

(Décision incidente de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 30 août 2000 en la cause N. [CRM 2000-013]).

Öffentliches Beschaffungsrecht. Beschwerdelegitimation zweier Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft. Aufschiebende Wirkung. Öffentliche und private Interessen. Vergabe mehrerer Lose.

- Zwei Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft sind zur Beschwerde gegen eine Zuschlagsverfügung selbst dann legitimiert (Art. 26 Abs. 1 BoeB in Verbindung mit Art. 48 Bst. a VwVG), wenn die genaue Zusammensetzung der Arbeitsgemeinschaft nicht bekannt ist. Hingegen muss diese bekannt sein, wenn in der Sache selbst entschieden wird (E. 1c).
- Wenn die Beschwerde als nicht von vornherein aussichtslos erscheint, muss eine Interessenabwägung zwischen dem auf dem Spiel stehenden öffentlichen und privaten Interessen vorgenommen werden (E. 2b).
- Die Vergabebehörde hat Beschaffungsgeschäfte so zu planen, dass selbst bei einem Rechtsmittelverfahren keine zeitliche Dringlichkeit eintreten kann, welche das Begehren um aufschiebende Wirkung illusorisch machen würde (E. 3b).
- Eine allfällige aufschiebende Wirkung betrifft nur die Vergabe des Loses, gegen die Beschwerde erhoben wurde. Die Vergabebehörde ist berechtigt, bezüglich den anderen Losen Verträge abzuschliessen (E. 3c).

Marchés publics. Qualité pour recourir de deux membres d'un consortium. Effet suspensif. Intérêts publics et privés. Marché constitué de plusieurs lots.

- Deux membres d'un consortium ont qualité pour recourir contre une décision d'adjudication (art. 26 al. 1 LMP et art. 48 let. a PA), même sans que l'on connaisse la composition exacte du consortium. Celle-ci doit cependant être éclaircie définitivement lors de l'instruction sur le fond (consid. 1c).
- Dès lors que l'appréciation des chances de succès du recours ne conduit pas à un résultat sans équivoque, le sort de la requête d'effet suspensif dépend de la balance des intérêts publics et privés en jeu (consid. 2b).
- Il appartient au pouvoir adjudicateur de tenir compte de manière raisonnable de l'hypothèse d'un recours dans la planification de ses marchés et de ne pas créer une situation d'urgence qui rendrait illusoire toute demande d'effet suspensif (consid. 3b).
- Un éventuel effet suspensif ne peut formellement avoir d'effet que pour l'adjudication du lot contesté. Le pouvoir adjudicateur peut conclure les contrats relatifs aux autres lots (consid. 3c).

Acquisti pubblici. Legittimazione a ricorrere di due membri di un consorzio. Effetto sospensivo. Interessi pubblici e privati. Mercato costituito da più lotti.

- Due membri di un consorzio sono legittimati a ricorrere contro una decisione di aggiudicazione (art. 26 cpv. 1 LAPub e art. 48 lett. a PA) anche se non si conosce l'esatta composizione del consorzio. Tale composizione deve però essere conosciuta al momento della decisione nel merito (consid. 1c).
- Se il ricorso non sembra a tutta prima dover aver esito sfavorevole, per la richiesta d'effetto sospensivo occorre procedere ad una ponderazione degli interessi pubblici e privati in gioco (consid. 2b).
- L'ente committente deve pianificare i suoi acquisti in modo tale che anche nell'ipotesi di un ricorso non si crei una situazione di urgenza che renderebbe illusoria la domanda di effetto sospensivo (consid. 3b).
- Un eventuale effetto sospensivo concerne solo l'aggiudicazione del lotto contestato. L'ente committente può concludere i contratti relativi agli altri lotti (consid. 3c).

