



CRM 2005-003

Président: André Moser  
Greffière: Anne Tissot Benedetto

## **Décision incidente du 17 mars 2005**

en la cause

**X**, recourante,

contre

**L'Ecole polytechnique fédérale de Zurich (EPFZ)**, Swiss National Centre for Supercomputing CSCS, Galleria 2, via Cantonale, 6928 Manno, représentée par Me D, avocat, ...

concernant

marché de fournitures ; adjudication en procédure ouverte  
effet suspensif ; consultation du dossier

---

### **I. En fait :**

A.– Le (...), l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich (EPFZ) publia dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, concernant l'acquisition d'un système informatique de calcul pour la recherche et l'enseignement supérieur (« High-Performance Computing Cluster » selon l'appel d'offres, pièce n° 2 produite par X) dans le cadre d'un projet, appelé « C », mené par l'établissement de recherche « Swiss National Centre for Supercomputing CSCS » (ci-après : CSCS). En date du 11 octobre 2004, soit dans le délai imparti à cet effet, X déposa une offre. Par décision du 14 décembre 2004, publiée dans la FOSC du (...), l'EPFZ – CSCS adjugea le marché à la société A, ayant son siège aux Etats-Unis, par sa succursale, B, ... (ci-après : l'adjudicataire).

B.– Par mémoire du 24 janvier 2005, X (ci-après : la recourante) a formé recours contre la décision d'adjudication auprès de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (ci-après : la Commission de recours ou de céans). La recourante y allègue une violation de l'art. 21 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1) en ce sens que l'adjudicataire ne remplirait pas l'ensemble des critères impératifs d'adjudication ressortant de l'appel d'offres. Elle fait également valoir à ce titre une violation du pouvoir d'appréciation de la part de l'autorité adjudicatrice, en raison notamment du fait qu'elle aurait dû tenir compte, dans son évaluation, de cette circonstance. La recourante conclut principalement à l'adjudication en sa faveur du marché en cause, subsidiairement à l'annulation de la décision entreprise et, plus subsidiairement encore, pour le cas où le contrat aurait déjà été conclu avec l'adjudicataire, à la constatation que la décision attaquée viole le droit fédéral. Enfin, à titre de mesures provisionnelles, la recourante sollicite que l'effet suspensif soit accordé à son recours, de même que la possibilité lui soit donnée de consulter partiellement le dossier de la procédure de passation, limitant sa demande aux rapports d'évaluation des offres. Elle requiert en outre l'audition en qualité de témoins des personnes ayant établi lesdits rapports d'évaluation, ainsi que la faculté de déposer un mémoire ampliatif.

C.– Par courrier du 26 janvier 2005, le Président de la Commission de recours a notamment ordonné à titre superprovisoire qu'aucune mesure d'exécution ne soit entreprise jusqu'à droit connu sur la requête d'effet suspensif.

D.– Par réponse déposée dans le délai imparti à cet effet, l'adjudicataire a conclu au rejet pur et simple des requêtes provisionnelles de la recourante. Il s'est notamment opposé formellement à l'octroi de l'effet suspensif, estimant, d'une part, que le recours déposé était manifestement mal fondé et, d'autre part, que la pesée des intérêts devait nécessairement s'effectuer en sa faveur. Il refuse également toute consultation de son offre par la recourante, de même que tout ou partie du rapport d'évaluation établi par l'EPFZ – CSCS concernant son offre, dans la mesure où il contient des informations commerciales confidentielles protégées par le secret des affaires. L'EPFZ – CSCS s'est également opposée à l'octroi de l'effet suspensif, par réponse du 7 février 2005, au motif que le recours serait manifestement dépourvu de chances de succès et que l'intérêt public à une réalisation rapide du marché primerait sur l'intérêt privé de la recourante compte tenu notamment d'une situation d'urgence ne pouvant lui être imputée. Dite autorité s'oppose enfin à l'octroi d'un délai de réplique compte tenu de l'urgence que présente l'exécution immédiate du marché. En ce qui concerne la consultation du dossier de passation du marché, l'EPFZ – CSCS ne s'y oppose que partiellement, en ce sens qu'il entend protéger la confidentialité des offres déposées à ce jour. Il accepte ainsi la consultation partielle du seul rapport d'évaluation établi le 9 décembre 2004 par le CSCS dûment épuré. La recourante n'a ainsi eu accès qu'aux données la concernant.

