

# **BVGer B-1456/2022 vom 27. Juni 2022**

Bundesverwaltungsgericht, 2022-06-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-1456\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1456_2022)

FR: TAF B-1456/2022 du 27 juin 2022

IT: TAF B-1456/2022 del 27 giugno 2022

## **Regeste**

Marchés publics

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître des recours contre des décisions au sens de l'art. 53 al. 1 de la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1 ; cf. art. 52 al. 1 LMP). Il 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). 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).

### **E. 1.2**

En l'espèce, le recours formé par les recourantes est dirigé contre la lettre du 4 mars 2022 du pouvoir adjudicateur, dont la teneur est la suivante : « [...] Nous nous référons à l'offre et à la variante déposées par le consortium que vous pilotez [...]. Comme nous vous en avons récemment informé, la procédure d'évaluation doit prendre encore quelques semaines. Cela étant, dans le but de ne pas restreindre inutilement vos disponibilités pendant le reste de la phase d'évaluation, nous vous informons que l'offre et la variante précitées ne seront pas examinées plus avant. La présente ne constitue toutefois pas une décision. Comme tous les autres soumissionnaires, vous serez dûment renseigné au sujet de la décision d'adjudication qui sera rendue à la fin du processus d'évaluation [...] ».

#### **E. 1.2.1**

Selon les recourantes, dite lettre constituerait une décision incidente susceptible de recours au sens de l'art. 53 al. 1 let. h LMP, dès lors qu'elle renfermerait, matériellement et implicitement, une exclusion de la procédure d'évaluation des offres en cours. La mise à l'écart de leur offre de base et de leur variante de la procédure d'évaluation engagée équivaldrait, selon elles, de facto à une exclusion de la procédure d'adjudication. En effet, elles relèvent qu'à défaut d'être frappée d'une décision d'exclusion régulière, et à moins que ne soit applicable le régime prévu à l'art. 40 al. 2 LMP, l'offre d'un soumissionnaire qualifiée de recevable se doit d'être évaluée complètement. Aussi, toute exclusion, quel qu'en soit le mode, et, a fortiori, celle qui fait l'objet d'une communication séparée, c'est-à-dire avant le rendu de la décision d'adjudication, est susceptible d'être entreprise par un recours au vu de l'art. 53 al. 1 let. h LMP, sous peine que la contestation soit déclarée ultérieurement tardive. Elles ajoutent en outre que la voie d'un recours contre la décision d'adjudication n'ouvre qu'imparfaitement les griefs contre une décision d'exclusion de la procédure, le prononcé d'une décision d'exclusion formelle avec indication d'une motivation

spécifique quant aux raisons qui y ont conduit n'étant guère la règle. L'existence d'une voie de recours en fin de procédure, soit au stade de la contestation de la décision d'adjudication, ne suffit donc pas à garantir de manière satisfaisante la protection juridique en cas d'exclusion du soumissionnaire de la procédure.

### **E. 1.2.2**

Selon le pouvoir adjudicateur, la lettre du 4 mars 2022 ne constituerait pas une décision d'exclusion de la procédure selon l'art. 53 al. 1 let. h LMP, son libellé se limitant à indiquer qu'aucune analyse complémentaire de l'offre ne sera entreprise. Elle ne mentionnerait ainsi nullement que les recourantes tomberaient sous l'un des cas de figure cités à l'art. 44 al. 1 LMP permettant à l'adjudicateur d'exclure un soumissionnaire de la procédure de passation. Elle n'équivaudrait pas non plus à effectuer une évaluation par étapes (shortlisting) au sens de l'art. 40 al. 2 LMP. Dite lettre serait en effet une « lettre de parcage », laquelle n'est pas une décision au sens du droit des marchés publics ; le recours serait ainsi irrecevable.

