

CH_VB JAAC 70.3 vom 8. September 2005

Bundesverwaltung, 2005-09-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_70.3__

FR: CH_VB JAAC 70.3 du 8 septembre 2005

IT: CH_VB JAAC 70.3 del 8 settembre 2005

Erwägungen

E. 8

correspondant aux phases n° 3 à 6 de la norme SIA 112. Les critères d'adjudication portaient sur l'ensemble de l'ouvrage et le prix offert concernait aussi la totalité de l'ouvrage. La rémunération versée aux soumissionnaires pour l'élaboration de leurs offres ne représenterait que 1.5% de la valeur du marché et ne couvrirait au surplus pas leurs frais effectifs. Ainsi, l'adjudicataire évaluerait les frais d'élaboration de son offre à Fr. 1.7 millions, alors qu'il se verrait attribuer une indemnité totale de Fr. 201'745.20. Il en résulterait que c'est bien la totalité de la planification qui aurait fait l'objet du marché, et non le choix de six, puis deux soumissionnaires touchant une indemnité symbolique. Les soumissionnaires n'auraient consenti à de tels frais d'élaboration de l'offre que dans la perspective de l'adjudication d'un marché d'une valeur d'environ Fr. 15 millions. L'interdépendance des différentes parties de l'ouvrage rendrait incontournable l'élaboration d'un concept global, élaboré par un team multidisciplinaire. Enfin, le recourant a, par envoi du 20 juillet 2005, indiqué qu'il avait initialement considéré que la procédure de passation était un concours de projets en procédure sélective. Toutefois, le pouvoir adjudicateur avait suivi une procédure sélective, sans anonymat des offres et sans fonctionnement du jury selon les règles du concours. Le recourant explique ne pas avoir contesté ce choix du pouvoir adjudicateur, mais uniquement la décision d'adjudication selon les règles appliquées par le pouvoir adjudicateur pour fonder sa décision. Extrait des considérants: 1. a. Le marché en cause est passé par les CFF, lesquels constituent une «entreprise publique» active dans la construction ou l'exploitation d'installations ferroviaires et sont à ce titre assujettis à 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), entré en vigueur le 1er juin 2002 (art. 3 § 1, § 2 pt d et § 3 et Annexe II B de l'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics) et à la LMP (art. 2 al. 2 LMP; art. 2a al. 1 et al. 2 let. b de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP, RS 172.056.11]). Font exception les activités d'une telle entreprise n'ayant pas de relation directe avec le secteur des transports (note 11 à l'Annexe II B de la Suisse à l'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics; art. 2a al. 2 let. b in fine OMP). Le marché en cause porte sur la planification de la transformation par étapes de l'ensemble de la gare de Genève-Cornavin. Il concerne ainsi la construction d'installations ferroviaires servant à l'exploitation du réseau ferroviaire par les CFF (voir aussi la décision de la Commission de céans du 30 juin 2004, in: JAAC 68.119 consid. 1a non publié; de même en droit européen, arrêt non encore publié de la Cour de justice des Communautés européennes [CJCE] du 16 juin 2005, dans les affaires jointes Strabag AG et Kostmann GmbH c/ österreichische Bundesbahnen, C-462/03 et C-463/03, points 34-39). Le marché public litigieux ayant fait l'objet

E. 9

d'un appel d'offres publié le 10 juin 2003, il est soumis *ratione temporis* à l'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics et au droit fédéral en la matière (art. 37 LMP; art. 72a al. 1 OMP). b. L'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics ne s'applique pas à tous les services, mais uniquement à certains services exhaustivement énumérés à l'Annexe VI à l'Accord (art. 3 § 6 et 7 de l'Accord bilatéral en cause). L'Annexe VI dudit Accord bilatéral contient une brève description résumée des types de services visés et est identique à l'Annexe 4 de l'Appendice I à l'Accord GATT/OMC sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP, RS 0.632.231.422) déposée par la Suisse. Comme l'Annexe 4 à l'AMP, la liste de services assujettis à l'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics est basée, par l'intermédiaire du document MTN.GNS/W/120, sur la classification centrale provisoire des produits (CPC) établie par l'Organisation des Nations Unies (ONU; New York 1991). Il faut dès lors se référer à cette classification CPC pour vérifier la portée de chaque type de services assujettis (décisions de la Commission de recours du 28 septembre 2001 et du 3 novembre 2000, in: JAAC 66.5 consid. 2c/aa, respectivement JAAC 65.41 consid. 3a). En droit fédéral également, la LMP ne s'applique qu'à cette liste limitative de services, reprise à l'Annexe 1 à l'OMP (art. 1 al. 1 let. a et art. 5 al. 1 let. b LMP, ainsi que l'art. 3 al. 1 OMP renvoyant à l'Annexe 1 à l'OMP). En l'espèce, les prestations demandées à la communauté de mandataires (architecte, ingénieur civil, ingénieur CVSE et spécialiste en physique du bâtiment) pour la planification de la transformation par étapes de l'ensemble de la gare de Genève-Cornavin constituent des prestations de services assujetties à l'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics et à la LMP. Elles relèvent des «services d'architecture; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère; services connexes de consultations scientifiques et techniques; services d'essais et d'analyses techniques» (Annexe VI à l'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics, CPC 867: architectural, engineering and other technical services; art. 5 al. 1 let. b LMP; art. 3 al. 1 OMP et pts 11 à 12 de l'Annexe 1 à l'OMP). L'objet du marché consiste plus spécifiquement en un mandat d'études parallèles (pt 2.5 de l'appel d'offres). Le mandat d'études parallèles («Studienauftrag») désigne traditionnellement dans la pratique une forme de mise en concurrence par laquelle le pouvoir adjudicateur confie parallèlement à plusieurs mandataires une mission d'étude portant sur la même tâche, afin d'obtenir plusieurs propositions de solutions à un problème donné, et fréquemment avec l'objectif d'attribuer subséquentement directement un marché supplémentaire de poursuite d'études («Folgeauftrag») à l'un des prestataires mandatés pour les études parallèles, à savoir celui dont la proposition aura été jugée la meilleure (Jacques Dubey, *Le concours en droit des marchés publics*, thèse Fribourg 2005, ch. 420-421; Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey, *La procédure de concours et les autres procédures applicables aux marchés incluant des prestations intellectuelles*, Fribourg 2005, p. 41; Beat Messerli, *Der Planungs- und Gesamtleistungswettbewerb im öffentlichen Beschaffungsrecht*, Berne 2004, p. 39-41; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zurich 2003, ch. 502; Denis Esseiva, *Concours et marchés publics*, Journées du droit de la construction 2003, Fribourg 2003, p. 207; Simon Ulrich, *Öffentliche Aufträge an*