La recourante a déposé une réplique concernant la seule demande d'effet suspensif et de mesures d'instruction par acte du 23 février 2005. Dans le délai imparti à cet effet, l'adjudicataire a déposé également ses déterminations sur cette question par duplique du 9 mars 2005. L'EPFZ a, quant à elle, déposé de plus amples observations par duplique du 10 mars 2005.

Les autres faits sont repris, en tant que de besoin, dans les considérants « En droit » de la présente décision.

## **II. En droit :**

1.– a) Le marché en cause porte sur l'acquisition de systèmes informatiques dans le cadre de l'extension de l'infrastructure mise à disposition de divers groupes scientifiques suisses, en particulier dans les domaines de travail des EPF et des universités suisses (projet « C » mené par le CSCS). Il doit être considéré comme un marché clairement assujéti à la LMP, dans la mesure où il s'agit d'un marché de fournitures au sens de l'art. 5 al. 1 let. a LMP, passé par le CSCS, établissement de recherche autonome de l'EPFZ (art. 2 al. 1 let. c LMP), dont la valeur estimée dépasse nettement la valeur seuil pour ce type de marché vu la moyenne des deux offres en possession de la Commission de céans (art. 6 al. 1 let. a LMP). En conséquence, la Commission de céans est compétente pour statuer sur le présent recours et donc également pour statuer sur les requêtes d'effet suspensif et de consultation des pièces (art. 27 et 28 LMP).

b) Selon l'art. 48 let. a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021), auquel renvoie l'art. 26 al. 1 LMP, la qualité pour recourir appartient à quiconque est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. En outre, le droit de recourir présuppose la capacité d'être partie et d'ester en justice. En matière de marchés publics, le soumissionnaire évincé est destinataire de la décision d'adjudication attaquée et se trouve être directement touché par celle-ci, de sorte que sa qualité pour agir doit être admise (ATF 125 II 95 consid. 4 concernant la qualité pour agir en cas de recours de droit public ; ATF 123 V 115 consid. 5a ; décisions de la Commission de recours du 22 janvier 2001, in Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 65.78 consid. 1b/aa et du 16 août 1999, in JAAC 64.29 consid. 1b ; André Moser, in Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, ch. 2.23 et 2.26 ; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich 2003, ch. 637 ; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, p. 524 à 527 ; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 1998, ch. 535 à 546, 555 ; Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Berne 1997, p. 117 à 121 ; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 1983, p. 181 s.). La Commission de céans a notamment eu l'occasion de préciser que la qualité pour agir était, en principe, indépendante des possibilités concrètes pour le recourant d'obtenir l'adjudication. En effet, le soumissionnaire évincé doit être légitimé à demander à la Commission de recours non seulement l'adjudication en sa faveur, mais également le renvoi de l'affaire au pouvoir adjudicateur avec des instructions impératives (cf. notamment décisions de la Commission de céans du 8 janvier 2004, in JAAC 68.66 consid. 1e/cc et du 6 mars 2003, in JAAC 67.67 consid. 1c). Il peut également requérir la simple constatation de la violation du droit

fédéral aux termes de l'art. 32 al. 2 LMP, préalable essentiel à toute demande en dommages et intérêts (Clerc, op. cit., p. 525).

En l'occurrence, la recourante est, en tant que soumissionnaire évincée, clairement destinataire de la décision d'adjudication attaquée et doit dès lors être considérée comme ayant qualité pour agir. Le fait invoqué par l'EPFZ – CSCS, selon lequel la recourante ne remplirait pas l'entier des critères impératifs d'adjudication et aurait de ce fait été exclue de la procédure de passation, devra être déterminé dans le cadre de l'examen au fond du recours, ce d'autant plus que la recourante fait valoir à l'encontre de la décision d'adjudication des griefs similaires s'agissant de l'offre de l'adjudicataire. Cette seule circonstance, pour autant qu'elle soit avérée, n'est en tous les cas pas suffisante pour considérer que la recourante n'a pas qualité pour agir dans la présente cause.

c) Enfin, déposé dans le délai légal de recours de vingt jours au sens de l'art. 30 LMP et respectant les exigences posées par l'art. 52 PA quant à sa forme et son contenu, le présent recours est recevable. Il convient dès lors d'entrer en matière sur la question de l'effet suspensif, ainsi que sur les mesures d'instruction requises par la recourante notamment quant à la consultation du dossier.

