

**2022 IV/4**

Extrait de l'arrêt de la Cour II  
dans la cause Consortium X. contre  
Chemins de fer fédéraux suisses (CFF) SA  
B-1456/2022 du 27 juin 2022

**Marchés publics. Décisions sujettes à recours. Exclusion de la procédure d'adjudication.**

**Art. 24 al. 4, art. 40 al. 2, art. 44, art. 53 al. 1 let. h LMP.**

1. Seules les décisions mentionnées à l'art. 53 al. 1 LMP peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (consid. 2.1).
2. A défaut de tomber sous l'un des cas de figure prévus aux art. 23 al. 4, 24 al. 4 ou 44 LMP, l'acte attaqué ne constitue pas une décision d'exclusion de la procédure au sens de l'art. 53 al. 1 let. h LMP (consid. 2.2).
3. La lettre par laquelle un soumissionnaire est informé que son offre ne sera pas examinée plus avant jusqu'à la décision d'adjudication ne peut donner lieu à un recours. La décision communiquée par cette lettre ne peut être attaquée qu'avec la décision d'adjudication (consid. 2.3).

**Öffentliches Beschaffungswesen. Anfechtbare Verfügungen. Ausschluss vom Vergabeverfahren.**

**Art. 24 Abs. 4, Art. 40 Abs. 2, Art. 44, Art. 53 Abs. 1 Bst. h BöB.**

1. Nur Verfügungen nach Art. 53 Abs. 1 BöB können mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (E. 2.1).
2. Da der angefochtene Akt nicht unter Art. 23 Abs. 4, Art. 24 Abs. 4 oder Art. 44 BöB fällt, stellt er keinen Ausschluss vom Vergabeverfahren im Sinne von Art. 53 Abs. 1 Bst. h BöB dar (E. 2.2).
3. Das Schreiben, nach dem die Offerte einer Anbieterin bis zum Zuschlagsentscheid nicht weiter geprüft wird, ist nicht anfechtbar. Der mit dem Schreiben mitgeteilte Entscheid kann erst mit dem Zuschlag angefochten werden (E. 2.3).

**Appalti pubblici. Decisioni impugnabili. Esclusione dalla procedura di aggiudicazione.****Art. 24 cpv. 4, art. 40 cpv. 2, art. 44 e art. 53 cpv. 1 lett. h LAPub.**

- 1. Soltanto le decisioni menzionate all'art. 53 cpv. 1 LAPub possono essere impugunate mediante ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo federale (consid. 2.1).**
- 2. Non rientrando tra le costellazioni previste dagli artt. 23 cpv. 4, 24 cpv. 4 o 44 LAPub, l'atto impugnato non costituisce una decisione di esclusione dalla procedura ai sensi dell'art. 53 cpv. 1 lett. h LAPub (consid. 2.2).**
- 3. Lo scritto con cui si comunica a un offerente che la sua offerta non sarà ulteriormente esaminata fino alla decisione di aggiudicazione non è impugnabile. La decisione comunicata con tale scritto può essere impugnata soltanto con la decisione di aggiudicazione (consid. 2.3).**

Le 15 juin 2021, les Chemins de fer fédéraux suisses (CFF) SA, Infrastructure, (ci-après: pouvoir adjudicateur) ont publié, sur la plateforme Simap (Système d'information sur les marchés publics en Suisse), un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de construction.

Par courrier du 4 mars 2022, le pouvoir adjudicateur a informé les recourantes que leur offre et leur variante ne seraient pas examinées plus avant, tout en précisant que ledit courrier ne constituait pas une décision.

Par écritures déposées le 25 mars 2022, les recourantes exercent un recours contre cet acte devant le Tribunal administratif fédéral, concluant à son annulation et à ce qu'il soit ordonné au pouvoir adjudicateur de réintégrer dans la procédure d'évaluation leur offre de base ainsi que leur variante et de conduire le processus jusqu'à l'évaluation complète de celles-ci.

Le Tribunal administratif fédéral déclare le recours irrecevable.

*Extrait des considérants:*

**2.1** Selon l'art. 53 al. 1 LMP (RS 172.056.1), seules les décisions suivantes sont sujettes à recours:

- a. l'appel d'offres;

- b. la décision concernant le choix des participants à la procédure sélective;
- c. la décision d'inscrire un soumissionnaire sur une liste ou de l'en rayer;
- d. la décision concernant les demandes de récusation;
- e. l'adjudication;
- f. la révocation de l'adjudication;
- g. l'interruption de la procédure;
- h. l'exclusion de la procédure;
- i. le prononcé d'une sanction.

Pour le reste, les décisions rendues sur la base de la présente loi ne sont pas sujettes à recours (art. 53 al. 5 LMP).

