

CH_VB JAAC 64.63 vom 9. Dezember 1999

Bundesverwaltung, 1999-12-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_64.63__

FR: CH_VB JAAC 64.63 du 9 décembre 1999

IT: CH_VB JAAC 64.63 del 9 dicembre 1999

Erwägungen

E. 1

- Le recours à la méthode du tirage au sort doit être exclu, sauf dans l'hypothèse exceptionnelle où il s'avérerait impossible de départager deux ou plusieurs candidats sur la base de leur degré d'aptitude (consid. 4d/dd). - Lorsque les faits sont entièrement élucidés et que la décision peut être prise directement, il se justifie, pour assurer une procédure de recours rapide et efficace, que la Commission de recours statue directement (consid. 5).
Öffentliches Beschaffungswesen. Verfahrenssprache. Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren bei einem Wettbewerb. - Frage offen gelassen, ob die Beschränkung auf die deutsche Sprache anlässlich des Wettbewerbsverfahrens zulässig ist. Unabhängig davon ist jedoch eine in der Ausschreibung ausgekündigte Sprachbeschränkung unverzüglich anzufechten, da die Ausschreibung des Auftrags eine Verfügung im Sinne von Art. 29 Bst. b BoeB darstellt (E. 3). - Bestätigung der Rechtsprechung, wonach eine ungerechtfertigte Beschränkung der Anzahl der Submittentinnen oder Submittenten, welche im Rahmen eines selektiven Verfahrens in der zweiten Phase zugelassen wurden, rechtswidrig ist. Vorliegend wird die Frage offen gelassen, ob eine maximale Anzahl von Kandidaten auszuwählen ist, die in jedem Fall genügend erscheint, um den wirksamen Wettbewerb in einem selektiven Verfahren zu gewährleisten (E. 4c). - Die Prüfung der Eignung muss in einer individuellen Art und Weise für jede Kandidatin oder jeden Kandidaten einzeln und auf Grundlage der veröffentlichten Selektionskriterien vorgenommen werden. Die Vergabebehörde hat die Nachvollziehbarkeit des Selektionsverfahrens zu garantieren, so dass die Rekursinstanz deren Ordnungsmässigkeit überprüfen kann (E. 4d/aa). - Auf Grund des ihr zustehenden Ermessensspielraums kann sich die Vergabebehörde für die Einzelheiten des Wettbewerbsablaufs zusätzlich auf die SIA-Norm 142 berufen. Sie kann jedoch dadurch die ihr vom Gesetz auferlegten Verpflichtungen nicht einschränken (E. 4d/bb). - Ein dem Üoeb und dem BoeB unterstelltes Wettbewerbsverfahren unterliegt weitergehenden Regeln als denjenigen, welche auf einen privaten Wettbewerb nach der SIA-Norm 142 Anwendung finden (E. 4d/cc). - Das Hilfsmittel der Losziehung ist auszuschliessen, vorbehaltlich der aussergewöhnlichen Annahme, dass es nicht möglich wäre, zwischen zwei oder mehr Kandidatinnen oder Kandidaten auf Grund ihres Eignungsgrades auszuwählen (E. 4d/dd). - Sofern der Sachverhalt vollständig abgeklärt ist und die Entscheidung unverzüglich getroffen werden kann, ist es zur Durchführung eines raschen und effizienten Beschwerdeverfahrens gerechtfertigt, dass die Rekurskommission direkt entscheidet (E. 5).

E. 2

Acquisti pubblici. Lingua della procedura. Scelta dei partecipanti alla procedura selettiva in un concorso. - Legalità dell'imposizione della lingua tedesca per la procedura di concorso? Questione lasciata aperta. Comunque, dato che il bando di concorso costituisce una decisione ai sensi dell'art. 29 lett. b LAPub, la limitazione linguistica che vi figura deve

essere impugnata immediatamente (consid. 3). - Conferma della giurisprudenza secondo cui una limitazione ingiustificata del numero di offerenti ammessi alla seconda fase nell'ambito di una procedura selettiva è illegale. Vi è un numero massimo di candidati che sarebbe in ogni caso sufficiente a garantire la concorrenza in una procedura selettiva? Nella fattispecie la questione è stata lasciata aperta (consid. 4c). - L'esame dell'idoneità deve essere effettuato in modo individuale per ogni candidato e sulla base dei criteri di selezione pubblicati. L'ente committente deve assicurare che la procedura di selezione scelta possa essere ricostruita, in modo che l'autorità di ricorso abbia la possibilità di verificarne la regolarità (consid. 4d/aa). - Tenuto conto del margine di libertà che gli spetta, l'ente committente può inoltre riferirsi al regolamento SIA 142 per i dettagli dello svolgimento del concorso, ma non può utilizzare tale strumento per limitare gli obblighi che sono imposti dalla legge (consid. 4d/bb). - Una procedura di concorso assoggettata all'AAP e alla LAPub deve rispettare esigenze che vanno oltre quelle applicabili ad un concorso privato esclusivamente basato sul regolamento SIA 142 (consid. 4d/cc). - Il ricorso al metodo dell'estrazione a sorte deve essere escluso, salvo nell'ipotesi eccezionale in cui dovesse risultare impossibile dare la preferenza ad uno dei candidati sulla base del loro grado di idoneità (consid. 4d/dd). - Se i fatti sono stati accertati in modo completo e la decisione può essere presa direttamente, è giustificato che la Commissione di ricorso statuisca direttamente, in modo da garantire una procedura ricorsuale rapida ed efficace (consid. 5).