E. 10

Architekten und Ingenieure, in: Alfred Koller (éd.), *Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen*, St-Gall 1996, p. 165 s.). Le ch. 13 de l'annexe 1 à l'OMP mentionne

spécifiquement les «travaux d'étude» («Studienauftrag») parmi les services soumis à la LMP, au titre de la classification CPC 867, en les définissant entre parenthèses comme une «adjudication de marchés identiques à plusieurs soumissionnaires en vue d'obtenir différentes propositions de solutions». La classification CPC 867 elle-même ne mentionne pas expressément les mandats d'études parallèles. Toutefois, les notes explicatives jointes à plusieurs des sous-classes du CPC 867 incluent la réalisation d'études préliminaires et autres questions liées à la conception ou à la réalisation d'un projet[1]. Tel est en particulier le cas de la sous-classe 86711 «Services de conseils et d'établissement d'avant-projets d'architecture» (qui comprend selon sa note explicative «par exemple la réalisation d'études préliminaires sur des questions telles que la philosophie du projet, la stratégie de développement, les conditions climatiques et environnementales, les exigences en matière d'occupation, les contraintes financières, l'analyse du choix du site, la fixation d'un calendrier pour l'établissement des plans et la construction ainsi que toutes les autres questions liées à la conception ou à la réalisation d'un projet. Ces services ne concernent pas obligatoirement un projet de construction neuve. Il peut s'agir par exemple de conseils sur la manière d'assurer l'entretien, la réfection, la restauration ou le recyclage de bâtiments, [...]»), de la sous-classe 86722 «Services d'établissement de plans de génie civil pour la construction des fondations et de l'ossature des bâtiments» (qui comprend selon sa note explicative un ou plusieurs des éléments suivants: «avant-projets, spécifications techniques sommaires et première estimation des coûts: ceux-ci doivent permettre de définir les caractéristiques principales du projet d'ingénierie; plans, spécifications techniques et coûts définitifs: ceux-ci comprennent non seulement les plans d'exécution et les spécifications techniques concernant les matériaux à mettre en œuvre, les modes de pose, les délais et les autres renseignements nécessaires pour pouvoir lancer les appels d'offres et réaliser la construction mais également le conseil au client lors du lancement des appels d'offres ou de l'acceptation des offres; services fournis pendant la phase de construction») et de la sous-classe 86723 «Services d'établissement de plans techniques pour les installations mécaniques et électriques des bâtiments» (qui concerne, selon sa note explicative, des installations telles que «réseau d'alimentation électrique, système d'éclairage, installation d'avertissement d'incendie, système de communication et autres installations électriques pour tous les types de bâtiments, et/ou installations de chauffage, de ventilation, de climatisation et de réfrigération et autres installations mécaniques pour tous types de bâtiments» et qui comprend un ou plusieurs des éléments déjà énumérés dans la note explicative relative à la sous-classe 86722). Le type de service en cause dans le cas d'espèce étant assujéti à l'Accord bilatéral CH■CE sur les marchés publics et à la LMP, cet assujettissement s'étend a fortiori à l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur entend acquérir non pas un seul projet, mais plusieurs projets simultanés relatifs au même objet. En conséquence, le mandat d'études parallèles portant

E. 11

sur la planification de la transformation par étapes de l'ensemble de la gare de Genève-Cornavin constitue un ensemble de plusieurs marchés de services identiques assujéti, quant à leur type, à la LMP. c. En l'espèce, la rémunération totale que le pouvoir adjudicateur s'est engagé à verser aux six soumissionnaires pour l'élaboration de leurs offres s'élève à Fr. 464'784.65 (dont à déduire la rémunération due à l'adjudicataire pour l'élaboration de son offre révisée, soit Fr. 171'745.20, imputée sur ses honoraires). Ce montant n'est toutefois pas pertinent. Selon l'art. 6 al. 1 LMP, la valeur déterminante pour l'application de la loi est la valeur estimée du marché faisant l'objet de l'appel d'offres.

L'art. 44 al. 1 let. b OMP prévoit ainsi que la valeur déterminante d'un concours de projets consiste en la somme totale des prix et de la valeur estimée des travaux d'étude supplémentaires définis dans le programme de concours (décision de la Commission de recours du 26 mars 1997, in: JAAC 61.77 consid. 1a). Est déterminante la valeur de toutes les prestations de services que le pouvoir adjudicateur a entendu adjuger (dans le même sens, décision du Tribunal administratif du canton de Zurich du 13 avril 2000 [VB.1999.00385], consid. 2b/dd). Le marché adjugé en l'espèce porte sur la planification (phases n° 3 à 6) de la transformation de la totalité de la gare de Genève. L'offre soumise par l'adjudicataire pour la réalisation de la planification intégrale de la transformation des différentes parties de la gare s'élève à Fr. 14'579'384.-. La valeur du marché est ainsi supérieure au seuil de Fr. 640'000.- (soit la somme de EUR 400'000.-) applicable pour les services acquis par des pouvoirs adjudicateurs actifs dans la construction ou l'exploitation d'installations ferroviaires, tels les CFF (art. 3 § 4 pt b/i de l'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics; art. 2a al. 3 let. b OMP). d. Enfin, aucun des cas d'exception de l'art. 3 LMP n'est rempli en l'espèce. En conséquence, le présent marché est soumis à la LMP et la Commission de recours est compétente pour statuer sur le présent recours. 2. a. Selon l'appel d'offres et la documentation y relative, le marché est passé en procédure sélective. La décision attaquée est celle d'adjudication du marché, laquelle est sujette à recours selon l'art. 29 let. a LMP. b. Selon l'art. 48 let. a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), auquel renvoie l'art. 26 al. 1 LMP, la qualité pour recourir appartient à quiconque est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. En outre, le droit de recourir présuppose la capacité d'être partie et d'ester en justice. En matière de marchés publics, le soumissionnaire évincé est destinataire de la décision d'adjudication attaquée et est directement touché par celle-ci, de sorte que sa qualité pour agir est admise (ATF 125 II 95 consid. 4 concernant la qualité pour agir en cas de recours de droit public, ATF 123 V 115 consid. 5a; décisions de la Commission de recours du 22 janvier 2001, in: JAAC 65.78 consid. 1b/aa et du 16 août 1999, in: JAAC 64.29 consid. 1b; André Moser, in: Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, ch. 2.23 et 2.26; Galli/Moser/Lang, op. cit., ch. 637; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, p. 524 à 527; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd., Zurich 1998, ch. 535 à 546, 555; Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener,

E. 12

Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Berne 1997, p. 117 à 121; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., Berne 1983, p. 181 s.). En tant que soumissionnaires évincés, les membres du team recourant sont destinataires de la décision d'adjudication attaquée. De plus, tous les membres de ce team recourent conjointement, de sorte que leur intérêt pratique à agir ne fait aucun doute (décision de la Commission de recours du 22 janvier 2001, in: JAAC 65.78 consid. 1b). Informé par la Commission de recours du dépôt d'un recours, le team adjudicataire a pris position sur le recours, après avoir consulté les écritures des parties, ainsi que les pièces déposées par le recourant et le pouvoir adjudicateur. L'adjudicataire a pris des conclusions indépendantes et a soumis des pièces complémentaires à l'appui de ses observations. En conséquence, l'adjudicataire a acquis la qualité de partie adverse (art. 57 al. 1 et 64 al. 3 PA; Clerc, op. cit., Protection juridique, p. 533; Moser, op. cit., ch. 3.1; décision de la Commission de recours du 16 août 1999, in:

