

## **CH\_VB JAAC 68.119 vom 30. Juni 2004**

Bundesverwaltung, 2004-06-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_JAAC\\_68.119\\_\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_68.119__)

FR: CH\_VB JAAC 68.119 du 30 juin 2004

IT: CH\_VB JAAC 68.119 del 30 giugno 2004

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

en qualité d'indépendant correspondait encore à celle d'un chef de projet et de réexaminer, le cas échéant, la notation donnée à l'adjudicataire (consid. 5b et c). - Le pouvoir adjudicateur viole le principe de l'égalité de traitement en notant l'organigramme de l'adjudicataire avec une grande tolérance et celui du recourant avec sévérité (consid. 5d).  
Öffentliche Beschaffung von Dienstleistungen im offenen Verfahren (Generalunternehmerleistungen). Einbezug des Umfangs der Eignung («Mehreignung») bei den Zuschlagskriterien. Prüfung durch die Vergabebehörde. Gebote der Gleichbehandlung und der Transparenz. Art. 1 Abs. 1 Bst. a, Art. 8 Abs. 1 Bst. a und Art. 21 BoeB. Art. VI § 4 ÜoeB. Art. 49 Bst. b VwVG. - Die Zuschlagskriterien und die Eignungskriterien müssen grundsätzlich klar auseinander gehalten werden (E. 4d/aa). Im Rahmen eines Dienstleistungsauftrags über eine intellektuelle Leistung, die nicht genau spezifiziert werden kann, ist es - unter gewissen Bedingungen - möglich, Elemente, welche in materieller Hinsicht die Eignung betreffen, bei der Prüfung der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen. Dies ist allerdings nur zulässig bei Beschaffungen im offenen Verfahren (E. 4d/bb, cc und ee). Diese Möglichkeit besteht im vorliegenden Fall eines Generalunternehmervertrages (Dienstleistung intellektueller Natur; E. 4e). - Ein technischer Dialog zwischen der Vergabebehörde und einem zukünftigen Anbieter ist zulässig, wenn er nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot verstösst und den Wettbewerb nicht ausschaltet (E. 3a). Im vorliegenden Fall hat der Beitrag des Zuschlagsempfängers in der Vorbereitungsphase die anderen Anbieter nicht benachteiligt (E. 3b). - Das Gleichbehandlungs- und das Transparenzgebot können dadurch verletzt werden, dass die Eignung eines Anbieters nicht oder nicht korrekt überprüft wird oder auch dadurch, dass die Prüfung nicht genügend dokumentiert wird und damit nicht nachvollzogen werden kann (E. 4d/aa und 5a). Hat der zuständige Projektleiter das federführende Unternehmen der Bietergemeinschaft verlassen und betätigt sich nun als Selbständigerwerbender, muss die Beschaffungsbehörde in vertiefter Weise überprüfen, ob dieser für die fragliche Offerte noch als Projektleiter angesehen werden kann und ob allenfalls die dem Zuschlagsempfänger vergebene Note anzupassen sei (E. 5b und c). - Die Vergabebehörde verletzt das Gleichbehandlungsprinzip, indem sie das Organigramm des Zuschlagsempfängers mit grosser Toleranz, jenes des Beschwerdeführers hingegen sehr streng benotet (E. 5d).

#### **E. 2**

Acquisti pubblici di servizi in procedura aperta (prestazione di imprenditore generale). Considerazione del grado di idoneità nel quadro dei criteri di aggiudicazione. Verifica da parte dell'ente aggiudicatore. Principi della parità di trattamento e della trasparenza. Art. 1 cpv. 1 lett. a, art. 8 cpv. 1 lett. a e art. 21 LAPub. Art. VI § 4 AAPub. Art. 49 lett. b PA. - In

linea di principio, i criteri di aggiudicazione e di idoneità devono essere chiaramente distinti (consid. 4d/aa). Tuttavia, nel quadro degli acquisti pubblici di servizi che portano su una prestazione intellettuale, il cui contenuto non può essere specificato con precisione a priori e che sono attribuiti unicamente in procedura aperta, a determinate condizioni nell'esame dei criteri di aggiudicazione è possibile utilizzare anche i criteri legati materialmente all'idoneità (consid. 4d/bb, cc e ee). Nella fattispecie tale possibilità è ammessa, trattandosi di un acquisto pubblico relativo a prestazioni di imprenditore generale (consid. 4e). - Un dialogo tecnico fra un ente aggiudicatore e un futuro appaltatore è lecito se non viola il principio della parità di trattamento e non sopprime la concorrenza (consid. 3a). Nella fattispecie, l'intervento dell'aggiudicatore nella fase preparatoria dei piani non ha sfavorito gli altri offerenti (consid. 3b). - I principi della parità di trattamento e di trasparenza possono essere violati se l'idoneità di un offerente non è esaminata, se non è esaminata correttamente, oppure se non è documentata e non può quindi essere ricostruita (consid. 4d/aa e 5a). In casu, dato che il capo del progetto designato ha lasciato la società che era a capo del gruppo appaltatore, l'ente aggiudicatore aveva il dovere di verificare in modo approfondito se la partecipazione della persona in questione, che esercitava ormai le sue attività in qualità di indipendente, corrispondeva ancora a quella di un capo di progetto e doveva quindi valutare se occorre riesaminare la nota attribuita all'appaltatore (consid. 5b e c). - L'ente aggiudicatore che attribuisce note molto tolleranti all'organigramma dell'appaltatore e giudica con severità quello del ricorrente viola il principio della parità di trattamento (consid. 5d). Résumé des faits: A. Le 25 juillet 2003, Y. publia dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) un appel d'offres dans le cadre d'une procédure ouverte concernant des prestations de mandataire général (architecte, ingénieur civil, ingénieur) pour la ré-affectation de la halle des wagons des T. à V. (projet R.). Dans le délai échéant au 10 décembre 2003, suite à deux prolongations décidées par le pouvoir adjudicateur, le Groupement X., composé des sociétés (...) déposa une offre. Par décision du 29 janvier 2004, publiée dans la FOSC du (...), Y. adjugea le marché à un autre soumissionnaire, le Groupement Z. B. Par courrier du 25 février 2004, le Groupement X., composé des sociétés (...; ci-après: les recourantes), a formé recours contre la décision d'adjudication auprès de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics

### **E. 3**

(ci-après: la Commission de recours ou de céans). Les recourantes y allèguent des violations de caractère tant formel que matériel. Sous l'angle formel, la méthode d'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse utilisée par le pouvoir adjudicateur violerait le principe de la transparence, voire celui de l'égalité de traitement, en ce qu'elle inclurait parmi les critères d'adjudication des éléments tenant à l'aptitude des soumissionnaires (évaluation en deux étapes de l'offre technique, puis de l'offre financière de chaque soumissionnaire). Une interprétation conforme à la loi de la méthode d'évaluation choisie impliquerait que l'évaluation technique et organisationnelle des offres concerne la seule aptitude des soumissionnaires, tandis que l'évaluation financière des offres concernerait les critères d'adjudication - qui seraient ainsi limités au seul critère du prix le plus bas. Dans cette dernière hypothèse, le marché devrait être adjugé aux recourantes. De plus, le mode de notation, qui devait - selon la documentation relative à l'appel d'offres - être compté en point plein pour l'offre technique et au dixième de point pour l'offre financière, aurait été illégalement modifié en des notes comptées au centième de point. Enfin, le pouvoir adjudicateur a admis la participation comme soumissionnaire d'une entreprise D. ayant participé aux études préliminaires destinées au dossier de mise à l'enquête. Cette entreprise

est le chef de file du Groupement Z. qui a obtenu l'adjudication du marché. Les recourantes allèguent que seul un examen du dossier de la procédure de passation leur permettrait de déterminer s'il y a eu dialogue technique et si l'égalité de traitement des soumissionnaires a été respectée. Sous l'angle matériel, les recourantes considèrent que les notes attribuées par le pouvoir adjudicateur à leur offre technique, pour plusieurs sous-critères, constituent un excès ou abus du pouvoir d'appréciation, sont arbitraires et/ou manifestent un formalisme excessif. Les recourantes requièrent, à titre provisoire, que l'effet suspensif soit accordé à leur recours. Au titre de mesures d'instructions, elles sollicitent un accès au dossier original et complet de la procédure de passation, la faculté de déposer un mémoire ampliatif après avoir eu connaissance dudit dossier et enfin la tenue d'une audience de jugement après la clôture de l'échange d'écritures. Sur le fond, les recourantes concluent à la réforme de la décision attaquée dans le sens d'une nouvelle adjudication en leur faveur, subsidiairement à son annulation, avec suite de frais et dépens. C. Par courriers des 26 février et 2 mars 2004, le Président de la Commission de recours a informé Y. et le Groupement Z. du dépôt d'un recours contre la décision d'adjudication et les a invités à se prononcer jusqu'au 8 mars 2004 sur les requêtes d'effet suspensif et de consultation du dossier, ainsi que jusqu'au 15 mars 2004 sur le fond de l'affaire. Il a ordonné à titre superprovisoire qu'aucune mesure d'exécution ne soit entreprise jusqu'à droit connu sur la requête d'effet suspensif. A la demande de Y. et du Groupement Z., le délai pour répondre à la requête d'effet suspensif a été prolongé au 15 mars 2004. D. Dans le délai imparti, le Groupement Z. a annoncé qu'il renonçait à intervenir dans la procédure de recours. Il s'est par ailleurs opposé à ce que les recourantes consultent son offre, parce que celle-ci contiendrait des informations commerciales confidentielles protégées par le secret des affaires et parce que les griefs invoqués par le Groupement X. ne nécessiteraient pas d'avoir accès à l'offre de l'adjudicataire. Dans sa réponse du 15 mars 2004, Y. s'est prononcé simultanément sur les requêtes d'effet suspensif et