A., B., C. Le 20 juillet 1999, le Groupement de l'armement (pouvoir adjudicateur) publia un appel à candidatures, dans le cadre d'un concours de projets proprement dit en procédure sélective. De plus, le règlement SIA 142 pour les concours d'architectes et d'ingénieurs était déclaré applicable à la procédure de passation du concours. L'appel à candidatures visait à choisir environ 15 groupes de projets appelés à participer à un concours pour la conception d'un projet d'adaptation et d'extension de l'infrastructure de l'aérodrome militaire de M. Parmi ces 15 groupes, 3 devaient être dirigés par un bureau d'architectes composé majoritairement de jeunes spécialistes

E. 3

de la branche (relève). Les participants étaient choisis par un jury dont la composition figurait dans l'appel à candidatures et dont les décisions étaient contraignantes pour le pouvoir adjudicateur. La langue du concours était l'allemand. Les critères de sélection des candidats dans la première phase du concours étaient la composition du groupe, la formation, la pratique, la qualité du projet et le dossier de candidature. Dans le délai imparti au 10 septembre 1999, 97 équipes ont déposé un dossier de candidature, dont le groupe composé de F. SA, C. SA, M. SA et P. & S. SA. D. Le 16 septembre 1999, le pouvoir adjudicateur adressa aux membres du jury une compilation des dossiers de candidature accompagnés d'une liste de contrôle en fonction des 5 critères de sélection mentionnés dans l'appel à candidatures. Le jury siégea durant toute la journée du 24 septembre 1999 pour apprécier les candidatures déposées. Le choix des candidatures eut lieu en quatre rondes successives et à l'unanimité. Durant le premier tour, 25 équipes de planification furent éliminées, notamment parce qu'elles ne remplissaient pas les critères d'aptitude publiés. Durant le 2ème tour, 35 équipes furent éliminées, en particulier celles qui ne remplissaient que de justesse les critères d'aptitude publiés. Le groupe composé de F. SA, C. SA, M. SA et P. & S. SA fut écarté dans ce 2ème tour. Dans un 3ème tour, le jury sélectionna les 8 équipes les mieux classées (désignées comme «top» selon les termes du jury), c'est-à-dire celles qui remplissaient entièrement les critères d'aptitude et de la meilleure façon par rapport aux autres candidatures. Le jury sélectionna aussi les 4 équipes de relève (jeunes

spécialistes de la branche) les mieux classées (désignées comme «NF top» selon les termes du jury). Au 4ème tour, le jury décida de retenir un total de 18 candidatures, procédant au choix des 6 dernières par tirage au sort. E., F. Par courrier du 29 septembre 1999, le pouvoir adjudicateur informa tous les groupes candidats du nom des 18 équipes sélectionnées et des grandes lignes du déroulement de la procédure de sélection. Sur demande de F. SA, le pouvoir adjudicateur indiqua, en se référant au procès-verbal de la séance du jury du 24 septembre 1999, que le choix des participants retenus avait été effectué sur la base des critères de sélection. Il indiqua à F. SA que sa candidature avait été écartée lors du 2ème tour par le jury. Les nombreuses informations de détail figurant dans la candidature sommairement illustrée n'avaient pas convaincu le jury de la qualité du projet, malgré les nombreuses références de constructions topiques. Le pouvoir adjudicateur précisait aussi que la proportion des candidats retenus en fonction des régions linguistiques n'avait joué aucun rôle dès lors qu'il n'y avait eu que 3 candidatures romandes déposées. G. Le 20 octobre 1999, la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (la Commission de recours ou de céans) a reçu un recours formé en date du 19 octobre 1999 par Me M., conseil du groupe de projet formé de F. SA, C. SA, M. SA et P. & S. SA (les recourants). Ceux-ci requièrent, à titre préliminaire, que l'effet suspensif soit accordé à leur recours et, à titre de mesure d'instruction, qu'ils soient entendus dans la procédure de recours. Les recourants considèrent que les explications fournies par le pouvoir adjudicateur n'indiquent pas suffisamment les raisons principales du rejet de leur candidature, ni les caractéristiques et avantages décisifs des candidatures retenues (art. 23 al. 2 let. d et e de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 [LMP], RS 172.056.1). Sur le fond, les recourants