JAAC 64.29 consid. 1c). c. Déposé dans le délai de vingt jours dès la publication de l'avis d'adjudication (art. 30 LMP), le recours est recevable. d. Dans le cadre d'un recours devant la Commission de recours peuvent être invoquées la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 49 let. a PA), ainsi que la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 49 let. b PA). En revanche, conformément à l'art. 31 LMP, la Commission de recours ne peut se prononcer sur le motif de l'inopportunité (art. 49 let. c PA). En l'espèce, le recourant allègue en substance d'abord que le pouvoir adjudicateur a violé la règle de l'adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 21 LMP) et le principe de la transparence en ne lui adjugeant pas le marché, alors même que sa note moyenne calculée au centième était supérieure de 0.02 à celle du team adjudicataire. En deuxième lieu, il estime que les CFF ont aussi violé l'art. 21 LMP en attribuant le marché non pas sur la base des notes résultant des critères d'évaluation, mais en fonction d'un vote à main levée des membres de son collège d'experts. Le pouvoir adjudicateur se serait ainsi écarté des critères d'adjudication préalablement fixés, en violation du principe de transparence, et aurait agi de manière arbitraire. Troisièmement, le recourant dénonce une évaluation incohérente et discriminatoire des deux offres, en ce sens que son offre aurait été notée avec sévérité, alors que celle de l'adjudicataire aurait été systématiquement favorisée par le collège d'experts, lequel aurait, de surcroît, omis de tenir compte de graves défauts de cette dernière offre. 3. a. La Commission de recours revoit d'office l'application du droit fédéral, sans être liée par les conclusions et motifs invoqués par les parties (art. 26 al. 1 LMP et art. 62 al. 4 PA). Elle peut admettre un recours pour d'autres motifs que ceux indiqués par le recourant ou rejeter le recours et confirmer la décision litigieuse avec une motivation différente de celle retenue par le pouvoir adjudicateur (substitution de motifs; décision de la Commission de recours du 22 janvier 2001, in: JAAC 65.78 consid. 4a; Galli/ Moser/Lang, op. cit, ch. 690 et les références citées). L'autorité de recours peut en particulier examiner des questions de droit non soulevées par les parties lorsque des raisons suffisantes découlant des allégués des parties ou d'autres indices figurant dans le dossier l'y conduise (ATF 119 V 347 consid. 1a; décision de

E. 13

la Commission de recours du 11 mars 2005, in: JAAC 69.56 consid. 1a non publié). En règle générale, le droit d'être entendu se limite aux questions de fait pertinentes. Les parties ne doivent être entendues sur l'appréciation juridique que si l'autorité entend se fonder sur des dispositions dont les parties ne pouvaient escompter l'application ou si le droit s'est modifié ou s'il confère un très grand pouvoir d'appréciation (ATF 129 II 505 consid. 2.2). En l'espèce, la Commission de recours observe que la motivation du recours - tant en ce qui concerne l'utilisation du vote à la majorité qualifiée (résultant de la difficulté à départager les offres des teams concernées) qu'en ce qui concerne l'évaluation de l'offre de l'adjudicataire au regard des critères d'adjudication ou les défauts allégués de dite offre - est étroitement liée à la procédure de passation appliquée et à l'étendue du marché en cause. Comme l'ont souligné eux-mêmes le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire dans leurs duplicques, les offres déposées constituent des avant-projets sommaires (partie A de l'ouvrage), voire de simples esquisses de développement (parties C à G de l'ouvrage), basés sur un concept global de planification propre à chaque team concurrent, sur les potentialités desquelles le pouvoir adjudicateur doit se fonder pour adjuger un marché très étendu couvrant les phases n° 3 à 6 du règlement SIA 112, à savoir les prestations d'élaboration d'un avant-projet, d'un projet, du dossier de mise à l'enquête, de l'organisation complète de

l'appel d'offres pour l'exécution des travaux jusqu'aux propositions d'adjudication, du projet d'exécution, de la direction des travaux jusqu'à l'achèvement du chantier, ainsi que du bon fonctionnement de l'ouvrage, et cela pour toutes les parties (A et C à G) à rénover de la gare de Genève-Cornavin. Pour adjuger ce marché, le pouvoir adjudicateur s'est de plus fondé sur une «procédure sélective de mandats d'études parallèles» présentant des particularités et dont la légalité doit être examinée. La Commission de céans a informé les parties et le pouvoir adjudicateur, par une mesure d'instruction du 2 juin 2005, qu'elle considérait comme pertinentes pour l'issue du présent recours les questions de la légalité de la procédure de passation utilisée et de l'étendue du marché adjugé et leur a donné la possibilité de s'exprimer à ce sujet. b. aa. Les CFF objectent qu'une mise en cause de la légalité de la procédure de passation serait tardive faute d'avoir été contestée immédiatement par un recours contre l'appel à candidatures. Selon le pouvoir adjudicateur, il ressortirait de l'appel à candidatures publié dans la FO SC du 10 juin 2003 que la procédure de passation utilisée était une «procédure sélective (ch. 1.5) de mandat d'étude parallèle (ch. 2.5)». Dès lors, une mise en cause ultérieure au stade de l'adjudication ne serait plus possible, sous réserve de l'hypothèse où le vice invoqué serait propre à entraîner la nullité absolue de la décision (décision de la Commission de recours du 8 octobre 1998, in: JAAC 63.16 consid. 4). Or, aucune cause de nullité absolue n'existerait en l'espèce. bb. La Commission de recours observe que l'appel à candidatures prévoit, d'une part, que le marché doit être passé en procédure sélective (pt 1.5) et, d'autre part, que l'objet du marché consiste en un mandat d'études parallèles, à savoir la planification de la transformation de l'ensemble de la gare de Genève-Cornavin (pt 2.5). Le règlement SIA 112 n'est mentionné dans l'appel à candidatures que sous la forme d'un renvoi et uniquement pour indiquer que

E. 14

le pouvoir adjudicateur recherche une communauté de mandataires (pt 2.5). Le point 2.10 de l'appel à candidatures énumère différentes étapes sous le titre de «délai d'exécution», avec le libellé suivant: «2.10 Délai d'exécution: du 01.01.2004 jusqu'au 31.12.2009 Choix des cinq teams qualifiés: septembre 2003 Mandat d'études parallèles pour les teams retenus: septembre à novembre 2003 Avant-projet définitif: mai 2004 Projet d'ouvrage: avril 2005 Début des travaux: mai 2006» La Commission de recours observe que le sens usuel du terme «exécution» se rapporte à l'exécution du contrat et non à la procédure de passation. De plus, le point 2.10 n'indique pas la date envisagée pour l'adjudication, de sorte qu'il ne permet pas de distinguer clairement les étapes relevant de la procédure de passation de celles relatives à l'exécution du marché. En conséquence, l'amalgame opéré par le pouvoir adjudicateur entre type de procédure et objet du marché, aboutissant à une procédure ad hoc dénommée «procédure sélective de mandat d'étude parallèle», ne résulte pas de l'appel à candidatures. Les particularités de la procédure de passation suivie, lesquelles posent problème en l'espèce, découlent entièrement de la documentation d'appel d'offres. C'est dans les directives et instructions relatives au 1er tour du 5 juin 2003, puis dans le règlement-programme 2e tour du 29 octobre 2003 et enfin dans le règlement-programme révisé du 1er juillet 2004 que figurent pour la première fois la mention que le mandat d'études parallèles faisant l'objet du marché couvre les phases n° 3 à 6 du règlement SIA 112. Le degré de précision attendu des offres (concept architectural global, avant-projet sommaire pour la partie A du bâtiment et esquisses de développement pour les parties C, D, E, F et G du bâtiment), ainsi que les critères d'adjudication sont mentionnés pour la première fois dans le règlement-programme 2e tour. Apparaissent enfin pour la première fois dans le règlement-programme révisé du 1er juillet 2004 les étapes additionnelles