#### **E. 4**

de consultation du dossier, ainsi que sur le fond du recours. Y. s'oppose en premier lieu à la consultation par les recourantes du dossier intégral, et en particulier de l'offre de l'adjudicataire. Si une consultation du dossier devait s'avérer nécessaire, elle devrait se limiter, selon le principe de proportionnalité, aux parties du dossier strictement nécessaires. Y. s'oppose par ailleurs à l'octroi de l'effet suspensif. Il s'en remet enfin à la Commission de recours quant à l'opportunité d'un mémoire ampliatif par les recourantes et se réserve de se prononcer ultérieurement sur la tenue d'une audience de jugement. Sur le fond, Y. conclut au rejet du recours. Il conteste avoir procédé à une «double appréciation» de l'aptitude des soumissionnaires, mais considère au contraire que les critères d'adjudication destinés à permettre l'évaluation technique des offres sont en relation directe avec les prestations de services faisant l'objet du marché. En outre, ces critères ont été publiés dans l'appel d'offres, sans être contestés par les soumissionnaires, ni en particulier par les recourantes. Dès lors que le marché ne portait pas sur des biens standardisés, une adjudication sur la seule base du prix, comme argumentée par les recourantes, serait enfin contraire à l'art. 21 al. 3 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1). Quant à la méthode de notation, chacun des trois membres du groupe d'évaluation a attribué une note par point plein aux différents critères d'adjudication. C'est la moyenne des notes attribuées par chaque évaluateur qui a résulté, pour chaque critère, en une note exprimée en centième de point. De plus, même si la moyenne des notes avait été exprimée en point plein, le classement des offres n'en aurait pas été modifié. S'agissant du

grief tiré de la participation de D. à la passation du marché, Y. relève que le dialogue technique entretenu avec cette entreprise n'aurait porté que sur l'avant-projet et le dossier d'approbation des plans destiné à l'Office fédéral des transports (OFT) - et non sur la préparation du dossier d'appel d'offres - et que l'entreprise n'aurait eu aucune possibilité d'influencer la définition de l'appel d'offres. Les spécifications relatives à l'objet du marché ne seraient pas formulées selon les capacités particulières de D. L'égalité de traitement des soumissionnaires n'aurait pas été violée, car tous les documents élaborés dans le cadre de l'avant-projet ont été mis à disposition de chaque soumissionnaire sous la forme d'un CD-ROM et les soumissionnaires ont disposé d'un temps suffisamment long pour en prendre connaissance, du fait que la durée initiale de l'appel d'offres a été prolongée de plus de trois mois. Quant aux griefs matériels relatifs aux notes attribuées, les trois références données par les recourantes concerneraient le même projet et le même maître d'ouvrage et ne seraient pas comparables au projet R. en termes de volume de travaux et de complexité des prestations. L'organigramme fourni par les recourantes ne correspondrait pas à ce qui était attendu par le pouvoir adjudicateur pour l'organisation du projet R. E. Par courrier du 1er avril 2004, les recourantes ont fait parvenir à la Commission de recours des déterminations spontanées sur la réponse de Y. quant à la requête d'effet suspensif. Par ailleurs, les recourantes considèrent que leur recours n'est pas manifestement mal fondé: elles auraient en particulier fourni les références de trois réalisations distinctes, bien que celles-ci aient toutes été effectuées sur le même site. Elles auraient en

## **E. 5**

outre interprété le cahier des charges comme exigeant un organigramme fonctionnel du mandataire général, et non un organigramme relatif au projet spécifique. Dans un courrier du 8 avril 2004, Y. a répondu aux déterminations des recourantes quant à l'effet suspensif, et a repris en substance les motifs justifiant son évaluation de l'offre des recourantes. En date du 21 avril 2004, les recourantes se sont prononcées spontanément sur cette dernière correspondance de Y. Enfin, Y. s'est également une nouvelle fois déterminé par courrier du 28 avril 2004. F. Par décision incidente du 4 mai 2004 (publiée in JAAC 68.89), la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics a accordé l'effet suspensif au recours et a autorisé les recourantes à consulter certaines des pièces du dossier de passation du marché. Un délai a été imparti aux recourantes pour se prononcer sur le mémoire-réponse de Y. G. Dans sa réplique du 19 mai 2004, le Groupement X. souligne en substance que les critères d'aptitude portent sur les qualifications dont doivent disposer les soumissionnaires pour exécuter le marché en cause. Les critères d'aptitude étant nécessairement formulés en rapport avec la prestation à accomplir, ce seul fait ne suffirait pas à les re-qualifier en critères d'adjudication. Admettre que la qualité de l'offre dans un marché de service se fonde presque exclusivement sur l'aptitude du soumissionnaire, à l'exclusion d'autres critères d'adjudication, serait illégal. De plus, le Groupement X. rappelle que le pouvoir adjudicateur a demandé un organigramme fonctionnel du soumissionnaire, et non un organigramme du projet. Les recourantes reprennent au surplus les arguments déjà développés dans leurs précédentes écritures en ce qui concerne le mode de notation en point plein (parties B et C de l'offre), dont le pouvoir adjudicateur se serait écarté. Enfin, les recourantes confirment et complètent leurs allégués quant à l'évaluation arbitraire de leur offre par le pouvoir adjudicateur. H. Dans leur duplique du 1er juin 2004, Y. confirme ses conclusions tendant au rejet du recours. Il souligne en particulier que l'appréciation des critères d'aptitude s'effectue en général de manière moins nuancée que celle des critères d'adjudication. De plus, des critères relatifs aux réalisations antérieures du

soumissionnaire, à la qualification et à l'expérience de ses chefs de projet et à son organisation ne relèveraient pas exclusivement de l'aptitude, mais constitueraient aussi des critères appropriés d'adjudication, en particulier lorsque le marché en cause porte sur le choix du planificateur général d'un ouvrage encore en projet. S'agissant de «l'organigramme fonctionnel» à fournir par les soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur invoque le fait que le Guide romand pour l'adjudication des marchés publics distingue entre organigramme de l'entreprise et organigramme du projet, et que le Groupement X. aurait compris qu'il devait fournir un organigramme du projet. Ce Groupement n'aurait en outre posé aucune question visant à clarifier le sens donné par le pouvoir adjudicateur à l'exigence d'un «organigramme fonctionnel». Par ailleurs, Y. confirme ses arguments quant au comptage des notes par points plein et dixième de point. Enfin, s'agissant de

## **E. 6**

l'appréciation matérielle de l'offre du Groupement X. au regard des critères d'adjudication, Y. rappelle que l'évaluation a été effectuée avec la même sévérité pour tous les soumissionnaires I. A la requête des recourantes, une audience publique a eu lieu le 8 juin 2004 à Lausanne. A cette occasion, les parties ont confirmé leurs conclusions, ceci après s'être exprimées une dernière fois. Extrait des considérants: 1. et 2. (...) 3. Les recourantes contestent au regard de l'égalité de traitement des soumissionnaires le fait que l'entreprise D., laquelle a collaboré à la préparation des plans de ré-affectation des Ateliers de V, ait été admise comme soumissionnaire et que le marché ait été adjugé au Groupement Z., dont elle est le pilote. a. Un dialogue technique entre un pouvoir adjudicateur et un futur soumissionnaire est licite dans la mesure où il ne porte pas atteinte ultérieurement à l'égalité de traitement des soumissionnaires et ne supprime pas la concurrence (art. VI § 4 de l'Accord GATT/OMC sur les marchés publics du 15 avril 1994 [AMP], RS 0.632.231.422; arrêt non publié du Tribunal fédéral du 6 janvier 2000, en la cause A. [2P.122/2000], consid. 3; décision de la Commission de recours du 31 août 1999, en la cause S. AG [CRM 1998-014], consid. 3b/aa; Evelyne Clerc, Innovation et marchés publics: propriété intellectuelle, prototype, concours d'idées, dialogue technique et financement privé, in Nicolas Michel/Roger Zäch (éd.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zurich 1998, p. 91-95; Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich 2003, ch. 513-522). b. En l'espèce, rien n'indique que l'égalité de traitement entre les soumissionnaires ait été violée par ce dialogue technique, qui s'est terminé lors du lancement de l'appel d'offres. Y. a indiqué que le dialogue technique entretenu avec D. n'a porté que sur l'avant-projet et le dossier d'approbation des plans destiné à l'OFT - et non sur la préparation du dossier d'appel d'offres. Il est apparu durant l'instruction du recours et la séance de délibération publique du 8 juin 2004 qu'au moins un document préparé par D., le planning initial des travaux a été repris par le pouvoir adjudicateur en annexe aux Directives et instructions figurant dans la documentation d'appel d'offres. Toutefois, rien n'indique au surplus que l'entreprise ait eu la possibilité d'influencer en sa faveur la définition de l'appel d'offres. Les spécifications relatives à l'objet du marché, les critères d'aptitude et d'adjudication n'apparaissent pas non plus formulées selon les capacités particulières de D. Tous les documents élaborés dans le cadre de l'avant-projet ont été mis à disposition de chaque soumissionnaire sous la forme d'un CD-ROM. Les soumissionnaires ont disposé d'un temps suffisamment long pour en prendre connaissance, du fait que la durée initiale de l'appel d'offres a été prolongée de plus de trois mois.