2.– a) aa) Contrairement à l'art. 55 al. 1 PA, l'art. 28 al. 1 LMP prévoit que le recours en matière de marchés publics n'a pas d'effet suspensif automatique. Toutefois, la Commission de recours peut, sur requête, accorder un tel effet suspensif (art. 28 al. 2 LMP). La LMP n'indiquant pas les critères à prendre en compte dans ce cadre, il convient de se référer à la jurisprudence et la doctrine relatives à l'art. 55 al. 1 PA. Il convient ainsi d'apprécier l'apparence de bien-fondé du recours, l'urgence résultant d'un risque de dommage irréparable et la pondération des différents intérêts en jeu. Cette pondération des intérêts doit permettre de vérifier si les raisons qui parlent en faveur d'une exécution immédiate de la décision l'emportent sur celles commandant un maintien en l'état de la situation antérieure à la décision jusqu'à droit connu. Il faut prendre en compte les intérêts du recourant, l'intérêt public invoqué par le pouvoir adjudicateur, d'autres intérêts publics éventuels, ainsi que les intérêts privés de tiers intéressés, notamment des autres participants au processus de passation du marché. Eu égard à la nature de la décision, prise dans le cadre de mesures provisionnelles, la pesée des intérêts ne peut se faire que de manière sommaire, sur la base d'un examen *prima facie* des pièces du dossier (ATF 117 V 191 consid. 2b, 110 V 45 consid. 5b, 106 Ib 116 consid. 2a, 105 V 268 consid. 2, 99 Ib 220 consid. 5 ; décisions de la Commission de recours du 4 mai 2004, in JAAC 68.89 consid. 2a et du 26 mars 1997, in JAAC 61.77 consid. 3a ; Moser, op. cit., ch. 3.19 s. ; Clerc, op. cit., p. 542 à 547 ; Galli/Moser/Lang, op. cit., ch. 658 ; Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, in Revue de droit suisse [RDS] 1997 II p. 322 à 351 ; Kölz/Häner, op. cit., ch. 647 à 652 ; Zimmerli/Kälin/Kiener, op. cit., p. 138-141 ; Gerold Steinmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren, in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 1993 p. 149 s.). La réglementation spéciale de l'art. 28 LMP implique uniquement que le

législateur a voulu écarter un effet suspensif automatique du recours dans les litiges en matière de marchés publics et qu'il a considéré que la Commission de recours devait procéder dans chaque cas à une pondération des intérêts en cause (Message 2 GATT, FF 1994 IV 1236 et 1238). Cela ne signifie toutefois pas que l'effet suspensif ne peut être ordonné que de manière exceptionnelle. L'on ne saurait non plus en déduire que le législateur a voulu que la Commission de recours accorde un poids systématiquement prépondérant à l'intérêt invoqué par le pouvoir adjudicateur à la passation ininterrompue du marché, ni que le recourant doit invoquer des raisons particulièrement prépondérantes pour obtenir l'effet suspensif (décisions de la Commission de recours du 30 août 2000, in JAAC 65.12 consid. 2a, du 15 juillet 1997, in JAAC 62.32 consid. 3b et du 26 mars 1997, in JAAC 61.77 consid. 3d ; Clerc, op. cit., p. 545).

bb) Dans le cadre de l'examen de la requête d'effet suspensif, la jurisprudence prescrit un examen *prima facie* de l'apparence du bien-fondé du recours. Celui-ci a pour but de refuser l'effet suspensif aux recours manifestement dépourvus de chance de succès. Il faut que le résultat ne fasse aucun doute (« eindeutig »). Inversement, un diagnostic positif prépondérant ne suffit pas d'emblée à justifier l'octroi d'une mesure provisoire. Lorsque le recours ne semble à première vue ni manifestement mal fondé, ni manifestement bien fondé, il convient de constater et de pondérer le risque de préjudice (ATF 110 V 45 consid. 5b ; décision de la Commission de recours du 26 mars 1997, in JAAC 61.77 consid. 3c ; JAAC 55.1 consid. 3 ; Häner, op. cit., p. 323 à 332 ; Blaise Knapp, Précis de droit administratif, 4<sup>e</sup> éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, ch. 2079, p. 430 ; Kölz/Häner, op. cit., ch. 650 ; Attilio R. Gadola, Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, in Pratique juridique actuelle [PJA] 1996 p. 972). En d'autres termes, dès lors que l'appréciation des chances de succès du recours ne conduit pas à un résultat sans équivoque, ces chances n'entrent pas en considération dans la pesée des intérêts en présence (ATF 110 V 45 consid. 5b, 106 Ib 116 consid. 2a ; JAAC 62.8 ; Kölz/Häner, op. cit., ch. 650). Dans ces circonstances, le sort de la requête d'effet suspensif dépend de la balance des intérêts publics et privés en jeu et de l'application du principe de proportionnalité, lequel joue un rôle particulièrement important dans le cadre de la protection juridictionnelle provisoire (Moser, op. cit., ch. 3.22 ; Galli/Moser/Lang, op. cit., ch. 659 ; Häner, op. cit., p. 343 à 351).

