



Cour II
B-4501/2021

Arrêt du 13 décembre 2021

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Marc Steiner, Eva Schneeberger, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

X. _____ SA,
représentée par Maître Olivier Rodondi,
recourante,

contre

Ecole Polytechnique Fédérale de Lausanne,
Service Restauration et Commerce,
Bâtiment BS 226, Station 4, 1015 Lausanne,
pouvoir adjudicateur.

Objet

Marchés publics –
Restauration EPFL phase 1 lot 4
Simap – ID du projet n° 220242.

Faits :**A.**

Le 27 avril 2021, l'Ecole Polytechnique Fédérale de Lausanne EPFL (ci-après : pouvoir adjudicateur) a publié, sur la plateforme *Simap*, un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de services – non soumis aux accords internationaux – intitulé « Appel d'offre Restauration EPFL phase 1 Lot 4 ». Le chiffre 6.12 du cahier des charges indiquait en particulier qu'aucun recours n'était possible dans le cadre dudit appel d'offres. Dans le délai de clôture pour le dépôt des offres, fixé au 9 août 2021, six soumissionnaires ont déposé une offre.

B.

Par courriel du 21 septembre 2021, le pouvoir adjudicateur a indiqué, à titre rectificatif, à la société – non soumissionnaire – X. _____ SA (ci-après : recourante) que l'appel d'offres susmentionné relevait des « Services de restauration et de vente de boissons à consommer sur place ou à emporter », lesquels étaient, selon la nouvelle loi sur les marchés publics, soumis aux accords internationaux, de sorte que ses décisions étaient dans le cas d'espèce susceptibles de recours.

C.

Par écritures du 11 octobre 2021, la recourante a exercé un recours contre dite décision devant le Tribunal administratif fédéral, concluant, sous suite de dépens, à l'annulation, respectivement l'interruption, de la procédure d'appel d'offres ainsi qu'à la constatation de la nullité de toutes les décisions y relatives prises par le pouvoir adjudicateur. Elle a également sollicité l'octroi de l'effet suspensif à son recours ainsi que l'accès à l'intégralité du dossier d'appel d'offres.

Démontrant préalablement sa qualité pour recourir, la recourante indique avoir renoncé, à l'époque, à soumissionner dès lors que l'appel d'offres était critiquable et qu'elle ne pouvait le contester en raison de l'absence de voies de droit. Elle disposerait donc d'un intérêt digne de protection à se retrouver dans la situation d'un soumissionnaire potentiel, au bénéfice d'un droit de recours contre l'appel d'offres.

A l'appui de ses conclusions, elle invoque ensuite une violation grave du droit à la protection de la bonne foi, justifiant une reprise de la procédure *ab ovo* afin qu'elle puisse se déterminer sur le contenu du dossier d'appel d'offres. Elle fait également valoir qu'en transmettant, par ignorance ou consciemment, une information manifestement erronée concernant les voies de droit, le pouvoir adjudicateur a violé les principes de la

transparence, de la concurrence efficace et de l'égalité de traitement en lien avec l'absence de protection juridictionnelle.

D.

Par ordonnance du 13 octobre 2021, le juge instructeur a enjoint au pouvoir adjudicateur, à titre de mesure superprovisionnelle, d'interrompre la présente procédure d'appel d'offres et, en particulier, de s'abstenir de conclure le contrat avec un adjudicataire avant que le Tribunal administratif fédéral n'ait statué sur la requête d'octroi de l'effet suspensif.

E.

Par courrier du 17 novembre 2021, la recourante a indiqué au tribunal avoir appris que le pouvoir adjudicateur aurait notamment conclu plusieurs accords avec des tenanciers de *foodtrucks*, violant ainsi l'ordonnance de mesure superprovisionnelle susmentionnée.

F.

Invité à se prononcer sur le recours, le pouvoir adjudicateur a, par mémoire responsif du 22 novembre 2021, conclu principalement à son irrecevabilité, subsidiairement, à son rejet. Il a également requis le rejet de la requête d'octroi de l'effet suspensif et s'est prononcé sur la demande d'accès au dossier.