Le Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695, indique, en lien avec l'art. 53 al. 1 LMP, que « cet alinéa contient la liste exhaustive des objets de recours. Les autres décisions incidentes ne peuvent être attaquées individuellement, même si elles constituent un préjudice irréparable aux yeux du recourant » (p. 1824). Ceci étant, contrairement à ce qui était prévu dans l'ancien droit, la LMP contient désormais, à son art. 53 al. 1, un catalogue exhaustif des décisions attaquables, ce qui est en outre précisé à l'al. 5 de l'art. 53. Ainsi, toute autre décision, incidente ou matérielle, rendue dans le cadre de la procédure d'adjudication ne peut faire l'objet d'un recours indépendant et ce, même si elle constitue une décision au sens de l'art. 5 PA et, pour les décisions incidentes, serait, pour le soumissionnaire, susceptible de lui causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 46 al. 1 let. a PA. Le *numerus clausus* des actes attaquables contenu à l'art. 53 al. 1 LMP l'emporte ainsi sur les dispositions générales de la PA (cf. MARTIN ZOBL, in: *Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht* [ci-après: *Handkommentar*], 2020, n° 4 ad art. 53 LMP p. 665; TRÜEB/CLAUSEN, in: *Wettbewerbsrecht II*, 2<sup>e</sup> éd. 2021, n° 1 ad art. 53 LMP p. 539).

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

d'adjuger le marché à un autre soumissionnaire (cf. FF 2017 1695, 1806–1809).

Ainsi, une exclusion du soumissionnaire peut être décidée lorsqu'il est constaté que celui-ci:

a. ne remplit pas ou plus les conditions de participation à la procédure d'adjudication ou a un comportement qui compromet la conformité de cette dernière aux dispositions légales;

b. remet une offre ou une demande de participation qui est entachée d'importants vices de forme ou qui s'écarte de manière importante des exigences fixées dans l'appel d'offres;

ou encore a fait l'objet d'une condamnation entrée en force pour un délit commis au détriment de l'adjudicateur en cause ou pour un crime (let. c); fait l'objet d'une procédure de saisie ou de faillite (let. d); a enfreint les dispositions relatives à la lutte contre la corruption (let. e); refuse de se soumettre aux contrôles qui ont été ordonnés (let. f); ne paie pas les impôts ou les cotisations sociales exigibles (let. g); n'a pas exécuté correctement des marchés publics antérieurs ou s'est révélé d'une autre manière ne pas être un partenaire fiable (let. h); a participé à la préparation du marché, sans que le désavantage concurrentiel qui en découle pour les autres soumissionnaires puisse être compensé par des moyens appropriés (let. i); a fait l'objet, en vertu de l'art. 45, al. 1, d'une exclusion des futurs marchés publics entrée en force (let. j).

**2.2.1** En l'occurrence, il ressort des documents d'appel d'offres ([...]) que l'évaluation des offres conduisant à la décision d'adjudication se déroule par étapes, à savoir:

1. Ouverture des offres techniques;
2. Contrôle formel de la documentation des offres techniques;
3. Analyse des offres techniques selon critères d'aptitude, d'exigences minimales et d'adjudication;
4. Séance de rectification des offres techniques;
5. Ouverture des offres commerciales – seulement si l'offre technique aura rempli les critères d'aptitude et les critères d'exigences minimales;
6. Contrôle formel de la documentation des offres commerciales;
7. Analyse des offres selon les critères d'adjudication (analyses techniques et commerciales);
8. Séance de clarification technico-financière.

**2.2.2** En l'espèce, les recourantes ont soumis une offre de base ainsi qu'une variante, lesquelles présentaient toutes deux, de manière séparée comme requis dans l'appel d'offres ([...]), une offre technique et une offre commerciale. Comme celles-ci le relèvent, le pouvoir adjudicateur a manifestement jugé recevables tant l'offre de base que la variante dès lors qu'il a procédé à l'évaluation de leurs composantes techniques d'abord puis financières ensuite, comme indiqué sous le ch. 5 précité [cf. consid. 2.2.1], ce que celui-là ne conteste par ailleurs pas. Les recourantes n'ont donc pas été exclues de la procédure de passation au sens des let. a ou b de l'art. 44 al. 1 LMP, ce qu'elles ne soutiennent pas non plus. Elles ne font pas davantage valoir – et il ne ressort nullement de l'acte attaqué – qu'elles tomberaient sous l'un des autres cas de figure mentionnés à l'art. 44 LMP permettant au pouvoir adjudicateur d'exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication.

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

**2.2.3.1** L'art. 24 LMP prévoit que, lors d'une procédure d'adjudication ouverte ou sélective portant sur un marché complexe, sur des prestations intellectuelles ou sur des prestations innovantes, l'adjudicateur peut engager avec les soumissionnaires un dialogue visant à concrétiser l'objet du marché ainsi qu'à développer et à fixer les solutions ou les procédés applicables. L'intention de mener un dialogue doit être mentionnée dans l'appel d'offres (al. 1). L'adjudicateur peut réduire le nombre de soumissionnaires participant au dialogue en fonction de critères objectifs et transparents (al. 4). Le message indique à cet égard que si, durant la procédure, il apparaît qu'un soumissionnaire n'entre raisonnablement pas en ligne de compte pour l'adjudication, l'adjudicateur peut interrompre le dialogue avec lui. Le soumissionnaire concerné en est informé au moyen d'une décision sujette à recours qui peut lui être notifiée soit immédiatement, soit au moment de l'adjudication du marché (cf. FF 2017 1695, 1780).