## **E. 7**

En conséquence, la Commission de recours conclut que l'intervention de D. dans la première phase de préparation des plans destinés à l'OFT n'a pas préterité les autres soumissionnaires. Au vu des circonstances du cas d'espèce, il n'y a ni violation de l'égalité de traitement, ni suppression de la concurrence. 4.a. Le Groupement X. considère que la méthode d'évaluation choisie par le pouvoir adjudicateur violerait le principe de la transparence, voire celui de l'égalité de traitement, en ce qu'elle inclurait parmi les critères d'adjudication des éléments tenant à l'aptitude des soumissionnaires. Une interprétation conforme à la loi de la méthode d'évaluation choisie par Y. impliquerait que l'évaluation technique et organisationnelle des offres (parties B et C des offres) concernait la seule aptitude des soumissionnaires, tandis que l'analyse de l'offre financière (partie E) concernait l'évaluation des critères d'adjudication. Selon cette interprétation, le marché serait attribué sur la seule base du prix le plus bas; il devrait alors être adjugé au Groupement X., qui a soumis l'offre la meilleure marché. Le pouvoir adjudicateur conteste avoir procédé à une «double appréciation» de l'aptitude des soumissionnaires, à la fois au titre des critères d'aptitude et d'adjudication. Il considère que les critères d'adjudication destinés à permettre l'évaluation technique et organisationnelle des offres se rapportaient directement aux prestations de services faisant l'objet du marché. En outre, ces critères avaient été publiés dans l'appel d'offres, sans être contestés par aucun soumissionnaire. Les griefs soulevés par les recourantes sur ce point seraient tardifs. Enfin, dès lors que le marché ne portait pas sur des biens standardisés, une adjudication sur la seule base du prix, comme argumentée par les recourantes, serait contraire à l'art. 21 al. 3 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1). b. L'appel d'offres prévoit comme critères d'aptitude les éléments suivants (points 3.5 et 3.6 de l'appel d'offres): «L'appel d'offres est ouvert à tous les bureaux d'études établis et diplômés en Suisse ou dans un État signataire de l'accord OMC sur les marchés publics qui offre la réciprocité aux mandataires suisses. Les candidats devront fournir les preuves de leurs compétences avérées en justifiant de l'exécution de mandats de planification comparables, conformément aux directives définies dans les documents d'appel d'offres. Le team devra comporter les prestataires suivants: - Architecte - Ingénieur civil - Ingénieur CVSE Un prestataire ne pourra faire partie que d'un seul groupement de mandataire général Justificatifs requis: Selon documents de l'appel d'offres.» Quant aux critères d'adjudication, le point 3.7 de l'appel d'offres portait uniquement la mention: «Selon documents de l'appel d'offres.»

## **E. 8**

Selon les Directives et Instructions relatives à l'appel d'offres, ainsi que le Dossier d'appel d'offres, les soumissionnaires devaient soumettre leurs offres dans deux enveloppes distinctes, relatives pour la première à l'offre technique (partie A, B, C et D) et, pour la seconde, à l'offre financière (partie E). Les critères et moyens de preuve requis pour «l'offre technique» concernaient: - pour la partie A: la composition du groupement de mandataire général. A ce titre, chaque groupement devait indiquer, outre la dénomination du groupement, les coordonnées complètes de l'architecte, de l'ingénieur civil, de l'ingénieur chauffage-ventilation, de l'ingénieur sanitaire et de l'ingénieur électricien membres du groupe. - pour la partie B: les aspects qualitatifs du groupement. Etaient examinées à ce titre les références en matière d'entretien de matériel (...), les références de projets établis pour Y. ou une autre entreprise (...) d'importance similaire, les références de réalisations industrielles, les références d'exécution en team multidisciplinaire, ainsi que la connaissance du site et motivation du mandataire. - pour la partie C: la disponibilité du groupement. Cet aspect devait comporter un organigramme fonctionnel du mandataire, les

qualifications et expérience des chefs de projet - à la fois pour le pilote et pour chacune des spécialités (architecture, génie civil, chauffage-ventilation, etc.) -, des indications destinées à démontrer la pérennité du groupement (à savoir les effectifs du groupement selon les types et niveaux de formation, ainsi que les équipements et logiciels informatiques) et le certificat ISO[122] du pilote. - pour la partie D: les engagements du soumissionnaire et la signature de tous les membres du groupement. L'évaluation des offres s'est effectuée en plusieurs étapes. Dans une première étape, le pouvoir adjudicateur a procédé à un contrôle formel de conformité, qui a porté sur le respect de la date et de l'heure limites de remise des offres ainsi que sur le caractère complet et rempli des engagements/signatures et des offres techniques et financières (parties A, B, C, D et E). La vérification de l'aptitude sur la base de la seule partie A de l'offre a été effectuée dans cette première phase. Dans une deuxième étape, le pouvoir adjudicateur a procédé à l'évaluation de l'offre technique en se fondant sur les parties B et C. Une pondération de 50% a été attribuée à la partie B et de 30% à la partie C. Ces pondérations étaient subdivisées en fonction des différents justificatifs exigés dans chaque partie. Dans une troisième étape, le pouvoir adjudicateur a évalué l'offre financière, dotée d'une pondération totale de 20%, en fonction, d'une part, de la valeur et du prix et, d'autre part, de la transparence dans l'établissement de l'offre. Les points des parties B, C et E ont été additionnés pour obtenir la note finale de chaque groupement. En l'espèce, il ressort des Directives et Instructions (point 2.5.2), du Dossier d'appel d'offres, du Rapport d'évaluation des offres du 19 janvier 2004, ainsi que du mémoire-réponse du pouvoir adjudicateur que l'aptitude des soumissionnaires à remplir les critères énumérés au point 3.5 de l'appel d'offres a été vérifiée sur la seule base des exigences figurant dans la partie A du Dossier d'appel d'offres, à savoir: - bureaux d'études établis et diplômés en Suisse ou dans un Etat signataire de l'AMP qui offre la réciprocité aux mandataires suisses;

#### **E. 9**

- groupement composé des divers spécialistes exigés par l'appel d'offres (architecture, ingénierie civile, ingénierie); - groupement composé de bureaux qui ne font pas partie d'un autre bureau. Cette évaluation de l'aptitude a été effectuée dans la première étape de l'évaluation des offres, avec le contrôle de conformité. Les cinq groupements ayant déposé une offre ont été considérés comme aptes sur cette base. Tous les autres critères et moyens de preuve, relatifs à l'offre technique et financière (parties B, C et E du Dossier d'appel d'offres) ont été évalués comme critères d'adjudication, selon la pondération suivante (points 2.5.3-2.5.5): Critères - Offres techniques Pondération B Aspects qualitatifs 50% B1 Références en matière d'entretien de matériel (...) 15% B2 Références de projets établis pour Y. ou une autre entreprise (...) d'importance similaire 12% B3 Références de réalisations industrielles 9% B4 Références d'exécution en team multidisciplinaire 8% B5 Connaissance du site, motivation du mandataire 6% C Disponibilité 30% C1 Organigramme fonctionnel du mandataire 12% C2 Qualification et expérience des chefs de projet 8% C3 Pérennité du groupe 6% C4 Certificat ISO du pilote 4% Total des points - Offres techniques 80% Critères - Offres financières E Prix de l'offre E1 Valeur et prix 15% E2 Transparence de l'établissement de l'offre 5% Total des points - Offres financières 20% Total des points (B + C + E) 100% c. Y. objecte que le grief relatif à la prise en compte de critères d'aptitude dans l'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse serait tardif, faute pour le Groupement X. d'avoir immédiatement contesté l'appel d'offres ou la documentation d'appel d'offres. L'appel d'offres mentionne les critères d'aptitude (point 3.5); en revanche, il n'indique aucun critère d'adjudication, mais renvoie seulement à la documentation d'appel d'offres à ce propos (point 3.7). L'intention du pouvoir adjudicateur

d'utiliser les justificatifs de l'aptitude dans le cadre des critères d'adjudication ne ressort ainsi nullement de l'appel d'offres, mais résulte entièrement de la documentation d'appel d'offres. Selon la jurisprudence de la Commission de recours, l'obligation de contestation immédiate ne concerne

