

JAAC 63.16

Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 8 octobre 1998

Marchés publics. Choix des participants à une procédure sélective relative à un marché de services. Portée de critères géographiques.

- Exceptionnellement, le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre des soumissionnaires invités à présenter une offre. Une concurrence efficace doit cependant demeurer garantie. Une telle limitation n'est possible que si elle est nécessaire pour assurer le fonctionnement efficace du mécanisme d'adjudication des marchés et si elle figure dans l'appel d'offres. Ce dernier constitue une décision qui doit être attaquée séparément (consid. 4).

- L'augmentation ultérieure du nombre de candidats retenus est juridiquement contestable, car elle porte atteinte au principe de la transparence et pourrait, le cas échéant, violer le principe de l'égalité de traitement (consid. 5).

- Il est exclu de tenir compte de l'emplacement géographique ou de l'origine des candidats, à moins que des motifs impérieux ne le justifient (consid. 6c).

Öffentliches Beschaffungswesen. Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren betreffend einen Dienstleistungsauftrag. Tragweite von geografischen Kriterien.

- Ausnahmsweise kann die Vergabebehörde die Zahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden beschränken. Dabei muss ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet sein. Eine solche Beschränkung ist nur zulässig, wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann und sie in der Ausschreibung vorbehalten wurde. Letztere stellt eine Verfügung dar, die selbständig angefochten werden muss (E. 4).

- *Die nachträgliche Erhöhung der Zahl der ausgewählten Teilnehmer ist anfechtbar, da sie das Prinzip der Transparenz beeinträchtigt und allenfalls den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen könnte (E. 5).*
 - *Das Abstellen auf den geografischen Standort oder die Herkunft der Teilnehmer ist nicht zulässig, ausser wenn zwingende Gründe dafür vorliegen (E. 6c).*
-

Acquisti pubblici. Scelta dei partecipanti a una procedura selettiva concernente una commessa di servizi. Importanza di criteri geografici.

- *In via eccezionale, l'autorità d'aggiudicazione può limitare il numero degli offerenti invitati a presentare un'offerta. Va tuttavia garantita una concorrenza efficace. Una simile limitazione è lecita soltanto se è necessaria per assicurare il buon funzionamento del meccanismo d'aggiudicazione delle commesse e se figura nel bando. Quest'ultimo costituisce una decisione che va impugnata separatamente (consid. 4).*
 - *L'aumento ulteriore del numero di candidati ammessi può essere impugnato poiché lede il principio della trasparenza e potrebbe eventualmente violare il principio della parità di trattamento (consid. 5).*
 - *Non è ammissibile tenere conto della situazione geografica o dell'origine dei candidati, a meno che motivi imperativi non lo giustifichino (consid. 6c).*
-

Résumé des faits:

A. Le 26 novembre 1997, l'Office des constructions fédérales (ci-après: l'OCF ou le pouvoir adjudicateur) publia dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) un appel à candidatures, dans le cadre d'une procédure sélective. Le marché portait sur la planification générale de la construction d'un village d'exercices de trente bâtiments (valeur estimée: 11 millions de francs) et d'ouvrages de génie civil (valeur estimée: 10 millions de francs) pour la place d'armes de Bure, dans le Jura. Le mandataire recherché devait, dans un premier temps, retravailler l'avant-projet et le cahier des charges établis par un expert antérieurement mandaté par le pouvoir adjudicateur et présenter un projet avec un devis général établi selon le code de frais par éléments (CFE) ainsi qu'élaborer des variantes d'exécution. Après l'approbation des crédits de construction, le mandataire devait préparer l'exécution, puis assister la direction générale des travaux (assumée par l'OCF ou un autre office désigné comme responsable) durant toute la réalisation du projet, voire assumer lui-même certaines tâches de direction générale et de coordination. Le délai d'inscription était de 25 jours à compter de la publication; celui de remise des candidatures était fixé au 12 janvier 1998. Il était spécifié dans l'appel d'offres que quatre à six groupes d'étude seraient sélectionnés pour participer