Sur le plan formel tout d'abord, le pouvoir adjudicateur fait valoir que la recourante n'a pas qualité pour recourir dès lors qu'elle n'a jamais pris part à la procédure d'appel d'offres et n'a nullement été privée de le faire. En effet, si la recourante n'a pas participé à la procédure, ce n'est pas en raison de l'absence de voies de recours mais plutôt en raison de son manque d'intérêt. En outre, la recourante n'est nullement atteinte par la décision rectificative du 21 septembre 2021, laquelle était destinée aux soumissionnaires ayant répondu à l'appel d'offres. La recourante a reçu cette décision uniquement pour des raisons techniques dès lors qu'elle avait téléchargé le dossier d'appel d'offres. Enfin, n'ayant pas déposé d'offre, la recourante ne se voit pas non plus affectée de manière directe par dite décision et dans une plus grande intensité que d'autres entités n'ayant pas soumissionné. Il réfute ensuite avoir violé le droit à la protection de la bonne foi de la recourante dès lors que l'indication erronée de l'absence de voies de droit résulte d'une simple mégarde de sa part et non d'un choix délibéré ; la recourante n'a en outre subi aucun préjudice à la suite de celle-là. Quant à la prétendue absence de protection juridictionnelle, il rétorque qu'aucun préjudice irréparable ou violation du droit d'être entendu n'a été causé aux soumissionnaires ; l'erreur a été

rectifiée par décision du 21 septembre 2021, de sorte que ceux-ci avaient la possibilité, dès ce jour, d'attaquer l'appel d'offres. Il s'oppose enfin à l'interruption de la procédure laquelle mettrait la recourante dans une position avantageuse.

Il s'est finalement prononcé sur le courrier de la recourante du 17 novembre 2021, reconnaissant avoir effectivement conclu des avenants dans le but de prolonger, en raison de la suspension de la procédure d'appel d'offres, la durée des contrats passés avec les tenanciers de *foodtrucks* actuellement en place et arrivant prochainement à échéance.

G.

Par décision incidente du 26 novembre 2021, le juge instructeur a accordé à la recourante un accès au dossier restreint, conformément aux prescriptions du pouvoir adjudicateur, et l'a invitée à déposer sa réplique jusqu'au 17 décembre 2021.

H.

Invitée à se prononcer sur les observations du pouvoir adjudicateur, contenues dans sa réponse, relatives aux avenants conclus avec certains propriétaires de *foodtrucks* ainsi que sur la recevabilité de son recours, la recourante s'est déterminée par écritures du 1^{er} décembre 2021.

Elle relève que le fait que le pouvoir adjudicateur ait effectivement sollicité les tenanciers de *foodtrucks* actuellement sous contrat n'est pas de nature à l'affranchir de toute critique dès lors que, n'ayant reçu aucun aval judiciaire pour ce faire, elle a violé l'ordonnance de mesure superprovisionnelle. Une telle violation serait d'autant plus grave s'il s'avérait que des contrats avaient été conclus avec des tenanciers qui n'avaient, avant la procédure d'appel d'offres, aucune relation contractuelle avec le pouvoir adjudicateur, ce qui doit être éclairci.

S'agissant de la recevabilité de son recours, la recourante fait valoir en substance qu'elle a qualité pour recourir dès lors qu'elle était un soumissionnaire potentiel qui était en droit, avant même de participer formellement à la procédure, de contester le contenu de l'appel d'offres par un recours. Or, cette voie de droit était en l'occurrence inexistante compte tenu d'une disposition contraire au droit figurant dans les documents d'appel d'offres. Rectifier cette illégalité a été de nature à faire renaître ses droits en tant que soumissionnaire potentiel ; peu importe qu'elle ait participé formellement à la procédure puisque c'est contre l'appel d'offres

et les documents d'appel d'offres qu'un recours pouvait et allait être déposé.

I.

Invité à se prononcer sur les déterminations de la recourante relatives aux avenants conclus avec certains propriétaires de *foodtrucks*, le pouvoir adjudicateur a indiqué par courrier du 10 décembre 2021 que les avenants en cause ont été conclus exclusivement avec tous les *foodtrucks* étant actuellement sous contrat ; il n'a passé aucun nouveau contrat dans le domaine des *foodtrucks*. Les avenants concernent des contrats existants de droit privé et n'ont donc aucun lien avec la procédure d'appel d'offres, laquelle relève du droit public. Le pouvoir adjudicateur n'aurait ainsi pas violé l'ordonnance de mesure superprovisionnelle.