E. 4

concluent, principalement, à ce que la Commission de recours modifie la décision du Groupement de l'armement en ce sens qu'ils soient admis dans la liste des candidats sélectionnés à l'issue de la première phase du concours. Subsidiairement, ils concluent à ce que le Groupement de l'armement prenne une nouvelle décision comportant les noms des candidats présélectionnés ainsi que les motifs précisant en quoi les recourants ne remplissent pas les critères de sélection imposés. Les recourants invoquent, pour l'essentiel, une mauvaise application des critères de sélection. Par ailleurs, les recourants considèrent que l'exigence d'une rédaction du dossier de candidature en langue allemande viole la règle de l'égalité de traitement de l'art. 8 al. 1 let. a LMP. H. Par courrier du 20 octobre 1999, le président de la Commission de recours a ordonné à titre superprovisoire qu'aucune mesure d'exécution ne soit entreprise jusqu'à décision de la Commission de recours sur la requête d'effet suspensif. I. Dans sa réponse, le Groupement de l'armement conclut au rejet de la requête d'effet suspensif, principalement parce qu'elle serait manifestement mal fondée et, subsidiairement, en raison des conséquences préjudiciables d'un retard sur le déroulement planifié du concours. Sur le fond, le Groupement de l'armement conclut au rejet du recours et à la confirmation de sa décision quant à la sélection des candidats. Il considère en substance que les dossiers de candidature ont été comparés et débattus de manière circonstanciée. L'élimination du groupe de projet des recourants résulte de l'application des critères de sélection au dossier de candidature déposé par les recourants. Le choix de l'allemand comme langue du concours ne violerait pas l'art. 8 LMP. Enfin, le pouvoir adjudicateur considère avoir fourni aux recourants les renseignements nécessaires quant à l'exclusion de leur candidature et estime qu'une motivation plus approfondie ne saurait être exigée dans les cas où, comme en l'espèce, le pouvoir adjudicateur serait fondé à procéder

au choix des candidats par tirage au sort. J. Le pouvoir adjudicateur a fourni une version du tableau comparatif résultant de la séance du 24 septembre 1999 où figurent les noms des 97 groupes de projet avec, en regard, un emplacement destiné à l'appréciation des 5 critères de sélection et un autre emplacement destiné à l'appréciation globale. Toutefois, ces cases ne comportent aucune note ou appréciation de l'aptitude respective des 97 candidats. La seule indication est celle de la phase à laquelle chaque groupe a été choisi ou éliminé. K. Par décision incidente du 25 novembre 1999, la Commission de recours a accordé l'effet suspensif au recours. L. Une audience de débats a eu lieu le 9 décembre 1999 en présence des membres de la Commission de recours, des représentants des recourants et des représentants du pouvoir adjudicateur. M. L. a été entendu à titre de

E. 5

renseignement, en sa double qualité de spécialiste ayant conseillé le pouvoir adjudicateur sur le déroulement du concours et de membre du jury. Les parties ont confirmé leurs conclusions. Extraits des considérants: 1. (...) 2. (...) 3. Les recourants contestent l'imposition de la seule langue allemande pour la procédure de concours, et en particulier la rédaction du dossier de candidature. Ils considèrent que cette exigence constitue une violation de la loi, en particulier du principe de l'égalité de traitement de l'art. 8 al. 1 let. a LMP. Le pouvoir adjudicateur considère que l'imposition de la langue allemande est conforme à l'art. 24 al. 3 LMP. L'art. IX § 6 let. d in fine de l'accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP, RS 0.632.231.422) et l'art. XII § 2 let. c AMP prévoient que l'appel d'offres, respectivement la documentation relative à l'appel d'offres, doivent mentionner parmi les renseignements nécessaires «la ou les langues à employer pour la présentation des soumissions et documents d'accompagnement». Ces dispositions sont reprises par l'ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 (OMP, RS 172.056.11) qui exige que la mention de la (des) «langue(s) à employer pour les demandes ou les offres» figure dans l'appel d'offres (art. 16 al. 1 OMP et ch. 6 let. b de l'annexe 4 à l'OMP) ou la documentation relative à l'appel d'offres (art. 18 al. 1 let. a OMP et ch. 3 de l'annexe 5 à l'OMP). La LMP ne contient pas de règle sur la ou les langues dans lesquelles les offres ou candidatures peuvent être déposées. La disposition de l'art. 24 al. 3 et 4 LMP traite d'une question différente puisqu'elle concerne la langue dans laquelle l'appel d'offres ou un résumé de celui-ci doit être publié (art. IX § 8 AMP). Elle vise à informer le cercle le plus large possible de soumissionnaires ou candidats potentiels et poursuit ainsi un objectif de transparence et d'ouverture des marchés. La prescription d'un appel d'offres dans deux langues officielles au moins pour les marchés de fournitures et de services a pour but de fournir une information non seulement sur le plan international, mais aussi dans toutes les régions du pays. En revanche, les appels d'offres pour des marchés de travaux sont publiés dans la seule langue officielle de l'endroit où l'ouvrage doit être réalisé (Message 2 GATT, FF 1994 IV 1234). En l'espèce, il n'est pas nécessaire de trancher sur la légalité de l'imposition de la seule langue allemande pour la rédaction des dossiers de candidature. En effet, le point 15 de l'avis de concours mentionnait l'exigence de l'allemand comme langue du concours. Dès lors que l'appel d'offres constitue une décision au sens de l'art. 29 let. b LMP, la limitation linguistique qui y figure doit être attaquée immédiatement par les candidats qui considéreraient que cette exigence n'est pas justifiée. Une contestation ultérieure, au stade de la décision portant sur le choix des candidats, n'est plus possible, sous réserve de l'hypothèse où la limitation quant à la langue à utiliser dans le concours serait affectée de nullité absolue (décisions de la Commission de recours du

