

## Droit des marchés publics

Evelyne Clerc

### Législation

- Droit international et UE
  - Accord OMC sur les marchés publics (AMP), révisé par un Protocole du 30 mars 2012 (GPA/113), est entré en vigueur le 6 avril 2014 et s'applique à 12 Parties (Liechtenstein, Norvège, Canada, Taipei chinois, Etats-Unis, Hong Kong (Chine), Union européenne (et ses 28 Etats membres), Islande, Singapour, Israël, Japon, Pays-Bas pour le compte d'Aruba). L'AMP révisé n'est pas encore en vigueur pour la Suisse, où la modification préalable du droit fédéral et intercantonal est en cours
  - Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JO 2014 L 94/65
  - Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, JO 2014 L 94/243
  - Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JO 2014 L 94/1
  
- Marchés publics fédéraux
  - Loi fédérale sur les marchés publics (LMP) du 16 décembre 1994 (RS 172.056.1) :
    - modification du 2 décembre 2013 – modification de l'art. 6 al. 1 LMP, par l'ordonnance du DEFR sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2014 et 2015 (RS 172.056.12) ; en vigueur du 1<sup>er</sup> janvier 2014 au 31 décembre 2015
    - modification du 26 septembre 2014 – modification de l'art. 21 al. 1 LMP, ajoutant la formation professionnelle initiale parmi les critères d'adjudication, mais uniquement pour les marchés non soumis aux accords internationaux
  
- Marchés publics cantonaux
  - Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 novembre 1994 (RSN 610.71) : décision du 20 décembre 2013 de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics déterminant les valeurs seuils des marchés publics pour les années 2014 et 2015 (art. 7 al. 1 et 1<sup>bis</sup> AIMP et annexes 1 et 2 à l'AIMP), <http://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/>

## Doctrine

- BLÉHAUT ETIENNE, CORNE HERVÉ, Les concours d'investisseurs à l'aune des grandes entreprises de construction, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014, Schulthess, Zurich 2014, 389-392
- BÜRGE URS, Erfolg in IT-Projekten – trotz Vergaberecht, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014, Schulthess, Zurich 2014, 259-279
- DIEBOLD NICOLAS, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, RDS 133 (2014) I, vol. 2, 219-252
- DUBEY JACQUES, La jurisprudence des marchés publics entre 2012 et 2014, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014, Schulthess, Zurich 2014, 89-148
- FLAMME PHILIPPE, La commande publique architecturale, 2<sup>e</sup> éd., Larcier, Bruxelles 2014
- GRABER DANIELE, Le nouveau règlement SIA 144, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014, Schulthess, Zurich 2014, 303-323
- HÄNNI PETER, STÖCKLI ANDREAS, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Kapitel 5 : Öffentliches Beschaffungsrecht, Stämpfli, Berne 2013, 235-283
- JÄGER CHRISTOPH, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014, Schulthess, Zurich 2014, 325-360
- JÄGER CHRISTOPH, 14. Kapitel : Öffentliches Beschaffungsrecht, in : Müller Markus, Feller Reto (édit.), Bernisches Verwaltungsrecht, 2<sup>e</sup> éd., Stämpfli, Berne 2013, 807-871
- KERN MARKUS, Zwischen Effizienz- und Qualitätsbestrebungen : Die Vergabe von Transportleistungen im öffentlichen Personenverkehr in der EU und in der Schweiz, PJA 12/2013, 1806-1826
- LANTER MARKUS, Die Bewertung der Lehrlingsausbildung in Vergaberecht, ZBl 2013, 599 ss
- LUTZ DANIELA, Angebotspreis : Kalkulationsfreiheit und die Schranken, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014, Schulthess, Zurich 2014, 281-302
- MASMEJAN LYDIA, Politique du logement en matière communale : concours d'investisseurs dans le cadre d'un droit de superficie, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles

Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014, Schulthess, Zurich 2014, 371-379

- OESCH MATTHIAS, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten : ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012/6, 377-404
- POLTIER ETIENNE, Droit des marchés publics, Stämpfli, Berne 2014
- REBESCHINI GREGORY, Les concours d'investisseurs, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014, Schulthess, Zurich 2014, 381-388
- RODONDI OLIVIER, Les marchés de gré à gré, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014, Schulthess, Zurich 2014, 177-218
- SCHERLER STEFAN, Der Wettbewerb nach der SIA-Ordnung 142, in : Stöckli Hubert, Siegenthaler Thomas (édit.), Die Planerverträge, Zurich 2013, 123-163
- SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA, Der Studienauftrag nach der SIA-Ordnung 143, in : Stöckli Hubert, Siegenthaler Thomas (édit.), Die Planerverträge, Zurich 2013, 165-207
- STEINER MARC, Nachhaltige öffentliche Beschaffung – ein Blick auf das Vergaberecht des Bundes und die Perspektiven, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014, Schulthess, Zurich 2014, 149-176
- STÖCKLI HUBERT, BEYELER MARTIN (édit.), Das Vergaberecht der Schweiz : Überblick, Erlasse, Rechtsprechung, 9<sup>e</sup> éd., Schulthess, Zurich 2014
- STÖCKLI HUBERT, BEYELER MARTIN, Vergaberecht 2014 : neue Themen, neue Urteile, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014, Schulthess, Zurich 2014, 1-55
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, STÖCKLI HUBERT (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014, Schulthess, Zurich 2014
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (édit.), Réglementation des marchés publics en Suisse : Textes / Références / Commentaires divers, Zurich 2014
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Les nouveautés en « régulation » des marchés publics et les tendances, in : Zufferey Jean-Baptiste, Stöckli Hubert (édit.), Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014, Schulthess, Zurich 2014, 57-88

- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Le concours d'investisseurs, in : ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, STÖCKLI HUBERT (édit.), *Aktuelles Vergaberecht 2014/Marchés publics 2014*, Schulthess, Zurich 2014, 361-369

## Jurisprudence

Tribunal fédéral

*Absence d'intérêt  
actuel au recours  
lorsque le contrat est  
déjà conclu*

- TF [2C. 535/2013](#) du 3 septembre 2013 (f) – Recours contre le refus d'octroi de l'effet suspensif à un recours dirigé contre l'exclusion d'une offre incomplète et non conforme (voir aussi l'affaire connexe TF [2C. 553/2013](#) du 3 septembre 2013 (f)).

Tant le recours constitutionnel subsidiaire que le recours en matière de droit public supposent un intérêt actuel non seulement au moment du dépôt du recours, mais encore au moment où l'arrêt est rendu (consid. 1.2). Lorsque le contrat est déjà conclu, le soumissionnaire évincé n'a plus d'intérêt à recourir contre une décision refusant l'octroi d'un effet suspensif tendant à empêcher la conclusion du contrat. Il faut réserver deux exceptions. Premièrement, le soumissionnaire évincé conserve un intérêt à recourir contre le refus de mesures provisionnelles tendant à bloquer l'exécution du contrat, car les conséquences juridiques du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics sont encore incertaines. Il faut toutefois que le contrat conclu ne soit pas encore intégralement exécuté et qu'il puisse se scinder en plusieurs parties, par exemple lorsqu'il porte sur des travaux qui doivent s'effectuer par étapes (consid. 1.3). En second lieu, il est fait exceptionnellement abstraction de l'exigence d'un intérêt actuel, lorsque la contestation peut se produire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues, que sa nature ne permet pas de la trancher avant qu'elle ne perde son actualité et que, en raison de sa portée de principe, il existe un intérêt public suffisamment important à la solution de la question litigieuse (consid. 1.6).

Il n'est pas nécessaire de trancher la controverse soulevée par l'ATF 134 II 297 consid. 4.2 selon lequel le dépôt d'une offre dans une procédure de soumission ne vaut pas offre de contracter, car les pourparlers entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire interviennent après l'adjudication. En effet, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de conclure le contrat avec le soumissionnaire à qui il a adjugé le marché, l'adjudication pouvant en effet être révoquée. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur genevois a adjugé le marché le 23 avril, et a adressé trois jours plus tard une commande à l'adjudicataire. Même si le pouvoir adjudicateur a indiqué que « le contrat lui-même n'était pas encore finalisé », la commande du 26 avril contenait déjà les éléments essentiels (art. 2 al. 1 CO) du

contrat, de sorte que celui-ci était conclu, soit que la commande constitue l'acceptation de l'offre de l'adjudicataire, soit qu'elle ait la valeur d'une offre de contracter que l'adjudicataire a accepté immédiatement après l'avoir reçue (consid. 1.4).

La recourante pouvait de bonne foi ignorer la conclusion du contrat lorsqu'elle a interjeté recours, de sorte que les frais de procédure sont mis à charge du pouvoir adjudicateur et de l'adjudicataire et que ceux-ci doivent verser des dépens à la recourante (art. 66 al. 3 et 5 ainsi que art. 68 al. 3 LTF) (consid. 3).

*Valeur du marché déterminante pour la recevabilité du recours*

- TF [2D 24/2013](#) du 17 septembre 2013 (d) – Recours constitutionnel subsidiaire pour déni de justice et arbitraire (art. 9 Cst.) contre l'arrêt jugeant irrecevable un recours relatif à une adjudication communale, en raison de la valeur du marché.