## **E. 2**

Contrôle formel de la documentation des offres techniques ;

### **E. 2.1**

Selon l'art. 53 al. 1 LMP, « seules les décisions suivantes sont sujettes à recours : a. l'appel d'offres ; b. la décision concernant le choix des participants à la procédure sélective ; c. la décision d'inscrire un soumissionnaire sur une liste ou de l'en radier ; d. la décision concernant les demandes de récusation ; e. l'adjudication ; f. la révocation de l'adjudication ; g. l'interruption de la procédure ; h. l'exclusion de la procédure ; i. le prononcé d'une sanction ». « Pour le reste, les décisions rendues sur la base de la présente loi ne sont pas sujettes à recours » (art. 53 al. 5 LMP). Le Message du Conseil fédéral du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (FF 2017 1695) indique, en lien avec l'art. 53 al. 1 LMP, que « cet alinéa contient la liste exhaustive des objets de recours. Les autres décisions incidentes ne peuvent être attaquées individuellement, même si elles constituent un préjudice irréparable aux yeux du recourant » (p. 1824). Ceci étant, contrairement à ce qui était prévu dans l'ancien droit, la LMP contient désormais, à son art. 53 al. 1, un catalogue exhaustif des décisions attaquables, ce qui est en outre précisé à l'al. 5 de l'art. 53. Ainsi, toute autre décision, incidente ou matérielle, rendue dans le cadre de la procédure d'adjudication ne peut faire l'objet d'un recours indépendant et ce, même si elle constitue une décision au sens de l'art. 5 PA et, pour les décisions incidentes, serait, pour le soumissionnaire, susceptible de lui causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 46 al. 1 let. a PA. Le *numerus clausus* des actes attaquables contenu à l'art. 53 al. 1 LMP l'emporte ainsi sur les dispositions générales de la PA (cf. Martin Zobl, in : Hans Rudolf Trüb [édit.], *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht*, 2020, n. 4 p. 665 ad art. 53 LMP ; Hans Rudolf Trüb/Nathalie Clausen, *BöB-Kommentar*, in : Oesch/Weber/Zäch [édit.], *Wettbewerbsrecht II*, 2e éd. 2021, n. 1 p. 539 ad art. 53 LMP).

### **E. 2.2**

L'art. 44 al. 1 LMP énumère les cas dans lesquels le pouvoir adjudicateur peut notamment exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication. Le message y relatif précise que l'alinéa premier contient une liste exhaustive des faits pouvant conduire à une telle décision. Celle-ci peut, au choix du pouvoir adjudicateur, être notifiée personnellement au soumissionnaire concerné ou être contenue implicitement dans la décision d'adjudger le

marché à un autre soumissionnaire (cf. FF 2017 1695, spéc. 1806-1809). Ainsi, une exclusion du soumissionnaire peut être décidée lorsqu'il est constaté que celui-ci : « a. ne remplit pas ou plus les conditions de participation à la procédure d'adjudication ou a un comportement qui compromet la conformité de cette dernière aux dispositions légales ; b. remet une offre ou une demande de participation qui est entachée d'importants vices de forme ou qui s'écarte de manière importante des exigences fixées dans l'appel d'offres ; » ou encore a fait l'objet d'une condamnation entrée en force pour un délit commis au détriment de l'adjudicateur en cause ou pour un crime (let. c) ; fait l'objet d'une procédure de saisie ou de faillite (let. d) ; a enfreint les dispositions relatives à la lutte contre la corruption (let. e) ; refuse de se soumettre aux contrôles qui ont été ordonnés (let. f) ; ne paie pas les impôts ou les cotisations sociales exigibles (let. g) ; n'a pas exécuté correctement des marchés publics antérieurs ou s'est révélé d'une autre manière ne pas être un partenaire fiable (let. h) ; a participé à la préparation du marché, sans que le désavantage concurrentiel qui en découle pour les autres soumissionnaires puisse être compensé par des moyens appropriés (let. i) ; a fait l'objet, en vertu de l'art. 45, al. 1, d'une exclusion des futurs marchés publics entrée en force (let. j).