à la suite de la procédure, sur la base d'un dossier de candidature fourni par l'OCF. Les candidats devraient donner toute information utile permettant de juger de leur compétence dans le domaine du projet et de l'exécution, de leur créativité, de leur capacité à fournir la prestation envisagée et à travailler dans un groupe constitué. Les critères de préqualification, par ordre d'importance, étaient les suivants:

- expérience, qualification et formation du personnel, pratique de la profession dans des réalisations d'un degré de complexité équivalent; capacité de collaboration (fournir un organigramme); connaissance des langues française et allemande;
- références concrètes (après 1992) dans les domaines du bâtiment et du génie civil en fonction des valeurs techniques et économiques et du caractère écologique;
- infrastructures et équipements, compatibilité informatique, utilisation du CFE, système de qualité, capacité;
- présentation libre par le candidat.

B. Dans le délai de 25 jours, 68 bureaux d'architectes et d'ingénieurs manifestèrent l'intention de participer au concours. La documentation relative à l'appel d'offres leur fut remise. Il y était précisé que les bureaux d'architectes et d'ingénieurs civils devraient former des groupes d'étude. Aussi les 68 bureaux intéressés se regroupèrent-ils en 22 équipes. Les critères de qualification, énoncés par ordre d'importance, étaient les mêmes que ceux mentionnés dans l'appel d'offres, si ce n'est que le critère de «capacité» avait disparu. Qui plus est, il était précisé que la présentation, libre, ne devrait cependant pas excéder une page A4.

Sur les 22 équipes ayant envoyé leur dossier de candidature dans le délai prescrit - au nombre desquelles X. - le pouvoir adjudicateur en sélectionna 8, qui furent admises à déposer une offre. La liste des candidatures retenues fut publiée dans la FOSC du 6 mars 1998.

C. Par courrier daté du 11 mars 1998, X. (ci-après: la recourante) a interjeté recours contre cette décision auprès de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (ci-après: la Commission de recours). Elle affirme que lors d'une séance d'information, il avait été spécifié aux entreprises intéressées qu'il était indispensable de former une équipe comprenant si possible un bureau d'architecture, un bureau d'ingénieurs, ainsi que différents bureaux susceptibles d'exécuter les travaux demandés. Or, la plupart des candidats retenus par le pouvoir adjudicateur ne rempliraient pas ces critères, en particulier les bureaux Y. et Z. La recourante soutient également qu'il n'est pas admissible qu'aucun bureau du district de Porrentruy n'ait été retenu, dans la mesure où, selon elle, la surveillance des travaux devrait être confiée à une entreprise située près de la place d'armes.

D. Invité à se prononcer, le pouvoir adjudicateur (ci-après: l'autorité intimée) conclut au rejet du recours. Il explique que les différentes offres qui lui ont été soumises ont fait l'objet d'une évaluation objective, selon les critères d'appréciation indiqués dans l'appel d'offres et la documentation y relative, et que seules les huit meilleures - au nombre desquelles ne figurait pas la recourante - ont été admises à participer à la deuxième phase de la procédure

sélective. Il affirme que, contrairement à ce que soutient la recourante, les équipes sélectionnées remplissent tous les critères de qualification. Par ailleurs, l'autorité intimée estime qu'il n'y avait pas lieu d'accorder la préférence à des équipes situées dans le district de Porrentruy puisqu'une surveillance des travaux par un bureau situé près de la place d'armes ne s'impose pas en l'espèce. A cet égard, elle fait remarquer qu'au regard de la législation en matière de marchés publics et des principes qu'elle défend (égalité de traitement, développement de la concurrence, non-discrimination) le critère de la préférence régionale ne peut être pris en considération.

E. Dans sa réplique, la recourante se réfère à une discussion avec l'un des membres du jury, dont il serait ressorti que la faiblesse de sa candidature tiendrait au choix de son bureau d'ingénieurs. Elle se déclare surprise de cet argument, compte tenu du fait que ce bureau d'ingénieurs fait également partie de l'une des équipes sélectionnées. Par ailleurs, elle se plaint du fait que le dépôt de son recours n'ait en rien entravé la poursuite de la procédure d'adjudication.