consistant en l'élimination intermédiaire des quatre offres les moins bien classées au regard des critères d'adjudication et en l'instauration d'une forme particulière de dialogue ou négociation entre le pouvoir adjudicateur et les deux derniers soumissionnaires en lice, visant à ce que les teams X et Y approfondissent leurs projets avant le dépôt d'une offre définitive. Selon la jurisprudence de la Commission de recours, l'obligation de contestation immédiate ne concerne 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 à d; Galli/Moser/Lang, op. cit., ch. 610). La

E. 15

mention par les CFF d'une voie de recours dans les règlements relatifs au 1er tour, au 2e tour et au 2e tour révisé n'est pas susceptible de modifier la liste exhaustive des décisions finales figurant à l'art. 29 LMP. Dès lors que les particularités de la procédure et de l'étendue du marché découlent de la documentation d'appel d'offres, l'objection de tardiveté soulevée par le pouvoir adjudicateur doit être rejetée. La Commission de recours peut valablement examiner la légalité de la procédure de passation suivie et de l'étendue du marché adjugé. Dès lors qu'une annulation de la décision d'adjudication entre en ligne de compte, la recherche d'une éventuelle cause de nullité absolue est superflue. Il n'est pas plus nécessaire de discuter les arguments développés par les CFF tendant à nier en l'espèce les conditions d'une nullité absolue. c. aa. Les CFF plaident aussi que le principe de la bonne foi rendrait impossible la remise en cause, à ce stade, de la validité de la procédure de passation utilisée. Citant partiellement un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 130 I 241 consid. 4.3), ils arguent que le soumissionnaire aurait l'obligation de signaler sans attendre une irrégularité au pouvoir adjudicateur, sauf à adopter un comportement contraire à la bonne foi. Or, le team recourant n'aurait jamais invoqué une éventuelle irrégularité de la procédure de passation, malgré les occasions offertes en particulier par la réception du règlement-programme 2e tour et du règlement-programme révisé. Le team recourant aurait au contraire accepté en particulier la rémunération prévue pour la continuation de la seconde phase de la procédure sélective et le déroulement de celle-ci avec l'annonce d'une séance d'information du 6 juillet 2004 et une audition du 3 novembre 2004. bb. La Commission de recours observe que la forclusion tirée du principe de la bonne foi est modérée dans la partie - non reproduite par les CFF - de l'arrêt précité, en ce sens qu'elle ne peut être opposée à une partie que pour les irrégularités qu'elle a effectivement constatées ou, à tout le moins, qu'elle aurait dû constater. Selon le Tribunal fédéral, on ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres. Il convient, au contraire, de ne pas se montrer trop strict à cet égard et de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités particulièrement évidentes ou manifestes. Cette solution offre par ailleurs l'avantage de garantir une certaine effectivité à la protection

juridique dont doivent bénéficier les soumissionnaires, l'expérience enseignant que, par crainte de compromettre leurs chances d'obtenir un marché, très rares sont ceux qui, en pratique, contestent l'appel d'offres ou les documents de l'appel d'offre avant l'adjudication (ATF 130 I 241 consid. 4.3 in fine; Vincent Carron/Jacques Fournier, La protection juridique dans la passation des marchés publics, Fribourg 2002, p. 74-75). En l'espèce, on ne saurait considérer que les irrégularités de la procédure de passation étaient évidentes ou patentes pour le team recourant, compte tenu en particulier de la jurisprudence émanant de certains tribunaux administratifs cantonaux qui ont admis la validité d'une procédure sélective visant l'adjudication de mandats d'études parallèles comprenant l'attribution d'un marché d'étude complémentaire. Par ailleurs, l'inclusion par les CFF dans

E. 16

les règlements-programmes d'une clause prévoyant que «à l'expiration du délai fixé pour les questions, la participation à la procédure vaut acceptation du présent règlement-programme» (pt 5.7 du règlement-programme 2e tour; pt. 5.3 du règlement-programme révisé) ne saurait non plus fonder une mauvaise foi automatique des soumissionnaires soulevant ultérieurement des motifs de recours contre des éléments figurant dans la documentation d'appel d'offres. Par ailleurs, comme le soulignent tant le recourant que les CFF, le team recourant n'a jamais contesté la validité de la procédure de passation, mais uniquement le bien-fondé de l'adjudication. Si le recourant considère dans son recours que la procédure de passation s'était déroulée en trois phases, alors que les CFF considèrent plutôt que la seconde phase de la procédure sélective a été prolongée, il n'en tire aucune conséquence juridique, ni aucun motif de recours. Dans sa prise de position du 20 juillet 2005 sur les mesures d'instruction ordonnées par la Commission de recours, le recourant indique avoir initialement interprété les documents d'appel d'offres remis par les CFF comme établissant un concours de projets en procédure sélective selon l'art. 43 OMP, puis avoir constaté que les CFF suivaient en pratique une procédure sélective ordinaire; le recourant précise à nouveau ne pas avoir contesté ce choix. En conséquence, dès lors que le vice affectant la procédure de passation n'était pas patent et qu'il n'est de surcroît pas invoqué par le recourant, mais examiné d'office par la Commission de recours, on ne voit pas comment on pourrait reprocher au recourant un quelconque comportement contraire au principe de la bonne foi. L'objection des CFF est mal fondée à cet égard. 4. Les CFF considèrent que la «procédure sélective de mandat d'étude parallèle» utilisée et l'étendue de l'objet du marché sont conformes au système légal. La limitation du nombre de soumissionnaires était nécessaire du fait de la rémunération offerte pour le dépôt des offres, ce qui imposait l'usage de la procédure sélective. Le pouvoir adjudicateur pourrait choisir librement entre procédure sélective et concours de projets. Si la procédure présente certaines particularités (contacts entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires durant la procédure de passation visant à définir l'objet du marché; rémunération aux soumissionnaires pour le dépôt des offres), celles-ci seraient prévues par le législateur au ch. 13 de l'annexe 1 à l'OMP et à l'art. 23 al. 2 OMP. Le fait de retenir plusieurs concurrents pour un mandat d'études parallèles ne constituerait pas une adjudication, laquelle ne pourrait avoir lieu qu'à un seul soumissionnaire selon l'art. 21 al. 1 LMP. La seule adjudication serait la décision du 4 novembre 2004 attribuant à l'adjudicataire la totalité des prestations faisant l'objet de la mise en soumission. Après le dépôt des offres des six soumissionnaires, les CFF n'auraient pas lancé une nouvelle procédure de passation, mais continué la seconde phase de la procédure sélective avec deux des soumissionnaires afin de départager leurs offres équivalentes. Enfin, les principes fondamentaux du droit des

marchés publics (mise en concurrence, transparence, égalité de traitement et adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse) auraient été respectés. a. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une très grande marge de liberté dans la définition de l'objet du marché (décision de la Commission de recours du 17 avril 2002, in: JAAC 66.54 consid. 9a) comme dans le choix et la pondération des critères d'adjudication, pour autant que ceux-ci permettent l'adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse (Galli/Moser/Lang, op. cit.,