E. 6

29 avril 1998 publiée dans la JAAC 62.80 consid. 2a et du 8 octobre 1998 publiée dans la JAAC 63.16 consid. 4). Le grief formulé sur ce point par les recourants est irrecevable. 4. Les recourants contestent le déroulement de la procédure de sélection des candidats. La manière dont le jury, et en conséquence le pouvoir adjudicateur lié par la décision de ce dernier, a apprécié l'aptitude des candidats violerait l'obligation de transparence ainsi que l'obligation de sélection loyale des candidats. En particulier, le jury n'aurait pas consacré le temps nécessaire à la sélection des candidats et aurait de surcroît mal apprécié l'expérience du groupe des recourants dans la construction d'aérodromes militaires. a. Lorsqu'un concours porte sur des services qui entrent dans le champ d'application de l'AMP en raison de leur type et de leur valeur, il doit, selon l'art. XV § 1 let. j AMP, être organisé de manière conforme aux principes de l'AMP. Dans ce cadre, les pouvoirs adjudicateurs disposent d'une certaine liberté dans l'organisation et le déroulement du concours ainsi que dans le choix des critères de sélection du lauréat. Le concours constitue ainsi une quatrième procédure de passation, à côté des procédures ouverte et sélective et de la procédure de gré à gré (voir Nicolas Michel, La passation des marchés publics d'architecture, in Peter Gauch / Pierre Tercier (éd.), Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, 3ème éd., Fribourg 1995, n° 2093). L'art. 13 al. 3 LMP délègue au Conseil fédéral la réglementation des concours (art. 40-57 OMP). Selon l'art. 43 al. 1 OMP, les concours font l'objet d'un appel d'offres lancé selon la procédure ouverte ou sélective si la valeur du marché en cause atteint le seuil déterminant fixé à l'art. 6 al. 1 LMP (décision de la Commission de recours du 13 juin 1997, publiée dans la JAAC 62.31 consid. 3.a). En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a organisé un concours de projets proprement dit au sens de l'art. 42 al. 1 let. b OMP, et selon la procédure sélective (point 3 de l'avis de concours). b. Le concours passé en procédure sélective est caractérisé par la succession de deux phases. Dans la première phase de qualification, le pouvoir adjudicateur doit en tous cas s'assurer, selon l'art. XV § 1 al. j AMP («fournisseurs dûment qualifiés») et l'art. 15 al. 3 LMP, que les candidats présentent les qualifications requises. Cette vérification est effectuée sur la base des critères de sélection publiés. Une exception quant à l'aptitude n'est possible que si elle est prévue dans l'avis de concours et que si elle vise à permettre la participation au concours de jeunes candidats de la branche (encouragement de la relève, art. 47 OMP; décision de la Commission de recours du 13 juin 1997, publiée dans la JAAC 62.31 consid. 3b). En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a annoncé que les critères de sélection à la première phase du concours étaient: composition du groupe, formation des membres du groupe, expérience professionnelle antérieure, références, crédibilité et clarté du dossier de candidature. La Commission de recours constate que les critères de sélection des candidats retenus par l'autorité intimée sont conformes à la loi dans la mesure où ils se rapportent strictement à l'évaluation des aptitudes économiques, techniques et financières des candidats. Par ailleurs, les points 4, 5 et 6 de l'avis de concours réservent

E. 7

expressément certaines conditions particulières pour la sélection de groupes composés de jeunes candidats de la branche, afin d'encourager la relève. Cette exception est conforme aux exigences de l'art. 47 OMP. c. En principe, dans une procédure sélective, tous les candidats correspondant aux critères de qualification devraient être admis à participer à la deuxième phase de la procédure. L'art. 15 al. 4 LMP permet toutefois au pouvoir adjudicateur de limiter le nombre des soumissionnaires invités à présenter une offre s'il

n'est pas compatible avec un fonctionnement efficace du mécanisme d'adjudication des marchés, eu égard en particulier à la totalité des intérêts en cause et au principe de la proportionnalité. Par exemple, le nombre des candidats retenus peut être limité afin que les coûts de la procédure de passation restent dans une proportion raisonnable en relation avec la valeur du marché en cause. Une concurrence efficace doit cependant demeurer garantie. L'ordonnance précise encore à cet égard que le nombre de soumissionnaires retenus doit s'élever au moins à trois (art. 12 al. 1 OMP) - à condition bien sûr que le nombre de candidats qualifiés au sens des art. 9 ou