A. Le 10 janvier 2000, l'Office fédéral du matériel de l'armée et des constructions (OFMAC) publia dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC), un appel à candidatures, dans le cadre d'une procédure sélective. Le marché portait sur la construction d'un village d'exercices de 30 bâtiments et d'ouvrages de génie civil sur la place d'armes de Bure; il était réparti en 7 lots indépendants. Le premier lot concernait les travaux de génie civil (routes, chemins, conduites d'eau, terrassements généraux). Le lot n° 2 portait sur la construction des 30 maisons en béton armé. Les lots n° 3 à 7 concernaient diverses fournitures, poses et installations à effectuer dans les 30 maisons. Les documents d'appel d'offres acceptaient le dépôt de variantes. Le budget total était de 19 millions de francs.

B., C. Le choix des participants à l'issue de la première phase de sélection fit l'objet d'une publication dans la FOSC du 29 février 2000. Le consortium N. déposa une offre pour le lot n° 2, comportant une offre de base et une variante. Le 7 juillet 2000, l'OFMAC procéda à l'adjudication des 7 lots. Le lot n° 2 fut adjugé au consortium C. Sàrl. Par courrier du 13 juillet 2000, l'OFMAC informa le consortium N. que son offre n'avait pas été retenue, car elle n'était pas la plus avantageuse sur la base du rapport qualité/coûts. L'OFMAC n'avait pas retenu la variante, car le standard de construction ne répondait pas à son attente. L'offre du consortium N. ne comportait pas, entre autres, les prix des prédalles-coffrages ou du béton des murets de fondation. L'OFMAC avait tenu compte d'une moins-value de 100 000 francs pour la pose de murs en brique au lieu de murs intérieurs préfabriqués.

D. Par courrier reçu par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (la Commission de recours) le 27 juillet 2000, le consortium N. (le recourant) a formé recours contre la décision d'adjudication du lot n° 2. Le recourant considère que le standard de construction qu'il a proposé correspondait aux exigences du pouvoir adjudicateur, transmises sous la seule forme d'un plan de sécurité et d'un plan d'utilisation. Il affirme avoir inclus dans son offre les prix des prédalles-coffrages. Enfin, la suppression des murets de fondation faisait partie de la variante proposée par le recourant qui estimait que le terrain permettait la construction de fondations simples. L'avantage du raccourcissement de la durée du chantier de près d'une année, et la diminution corrélative des coûts, n'ont pas été retenus. Le recourant conteste le bien-fondé de l'adjudication. Par ailleurs, il considère que la décision d'adjudication qui lui a été adressée n'est pas suffisamment motivée et demande la production d'un tableau comparatif des offres. Enfin, le recourant demande que l'effet suspensif soit accordé à son recours.

E. Par courrier du 27 juillet 2000, le Président de la Commission de recours a informé l'OFMAC du dépôt d'un recours contre l'adjudication du lot n° 2 et lui a imparti un délai au 10 août 2000 pour se prononcer sur la requête d'effet suspensif, et au 4 septembre 2000 sur le fond de l'affaire. Il a ordonné à titre superprovisoire qu'aucune mesure d'exécution ne soit entreprise jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif.

F. Dans sa réponse du 9 août 2000, l'OFMAC conclut principalement au rejet intégral de la requête d'effet suspensif et, subsidiairement, à ce que l'effet suspensif soit limité au lot n° 2.

Extraits des considérants:

1.a. Le marché litigieux porte sur le lot n° 2 relatif à la construction de 30 bâtiments. Il s'agit d'un marché de travaux, 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. c LMP ainsi qu'art. 3 al. 2 de l'Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP], RS 172.056.11 et annexe 2 à l'OMP). La fourchette de prix relative à la valeur du lot n° 2, indiquée dans l'avis d'adjudication, oscille entre 5 044 184.85 et 6 171 658.85 francs. Toutefois, les lots n° 1 à 7 adjugés simultanément concernent la réalisation d'un même ouvrage, le village d'exercices de Bure. En conséquence, c'est la valeur totale de l'ouvrage, estimée à 19 millions de francs, qui est déterminante (art. 7 al. 2 et art. 5 al. 2 LMP). Le seuil de 9 575 000 francs déterminant pour l'application de la LMP aux marchés de travaux (art. 6 al. 1 let. c LMP et RO 1999 3496) est dès lors atteint en l'espèce. Le pouvoir adjudicateur est l'Office fédéral du matériel de l'armée et des constructions, qui fait partie du Groupement de l'armement. Il s'agit d'un service de l'administration générale de la Confédération au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP, qui figure expressément dans la liste des pouvoirs adjudicateurs de l'annexe 1 à l'appendice I à l'accord GATT/WTO sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP, RS 0.632.231.422) déposée par la Suisse.

