

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.

Marchés publics de la Confédération. Marché de services. Mandat d'études parallèles. Adjudication en procédure sélective. Base légale. Numerus clausus. Dialogue compétitif.

Art. 13 et art. 15 al. 4 LMP.

- Le type de service en cause étant assujetti à l'Accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne sur les marchés publics et à la LMP, cet assujettissement s'étend également à l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur entend acquérir plusieurs projets simultanés relatifs au même objet, comme en l'espèce où il s'agit d'un mandat d'études parallèles. Il s'agit alors d'un ensemble de plusieurs marchés de services identiques assujettis, quant à leur type, à la LMP (consid. 1).

- Recevabilité du grief portant sur la mise en cause de la procédure d'adjudication sélective au stade du recours à l'encontre de la décision d'adjudication (consid. 3b/bb et 3c).

- Sur le fond, la procédure de passation «sélective» d'études parallèles appliquée en l'espèce viole les règles applicables en matière de marchés publics, celle-ci restreignant la concurrence sans base légale suffisante. La procédure de passation suivie introduit, d'une part, de facto une phase de gré à gré à l'intérieur de la seconde phase d'une procédure sélective et, d'autre part, un dialogue compétitif non prévu par la loi; ce faisant, elle constitue clairement un aliud et viole le principe du numerus clausus de l'art. 13 LMP (consid. 4e et 6a).

Eidgenössisches Beschaffungswesen. Dienstleistungsauftrag. Studienauftrag. Zuschlag im selektiven Vergabeverfahren. Gesetzliche Grundlage. Numerus clausus. Wettbewerblicher Dialog.

Art. 13 und Art. 15 Abs. 4 BoeB.

- Die in Frage stehende Dienstleistungsart untersteht dem bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens und dem BoeB. Gleich verhält es sich, wenn die Vergabestelle beabsichtigt, verschiedene gleichzeitig laufende Projekte bezüglich der gleichen Angelegenheit zu vergeben, wie im vorliegenden Fall betreffend einen Studienauftrag. Es handelt sich dann um eine Gesamtheit von mehreren gleichartigen Dienstleistungsaufträgen, welche aufgrund ihrer Art dem BoeB unterstellt sind (E. 1).

- Zulässigkeit der Rüge, die das selektive Vergabeverfahren in Frage stellt, noch im Rahmen der Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung (E. 3b/bb und 3c).

- In materieller Hinsicht verletzt das selektive Verfahren zur Vergabe von Studienaufträgen, das im vorliegenden Fall verwendet wurde, die anwendbaren Vorschriften des Vergaberechts, da es den Wettbewerb ohne genügende gesetzliche Grundlage einschränkt. Das verfolgte Vergabeverfahren führt einerseits während der zweiten Phase eines selektiven Verfahrens de facto ein freihändiges Verfahren und andererseits einen nicht gesetzlich vorgesehenen, wettbewerblichen Dialog ein, womit es ein «aliud» darstellt und darum den Numerus clausus von Art. 13 BoeB verletzt (E. 4e und 6a).

Acquisti pubblici della Confederazione. Prestazioni di servizi. Mandato di studi paralleli. Aggiudicazione in procedura selettiva. Base legale. Numerus clausus. Dialogo competitivo.

Art. 13 e art. 15 cpv. 4 LAPub.

- Essendo il tipo di servizio in questione assoggettato all'Accordo bilaterale tra la Svizzera e la Comunità europea sugli appalti pubblici e alla LAPub, questo assoggettamento si estende anche all'ipotesi che l'autorità aggiudicatrice intenda acquistare simultaneamente più progetti relativi allo stesso oggetto, come nella fattispecie che si riferisce ad un mandato di studi paralleli. Si tratta in un caso del genere di un insieme di più prestazioni di servizi identici, assoggettati per la loro natura alla LAPub (consid. 1).

- Ricevibilità dell'argomento che contesta la procedura d'aggiudicazione selettiva allo stadio del ricorso contro la decisione d'aggiudicazione (consid. 3b/bb e 3c).

- Nel merito, la procedura di valutazione «selettiva» di studi paralleli applicata nella fattispecie viola le regole applicabili in materia di acquisti pubblici, dato che limita la concorrenza senza una base legale sufficiente. La procedura di valutazione seguita introduce da una parte

de facto una fase di procedura di aggiudicazione a trattativa privata all'interno della seconda fase di una procedura selettiva e, d'altra parte, un dialogo competitivo non previsto dalla legge; in questo modo, essa costituisce chiaramente un aliud e viola il principio del numerus clausus dell'art. 13 LAPub (consid. 4e e 6a).

Résumé des faits:

A. En date du 10 juin 2003, les Chemins de fer fédéraux suisses (CFF) publièrent dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) un appel à candidatures dans le cadre d'une procédure sélective concernant la planification de la transformation par étapes de l'ensemble de la gare de Genève-Cornavin. L'objet du marché avait pour particularité de consister en un mandat d'études parallèles: les soumissionnaires retenus à l'issue de la première phase de sélection devaient fournir (i) un concept architectural global; (ii) un avant-projet sommaire de la partie A de la gare et (iii) une esquisse de développement pour les parties C, D, E, F et G de la gare. Il était toutefois prévu, pour des raisons budgétaires, que seule la partie A (aile Est du bâtiment voyageurs) serait réalisée dans un premier temps. L'appel à candidatures limitait à cinq le nombre de candidats admis à déposer une offre dans la seconde phase de la procédure sélective.