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

Droit :

1.

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours notamment contre les appels d'offres dans le domaine de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1 ; art. 53 al. 1 let. a en lien avec art. 52 al. 1 LMP).

2.

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1 ; arrêt du TAF B-6177/2008 du 25 novembre 2008 consid. 2.1, non publié aux ATAF 2008/61).

2.1 La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la LMP et la LTAF n'en disposent pas autrement (cf. art. 55 LMP et art. 37 LTAF).

2.2

2.2.1 Selon l'art. 48 al. 1 PA, a qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Un tel intérêt existe lorsque la situation juridique ou de fait est

susceptible d'être influencée par l'issue de la procédure. L'intérêt digne de protection consiste ainsi en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant en lui procurant un avantage concret, de nature économique, matérielle, idéale ou autre, ou en lui évitant de subir un tel préjudice que la décision attaquée lui occasionnerait (cf. ATF 138 II 162 consid. 2.1.2, 137 II 40 consid. 2.3, 133 II 468 consid. 1). Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt de la loi ou d'un tiers est en revanche irrecevable (cf. ATF 121 II 39 consid. 2c/aa *in fine*). Il incombe par ailleurs au recourant d'établir les faits qu'il considère comme propres à fonder sa qualité pour agir lorsqu'ils ne ressortent pas à l'évidence de la décision attaquée ou du dossier de la cause (cf. ATF 133 II 400 consid. 2, 133 II 249 consid. 1.1, 122 II 97 consid. 3 et 120 Ib 431 consid. 1).

2.2.2 L'intérêt digne de protection du soumissionnaire évincé est notamment reconnu lorsque celui-ci disposerait, en cas d'admission de son recours, d'une réelle chance d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ; arrêt du TAF B-1511/2020 du 9 juin 2020 consid. 3.2). Le Tribunal fédéral a toutefois précisé qu'en cas de recours contre un appel d'offres, les chances de voir son offre retenue ne jouent aucun rôle lors de l'examen de la qualité pour recourir d'une partie. Il suffit, dans de tels cas, que celle-ci soit un soumissionnaire potentiel pour le marché en cause et qu'elle ait conclu respectivement à la mise en œuvre d'une nouvelle procédure ou à la constatation de l'illicéité de l'appel d'offres entrepris (cf. arrêt du TF 2C_563/2016 du 30 décembre 2016 consid. 1.3.2 et réf. cit. ; arrêt du TAF B-2570/2017 du 20 juillet 2017 consid. 2.2).

2.3 En l'espèce, l'appel d'offres du 27 avril 2021 – qui indiquait que le marché n'était pas soumis aux accords internationaux et ne mentionnait aucune indication des voies de recours – était accompagné d'un cahier des charges, lequel précisait expressément, sous ch. 6.12, que « aucun recours ne sera possible dans le cadre du présent appel d'offres ». Par courriel du 21 septembre 2021, le pouvoir adjudicateur a indiqué, à titre rectificatif, à la recourante notamment, que ledit appel d'offres était soumis aux accords internationaux et, partant, ses décisions susceptibles de recours.

2.4 La recourante, qui a déposé un recours à la suite de la communication du 21 septembre 2021, conclut à l'annulation, respectivement l'interruption, de la procédure d'appel d'offres ainsi qu'à la constatation de la nullité de toutes les décisions y relatives prises par le pouvoir adjudicateur.