b. Le marché est passé par procédure sélective. La décision attaquée est celle d'adjudication du marché, qui est sujette à recours selon l'art. 29 let. a LMP.

c. Selon l'art. 48 let. a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021), auquel renvoie l'art. 26 al. 1 LMP, la qualité pour recourir appartient à quiconque est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. En outre, le droit de recourir présuppose la capacité d'être partie et d'ester en justice. En matière de marchés publics, le soumissionnaire évincé est destinataire de la décision d'adjudication attaquée et est directement touché par celle-ci (décision de la Commission de recours du 16 août 1999, Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 64.29 consid. 1b; ATF 123 V 115 consid. 5a; André Moser, in: Moser/Jebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, ch. 2.23 et 2.26; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, thèse Fribourg 1997, p. 524-527; pour comparer sur recours de droit public, ATF 125 II 86 consid. 4; Alfred Kölz / Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd., Zurich 1998, n° 535-546, 555; Ulrich Zimmerli / Walter Kälin / Regina Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrecht, Berne 1997, p. 117-121; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., Berne 1983, p. 181 s.). En l'espèce, le recours est déposé par le consortium N., qui est destinataire de la décision d'adjudication attaquée.

Le recours est déposé par une société simple, le consortium N. Une société simple n'a pas la personnalité juridique et ne peut, comme telle, agir en justice. En l'espèce, le consortium N. agit par V. Sàrl et par P. SA, tous deux signataires du recours. Les recourants n'indiquent pas si le consortium est encore formé d'autres membres, ni a fortiori s'ils agissent aussi au nom de ces autres membres. Il n'est pas nécessaire de trancher la question au stade de la décision sur l'effet suspensif. En effet, un ou quelques membres d'un consortium soumissionnaire ont qualité pour recourir seuls contre une décision d'adjudication rejetant l'offre du consortium, car ils sont touchés par la décision de rejet de l'offre et ont un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision qui affecte les droits et intérêts de la société simple. La décision contestée prive définitivement le consortium de l'adjudication du marché. Inversement, une admission du recours bénéficie directement à tous les autres membres du consortium. Il faut réserver le cas où un ou plusieurs membres d'un consortium auraient quitté le consortium, auraient expressément approuvé la décision d'adjudication litigieuse et se seraient à ce point distancés du recourant qu'ils auraient ainsi manifesté ne plus avoir l'intention d'exécuter le marché en consortium si celui-ci devait leur être attribué à l'issue du recours (décision de la Commission de recours du 16 août 1999, JAAC 64.29 consid. 1b). En l'espèce, V. Sàrl et P. SA disposent d'un intérêt suffisant car la décision contestée prive le consortium auquel ces deux sociétés participent de l'adjudication du marché. Rien n'indique qu'il y ait d'autres membres du consortium, ni que ceux-ci s'opposent au recours. En conséquence, le recourant a qualité pour agir au sens de l'art. 26 al. 1 LMP et de l'art. 48 let a PA (voir également la décision non publiée de la Commission de recours du 25 mars 1997, en la cause M. P. [BRK 1997-007], consid. 2a). La composition exacte du consortium devra être éclaircie définitivement lors de l'instruction sur le fond du recours. A cet effet, un bref délai au 8 septembre 2000 est imparti au recourant pour communiquer à la Commission de recours la composition complète du consortium, pour indiquer s'il agit au nom de tous les membres du consortium, ou à défaut pour démontrer que les autres membres du consortium ont toujours l'intention d'exécuter le marché en cas d'acceptation du recours.