La documentation d'appel d'offres précisait que le mandat d'études parallèles portait sur les prestations correspondant aux phases 3, 4, 5 et 6 du règlement de la société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA) 112 (édition 2001), soit la phase n° 3 d'étude du projet (à savoir l'avant-projet, le projet d'ouvrage, la procédure de demande d'autorisation et de dossier de mise à l'enquête), la phase n° 4 d'appel d'offres (à savoir l'appel d'offres, la comparaison des offres et la proposition d'adjudication), la phase n° 5 de réalisation (à savoir le projet d'exécution, l'exécution de l'ouvrage ainsi que la mise en service et achèvement) et la phase n° 6 d'exploitation (à savoir le fonctionnement de l'ouvrage et sa maintenance pour une période définie) pour toutes les parties (A, C, D, E, F et G) de la gare de Genève-Cornavin.

A l'issue de la première phase de procédure sélective, six équipes de planification furent qualifiées et invitées à déposer une offre dans la seconde phase de la procédure, moyennant une rémunération forfaitaire de Fr. 30'000.- par équipe. Le règlement-programme du 29 octobre 2003 relatif au 2e tour de la procédure sélective (ci-après: le règlement-programme 2e tour) contenait notamment une grille d'évaluation comprenant les critères d'adjudication et leur pondération respective. L'évaluation des offres effectuée par le collège d'experts dans un rapport du 28 mai 2004, sur la base des critères d'adjudication, montra que les deux meilleures propositions émanaient du team Y et du team X, dont les notes finales arrondies au dixième de point étaient identiques (3.3). Le collège d'experts observa que les avant-projets des deux teams, étant encore à un stade sommaire du point de vue technique, nécessitaient d'être précisés avant qu'une adjudication ne soit envisageable, ceci pour permettre de départager les deux offres.

Suivant la recommandation du collège d'experts, les CFF adressèrent le 1er juin 2004 aux deux teams un extrait du rapport d'évaluation et des critiques spécifiques du collège d'experts et leur demandèrent d'approfondir leurs

projets dans le cadre d'une «poursuite des mandats d'études parallèles». A cette fin, les CFF élaborèrent un règlement-programme révisé du 1er juillet 2004 pour la poursuite des mandats d'études parallèles (ci-après: le règlement-programme révisé) remis aux deux teams le 6 juillet 2004, accompagné d'un cahier des charges spécifique à chaque team et contenant une critique succincte du projet présenté et une liste des «points à traiter et axes à travailler». En outre, chaque team reçut une liste des «questions CVSE», elle aussi spécifique à son projet. La partie A de l'ouvrage devant être réalisée en premier, le règlement-programme révisé priait les teams concernés de développer leurs projets pour cette partie seulement, en adaptant si nécessaire leur concept global, tout en maintenant les critères d'adjudication initialement mentionnés dans le règlement-programme 2e tour. Y et X purent prendre connaissance des avant-projets de leurs concurrents lors d'une séance du 6 juillet 2004. Le règlement-programme révisé prévoyait une rémunération complémentaire pour la poursuite des mandats d'études parallèles par les deux teams, à hauteur d'un montant maximal correspondant à 15% du montant offert par chaque team pour l'avant-projet définitif. Ce point ayant été contesté lors de la réunion du 6 juillet 2004, les CFF augmentèrent cette rémunération à 25% au maximum du montant offert pour l'avant-projet définitif, frais inclus (soit Fr. 171'745.20 pour Y et Fr. 113'039.45 pour X). Pour l'adjudicataire, cette rémunération devait être déduite du montant global offert pour la phase d'avant-projet de la partie d'ouvrage A.

Dans le délai imparti au 5 octobre 2004, les teams Y et X remirent leurs offres, lesquelles furent évaluées par le collège d'experts avec l'assistance de la société Z. SA pour le critère VO1 de l'économie globale du projet et de W. SA pour le critère VO3 des techniques de réalisation. Les notes pour les critères et sous-critères d'adjudication furent attribuées comme suit, selon une échelle de 1 à 5:

Critères / sous-critères	Poids	Y	X
Analyse des valeurs opérationnelles (VO)	55%	4.2	3.4
VO1 - Economie globale du projet	22%	4.5	3.0
VO2 - Exploitation et circulations	16.5%	4.0	4.0
VO3 - Techniques et réalisation	16.5%	4.0	3.3
Analyse globale des valeurs urbanistiques et architecturales (VUA)	40%	3.4	4.4
VUA1 - Dimension fonctionnelle	16%	3.5	4.4
VUA2 - Dimension sociale et urbaine	12%	3.5	4.5
VUA3 - Dimension symbolique, sensorielle et patrimoniale	12%	3.2	4.1
Analyse de la valeur financière			
VF1 - Offre d'honoraires	5%	2.3	4.2
Note globale	100%	3.8	3.8

A l'issue de l'attribution des notes, le collège d'experts constata, le 4 novembre 2004, que la note moyenne arrondie au dixième était identique pour les deux teams (3.8). Le collège d'experts décida alors, à l'unanimité, de ne pas prendre en considération la note moyenne au centième et de ne pas revoir les notes attribuées à chaque critère. Sur proposition du président du collège d'experts, M. V., le collège décida de choisir le meilleur projet par un vote nominatif portant sur la synthèse des évaluations établies pour les critères d'adjudication. Sur la base de ce vote, le collège recommanda aux

CFF de retenir le projet du team Y. Les CFF adjudgèrent le marché au team Y (ci-après également: l'adjudicataire) par décision du 4 novembre 2004, notifiée par courrier aux teams Y et X le 12 novembre 2004. A la demande du team X, les CFF lui exposèrent, lors d'une séance du 19 novembre 2004, les motifs de l'adjudication, ainsi qu'une synthèse des points forts et des points faibles des propositions des deux teams. Outre le rapport d'évaluation du collège d'experts du 11 novembre 2004, les CFF adressèrent à X la synthèse de l'évaluation des propositions en date du 24 novembre 2004.