Invité à dupliquer, le pouvoir adjudicateur souligne que les renseignements qui ont été communiqués par téléphone à la recourante concernant le choix des candidats étaient volontairement sommaires, afin de préserver l'exigence de confidentialité. La recourante n'ayant pas formulé de demande écrite, comme elle y avait été invitée, elle n'a pas reçu d'indications plus détaillées. Il est formellement contesté que le choix du bureau d'ingénieurs soit la raison déterminante de l'éviction de la recourante. Sa candidature a en réalité révélé plusieurs points faibles (organisation, références, utilisation du CFE, système de qualité), qui expliquent qu'elle ait obtenu moins de points que ses concurrents. L'intimé explique encore qu'il a augmenté le nombre de candidats retenus de 6 à 8 afin de créer une situation de concurrence efficace et de dégager la meilleure offre possible. Il relève enfin qu'en matière de marchés publics, le recours n'emporte pas effet suspensif de par la loi. Celui-ci n'ayant pas été demandé en l'occurrence, rien ne s'opposait à ce que la procédure ne suive son cours.

Extrait des considérants:

1.a. La loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) n'est applicable que si la valeur estimée du marché public à adjuger, sans la taxe sur la valeur ajoutée, atteint les seuils prescrits par l'art. 6 al. 1. Ces seuils s'élèvent respectivement à Fr. 248 950.- pour les services et à Fr. 9 575 000.- pour les ouvrages (valeurs pour l'année 1997 selon l'ordonnance sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics du 19 novembre 1996 publiée dans RO 1996 3096).

Au sens de la LMP, on entend par marché de services un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la fourniture de l'une des prestations énumérées dans l'appendice 1 annexe 4 de l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS 0.632.231.422; art. 5 al. 1 let. b LMP). Au nombre de ces prestations figurent notamment les services d'architecture, d'ingénierie, d'aménagement urbain et d'architecture paysagère (selon le ch. 867 de la Classification centrale des produits - «architectural, engineering and other technical services» -; voir également l'art. 3 al. 1 de l'ordonnance du

11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP], RS 172.056.11 et le ch. 11 de l'annexe 1 de l'ordonnance). Il y a en revanche marché de construction lorsque le contrat entre l'adjudicateur et le soumissionnaire concerne la réalisation de travaux de construction de bâtiments ou de génie civil au sens du ch. 51 de la Classification centrale de produits (liste CPC) auquel se réfère l'appendice 1, annexe 5, de l'AMP (art. 5 al. 1 let. c LMP; voir également l'art. 3 al. 2 OMP et l'annexe 2 de l'ordonnance). Un ouvrage est défini comme le résultat de l'ensemble des travaux de construction de bâtiments ou de génie civil selon ce qui précède (art. 5 al. 2 LMP).

Ni la LMP ni l'OMP ne contiennent de règle relative à la délimitation entre les divers types de marchés. Lors de l'adoption de la loi fédérale, le législateur a entendu assurer, dans la mesure du possible, l'eurocompatibilité du droit suisse. En l'absence d'une volonté expresse de déroger au droit communautaire, une référence à la réglementation communautaire est indiquée (Message-2 GATT, FF 1994 IV 1224 s. et 1254 s.; *Evelynne Clerc*, L'ouverture des marchés publics: effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, p. 405; également décision de la Commission de recours de céans en date du 29 juin 1998 en la cause Y. c. OCF, consid. 1d). En droit communautaire, les marchés publics de travaux ont pour objet soit l'exécution, soit, conjointement, la conception et l'exécution d'un ouvrage. Si, en revanche, le pouvoir adjudicateur attribue par des marchés distincts les travaux et les services destinés à la réalisation d'un ouvrage, ces derniers constituent un marché de services (art. 1 let. a de la Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14.6.1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, Journal officiel des communautés européennes [JO] N° L 199 du 9.8.1993, p. 54 [directive-travaux] et art. 1 ch. 4 let. b de la Directive 93/38/CEE du Conseil, du 14.6.1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JO N° L 199 du 9.8.1993, p. 84 [directive-secteurs]; *Philipp Lee*, Current EC Legal Developments - Public Procurement, Londres/Dublin/Edimbourg/Bruxelles 1992, p. 52 s.; Clerc, op. cit., p. 405).