E. 17

ch. 403). Le pouvoir adjudicateur choisit aussi librement entre la procédure ouverte ou sélective, alors que la procédure de gré à gré est limitée à des cas exceptionnels limitativement énumérés (art. 13 al. 1 et 2 LMP). Il peut en outre recourir au concours (art. 13 al. 3 LMP; art. 40-57 OMP), caractérisé par une certaine souplesse dans l'organisation et le déroulement qui en font une quatrième forme de procédure de passation (décision de la Commission de recours du 13 juin 1997, in: JAAC 62.31 consid. 3a). La définition de l'objet du marché constitue un élément indispensable à assurer la transparence des procédures de passation et l'égalité de traitement des soumissionnaires (décision de la Commission de recours du 8 octobre 1998, in: JAAC 63.16 consid. 1c). Il découle du principe de légalité (art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 [Cst.], RS 101) que le pouvoir adjudicateur est lié par le *numerus clausus* des procédures de passation instauré par l'art. 13 LMP et les dispositions d'exécution de l'OMP et qu'il doit en outre respecter les exigences instaurées par la loi pour chacune de ces procédures. Le pouvoir adjudicateur ne peut pas, selon son bon plaisir, mélanger des éléments de différentes procédures ou introduire une nouvelle procédure non prévue par la loi. Il est essentiel que soit toujours clairement reconnaissable quelle procédure de passation est applicable au cas d'espèce (en ce sens également, arrêt du Tribunal administratif zurichois du 9 juillet 2003 [VB.2002.00044], consid. 2b). L'objet du marché ainsi que les critères retenus pour son attribution sont des éléments décisifs aux fins de déterminer quelle procédure de passation prévue par la loi doit être mise en œuvre et d'apprécier ensuite le respect des impératifs propres à la procédure ainsi retenue (en ce sens également en droit européen, arrêt non encore publié de la CJCE du 14 octobre 2004, en la cause *Commission c/ France*, C-340/02, point 34). L'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics se réfère en substance aux mêmes principes susmentionnés (art. 4 § 1 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). b. aa. La Commission de recours observe que le droit des marchés publics traite les mandats d'études parallèles comme un faisceau de marchés de services similaires. Il s'agit d'un type de marché assujéti à la LMP en raison du fait que son objet figure dans la Liste suisse annexée à l'Accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics (comme dans l'Annexe 4 déposée par la Suisse en Appendice I à l'AMP) et est mentionné expressément au ch. 13 de l'annexe 1 à l'OMP. En revanche, il ne s'agit nullement d'une - cinquième - forme propre de procédure de passation qui serait autorisée par la réglementation fédérale sur les marchés publics (voir consid. 1b ci-dessus; Dubey, op. cit., ch. 420 et 422; Zufferey/Dubey, op. cit., p. 41; dans le même sens, arrêt du Tribunal administratif zurichois du 9 juillet 2003 [VB.2002.00044], consid. 2c/aa). Les arguments des CFF à ce dernier titre ne convainquent pas. D'une part, l'énumération de l'annexe 1 à l'OMP, y compris son ch. 13 sur les travaux d'étude, ne concerne que les types de services assujétis à la loi et à

l'ordonnance, comme il ressort clairement de l'art. 3 al. 1 OMP et de l'art. 5 al. 1 let. b LMP. Même une interprétation large de l'explication figurant entre parenthèses au ch. 13 de l'annexe 1 OMP - qui parle «d'adjudication de marchés identiques (...)» (en allemand: «Vergabe identischer Aufträge [...]»)

E. 18

- ne saurait fonder une cinquième forme de procédure de passation, sauf à violer le principe de la hiérarchie des normes (art. 13 LMP) et l'exigence de base légale. D'autre part, le versement d'une indemnité aux soumissionnaires pour l'élaboration de leur offre constitue une simple modalité à disposition du pouvoir adjudicateur, quelle que soit la procédure de passation utilisée (art.

E. 23

et ont demandé une offre techniquement améliorée aux deux meilleurs soumissionnaires (l'adjudicataire et le recourant), lesquels avaient obtenu une note moyenne équivalente. Une telle manière de procéder restreint la concurrence sans base légale au-delà de la faculté prévue par l'art. 15 al. 4 LMP de limiter le nombre de candidats aptes admis à déposer une offre, à l'issue de la première phase de la procédure sélective. Tous les candidats sélectionnés à l'issue de cette première phase ont le droit de déposer une offre finale dans la seconde phase de la procédure. La LMP n'autorise pas le pouvoir adjudicateur à diviser en plusieurs étapes la seconde phase de la procédure sélective, en requérant des soumissionnaires sélectionnés qu'ils déposent une offre à la fin de chaque étape, puis en éliminant progressivement les offres les moins bien classées au regard des critères d'adjudication et en exigeant des soumissionnaires restés en lice qu'ils déposent à nouveau une offre améliorée. La procédure de passation suivie en l'espèce aboutit de facto à introduire de manière déguisée une phase de gré à gré à l'intérieur de la seconde phase d'une procédure sélective. Ce faisant, le pouvoir adjudicateur a créé, sans base légale, un nouveau type de procédure combinant deux types existants bien distincts et régis chacun par des conditions propres. Il a ainsi violé le principe du numerus clausus des procédures de passation ancré à l'art. 13 LMP. L'argument des CFF selon lequel la «poursuite de la seconde phase de la procédure sélective» devait servir à obtenir des précisions permettant de départager les offres équivalentes du team adjudicataire et du team recourant n'est pas convaincant. Il ressort clairement des conclusions du collège d'experts que la «prolongation de la procédure» était rendue nécessaire par le fait que les avant-projets remis étaient encore à un stade sommaire du point de vue technique et nécessitaient d'être précisés avant qu'une adjudication ne soit envisageable. Par souci d'économie, la poursuite des études devait se limiter aux deux meilleurs avant-projets [...]. Cette prolongation a fait l'objet d'un règlement-programme révisé du 1er juillet 2004, accompagné pour chaque soumissionnaire d'un nouveau cahier des charges spécifique, contenant une critique succincte de son projet et d'une liste des «points à traiter et axes à travailler». L'étendue du travail d'étude additionnel demandé à l'adjudicataire et au recourant ressort aussi indirectement des rémunérations convenues: alors que le règlement-programme 2e tour a octroyé une rémunération forfaitaire de Fr. 30'000.- à chacun des six teams, le règlement-programme révisé et les discussions ultérieures entre les CFF et les deux teams ont conduit à une rémunération des offres révisées correspondant à 25% au maximum du prix figurant dans l'avant-projet de chaque team, y compris les frais (soit Fr. 171'745.20 pour l'adjudicataire et Fr. 113'039.45 pour le recourant). On ne saurait dès lors admettre que les révisions demandées à l'adjudicataire et au recourant se limitaient à de simples précisions des offres