B. Par courrier du 6 décembre 2004, le team X (ci-après également: le recourant) a formé recours contre la décision d'adjudication auprès de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM, ci-après: la Commission de recours ou de céans). Il y allègue d'abord que le pouvoir adjudicateur a violé la règle de l'adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 21 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics [LMP], RS 172.056.1) et le principe de la transparence en ne lui adjugeant pas le marché, alors même que sa note moyenne calculée au centième était de 3.81, soit supérieure à celle du team Y qui était de 3.79. En deuxième lieu, il estime que les CFF ont 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, s'écartant ainsi des critères d'adjudication préalablement fixés en violation du principe de transparence et agissant 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. Le groupe d'experts aurait passé sous silence divers défauts de l'offre de l'adjudicataire, dont en particulier la comptabilisation inexacte entre surfaces commerciales et de stockage, l'aménagement des chemins de fuite, etc. Par ailleurs, le fait que les plans de l'adjudicataire attribuent au groupe U une surface commerciale du rez-de-chaussée, destinée à accueillir un commerce leader, pourrait indiquer que l'adjudicataire aurait bénéficié d'informations privilégiées en violation du principe d'égalité de traitement. S'agissant de l'évaluation de sa propre offre, le recourant considère en particulier que sa solution technique a été critiquée à tort et que son programme CVSE a été évalué de manière arbitraire en ce qui concerne la climatisation.

Le recourant a requis l'octroi de l'effet suspensif à son recours, la communication de l'ensemble des rapports d'évaluation et d'une copie de l'offre de l'adjudicataire. Sur le fond, il demande, avec suite de dépens, l'annulation de la décision contestée et une nouvelle adjudication en sa faveur, subsidiairement une annulation avec renvoi aux CFF en vue d'une adjudication en sa faveur, plus subsidiairement encore une constatation d'illicéité.

C. Par courrier du 7 décembre 2004, le Président de la Commission de recours a ordonné, à titre superprovisoire, qu'aucune mesure d'exécution ne soit entreprise jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif. Un accord ayant été trouvé entre les parties s'agissant de la communication des rapports

d'évaluation et des offres respectives et aucune partie ne s'opposant à l'octroi de l'effet suspensif, le Président de la Commission de recours accorda l'effet suspensif par décision incidente du 10 février 2005.

D. Par déterminations du 13 janvier 2005, les CFF ont conclu au rejet du recours. Ils exposent ne pas avoir violé la règle de l'adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 21 LMP), considérant que les offres de l'adjudicataire et du recourant étaient équivalentes sur la base de la moyenne des notes pondérées au dixième de point attribuées aux différents critères d'adjudication. La différence de scores en cas de moyenne calculée au centième de point aurait été minime (0,02, soit 3.79 pour l'adjudicataire et 3.81 pour le recourant), ce qui ne permettrait pas d'apporter une information utilisable pour départager les propositions. Le collège d'experts aurait décidé à l'unanimité de trancher au vote nominal, à la majorité simple, après avoir évalué les offres selon les critères d'adjudication et les avoir considérées équivalentes sur la base des notes attribuées. Les CFF sont d'avis que le recours au vote à la majorité simple par le collège d'experts ne viole ni le principe de la transparence prescrivant une adjudication sur la base des critères publiés, ni l'interdiction de l'arbitraire. De son point de vue, le pouvoir adjudicateur est à même de choisir librement l'adjudicataire en cas d'équivalence des offres selon les critères publiés, en recourant notamment aux négociations (art. 20 al. 1 let. b LMP), au tirage au sort, à la voix prépondérante du président, à une nouvelle notation des offres, au choix du soumissionnaire présentant la meilleure aptitude ou encore au vote. Le vote serait le seul processus permettant de départager de manière équitable et adéquate deux offres équivalentes, en particulier lorsqu'il émane de personnes compétentes et connaissant mieux que quiconque les caractéristiques des deux offres. Enfin, les CFF considèrent que les offres ont été évaluées correctement, sans abus du pouvoir d'appréciation. L'offre du recourant contiendrait un nombre relativement faible de surfaces commerciales pour la partie A de l'ouvrage, lesquelles ne seraient pas réparties de manière optimale quant à leur accessibilité et leur visibilité, ce qui justifiait la moins bonne note attribuée à l'économie globale du projet soumis par le recourant. En revanche, le projet de l'adjudicataire prévoyait un commerce leader au rez-de-chaussée et permettait globalement un meilleur rendement locatif, ce qui n'était pas le cas du recourant. La solution technique proposée par le recourant présentait des faiblesses en ce qui concerne le caractère isostatique de la structure, la protection contre le feu et les vibrations causées par les trains. Pour remédier notamment au risque d'effondrement d'une travée en cas de rupture d'un pilier, l'expert W. SA a proposé des mesures correctives notamment par ajout d'une poutre longitudinale destinée à solidifier la structure. En revanche, le projet de l'adjudicataire ne nécessitait aucune protection supplémentaire du fait de sa structure traditionnelle en béton armé. Le concept CVSE de l'offre du recourant serait enfin minimaliste par rapport à celui de l'adjudicataire. Quant aux autres informalités reprochées au projet de l'adjudicataire, elles ne portaient pas à conséquence. Sur ce point, le projet du recourant présenterait aussi différentes violations.