d. L'art. 3 al. 1 let. e LMP soustrait à l'application de la loi sur les marchés publics les marchés portant sur « (...) la réalisation d'infrastructures de combat et de commandement pour la défense générale et l'armée ». S'agissant d'une exception, l'art. 3 al. 1 let. e LMP doit être interprété restrictivement. Cette disposition permet au pouvoir adjudicateur de prendre en compte les intérêts essentiels de sécurité et de protection du secret en matière de défense nationale, prévus par l'art. XXIII § 1 AMP (décisions de la Commission de recours du 25 novembre 1999, en la cause F. SA, C. SA, M. SA et P. & S. SA [CRM 1999-011], consid. 1c non publié, et du 15 juillet 1997, JAAC 62.32 I, consid. 1d non publié). En l'espèce, la construction d'un village d'exercices pour les troupes mécanisées à Bure ne paraît pas mettre en cause de tels intérêts. En outre, l'OFMAC lui-même a assujéti le marché en cause aux règles de la LMP. En conséquence, aucune des exceptions de l'art. 3 LMP n'est remplie et la LMP est applicable.

e. Déposé dans le délai de 20 jours de l'art. 30 LMP, le recours est recevable.

L'objet de la présente décision incidente se limite à la question de l'effet suspensif.

2. Le recourant conclut à l'octroi de l'effet suspensif au recours, selon l'art. 28 al. 2 LMP. Dans sa réponse du 9 août 2000, l'OFMAC s'oppose à un tel octroi.

a. 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 pour l'octroi de l'effet suspensif. Selon la doctrine et la jurisprudence relatives à l'art. 55 al. 1 PA, il convient de prendre en compte l'apparence de bien-fondé du recours, le risque d'un dommage irréparable ainsi que 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 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, ATF 106 Ib 116 consid. 2a, ATF 105 V 268 consid. 2, ATF 99 Ib 220 consid. 5; Moser, op. cit., n° 3.19 s.; Clerc, op. cit., p. 542-547; Isabelle Häner, *Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, Revue de droit suisse [RDS] 1997 II p. 322-351; Pierre Moor, *Droit administratif*, vol. II, Berne 1991, p. 443; Ulrich Häfelin / Georg Müller, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 3e éd., Zurich 1998, n° 1397; Kölz/Häner, op. cit., n° 647-652; Zimmerli/Kälin/Kiener, op. cit., p. 138-141; Gerold Steinmann, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren*, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1993 p. 149 s.; décision de la Commission de recours du 26 mars 1997, JAAC 61.77 consid. 3.a). 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 26 mars 1997, JAAC 61.77 consid. 3d, et du 15 juillet 1997, JAAC 62.32 I consid. 3b; Clerc, op. cit., p. 545).

b. 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 (décision de la Commission de recours du 26 mars 1997, JAAC 61.77 consid. 3c; Häner, op. cit., p. 323-332; Blaise Knapp, *Précis de droit administratif*, 4e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, n° 2079; Kölz/Häner, op. cit., n° 650; Attilio R. Gadola, *Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen*, *Pratique juridique actuelle* [PJA] 1996 p. 972; ATF 110 V 45 consid. 5b; JAAC 55.1 consid. 3).