b) Tant l'EPFZ que l'adjudicataire estiment que le recours est à ce point mal fondé qu'il se justifie déjà pour ce motif de rejeter la requête d'effet suspensif.

Il convient de rappeler, à titre liminaire, que la Commission de céans ne peut examiner dans le cadre d'un recours portant sur des marchés publics que deux moyens, l'un ressortant de la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice, et le second résultant de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 49 let. a ou b PA vu l'art. 31 LMP). Aussi la Commission de céans ne peut-elle entrer en matière sur le grief de l'inopportunité, soit sur les questions concernant l'exercice par l'autorité de son pouvoir discrétionnaire (Clerc, op. cit. p. 536 s.). Pour cette raison, la Commission de céans doit faire preuve de retenue dans le cadre de l'examen de l'appréciation faite par le pouvoir adjudicateur au stade de l'application des critères d'adjudication et du choix de l'offre

économiquement la plus avantageuse, même s'il s'agit en partie de question de faits (choix des éléments pertinents) et de droit (pondération des éléments) (Clerc, op. cit., p. 537 et références citées), ceci notamment en raison du fait que la notion « d'offre la plus avantageuse économiquement » est une notion juridique imprécise. Ainsi, lorsque la Commission de recours se prononce sur l'interprétation donnée à une telle notion, elle doit laisser au pouvoir adjudicateur une latitude de jugement d'autant plus grande que le domaine d'application de la norme exige des connaissances techniques et que l'autorité intimée a confié l'analyse des offres à un bureau spécialisé (cf. notamment sur l'ensemble de ces points, décision de la Commission de céans du 29 juin 1998, in JAAC 63.15 consid. 3a). En conséquence, lorsqu'un recours met en cause une décision qui a pour objet l'interprétation et l'application de la notion d'offre la plus avantageuse économiquement, il ne suffit pas, pour que le recours soit fondé, que l'un ou l'autre des critères pris isolément ait été mal interprété ou mal appliqué ; il faut encore que le résultat, considéré dans son ensemble, soit en contradiction avec le sens de la norme ou constitue un usage abusif ou excessif du pouvoir d'appréciation (décision précitée, in JAAC 63.15 consid. 3a).

En l'espèce, hormis le grief portant sur la violation de l'art. 21 LMP, la recourante fait principalement valoir que l'autorité intimée aurait abusé de son pouvoir d'appréciation dans le cadre de l'évaluation des offres respectives, revenant essentiellement sur les notes attribuées aux soumissionnaires sur tel ou tel critère. Aussi, sur la base d'un seul examen *prima facie*, l'on peut avoir quelques doutes sur la recevabilité de ce seul grief portant principalement sur la manière de l'autorité intimée d'exercer son pouvoir d'appréciation. Il sied de relever que, même si un tel moyen était en soi recevable, la Commission de céans disposerait d'un pouvoir de cognition d'autant plus retreint que l'évaluation des produits concernés, savoir des systèmes informatiques complexes, a été effectuée, en l'espèce, par des personnes qualifiées appartenant à l'établissement de recherche du CSCS. Quant à l'argumentation portant sur le fait que le pouvoir adjudicateur a adjugé à tort le marché en cause à un soumissionnaire ne respectant pas l'ensemble des critères impératifs d'adjudication, il n'est pas certain que ce seul grief puisse en soi permettre à la recourante d'obtenir gain de cause, dans la mesure où il ressort également des écritures déposées à ce jour qu'elle n'aurait, de son côté, pas respecté l'entier des conditions pourtant impératives de l'appel d'offres.