E. L'adjudicataire a aussi conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours par écritures du 17 janvier 2005. S'agissant des différents griefs soulevés par le recours, la réponse de l'adjudicataire rejoint en substance celle du pouvoir adjudicateur. Il observe, au surplus, que la composition du

collège d'experts chargé de l'évaluation des offres (six membres des CFF et six experts indépendants) donnait des garanties d'indépendance nécessaires. La meilleure note attribuée à son offre quant au critère de l'économie globale du projet résulterait du fait qu'il présente une valeur actuelle nette de 33% supérieure à celle de l'offre du recourant. Il expose par ailleurs différentes violations importantes résultant du projet du recourant, notamment au niveau de la protection incendie. L'adjudicataire réfute en outre les insinuations de plagiat du projet du recourant alléguées par ce dernier. Il rappelle enfin le large pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur lors de l'adjudication d'un marché, ce d'autant plus qu'il s'agit d'avant-projets, dont les détails devront être réglés à un stade ultérieur. Le recourant n'aurait, de plus, pas établi de lien de causalité entre les appréciations critiquées et le rejet de son offre. L'adjudicataire souligne enfin que le recourant ne s'est pas plaint, lors de l'évaluation des premières offres en avril 2004, de l'utilisation des notes pondérées au dixième de point. Il explique à cet égard que même si la méthode de notation au centième de point avait été appliquée lors de l'évaluation d'avril 2004, c'est l'offre de l'adjudicataire qui aurait obtenu une meilleure note (note de 3.32 pour Y contre 3.29 pour X) et aurait dû obtenir l'adjudication.

F. Par réplique du 28 février 2005, le recourant confirme ses précédentes écritures, tout en identifiant trois problèmes majeurs en ce qui concerne le troisième grief développé en relation avec la mauvaise application des critères d'adjudication. En premier lieu, il invoque une évaluation incomplète et erronée du critère VO1 (économie globale du projet). En deuxième lieu, le recourant invoque une évaluation partielle du critère VO3 (techniques et réalisation) quant aux critiques adressées à la structure proposée dans son offre, quant aux critiques des installations CVSE de son offre et quant à l'absence de corrections de postes du devis manifestement faux dans l'offre de l'adjudicataire. En troisième lieu, le recourant dénonce plusieurs violations de moindre importance des conditions du concours par l'adjudicataire, lesquelles n'auraient pas été prises en compte par les CFF, telles que le fait que la dalle de la halle nord et les dalles au-dessus du hall devraient s'effondrer si l'on suivait les plans proposés par l'adjudicataire. Les CFF auraient en outre favorisé l'adjudicataire en lui adressant une remarque relative à l'aménagement de la surface commerciale par un «commerce leader», alors qu'ils n'auraient communiqué au recourant que le fait que sa proposition ne permettait pas d'envisager un «grand commerce». Si l'existence d'une surface commerciale d'un seul tenant, occupant tout le secteur est de la partie A, était essentielle pour les CFF, ils auraient dû le communiquer aux deux concurrents pour respecter l'égalité de traitement. Le recourant développe enfin ses griefs portant sur le non-respect par le projet de l'adjudicataire des règles sur les gabarits et sur les sorties de secours. Ces erreurs ont eu pour conséquence une surévaluation de l'offre de ce dernier et une sous-évaluation de celle du recourant.

G. A l'appui de leur duplique du 18 mars 2005, les CFF ont confirmé leurs conclusions, tout en prenant position sur les différentes violations alléguées dans l'application des critères d'adjudication. Ils soulignent, au demeurant, que l'évaluation des offres consistait avant tout à juger des potentialités respectives des avant-projets sommaires et non de détails. Ils rappellent que les offres portaient sur un avant-projet sommaire pour la partie A et qu'elles

devaient être encore plus sommaires pour les autres parties de l'ouvrage. Les prestations d'avant-projet sommaire ne sont qu'une partie des prestations d'avant-projet; elles peuvent encore moins être qualifiées de projet et ne représentent qu'une faible proportion des prestations totales attendues des mandataires. Pour la partie d'ouvrage A, le pouvoir adjudicataire évalue que les prestations requises dans la mise en concurrence représentent moins de 3% des prestations totales attendues.

H. Par duplique du 18 mars 2005, l'adjudicataire prend également position sur les différentes violations spécifiques alléguées par le recourant dans l'évaluation de leurs offres respectives. Par ailleurs, il considère que le débat technique engagé par le recourant serait non pertinent, car il ferait fi de la nature des offres comme avant-projets sommaires (partie A), esquisses de développement (parties C, D, E, F et G) et concept global et ignorerait le poids prépondérant des opinions des bureaux spécialisés et le pouvoir d'appréciation important du pouvoir adjudicateur. L'offre du recourant ne présenterait pas un degré de détail supérieur à celle de l'adjudicataire, mais se contenterait souvent d'indications plus sommaires encore. Le recourant critiquerait l'offre de l'adjudicataire en se plongeant dans des détails relevant de la phase d'exécution du marché. S'agissant de la notation au dixième de point, l'adjudicataire considère que, en l'absence de disposition topique dans le règlement-programme, ce choix était couvert par le pouvoir d'appréciation du collège d'experts.

J. A la suite des mesures d'instruction complémentaires ordonnées par la Commission de céans pour connaître la nature de la procédure de passation appliquée, ainsi que sur l'étendue précise du marché en cause, les CFF ont confirmé, par envoi du 20 juin 2005, que la procédure utilisée était une procédure sélective - et non un concours de projets, ni un concours portant sur les études et la réalisation - et ont exposé en quoi consistaient les phases n° 3, 4, 5 et 6 du modèle de prestation du règlement SIA 112. Ils ont rappelé que l'adjudication portait sur la transformation de toutes les parties (A, C, D, E, F et G) de la gare de Genève-Cornavin, une adjudication portant sur la seule partie A n'étant pas envisageable. Les CFF ont par ailleurs donné des indications chiffrées sur les rémunérations versées ou promises aux soumissionnaires pour le dépôt des offres. Ils expliquent enfin que la procédure de passation utilisée est conforme à la loi, les particularités de la procédure de mandats d'études parallèles étant conformes aux règles de la procédure sélective selon la jurisprudence cantonale et une partie de la doctrine. Ils précisent à cet égard que la procédure de passation choisie ne pourrait plus être annulée à ce stade, en raison notamment de l'absence de recours contre l'appel d'offres et de l'absence d'une cause de nullité absolue. Il s'agirait par ailleurs d'un comportement contraire à la bonne foi de la part du recourant et une telle annulation violerait le principe de proportionnalité en raison des moyens importants engagés et de l'urgence à réaliser le marché en cause. Une annulation porterait en outre atteinte à la sécurité juridique au vu des autres projets lancés actuellement selon une procédure identique. Une annulation ne serait d'ailleurs pas envisageable compte tenu du fait que les principes essentiels du droit fédéral des marchés publics ont été respectés.

