent d'attribuer dans l'appel à candidatures, ont été calculés au plus juste ou lui sont imposés par les organisateurs allemands de l'EXPO 2000. En particulier, il résulte de la note verbale remise par l'ambassadeur d'Allemagne au DFAE le 15 novembre 1995 que la commission de l'EXPO 2000 examinera au début 1999 si les projets nationaux correspondent aux buts que s'est fixée l'EXPO 2000 et peuvent être acceptés. L'exécution du projet suisse ne devrait pas pouvoir commencer avant cette date, contrairement à la planification soumise par l'OCF qui prévoit le commencement

de l'exécution au début du troisième trimestre 1998. L'EXPO 2000 elle-même doit se tenir du 1er juin au 30 octobre 2000. Il est difficile de concevoir qu'une brève prolongation de la procédure de passation du marché puisse remettre en cause la participation suisse à l'EXPO 2000, dont l'importance n'est pas contestée. Par ailleurs, l'OCF ne démontre pas non plus qu'il lui aurait été impossible de lancer plus tôt la procédure de passation du marché dont l'appel à candidatures a été publié dans la FOSE le 10 octobre 1996.

La LMP, entrée en vigueur le 1er janvier 1996, ouvre une voie de recours aux personnes lésées, avec possibilité d'octroi d'un effet suspensif. Il appartient aux pouvoirs adjudicateurs de tenir compte de manière raisonnable de cette hypothèse dans la planification de leurs marchés et de ne pas créer eux-mêmes une situation d'urgence qui rendrait illusoire toute demande d'effet suspensif. L'urgence ne peut être valablement alléguée que lorsqu'elle est le fait de circonstances extérieures extraordinaires, et non lorsqu'elle résulte de la planification choisie par le pouvoir adjudicateur.

Toutefois, il n'est pas nécessaire de trancher définitivement la question de l'urgence lorsque l'octroi de la mesure provisionnelle ne prolonge pas de manière sensible le processus de passation.

e. Le principe de proportionnalité joue un rôle particulièrement important dans le cadre de la protection juridictionnelle provisoire. Il peut notamment prescrire, plutôt que le refus pur et simple de l'octroi de l'effet suspensif, une autre mesure provisoire moins incisive (Steinmann, op. cit., p. 150 s.; Fritz Gygi, L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administrative, Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF] 1976, p. 224 s.).

Pour donner suite à la requête des recourants, il n'est pas nécessaire de suspendre complètement tout le processus de passation jusqu'à droit jugé. Il suffit de réintroduire provisoirement les recourants dans la procédure de passation du marché, en leur donnant la possibilité d'élaborer et de déposer une offre, à leurs propres frais

et risques, en plus des 18 candidats déjà sélectionnés. Une telle mesure, moins incisive qu'une suspension complète du marché, correspond néanmoins aux intentions des recourants, telles qu'elles ressortent des conclusions du recours (ATF 103 Ib 91 consid. 2c; Kötz/Häner, op. cit., N° 260 et 411). Elle permet la sauvegarde provisoire des intérêts des recourants, en évitant notamment que le jury ne statue sur les projets déposés (date projetée: 2 juin 1997) et que l'adjudication ne soit prononcée. La réintroduction provisoire dans le processus de passation oblige certes les recourants à élaborer une offre dont ils n'ont aucune certitude qu'elle sera examinée. Cette incertitude supplémentaire paraît acceptable par rapport au risque de tout participant à un marché public que son offre ne soit pas celle retenue lors de l'adjudication. Pour le pouvoir adjudicateur, la réintroduction provisoire des recourants dans le processus de passation engendre une perte de temps moins grande que si tout le processus de passation était arrêté. Le pouvoir adjudicateur doit toutefois restituer aux recourants un délai suffisant pour élaborer leur offre, en respectant l'égalité de traitement avec les autres candidats déjà sélectionnés.

f. Il résulte d'un examen *prima facie*, basé sur l'état de fait tel qu'il ressort des pièces du dossier, que les recourants ont démontré qu'ils avaient un intérêt digne de protection supérieur à celui du pouvoir adjudicateur. Il se justifie d'accorder l'effet suspensif au sens des considérants. Il convient simultanément d'impartir un délai aux recourants pour qu'ils fassent parvenir les procurations manquantes et à l'OCF pour qu'il se détermine sur le fond.

Dokumente der BRK