#### **E. 10**

que les éléments de l'appel d'offres dont le sens et la portée apparaissent d'emblée suffisamment clairement pour que le soumissionnaire puisse en reconnaître la possible illicéité. De plus, la documentation d'appel d'offres n'est pas englobée dans la notion d'appel d'offres au sens de l'art. 29 let. b LMP et ne figure pas parmi les autres décisions limitativement énumérées à l'art. 29 LMP. D'éventuelles illégalités contenues dans cette documentation ne doivent pas faire l'objet d'un recours immédiat, sous peine de forclusion, mais peuvent au contraire être contestées à un stade ultérieur de la procédure de passation, lors de la notification d'une autre des décisions énumérées à l'art. 29 LMP, notamment lors de l'adjudication (décision de la Commission de recours du 16 novembre 2001, in JAAC 66.38 consid. 3b-d; Galli/Moser/Lang, op. cit., ch. 610). En conséquence, le recours du Groupement X. n'est pas tardif sur ce point. d.aa. Les critères d'aptitude et ceux d'adjudication, avec les moyens de preuve y relatifs, doivent en principe être distingués, car les uns se réfèrent à la capacité du soumissionnaire et les autres à l'offre elle-même. D'une part, les critères d'aptitude servent à vérifier la capacité technique, économique et financière de chaque soumissionnaire à exécuter le marché en cause (art. VIII § b AMP; art. 9 al. 1 LMP et art. 9 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP], RS 172.056.11). L'Annexe 3 à l'OMP contient une énumération exemplative des moyens de preuve pouvant être demandés par le pouvoir adjudicateur pour vérifier l'aptitude des soumissionnaires. D'autre part, les critères d'adjudication permettent d'évaluer les offres et de déterminer celle qui est économiquement la plus avantageuse (art. XII § 2 al. h AMP; art. XIII § 4 al. b AMP); des exemples de tels critères figurent à l'art. 21 al. 1 LMP. Toutefois, cette distinction n'est pas totalement étanche: les critères d'aptitude, bien qu'ils concernent la personne même du soumissionnaire, doivent également être directement et concrètement en rapport avec la prestation à accomplir, en ce sens qu'ils doivent porter sur des qualifications nécessaires pour mener à bien cette prestation (art. VIII § b AMP; art. 9 al. 2 OMP; ATF 129 I 313 consid. 8.1; Olivier Rodondi, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in *Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF] 2001 I p. 394 s.*). Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix des critères d'aptitude et d'adjudication, des moyens de preuve requis ainsi que dans la pondération des différents critères d'adjudication (Galli/Moser/Lang, op. cit., ch. 284 et 403). Afin de respecter le principe de transparence (art. 1 al. 1 let. a LMP), la publication des critères d'aptitude et d'adjudication doit faire l'objet de points distincts (art. XII § 2 al. f et h AMP; points 10 et 14 de l'annexe 4 à l'OMP). Les critères d'aptitude et moyens de preuve requis à cet égard doivent être publiés dans l'appel d'offres ou la documentation relative à l'appel d'offres (art. VIII § a et b AMP; art. IX § 6 al. f AMP; art. XII § 2 al. f AMP; art. 9 LMP, art. 16 al. 1 OMP et ch. 10 de l'annexe 4 à l'OMP). Les critères d'adjudication doivent être publiés dans la documentation d'appel d'offres, ou déjà dans l'appel d'offres lorsqu'il n'est pas remis d'autre documentation (art. XII § 2 al. h AMP; art. 21 al. 2 LMP; point 14 de l'annexe 4 à l'OMP et point 6 de l'annexe 5 à l'OMP). En procédure ouverte, contrairement à la procédure sélective, la vérification des critères d'aptitude et d'adjudication a lieu dans une seule et même étape, et non en deux phases successives. Quelle que soit la procédure de passation

## E. 11

utilisée dans un cas d'espèce, il n'en demeure pas moins que le pouvoir adjudicateur doit toujours évaluer la conformité tant aux critères d'aptitude que d'adjudication. Il y a violation du principe de l'égalité de traitement et du principe de la transparence lorsque l'aptitude d'un soumissionnaire n'est pas examinée du tout ou ne l'est pas correctement ou qu'elle n'est pas documentée de manière à en assurer la traçabilité (décisions de la Commission de recours du 1er septembre 2003, in JAAC 68.10 consid. 2a/dd et du 4 février 1999, in JAAC 64.9 consid. 2a/dd). L'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (avec annexes et acte final, ci-après: Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics, RS 0.172.052.68) se réfère en substance aux mêmes principes susmentionnés, en ce qui concerne les critères d'aptitude et d'adjudication (art. 4 § 1 let. c-e de l'Accord bilatéral). De plus, la «Déclaration commune des Parties contractantes sur les procédures de passation des marchés et de contestation» prévoit que la Suisse respecte les procédures de passation prévues par l'art. 4 de l'Accord bilatéral si elle applique les règles découlant de l'AMP (RO 2002 1994). bb. Dans sa jurisprudence rendue en matière de procédure sélective, la Commission de recours considère que la vérification des critères d'aptitude doit avoir lieu de manière complète et définitive dans la première phase de préqualification. Un nouvel examen de l'aptitude dans le cadre de l'évaluation ultérieure des offres au regard des critères d'adjudication est illicite. Serait aussi illicite une pondération finale entre le résultat de l'évaluation des offres et le degré d'aptitude de chaque soumissionnaire, visant à prendre en compte la meilleure ou moins bonne aptitude de chaque soumissionnaire (décision de la Commission de recours du 3 septembre 1999, in JAAC 64.30 consid. 4). En revanche, la Commission de recours ne s'est pas encore prononcée sur la prise en compte du degré exact d'aptitude de chaque soumissionnaire («Mehreignung») au stade de l'évaluation des critères d'adjudication, dans une procédure ouverte (décision précitée de la Commission de recours du 1er septembre 2003, in JAAC 68.10 consid. 2b/cc). Les recourantes voient, dans la prise en compte d'éléments relevant typiquement de l'aptitude parmi les critères d'adjudication, une violation des dispositions de la LMP relatives à l'évaluation de l'aptitude et des offres ainsi qu'une violation du principe de la transparence. cc. Cette question est controversée en doctrine et dans la jurisprudence (Peter Gauch/Hubert Stöckli/Jacques Dubey, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1999, ch. 11.7 et 16.5-16.7; Etienne Poltier, Les marchés publics: premières expériences vaudoises, in RDAF 2000 I p. 306 s.; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 2000, p. 242 s.; Rodondi, op. cit., p. 410-413; Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in Pratique juridique actuelle [PJA] 2001, p. 1414 s.; Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 88 s.; Galli/Moser/Lang, op. cit.,

## E. 12

ch. 297-300 et la jurisprudence citée). Les arguments en faveur ou à l'encontre d'une prise en compte de l'aptitude dans le cadre de l'attribution du marché peuvent être résumés comme suit. aaa. Les partisans d'une séparation complète entre critères d'aptitude et d'adjudication considèrent d'abord que les critères d'aptitude constituent uniquement des exigences minimales quant à la capacité des soumissionnaires. Il s'agirait de critères d'exclusion dont l'évaluation aboutit à une réponse par oui ou par non («pass or fail»). Soit