En conclusion de ce qui précède, il n'est pas permis à la Commission de céans de se déterminer, après examen sommaire des pièces au dossier, de manière suffisamment précise sur les chances de succès de la présente procédure de recours. Il existe certes des indices allant plutôt dans le sens d'un rejet, à tout le moins s'agissant clairement de certains griefs d'opportunité que la recourante fait valoir. Certains doutes demeurent toutefois et ne peuvent être dissipés à ce stade. Il s'impose dès lors de procéder à une pesée des intérêts en présence.

c) aa) Le but des mesures provisoires est la garantie d'une protection juridictionnelle effective qui permette en particulier de préserver les possibilités commerciales du recourant. Le recourant a notamment intérêt à la non-exécution immédiate de la décision, lorsque, faute d'effet suspensif, la protection juridictionnelle deviendrait illusoire (Peter Saladin, *Das Verwaltungs-verfahrensrecht des Bundes*, Bâle/Stuttgart 1979, p. 206 ; Gygi, op. cit., p. 244 s. ; Steinmann,

op. cit., p. 149; Moser, op. cit. ch. 3.21). Inversement, il faut toutefois assurer que le but poursuivi par la décision puisse toujours être atteint et ne soit pas indûment repoussé du fait d'une longue procédure dotée de l'effet suspensif (décision de la Commission de recours du 26 mars 1997, in JAAC 61.77 consid. 3b ; Steinmann, op. cit., p. 149).

L'octroi de mesures provisoires joue un rôle central lorsque la décision attaquée est, comme dans le cas d'espèce, une adjudication du marché (art. 29 let. a LMP). En l'absence d'effet suspensif, le contrat peut être valablement conclu et exécuté, ce qui priverait définitivement la recourante de toute chance d'obtenir le marché, même si son recours était finalement jugé bien fondé. Elle serait ainsi renvoyée à faire valoir des dommages-intérêts plafonnés à la réparation des dépenses encourues en relation avec les procédures de passation et de recours aux termes des art. 32 al. 2 et 34 al. 2 LMP (décisions de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 4 mai 2004, in JAAC 68.89 consid. 2c/aa, du 30 août 2000, in JAAC 65.12 consid. 3a et du 15 juillet 1997, in JAAC 62.32 consid. 3e). Le risque de dommage irréparable est évident. En conséquence, la recourante a, en l'occurrence, un intérêt manifeste à l'octroi de l'effet suspensif, lequel est seul à même de préserver ses possibilités commerciales et de lui garantir une protection juridictionnelle effective.

bb) Comme on l'a vu, l'EPFZ – CSCS invoque, au titre d'intérêt public à une réalisation urgente du marché, l'intérêt du domaine scientifique suisse à effectuer et publier ses recherches au moyen des infrastructures données en Suisse par le seul CSCS. Elle explique notamment que les moyens informatiques, dont dispose encore aujourd'hui le CSCS, sont dépassés et ne permettraient plus à ce dernier, d'ici quelques mois, d'assurer l'état et la qualité de ses prestations à l'ensemble des utilisateurs qui en dépendent, soit l'ensemble des universités suisses, les deux écoles polytechniques fédérales, de même que d'autres centres suisses de recherches tels que Météo Suisse. Un retard dans la mise en place du nouveau programme informatique acquis par l'autorité intimée auprès de l'adjudicataire aurait aussi pour conséquence de mettre en péril la compétitivité et l'efficacité du CSCS, puisqu'il en résulterait des risques importants de défaillance des systèmes informatiques existants de même que des coûts d'entretien supplémentaires non négligeables. Ainsi, un retard dans la mise en œuvre du projet « C » aurait pour finalité de mettre en difficulté une grande partie de la communauté scientifique en Suisse, laquelle ne pourrait recouvrer auprès d'un autre établissement de recherche les mêmes services. Cela aurait également pour conséquence de retarder la mise en œuvre du second projet, appelé « E », lequel permettra de remplacer définitivement le système informatique NEC SX5 acquis par le CSCS en 2000.

La Commission de céans constate en l'occurrence que, contrairement à ce que prétend l'autorité intimée, elle a manifestement contribué à créer la situation d'urgence dans laquelle elle se trouve actuellement. En effet, elle aurait pu s'inquiéter du renouvellement de l'infrastructure du CSCS bien avant même d'atteindre le seuil critique lié à la durée de vie de quatre à cinq ans du matériel informatique en cause. Elle se devait surtout de tenir compte de manière raisonnable de l'hypothèse d'un recours dans la planification du marché et de ne pas créer elle-même une situation d'urgence qui rendrait illusoire toute demande d'effet suspensif. A cet égard, il découle