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

était tenu d'inviter tous les soumissionnaires lors des séances de clarification technico-financière.

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

**2.2.4** Il suit de ce qui précède que, à défaut de tomber sous l'un des cas de figure prévus aux art. 23 al. 4, 24 al. 4 ou 44 LMP, le courrier du 4 mars 2022 ne constitue pas une décision d'exclusion de la procédure au sens de l'art. 53 al. 1 let. h LMP, susceptible de recours. Le point de vue des recourantes selon lequel toute exclusion de la procédure d'adjudication est sujette à recours selon l'art. 53 al. 1 let. h LMP ne saurait donc être suivi.

Partant, dès lors que les recourantes n'ont pas été exclues de la procédure au sens de l'art. 53 al. 1 let. h LMP, elles ne sauraient valablement se plaindre de ce qu'un recours contre la décision d'adjudication ne garantisse pas de manière satisfaisante la protection juridique en cas d'exclusion d'un soumissionnaire de la procédure.

**2.3** Selon le pouvoir adjudicateur, l'acte querellé constituerait ainsi une lettre dite de parcage (Parkierungsschreiben), laquelle a pour but d'informer un soumissionnaire (en l'occurrence, les recourantes) qu'il n'a plus de chance réaliste de remporter le marché, ce qui permet à celui-là de diminuer sa charge financière ainsi que la mobilisation de ses équipes engendrées par sa participation à un marché public complexe.

Une telle pratique est expressément mentionnée dans le message relatif à la révision totale de la LMP en lien avec l'art. 53 al. 1 LMP (« Objets du recours »; cf. à ce sujet, sous l'empire de l'ancien droit, décision incidente du TAF B-4958/2013 du 23 octobre 2013 consid. 5.2 et 5.4). Celui-là indique ainsi que « la lettre par laquelle un soumissionnaire est informé que son offre ne sera pas examinée plus avant jusqu'à la décision d'adjudication, en particulier, ne peut donner lieu à un recours. La décision communiquée par cette lettre ne peut être attaquée qu'avec la décision finale, à savoir la décision d'adjudication » (cf. FF 2017 1695, 1824; cf. ég. ZOBL, op. cit., n° 4 ad art. 53 LMP p. 665; TRÜEB/CLAUSEN, op. cit., n° 1 p. 539 ad

art. 53 LMP et, s'agissant du Message type relatif à la révision de l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP) du 15 novembre 2019, dont la teneur est sur ce point identique: CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Vergaberecht – Die Revision, PBG aktuell – Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht 2021/4 p. 15; ANTON HENNINGER, Das Projektbündnis, Schweizerische Baurechtstagung 2015 p. 160).

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

**2.3.2** L'art. 40 al. 2 LMP (« Evaluation des offres ») prévoit ce qui suit:

Lorsque l'examen et l'évaluation approfondis des offres exigent des moyens considérables et à condition de l'avoir annoncé dans l'appel d'offres, l'adjudicateur peut soumettre toutes les offres à un premier examen sur la base des documents remis et les classer. Il choisit ensuite si possible les trois offres les mieux classées et les soumet à un examen et à une évaluation détaillés.

Le message y relatif indique que, « selon la complexité des marchés, l'évaluation des offres peut requérir des moyens plus ou moins importants ». Aussi, « compte tenu du principe d'économicité, l'adjudicateur doit pouvoir écarter un certain nombre d'offres après avoir procédé à une première évaluation et ne soumettre que les offres restantes à un examen et à une évaluation plus détaillés. Les soumissionnaires dont les offres sont exclues à ce stade sont informés de cette décision, laquelle n'est pas attaquable en tant que telle. Par souci de transparence, il est recommandé d'annoncer dans l'appel d'offres le recours à cette procédure d'évaluation en deux temps et le nombre d'offres qui feront l'objet d'une évaluation approfondie » (cf. FF 2017 1695, 1800 ss).

**2.3.3** En l'espèce, il n'est pas contesté que le pouvoir adjudicateur n'a pas procédé à un « shortlisting » au sens de l'art. 40 al. 2 LMP. Comme il l'indique lui-même, il n'a en effet pas annoncé dans l'appel d'offres avoir

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

**2.4** Il suit de ce qui précède que la lettre du 4 mars 2022 du pouvoir adjudicateur n'est pas une décision susceptible de faire l'objet d'un recours indépendant selon le droit des marchés publics.

En conséquence, il ne peut être entré en matière sur le présent recours.