le soumissionnaire remplit tous les critères d'aptitude exigés par le pouvoir adjudicateur, soit il ne les remplit pas et doit être exclu de la procédure de passation. L'exclusion d'un soumissionnaire ne peut être évitée en compensant un critère d'aptitude non rempli par un meilleur degré d'aptitude pour un autre critère, ni, a fortiori, au motif que l'offre du soumissionnaire en cause est économiquement la plus avantageuse sous l'angle des critères d'adjudication (au sens strict). Les tenants de cette doctrine en déduisent que la meilleure capacité d'un soumissionnaire, qui irait au-delà des exigences minimales énumérées dans les critères d'aptitude pour le marché en cause, ne jouerait aucun rôle: tous les soumissionnaires ayant satisfait aux critères d'aptitude devraient ensuite être traités sur pied d'égalité dans le cadre du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. En revanche, les critères d'adjudication seraient susceptibles d'une évaluation graduée: un critère d'adjudication peu ou mal rempli n'entraîne pas l'élimination de l'offre, mais uniquement une pénalité correspondante sous la forme d'une note insuffisante, qui peut éventuellement être compensée par de meilleures notes attribuées à d'autres critères d'adjudication (Rodondi, op. cit., p. 412 s.; Denis Esseiva, note S11 n° 1 ch. 6, in Droit de la construction [DC] 2/1999 p. 57). Les critiques objectent que cette distinction formelle se heurte à la réalité et aux besoins de la pratique. Les qualifications techniques et organisationnelles, ainsi que la capacité financière d'un soumissionnaire ne sont jamais une valeur absolue, mais connaissent au contraire des degrés dans la réalité. Les mandants et maîtres d'ouvrage opérant dans le secteur privé soulignent aussi qu'une adjudication optimale dépend d'une prise en compte de tous les critères de décision, dans leur globalité (Gauch/Stöckli/Dubey, op. cit., ch. 16.5 et 16.7; Jean-Baptiste Zufferey [éd.], Les juridictions administratives face aux marchés publics - colloque du 3 octobre 2000 à l'Université de Fribourg, p. 47 s.). Dès lors, un pouvoir adjudicateur devrait pouvoir adjuger le marché à une offre moins avantageuse au regard des critères d'adjudication stricto sensu, au motif que le soumissionnaire qui l'a présentée serait mieux qualifié que son concurrent. Plusieurs pratiques et jurisprudences cantonales, soutenues par la doctrine, considèrent même qu'il peut s'avérer non seulement utile, mais indispensable dans certaines circonstances, de prendre en compte des éléments liés à l'aptitude au stade de l'adjudication du marché. Tel serait en particulier le cas dans certains marchés de services, y compris des services d'ingénieur ou d'architecte, où la qualité du service offert ne peut être suffisamment déterminée directement (à l'exception du critère du prix), tant que le service n'est pas effectivement presté. Dans ces cas, la qualité de l'offre reposerait largement sur un pronostic indirect basé sur l'aptitude technique et organisationnelle du soumissionnaire et sur les réalisations antérieures de celui-ci (Tribunal administratif [TA] AG du 4 novembre 1999, in Aargauische

### **E. 13**

Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1999 p. 324, consid. 2b; TA ZH du 18 décembre 2002, [VB.2001.00095], in Baurechtsentscheide Kanton Zürich [BEZ] 2003, n° 13, consid. 2; TA VD du 9 décembre 2003 [GE2003/0095], consid. 4; Canton de Zurich, Handbuch für die Vergabestellen 2004 - Kap. 8: Merkblätter, M 6, p. 8 à 13, [http://www.beschaffungswesen.zh.ch/internet/bd/bd\\_gs/sub/de/handbuch\\_fuer\\_vergabestellen.html](http://www.beschaffungswesen.zh.ch/internet/bd/bd_gs/sub/de/handbuch_fuer_vergabestellen.html); Lang, op. cit. p. 242 s.; Hauser, op. cit., p. 1414 s.). bbb. Selon un autre argument en faveur d'une séparation complète entre critères d'aptitude et d'adjudication, on ne saurait procéder à un «double examen des critères d'aptitude», à savoir retenir un même critère tant pour l'évaluation de l'aptitude que de l'adjudication, car cela reviendrait à évaluer les soumissionnaires deux

fois sur un même critère (Conférence Romande des Travaux Publics, Guide romand pour l'adjudication des marchés publics, décembre 1999, point 6, p. 34). Cette objection, formulée pour la procédure sélective, est aussi citée en relation avec la procédure ouverte (Gauch/Stöckli/Dubey, op. cit., ch. 11.7 et 16.5-16.7; Peter Gauch, Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, DC 1/1999 p. 32; Esseiva, op. cit., in DC 2/1999 p. 57). Dans la pratique toutefois, la distinction entre critères d'aptitude et d'adjudication peut s'avérer difficile à opérer, surtout lorsque l'adjudication se déroule en une seule phase, en procédure ouverte (ATF 129 I 313 consid. 8.1; Poltier, op. cit., p. 306 s.). Pour parer au grief d'un double examen des critères d'aptitude, les pouvoirs adjudicateurs ont introduit une distinction quelque peu artificielle, selon laquelle des critères d'aptitude de caractère plus général, sont ensuite repris et affinés au stade des critères d'adjudication. Ainsi, le Guide romand recommande la classification suivante (Guide romand précité, Annexes, points 2.2 et 2.3): critères d'aptitude critères d'adjudication - organisation générale du soumissionnaire - organisation du soumissionnaire mise en place pour l'exécution du marché - expériences de l'entreprise dans le domaine de l'objet à réaliser - capacité et disponibilité du personnel - compétences, expériences des personnes responsables pour l'objet à réaliser Force est de constater que les critères d'adjudication susmentionnés concernent directement la capacité des soumissionnaires à mener à bien l'exécution du marché en cause, de sorte qu'ils relèvent matériellement de l'aptitude (voir en ce sens, Rodondi, op. cit., p. 411; également TA VD du 9 décembre 2003 [GE2003/0095], consid. 4). La loi impose en effet que les critères d'aptitude retenus soient directement en relation avec l'objet du marché, en ce sens qu'ils permettent de vérifier les qualifications nécessaires à la bonne exécution du marché (art. VIII § b AMP; art. 9 al. 2 OMP). ccc. Enfin, la prise en compte du degré exact d'aptitude pour désigner l'offre économiquement la plus avantageuse violerait l'exigence de séparation stricte expressément prévue par la loi entre les deux types de critères et

#### **E. 14**

serait susceptible de porter atteinte au principe de la transparence et à l'égalité de traitement des soumissionnaires (Gauch/Stöckli/Dubey, op. cit., ch. 16.7; Gauch, op. cit., in DC 1/1999, p. 32; Esseiva, op. cit., in DC 2/1999 p. 57). Cet argument découle essentiellement d'une jurisprudence allemande du «Bundesgerichtshof» rendue à l'occasion d'un marché de travaux passé en procédure ouverte, et dans le cadre duquel les critères d'adjudication (non publiés en l'espèce) avaient été appliqués en tenant compte du meilleur degré d'aptitude de l'adjudicataire. L'arrêt du «Bundesgerichtshof» repose sur trois motifs: d'abord, les directives européennes et le droit allemand en vigueur exigeaient que l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires et des offres fassent l'objet d'étapes successives distinctes, afin de garantir le caractère objectif et vérifiable des décisions d'adjudication; en deuxième lieu, le pouvoir adjudicateur aurait dû avoir recours à une procédure de passation autre que la procédure ouverte si la prise en compte d'un meilleur degré d'aptitude s'avérait indispensable; enfin, le principe de la transparence était violé dès lors que le pouvoir adjudicateur n'avait pas publié les critères d'adjudication, ni son intention de tenir compte à ce stade du degré exact d'aptitude des soumissionnaires (Sen. Urteil vom 8.9.1998 - X ZR 109/96, publié in Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHZ] 139, 273, consid. 2 et 3). dd.aaa. En adoptant la loi fédérale sur les marchés publics, le législateur fédéral a voulu assurer autant que possible l'eurocompatibilité du droit suisse en matière de marchés publics (Message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC [Cycle d'Uruguay; Message 1 GATT, in FF 1994 IV 343 s.]).

Cette volonté a été encore renforcée par la conclusion de l'Accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne en matière de marchés publics, dont découle en particulier l'assujettissement de Y. à la LMP. Elle est concrétisée par le fait que les parties s'informent de toute question relative à l'interprétation et l'application de l'Accord (art. 7 § 2 de l'Accord bilatéral) et qu'elles soumettent à un Comité mixte tout différend qui surgirait à ce propos (art. 10 de l'Accord bilatéral). De plus, les directives européennes en matière de marchés publics connaissent aussi la distinction entre critères de sélection (= d'aptitude) et d'attribution (= d'adjudication; voir, notamment, art. 23, 29, 31 et 32 ainsi que 36 de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, Journal officiel des Communautés européennes [JO] 1992 L 209/1). Il paraît dès lors justifié de se référer au droit européen en matière de marchés publics, ainsi qu'à la jurisprudence y relative de la Cour de justice des Communautés européennes (décision non publiée de la Commission de recours du 17 mars 2004, en la cause G. SA [CRM 2003-025], consid. 1e). Selon la Cour de justice, l'art. 36 de la directive 92/50/CEE précitée (relatif aux critères d'attribution du marché) ne saurait être interprété en ce sens que chacun des critères retenus par le pouvoir adjudicateur afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse doit nécessairement être de nature purement économique. En effet, il ne saurait être exclu que des facteurs qui ne sont pas purement économiques puissent affecter la valeur d'une offre au regard dudit pouvoir adjudicateur (arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes [CJCE] du 17 septembre 2002, en la cause Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. 2002 p. I-7213, point 55). Le Tribunal