E. 10

Même si le concours constitue une quatrième procédure de passation, dans l'organisation et le déroulement de laquelle les pouvoirs adjudicateurs disposent d'une certaine liberté, il doit néanmoins, lorsqu'il est soumis à la LMP, respecter les principes de l'AMP (art. XV § 1 let. j AMP; Michel, op. cit., ch. 2093). Sur la base de la délégation figurant à l'art. 13 al. 3 LMP, les procédures de concours sont réglées par les art. 40-57 OMP. Lorsqu'un concours portant sur un marché dont le montant est supérieur au seuil de l'art. 6 al. 1 LMP est organisé en procédure sélective, le pouvoir adjudicateur doit en tout cas s'assurer, dans la première phase de qualification, que les candidats présentent les qualifications requises (art. XV § 1 let. j AMP «fournisseurs dûment qualifiés»; art. 43 al. 1 OMP et art. 15 al. 3 LMP). Le pouvoir adjudicateur est lié par l'obligation de sélection loyale et non discriminatoire des candidats (art. X § 1 in fine AMP; art. 15 al. 3 LMP), en fonction des critères publiés et conformément au principe de la transparence (art. IX § 6 let. f AMP et art. XII § 2 let. f AMP) (Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit., ch. 159). Il en résulte que l'examen de l'aptitude doit être effectué de manière individuelle pour chaque candidat et sur la base des critères de sélection publiés. Une exception quant à l'aptitude n'est possible que si elle est prévue dans l'avis de concours et que si elle vise à permettre la participation au concours de jeunes candidats de la branche (encouragement de la relève, art. 47 OMP; décision de la Commission de recours du 13 juin 1997, publiée dans la JAAC 62.31 consid. 3b). De plus, la régularité de la procédure suivie par le pouvoir adjudicateur pour vérifier l'aptitude des candidats ou soumissionnaires doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle indépendant et impartial par l'autorité de recours (art. XX AMP; art. 26 ss LMP; décision de la Commission de recours du 4 février 1999 consid. 2a/dd et consid. 2d[1]). C'est dans ce but que l'art. XX § 4 et § 6 let. g AMP fait obligation au pouvoir adjudicateur de soumettre à l'autorité de recours les documents relatifs à la passation du marché. En conséquence, le pouvoir adjudicateur doit assurer la traçabilité de la procédure de sélection choisie, de manière à ce que l'autorité de recours puisse en vérifier la régularité. Au surplus, le pouvoir adjudicateur conserve son pouvoir d'appréciation dans la constatation et l'application des critères de sélection à chaque candidat ou soumissionnaire; la Commission de recours ne le contrôle en principe pas (art. 31 LMP), sous réserve d'une mauvaise constatation des faits ou de l'arbitraire. Lorsque le nombre de candidats aptes est supérieur à la limite valablement fixée par le pouvoir adjudicateur, ni la LMP, ni l'OMP ne contiennent de règles sur la manière de sélectionner parmi les candidats aptes ceux qui seront retenus à l'issue de la première phase de la procédure sélective. Avant de conclure à une lacune ou de recourir à une application analogique de règles de droit privé, en l'espèce le règlement SIA 142, il faut se référer aux règles et principes généraux existant en droit public (Ulrich Häfelin / Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3ème éd., Zurich 1998, ch. 245). En particulier, il faut faire de la LMP une interprétation conforme aux règles de droit international de l'AMP que cette loi transpose. En l'absence d'une exception

expresse figurant dans la LMP ou l'OMP, le pouvoir adjudicateur reste tenu d'organiser le concours de manière conforme aux principes de l'AMP et de la LMP, en particulier en ce qui concerne le choix de «fournisseurs dûment qualifiés» (art. XV § 1 let. j AMP). Il en résulte que le choix des candidats doit être effectué sur la base de leur aptitude, de manière loyale, conformément aux principes de l'égalité de traitement et de

E. 11

la transparence (Simon Ulrich, *Die neue SIA-Ordnung 142 für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe: Inhalt und Bedeutung - eine erste Einschätzung*, Pratique Juridique Actuelle 1999, p. 250). bb. Le pouvoir adjudicateur a déclaré le règlement SIA 142 applicable au concours (point 3 de l'avis de concours). La Commission de recours observe que le règlement SIA 142 sur les concours d'architecture et d'ingénierie est une réglementation purement privée émanant de la Société suisse des ingénieurs et des architectes. Le législateur fédéral a réglé directement la passation des concours dans les art. 40-57 OMP et n'a pas délégué cette compétence à des tiers. Enfin, les art. 40-57 OMP ne contiennent aucun renvoi au règlement SIA 142. Bien au contraire, la réglementation internationale et fédérale en matière de concours portant sur des marchés assujettis à la LMP est un standard qui s'impose aux pouvoirs adjudicateurs et dont la société suisse des ingénieurs et des architectes a voulu tenir en compte en adoptant le règlement SIA 142 (Ulrich, op. cit., p. 247). La passation des marchés publics, y compris sous la forme d'un concours, est une procédure administrative régie comme telle par le principe de la légalité, et non par l'autonomie de la volonté sur laquelle repose le droit privé. Il serait abusif de recourir au droit privé pour imposer des obligations unilatérales aux particuliers, même si ceux-ci y consentent (Blaise Knapp, *Précis de droit administratif*, 4ème éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, ch. 71 et 73), ou pour modifier ou restreindre les règles imposées par le droit public. L'Etat ne saurait non plus utiliser le droit privé pour contourner l'application des procédures de droit administratif destinées à assurer la légalité et la protection des droits des administrés (décision de la Commission de recours du 15 juillet 1997 publiée dans la JAAC 62.32 I consid. 2c; Pierre Moor, *Droit administratif*, vol. I, Les fondements généraux, 2ème éd., Berne 1994, p. 138-141; Evelyne Clerc, *L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*, Fribourg 1997, p. 496 s.). Un concours n'est pas soumis à la même procédure selon qu'il est organisé par un maître d'ouvrage privé ou par un pouvoir adjudicateur public. Le règlement SIA 142 lui-même constate cette «dualité» en soulignant dans son préambule que «pour les concours organisés par un maître d'ouvrage public, les prescriptions légales correspondantes prévalent contre le présent règlement» (al. 5 phrase 2 du règlement SIA 142). Cette dualité se manifeste aussi dans plusieurs dispositions du règlement SIA 142 qui, comme par exemple l'art. 28 SIA 142, ne sont applicables qu'aux concours qui ne sont pas organisés par un pouvoir adjudicateur public (Ulrich, op. cit., p. 254 s.). Lorsqu'un concours porte sur un marché tombant dans le champ d'application de la LMP, il est régi d'abord par l'AMP ainsi que par les dispositions de la LMP et de l'OMP. Compte tenu de la marge de liberté dont il dispose dans l'organisation d'un concours, le pouvoir adjudicateur peut se référer additionnellement au règlement SIA 142 pour le détail du déroulement du concours, mais il ne peut de ce fait modifier la nature de droit public de la procédure de passation, ni restreindre les obligations qui lui sont imposées par la loi, ni contraindre les participants au concours à entrer simultanément avec lui dans une relation contractuelle régie par le règlement SIA 142 (art. 2.2 SIA 142). Le règlement SIA 142 intégré comme règlement du concours par le pouvoir adjudicateur prend la nature de droit public supplétif dont l'application peut être revue