Par courrier du 20 juin 2005, l'adjudicataire a, quant à lui, exposé que la procédure suivie était la procédure sélective et que le marché portait sur la transformation de toutes les parties de la gare, pour les prestations

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

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*

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

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 assujettis, 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; Evelynne 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,

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 céans du 22 janvier 2001, in: [JAAC 65.78](#) consid. 1b).

Informé par la Commission de céans 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 céans 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

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 considérerait 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 FOSC 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

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

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

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.,

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 [...]»)

- 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. 23 OMP). Les travaux d'études préliminaires ne sont mentionnés à l'art. 23 al. 2 OMP que comme motif justificatif exemplatif («notamment») et devraient essentiellement viser l'hypothèse où les soumissionnaires auraient dû mener une activité d'étude ou de conception avant («préliminaires») d'élaborer leur offre proprement dite et non les cas où le service de conception est l'objet même de l'offre (Zufferey/Dubey, op. cit., p. 59).

bb. C'est la pratique (règlement des concours d'architecture et d'ingénierie SIA 142/1998 dont l'annexe est consacrée aux mandats d'études parallèles), suivie à des degrés divers par une partie de la doctrine (Ulrich, op. cit., p. 165 s.; Esseiva, op. cit., Concours, p. 207-208; Messerli, op. cit., p. 38-42; d'un avis plus nuancé, Peter Rechsteiner, *Die Wettbewerbe: Rechtslage und Praxis*, Baurechtstagung 2003, Fribourg 2003, p. 170-173; très critiques: Dubey, op. cit., ch. 420-447; Zufferey/Dubey, op. cit., p. 41-45) et certaines jurisprudences cantonales (voir l'arrêt du Tribunal administratif argovien du 18 janvier 2000, *Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2000*, p. 267 consid. 3; les arrêts du Tribunal administratif zurichois du 9 juillet 2003 [VB 2002.00044], du 13 février 2002 [VB.2001.00035], consid. 3a et du 13 avril 2000 [VB.1999.00385], consid. 2a; arrêt du Tribunal administratif fribourgeois du 6 septembre 2000 [2A 00 67], consid. 1c; jurisprudences résumées par Galli/Moser/Lang, op. cit. ch. 504-506 et par Rechsteiner, op. cit., p. 168-169), qui a transformé cet objet du marché en une forme de procédure de passation particulière incluant l'attribution d'un marché subséquent («Folgeauftrag») à l'un des prestataires des études parallèles («Studienauftrag»). La terminologie utilisée pour décrire les mandats d'études parallèles témoigne du glissement opéré: «une procédure de mise en concurrence» (Esseiva, op. cit., Concours, p. 207), «als Studienauftrag ausgestalteter Planungswettbewerb» (arrêt du Tribunal administratif des Grisons du 2 novembre 2001 [U 01 55], consid. 1b) «eine eigenständige Form der Konkurrenz» (Galli/Moser/Lang, op. cit., ch. 503), «ein nicht anonymes Konkurrenzverfahren» (Zürcher Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen, *Handbuch für Vergabestelle*, Zurich 2004, Kap. 8, Merkblatt 15, disponible online^[2]; «Art des Wettbewerbsverfahrens» (Bau-, Verkehrs- und Forstdepartement Graubünden, *Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Graubünden*, 31 mars 2005, ch. 6.5.4, disponible online^[3]). Les caractéristiques les plus importantes de cette forme particulière de mise en concurrence expliquent les avantages que lui reconnaît la pratique par rapport au concours (pour l'analyse approfondie de ces caractéristiques, voir Dubey, op. cit., ch. 424-428; Messerli, op. cit., p. 40-41). En premier lieu, la procédure n'est pas soumise à la règle de l'anonymat, qui constitue une caractéristique essentielle du concours (art. 48 OMP). Elle permet au contraire d'avoir des contacts et discussions intermédiaires durant la procédure de passation entre le collège d'experts et les concurrents qui pourraient ainsi approfondir et préciser leurs offres (Rechsteiner, op. cit., p. 170; Messerli, op. cit., p. 40). En deuxième lieu, les concurrents reçoivent une indemnité pour leurs prestations d'études parallèles, d'un montant proportionnellement égal et fixé par le pouvoir adjudicateur. Les mandats d'études parallèles permettraient ainsi au pouvoir adjudicateur d'acquérir les prestations de

planification sans rémunérer intégralement leurs auteurs, la réduction du prix étant justifiée par la chance dont jouirait chacun d'eux de se voir attribuer un marché supplémentaire (Ulrich, op. cit., p. 165-166). En troisième lieu, les participants n'auraient pas de droit à un marché subséquent («Folgeauftrag»), contrairement à ce qui est le cas dans les concours; il s'agirait d'une simple possibilité réservée par le pouvoir adjudicateur (Messerli, op. cit., p. 40). Enfin, le règlement SIA 142 prévoit que les droits d'auteurs demeurent la propriété des concurrents sauf cession formelle (Dubey, op. cit., ch. 428).