(art. 25 OMP). Le principe de l'égalité de traitement interdit que le pouvoir adjudicateur ou un soumissionnaire modifie ou complète une offre dans le cadre de la procédure d'épuration (décision de la Commission de recours du 22 janvier 2001, in: JAAC 65.78 consid. 3a). De plus, en lançant une procédure sélective de mandats d'études parallèles et en renvoyant dans la documentation d'appel d'offres au règlement SIA 112, les CFF ont voulu, à dessein, se ménager une possibilité d'ouvrir un dialogue avec les soumissionnaires sur le contenu de leurs offres en vue de la modification de

E. 24

celles-ci. Le modèle de prestation du règlement SIA 112 (2001) prévoit (p. 3) que «le modèle de prestations de la SIA doit permettre tant aux mandataires qu'à leurs mandants de développer des formes de collaboration répondant aux exigences actuelles du marché». Dans leurs mémoires déposés dans le cadre du recours, les CFF ont exposé que la caractéristique de la procédure de mandats d'études parallèles choisie est d'incorporer des contacts entre le pouvoir adjudicateur et les concurrents, ce qui est particulièrement nécessaire lorsque le marché mis en concurrence consiste dans la transformation d'un bâtiment existant. Ils ont également indiqué que «cette manière de faire permet d'autre part aux concurrents d'exprimer de façon plus pragmatique leur avant-projet», tout en renvoyant à ce propos à une brochure de la SIA sur le concours. Des modifications des offres sont en revanche possibles dans le cadre de négociations (art. 20 LMP; art. 26 OMP). Toutefois, on ne saurait non plus analyser valablement la poursuite de la seconde phase de la procédure sélective comme une phase de négociations avec les deux meilleurs soumissionnaires. L'appel à candidatures réservait d'éventuelles négociations, mais les CFF n'ont à aucun moment déclaré utiliser cette faculté et ne s'en prévalent pas non plus dans le cadre du présent recours. La procédure suivie violerait, au demeurant, plusieurs principes fondamentaux en matière de négociations. En premier lieu, les CFF ont donné la possibilité aux teams de prendre connaissance des offres déposées par leurs concurrents lors de la séance tenue à l'issue de l'évaluation des six offres initiales déposées en date du 6 juillet 2004. L'ouverture ultérieure d'une négociation, alors même que l'adjudicataire et le recourant avaient eu connaissance de leurs offres respectives, aurait violé le principe de la confidentialité des offres statué à l'art.

E. 26

au marché public, le pouvoir adjudicateur s'est ainsi procuré un bien ou un service contre rémunération (ATF 125 I 209 consid. 6b). Il en découle que les mandats d'études parallèles constituaient un marché à part entière et non le simple dépôt d'offres. Le transfert des droits de propriété intellectuelle est la caractéristique non pas d'une offre déposée, mais d'un marché adjugé. Ainsi, lorsqu'un pouvoir adjudicateur passe un marché de gré à gré en vue d'une recherche, étude ou développement original, il acquiert la propriété du résultat de cette recherche ou étude, y compris les droits de propriété intellectuelle y relatifs (art. XV § 1 al. e AMP; art. 13 al. 1 let. g OMP; Clerc, op. cit., Innovation, p. 89). De plus, il ne paraît pas possible de justifier que le versement du même montant pour la même prestation soit qualifié tantôt de simple indemnité pour l'élaboration des offres (dans l'hypothèse où le marché porte sur des mandats d'études parallèles avec adjudication d'un marché subséquent), tantôt de rémunération pour les prestations d'études parallèles acquises (dans l'hypothèse où le marché porte sur de «purs» mandats d'études parallèles). Les études parallèles seraient ainsi soit de simples offres, soit des marchés, alors même que leur objet et leur rémunération sont identiques et qu'elles sont dans les deux cas acquises par le

pouvoir adjudicateur. Il est tout aussi insoutenable de considérer la décision, par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit les concurrents à qui confier des mandats d'études parallèles, tantôt comme faisant «partie intégrante» de la décision de sélection des candidats à l'issue de la première phase de la procédure sélective, tantôt comme la décision d'adjudication. En confiant simultanément à plusieurs prestataires le soin d'étudier une proposition, le pouvoir adjudicateur acquiert à titre onéreux des prestations auprès de chacun de ces fournisseurs. En tant que marchés, les divers mandats d'études parallèles ne peuvent être attribués que par le biais d'une adjudication rendue à l'issue d'une procédure de passation dont le type dépend de la valeur totale des rémunérations versées. L'attribution par le pouvoir adjudicateur des marchés d'études parallèles aux divers adjudicataires n'est pas une décision de sélection, mais d'adjudication (Dubey, op. cit., ch. 432 et 434; Zufferey/Dubey, op. cit., p. 43). En conséquence, la procédure de sélection en cause aurait inclus l'adjudication successive de deux marchés, l'un portant sur des mandats d'études parallèles, l'autre sur le marché subséquent relatif aux prestations des phases n° 3 à 6 du modèle de prestation de la norme SIA 112. L'adjudication successive de deux marchés ne peut intervenir valablement dans la même procédure sélective sans violer les dispositions légales régissant cette procédure (art. 15 LMP). L'objection des CFF, selon laquelle la rémunération a été fixée de manière unilatérale par le pouvoir adjudicateur à un montant proportionnellement identique pour tous les concurrents, n'est pas de nature à nier la qualité de marché. S'agissant d'abord des études parallèles initiales, le choix des six teams «présélectionnés» consiste ipso facto en une adjudication du marché d'études parallèles à chacun de ces six teams. Le fait que le pouvoir adjudicateur ait acquis les six études parallèles initiales pour un prix fixe n'enlève rien au fait qu'il s'agit de l'adjudication d'un marché. La pratique d'un prix fixé par le pouvoir adjudicateur s'explique partiellement par le fait que l'objet du marché d'études parallèles au sens strict est une prestation de conception, de surcroît à un stade très sommaire (avant-projet sommaire et esquisse de développement), où le critère des honoraires paraît peu adapté au choix de projets conceptuellement les plus judicieux (Dubey, op. cit., ch. 766-767). Elle s'explique aussi pratiquement par la puissance de