Le droit cantonal argovien prévoit qu'un marché de travaux de second-œuvre est passé en procédure sur invitation lorsque sa valeur estimée est supérieure à CHF 150'000.-, et en procédure de gré à gré lorsque cette valeur n'est pas atteinte (art. 8 a. 3 let. a SubmD/AG). Une voie de recours n'est ouverte que contre les décisions relatives à des marchés pour lesquels les seuils de la procédure sur invitation sont atteints (art. 24 al. 2 let. b SubmD/AG). En l'espèce, la valeur estimée du marché était supérieure au seuil de la procédure sur invitation, alors que les offres soumises par l'adjudicataire et par la recourante étaient inférieures à ce seuil.

La recevabilité du recours se fonde sur « les seuils de la procédure sur invitation » (art. 24 al. 2 let. b SubmD/AG) et non pas sur « la valeur estimée du marché » (déterminante pour le choix de la procédure de passation, art. 8 SubmD/AG). Il n'est pas arbitraire de considérer que les seuils de la procédure sur invitation font référence à la valeur objective du marché, et non à celle estimée à l'avance. En conséquence, la décision d'adjudication n'était pas susceptible de recours sur la base de sa valeur objective, et cela même si le pouvoir adjudicateur avait initialement appliqué la procédure sur invitation en se fondant sur une valeur estimée supérieure.

*Nouvel appel d'offres pour remédier à un marché de gré à gré*

- TF [2C 770/2013](#) du 28 octobre 2013 (d) – Recours constitutionnel subsidiaire de l'hôpital cantonal d'Aarau contre l'arrêt du tribunal administratif lui ordonnant de procéder, dans un délai fixé, à un appel d'offres pour la passation de trois marchés de services informatiques (initialement attribués à tort de gré à gré) et lui

interdisant de prolonger les trois contrats existant au-delà d'une certaine date.

Dès lors que le pouvoir adjudicateur a lui-même reconnu la violation, il aurait dû comprendre que l'objet du litige impliquait un nouvel appel d'offres et aurait dû communiquer à ce stade au tribunal administratif ses éventuelles réserves quant à la date-limite pour le nouvel appel d'offres. Il n'y a pas de violation du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.). Même si le pouvoir adjudicateur entend maintenant redéfinir sa stratégie informatique et doit procéder à des études préalables de longue durée à cet effet, le délai imparti par le jugement cantonal peut néanmoins être respecté. Il est en effet loisible au pouvoir adjudicateur de lancer d'abord un appel d'offres portant sur une solution transitoire de durée limitée et analogue aux contrats actuels, puis ultérieurement seulement pour la solution informatique définitive (consid. 2).

*Résiliation du contrat avec le premier adjudicataire et nouvelle attribution de gré à gré au soumissionnaire classé en deuxième position*

• TF [2C. 992/2013](#) du 20 décembre 2013 (i) – Résiliation du contrat conclu par le pouvoir adjudicateur avec le premier adjudicataire du contrat portant sur le nouveau campus universitaire de l'USI/SUPSI et attribution subséquente du marché au groupe d'architecte classé au 2<sup>e</sup> rang du concours. Recours constitutionnel subsidiaire pour arbitraire (art. 9 Cst.) déposé par le premier adjudicataire contre le refus d'effet suspensif à son recours.

L'adjudication n'implique aucune obligation pour le pouvoir adjudicateur de conclure un contrat. Toutefois, lorsqu'il résilie le contrat conclu avec le premier adjudicataire, le pouvoir adjudicateur doit révoquer formellement l'adjudication et procéder à un nouvel appel d'offres. Il est en règle générale interdit d'attribuer directement à nouveau le marché (p. ex. au soumissionnaire classé au 2<sup>e</sup> rang), sous réserve d'un cas d'urgence. En l'espèce, il n'est pas insoutenable de considérer qu'il y a une certaine urgence à construire le nouveau campus, que l'examen du bien-fondé de la résiliation du premier contrat relève du juge civil, que le recourant a peu de chance d'obtenir à nouveau l'adjudication du marché mais peut tout au plus prétendre à des dommages-intérêts, de sorte que le refus d'effet suspensif n'est pas arbitraire (consid. 4.3 et 4.4.3).

*Adéquation de l'offre avec l'objet du marché*

• TF [2C. 346/2013](#) du 20 janvier 2014 (d) – Recours contre l'adjudication, en procédure ouverte, d'un appareil de radiologie, au motif que l'appareil offert par l'adjudicataire ne remplirait pas les conditions relatives à l'objet du marché.

Le pouvoir adjudicateur doit vérifier, au moins sous l'angle de la plausibilité, l'adéquation de l'offre avec les spécifications relatives à l'objet du marché décrites dans l'appel d'offres (§ 28 al. 1 des Directives relatives à l'AIMP). Lorsque les caractéristiques du produit découlent d'une auto-déclaration du soumissionnaire, on ne saurait toutefois exiger que le pouvoir adjudicateur fasse vérifier en détail l'offre par des experts externes. Le pouvoir adjudicateur peut, jusqu'à un certain point, se fier au fait que le soumissionnaire remplira ses obligations contractuelles en fournissant la prestation exigée, tant qu'il n'a pas d'indice concret que tel ne sera pas le cas. Il ne s'agit pas d'une question juridique de principe, mais d'une appréciation du respect des conditions posées pour l'objet du marché dans le cas d'espèce (consid. 1.3.3).

La juridiction cantonale de recours ne peut pas limiter son pouvoir de cognition à l'arbitraire lorsqu'elle examine les questions de fait et de droit (art. 16 al. 1 AIMP). Elle n'examine pas l'opportunité (art. 16 al. 2 AIMP). Elle peut toutefois exercer son contrôle avec retenue lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation (consid. 1.3.4). L'adéquation de l'offre avec les spécifications techniques relatives à l'objet du marché est une question de fait et de droit, et non une question d'appréciation, mais cela n'exclut pas que l'examen soit opéré avec retenue (consid. 2.2).

*Grief tiré de la liberté économique*

Dans les recours en matière de marchés publics, on ne peut pas tirer de griefs supplémentaires en se prévalant de la liberté économique (art. 27 et 94 Cst.) (consid. 2.2).

*Moyen de preuve apporté après l'expiration du délai de dépôt des offres*

En règle générale, les exigences posées par l'appel d'offres doivent être remplies à la date-limite de dépôt des offres. Toutefois, il n'est pas arbitraire d'admettre encore le dépôt de moyens de preuve complémentaires jusqu'à la date de l'adjudication. A ce dernier titre, il faut prendre en compte le fait que l'exclusion d'une offre serait disproportionnée ou constitutive d'un formalisme excessif si l'écart par rapport aux exigences posées est faible ou en définitive peu significatif (consid. 3.3).

*Attribution d'un contrat de bail à ferme par une corporation de droit public*

• TF [2C 314/2013](#) du 19 mars 2014 (d) – Recours contre l'attribution de contrats de bail à ferme par une corporation de droit public lucernoise.

Le TF a certes refusé d'appliquer par analogie les règles relatives aux marchés publics à l'attribution de concessions d'usage privatif

ou au transfert de droits de disposition sur des objets du patrimoine financier. Toutefois, selon la théorie des deux niveaux (*Zweistufentheorie*), il faut distinguer entre la conclusion du contrat, soumise au droit privé, et la décision préalable de la corporation publique de conclure un tel contrat, soumise au droit public et qui peut constituer un acte de puissance publique sujet à recours (consid. 1.1.1 et 1.1.2).

En l'espèce, la corporation de droit public est reconnue comme telle par le droit cantonal lucernois. Elle a pour tâche d'administrer son patrimoine, constitué de terres agricoles qu'elle loue à des fermiers, et adopte à cette fin un règlement. Elle s'organise de manière analogue aux communes et les activités du conseil de la corporation sont soumises à la procédure administrative cantonale. En conséquence, l'administration du patrimoine de la corporation constitue une tâche publique, et non pas l'administration d'un patrimoine financier qui serait soumise au droit privé (consid. 1.1.3 et 1.1.1).

Lorsqu'elle décide de l'utilisation de biens publics ou du patrimoine administratif, la collectivité publique doit respecter les droits fondamentaux. Lorsqu'il s'agit du patrimoine financier en revanche, les exigences en matière d'égalité de traitement sont moins fortes. En l'espèce, on peut douter que les terres agricoles louées appartiennent au patrimoine financier de la corporation publique, dans la mesure où ces terres servent directement à remplir la tâche publique assumée par la corporation. Dans tous les cas, l'administration du patrimoine de la corporation doit être conforme aux droits fondamentaux, puisqu'il s'agit d'une tâche publique. La corporation publique peut privilégier ses membres par rapport aux tiers (art. 37 al. 2, 2<sup>e</sup> phrase Cst.), mais elle est en revanche liée au respect des droits fondamentaux, en l'espèce à l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 et art. 27 Cst.) dans les relations entre les membres (consid. 5.4). En l'espèce, la nouvelle clé de répartition des terres agricoles entre les fermiers ne viole pas l'égalité de traitement.