En l'espèce, le recourant considère infondés les reproches adressés à son offre par le pouvoir adjudicateur. Il conteste d'abord ne pas avoir inclus dans son offre les prix des prédalles-coffrages. Le recourant considère par ailleurs avoir respecté le standard de construction sur la base des seuls documents transmis, à savoir un plan de sécurité et un plan d'utilisation. En outre, la suppression des murets de fondation, critiquée par la décision du pouvoir adjudicateur, faisait partie de la variante soumise par le recourant. Enfin, l'avantage du raccourcissement de la durée du chantier de près d'un an, et la diminution corrélative de ses coûts, n'auraient pas été pris en compte par l'OFMAC. Pour sa part, l'OFMAC soutient que le recours n'a aucune chance de succès ou est manifestement erroné. L'OFMAC explique que les offres de base et les variantes ont été évaluées selon les critères d'adjudication annoncés dans les documents relatifs à l'appel d'offres, et conformément à la matrice d'évaluation qui avait également été communiquée aux soumissionnaires. Il détaille également le nombre de points obtenu par l'offre de base et la variante déposées par le consortium N. et indique les rangs respectifs de ces deux offres (6ème rang pour l'offre de base et 4ème rang pour la variante, sur un total de 8 offres). Après épuration, l'offre de base du recourant a obtenu 185.44 points et était plus chère de 577 067.70 francs que l'offre de base de l'adjudicataire (qui avait elle-même obtenu 385.30 points). La variante du recourant a obtenu 286.90 points et était plus chère de 251 573.30 francs que celle de l'adjudicataire. De plus, la variante aurait présenté une perte de qualité sous l'angle de la durabilité et de l'entretien des bâtiments.

Dans le cadre de l'examen *prima facie* d'une requête d'effet suspensif, la Commission de recours tranche en règle générale sur la base des pièces qui lui sont soumises, sans procéder à des mesures d'instruction supplémentaires (ATF 99 Ib 221 consid. 5; Häner, op. cit., p. 371-374). La mesure de la preuve est la même pour les deux parties (Häner, op. cit., p. 374). En l'espèce, le recourant lui-même n'a pas fourni avec son recours une copie de son offre, de sorte qu'il n'est pas possible à la Commission de vérifier si le prix des prédalles-coffrages était inclus dans l'offre du recourant, comme celui-ci le soutient, ou s'il ne l'était pas. Sur ce point, le recourant n'a pas démontré l'apparence du bien-fondé de son recours. Inversement, le pouvoir adjudicateur n'a pas non plus fourni de copie de l'offre du recourant, de sorte qu'il n'a pas non plus démontré que le recours était manifestement mal fondé sur ce point. La Commission de céans ne peut en conséquence trancher sur le *fumus boni juris* quant à l'argument d'une inclusion du prix des prédalles-coffrages.

Dans les annexes jointes à sa réponse sur l'effet suspensif, le pouvoir adjudicateur n'a soumis qu'une version vierge des documents d'offre pour le lot n° 2 à remplir par les soumissionnaires, et non l'offre remplie par le recourant. La Commission de recours peut au mieux constater sur cette base que l'offre vierge contenait des standards et conditions techniques très détaillés dont le recourant devait nécessairement avoir eu connaissance dès lors qu'il a dû remplir une telle offre. Dans le cadre d'un examen *prima facie* du bien-fondé du recours, l'offre vierge figurant en annexe 3 tend à infirmer l'argument du recourant selon lequel le seul standard de construction qui lui aurait été communiqué consistait en un plan de sécurité et un plan d'utilisation.

Au surplus, la Commission de recours observe que les explications du pouvoir adjudicateur tendraient à indiquer le bien-fondé de l'évaluation du rapport qualité/coûts de l'offre du recourant, et donc de la décision d'adjudication contestée. Toutefois, ces explications ne sont corroborées par aucune des pièces fournies par le pouvoir adjudicateur à l'appui de sa réponse. L'OFMAC n'a en particulier pas fourni les documents d'appel d'offres contenant les critères d'adjudication dans leur ordre d'importance, ni, surtout, la matrice d'évaluation qu'il a établie pour comparer les 8 offres relatives au lot n° 2. La décision du Président de la Commission de recours du 27 juillet 2000 ordonnant à titre superprovisoire l'effet suspensif requerrait pourtant expressément le pouvoir adjudicateur de fournir un dossier complet des pièces ayant trait à la décision attaquée. L'OFMAC a choisi de ne fournir au stade de sa réponse sur l'effet suspensif que certaines pièces, tout en réservant la présentation d'autres preuves, vraisemblablement au stade de sa réponse sur le fond du recours. Sur la base des pièces fournies, la Commission de recours ne peut pas vérifier, même *prima facie*, les explications fournies par l'OFMAC quant à l'appréciation des offres. Il n'est en conséquence pas possible à la Commission de céans, à ce stade et sur la base du dossier, d'apprécier si les critères d'adjudication ont été appliqués de manière correcte. On ne saurait dès lors conclure que le recours est