### **E. 2.2.1**

En l'occurrence, il ressort des documents d'appel d'offres (B2 Dispositions de l'appel d'offres, p. 66) que l'évaluation des offres conduisant à la décision d'adjudication se déroule par étapes, à savoir : 1. Ouverture des offres techniques ;

### **E. 2.2.2**

En l'espèce, les recourantes ont soumis une offre de base ainsi qu'une variante, lesquelles présentaient toutes deux, de manière séparée comme requis dans l'appel d'offres (ch. 1.4), une offre technique et une offre commerciale. Comme celles-ci le relèvent, le pouvoir adjudicateur a manifestement jugé recevables tant l'offre de base que la variante dès lors qu'il a procédé à l'évaluation de leurs composantes techniques d'abord puis financières ensuite, comme indiqué sous le ch. 5 précité, ce que celui-là ne conteste par ailleurs pas. Les recourantes n'ont donc pas été exclues de la procédure de passation au sens des let. a ou b de l'art. 44 al. 1 LMP, ce qu'elles ne soutiennent pas non plus. Elles ne font pas davantage valoir - et il ne ressort nullement de l'acte attaqué - qu'elles tomberaient sous l'un des autres cas de figure mentionnés à l'art. 44 LMP permettant au pouvoir adjudicateur d'exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication.

### **E. 2.2.3**

Le message relatif à l'art. 53 al. 1 LMP précise en outre que « l'exclusion de la procédure (let. h) comprend l'exclusion décidée lors de la réduction du nombre de soumissionnaires dans le cadre d'un dialogue ou d'une enchère électronique, pour autant qu'elle fasse l'objet d'une décision incidente notifiée séparément » (cf. FF 2017 1695, spéc. 1824).

#### **E. 2.2.3.1**

L'art. 24 LMP prévoit que, lors d'une procédure d'adjudication ouverte ou sélective portant sur un marché complexe, sur des prestations intellectuelles ou sur des prestations innovantes, l'adjudicateur peut engager avec les soumissionnaires un dialogue visant à concrétiser l'objet du marché ainsi qu'à développer et à fixer les solutions ou les procédés applicables. L'intention de mener un dialogue doit être mentionnée dans l'appel d'offres (al. 1). L'adjudicateur peut réduire le nombre de soumissionnaires participant au dialogue en fonction de critères objectifs et transparents (al. 4). Le message indique à cet égard que si,

durant la procédure, il apparaît qu'un soumissionnaire n'entre raisonnablement pas en ligne de compte pour l'adjudication, l'adjudicateur peut interrompre le dialogue avec lui. Le soumissionnaire concerné en est informé au moyen d'une décision sujette à recours qui peut lui être notifiée soit immédiatement, soit au moment de l'adjudication du marché (cf. FF 2017 1695, spéc. 1780).

#### **E. 2.2.3.2**

Le pouvoir adjudicateur a précisé dans ses écritures que la lettre déferée n'était pas une décision d'interruption d'un dialogue ; elle a été envoyée avant l'étape de la séance de clarification technico-financière (cf. pt 8 sous consid. 2.2.1 ci-dessus) pour des motifs d'économocité. Il relève par ailleurs que, dans les documents d'appel d'offres, rien n'indiquait qu'il était tenu d'inviter tous les soumissionnaires lors des séances de clarification technico-financière.

#### **E. 2.2.3.3**

En l'espèce, les recourantes ne prétendent ni ne démontrent que l'acte attaqué s'inscrirait dans le contexte d'une réduction du nombre de soumissionnaires participant à un dialogue au sens de l'art. 24 al. 4 LMP ou à une enchère électronique selon l'art. 23 al. 4 LMP (cf. sur ce dernier point, FF 2017 1695, spéc. 1777). Il n'est dans tous les cas nullement fait mention, dans l'appel d'offres, d'une quelconque intention du pouvoir adjudicateur de recourir à l'un ou l'autre de ces procédés, comme il en aurait été tenu le cas échéant (cf. art. 23 al. 1 et 24 al. 1 LMP). Au contraire, l'appel d'offres (ch. 3.13) exclut expressément la conduite d'un dialogue.