*Qualification de  
marché public*

• TF [2C.134/2013](#) du 6 juin 2014 (f) – Décision de Palexpo SA, exploitant un centre d'expositions et de congrès, et dont l'actionnaire majoritaire est l'Etat de Genève, de confier l'installation d'une centrale photovoltaïque sur les toits de ses halles aux Services industriels de Genève (SIG), un établissement de droit public, doté de la personnalité juridique, et chargé de la fourniture d'eau, gaz, électricité, énergie. Conclusion de deux séries de contrats. Les premiers contrats, conclus entre Palexpo SA et les SIG, portent sur le bail des toitures des quatre halles d'exposition

pour un loyer annuel symbolique de CHF 1.- et sur l'engagement de Palexpo SA à renforcer préalablement lesdites toitures, les coûts du renforcement de CHF 1 mio environ étant répartis entre Palexpo SA pour 54.55% et les SIG pour 45.45%. La seconde série de contrats consiste en un contrat d'entreprise conclu entre les SIG et C. portant sur la construction de la centrale photovoltaïque. Suite de la publication par un journal d'un article annonçant l'installation par C. de la centrale photovoltaïque sur les halles de Palexpo pour un coût de CHF 15 millions, A. SA recourt contre Palexpo SA, les SIG et C., portant sur l'adjudication irrégulière de marchés publics, d'une part entre Palexpo et les SIG (la 1<sup>ère</sup> série de contrats) et, d'autre part, entre les SIG et C. L'effet suspensif ayant été refusé, le contrat est conclu. Recours en matière de droit public déposé par A. SA contre l'arrêt de la Cour de justice GE déclarant l'irrecevabilité du recours.

La recevabilité du recours en matière de droit public suppose que l'on soit en présence d'un marché public qui atteigne les valeurs-seuils prévus et que l'arrêt attaqué soulève une question juridique de principe (art. 83 let. f LTF). En l'espèce, la qualification de « marché public » constitue la question de fond faisant l'objet du litige, de sorte que l'examen de la recevabilité du recours se recoupe avec le fond du litige. En application par analogie de la théorie de la double pertinence, il suffit que le recourant rende vraisemblable que, sur la question litigieuse, les conditions de recevabilité sont remplies (consid. 2.3).

Le recours dirigé contre la première série de contrats portant sur la location des toitures des halles de Palexpo SA aux SIG et sur le renforcement desdites toitures, est irrecevable. D'une part, le coût des travaux de CHF 1 million environ est inférieur aux minima prévus par l'art. 83 let. f LTF. D'autre part, il n'y a pas de question juridique de principe, car la jurisprudence constante du TF considère que la mise à disposition d'un droit d'utilisation du domaine public ne relève pas du droit des marchés publics. Il faut réserver l'hypothèse où le droit des marchés publics serait éludé par l'existence d'un lien entre la mise à disposition gratuite de l'espace public (les toits des halles de Palexpo SA) et les coûts finaux de l'électricité produite par les SIG grâce aux panneaux photovoltaïques installés sur les toits de Palexpo. En l'espèce, un tel lien n'existe pas, car les contrats passés par Palexpo SA avec C. portent uniquement sur la mise en place des panneaux solaires sur les toits des halles, et non pas sur l'exploitation de l'installation (consid. 2.6).

*Lien entre la qualité  
pour recourir et l'objet  
du marché*

Le recours relatif au contrat d'entreprise conclu entre les SIG et C. remplit les conditions de l'art. 83 let. f LTF, dès lors que la valeur litigieuse est de CHF 15 mio selon l'article publié dans un journal et que le TF a déjà admis (dans le recours relatif à l'effet suspensif, TF 2C\_611/2011) que la théorie de la contagion constitue une question juridique de principe : il faut savoir si un établissement de droit public dont le but statutaire porte sur des tâches publiques et qui exerce parallèlement une activité accessoire de nature industrielle et commerciale est soumis de manière générale au droit des marchés publics, y compris pour son activité industrielle et commerciale (consid. 2.7).

En matière de marchés publics, le soumissionnaire évincé à la suite d'un appel d'offres a qualité pour recourir au sens de l'art. 89 al. 1 LTF, car il est particulièrement atteint par l'adjudication à un autre soumissionnaire et a ainsi un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision d'adjudication ou à la constatation du caractère illicite du contrat déjà conclu. En l'absence d'appel d'offres, en particulier en cas d'adjudication de gré à gré, seuls les soumissionnaires potentiels définis en fonction de l'objet du marché fixé par le pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire ceux qui sont en mesure d'offrir la prestation recherchée par l'autorité, ont qualité pour recourir, mais non pas ceux qui offrent un autre produit, i.e. une solution alternative à celle que souhaite l'autorité. Ces principes posés en lien avec une procédure de gré à gré valent a fortiori lorsqu'un pouvoir adjudicateur a passé un contrat sans appliquer (du tout) le droit des marchés publics. Seul les soumissionnaires potentiels directs, à savoir ceux qui sont aptes à fournir concrètement une prestation correspondant, tant du point de vue fonctionnel qu'économique, à l'objet du marché, disposent d'un intérêt digne de protection à recourir, ce qu'il leur appartient de démontrer. Cette exigence vise à empêcher l'action populaire et à éviter que tout projet puisse être bloqué par la voie judiciaire. On ne saurait étendre la qualité pour recourir à un concurrent potentiel qui se contenterait de sous-traiter l'ensemble des prestations faisant l'objet du marché. Le soumissionnaire potentiel direct qui recourt doit être en mesure d'offrir lui-même au moins l'une des prestations caractéristiques de l'objet du marché (consid. 2.8.1-2.8.4).

En l'espèce, le contrat d'entreprise porte sur la construction d'une centrale photovoltaïque sur les toits des halles de Palexpo SA. Or, A. SA n'a pas démontré qu'elle aurait été en mesure d'offrir elle-même au moins l'une des prestations caractéristiques du contrat. A. SA est, selon son but statutaire, une société immobilière qui propose un concept financier, énergétique et écologique global. Un an environ avant la conclusion des contrats litigieux, A. SA avait

d'ailleurs transmis à Palexpo SA et aux SIG une proposition de réaliser et exploiter une centrale photovoltaïque pendant 30 ans, qui faisait appel à des investisseurs pour le financement et à des sous-traitants pour la fourniture et l'installation technique. Dès lors que A. SA entendait faire appel à des partenaires pour l'ensemble des prestations faisant l'objet du marché, il n'est pas établi qu'elle pouvait offrir elle-même au moins l'une des prestations caractéristiques du marché. Le recours est irrecevable (consid. 2.8.5).

*Droit d'être entendu  
en cas de recours  
devenu sans objet*

• TF [2D\\_59/2013](#) du 4 juillet 2014 (f) – Recours contre l'adjudication par la Ville de Genève à Y. Sàrl d'un marché relatif à l'organisation d'une fête. Alors que le recours est pendant, la Ville de Genève retire sa décision d'adjudication et interrompt la procédure de passation du marché pour justes motifs. Considérant que le recours est devenu sans objet, la Cour de justice GE radie purement et simplement l'affaire du rôle, alors que la recourante s'y opposait en demandant un jugement sur le fond, au moins sur sa conclusion relative à l'illicéité de la décision d'adjudication. En déclarant le recours sans objet, sans fournir de motivation spécifique, même succincte, sur la conclusion précitée de la recourante, la Cour de justice a violé le droit d'être entendu (art. 29 al. 1 Cst.) (consid. 2).

*Conformité d'une  
variante aux exigences  
impératives de l'appel  
d'offres*

• TF [2D\\_39/2014](#) du 26 juillet 2014 (d) – Recours constitutionnel subsidiaire contre l'exclusion d'une variante dans un marché de travaux. Une variante est admise lorsqu'elle réalise la prestation demandée d'une manière différente de celle prévue dans les documents d'appel d'offres, mais pas lorsque son exécution aboutit à un résultat qui ne correspond pas à l'objet du marché demandé. Le pouvoir adjudicateur peut, sans arbitraire, exclure une offre (in casu une variante) qui ne correspond pas à l'objet du marché, sans devoir le mentionner expressément dans les documents d'appel d'offres. Une telle conséquence résulte en effet du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst.). Il faut réserver les cas où l'offre est non conforme uniquement sur des aspects secondaires (consid. 5.4-5.5).

Tribunal  
administratif  
fédéral

• TAF [B-6742/2011](#) du 2 septembre 2013 (d) – Marché de travaux sur un tronçon de l'autoroute N01 passé en procédure ouverte par l'OFROU. Recours contre l'adjudication du marché, contestant l'évaluation de l'offre au regard de trois critères d'adjudication.