manifestement mal fondé. Il existe au moins des doutes sur l'apparence de bien-fondé du recours, qui ne pourront être levés qu'au stade de l'examen approfondi au fond du recours. 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 p. 65; Kôlz/Häner, op. cit., n° 650).

En conséquence, 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, qui joue un rôle particulièrement important dans le cadre de la protection juridictionnelle provisoire (Moser, op. cit., n. 3.22; Häner, op. cit., p. 343-351).

3.a. 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 AMP). 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. n. 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 (Steinmann, op. cit., p. 149; décision de la Commission de recours du 26 mars 1997, JAAC 61.77 consid. 3b).

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 conclu et exécuté, ce qui priverait définitivement le recourant de toute chance d'obtenir le marché, même si son recours était finalement jugé bien fondé. Il serait renvoyé 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) (décision de la Commission de recours du 15 juillet 1997, JAAC 62.32 I consid. 3e). Le risque de dommage irréparable est évident. En conséquence, le recourant a un intérêt évident à l'octroi de l'effet suspensif qui est seul à même de préserver ses possibilités commerciales et de lui garantir une protection juridictionnelle effective conforme aux exigences de l'art. XX § 2 AMP.

b. L'OFMAC s'oppose à l'octroi de l'effet suspensif en invoquant d'abord un intérêt public à réaliser la construction du village d'exercices en respectant la planification temporelle prévue (réalisation en 2000-2003), car l'armée suisse ne dispose d'aucune installation permettant l'instruction des troupes mécanisées au combat en zone urbaine. La formation de la troupe ne peut avoir lieu aujourd'hui selon les règles de l'art. Un retard dans l'exécution du marché prolongerait cette situation insatisfaisante.

Selon la jurisprudence de la Commission de recours, 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 de recours du 26 mars 1997, JAAC 61.77 consid. 3d, du 12 mai 1997, JAAC 61.76 consid. 3e). L'OFMAC ne démontre pas 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 FOSC du 10 janvier 2000. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur n'invoque aucune urgence découlant de la mise en danger d'un intérêt public prépondérant pour justifier la conclusion immédiate du contrat et l'exécution du marché (décisions de la Commission de recours du 15 juillet 1997, JAAC 62.32 I consid. 3g et du 25 novembre 1999, en la cause F. SA, C. SA, M. SA et P. & S.SA [CRM 1999-011], consid. 2d non publié). Le pouvoir adjudicateur invoque le fait qu'un retard dans l'exécution du marché empêcherait une bonne instruction des troupes mécanisées au combat en zone urbaine. Une légère prolongation de la situation insatisfaisante actuelle n'est toutefois pas de nature à empêcher toute forme d'instruction des troupes, de sorte qu'on ne saurait conclure qu'un éventuel retard mette en danger la sécurité de l'Etat. Ce faisant, le pouvoir adjudicateur n'invoque aucune menace importante à un intérêt public prépondérant.

c. Par ailleurs, l'OFMAC invoque l'intérêt privé des adjudicataires des 7 lots à éviter le préjudice financier qui résulterait d'un report de l'exécution des marchés par rapport à la planification temporelle initialement annoncée par le pouvoir adjudicateur.

aa. Le poids des intérêts privés invoqués dépend du cercle des personnes privées susceptibles d'être affectées par la mesure d'effet suspensif. Ce cercle doit en conséquence faire l'objet d'une analyse préalable séparée.