comme telle par le juge administratif; celui-ci n'est pas tenu d'interpréter les normes de droit public supplétif telles qu'elles le seraient en droit privé, mais peut tenir compte des particularités du droit administratif (Moor, op. cit., p. 151; Häfelin/Müller, op.

E. 12

cit., ch. 244; Knapp, op. cit., ch. 79 s.). La procédure administrative régissant un concours portant sur un marché assujetti à la LMP impose au pouvoir adjudicateur des exigences accrues de transparence, de non-discrimination et de loyauté auxquelles n'est pas soumis un maître d'ouvrage privé qui lance un concours au seul titre du règlement SIA 142. cc. Lorsqu'un concours en procédure sélective est assujetti à la LMP et que le nombre de candidats présentant les aptitudes requises est supérieur à la limite maximale valablement fixée dans l'avis de concours, il découle d'une interprétation conforme à l'AMP que le pouvoir adjudicateur doit choisir un mode de sélection qui garantisse la transparence, la non-discrimination et la loyauté de la procédure (art. XV § 1 let. j AMP, art. IX § 6 AMP et art. XII § 2 AMP). Il se justifie également de se référer à la réglementation communautaire, dès lors que le législateur a entendu assurer, dans la mesure du possible, l'eurocompatibilité du droit suisse en matière de marchés publics (Message-2 GATT, FF 1994 IV 1224 s. et 1254 s.; décisions de la Commission de recours du 29 juin 1998, publiée dans la JAAC 63.15 consid. 1d et du 8 octobre 1998, publiée dans la JAAC 63.16 consid. 1a.; Clerc, op. cit., p. 405). L'art. 13 § 5 de la directive européenne du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (directive 92/50/CEE du Conseil, JO 1992 L 209/1) prévoit que «lorsque les concours réunissent un nombre limité de participants, les pouvoirs adjudicateurs établissent des critères de sélection clairs et non discriminatoires». Dans le cadre de ces principes, et compte tenu de la liberté dont il dispose dans l'organisation d'un concours, le pouvoir adjudicateur est libre de déterminer le mode exact de sélection. Il peut notamment s'agir d'un classement des candidats selon un système de points attribués aux différents critères de sélection (comme celui opéré par le pouvoir adjudicateur dans la décision de la Commission de recours du 8 octobre 1998, publiée dans la JAAC 63.16 consid. 6a) ou d'un procès-verbal détaillé des délibérations du jury dont ressortiraient les motifs essentiels de choix ou rejet de chaque candidature. Il est en tout cas indispensable que la procédure de sélection choisie soit transparente, de manière à ce que l'autorité de recours puisse vérifier le respect de l'exigence de sélection non discriminatoire en fonction des critères publiés. En l'espèce, selon les pièces du dossier, les pièces supplémentaires déposées par le pouvoir adjudicateur à la demande de la Commission de recours en relation avec l'appréciation des candidatures et l'audition des parties du 9 décembre 1999, l'appréciation des candidatures par le jury s'est déroulée sur une journée entière. Les membres du jury disposaient des qualifications nécessaires. Chaque membre du jury avait reçu au préalable et étudié les candidatures accompagnées d'une liste de contrôle en fonction des 5 critères de sélection. Le choix des candidatures a eu lieu en 4 rondes et à l'unanimité. Sur la base du tableau comparatif des candidatures fourni par le pouvoir adjudicateur sur mesure d'instruction supplémentaire ordonnée par la Commission de recours le 11 novembre 1999, il est possible de constater la phase à laquelle chaque groupe candidat a été choisi ou éliminé: élimination au 1er tour (candidats «ordinaires» ou de la relève) en raison d'une aptitude insuffisante, élimination au 1er tour en raison de liens avec un membre du jury, élimination au 2ème tour en raison d'une aptitude juste suffisante, choix au 3ème tour des candidats (ordinaires et de relève) classés «top», choix ou élimination au 4ème tour par tirage au sort. En revanche, il n'est pas possible