c. La «procédure de mandats d'études parallèles» n'étant pas une forme réglementée de procédure de passation (ci-dessus, consid. 4b/aa), la jurisprudence de plusieurs tribunaux administratifs cantonaux s'est efforcée de l'intégrer au système du droit des marchés publics, tout en répondant à certaines des objections soulevées par la doctrine.

aa. Une première solution développée par le Tribunal administratif de Zurich assimile l'octroi de mandats d'études parallèles à une procédure de concours de projets, qui permet l'adjudication de gré à gré d'un marché subséquent selon l'art. XV § 1 al. j AMP, mais pour autant, toutefois, que les conditions du concours (anonymat des offres et évaluation par un jury indépendant) soient respectées et que l'intention d'adjuger un marché subséquent soit publié d'emblée dans l'appel d'offres (arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 13 février 2002 [VB.2001.00035], consid. 3a). Lorsque les conditions du concours ne sont pas remplies, le marché subséquent ne peut pas être adjugé de gré à gré et doit faire l'objet d'une procédure de passation ordinaire. Le principe de la transparence impose que le pouvoir adjudicateur annonce dans l'appel d'offres non seulement son intention d'adjuger directement un marché subséquent, mais aussi l'objet et l'étendue de ce marché subséquent (arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 9 juillet 2003 [VB.2002.00044], consid. 2c/cc), y compris lorsque les différentes parties du projet seront réalisées de manière échelonnée. La doctrine rappelle en outre que la possibilité d'adjuger de gré à gré constitue une exception aux procédures ordinaires (ouverte ou sélective), de sorte que la clause du règlement du concours annonçant un marché subséquent devrait être interprétée de façon restrictive. Les marchés adjugés, même dûment annoncés, doivent se situer dans une relation directe avec l'objet du concours. Dans la mesure où personne ne va jamais, avant le déroulement du concours, contester le règlement au motif que les marchés subséquents annoncés seraient trop importants, un risque effectif existe que le maître de l'ouvrage définisse trop largement ces marchés (Christian Pfammater, *Concours et marchés publics*, in: *Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF] 2002 I p. 459-460*; moins affirmatif, Rechsteiner, op. cit. p. 171 et 172). La législation cantonale de Bâle-Ville considère ainsi que le marché subséquent doit porter sur le développement du projet protégé par le droit de propriété intellectuelle (§ 19 let. g Gesetz über öffentliche Beschaffungen du 20 Mai 1999 [Beschaffungsgesetz, RS BS 914.000]). Le Tribunal administratif du canton de Fribourg a émis des doutes, tout en laissant ouverte la question de savoir si l'étendue du marché subséquent adjugé dans le cadre d'un concours de projets pouvait aller au-delà de la planification de détail et comprendre des prestations d'architecte liées à l'exécution de l'ouvrage (essentiellement la direction des travaux; arrêt du Tribunal administratif du canton de Fribourg du 19 avril 2001, in: *RDAF 2002 I p. 461* consid. 5d). En droit européen, la

CJCE interprète de manière stricte la possibilité d'adjuger par une procédure négociée (équivalent au gré à gré suisse) le marché faisant suite à un concours et qui doit être attribué au lauréat ou à un des lauréats du concours. Les termes «doit être attribué au lauréat» exigent une obligation de confier la deuxième étape au lauréat et non une simple possibilité. De plus, l'expression «faire suite à un concours» signifie que doit subsister un lien fonctionnel direct entre le concours et le marché concerné; dès lors que la définition du concours (en l'espèce un concours d'étude de faisabilité) se réfère à un plan ou un projet, le marché subséquent ne saurait inclure une mission d'assistance au maître d'ouvrage dans l'analyse des offres remises dans le cadre de la procédure ultérieure de conception et réalisation de l'ouvrage (arrêt non encore publié de la CJCE du 14 octobre 2004, en la cause Commission c/ France, C-340/02, points 36-43).

bb. Une deuxième solution rappelée en doctrine consiste en l'adjudication de gré à gré des mandats d'études parallèles au motif qu'il s'agirait de services mis au point à la demande du pouvoir adjudicateur au cours de l'exécution d'un contrat particulier de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original et pour les besoins de ce contrat (art. XV § 1 al. e AMP; art. 13 al. 1 let. g OMP). Cette possibilité se heurte à deux limitations lorsque la valeur des mandats ainsi adjugés dépasse les seuils déterminant l'application de la LMP. D'une part, compte tenu de l'interprétation restrictive des cas de gré à gré, on peut douter que tous les services d'architecture et d'ingénierie répondent à cette définition. D'autre part, l'adjudication de gré à gré ne couvre que les marchés d'études proprement dits à l'exclusion des marchés subséquents (art. XV § 1 let. e i.f.; Rechsteiner, op. cit., p. 170; Dubey, op. cit., ch. 193-200, 433 et 436; 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, [ci-après: Innovation], p. 90).

cc. La troisième solution développée par la jurisprudence cantonale (arrêt du Tribunal administratif argovien du 18 janvier 2000 [AGVE] 2000, p. 267 consid. 3c/bb; arrêts du Tribunal administratif du canton de Zurich du 9 juillet 2003 [VB.2002.00044], consid. 2c/ee et 3a et du 13 avril 2000 [VB.1999.00385], consid. 2b/bb à ee) analyse le marché de mandats d'études parallèles avec octroi d'un marché subséquent comme un seul marché passé en procédure sélective. Cette conception est construite sur une notion «élastique» de l'objet du marché et sur la faculté de verser une indemnité pour l'élaboration des offres (art. 23 al. 2 OMP). Lorsque le mandat d'études parallèles comporte une option pour un marché subséquent, la première phase de la procédure sélective consiste à sélectionner les candidats sur la base des critères d'aptitude, en limitant généralement le nombre des participants admis. Sur la base de la décision de préqualification, le pouvoir adjudicateur passe des contrats avec les soumissionnaires sélectionnés portant sur l'élaboration d'études parallèles contre rémunération. La livraison des études parallèles ne correspond pas encore à l'adjudication, mais est assimilée au dépôt des offres dans une procédure ordinaire, à la seule différence que ces offres font l'objet d'une indemnité. Les études parallèles sont ensuite évaluées selon les critères d'adjudication publiés. La procédure de passation s'achève par l'adjudication du marché subséquent à l'auteur de la meilleure étude parallèle. Dans cette hypothèse, la procédure sélective a pour objet non seulement les mandats