#### **E. 15**

de première instance en a déduit, dans le cadre d'un marché de travaux, que des critères qualitatifs mentionnés au cahier des charges pour évaluer la capacité d'un soumissionnaire à exécuter les travaux (expérience et capacité technique du soumissionnaire et de son équipe, habitude du type de projet visé par le marché en question et qualité des sous-traitants proposés) peuvent être appliqués de manière objective et uniforme afin de comparer les offres et sont clairement pertinents pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse (arrêt de la CJCE du 25 février 2003, en la cause Renco c/ Conseil, T-4/01, Rec. 2003 p. II-171, point 68 s.). Cette jurisprudence du Tribunal de première instance semble toutefois contredite par un arrêt ultérieur de la Cour de justice. Dans le cadre de la passation d'un marché de fournitures, la Cour de justice a déclaré que le choix du pouvoir adjudicateur quant aux critères d'attribution du marché qu'il entend retenir ne peut porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Tel ne serait pas le cas d'une liste de références des principales livraisons effectuées au cours des trois dernières années par le soumissionnaire, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé des livraisons. D'une part, une telle liste figure expressément parmi les références probantes pouvant être exigées pour justifier la capacité technique des fournisseurs; d'autre part, la simple liste exigée en l'espèce ne contient pas d'autres précisions relatives aux livraisons effectuées aux clients, de sorte qu'elle ne fournit aucune indication permettant d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et ne saurait dès lors constituer un critère d'attribution du marché (arrêt de la CJCE du 19 juin 2003, en la cause GAT, C-315/01, Rec. 2003 p. I-6351, points 57, 58, 63-66). La jurisprudence européenne paraît ainsi exclure la prise en compte d'une liste de référence permettant de vérifier l'aptitude en tant que critère d'adjudication du marché. La Commission de recours observe toutefois que cette exclusion est motivée, dans le cadre de l'affaire GAT précitée,

non pas uniquement par le fait qu'il s'agirait d'un critère d'aptitude, mais aussi par celui que la simple liste de références exigée en l'espèce ne fournissait aucune indication propre à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. On ne saurait exclure à ce stade qu'une exigence plus étendue, qui notamment aurait permis au pouvoir adjudicateur de vérifier l'expérience bonne ou mauvaise faite par les clients du soumissionnaire avec les produits acquis (arrêt précité en la cause GAT, point 57), puisse constituer un critère d'attribution admissible. bbb. Par ailleurs, la Commission de recours observe que le droit européen et le droit suisse connaissent une différence importante quant aux procédures de passation applicables aux marchés de services. En effet, la directive-services (art. 11 § 2 point c de la directive 92/50/CEE) permet l'utilisation d'une procédure négociée avec publication préalable d'un avis de marché «lorsque, notamment dans le domaine des prestations intellectuelles et des services au sens de la catégorie 6 de l'annexe I A [services financiers], la nature du service à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par la sélection de la meilleure offre, conformément aux règles régissant la procédure ouverte ou la procédure restreinte».

## **E. 16**

La doctrine européenne énumère parmi les prestations intellectuelles: les services informatiques; les services comptables, d'audit et de tenues de livres; les services d'études de marché et de sondages; les services de recherche-développement ainsi que les services d'architecture et d'ingénierie, d'aménagement urbain et d'architecture paysagère, d'essais et d'analyses techniques, de consultations scientifiques et techniques. Entre notamment dans cette catégorie toute activité relevant du domaine des essais, de la surveillance, de l'étude et du conseil dans le cadre de la conception, de l'exécution et de la gestion de travaux de bâtiment ou de génie civil (Philippe Flamme/Maurice-André Flamme, Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation, Revue du marché commun [RMC] février 1993, p. 153 et note 34). La nouvelle directive adoptée le 31 mars 2004, et qui est destinée à remplacer notamment la directive service 92/50/CEE, a maintenu la faculté d'une procédure négociée avec publication préalable pour les marchés de services portant sur des prestations intellectuelles. La disposition pertinente a même été précisée par la mention expresse des marchés portant sur «la conception d'ouvrage» (art. 30 § 1 point c de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO 2004 L 134/114). Cette précision a été ajoutée à l'initiative du Parlement européen, qui souhaitait voir spécifier que les prestations des architectes et des ingénieurs doivent être considérées comme des prestations intellectuelles permettant l'utilisation de la procédure négociée (Document de la séance du 29 octobre 2001, A5-0378/2001, Partie 1 - Rapport de la commission juridique et du marché intérieur, p. 46; Avis du Parlement européen en 1ère lecture, adopté le 17 janvier 2002, ad art. 32 § 3, JO 2002 C 271 E/195). La Commission de recours observe que la loi fédérale en matière de marchés publics ne connaît pas de procédure équivalente, qui correspondrait à une procédure de gré à gré précédée d'un appel d'offres public. Par ailleurs, la liste des cas permettant le recours à la procédure de gré à gré (sans appel d'offres) ne prévoit pas l'hypothèse d'un marché de service où la prestation à effectuer ne peut être spécifiée avec suffisamment de précision pour utiliser une procédure ordinaire. En conséquence, les marchés de services portant sur de telles prestations intellectuelles doivent être passés en procédure ouverte ou restreinte, lorsqu'ils tombent dans le champ d'application de la LMP.

Il faut tenir compte de cette différence importante par rapport au droit européen lorsque est examinée la question de savoir si des critères propres à l'aptitude du soumissionnaire peuvent jouer un rôle au stade de l'adjudication d'un marché de service passé en procédure ouverte. La Commission de recours rappelle d'abord que le texte et la systématique des accords internationaux, en particulier de l'AMP et de la loi fédérale sur les marchés publics impliquent une séparation de principe claire entre critères d'aptitude et d'adjudication. Les uns se réfèrent à la capacité technique et financière des soumissionnaires, et les autres à l'offre elle-même. En particulier, les critères d'adjudication retenus par le pouvoir adjudicateur doivent viser à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Il ressort de l'art. XIII § 4 al. a et b AMP et de l'art. 11 let. a LMP que seules peuvent être considérées en vue de l'adjudication les offres déposées par

#### **E. 17**

des soumissionnaires remplissant les conditions de participation, c'est-à-dire ceux qui ont été reconnus pleinement capables d'exécuter le marché. Ces dispositions impliquent en particulier qu'un soumissionnaire ne remplissant pas les exigences minimales figurant dans les critères d'aptitude doit être éliminé de la procédure de passation, ou sa sélection être révoquée. Ces principes valent aussi bien en procédure sélective qu'en procédure ouverte. En revanche, il ne ressort pas du sens et du but de la réglementation légale qu'une meilleure capacité d'un soumissionnaire ne doive jamais entrer en considération en tant que critère d'adjudication, quels que soient le type et la nature du marché en cause ou la procédure de passation utilisée. Compte tenu du cadre légal existant, qui postule le principe de la vérification séparée des critères d'aptitude et d'adjudication, une telle possibilité doit toutefois être limitée aux seuls marchés où elle s'avère indispensable, et non pas simplement souhaitable ou justifiable. Dans l'hypothèse de la passation d'un marché de service portant sur une prestation intellectuelle qui ne peut être d'emblée spécifiée avec suffisamment de précision, il est particulièrement difficile d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse au moyen de critères d'adjudication (*stricto sensu*) autres que le prix. Or, il serait paradoxal et contraire au but poursuivi par la réglementation sur les marchés publics que les marchés de service de prestations intellectuelles, dans lesquels la personne de l'adjudicataire joue un rôle crucial, soient en définitive adjugés au prix le plus bas, alors même qu'une telle faculté est réservée par la loi aux adjudications portant sur des biens largement standardisés (art. 21 al. 3 LMP). Pour mesurer la qualité de l'offre, le pouvoir adjudicateur doit alors pouvoir utiliser des moyens de preuve indirects, tels que le degré exact d'aptitude technique et organisationnelle du soumissionnaire. Les principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires ne paraissent pas mis en danger par la prise en compte d'éléments relevant matériellement de l'aptitude dans le cadre des critères d'adjudication, lorsque ces critères sont d'emblée publiés clairement et avec leur pondération exacte. Il n'en résulte pas non plus un risque accru de manipulation, dès lors que le large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur dans l'évaluation des critères d'adjudication (*stricto sensu*) ne paraît pas plus étendu lorsque sont inclus parmi ceux-ci des critères relevant matériellement de l'aptitude. Dès lors, la Commission de recours admet que des critères relevant matériellement de l'aptitude puissent être pris en compte parmi les critères d'adjudication dans les cas de marché de service portant sur une prestation intellectuelle qui ne peut être d'emblée spécifiée avec suffisamment de précision. Cette faculté doit être exercée en respectant les principes et obligations imposées par la réglementation en matière de marchés publics. En particulier, les critères retenus par le pouvoir adjudicateur doivent être formulés et vérifiés de manière à

permettre l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse, et non pas seulement l'aptitude du soumissionnaire. Notamment, une simple liste de références à des prestations de services similaires est insuffisante si elle ne permet pas au pouvoir adjudicateur de vérifier l'expérience bonne ou mauvaise faite par les clients du soumissionnaire. Conformément au principe de transparence, et afin d'assurer l'égalité de traitement des soumissionnaires et d'éviter tout risque de manipulation, le pouvoir adjudicateur doit publier d'emblée, et avec leurs