C'est à tort que le pouvoir adjudicateur considère que la mesure superprovisoire d'effet suspensif prononcée par ordre du Président de la Commission de recours concernerait l'ensemble des 7 lots adjugés. Une telle interprétation ne peut raisonnablement être déduite des pièces du dossier. En effet, l'appel à candidature du 10 janvier 2000 indiquait déjà que l'ouvrage était réparti en 7 lots indépendants. La décision de l'OFMAC adressée le 13 juillet 2000 au recourant ne concernait aussi que le lot n° 2. Le recours du consortium N. ne visait expressément que l'adjudication du lot n° 2, ainsi qu'il ressort tant de son exergue («Concerne: Village d'exercices de Bure, adjudication du Lot 2 «béton armé» - Recours») que de la première phrase du recours («... recours à la décision du 7 juillet 2000 parue dans la FOSC no 135-4813 relative à l'adjudication suivante: Place d'Armes de Bure - Construction d'un village d'exercices - Lot 2 construction de 30 maisons, béton armé»). Enfin, la décision superprovisoire de la Commission de recours du 27 juillet 2000 ne se réfère aussi dans son exergue qu'à l'adjudication du lot n° 2 («Concerne: recours du Consortium N. contre votre décision du 7 juillet 2000 relative au village d'exercices de Bure, adjudication du Lot 2 ton armé»).

Lorsque les différents lots destinés à la réalisation d'un même ouvrage sont attribués indépendamment, ils constituent des marchés distincts, et non un seul marché. Le cumul de la valeur des marchés de travaux nécessaires à la réalisation d'un même ouvrage est uniquement destiné à déterminer si le seuil déterminant pour l'application des règles de la LMP est atteint (art. 7 al. 2 et art. 5 al. 2 LMP; Christian Bock, *Das europäische Vergaberecht für Bauaufträge*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993, p. 272 s.). Le recours déposé par le consortium N. n'a, à juste titre, pour objet que l'adjudication du lot n° 2. Il en résulte qu'un éventuel effet suspensif ne peut formellement avoir d'effet que pour l'adjudication du lot n° 2, et en conséquence que pour l'adjudicataire de ce lot d'environ 5 millions de francs. Toute application du principe de la proportionnalité est superflue à ce titre.

Toutefois, la réalisation des différents marchés de travaux et fournitures nécessaires à la réalisation d'un même ouvrage comporte des interdépendances pratiques très grandes. Un effet suspensif limité au seul lot n° 2, qui concerne la construction des 30 maisons en béton armé, peut retarder pratiquement l'exécution des autres lots, même si ces derniers ne sont pas formellement visés par l'effet suspensif. Il convient de tenir compte du risque de «spillover» dans la détermination du cercle des personnes touchées. Le pouvoir adjudicateur peut en tout cas d'ores et déjà conclure les contrats relatifs aux lots n° 1 et 3-7. Ensuite, l'exécution des travaux relatifs au lot n° 1 portant sur des travaux de génie civil (routes, chemin, conduites d'eau et d'électricité, terrassements généraux) peut débuter, car elle n'est pas affectée par une suspension temporaire qui affecterait la

construction des maisons. Le préjudice allégué par l'OFMAC en relation avec l'adjudicataire du lot n° 1 est en conséquence et en toute hypothèse mal fondé. Une suspension de l'adjudication du lot n° 2 peut en revanche retarder l'exécution des lots n° 3 à 7 qui portent sur des travaux, fournitures, poses et installations à effectuer sur ou dans les 30 maisons à construire (charpentes, volets, portes, équipements électriques, escaliers, plaques ondulées). La valeur médiane totale des lots n° 3-7 est de 2 590 090 francs.