2.4.1 Se prononçant sur la recevabilité de son recours, la recourante a indiqué s'être trouvée démunie face à un appel d'offres qui semblait avoir été taillé sur mesure pour quelques prestataires seulement. Outre des exigences démesurées en relation avec la qualité et la provenance des denrées, le pourcentage de la redevance et des critères discriminatoires, le cahier des charges imposait qu'un seul intermédiaire représente et gère tous les *foodtrucks* du site de l'EPFL, ce qui, au vu des circonstances, s'avère impossible à réaliser. Dans l'impossibilité de recourir contre l'appel d'offres et le cahier des charges, la recourante indique avoir donc à l'époque renoncé à soumissionner. Le ch. 6.12 du cahier des charges a ainsi contribué à la priver de participer à la procédure et donc d'exercer son droit de recours notamment contre l'appel d'offres, ce que, selon ses dires, elle aurait assurément fait puisque, dans ses contours, celui-ci était critiquable et contestable. Elle prétend donc disposer d'un intérêt digne de protection à se retrouver dans la situation d'un soumissionnaire potentiel, au bénéfice d'un droit de recours contre l'appel d'offres, ce qui doit conduire à l'annulation ou l'interruption de la procédure. Elle ajoute que son intérêt à participer à la procédure d'appel d'offres est d'autant plus grand qu'elle est, depuis le (...), prestataire de l'EPFL et ce, jusqu'au (...).

2.4.2 Le pouvoir adjudicateur soutient que la recourante n'a notamment pas qualité pour recourir en tant qu'elle n'a soumis aucune offre et n'a nullement été privée de le faire.

2.5

2.5.1 La notification irrégulière d'une décision ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (cf. art. 38 PA). Une décision qui n'indique pas les voies de recours n'est en principe pas nulle ; il convient bien plutôt de considérer la protection juridique comme assurée dès le moment où une notification objectivement irrégulière atteint son but malgré l'irrégularité ; c'est pourquoi il faut, d'après les circonstances concrètes du cas d'espèce, examiner si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la notification et a, de ce fait, subi un préjudice. A cet égard, il y a lieu de s'en tenir aux règles de la bonne foi qui imposent une limite à l'invocation d'un vice de forme. Selon la jurisprudence, la notification irrégulière d'une décision, notamment celle qui ne comporte pas d'indication des voies de droit, n'a pas pour effet d'empêcher indéfiniment le délai de recours de courir. Le délai de recours s'écoule au plus tard depuis le jour où l'intéressé est en possession de tous les éléments qui sont nécessaires à la défense de ses droits (cf. arrêts du TF 9C_646/2017 du 9 mars 2018 consid. 4.2, 1C_443/2014 du 9 janvier 2015 consid. 2.4,

5A_120/2012 du 21 juin 2012 consid. 4.1 et I 357/06 du 14 novembre 2007 consid. 6.2 et réf. cit.).

2.5.2 La jurisprudence rendue en lien avec la notification irrégulière d'une décision peut être reprise telle quelle en cas de publication irrégulière d'un appel d'offres s'agissant de l'indication des voies de droit (cf. art. 35 let. v et 53 al. 1 let. a LMP), ce d'autant plus qu'en matière de marchés publics, le principe de célérité tend à favoriser la guérison des vices formels (cf. concernant un défaut de motivation de l'acte attaqué : décision incidente du TAF B-1606/2020 du 11 juin 2020 consid. 5.4 et réf. cit.). Il s'ensuit qu'en indiquant que les décisions prises par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure d'appel d'offres étaient sujettes à recours, la décision du 21 septembre 2021 a implicitement fait courir un (nouveau) délai de recours contre l'appel d'offres et ainsi réparé le vice formel dont celui-ci était entaché. Aussi, en déposant un recours devant le tribunal de céans dans le délai de 20 jours à compter de celle-ci, la recourante n'a subi aucun préjudice imputable à la notification irrégulière de l'appel d'offres.

L'appel d'offres du 27 avril 2021 n'est ainsi pas nul mais annulable.