*Evaluation des offres  
au regard des critères  
d'adjudication*

Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix et la pondération des critères d'adjudication. Il doit toutefois respecter la Constitution, en particulier les principes d'égalité de traitement et de proportionnalité, ainsi que le sens et le but de la loi. Le pouvoir adjudicateur dispose également d'une grande marge d'appréciation lors de l'évaluation des offres. Dans le cadre d'un recours en matière de marchés publics, le TAF examine les griefs de violation du droit, l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, y compris l'excès négatif du pouvoir d'appréciation, ainsi que la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, mais non l'inopportunité (art. 49 PA et art. 31 LMP). L'inopportunité en matière de marchés publics inclut non seulement le choix des spécifications techniques et des critères d'aptitude et d'adjudication, mais aussi l'évaluation des offres. En conséquence, les notes ou points attribués à une offre ne peuvent être corrigés dans le cadre d'un recours que s'ils apparaissent non pas simplement inopportuns, mais contraires au droit (consid. 2.2). En l'espèce, aucune violation du droit ou arbitraire n'est constaté.

*Adjudication directe  
par le TAF à la  
recourante*

- TAF [B-4308/2013](#) du 18 septembre 2013 (d) – Dans le cadre d'un recours contre une adjudication, le pouvoir adjudicateur, armasuisse, reconnaît avoir opéré une mauvaise constatation des faits, en ce que l'adjudicataire ne remplissait pas d'importants critères d'aptitude. Le tribunal n'adjuge que de manière exceptionnelle directement le marché à la recourante, lorsqu'il dispose d'un état de fait complet et que seule la recourante est susceptible d'obtenir le marché. Dès lors que le pouvoir adjudicateur conclut lui-même à l'annulation de l'adjudication et à l'attribution directe par le TAF du marché litigieux à la recourante, et que l'adjudicataire initiale a renoncé à se prononcer et ainsi admis tacitement les conclusions du pouvoir adjudicateur, le TAF ré-adjuge directement le marché à la recourante.

*Prise en compte de  
l'absence de décision  
séparée d'exclusion  
dans la pondération  
des intérêts en vue de  
l'effet suspensif*

- TAF [B-4958/2013](#) du 23 octobre 2013 (d) – Marché de services relatif à un système informatique de contrôle de projets, passé par AlpTransit Gotthard AG. Recours contre l'adjudication du marché par un soumissionnaire dont l'offre ne correspond pas à l'objet du marché. Octroi de l'effet suspensif.  
Dans la mise en balance des intérêts, il faut prendre en compte, d'une part, l'intérêt de la recourante à préserver ses possibilités d'obtenir l'adjudication du marché ainsi que l'intérêt public à ne pas rendre illusoire la garantie d'une protection juridictionnelle effective (art. XX § 2 et 7.a GPA) et, d'autre part, l'intérêt public

du pouvoir adjudicateur à éviter des retards et des frais supplémentaires dans l'exécution du marché ainsi que les intérêts éventuels des autres participants à la procédure de passation. Il convient de reconnaître d'emblée un poids considérable à l'intérêt public à une mise en œuvre aussi rapide que possible de la décision d'adjudication (consid. 2.2). Entre également dans la pondération des intérêts le fait que l'urgence soit totalement ou partiellement imputable au pouvoir adjudicateur, lorsque celui-ci n'a pas planifié soigneusement la procédure de passation en y calculant la durée d'un éventuel recours doté de l'effet suspensif. Le fait que le pouvoir adjudicateur n'ait pas notifié à la recourante une décision séparée d'exclusion, préalablement à la décision d'adjudication, mais ait uniquement notifié la décision d'adjudication (valant implicitement exclusion pour les offres non retenues) peut contribuer à créer une situation d'urgence imputable au pouvoir adjudicateur. En l'espèce, AlpTransit Gotthard AG considère qu'une décision d'exclusion séparée n'aurait au mieux fait gagner que peu de temps. Le risque de préjudice irréparable n'étant pas suffisamment démontré et l'urgence étant partiellement imputable au pouvoir adjudicateur, l'effet suspensif est accordé.

*Pondération des intérêts en vue de l'effet suspensif dans le cas de marché de nature technique complexe et revêtant un grand intérêt public – prise en compte de la possible inaptitude de l'adjudicataire*

• TAF [B-4902/2013](#) du 29 octobre 2013 (d) [dans le même sens, voir aussi TAF [B-4904/2013](#) du 29 octobre 2013 (d)] – Adjudications par AlpTransit Gotthard AG de marchés de travaux relatifs à la technique ferroviaire pour le tunnel de base du Ceneri. Recours déposé par un soumissionnaire évincé au motif que l'adjudicataire ne remplirait pas les critères d'aptitude, car il ne disposerait d'au moins deux références relatives à la planification et l'exécution de projets complexes comparables. Octroi de l'effet suspensif au recours.

Dans la mise en balance des intérêts en vue d'un octroi de l'effet suspensif au recours, le pouvoir adjudicateur a démontré en l'espèce un intérêt public à éviter des retards et des coûts supplémentaires dans l'exécution du marché. En cas de retard de 6 à 12 mois causé par un effet suspensif, les coûts supplémentaires s'élèveraient à environ CHF 3 mio/mois, soit un surcoût pour une année d'environ CHF 2.6 milliards. D'éventuelles mesures en vue d'accélérer ultérieurement les travaux afin d'éviter de trop grands retards dans la mise en service du nouveau tunnel ferroviaire du Gotthard se traduiraient aussi, de manière crédible, en surcoûts de plusieurs milliards de francs. En tant que futur exploitant, les CFF souffriraient aussi d'une perte de gain importante liée au trafic de personnes et de marchandises et à la vente de sillons. AlpTransit Gotthard AG a aussi démontré que l'urgence ne lui était pas

imputable, car l'actualité technique du marché en cause ne permettait pas de planifier la passation du marché avec une marge de temps suffisante pour y inclure d'éventuels recours dotés d'effet suspensif. Il est aussi incontestable que le projet de NLFA au Gotthard a une importance publique considérable. Toutefois, on ne saurait en déduire que l'intérêt public du pouvoir adjudicateur à l'exécution rapide du marché, et par conséquent au rejet de l'effet suspensif, devrait toujours primer dans les cas de marchés publics de nature technique et revêtant un grand intérêt public. A défaut, la voie de recours prévue par loi deviendrait illusoire pour de tels marchés. Par ailleurs, dans un marché de travaux techniques complexes, la possibilité *prima facie* que l'adjudicataire ne dispose pas de l'aptitude et de l'expérience exigées implique un risque accru que l'ouvrage ne soit pas livré dans les délais ou souffre de défauts générant à leur tour des risques de sécurité ou des surcoûts. L'intérêt public parle en ce cas en faveur, et non pas contre, un octroi de l'effet suspensif (consid. 6).

*Mesures provisoires autorisant une commande partielle*

• TAF [B-3526/2013](#) du 5 décembre 2013 (d) – Marché de fournitures en procédure ouverte passé par l'Office des constructions et de la logistique en vue de l'achat de 40'000 écrans plats d'ordinateurs entre le 1.6.2013 et 31.5.2018. Selon une « stratégie des deux produits », le marché fait l'objet de deux adjudications aux deux offres économiquement les plus avantageuses, étant entendu qu'il s'agit de produits de deux fabricants différents et que la totalité de la commande constitue une option, sans aucune quantité de base garantie. Les différents offices fédéraux peuvent ensuite choisir librement selon leurs besoins lequel des deux produits ils souhaitent acquérir. Recours d'un soumissionnaire évincé, Hewlett-Packard, contre l'adjudication. Le recours a bénéficié de l'effet suspensif. Octroi de mesures provisoires visant à permettre au pouvoir adjudicateur d'acquérir un certain nombre d'écrans dans l'attente du jugement sur le fond. L'octroi de mesures provisoires répond aux mêmes conditions que celui de l'effet suspensif (consid. 2.1-2.2). Le principe de proportionnalité impose de vérifier que la quantité partielle d'écrans acquise de gré à gré au titre des mesures provisoires ne porte pas excessivement préjudice à la commande globale faisant l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur a vérifié les besoins effectifs des différents offices, afin de remplacer les écrans défectueux et d'équiper de nouvelles places de travail. Dans ces limites strictes du besoin immédiat, le pouvoir adjudicateur peut acquérir un certain nombre d'écrans. Dès lors que les griefs de la recourante concernent essentiellement l'adjudicataire n° 1, les

commandes sont autorisées, dans le cadre des mesures provisoires, auprès de l'adjudicataire n° 2 (consid. 4).

*Moyens de preuve de l'aptitude*

- TAF [B-6533/2013](#) du 14 janvier 2014 (i) – Recours contre l'adjudication d'un marché de travaux routiers passé par l'OFROU, au motif que la référence présentée par l'adjudicataire ne serait pas conforme aux exigences figurant dans le cahier des charges. Rejet de la demande d'effet suspensif.