#### **E. 2.2.4**

Il suit de ce qui précède que, à défaut de tomber sous l'un des cas de figure prévus aux art. 23 al. 4, 24 al. 4 ou 44 LMP, le courrier du 4 mars 2022 ne constitue pas une décision d'exclusion de la procédure au sens de l'art. 53 al. 1 let. h LMP, susceptible de recours. Le point de vue des recourantes selon lequel toute exclusion de la procédure d'adjudication est sujette à recours selon l'art. 53 al. 1 let. h LMP ne saurait donc être suivi. Partant, dès lors que les recourantes n'ont pas été exclues de la procédure au sens de l'art. 53 al. 1 let. h LMP, elles ne sauraient valablement se plaindre de ce qu'un recours contre la décision d'adjudication ne garantisse pas de manière satisfaisante la protection juridique en cas d'exclusion d'un soumissionnaire de la procédure.

#### **E. 2.3**

Selon le pouvoir adjudicateur, l'acte querellé constituerait ainsi une lettre dite de parcage (Parkierungsschreiben), laquelle a pour but d'informer un soumissionnaire (en l'occurrence, les recourantes) qu'il n'a plus de chance réaliste de remporter le marché, ce qui permet à celui-là de diminuer sa charge financière ainsi que la mobilisation de ses équipes engendrées par sa participation à un marché public complexe. Une telle pratique est expressément mentionnée dans le message relatif à la révision totale de la LMP en lien avec l'art. 53 al. 1 LMP (« Objets du recours ») (cf. à ce sujet, sous l'empire de l'ancien droit, décision incidente du TAF B-4958/2013 du 23 octobre 2013 consid. 5.2 et 5.4). Celui-là indique ainsi que « la lettre par laquelle un soumissionnaire est informé que son offre ne sera pas examinée plus avant jusqu'à la décision d'adjudication, en particulier, ne peut donner lieu à un recours. La décision communiquée par cette lettre ne peut être attaquée qu'avec la décision finale, à savoir la décision d'adjudication » (cf. FF 2017 1695, spéc. 1824 ; cf. ég. Zobl, in : Trüeb, op. cit., n. 4 p. 665 ad art. 53 LMP ; Trüeb/Clausen, in :

Oesch/Weber/Zäch, op. cit., n. 1 p. 539 ad art. 53 LMP et, s'agissant du Message type relatif à la révision de l'AIMP du 15 novembre 2019, dont la teneur est sur ce point identique : Claudia Schneider Heusi, Vergaberecht - die Revision, in : PBG 2021/4, p. 15 ; Anton Henninger, in : Schweizerische Baurechtstagung 2015, p. 160).

### **E. 2.3.1**

Les recourantes relèvent que le procédé par lettre de parcage est manifestement apparu dans la pratique en réponse à un besoin d'une certaine simplification et rationalisation des procédures complexes, pour lesquelles l'examen et l'évaluation approfondis des offres exigent des moyens considérables. Pour pallier ce souci, et dans cette idée, « compte tenu du principe d'économicité », la réforme de la LMP a précisément introduit le procédé consacré à l'art. 40 al. 2 LMP. Aussi, les recourantes considèrent que la récente introduction dans la loi d'un procédé spécifique permettant au pouvoir adjudicateur précisément, lorsqu'il entend procéder ainsi, d'écarter un certain nombre d'offres au cours de la procédure d'évaluation conduit à devoir qualifier comme désormais non conforme et irrégulier un procédé par simple lettre de parcage.

### **E. 2.3.2**

L'art. 40 al. 2 LMP (« Evaluation des offres ») prévoit ce qui suit : « Lorsque l'examen et l'évaluation approfondis des offres exigent des moyens considérables et à condition de l'avoir annoncé dans l'appel d'offres, l'adjudicateur peut soumettre toutes les offres à un premier examen sur la base des documents remis et les classer. Il choisit ensuite si possible les trois offres les mieux classées et les soumet à un examen et à une évaluation détaillés. » Le message y relatif indique que, « selon la complexité des marchés, l'évaluation des offres peut requérir des moyens plus ou moins importants ». Aussi, « compte tenu du principe d'économicité, l'adjudicateur doit pouvoir écarter un certain nombre d'offres après avoir procédé à une première évaluation et ne soumettre que les offres restantes à un examen et à une évaluation plus détaillés. Les soumissionnaires dont les offres sont exclues à ce stade sont informés de cette décision, laquelle n'est pas attaquant en tant que telle. Par souci de transparence, il est recommandé d'annoncer dans l'appel d'offres le recours à cette procédure d'évaluation en deux temps et le nombre d'offres qui feront l'objet d'une évaluation approfondie » (cf. FF 2017 1695, spéc. 1800 ss).