E. 13

de connaître quelle appréciation a été faite de chaque candidature en fonction des 5 critères de sélection publiés: les cases correspondant à ces 5 critères, qui figurent en regard de chaque groupe de projet dans le tableau comparatif des candidatures, ne comportent aucune note ou appréciation de l'aptitude respective des 97 candidats, pas plus d'ailleurs que l'emplacement réservé à l'appréciation globale de chaque candidat. Il est impossible de retracer sur quelle base le jury, et à sa suite le pouvoir adjudicateur, ont éliminé 22 équipes comme non aptes, puis 35 équipes comme «ne remplissant que de justesse les critères de sélection», ni comment ils ont sélectionné les 8 équipes les mieux classées (classées «top») et les 4 équipes de relève les mieux classées (classées «NF top»). Enfin, même si le choix des 6 équipes restantes parmi les 20 restant en lice s'explique par un tirage au sort, il présuppose que le pouvoir adjudicateur ait préalablement apprécié que ces 20 équipes remplissaient mieux que de justesse les critères d'aptitude, ce qu'il est aussi impossible à la Commission de recours de vérifier. En l'espèce, il n'est pas possible de constater dans quelle mesure le jury, et le pouvoir adjudicateur lié par la décision de ce dernier, a effectué une appréciation individuelle des candidatures en fonction des critères de sélection publiés, ni dans quelle mesure chaque candidat remplissait ces critères. L'explication du pouvoir adjudicateur selon laquelle l'élimination des recourants résulte de la décision négative unanime prise par 12 jurés qualifiés, après examen des candidatures déposées, ne permet pas de retracer la motivation de la décision du jury. Une telle procédure viole le principe de la transparence, qui exige que la procédure de sélection choisie par le pouvoir adjudicateur soit traçable, c'est-à-dire vérifiable. Le pouvoir adjudicateur ne saurait justifier cette sélection «par oui ou par non» sur la base de l'art. 28.2 du règlement SIA 142 qui prévoit que «les décisions du jury sur des questions d'appréciation sont sans appel». Une procédure de concours assujettie, comme en l'espèce, à l'AMP et à la LMP, est soumise à des exigences de sélection loyale, non discriminatoire et transparente qui vont au-delà de celles applicables à un concours privé au seul titre du règlement SIA 142. Au surplus, on peut observer que le règlement SIA 142 prévoit lui-même que la voie de la plainte instituée par l'art. 28 ne s'applique pas lorsqu'un concours est organisé par un pouvoir adjudicateur public (art. 28.1 SIA 142; Ulrich, op. cit., p. 255). La Commission de recours peut tout au plus constater que le pouvoir adjudicateur a procédé à une appréciation d'ensemble qui a abouti à un «classement groupé» des candidats en 4 catégories: candidats non aptes éliminés, candidats aptes de justesse éliminés, candidats aptes les meilleurs retenus et autres candidats aptes faisant l'objet d'un tirage au sort. Certes, le pouvoir adjudicateur jouit d'une marge d'appréciation dans l'évaluation qu'il fait de chaque candidature au regard des critères d'aptitude, dans laquelle la Commission de recours n'intervient pas, sous réserve d'une mauvaise constatation des faits ou de l'arbitraire (art. 49 PA en rapport avec l'art. 31 LMP). En revanche, le pouvoir adjudicateur ne peut pas renoncer à une appréciation individuelle de l'aptitude de chaque candidat ou soumissionnaire au regard des critères de sélection/aptitude. Toute autre solution rendrait illusoire le principe de l'égalité de traitement dont bénéficient les soumissionnaires, et sans objet la protection juridictionnelle destinée à garantir le respect de ce principe. En l'espèce, la candidature des recourants a été éliminée par le jury au 2ème tour en raison d'une aptitude

E. 14

suffisante seulement de justesse, sans qu'il soit possible à la Commission de recours de constater les motifs sur lesquels s'est basé le jury pour arriver à cette décision. dd. Si la