de la jurisprudence qu'en principe, l'urgence ne peut être valablement alléguée lorsqu'elle résulte de la seule planification temporelle choisie par le pouvoir adjudicateur (décisions de la Commission fédérale de recours du 30 août 2000, in JAAC 65.12 consid. 3b ; du 12 mai 1997, in JAAC 61.76 consid. 3e et du 26 mars 1997, in JAAC 61.77 consid. 3d). A sa décharge, l'on retiendra que le milieu informatique évolue à grande vitesse. Le projet étant en outre de grande envergure, il a nécessité la mise en place d'une organisation importante préalablement à la procédure proprement dite de mise en concours. Aussi, vu l'ensemble des circonstances de l'espèce et le risque important encouru par un grand nombre de chercheurs en Suisse, notamment auprès des écoles polytechniques fédérales, des universités suisses et de Météo Suisse, de se retrouver sans infrastructures suffisantes pour mener à bien leurs recherches et procéder aux publications nécessaires y relatives, s'impose-t-il pour la Commission de céans de ne pas aggraver le risque ainsi encouru en accordant l'effet suspensif. Au vu de l'intérêt public en cause et des circonstances de l'espèce, le seul fait que l'état d'urgence dans lequel se trouve l'autorité intimée puisse lui être partiellement imputable ne doit pas conduire à une application stricte du principe « *nemo auditur* » (cf. en ce sens décision incidente de la Commission de céans du 16 décembre 2003, en la cause G. SA [CRM 2003-025], consid. 2e/bb, résumée dans le Droit de la construction [DC], Cahier spécial, Colloque Marchés publics 2004, p. 85). Les risques de préjudice importants encourus par un grand nombre d'utilisateurs des infrastructures du CSCS – ces utilisateurs poursuivant en particulier un intérêt public évident de formation et de recherche scientifique – revêtent un caractère prépondérant au regard des intérêts de nature purement économique ou commerciale de la recourante.

dd) Il résulte ainsi d'un examen *prima facie*, basé sur l'état de faits tel qu'il ressort des pièces du dossier, que la pesée des intérêts doit être effectuée en faveur de l'autorité intimée. Il se justifie en conséquence de rejeter la requête d'effet suspensif.

3.– Cela étant, la recourante demande à consulter partie du dossier de passation du marché. Il convient de rappeler à cet égard que l'adjudicataire s'est opposé à la consultation de son offre au motif que celle-ci comporterait des secrets d'affaires. L'EPFZ s'est, quant à elle, opposée à la consultation des offres des deux soumissionnaires concernés pour les mêmes raisons – sous réserve d'un accord contraire des parties intéressées – tout en acceptant la consultation d'une partie du rapport d'évaluation établi par le CSCS le 9 décembre 2004. L'autorité intimée a ainsi remis à la recourante et à l'adjudicataire le rapport en question, en caviardant les informations et éléments concernant les offres des autres soumissionnaires (courrier du 10 février 2005, concernant les pièces n° IV et V du bordereau n° II pour le reste confidentiel). La recourante a par ce mode de faire pu prendre connaissance des éléments du rapport d'évaluation concernant sa propre offre.

a) aa) Le droit d'accès au dossier prévu aux art. 26 à 28 PA découle du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101). Il doit en principe être accordé et ne peut être refusé qu'exceptionnellement (ATF 117 Ib 494). Conformément à l'art. 26 al. 1 let. b PA, le recourant a



en principe le droit de consulter tous les actes sur lesquels se fonde la décision attaquée. Toutefois, un intérêt public ou privé prépondérant – et en particulier la confidentialité des informations fournies par les soumissionnaires dans le cadre d'un marché public – peut justifier une limitation du droit d'accès au dossier dans un cas d'espèce (art. XVIII para. 4 de l'Accord GATT/OMC sur les marchés publics du 15 avril 1994 [AMP ; RS 0.632.231.422] ; art. 8 al. 1 let. d et art. 23 al. 3 LMP ; art. 27 PA).