Les critères d'aptitude et moyens de preuve y relatifs doivent pouvoir être interprétés selon leur sens ordinaire dans le langage courant. En l'espèce, les documents d'appel d'offres demandaient comme moyen de preuve une référence relative à l'exécution d'une route cantonale ou d'une autoroute d'une valeur d'au moins CHF 2 mio, à l'exclusion de la signalisation et des barrières de sécurité. La référence devait porter soit sur des travaux déjà réalisés, soit sur des travaux en phase de réalisation (au moins 50% déjà réalisé). On ne saurait en déduire que la référence devait obligatoirement porter sur la réalisation des deux aspects de l'infrastructure (génie civil) et de la superstructure routière (asphaltage), ni qu'une sous-traitance pour l'un des deux aspects était exclue. Comme l'appel d'offres autorise la sous-traitance jusqu'à 50% maximum du marché en cause, il faut plutôt y voir un indice en faveur d'une admission de la sous-traitance pour l'un ou l'autre aspect des travaux faisant l'objet de la référence. Si le pouvoir adjudicateur avait voulu que la référence soumise par le soumissionnaire porte sur une réalisation propre de l'infrastructure et de la superstructure, il l'aurait prévu expressément, comme il l'a fait pour d'autres tronçons routiers. Enfin, dès lors que les travaux à réaliser *in casu* concernent à 70-75% le génie civil, et à 25-30% seulement la superstructure, il reste dans les limites du large pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur d'admettre une référence portant uniquement sur l'infrastructure (consid. 5).

*Définition précise de l'objet du marché*

- TAF [B-1332/2013](#) du 12 février 2014 (d) – Recours contre l'adjudication d'un marché de services de nettoyage de façades, fenêtres et stores, en 2 lots et pour une durée de 4 ans (avec option de prolongation pour une 5<sup>e</sup> année). Recours d'un soumissionnaire évincé, classé au dernier rang du tableau comparatif des offres après négociation sur les prix, et qui était le cocontractant antérieur de l'administration.

Le fait que l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres ne précisaient pas la méthode de nettoyage à utiliser ne viole pas les principes de transparence ou d'égalité de traitement : dès lors que

L'objectif était clairement défini, les soumissionnaires avaient le choix quant au moyen économiquement le plus avantageux pour y parvenir. De même, les surfaces (en m<sup>2</sup>) à nettoyer étaient suffisamment connues sur la base des plans remis aux soumissionnaires. De plus, la procédure de passation prévoyait une inspection obligatoire des lieux et un test obligatoire de nettoyage, ainsi qu'une possibilité de poser des questions supplémentaires et d'organiser une visite supplémentaire sur place pour effectuer des mesures. En tant que contractant antérieur pour une partie des bâtiments concernés, la recourante pouvait même faire une évaluation encore plus précise que les autres soumissionnaires. Les offres étaient par conséquent comparables (consid. 2).

*Offre anormalement basse*

Le grief selon lequel le prix offert par l'adjudicataire du lot n° 1 ne serait pas plausible équivaut en l'espèce à alléguer qu'il s'agirait d'une offre anormalement basse. Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est inférieur aux coûts supportés par le soumissionnaire. L'art. 25 al. 4 OMP est une *Kann-Vorschrift*, qui permet au pouvoir adjudicateur de demander des explications supplémentaires au soumissionnaire qui aurait soumis une offre anormalement basse, ceci afin de s'assurer qu'il n'existe aucun motif d'exclusion au sens de l'art. 11 LMP. Il n'y a pas d'obligation à demander de telles explications ; il faut tout au plus réserver les cas de sous-enchère crasse et évidente, où en règle générale un cas d'exclusion à teneur de l'art. 11 LMP serait aussi réalisé. L'art. XIII § 4 al. a GPA (correspondant à l'art. XV § 6 GPA révisé) prévoit aussi que le pouvoir adjudicateur peut se renseigner auprès du soumissionnaire qui a soumis une offre anormalement basse afin de s'assurer qu'il est en mesure de satisfaire les conditions de participation et apte à satisfaire aux modalités du marché. De plus, une interdiction des offres anormalement basses est de nature à rendre plus difficile l'accès de soumissionnaires à de nouveaux marchés et à cimenter les structures de marchés existantes. Selon une interprétation de l'art. 25 al. 4 OMP conforme à l'objectif poursuivi par le droit des marchés publics, le pouvoir adjudicateur fait usage de la faculté de demander des explications supplémentaires lorsqu'une offre anormalement basse éveille des soupçons quant à l'existence d'un motif d'exclusion au titre de l'art. 11 LMP. En l'espèce, l'offre la plus basse était 3.4 fois inférieure à l'offre la plus chère pour le lot n° 1. De grandes différences de prix ne sont pas extraordinaires pour de petits marchés. Comme le pouvoir adjudicateur a conduit des négociations sur les prix (*Abgebotsrunden*) avec les soumissionnaires, on ne saurait lui reprocher d'avoir repris sans réflexion les prix

offerts. Par ailleurs, il n'existe aucun indice que l'adjudicataire du lot n° 1 remplirait l'un des motifs d'exclusion de l'art. 11 LMP (consid. 3).

*Adjudication sans  
vérification des critères  
d'aptitude*

Le pouvoir adjudicateur a commis une violation formelle du droit des marchés publics en adjudgeant le lot n° 2 à l'adjudicataire sans avoir demandé et vérifié préalablement son aptitude. L'appel d'offres prévoyait pourtant que les moyens de preuve de l'aptitude ne devaient pas être fournis d'emblée avec l'offre, mais ultérieurement sur demande du pouvoir adjudicateur adressée au soumissionnaire (adjudicataire pressenti) avant l'adjudication. L'adjudicataire du lot n° 2 a toutefois fait parvenir les preuves de son aptitude au pouvoir adjudicateur après l'adjudication, et il est établi que ces preuves étaient déjà disponibles avant l'adjudication. Même si une violation a été commise, une annulation de l'adjudication du lot n° 2 n'aboutirait pas à une nouvelle attribution en faveur de la recourante. Pour des raisons d'économie procédurale, il convient de renoncer à annuler l'adjudication (consid. 4).

*Exclusion d'une offre  
non conforme*

• TAF [B-6876/2013](#) du 20 février 2014 (d) – Recours contre l'exclusion par l'OFROU d'une offre non conforme au cahier des charges prévoyant des travaux également le samedi. Refus de l'effet suspensif à un recours *prima facie* dépourvu de chance de succès.

Le cahier des charges prévoyait en l'espèce clairement l'obligation de travailler le samedi, selon des horaires prescrits, pour réaliser les travaux faisant l'objet du marché. Le principe de transparence (art. 1 al. 1 let. a LMP) est respecté (consid. 3.3). Les offres doivent être déposées par écrit, de manière complète et dans le délai prescrit (art. 19 al. 1 LMP). Les offres contenant de graves vices de forme sont exclues de la procédure de passation (art. 19 al. 3 LMP). En effet, la prise en compte d'une offre non conforme à l'appel d'offres ou aux conditions d'appel d'offres violerait l'égalité de traitement entre les soumissionnaires (art. 1 al. 2 LMP). Il faut uniquement réserver les cas où une exclusion de l'offre constituerait un formalisme excessif (consid. 3.3.1 et 3.4.5). Dès lors que la condition du travail le samedi était obligatoire, la recourante ne pouvait pas, d'elle-même, soumettre une offre n'incluant pas de travaux les samedis. Il ne s'agit pas d'un vice mineur, de sorte que l'exclusion de l'offre de la recourante était justifiée.

On ne saurait non plus considérer qu'il s'agissait d'une variante admissible, car la recourante n'a pas soumis en plus une offre de

base répondant au cahier des charges (art. 22a al. 1 OMP). L'exigence de fournir l'offre de base en plus de la variante permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que toutes les offres sont comparables et que le soumissionnaire auteur d'une variante a bien considéré l'ensemble des aspects du marché en cause (consid. 3.4.6).

*Critères d'aptitude et  
moyens de preuve y  
relatifs*

• TAF [B-4902/2013](#) du 14 mars 2014 (d) [dans le même sens, voir aussi TAF [B-4904/2013](#) du 14 mars 2014 (d)] – Adjudications par AlpTransit Gotthard AG de marchés de travaux relatifs à la technique ferroviaire pour le tunnel de base du Ceneri. Recours déposé par un soumissionnaire évincé au motif que l'adjudicataire ne remplirait pas les critères d'aptitude, car il ne disposerait d'au moins deux références relatives à la planification et l'exécution de projets complexes comparables. Recours admis ; annulation de l'adjudication et renvoi au pouvoir adjudicateur.