## **E. 18**

pondérations précises, les critères d'adjudication qu'il entend appliquer, y compris les critères relevant matériellement de l'aptitude. Violerait le principe de la transparence une simple prise en compte de la meilleure ou moins bonne aptitude des soumissionnaires qui n'aurait pas été d'emblée annoncée dans l'appel d'offres ou le cahier des charges. Par ailleurs, il faut rappeler que le pouvoir adjudicateur reste toujours soumis à l'obligation de vérifier la capacité technique et financière des soumissionnaires, et en conséquence de publier de manière séparée les critères d'aptitude retenus. Enfin, une prise en compte de critères relevant matériellement de l'aptitude parmi les critères d'adjudication serait contraire à la nature même de la procédure sélective, qui implique un déroulement en deux étapes dans lesquelles sont successivement vérifiées l'aptitude du soumissionnaire, puis l'offre elle-même. Le pouvoir adjudicateur peut en principe choisir librement entre la procédure ouverte ou sélective (art. 13 al. 1 LMP), mais il agirait de manière contradictoire en utilisant la procédure sélective pour passer un marché de service portant sur prestation intellectuelle qui ne peut être d'emblée spécifiée suffisamment clairement. La procédure sélective implique que la prestation de service en cause est suffisamment définie pour faire l'objet d'un examen séparé de celui de l'aptitude du soumissionnaire, et en conséquence que la prise en compte d'éléments relevant matériellement de l'aptitude parmi les critères d'adjudication n'est pas indispensable. Si, en revanche, il paraît impossible d'évaluer la prestation de service faisant l'objet du marché séparément de l'aptitude du soumissionnaire, le recours à la procédure sélective serait inapproprié. En conséquence, la Commission de recours considère que la faculté de prendre en compte des critères relevant matériellement de l'aptitude parmi les critères d'adjudication doit être réservée aux marchés, portant sur des services de prestation intellectuelle dont le contenu ne peut être d'emblée spécifié clairement, qui sont passés en procédure ouverte. La jurisprudence de la Commission de recours qui exclut un nouvel examen de l'aptitude dans le cadre de la seconde phase de la procédure sélective doit être confirmée (décision de la Commission de recours du 3 septembre 1999, in JAAC 64.30 consid. 4). e.aa. En l'espèce, il est avéré que plusieurs références relevant matériellement de l'aptitude étaient incluses dans les parties B et C du Dossier d'appel d'offres (offre technique et organisationnelle) et qu'elles ont été évaluées au titre des critères d'adjudication. Il s'agit notamment des références relatives aux réalisations antérieures du soumissionnaire (critères B1 à B4), de l'organigramme fonctionnel du soumissionnaire (critère C1), des justificatifs relatifs à l'expérience des chefs de projet (critère C2), au nombre de collaborateurs, ainsi qu'à leur type et niveau de formation et aux programmes informatiques utilisés (critère C3) et de la certification ISO du pilote du groupement (critère C4). Ces justificatifs, qui figurent aux ch. 3, 4, 5, 7, 8 et 10 de l'Annexe 3 à l'OMP, concernent tous la qualification des soumissionnaires. Il faut dès lors vérifier si la nature du marché en cause rendait indispensable l'usage de critères relevant matériellement de l'aptitude parmi les critères d'adjudication et, cas échéant, si l'usage qu'en a fait le pouvoir adjudicateur est conforme aux principes et règles applicables

en matière de marchés publics. bb. Le marché en cause, qui concerne des prestations de mandataire général (architecte, ingénieur civil, ingénieurs) pour la ré-affectation de la halle (...) à V, constitue une prestation de service de nature intellectuelle. Il ressort du

#### **E. 19**

descriptif de l'objet du marché et de la planification élaborée par le pouvoir adjudicateur que, dans une telle prestation de planification, le soumissionnaire ne présente pas directement un projet, mais offre plutôt de pouvoir en élaborer un. Dans un tel cas, il s'avère indispensable, pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, de se fonder sur certains éléments relevant matériellement de l'aptitude. L'argument des recourantes selon lequel le marché en cause aurait dû être adjugé à l'offre la plus basse, sur la seule base du prix, tend du reste à confirmer qu'il n'existait pas d'autres critères d'adjudication (au sens strict) que le pouvoir adjudicateur aurait pu utiliser afin de vérifier en particulier la qualité de l'offre. En outre, le marché a été passé en procédure ouverte. La Commission de recours admet dès lors, au regard du type et de la nature du marché en cause ainsi qu'au vu de la procédure de passation utilisée, que le pouvoir adjudicateur pouvait retenir des critères relevant matériellement de l'aptitude dans le cadre de l'adjudication. cc. Il faut encore vérifier que le pouvoir adjudicateur a respecté les principes et obligations imposées par la réglementation en matière de marchés publics. Les recourantes voient d'abord dans la prise en compte d'éléments relevant typiquement de l'aptitude parmi les critères d'adjudication une violation du principe de la transparence. La Commission de recours observe que le critère d'aptitude figurant au point 3.5 de l'appel d'offres selon lequel «les candidats devront fournir les preuves de leurs compétences avérées en justifiant de l'exécution de mandats de planification comparables, conformément aux directives définies dans les documents d'appel d'offres» n'a pas été évalué dans le cadre du contrôle de l'aptitude susmentionné. Les références relatives aux réalisations antérieures des soumissionnaires, de même que les justificatifs relatifs à l'expérience des chefs de projet, au nombre de collaborateurs, ainsi qu'à leur type et niveau de formation, aux programmes informatiques utilisés et à la certification ISO du pilote du groupement (offre technique figurant dans les parties B et C du Dossier d'appel d'offres) ont été évalués au titre de la qualité de l'offre, soit parmi les critères d'adjudication. On ne saurait cependant y voir une violation du principe de la transparence. En effet, tant les points 3.5 et 3.6 de l'appel d'offres (critères d'aptitude) que le point 3.7 (critères d'adjudication) renvoyaient à la documentation d'appel d'offres. Or, les Directives et Instructions relatives à l'appel d'offres, ainsi que le Dossier d'appel d'offres, indiquaient précisément aux soumissionnaires les critères qui seraient analysés dans le cadre de l'examen de l'aptitude et ceux qui le seraient dans le cadre de l'adjudication, les moyens de preuve exigés ainsi que la pondération respective de chaque critère. Le pouvoir adjudicateur a ainsi publié par avance son intention d'intégrer une «meilleure aptitude» dans l'appréciation de la qualité de l'offre, et a indiqué de manière claire quelle pondération il entendait donner à une «meilleure aptitude» par rapport aux autres critères d'adjudication. S'il est avéré que certains des critères annoncés dans l'appel d'offres comme relevant de l'aptitude ont été re-qualifiés en critères d'adjudication dans la documentation d'appel d'offres, ce fait était parfaitement connu de tous les soumissionnaires au moment où ils ont établi leurs offres. Bien que critiquable, cette divergence entre l'appel d'offres et la documentation d'appel d'offres ne constitue pas, en l'espèce, une violation du principe de la transparence.

#### **E. 20**

La Commission de recours observe aussi que les critères d'adjudication retenus par le pouvoir adjudicateur ont été formulés et vérifiés de manière à permettre l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse, et non pas seulement l'aptitude du soumissionnaire. En particulier, les soumissionnaires étaient appelés à indiquer, en relation avec chaque référence fournie, la nature du projet, la période de réalisation et le lieu de réalisation, le montant des travaux, le nom du maître de l'ouvrage ainsi que celui d'une personne de contact. A la suite du rapport d'évaluation et de la proposition du 19 janvier 2004 d'adjuger le marché à (...), Y. a, le