d'études parallèles, mais aussi le marché subséquent de développement et/ou de réalisation, de sorte que la valeur du marché déterminante consiste en la somme des indemnités versées pour les mandats d'études parallèles et pour l'exécution du marché subséquent. Une partie de la doctrine se rapprochant de cette jurisprudence considère qu'il y aurait «en quelque sorte deux adjudications successives», la première se confondant avec la décision de sélection (Denis Esseiva, *Droit de la construction* [DC] 4/2001 p. 156, notes ad S42 et S43). En revanche, lorsque le mandat d'études parallèles ne comporte pas d'option pour un marché subséquent, la procédure de passation se termine avec l'attribution des marchés d'études, sans qu'il soit ensuite possible d'attribuer de gré à gré un marché d'étude complémentaire à l'un des participants. Cette analyse fait l'objet de critiques doctrinales sur trois points essentiellement: la non-qualification comme adjudication de l'attribution des mandats d'études parallèles, la restriction abusive du nombre de soumissionnaires dans la procédure sélective et le contournement du droit des marchés publics par le maintien des droits de propriété intellectuelle sur les études parallèles (Dubey, op. cit. ch. 432-434, 440-443, 428; Dubey/Zufferey, op. cit., p. 43-44; Esseiva, op. cit., *Concours*, p. 208; voir consid. 4e ci-dessous)

Cette troisième conception est celle qui se rapproche le plus de la «procédure sélective de mandats d'études parallèles» utilisée en l'espèce (ci-dessous, consid. 4e).

d. aa. En adoptant la LMP, 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], FF 1994 IV 343 s.). Cette volonté a été encore renforcée par la conclusion de l'Accord bilatéral CE-CH en matière de marchés publics, dont découle en particulier l'assujettissement des CFF 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; décision de la Commission de céans du 30 juin 2004, in: [JAAC 68.119](#) consid. 4.d/dd/aaa). De plus, la nouvelle directive européenne applicable aux marchés publics dans les secteurs «classiques» introduit un nouveau type de procédure de passation, le dialogue compétitif (voir art. 1 § 11 pt. c, art. 28 et 29 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 [ci-après: Directive 2004/18/CE], in: *Journal officiel des Communautés européennes* [JO], 2004 L 134/114). Les études menées dans le cadre de la révision en cours du droit fédéral sur les marchés publics ont identifié le dialogue compétitif introduit par le droit européen comme étant la procédure se rapprochant le plus de la pratique des mandats d'études parallèles (Marco Fetz, *Beschaffungskommission des Bundes* [BKB], *Das EG-Vergaberecht: Einzelne Neuerungen, Darstellung und erste Analyse der Stärken und Schwächen*, Berne 1er novembre 2004, p. 13,

ch. 36-37, disponible online^[4]). Il paraît dès lors justifié de se référer au droit européen en matière de marchés publics pour qualifier le type de procédure de passation suivi en l'espèce, ainsi que sa validité.

bb. La nouvelle procédure de dialogue compétitif introduite par la Directive précitée 2004/18/CE s'ajoute aux procédures ouverte, restreinte (= sélective) et négociée (= de gré à gré); c'est une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché (pt. 31 du préambule à la Directive 2004/18/CE). Il s'agit d'une procédure «à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre» (art. 1 § 11 pt. c al. 1 Directive 2004/18/CE). L'utilisation de cette procédure est limitée aux marchés «particulièrement complexes» (art. 29 § 1 Directive 2004/18/CE), à savoir les cas où le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure soit de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs, soit d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet (art. 1 § 11 pt. c al. 2 Directive 2004/18/CE). La première phase de la procédure de dialogue compétitif débute avec la publication d'un avis de marché; elle consiste en la sélection des candidats sur la base de leur aptitude et du nombre maximal de candidats éventuellement prévu, puis en l'ouverture d'un dialogue avec chaque candidat sélectionné, dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins. Le dialogue peut porter sur tous les aspects du marché et est encadré par le principe de non-discrimination, la protection de la confidentialité des solutions proposées, le respect de la législation en matière de droits de propriété intellectuelle et la faculté de rémunérer les participants au dialogue. Le dialogue peut se dérouler en plusieurs phases successives, de manière à réduire le nombre de solutions à discuter en appliquant les critères d'adjudication. Il se poursuit jusqu'à ce que le pouvoir adjudicateur ait identifié la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins. Le dialogue est alors clos. Dans une seconde phase du dialogue compétitif, le pouvoir adjudicateur invite au moins trois participants à lui remettre une offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue. Sur demande du pouvoir adjudicateur, ces offres peuvent être clarifiées, précisées et perfectionnées, sans que cela ait pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre susceptibles de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire. Les offres sont évaluées en fonction des critères d'attribution et l'adjudication est prononcée (art. 29 Directive 2004/18/CE; au sujet de cette nouvelle procédure, voir notamment Sue Arrowsmith, *An assessment of the new legislative package on public procurement*, *Common Market Law Review* 2004, p. 1280-1291; Fetz, op. cit., p. 9-19).