L'aptitude technique, économique et financière du soumissionnaire est démontrée au moyen de preuves que le pouvoir adjudicateur énumère dans les documents d'appel d'offres (art. 9 LMP, art. 9 OMP, annexe 3 à l'OMP). Alors que les critères d'aptitude se réfèrent au soumissionnaire, les critères d'adjudication se réfèrent à l'offre. Le non-respect d'un critère d'aptitude conduit à l'exclusion du soumissionnaire ; il ne peut pas être compensé par le fait qu'un autre critère d'aptitude serait plus que respecté. En revanche, les critères d'adjudication correspondent à des caractéristiques que l'offre remplit plus ou moins, de sorte qu'une mauvaise note pour un critère peut être compensée par une meilleure note pour un autre critère d'adjudication. Les moyens de preuve de l'aptitude sont définis en fonction de l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation dans le choix des critères d'aptitude et des moyens de preuve y relatifs, ainsi que dans l'évaluation de ceux-ci. Comme le TAF ne peut pas revoir le grief de l'inopportunité en matière de marchés publics (art. 31 LMP), seul un excès ou abus du pouvoir d'appréciation peut être examiné lorsqu'il s'agit notamment de déterminer quels travaux mentionnés dans des références sont comparables à l'objet du marché. Les spécifications techniques, les critères d'aptitude et les critères d'adjudication doivent pouvoir être interprétés selon leur sens linguistique ordinaire et doivent être décrits dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres de manière aussi claire et précise que possible, afin de garantir le principe de la transparence (art. 1 al. 1 let. a LMP), celui de l'égalité de traitement (art. 1. al. 2 LMP) et celui de la bonne foi. Viole le droit des marchés publics le pouvoir adjudicateur qui ne prend pas

en compte des critères publiés ou en modifie l'ordre ou la pondération, ou qui ajoute de nouveaux critères non publiés (consid. 4).

Dans le cas d'espèce, le critère d'aptitude 1.1 prévoyait que le soumissionnaire doit disposer d'une expérience suffisante pour des travaux d'une complexité comparable et présentant des exigences similaires. Le moyen de preuve exigé pour ce critère consistait en « 2 (ou max. 3) références du soumissionnaire ... pour la planification et l'exécution ... de projets d'une complexité comparable ». Selon le sens linguistique ordinaire, le TAF considère qu'étaient exigées deux références qui aient chacune pour objet tant la planification que l'exécution, i.e. deux références relatives à des travaux réalisés en entreprise totale (projet + réalisation). Cette interprétation littérale du moyen de preuve de l'aptitude est corrélée avec l'objet du marché qui a pour objet la planification et l'exécution de la technique ferroviaire. De ce fait, une référence qui porterait uniquement sur la planification ou uniquement sur l'exécution serait peu comparable avec l'objet du marché. L'interprétation soutenue par le pouvoir adjudicateur est jugée non convaincante, selon laquelle il fallait fournir au moins deux références, dont une pour la planification et une pour l'exécution (consid. 6.1-6-4).

Les principes de transparence et d'égalité de traitement impliquent que le pouvoir adjudicateur est lié aux indications données dans l'appel d'offres et les conditions d'appel d'offres (les « règles du jeu de la procédure de passation »). Dans le cadre de négociations, il doit communiquer à tous les soumissionnaires d'éventuelles modifications des critères et des spécifications techniques (art. XIV § 4 al. b GPA). Ces exigences protègent non seulement les soumissionnaires qui ont effectivement déposé une offre, mais aussi les soumissionnaires potentiels qui n'ont pas participé mais qui auraient déposé une offre si les « règles du jeu » avaient été d'emblée formulées de la manière dont le pouvoir adjudicateur souhaiterait les modifier sur la base de connaissances gagnées ultérieurement au cours de la procédure de passation. En conséquence, le pouvoir adjudicateur peut uniquement apporter des modifications non essentielles à la définition de l'objet du marché ou aux critères d'évaluation, durant la procédure de passation. Une modification est essentielle s'il faut admettre qu'elle aurait amené d'autres soumissionnaires potentiels à déposer une offre. Dans ce dernier cas, une interruption de la procédure de passation entre en compte (consid. 6.5). En l'espèce, la (nouvelle) interprétation retenue par AlpTransit Gotthard, qui admettait deux références portant l'une sur la planification et l'autre sur l'exécution, aurait considérablement ouvert le cercle des

soumissionnaires potentiels, par rapport à l'exigence de deux références de travaux réalisés en entreprise totale. Cette nouvelle interprétation viole le principe de la transparence (consid. 6.6).

Reste dans la marge du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur d'admettre qu'une référence pour des travaux en entreprise totale (planification + exécution) puisse être remplacée par deux références partielles pour la planification d'une part, et pour l'exécution d'autre part (consid. 7.5).

N'est pas conforme au droit des marchés publics une « évaluation d'ensemble » (*Gesamtbetrachtung*) dans le cadre de laquelle des preuves d'aptitude insuffisantes seraient compensées par d'autres preuves. Au contraire, le non-respect d'un critère d'aptitude conduit en principe à l'exclusion du soumissionnaire (consid. 10).

En l'espèce, comme l'adjudicataire ne disposait que de trois références partielles, à savoir une pour la planification et deux pour l'exécution, ce qui correspond à 1 ½ références d'entreprise totale, elle ne remplissait pas les critères d'aptitude et devait être exclue du marché (consid. 7). L'adjudication doit être annulée. Comme le pouvoir adjudicateur allègue que la recourante ne répondait pas non plus aux critères d'aptitude interprétés comme exigeant deux références en entreprise totale, l'affaire est renvoyée au pouvoir adjudicateur.

*Prise en compte de référence d'un sous-traitant pour démontrer l'aptitude du soumissionnaire*

En l'espèce, le critère d'aptitude en cause exige une expérience suffisante « du soumissionnaire » pour des projets de complexité comparable. La question de savoir s'il est, de manière générale, conforme au principe de la transparence et de la bonne foi d'admettre que le soumissionnaire puisse démontrer son aptitude en se fondant sur une référence d'un de ses sous-traitants peut rester ouverte. En effet, l'appel d'offres autorisait expressément le recours à des sous-traitants pour le marché en cause. Il est conforme à l'objectif même des moyens de preuve de l'aptitude d'admettre que ces preuves soient apportées par celui qui réalisera effectivement l'objet du marché. En conséquence, l'adjudicataire pouvait se prévaloir de la référence de son sous-traitant (consid. 7.1.1).

*Preuve d'aptitude déposée après l'expiration du délai de dépôt des offres, voire durant le recours*

Les offres doivent être déposées par écrit, de manière complète et dans le délai (art. 19 al. 1 LMP). Le pouvoir adjudicateur peut en règle générale évaluer les offres sur cette base, sans devoir demander d'explications supplémentaires aux soumissionnaires. L'interdiction du formalisme excessif et le principe de la bonne foi peuvent toutefois exiger que le pouvoir adjudicateur donne

L'occasion au soumissionnaire de corriger des erreurs formelles peu importantes. Le principe d'égalité de traitement s'oppose à ce que le soumissionnaire puisse corriger des manquements de fond essentiels, comme l'absence des moyens de preuve de l'aptitude exigés. La doctrine exclut que des moyens de preuve de l'aptitude déposés après l'expiration du délai de candidature puissent être pris en compte en procédure sélective. En procédure ouverte, le principe de proportionnalité et les exigences de rentabilité pourraient permettre la prise en compte d'un moyen de preuve fourni ultérieurement mais relatif à une aptitude déjà existante au moment du dépôt des offres. En revanche, la prise en compte d'un moyen de preuve de l'aptitude fourni pour la première fois durant la procédure de recours, et dont l'existence n'avait même pas été invoquée au moment du dépôt des offres viole l'art. 19 al. 1 LMP (consid. 7.2.2).

*Accord-cadre*

- TAF [B-3526/2013](#) du 20 mars 2014 (d) – Marché de fournitures en procédure ouverte passé par l'Office des constructions et de la logistique en vue de l'achat de 40'000 écrans plats d'ordinateurs entre le 1.6.2013 et 31.5.2018. Selon une « stratégie des deux produits », le marché fait l'objet de deux adjudications aux deux offres économiquement les plus avantageuses, étant entendu qu'il s'agit de produits de deux fabricants différents et que la totalité de la commande constitue une option, sans aucune quantité de base garantie. Les différents offices fédéraux peuvent ensuite choisir librement selon leurs besoins lequel des deux produits ils souhaitent acquérir. Recours d'un soumissionnaire évincé, Hewlett-Packard, contre l'adjudication.

Même si l'appel d'offres ne mentionne que des options, il s'agit *de facto* d'un marché portant sur accord-cadre. Un accord-cadre n'implique pas directement la fourniture d'une prestation par le/les adjudicataires, mais établit les termes (prix, quantités envisagées ...) régissant des marchés individuels qui seront passés (éventuellement directement) au cours d'une période future donnée. L'accord-cadre est l'addition de ces futures commandes individuelles. Il doit être passé selon la procédure qui s'appliquerait pour un marché global équivalent. Alors que les directives de l'UE en matière de marchés publics prévoient expressément les règles applicables au contrat-cadre, le droit fédéral est silencieux. La doctrine considère les contrats-cadres licites en droit suisse des marchés publics. Il n'est pas nécessaire de trancher définitivement cette question, dans la mesure où l'appel d'offres est entré en force et où le présent recours dirigé contre l'adjudication ne soulève aucun grief contre l'accord-cadre (consid. 4.2).