E. 27

marché du pouvoir adjudicateur envers les candidats, sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner ici plus avant la légalité de cette pratique. Par ailleurs, les deux projets révisés soumis par l'adjudicataire et le recourant ont été rémunérés à raison de 25% du prix offert dans leurs offres respectives pour l'exécution de la totalité du marché, de sorte que ce montant n'est pas identique pour les deux soumissionnaires. En outre, le pourcentage a fait l'objet de négociations entre ces deux teams et les CFF qui avaient d'abord offert une rémunération additionnelle de 15% du prix offert dans les offres. La rémunération additionnelle pour l'acquisition des deux offres révisées n'est donc pas le résultat d'une fixation unilatérale. dd. Les CFF considèrent qu'ils pouvaient choisir librement entre procédure sélective et concours en raison du fait qu'aucune disposition légale n'oblige le pouvoir adjudicateur à choisir cette dernière procédure. Il faut reconnaître au pouvoir adjudicateur une grande liberté dans le choix du contenu de l'objet du marché et de la procédure de passation. La réglementation légale n'énumère pas les cas dans lesquels il faudrait recourir obligatoirement au concours. L'objet du marché et les critères d'adjudication retenus sont des éléments décisifs afin de déterminer quelle procédure de passation prévue par la loi doit être mise en œuvre et d'apprécier ensuite le respect des impératifs propres à la procédure ainsi retenue (dans le même sens en droit européen, arrêt

non encore publié de la CJCE du 14 octobre 2004, en la cause Commission c/ France, C-340/02, point 34). Le pouvoir adjudicateur ne peut grouper des prestations de diverses natures dans un seul marché que dans la mesure où il existe entre elles un lien de connexité. La nature des prestations dépend, quant à elle, du moment au cours duquel le pouvoir adjudicateur décide de lancer la procédure de passation (services d'étude complexes, services de conception, puis travaux/fournitures/services ordinaires). La liberté reconnue au pouvoir adjudicateur concernant le choix du contenu du marché a ensuite pour conséquence de contraindre ce dernier à propos du choix de la procédure (Pfammater, op. cit., p. 459; Zufferey/Dubey, op. cit., p. 59 s.). Les CFF n'étant pas en mesure de définir de manière claire l'objet du marché, ils ont cherché à obtenir des soumissionnaires des propositions de solution portant sur la réfection de la totalité de la gare de Genève-Cornavin (à l'exception de la partie B déjà rénovée). Ce faisant, les CFF cherchaient à acquérir d'abord des prestations de conception. Toutefois, le pouvoir adjudicateur a opté pour une définition très large de l'objet du marché. Alors que les offres requises devaient contenir un concept global pour l'ensemble de la gare, un avant-projet sommaire pour la partie A de la gare et une esquisse de développement pour les parties C à G de la gare, l'adjudication du marché s'étendait aux prestations subséquentes recouvrant l'avant-projet sommaire (parties C à G), puis, pour toutes les parties de la gare, l'avant-projet, le projet, les demandes d'autorisation de construire, la préparation des appels d'offres pour la réalisation et l'évaluation des offres, le projet d'exécution, la direction des travaux et la phase d'exploitation pendant une période définie (phases n° 3 à 6 du modèle de prestation du règlement SIA 112). C'est l'étendue du marché choisie par les CFF qui les a amenés à l'adoption d'une procédure ad hoc impliquant les différentes violations du droit fédéral sur les marchés publics précédemment relevées. Les seules études élaborées dans le cadre des mandats d'études parallèles étant insuffisantes pour permettre un pronostic suffisamment fiable pour l'adjudication de l'ensemble du

E. 28

marché, les CFF ont recouru à un dialogue compétitif avec une partie des soumissionnaires sélectionnés, violant ainsi tant la procédure sélective que les règles sur les négociations. Les CFF n'ont pas non plus recouru au concours, alors même que cette procédure est particulièrement adaptée à l'acquisition de prestations de services de conception (Dubey, op. cit., ch. 169-200). C'est la règle de l'anonymat applicable aux concours qui a amené les CFF à préférer une procédure sélective n'empêchant pas l'identification des concurrents avec lesquels un dialogue serait mené. Enfin, on peut douter que les offres révisées atteignaient un degré d'élaboration suffisant pour permettre le choix de l'offre la plus avantageuse sur la base des critères d'adjudication. Les griefs du recourant portant sur l'appréciation arbitraire ou discriminatoire d'innombrables points de son offre ou sur le traitement de faveur dont aurait bénéficié l'adjudicataire, comme ceux relatifs au vote ayant finalement servi à départager les offres de ce dernier et du recourant (ci-dessus, voir partie «Résumé des faits», let. B, D à H), sont suscités par la difficulté à attribuer un marché portant sur des prestations aussi étendues au moyen de la procédure de passation choisie. Sans qu'il ne soit nécessaire de trancher définitivement cette question, on voit mal comment l'une des procédures de passation prévues aujourd'hui par la LMP, avec les conditions qui s'y appliquent, permettrait de passer un marché de l'étendue voulue par les CFF. Toutefois, au vu des autres violations déjà constatées, cette question peut rester ouverte. Il apparaît que la procédure suivie de facto par le pouvoir adjudicateur correspond très largement à celle du dialogue compétitif nouvellement introduite en droit européen par la Directive

2004/18/CE (ci-dessus, consid. 4d). Les travaux en cours visant la révision de la LMP ont déjà souligné les avantages qui pourraient être amenés par une introduction en droit suisse du dialogue compétitif, compte tenu en particulier de la plus grande flexibilité permise pour les marchés particulièrement complexes et de l'équilibre réalisé par cette nouvelle procédure entre concurrence et dialogue (Fetz, op. cit., p. 14-19; Zufferey/Dubey, op. cit., p. 55-58). Les CFF ne pouvaient toutefois adopter sans base légale le dialogue compétitif, en utilisant une forme hybride de «procédure sélective de mandats d'études parallèle» ne correspondant à aucune procédure de passation prévue par la loi et violant plusieurs règles de la LMP: Les CFF considèrent que la procédure de passation suivie est légale, car elle a respecté les principes fondamentaux du droit des marchés publics, à savoir la mise en concurrence, la transparence, l'égalité de traitement et l'adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse. La Commission de recours observe que, même si tel était le cas, le pouvoir adjudicateur n'est pas libre de créer à bien plaisir une procédure de passation nouvelle qui viole le *numerus clausus* des procédures de passation découlant de l'art. 13 LMP et dont les caractéristiques portent atteinte aux règles régissant la procédure sélective à laquelle il s'était rattaché. Le seul respect des principes généraux du droit des marchés publics ne permet pas la création d'une procédure ad hoc en l'absence de toute base légale. En outre, l'encadrement légal détaillé d'une procédure de passation comme le dialogue compétitif est nécessaire tant en ce qui concerne ses cas d'application que les étapes de sa procédure du fait que cette procédure restreint la concurrence en limitant le nombre de soumissionnaires admis à y participer et présente des risques accrus de

E. 29

discrimination du fait des contacts étroits entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires durant le cours de l'élaboration des offres. La Commission européenne a ainsi exposé que, en raison du risque de favoritisme d'un concurrent, les principes généraux d'égalité de traitement et de transparence ne peuvent être sauvegardés que par le biais d'un encadrement approprié du déroulement du dialogue compétitif jusqu'à l'attribution du marché (proposition de la Commission du 30 août 2000, COM [2000] 275, p. 8, pt 3.7). 5 .a. Les CFF invoquent aussi la totalité des circonstances pour s'opposer à une annulation de l'adjudication. Une annulation violerait le principe de proportionnalité compte tenu des frais importants engagés dans la procédure tant par les soumissionnaires que par le pouvoir adjudicateur et de l'urgence à réaliser la transformation projetée de la gare de Genève-Cornavin. Par ailleurs, la sécurité juridique s'opposerait également à une annulation pour deux motifs. D'une part, les six teams concurrents auraient reçu une rémunération de Fr. 30'000.- chacun, alors qu'une rémunération supplémentaire a été promise aux teams Y et X. D'autre part, une annulation fragiliserait d'autres projets actuellement organisés en Suisse sur la base d'une procédure analogue. b. Les soumissionnaires et les pouvoirs adjudicateurs consentent les frais nécessaires à l'élaboration des offres, respectivement à la préparation du marché et à l'évaluation des offres, en se fondant de bonne foi sur l'expectative que le marché tel qu'ayant fait l'objet de l'appel d'offres sera adjugé à l'issue de la procédure de passation. La procédure de recours est toutefois aussi un élément inhérent au droit des marchés publics, de sorte que toutes les parties connaissent le risque d'une annulation de l'adjudication. Des règles telles que contenues dans la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA, RS 231.1), la responsabilité de droit public des pouvoirs adjudicateurs ou l'enrichissement illégitime protègent les intérêts des soumissionnaires. En adoptant une procédure de passation ad hoc, le pouvoir adjudicateur ne pouvait ignorer qu'une annulation