bb) Durant la procédure de passation d'un marché public, la confidentialité des offres est garantie, car ces offres incorporent un savoir-faire et des informations couverts par le secret des affaires des soumissionnaires (art. 8 al. 1 let. d et art. 23 al. 3 LMP). Le soumissionnaire évincé n'a alors droit qu'à la communication des éléments propres à justifier la décision d'adjudication, laquelle comporte une éviction implicite de son offre (art. 23 al. 2 LMP). Ces garanties seraient contournées si le seul dépôt d'un recours suffisait à conférer au soumissionnaire recourant un droit d'accès complet et automatique à l'ensemble du dossier de passation. Dans le cadre d'une procédure de recours, l'art. 27 al. 1 let. b et al. 2 PA permet de restreindre ou de refuser la consultation de certaines pièces lorsque des intérêts privés prépondérants exigent que le secret des affaires soit sauvegardé. Il en découle que le soumissionnaire recourant ne peut, en règle générale, consulter les offres des autres soumissionnaires et, en particulier, de l'adjudicataire, lorsque ceux-ci s'y opposent. La protection du secret s'étend aux documents internes du pouvoir adjudicateur relatifs à l'évaluation des offres, dans la mesure où cette évaluation révèle des informations sur les offres, informations elles-mêmes protégées par le secret des affaires. Il faut toutefois garantir que le soumissionnaire recourant puisse prendre connaissance – au moins indirectement – des pièces qui ont motivé et sont à la base de la décision attaquée. L'art. 28 PA prescrit qu'une pièce dont la consultation a été refusée ne peut être utilisée au désavantage d'une partie que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel pertinent et lui a donné l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves (décisions de la Commission de recours du 3 juillet 2003, in JAAC 68.89 consid. 3, du 16 novembre 2001, in JAAC 66.37 consid. 3a et du 17 février 1997, in JAAC 61.24 consid. 3a ; décision de la Commission de recours du 5 novembre 1998, en la cause A. [CRM 1998-012] ; Galli/Moser/Lang, op. cit., ch. 671 et 674). Le Tribunal fédéral a aussi jugé que la limitation du droit à l'accès au dossier dans les recours en matière de marchés publics est justifiée par la protection des intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires. Ces derniers ne peuvent avoir accès à des documents couverts par le secret des affaires. Cette limitation restreint les droits du soumissionnaire recourant, mais ne le laisse pas sans protection. Il peut exiger une motivation pour le rejet de son offre, motivation dont l'autorité de recours vérifiera la validité en se fondant sur une analyse complète des offres (arrêts non publiés du Tribunal fédéral du 9 décembre 2003, en la cause X. [2P.173/2003], consid. 2.5, du 20 février 2003, en la cause A. AG [2P.226/2002], consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral du 2 mars 2000, publié dans la Praxis des Bundesgerichts [Pra] 2000 p. 797 consid. 2 [résumé dans la Semaine judiciaire [SJ] 2000 p. 546 ss] ; ATF 115 V 303 consid. 2g/bb, 104 Ia 70 consid. 3b ; *contra* Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in ZBl 2003, p. 22 à 25).

En cas de recours, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de transmettre au juge l'intégralité du dossier de passation du marché (art. 5 al. 2 Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics et art. 1 let. a et b de l'Annexe V à l'Accord bilatéral précité ; cf. également art. XX para. 4 et art. XX para. 6 al. g AMP). C'est ensuite à l'autorité de recours qu'il appartient d'effectuer, selon les circonstances propres à chaque cas, la pondération prescrite à l'art. 27 PA entre le droit d'accès au dossier et la protection du secret des affaires (question laissée ouverte dans l'arrêt non publié du Tribunal fédéral du 21 janvier 2004, en la cause X. AG [2P.111/2003], consid. 4.1.2 ; Evelyne Clerc, art. 9 LMI, in Tercier/Bovet (éd.), Droit de la concurrence : loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce, Genève/Bâle 2002, ch. 52). Le recourant ne doit pouvoir prendre connaissance, directement ou indirectement, du contenu des offres et des documents internes du pouvoir adjudicateur que dans l'hypothèse où ceux-ci ont influencé et sont à la base de la décision attaquée. En outre, l'existence et l'étendue du droit d'accès au dossier en matière de marchés publics dépendent des motifs invoqués par le soumissionnaire évincé à l'appui de son recours. Ces éléments doivent être mis en balance avec la protection du secret des affaires des soumissionnaires et en particulier de l'adjudicataire.

cc) En l'espèce, la recourante, comme on l'a vu, fait valoir deux griefs principaux, l'un ressortant de l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée, sur lequel la Commission de céans ne devrait pouvoir se pencher qu'avec une grande retenue (consid. 2b ci-dessus), et le second en relation avec la violation par l'autorité intimée de l'art. 21 LMP, l'adjudicataire ne réalisant pas, selon ses allégations, deux des critères impératifs d'adjudication. Elle considère en effet que l'adjudicataire n'a pas rempli l'exigence portant sur le fait que X devait pouvoir être installé ou utilisé sur les nœuds de calcul ou de service sans que ceux-ci ne perdent des fonctionnalités, d'une part, et sur le fait que les nœuds de calcul doivent avoir un environnement run-time compatible avec la configuration des nœuds de login, d'autre part. Elle demande à cet égard la consultation des seuls rapports d'évaluation établis par le CSCS.