### **E. 2.3.3**

En l'espèce, il n'est pas contesté que le pouvoir adjudicateur n'a pas procédé à un shortlisting au sens de l'art. 40 al. 2 LMP. Comme il l'indique lui-même, il n'a en effet pas annoncé dans l'appel d'offres avoir l'intention de recourir à une évaluation par étapes des offres soumises et n'a pas davantage observé les conditions d'application de celle-ci. Quoi qu'il en soit, même si l'acte attaqué constituait ou aurait dû constituer une décision au sens de dite norme, celle-là ne serait dans tous les cas pas sujette à recours, comme cela ressort du message et des considérants qui précèdent (cf. consid. 2.1 ss ci-dessus). Aussi, la question de la licéité du procédé d'évaluation des offres choisi par le pouvoir adjudicateur ne peut être examinée que dans le cadre d'un recours contre l'adjudication (cf. ég. Daniel Stucki, in : Trüb, op. cit., n. 37 p. 549 ad art. 40 LMP).

### **E. 2.4**

Il suit de ce qui précède que la lettre du 4 mars 2022 du pouvoir adjudicateur n'est pas une décision susceptible de faire l'objet d'un recours indépendant selon le droit des marchés publics. En conséquence, il ne peut être entré en matière sur le présent recours. 3. Le présent

arrêt rend sans objet la requête d'octroi de l'effet suspensif. 4. S'agissant de la requête d'accès au dossier formée par les recourantes, il y a lieu d'admettre, avec le pouvoir adjudicateur, que la question tranchée à l'issue de la présente procédure de recours est de nature purement juridique et non factuelle. Les recourantes disposaient de ce fait des informations nécessaires pour se déterminer valablement sur la recevabilité de leur recours et sont pour le reste suffisamment renseignées dans l'optique d'un éventuel recours contre le présent arrêt. Aussi, il n'y a en l'espèce pas lieu de faire droit à leur requête tendant à la production de documents permettant d'établir « l'état et le degré réalisé, au jour du dépôt du recours, dans le processus d'évaluation des offres » et spécialement par rapport à leurs soumissions. La requête d'accès au dossier est partant rejetée. 5. 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 (cf. art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF). Compte tenu de l'issue de la procédure, il y a lieu d'arrêter en l'espèce les frais judiciaires à 5'000 francs et de les mettre à la charge des recourantes qui succombent. Ceux-ci sont prélevés sur l'avance de frais de 50'000 francs acquittée le 14 avril 2022. Le solde de 45'000 francs leur sera restitué dès l'entrée en force du présent arrêt. 6. 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). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF). Sur le vu de l'issue de la procédure, les recourantes n'ont pas droit à des dépens. Bien qu'ayant obtenu gain de cause et étant représenté par des mandataires professionnels, le pouvoir adjudicateur n'a pas droit à des dépens dès lors qu'il est intervenu dans l'exercice d'une tâche de droit public (cf. art. 7 al. 3 FITAF ; cf. également art. 68 al. 3 LTF ; arrêt du TAF B-2262/2014 du 24 août 2015 consid. 8.2).

### **E. 3**

Analyse des offres techniques selon critères d'aptitude, d'exigences minimales et d'adjudication ;

### **E. 4**

Séance de rectification des offres techniques ;

### **E. 5**

Ouverture des offres commerciales - seulement si l'offre technique aura rempli les critères d'aptitude et les critères d'exigences minimales ;

### **E. 6**

Contrôle formel de la documentation des offres commerciales ;

### **E. 7**

Analyse des offres selon les critères d'adjudication (analyses techniques et commerciales) ;

### **E. 8**

Séance de clarification technico-financière.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.