e. En l'espèce, la «procédure sélective de mandats d'études parallèles» suivie par le pouvoir adjudicateur viole les règles applicables en matière de marchés publics.

aa. Les CFF ont admis à la seconde phase de la procédure sélective six équipes de planification jugées aptes. Ils ont ensuite éliminé dans la seconde phase les quatre offres les moins bien classées au regard des critères d'adjudication

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

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. 26 al. 5 OMP. Cette disposition interdit en effet au pouvoir adjudicateur, lors de négociations, de transmettre aux soumissionnaires quelque information que ce soit sur les offres des concurrents, et cela jusqu'au moment de l'adjudication. S'agissant de droit impératif, il importe peu que tous les soumissionnaires aient donné leur accord quant à la divulgation de leurs offres initiales. En second lieu, et surtout, la Commission de recours a déjà eu l'occasion de préciser qu'il faut en principe convier aux négociations tous les candidats qui remplissent les conditions de qualification et dont les offres satisfont aux critères d'adjudication. Le pouvoir adjudicateur ne saurait limiter le nombre des soumissionnaires invités à négocier dans le seul but de minimiser les coûts de la procédure de passation (décision de la Commission de recours du 4 février 1999, in: [JAAC 64.9](#) consid. 3b/aa; Galli/Moser/Lang, op. cit., ch. 335). Or, le collège d'experts a, lors de sa séance du 27 avril 2004, uniquement considéré que les offres des quatre teams exclus étaient moins appropriées et non qu'elles étaient non conformes. Il a expressément justifié la poursuite des études avec les seuls teams Y et X par souci d'économie.

bb. La procédure de passation utilisée en l'espèce ne peut pas être requalifiée comme un concours. Le pouvoir adjudicateur lui-même l'admet. L'étendue du marché adjugé excède le simple concours d'idées visant à obtenir des propositions de solutions (art. 42 al. 1 let. a OMP). Le marché en cause inclut notamment l'élaboration d'un avant-projet, d'un projet, l'assistance au pouvoir adjudicateur pour les appels d'offres et l'adjudication de travaux et la direction des travaux. Les conditions du concours de projets (art. 42 al. 1 let. b OMP) ne sont pas non plus réalisées en raison déjà du fait que

les projets n'ont pas été présentés sous forme anonyme (art. 48 OMP). Les contacts intermédiaires entre le collège d'experts et les teams Y et X en vue d'obtenir un approfondissement des offres auraient été impossibles en l'absence d'identification des auteurs de ces offres. Le dialogue concurrentiel voulu d'emblée par le pouvoir adjudicateur et ayant fondé son choix d'un marché d'études parallèles avec adjudication d'un marché subséquent est incompatible avec la procédure du concours de projets requérant l'anonymat des offres. Enfin, il ne s'agit pas non plus d'un concours portant sur les études et la réalisation, puisque le marché n'inclut pas de prestations de construction (art. 42 al. 2 OMP; décision de la Commission de recours du 8 octobre 1998, in: [JAAC 63.16](#) consid. 1).

cc. Les CFF considèrent que le marché de mandats d'études parallèles avec octroi d'un marché subséquent constituerait un seul marché passé en procédure sélective (conception exposée au consid. 4c/cc ci-dessus). L'invitation aux six teams préqualifiés à déposer une offre et une proposition de solution ne serait pas une adjudication à ces six teams. La seule décision d'adjudication serait celle du 4 novembre 2004 attribuant au team Y la totalité des prestations mises en soumission, à savoir 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. La rémunération versée aux soumissionnaires ne constituerait pas la contre-prestation à l'adjudication d'un marché, car elle aurait été fixée unilatéralement par le pouvoir adjudicateur à un montant proportionnellement identique pour tous les concurrents et à un niveau minime par rapport à l'enjeu du marché. Il s'agirait d'une simple indemnisation des offres, laquelle est possible selon l'art. 23 al. 2 OMP.

Indépendamment des violations déjà mentionnées de la procédure sélective (constatées au consid. 4e/aa ci-dessus), la Commission de recours observe que l'on ne saurait considérer que l'ensemble des prestations constituerait un seul marché, passé en une procédure de passation unique (conception exposée au consid. 4c/cc ci-dessus). Le règlement-programme 2e tour (pt 5.8) et le règlement-programme révisé (pt 5.4) prévoient de manière identique que «tous les documents remis par les teams et admis au jugement deviennent propriété de CFF Immobilier, et tous les droits (en particulier les droits d'auteur) associés à ces documents lui sont transférés par et au moment de la remise des offres». Une telle disposition déroge au principe selon lequel la réglementation sur les marchés publics respecte les droits de propriété intellectuelle des soumissionnaires sur leurs offres (FF 1994 IV p. 1212; Galli/Moser/Lang, op. cit., ch. 568). Ce principe général est concrétisé en matière de concours, d'une part, par la règle prévoyant que les participants au concours conservent leurs droits d'auteur sur les projets, même s'ils sont récompensés par un prix ou une mention (art. 54 OMP) et, d'autre part, par l'obligation faite au pouvoir adjudicateur de payer une indemnité forfaitaire correspondant au tiers du montant total des prix à l'auteur d'un projet qu'il utilise sans adjuger à celui-ci de marché subséquent (art. 55 al. 2 let. b OMP). Indépendamment de la validité de la dérogation introduite en l'espèce dans la documentation d'appel d'offres (Dubey, op. cit., ch. 954), la Commission de recours observe que les règlements-programmes ont ainsi manifesté la volonté claire du pouvoir adjudicateur d'acquérir la complète propriété des six offres initiales comme sur les deux offres ultérieures révisées. Selon la définition classique donnée

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

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

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 atteignent 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.

ee. 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

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

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

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).

**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.