*Offre non conforme à l'objet du marché*

Le pouvoir adjudicateur décrit clairement et de manière complète les spécifications techniques relatives à l'objet du marché dans l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres (art. 12 al. 1 LMP ; art. 16a OMP). L'objectif d'utilisation économique des fonds publics ne confère au soumissionnaire aucun droit à ce que le « bon » produit soit acheté. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation dans la détermination des spécifications techniques. L'admission d'une offre non conforme aux exigences de l'appel d'offres et du cahier des charges viole les principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires. Tel est a fortiori le cas lorsque, comme en l'espèce, le cahier des charges prévoit expressément qu'il ne sera pas entré en matière sur des offres incomplètes ou non conformes aux spécifications techniques. L'interdiction du formalisme excessif ne confère pas à la recourante un droit à ce que son offre non conforme aux spécifications techniques soit évaluée et ne permet pas non plus une correction de l'offre dans le cadre de la vérification de celle-ci (consid. 6.2-6.6).

*Recours contre les documents d'appel d'offres*

- TAF [B-364/2014](#) du 8 avril 2014 (d) – Adjudication d'un marché de services informatiques par la Chancellerie fédérale, en vue de remplacer le moteur de recherche de l'administration fédérale. Octroi de l'effet suspensif au recours. Selon la pratique du TAF, seul l'appel d'offres, mais non les documents d'appel d'offres, constitue une décision attaquable séparément (art. 29 LMP). Les violations figurant dans les documents d'appel d'offres doivent être contestées lors de la prochaine étape de la procédure de passation qui revêt la forme d'une décision, à savoir en règle générale l'adjudication. Cette pratique diffère de celle du TF pour les marchés publics cantonaux et communaux, qui impose de contester immédiatement les violations figurant dans les documents d'appel d'offres, qui sont ainsi assimilés à l'appel d'offres lui-même (art. 15 al. 1<sup>bis</sup> AIMP). Cette divergence de jurisprudence est limitée par le fait que le TAF considère qu'un grief soulevé « tardivement », au point de violer le principe de la bonne foi, est prescrit (consid. 4.4).

*Récusation – pré-implication*

- TAF [B-804/2014](#) du 16 avril 2014 (f) – Recours contre l'adjudication par l'OFROU d'un marché de travaux de mise en conformité des dispositifs de sécurité de tunnels. Effet suspensif accordé en raison d'une violation *prima facie* des règles de récusation.

Les soumissionnaires ont droit à ce que leur offre soit évaluée par un pouvoir adjudicateur indépendant et impartial (art. 29 al. 1 Cst.). En l'absence de règles spéciales en droit des marchés publics (art. 26 LMP), les motifs généraux de récusation de l'art. 10 PA sont applicables. Les exigences quant à l'indépendance des autorités sont différentes selon les circonstances et le type de procédure. Les exigences sont plus sévères pour une autorité judiciaire (art. 30 Cst. et art. 6 § 1 CEDH) que pour une autorité décisionnelle interne à l'administration. La garantie administrative indépendante et impartiale est un droit de nature formelle, de sorte qu'une décision prise au mépris des règles de récusation est attaquantable et annulable, indépendamment de l'existence d'un intérêt matériel à l'annulation et sans que la recourante ne doive prouver que dite décision eût été différente sans la collaboration de la personne prévenue. En revanche, la recourante doit alléguer et rendre vraisemblable les circonstances fondant un motif de récusation.

Une personne a un intérêt personnel dans l'affaire (art. 10 al. 1 let. a PA) si elle est directement concernée, à savoir si elle a un intérêt immédiat et personnel quant à l'issue de la procédure, c'est-à-dire que la décision lui procure directement un avantage ou un désavantage. Si elle n'est concernée qu'indirectement, elle doit se récuser si ses intérêts personnels sont sensiblement affectés par l'issue du litige. Selon la clause générale de l'art. 10 a. 1 let. d PA, une personne doit aussi se récuser si, pour d'autres raisons que celles énumérées aux lettres a à c, elle pourrait avoir une opinion préconçue dans l'affaire, au vu des circonstances concrètes du cas d'espèce. Il suffit que l'apparence d'une prévention fasse redouter une activité partielle, soit en raison du comportement subjectif de la personne, soit en raison de certains faits objectifs de fonctionnement ou d'organisation. Le fait que le membre de l'autorité concerné se sente lui-même apte à se prononcer en toute impartialité n'est pas pertinent. Il faut toutefois une apparence objective de prévention ; des impressions purement individuelles d'une partie ne sont pas décisives. Le concours de différentes circonstances qui, prises individuellement, ne présentent pas un degré d'intensité suffisant pour justifier une récusation, peut conduire à fonder à un doute fondé de partialité. En particulier, des liens économiques étroits, tels que des relations de travail ou d'autres rapports commerciaux, ou encore une relation de concurrence, peuvent donner l'apparence de prévention s'ils sont constatés objectivement et présentent une certaine intensité. Plus ces relations ou liens sont étroits et actuels, plus ils sont susceptibles de constituer un motif de récusation. Lorsqu'un ancien employeur est concerné par la procédure, l'apparence de prévention dépend de la durée des relations de travail, du laps de

temps écoulé depuis la résiliation de ceux-ci, ainsi que de la position occupée par l'ancien employé. Le devoir de récusation ne s'impose qu'à celui qui est appelé à rendre ou à préparer la décision, y compris toutes les personnes qui sont susceptibles d'avoir une influence sur l'adoption de l'acte administratif, à savoir également les personnes en charge du dossier et les rédacteurs des procès-verbaux avec voix consultative. Selon les règles de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit (art. 5 al. 3 Cst), la partie qui connaît un motif de récusation, avéré ou supposé, doit l'invoquer aussitôt, sous peine d'être déchue du droit de s'en prévaloir ultérieurement (consid. 5).

En l'espèce, le dossier d'appel d'offres a été élaboré par O. (auteur du projet), en collaboration avec D. (chef de projet), qui a contrôlé et approuvé le dossier. O. et D. travaillent pour la société Z. qui s'était vu attribuer la préparation de l'appel d'offres. Auparavant, O. a travaillé pour la société Y. pendant 9 ans (2004 - mai 2013) en tant qu'apprenti, puis chef de projet. O. a été engagé comme ingénieur par la société Z. depuis 2013. Après son élaboration, l'appel d'offres pour le marché litigieux a été publié par l'OFROU en novembre 2013, et l'adjudication a eu lieu en janvier 2014 en faveur de la société Y. Outre sa participation à la rédaction du dossier d'appel d'offres, O. a également participé à la phase ultérieure d'évaluation des offres, car il a examiné si les offres déposées répondaient aux exigences du cahier des charges. Critiquant un arrêt antérieur du TAF, la doctrine considère qu'une participation à la phase de préparation du dossier d'appel d'offres n'offre par définition pas moins de possibilités de manipulation qu'une participation à la phase d'évaluation des offres. Cette question peut rester indécise dès lors qu'il est avéré que O. a aussi participé à l'évaluation des offres en l'espèce. Il existe *prima facie* une apparence objective de prévention imposant une récusation (consid. 6.1-6-2).

Une personne qui, au service du pouvoir adjudicateur, prend part à la procédure d'adjudication et qui, en tant qu'ancien cadre d'un soumissionnaire, a créé un service ou l'a dirigé pendant une longue période ou qui, en qualité d'expert, a développé dans un service de nouveaux procédés ou de nouveaux produits, apparaît en principe prévenu si le changement d'emploi est récent et si le marché en cause concerne principalement le même service (consid. 6.4).

A la suite de l'octroi de l'effet suspensif, le pouvoir adjudicateur a révoqué l'adjudication du marché litigieux, rendant sans objet le recours sur le fond (TAF [B-804/2014](#) du 10 juin 2014 (f)).

*Assujettissement d'un marché passé par un opérateur ferroviaire*

• TAF [B-4958/2013](#) du 30 avril 2014 (d) – Marché de services relatif à un système informatique de contrôle de projets, passé par AlpTransit Gotthard AG. Recours contre l'adjudication du marché par un soumissionnaire dont l'offre ne correspond pas à l'objet du marché.

Les marchés passés par une entité ayant une activité de construction ou d'exploitation d'installations ferroviaires sont soumis au droit fédéral des marchés publics lorsque l'entité en cause est soit les CFF, soit une entreprise dont les CFF détiennent la majorité (comme AlpTransit Gotthard AG), soit un autre opérateur ferroviaire sous l'influence dominante de la Confédération. Font exception les activités d'une telle entreprise qui n'auraient pas de relation directe avec le secteur des transports (note 11 à l'Annexe II B de la Suisse à l'Accord bilatéral CH-CE ; art. 2a al. 2 let. b i.f. OMP). La doctrine est divisée sur l'étendue de cette exception. Selon certains auteurs, il y a « relation directe » lorsqu'il existe un lien entre le marché en cause et l'activité de l'entité, en ce sens que l'objet du marché a pour fonction de servir à l'exploitation ferroviaire. Il serait ainsi exclu qu'un marché passé par AlpTransit Gotthard AG n'ait pas de relation directe avec le secteur des transports. De même, l'achat de meubles de bureau pour un bâtiment administratif des CFF serait aussi assujéti. Selon un autre auteur, plus restrictif, la « relation directe » dépendrait de la nature de l'objet du marché. Les dispositions pertinentes de l'OMP doivent être interprétées de manière conforme à l'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics. Celui-ci exclut notamment les participations financières et d'entreprises des CFF dans des entreprises qui n'opèrent pas directement dans le domaine du transport (note 13 relative à l'Annexe II B de la Suisse à l'Accord bilatéral CH-CE). Selon le TAF, il faut en conclure que des distinctions trop fines doivent être évitées et qu'il ne faut pas poser d'exigences trop élevées à l'exigence d'une « relation directe ». En l'espèce, l'acquisition d'un système informatique de contrôle financier de projet est en relation directe avec l'activité d'AlpTransit Gotthard AG dans le secteur des transports. Au surplus, le pouvoir adjudicateur ne le conteste pas (consid. 1.5.4).