En résumé, les intérêts privés des adjudicataires des lots n° 2 à 7 doivent être pris en compte au titre de la pesée des intérêts en cause, même si un éventuel effet suspensif est formellement limité à la seule adjudication du lot n° 2.

bb. L'OFMAC invoque la menace d'un préjudice financier pour les adjudicataires des lots affectés par un octroi de l'effet suspensif. Ces adjudicataires s'étaient fiés aux délais indiqués par le pouvoir adjudicateur pour organiser leurs propres activités et conclure d'autres contrats avec des tiers, de sorte qu'un report de l'exécution des marchés pourrait leur causer un préjudice financier. En outre, les prix et conditions étaient offerts par les adjudicataires en fonction de la planification initiale annoncée par le pouvoir adjudicateur et pourraient être majorés en cas de retard. Pour évaluer l'étendue de ce risque, l'OFMAC a demandé à tous les adjudicataires si leurs prix et conditions restaient valables si l'exécution du marché débutait avec 6 mois de retard, l'adjudicataire du lot n° 1 (génie civil) a fait valoir une majoration de 5% dans une telle hypothèse. Extrapolant à partir de cette demande unique, l'OFMAC considère qu'il pourrait devoir faire face à des frais de 1 million de francs pour l'ensemble des lots adjugés.

En relation avec l'intérêt économique privé des adjudicataires, l'OFMAC fait indirectement valoir l'intérêt financier de la Confédération, et en définitive de la collectivité, à éviter les éventuels frais supplémentaires et dommages-intérêts réclamés par les adjudicataires.

Des impératifs de nature financière ne relèvent pas de la notion d'intérêt public (ATF 119 la 44 consid. 4c; décision de la Commission de recours du 25 novembre 1999, en la cause F. SA, C. SA, M. SA et P. & S.SA [CRM 1999-011], consid. 2d non publié). Ils peuvent néanmoins être pris en compte, eu égard au principe de la proportionnalité, dans la balance générale des intérêts en cause (JAAC 43.45 consid. 2-4). La Commission de céans rappelle en premier lieu qu'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. Une planification raisonnable requiert du pouvoir adjudicateur qu'il envisage un recours contre la décision d'adjudication (art. 29 let. a LMP), qui constitue la décision par excellence dans le domaine des marchés publics. L'exécution du marché doit être d'emblée planifiée et annoncée aux soumissionnaires en tenant compte de l'éventuel report causé par une procédure de recours. De même, les engagements demandés aux soumissionnaires quant à leurs prix et conditions doivent porter sur une durée qui inclut raisonnablement l'éventualité d'un recours.

De plus, le coût supplémentaire de 1 million de francs évalué par l'OFMAC constitue une extrapolation maximaliste qui paraît exagérée. Le pouvoir adjudicateur a d'abord basé ses prévisions et ses demandes aux adjudicataires sur un retard de 6 mois dans l'exécution du marché. Cette prévision semble excessive. En l'état actuel du dossier, un jugement au fond devrait pouvoir être rendu à bref délai après le mémoire-réponse du pouvoir adjudicateur sur le fond et après l'envoi par celui-ci du dossier complet relatif à la passation du marché. Même l'hypothèse d'un second échange d'écritures ne permet pas de conclure à une durée de 6 mois de la procédure de recours. En outre, selon les moyens de preuves soumis par l'OFMAC, seul l'adjudicataire du lot n° 1 a fait valoir une prétention supplémentaire. Or, cet adjudicataire ne serait en aucun cas touché par l'octroi de l'effet suspensif (consid. 3c/aa supra). Rien n'indique par ailleurs que les six autres adjudicataires soumettent une demande équivalente et de manière fondée.

d. Il résulte d'un examen *prima facie*, basé sur l'état de fait tel qu'il ressort des pièces du dossier, que le recourant a un intérêt digne de protection supérieur à celui du pouvoir adjudicateur et des autres adjudicataires concernés. Il se justifie en conséquence d'accorder l'effet suspensif au recours en ce qui concerne l'adjudication du lot n° 2.

Dokumente der BRK