2.6 S'agissant de la qualité pour recourir de la recourante, il y a tout d'abord lieu de préciser que, contrairement à ce qu'avance le pouvoir adjudicateur, celle-ci n'était pas tenue de déposer une offre ; sa qualité de soumissionnaire potentiel suffit en principe (cf. consid. 2.2.2 ci-dessus). Le vice frappant l'appel d'offres ayant été guéri par la notification du 21 septembre 2021, il lui appartenait toutefois, dans le cadre de la présente procédure de recours, de faire valoir des griefs matériels contre celui-ci et d'exposer concrètement en quoi il devait être modifié. Or, les griefs soulevés par la recourante à l'encontre de l'appel d'offres sont en l'espèce bien trop généraux pour que le tribunal puisse l'annuler et renvoyer le dossier au pouvoir adjudicateur avec des instructions impératives pour qu'il reprenne la procédure *ab ovo* et procède à un nouvel appel d'offres (cf. art. 58 al. 1 LMP et art. 61 al. 1 PA). Les griefs invoqués par la recourante servent en effet uniquement à démontrer l'intention de celle-ci d'attaquer l'appel d'offres une fois que la procédure aura été reprise *ab ovo*. Or, la recourante n'a nullement besoin d'une nouvelle procédure et d'une nouvelle publication de l'appel d'offres pour ce faire. Elle dispose en effet, dans le cadre de la présente procédure de recours, de la possibilité de contester l'appel d'offres. Aussi, elle ne saurait, dans ces circonstances, se prévaloir d'un intérêt digne de protection à bénéficier d'un droit de recours contre celui-ci (cf. dans le même sens : arrêts du TF 5D_134/2010 du 3 décembre 2010 consid. 2 et 5A_973/2014 du 9 décembre 2014).

Le tribunal – qui ne dispose en l'espèce d'aucun motif concret pour annuler l'appel d'offres – ne voit dès lors pas quel est l'intérêt de la recourante à l'admission de son recours, à savoir l'annulation, respectivement l'interruption, de la procédure d'appel d'offres. Il est par ailleurs précisé que, l'irrégularité entachant l'appel d'offres ayant été réparée, la recourante n'a aucun intérêt à l'admission de son recours pour ce seul motif. En effet, dans une telle constellation, le tribunal ne saurait n'avoir le choix qu'entre l'annulation de l'appel d'offres ou son renvoi avec invitation à le parfaire alors que le vice l'affectant n'aurait eu aucune incidence sur les droits de la partie qui s'en prévaut (cf. arrêt du TF 4A_85/2007 du 11 juin 2007 consid. 5).

2.7 Il suit de là que, la recourante ne justifiant pas d'un intérêt digne de protection à l'admission de son recours au sens de l'art. 48 al. 1 let. c PA, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur celui-ci.

3.

A supposer qu'il y eût lieu d'interpréter les conclusions de la recourante dans le sens d'une constatation de la nullité de l'appel d'offres, laquelle peut intervenir en tout temps et d'office par toutes les autorités saisies (cf. ATF 127 II 32 consid. 3g ; arrêt du TAF B-203/2019 du 11 juin 2019 consid. 4), le recours devrait dans tous les cas être rejeté (cf. consid. 2.5 ci-dessus).

4.

Compte tenu de l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant la question de l'éventuelle violation par le pouvoir adjudicateur de l'ordonnance de mesure superprovisionnelle du 13 octobre 2021.

5.

Le délai fixé à la recourante, par décision incidente du 26 novembre 2021, jusqu'au 17 décembre 2021 pour déposer sa réplique est caduque.

6.

Le présent arrêt rend sans objet la requête d'octroi de l'effet suspensif.

7.

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (cf. art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de

procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF).

En l'espèce, il y a lieu de fixer les frais de procédure à 3'000 francs et de les mettre à la charge de la recourante. Ceux-ci sont compensés par l'avance de frais, du même montant, acquittée par celle-ci le 20 octobre 2021.

8.

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF).

Sur le vu de l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est irrecevable.

2.

La requête d'octroi de l'effet suspensif est sans objet et le délai imparti à la recourante pour répliquer est caduque.

3.

Les frais de procédure, d'un montant de 3'000 francs, sont mis à la charge de la recourante. Ceux-ci sont compensés par l'avance de frais, du même montant, déjà perçue.

4.

Il n'est pas alloué de dépens.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (par courriel et par acte judiciaire ; annexe : copie des déterminations du pouvoir adjudicateur du 10 décembre 2021)
- au pouvoir adjudicateur (n° de réf. SIMAP – ID du projet 220242 ; par courriel et par acte judiciaire)

Le président du collège :

La greffière :

Pascal Richard

Muriel Tissot

Indication des voies de droit :

Pour autant qu'elle soulève une question de principe (cf. art. 83 let. f ch. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110] *a contrario*), la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification. Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 13 décembre 2021