*Exigences de transparence des spécifications techniques en cas d'appel d'offres fonctionnel*

Le pouvoir adjudicateur établit les spécifications techniques relatives à l'objet du marché dans les documents d'appel d'offres et les contrats (art. 12 al. 1 LMP). Les exigences relatives à l'objet du marché sont des critères absolus ; leur non-respect conduit à l'exclusion de l'offre, indépendamment de toute comparaison avec les autres offres. Afin de ne pas restreindre de manière excessive la concurrence, les spécifications techniques ne doivent pas être

définies de manière si étroites qu'un seul produit, ou un seul soumissionnaire ou un petit nombre de soumissionnaires entreraient en considération pour l'attribution du marché. On renoncera pour la même raison à une marque, un brevet ou une indication d'origine particulière, ou on ajoutera la mention « ou équivalent » (art. VI § 3 GPA ; art. 16a al. 4 OMP). Les spécifications techniques sont définies de préférence en fonction des propriétés d'emploi du produit (art. VI § 2 al. a GPA). Une définition fonctionnelle de l'objet du marché est certes préférable et souhaitée, mais n'est pas obligatoire. Conformément à l'objectif de transparence prévu à l'art. 1 al. 1 let. a LMP, le pouvoir adjudicateur doit décrire l'objet du marché, et en particulier les spécifications techniques, de manière suffisamment claire et complète dans les documents d'appel d'offres, en précisant quelles exigences doivent impérativement être remplies (art. 16a OMP). Il en va de même pour les critères d'aptitude et d'adjudication. Le soumissionnaire doit pouvoir se fier au fait que les spécifications techniques ainsi que les critères d'aptitude et d'adjudication publiés se comprennent selon leur sens linguistique général. Il découle du principe de transparence (art. 1 al. 1 let. a LMP), du principe d'égalité de traitement (art. 1 al. 2 LMP) et du principe de la bonne foi que le pouvoir adjudicateur est lié par les spécifications techniques ou les critères d'aptitude et d'adjudication annoncés et qu'il ne peut plus les modifier par la suite. Est contraire au droit des marchés publics le fait de ne pas prendre en compte des spécifications ou critères annoncés, de modifier leur importance ou leur pondération ou d'inclure d'autres critères ou d'autres spécifications techniques non publiés. Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix et la pondération des critères et des spécifications techniques, auquel répond l'exclusion du grief d'inopportunité dans le cadre d'un recours (art. 31 LMP) (consid. 2.5).

Le soumissionnaire doit pouvoir se fier au sens linguistique général des termes utilisés dans l'appel d'offres. Cette règle découle tant du principe de transparence applicable en matière de marchés publics que de l'obligation de comportement conforme à la bonne foi par le pouvoir adjudicateur. En l'espèce, la question litigieuse concerne l'interprétation de la spécification technique exigeant que le « système de contrôle complet fonctionne sur une plateforme Microsoft ». Comme l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres mentionnent à plusieurs reprises que le système de base offert sera développé, il faut comprendre cette spécification technique comme permettant d'offrir un système de base fonctionnant sur Oracle, et comme exigeant seulement que le système de contrôle complet, après adjudication et développement

de modules complémentaires sur la base du contrat d'entreprise conclu, soit migré et fonctionne sur une plate-forme Microsoft.

Il faut distinguer 2 situations selon le degré de précision de l'appel d'offres et du cahier des charges. Lorsque l'objet du marché est décrit de manière précise, les spécifications techniques doivent être remplies déjà au moment du dépôt des offres, sous peine d'exclusion de l'offre. En revanche, en cas d'appel d'offres fonctionnel, où l'objet du marché n'est pas défini de manière aussi exacte et complète, on peut admettre comme en l'espèce que les spécifications techniques peuvent être remplies au cours de l'exécution du marché. En l'espèce, on est en présence d'un appel d'offres en partie fonctionnel et en partie reposant sur des spécifications précises. Le recours est bien-fondé sur ce point (consid. 2.6).

*Récusation, pré-implication*

Lorsqu'un ancien employeur est concerné par la procédure, l'apparence de prévention dépend de la durée des relations de travail, du laps de temps écoulé depuis la résiliation de ceux-ci, ainsi que de la position occupée par l'ancien employé. En l'espèce, P., un collaborateur d'AlpTransit Gotthard AG en charge du marché public litigieux, avait travaillé six ans auparavant comme ingénieur employé par l'adjudicataire. On peut exclure *in casu* une apparence de prévention, en raison du laps de temps écoulé depuis le changement d'emploi (6 ans), en raison de l'absence de liens étroits, contacts ou activités communes maintenus par P. avec son ancien employeur et en raison du fait que les procès-verbaux montrent que le pouvoir adjudicateur avait initialement envisagé une attribution de gré à gré à une autre entreprise qui utilisait un autre système informatique. Dans ces circonstances, il n'est pas nécessaire d'élucider plus avant, au titre de l'apparence de prévention, si P. occupait une position dirigeante auprès de l'adjudicataire (consid. 5).

*Effet de l'admission du recours contre l'adjudication sur les soumissionnaires non recourants*

• TAF [B-2467/2014](#) du 25 juin 2014 (d) [dans le même sens, voir TAF [B-2417/2014](#) du 25 juin 2014 (d)] – Suite à l'admission par le TAF du recours contre les adjudications de marchés de travaux relatifs à la technique ferroviaire pour le tunnel de base du Ceneri, AlpTransit Gotthard AG a notifié aux soumissionnaires restant encore dans la procédure de passation (l'adjudicataire initial et la recourante) des décisions d'exclusion justifiées par le non-respect des critères d'aptitude. De plus, AlpTransit Gotthard AG a notifié à tous les soumissionnaires une décision d'interruption de la procédure de passation, au motif qu'aucun des soumissionnaires restant en lice ne remplissait les critères d'aptitude tels qu'interprétés par l'arrêt du TAF. Recours déposé contre

l'interruption de la procédure par des soumissionnaires qui n'avaient pas recouru contre la première adjudication. Irrecevabilité du recours en raison de l'absence de qualité pour recourir.

Il existe des divergences dans la jurisprudence et dans la doctrine quant aux conséquences de l'annulation d'une décision d'adjudication accompagnée d'un renvoi pour nouvelle évaluation au pouvoir adjudicateur. Le TAF et certains tribunaux cantonaux considèrent que seuls l'adjudicataire initial et le recourant entrent en compte pour une nouvelle adjudication. Tel n'est pas le cas des autres soumissionnaires, qui n'ont pas recouru contre l'adjudication et s'en sont contentés, sans prendre aucun risque financier dans le cadre du recours, de sorte que l'équité justifierait de ne pas inclure à nouveau ces « free-riders » dans une nouvelle évaluation des offres en cas d'admission du recours. D'autres tribunaux et une partie de la doctrine considèrent que l'objectif d'une adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse commande de prendre en compte les offres de tous les soumissionnaires, y compris les non-recourants, en cas d'admission du recours et de nouvelle évaluation des offres. Dans un arrêt du 24.10.2012, B-738/2012, le TAF a soulevé – sans la trancher – la question de l'existence de situations exceptionnelles dans lesquelles il conviendrait, en dérogation à sa jurisprudence constante, de prendre en compte tous les soumissionnaires en cas de nouvelle évaluation des offres à la suite de l'admission d'un recours. A supposer qu'une telle exception existe, ce qui reste ouvert, elle ne se justifierait que par l'objectif d'intérêt public à une utilisation économique des fonds publics. Par conséquent, seul le pouvoir adjudicateur pourrait décider de faire usage d'une telle exception, tandis que les soumissionnaires évincés et n'ayant pas recouru contre la première adjudication annulée ne sauraient se prévaloir de leur intérêt privé pour faire valoir un quelconque droit à être ré-inclus dans la procédure de passation. En l'espèce, les soumissionnaires évincés et qui n'avaient pas recouru contre l'adjudication initiale n'avaient aucun droit à participer à la nouvelle évaluation des offres, de sorte qu'elles n'ont pas qualité pour recourir contre l'interruption de cette nouvelle procédure (consid. 1.2).

En revanche, les recours déposés par l'adjudicataire initiale et par la recourante initiale contre les décisions d'exclusion et d'interruption de la procédure de passation ont obtenu l'octroi de l'effet suspensif, en particulier dans l'attente de l'arrêt du Tribunal fédéral contre les jugements du TAF (voir TAF [B-2433/2014](#) du 25 juin 2014 (d) ; TAF [B-2386/2014](#) du 25 juin 2014 (d)).