La recourante ne sollicitant pas, à juste titre, la consultation de l'offre de l'adjudicataire, celle-ci contenant manifestement des informations confidentielles devant être protégées par le secret d'affaires. Il sied en outre de relever que vu les griefs invoqués, seule la partie de l'offre concernant la réalisation du ch. 2.3.4 du document de l'appel d'offres aurait pu être mise en consultation auprès de la recourante. Il s'agirait toutefois pour l'adjudicataire de dévoiler partie des spécificités techniques du système informatique XT3 tel que proposé au CSCS, lesquelles sont clairement protégées par le secret d'affaires.

S'agissant du seul rapport d'évaluation établi par le CSCS le 9 décembre 2004, l'on constate que la recourante a pu en prendre connaissance partiellement, à tout le moins en tant qu'il porte sur l'évaluation de son offre. En ce qui concerne l'évaluation de l'offre de l'adjudicataire, il n'est pas utile d'en permettre la consultation en partie pour les mêmes raisons que précédemment invoquées, mais également en raison du fait que la recourante a pu accéder à l'essentiel des informations par le courrier responsif de l'autorité intimée du 12 janvier 2005. La recourante a ainsi eu accès de manière indirecte aux données pertinentes permettant de

comprendre l'évaluation effectuée par le CSCS tant de son offre que de l'offre de l'adjudicataire. Il ne se justifie dès lors pas de permettre une consultation intégrale du rapport en question, dans la mesure où les autres indications qu'il comporte concernent des secrets d'affaires de l'adjudicataire ou encore d'autres soumissionnaires.

Vu ce qui précède, il se justifie de refuser l'accès aux pièces requises, les informations essentielles à l'origine de la décision d'adjudication ayant déjà été transmises à la recourante par l'autorité intimée (courrier du 12 janvier 2005 et pièce n° IV du bordereau n° II de l'EPFZ du 7 février 2005).

b) A teneur de l'art. 53 PA, l'autorité de recours accorde au recourant qui l'a demandé dans un recours recevable à la forme un délai convenable pour compléter les motifs, si l'étendue exceptionnelle ou la difficulté particulière de l'affaire le commande. Il ressort toutefois de la jurisprudence et de la doctrine que cette disposition est appliquée avec retenue dans la pratique (JAAC 46.61 consid. 2a ; Kölz/Häner, op. cit., p. 218, n°610 ; Moser, op. cit., ch. 2.97), l'autorité préférant, en cas de nécessité, ordonner ultérieurement un second échange d'écritures entre les parties au sens de l'art. 57 al. 2 PA.

En l'espèce, vu ce qui précède, la Commission de céans estime plus opportun de donner la possibilité à la recourante de répliquer sur le fond aux observations déposées par les autres parties à la procédure, ceci en conformité de l'art. 57 al. 2 PA. Elle l'invite dès lors en ce sens dans un délai échéant le 15 avril 2005. Elle aura ainsi la possibilité de se déterminer, d'une part, sur les moyens développés par l'autorité intimée de même que par l'adjudicataire, et de développer d'éventuels éléments complémentaires, d'autre part, suite à la consultation partielle du rapport d'évaluation du 9 décembre 2004 du CSCS.

**Par ces motifs,**

le Président de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics,

**prononce:**

1. La requête d'effet suspensif est rejetée.
2. La demande de consultation des pièces du dossier est rejetée au sens des considérants.
3. La recourante a la faculté de se prononcer sur le mémoire-réponse de l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich – Swiss National Centre for Supercomputing, de même que sur le mémoire-réponse de l'adjudicataire dans un délai échéant le 15 avril 2005.
4. Il sera statué sur les frais et dépens dans la décision finale.
5. La présente décision est notifiée par écrit à la recourante, à l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich, Swiss National Centre for Supercomputing CSCS, ainsi qu'à l'adjudicataire.

Commission fédérale de recours en  
matière de marchés publics

Le président

La greffière

André Moser

Anne Tissot Benedetto