candidature des recourants n'avait pas été exclue irrégulièrement au 2ème tour, elle aurait fait l'objet d'une détermination au 4ème tour, par tirage au sort. A ce titre, la Commission de recours observe que le pouvoir adjudicateur ne saurait s'en remettre au hasard pour sélectionner par tirage au sort tout, ou même seulement partie des candidats aptes. Il doit procéder à une sélection loyale et non discriminatoire en fonction des critères d'aptitude publiés. Cette obligation, même si elle impose un surcroît de travail au pouvoir adjudicateur, ne représente pas une charge disproportionnée. Or, le hasard ne repose par essence sur aucune règle, mais dépend du seul caprice du destin. Qu'il y ait une «égalité dans l'arbitraire» entre les candidats exposés au tirage au sort, en ce sens que chacun a la même probabilité d'être retenu, ne change rien à la nature essentiellement arbitraire du procédé. Le recours au tirage au sort rend de plus illusoire le contrôle juridictionnel destiné à garantir aux soumissionnaires le respect des principes de la transparence, de l'égalité de traitement et de la non-discrimination. La position de la juridiction administrative argovienne (décision du tribunal administratif du Canton d'Argovie du 15 mars 1999 consid. 5b) selon laquelle le pouvoir adjudicateur pourrait, à son libre choix, recourir au tirage au sort ou établir un classement en fonction de l'aptitude pour choisir, parmi les candidats aptes, ceux qui seront retenus à l'issue de la première phase de la procédure sélective, ne peut être suivie. La sélection par tirage au sort, admise sans restriction autre que l'élimination préalable des candidats non aptes, viole le principe de la non-discrimination. L'argument soulevé par la Commission de la concurrence selon lequel le tirage au sort constituerait un moyen favorable à l'abaissement des coûts de la procédure de passation (Bemerkungen der Wettbewerbskommission vom 30. Juli 1998 betreffend die «Arbeitsthesen zum neuen Beschaffungsrecht des Bundes», ad 14, reproduites en annexe 3 in Peter Gauch / Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes; Vergabethesen 1999, Fribourg 1999), ne justifie pas une atteinte aussi importante à l'égalité de traitement et à la transparence. La Commission de recours observe d'ailleurs que la position soutenue par Gauch/Stöckli, à laquelle se réfère entre autres la juridiction administrative argovienne, ne saurait être interprétée comme un blanc-seing en faveur du tirage au sort parmi les candidats aptes. Selon ces deux auteurs, «il serait conforme au principe de non-discrimination de renoncer à choisir parmi les soumissionnaires aptes en fonction de leur degré d'aptitude respectif et, en cas d'aptitude égale, de laisser par exemple le sort en décider» (Gauch/Stöckli, op. cit., ch. 16.2). On peut constater que l'affirmation de la première partie de la phrase est immédiatement contredite par la restriction «et, en cas d'aptitude égale, de laisser par exemple le sort en décider». La limitation du choix par tirage au sort au seul cas de candidats présentant une aptitude égale démontre par elle-même qu'une appréciation préalable des soumissionnaires en fonction de leur degré d'aptitude est nécessaire. La Commission de recours admet que ce n'est effectivement que dans l'hypothèse où il s'avérerait impossible de départager deux ou plusieurs candidats sur la base de leur degré d'aptitude que le recours au tirage au sort peut être envisagé. En l'espèce, rien dans les dossiers de candidature ne permet de conclure qu'une appréciation des candidats en fonction des différents critères d'aptitude aurait été impossible,

E. 15

en ce sens que tous les candidats aptes auraient présenté un degré d'aptitude égal. Le pouvoir adjudicateur a lui-même reconnu durant l'audience du 9 décembre 1999 que les candidats aptes l'étaient à des degrés variables. ee. En résumé, le grief des recourants selon lequel le jury n'aurait pas analysé soigneusement les candidatures déposées, aurait mal appliqué les critères de sélection et aurait mal apprécié l'aptitude des recourants doit être

accepté. L'argument du pouvoir adjudicateur selon lequel l'élimination des recourants se justifierait car ils ne remplissaient que de justesse les critères de sélection, vu en particulier le caractère peu convaincant de leur dossier de candidature sommairement illustré, n'est pas démontré par l'analyse que le jury aurait faite de la candidature des recourants. Il n'existe aucune trace permettant de vérifier l'examen fait de l'aptitude de chaque soumissionnaire au regard des critères de sélection. Enfin, l'examen de l'aptitude n'a pas été effectué de manière complète pour les candidatures soumises au tirage au sort. En conséquence, la procédure de sélection suivie par le pouvoir adjudicateur est contraire aux principes de la transparence et de l'égalité de traitement. 5. Lorsqu'un recours s'avère fondé, la Commission de recours peut soit renvoyer l'affaire au pouvoir adjudicateur avec des instructions impératives, soit statuer elle-même directement (art. 32 al. 1 LMP). Compte tenu de la grande marge d'appréciation dont bénéficient les pouvoirs adjudicateurs, la Commission de recours renvoie en règle générale l'affaire au pouvoir adjudicateur pour qu'il statue à nouveau. Toutefois, lorsque les faits sont entièrement élucidés et que la décision peut être prise directement, il se justifie, pour assurer une procédure de recours rapide et efficace (art. XX § 2 AMP), que la Commission de recours statue directement (Clerc, op. cit. p. 555-557). En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a lui-même admis que les recourants disposaient de l'aptitude nécessaire, même si peut-être seulement de justesse. Sur la base de la candidature déposée par les recourants, l'aptitude de ceux-ci paraît en effet pouvoir être admise. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur souhaite poursuivre le plus rapidement possible le concours, afin que le marché puisse être réalisé à bref délai. Enfin, l'addition d'un candidat supplémentaire porterait le nombre total de candidats retenus à 19, ce qui paraît toujours un nombre raisonnable en relation avec l'importance du marché. En conséquence, il se justifie que la Commission de recours statue directement et prononce elle-même la réintégration des recourants dans la seconde phase de la procédure de concours. L'effet suspensif accordé au recours tombe du fait de la décision de la Commission sur le fond (André Moser, in: André Moser / Peter Uebersax, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, ch. 3.13). 6. (...) [1] Partiellement publiée et commentée dans la revue *Droit de la construction* 2/99, p. 53.

E. 16

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 64.63 - Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 9 décembre 1999 en la cause F. SA, C. SA, M. SA et P. & S. SA [CRM 1999-011] In *Verwaltungspraxis der Bundesbehörden* Dans *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération* In *Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione* Jahr 2000 Année Anno Band 64 Volume Volume Seite --- Page Pagina Ref. No 150 004 811 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

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