ultérieure éventuelle retarderait la réalisation du projet en cause. Par ailleurs, dans un Etat de droit, une autorité de recours ne saurait valider une procédure de passation viciée, utilisée en violation des règles sur les marchés publics, au motif qu'elle serait acceptée par les praticiens et répondrait à un besoin. La sécurité juridique ne commande pas de cautionner un fait accompli contraire au droit. C'est au législateur qu'il appartient d'amender la LMP afin d'y intégrer, le cas échéant, une procédure analogue au dialogue compétitif introduit récemment en droit européen. En conséquence, le respect des conditions d'une procédure de passation conforme à la loi a priorité sur les arguments de proportionnalité et de sécurité juridique invoqués. A défaut, les pouvoirs adjudicateurs pourraient à leur guise modifier la réglementation légale applicable aux procédures de passation par le biais de la documentation d'appel d'offres (dans ce sens également, arrêt du Tribunal administratif zurichois du 9 juillet 2003 [VB.2002.00044], consid. 2d). 6 .a. En résumé, la procédure de passation suivie constitue un aliud qui viole le numerus clausus des procédures de passation institué par l'art. 13 LMP. Les CFF ne pouvaient mélanger à bien plaisir les éléments de différentes procédures de passation ou introduire une nouvelle procédure (de dialogue compétitif) non prévue par la loi. L'exigence de base légale et le principe de transparence exigent que la procédure de passation applicable au cas d'espèce soit clairement reconnaissable (en ce sens également, arrêt précité du

E. 30

Tribunal administratif zurichois du 9 juillet 2003, consid. 2b). Le droit fédéral sur les marchés publics considère les mandats d'études parallèles comme l'objet d'un marché, à savoir un type particulier de service, et non comme une cinquième forme de procédure de passation. La passation du marché de mandats d'études parallèles en cause, avec adjudication à l'auteur de la meilleure offre de l'ensemble des prestations relatives aux phases n° 3, 4, 5 et 6 du modèle de prestation du règlement SIA 112 pour les parties A, C, D, E, F et G de la gare de Genève-Cornavin, ne remplit les conditions d'aucun des quatre types de procédures de passation énumérés par la loi. b. Compte tenu des violations constatées et de leur impact sur la procédure de passation, il est inutile de se prononcer sur les autres griefs allégués par le team recourant. En application de l'art. 62 al. 4 PA, la Commission de recours annule la décision attaquée pour d'autres motifs que ceux soulevés par le recourant. Le recours est ainsi bien fondé et la décision d'adjudication annulée. c. 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 à l'autorité adjudicatrice pour qu'elle 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'au 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. d. La Commission de recours observe que les vices justifiant l'annulation de l'adjudication affectent le déroulement de la procédure de passation, à tout le moins dès la seconde phase de la procédure sélective. Les violations consistant notamment dans le dépôt d'offres révisées par l'adjudicataire et le recourant ne peuvent pas être réparées par une nouvelle appréciation de leurs deux offres révisées. Par ailleurs, le collège d'experts a indiqué, dans son évaluation des six offres initiales, que celles-ci étaient encore à un stade techniquement sommaire et nécessitaient d'être précisées avant qu'une adjudication ne soit envisageable. Il n'est dès lors pas non

plus possible de réparer la violation en procédant à une nouvelle évaluation des offres initiales non révisées du recourant et de l'adjudicataire. Dans une telle hypothèse, l'interruption de la procédure de passation s'impose. La suite dépend, au premier chef, du pouvoir adjudicateur compte tenu de son grand pouvoir d'appréciation dans la définition de l'objet du marché et dans le choix de la procédure de passation. Les CFF peuvent choisir soit de lancer une nouvelle procédure de passation ab nihilo, avec une redéfinition éventuelle de l'objet du marché, soit de lancer une procédure de passation en se basant sur l'une des six offres initiales acquises dans le cadre du mandat d'études parallèles, en dédommageant le soumissionnaire auteur de l'offre. Une procédure de gré à gré au motif que toutes les offres présentées ne satisfont pas aux exigences de l'appel d'offres (art. 13 al. 1 let. b OMP) serait abusive, dès lors que c'est le pouvoir adjudicateur qui, par sa définition très large de l'objet du marché annulé et par l'utilisation d'une procédure de passation ad hoc, est la cause du caractère sommaire des propositions initialement déposées dans le cadre

E. 31

des mandats d'études parallèles. De même, le pouvoir adjudicateur ne saurait invoquer des motifs liés à la propriété intellectuelle pour passer le marché subséquent de gré à gré (art. 13 al. 1 let. c OMP). La réglementation sur les marchés publics serait systématiquement éludée si le pouvoir adjudicateur se prévalait du maintien des droits de propriété intellectuelle des concurrents sur les études parallèles pour adjuger le marché subséquent de gré à gré à l'auteur de l'étude jugée la meilleure (Dubey, op. cit., ch. 428 et note 793). Le pouvoir adjudicateur doit acquérir, contre rémunération, les droits de propriété intellectuelle attachés aux études parallèles attribuées dans un premier marché lorsqu'il entend adjuger un marché subséquent sur cette base (art. XV § 1 al. e, note 9; par analogie en matière de concours, voir art. 55 al. 2 let. b OMP). e. Enfin, l'effet suspensif accordé au présent recours tombe du fait de la présente décision rendue sur le fond par la Commission de recours. 7. (Admission du recours sans frais à charge du recourant et avec dépens en sa faveur à charge des CFF) [1] Voir: <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcs.asp?Cl=9&Lg=2&Co=867> (dernière visite: 29.12.2005). [2] Voir: http://www.beschaffungswesen.zh.ch/internet/bd/bd_gs/sub/de/handbuch_fuer_vergabestellen.htm (dernière visite, 29.12.2005). [3] Voir: <http://www.bvfd.gr.ch/submissionswesen/index.htm> (dernière visite, 29.12.2005). [4] voir: http://www.bbl.admin.ch/bkb_kbob/beschaffungswesen/00254/00496/index.html?lang=f (dernière visite, 29.12.2005).

E. 32

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 70.3 - Extrait de la décision CRM 2004-017 de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 8 septembre 2005, en la cause T. In *Verwaltungspraxis der Bundesbehörden* Dans *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération* In *Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione* Jahr 2006 Année Anno Band 70 Volume Volume Seite --- Page Pagina Ref. No 150 007 307 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.