## **E. 22**

et d'adjudication (décisions de la Commission de recours du 17 mars 2004, en la cause G. SA [CRM 2003-025], consid. 4b et du 15 juin 2004 dans l'affaire S. AG [CRM 2003-032], consid. 2d). b. En l'espèce, il ressort de l'offre du Groupement Z. du 10 décembre 2003, et du procès-verbal de la séance intervenue le 16 janvier 2004 entre ce Groupement et le pouvoir adjudicateur, que l'entreprise pilote du projet est D. et O. occupe la fonction de chef de projet et P. est son remplaçant «actif». L. est en outre présenté comme étant l'architecte en charge du projet. Selon une information publiquement disponible sur le site web de D., cette dernière société et O. se sont séparés depuis le 31 octobre 2003, celui-ci poursuivant désormais ses activités d'ingénieur-conseil de façon indépendante. D. poursuit ses activités sous sa raison sociale et sous la direction déjà existante de P. Le pouvoir adjudicateur a entrepris de clarifier la relation entre la société-pilote D. et O., désigné comme chef du projet, ainsi que la fonction et le rôle opérationnel du remplaçant du chef de projet, P. Suite au téléphone y relatif entre un représentant de Y. et P. le 28 janvier 2004, D. a adressé à Y. un courrier en date du 29 janvier 2004 attestant en particulier les éléments suivants: - D. subsiste dans la même forme et reste le pilote du projet. - En cas d'adjudication du marché à Z., la participation au projet de O. sera assurée par un contrat spécifique entre lui et la société D., celle-ci restant totalement responsable envers Y. - «La coordination sera assumée par P., remplaçant du chef de projet, qui participera à l'ensemble des séances et assumera également le suivi opérationnel du projet au sein du Groupement Z. et de D.». Se satisfaisant de cette réponse de D., Y. a adjugé le même jour le marché au Groupement Z. Lors de l'audience publique du 8 juin 2004, Y. a exposé avoir interprété le courrier précité comme signifiant que O. restait le chef de projet effectif. Il ne s'avérait dès lors pas nécessaire de procéder à une nouvelle évaluation des notes données au Groupement Z. c. La Commission de recours observe que les indications figurant dans le courrier du 29 janvier 2004 sont vagues quant au degré exact d'implication de O., indiqué dans l'offre comme chef de projet. En particulier, le contrat qui liera D., pilote du projet, à O., chef de projet, n'a pas été fourni, et ne semble pas encore conclu. O. ayant quitté l'entreprise D. le 31 octobre 2003, soit avant même le dépôt de l'offre de Z. le 10 décembre 2004, la relation entre les deux parties en cas d'adjudication du marché aurait pu être réglée depuis longtemps déjà. Les indications fournies le 29 janvier 2004 par D. quant au rôle joué par P., présenté dans l'offre comme remplaçant du chef de projet, semblent plutôt indiquer qu'il sera de facto le véritable chef de projet, puisque c'est lui qui «participera à l'ensemble des séances et assumera également le suivi opérationnel du projet au sein du Groupement Z. et de D.». Le procès-verbal de la séance du 16 janvier 2004 entre Y. et le Groupement adjudicataire fait aussi mention de P. comme «remplaçant actif». Aucune indication dans le dossier de passation fourni par Y., ni aucune allégation de Y. n'indiquent que le pouvoir adjudicateur a pris contact avec O. afin de s'assurer de son

## E. 23

degré précis d'implication dans le projet. Si Y. a interprété son entretien téléphonique avec P. et le courrier de D. comme signifiant que O. restait le chef de projet effectif, la Commission de recours considère, sur la base des pièces soumises, qu'il est au moins aussi vraisemblable que les rôles de chef de projet et de remplaçant du chef de projet aient été inversés entre O. et P., par rapport aux indications figurant dans l'offre du Groupement adjudicataire. Il serait même compatible avec les indications figurant dans le courrier de D. que O. joue un simple rôle de conseil ad hoc dans la réalisation du projet, en totale contradiction avec les indications fournies dans l'offre de l'adjudicataire. Le très faible degré de vérification de Y. sur un point aussi important que le chef du projet est d'autant plus difficilement compréhensible qu'il a considéré que le marché en cause présentait par ailleurs des caractéristiques telles qu'il convenait de prendre en compte parmi les critères d'adjudication des éléments tenant à l'aptitude du soumissionnaire. La pondération des critères relatifs aux références techniques était de 50% et celle relative aux exigences organisationnelles de 30%. Dans son audition du Groupement Z. le 16 janvier 2004, Y. s'est notamment enquis, en relation avec les critères B1 à B4, des personnes clés ayant joué un rôle pour chacune des références citées. Il en est résulté que soit O., soit L. (architecte) avaient joué un rôle déterminant dans toutes les références. Enfin, la désignation de O. comme chef de projet a joué un rôle central dans la note attribuée aux critères organisationnels (point C de l'offre), comme le démontre les remarques formulées sur ce point par Y. quant à un «interlocuteur unique (manager de projet) clairement précisé» et quant à la «très longue expérience de O. et L. dans un grand nombre de projets importants» (procès-verbal de la séance du 16 janvier 2004). S'il était avéré que la participation de O. ne correspond plus à celle d'un chef de projet, la notation donnée par Y. à l'offre du Groupement Z. devrait être revue sur plusieurs points. Dès lors qu'il n'a pas entièrement élucidé les rôles respectifs de P. et O., Y. n'a a fortiori pas réexaminé la notation qu'il avait donnée à l'offre du Groupement Z. En conséquence, la Commission de recours constate que Y. a procédé à une constatation incomplète des faits. d. Y. a considéré que «l'organigramme fonctionnel» fourni par les recourantes ne correspondait pas à ce qui était attendu par le pouvoir adjudicateur pour l'organisation du projet R. et a donné aux recourantes une note moyenne de 1 pour le critère C1 y relatif. Il reproche en particulier au Groupement X. d'avoir présenté un organigramme dans lequel le maître de l'ouvrage aurait eu plusieurs interlocuteurs, à savoir le chef du projet et les chefs des autres disciplines (architecte, ingénieur CVSE), alors même que Y. recherchait un interlocuteur unique comme planificateur général. Cette note est contestée par le Groupement X. qui considère que le pouvoir adjudicateur n'a pas indiqué clairement s'il souhaitait que soit présenté au titre du critère C1 un organigramme de l'entreprise ou un organigramme du projet. La Commission de recours n'entend pas ici entrer en matière sur l'interprétation à donner au terme de «organigramme fonctionnel», ni sur le bien-fondé matériel de la note attribuée par Y. aux recourantes pour ce critère. Mais elle note que la sévérité avec laquelle le pouvoir adjudicateur a noté sur ce point les recourantes rend d'autant moins explicable la très grande tolérance dont il a fait preuve envers le Groupement adjudicataire quant à

## E. 24

l'organisation du projet proposée par ce dernier, et quant à l'identification précise des rôles effectifs joués par O. et P. En appliquant un double standard dans la vérification et la notation du critère C1, Y. a violé l'égalité de traitement entre soumissionnaires. En

conclusion, il apparaît que Y. a procédé à une constatation incomplète des faits pertinents et a violé le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires. Le recours devant être admis pour cette raison, il n'apparaît pas nécessaire d'entrer en matière sur les griefs matériels soulevés par le Groupement X. quant à la notation de son offre. 6. Les recourantes concluent principalement à ce que la Commission de recours leur adjuge directement le marché, en particulier car leur offre est la meilleure marché. Subsidiairement, les recourantes concluent à l'annulation de la décision d'adjudication et à son renvoi au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision, avec suite de frais et dépens. Le pouvoir adjudicateur conclut au rejet des conclusions tant principales que subsidiaires des recourantes. a. 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. La voie de la réformation ne se justifie qu'exceptionnellement, lorsque les faits sont entièrement élucidés et que l'adjudication ne peut avoir lieu qu'à un seul recourant. Tel n'étant pas le cas en l'espèce, il faut annuler la décision d'adjudication et renvoyer l'affaire au pouvoir adjudicateur pour une nouvelle appréciation au sens du considérant suivant. b. Le pouvoir adjudicateur ne doit répéter l'évaluation des offres qu'entre le Groupement X. recourant et entre l'adjudicataire initialement désigné, Z., dès lors que la décision d'adjudication est devenue définitive pour les autres soumissionnaires qui n'ont pas recouru (Galli/Moser/Lang, op. cit., ch. 696). La nouvelle évaluation des offres se base sur la grille d'évaluation figurant dans les Directives et instructions du pouvoir adjudicateur. Le pouvoir adjudicateur doit identifier de manière certaine le chef de projet du Groupement Z. Y. doit éclaircir de manière complète le rôle effectif joué par O. et P., tout comme la relation entre le pilote du projet, la société D., et O. En fonction des informations alors obtenues, Y. doit, dans la mesure nécessaire, réévaluer l'offre de Z. et les notes données aux différents critères. Compte tenu de l'inégalité de traitement dont a souffert le Groupement X. en relation avec la notation du critère C1, le pouvoir adjudicateur doit en tout cas revoir la notation de ce critère. Au surplus, la Commission de recours n'ayant pas examiné le bien-fondé des arguments soulevés par les recourantes en relation avec la notation des autres critères, il appartient

#### **E. 25**

au pouvoir adjudicateur d'évaluer dans quelle mesure il se justifierait de procéder également à une nouvelle évaluation des autres critères contestés par les recourantes. c. L'effet suspensif accordé au présent recours tombe du fait de la décision de la Commission de céans sur le fond. 7. (...) [122] Organisation internationale de normalisation («International Standard Organization»).

#### **E. 26**

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 68.119 - Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 30 juin 2004 [CRM 2004-004] In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2004 Année Anno Band 68 Volume Volume Seite --- Page Pagina Ref. No 150 006 251 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.