b. Lorsque la LMP est applicable, les décisions de l'adjudicateur concernant le choix des participants à la procédure sélective peuvent, dans un délai de vingt jours, faire l'objet d'un recours auprès de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, laquelle statue de manière définitive (art. 27 al. 1, art. 29 let. c et art. 30 LMP). La procédure est régie par les dispositions générales de la procédure administrative fédérale, à moins que la loi n'en dispose autrement (art. 26 LMP). En particulier, le recours n'emporte pas effet suspensif. Celui-ci doit être expressément requis auprès de la Commission de recours qui rend alors une décision sur ce point (art. 28 LMP).

c. En l'espèce, le marché litigieux porte sur la planification générale de la construction d'un village d'exercices de trente bâtiments (valeur estimée: 11 millions de francs) et d'ouvrages de génie civil (valeur estimée: 10 millions de francs) pour la place d'armes de Bure, dans le Jura. Le mandataire recherché doit, sur la base de l'avant-projet et du cahier des charges existant, présenter un projet avec un devis général ainsi que des variantes d'exécution, puis assister la direction générale des travaux (assumée par l'OCF ou un autre office désigné comme responsable) durant toute la réalisation du projet, voire exécuter lui-même certaines tâches de direction générale et de coordination. Dans sa réponse au recours, l'OCF indique lui-même que le marché porte

sur la conception et non sur les travaux d'exécution. 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 (art. IX ch. 6 let. a et art. XII ch. 2 al. 9 AMP, art. 1 al. 1 let. a et art. 2 al. 2 LMP). Ni l'appel d'offres, ni la documentation relative à l'appel d'offres n'indiquent que l'adjudicataire du marché obtiendrait simultanément l'attribution de l'exécution des travaux de construction et de génie civil. Il en ressort au contraire qu'il ne fera qu'assister la direction des travaux, voire dirigera certains de ceux-ci. En conséquence, le marché en cause constitue un pur marché de services - et non un marché de travaux portant conjointement sur la conception et l'exécution. Les services en question constituent des prestations d'architecture et d'ingénierie qui tombent dans la liste exhaustive des services assujettis à la LMP (annexe 4 de l'appendice I à l'AMP déposé par la Suisse - classification CPC 867; art. 5 al. 1 let. b LMP, art. 3 al. 1 OMP, ch. 11 et 12 de l'annexe 1 à l'OMP).

Le recours portant sur la décision d'exclusion à l'issue de la première phase d'une procédure sélective, la Commission de céans ne dispose d'aucune offre permettant d'évaluer la valeur du marché de services de conception et d'assistance à la direction générale des travaux. Toutefois, dès lors que la réalisation des travaux de bâtiments et de génie civil est estimée à 21 millions de francs, on peut raisonnablement en déduire que la valeur du marché de services portant sur la planification et l'assistance à la direction desdits travaux est supérieure à 248 950 francs (art. 6 al. 1 let. b LMP; RO 1996 3096). Le seuil déterminant pour l'application de la LMP est dès lors atteint.

Au surplus, la décision attaquée émane de l'Office des constructions fédérales, lequel est soumis à la LMP en tant que service de l'administration générale de la Confédération (art. 2 al. 1 let. a LMP). La décision attaquée par la recourante est celle du choix des participants à la procédure sélective. Elle consiste à la fois dans la désignation positive de huit équipes admises à déposer une offre et dans le rejet des autres candidatures. Dès lors que la recourante en est l'une des destinataires, sa qualité pour agir ne fait aucun doute puisqu'elle a manifestement un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision (art. 26 al. 1 LMP et art. 48 let. a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 [PA], RS 172.021). Par ailleurs, un examen préliminaire du recours révèle que le délai de vingt jours prescrit par l'art. 30 LMP a été respecté. Il en va de même des exigences posées aux art. 51 et 52 PA en matière de recevabilité. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

2. En l'espèce, la recourante n'a pas requis l'effet suspensif. Conformément à l'art. 28 al. 2 LMP, la Commission de céans ne peut accorder un tel effet suspensif d'office. C'est dès lors à bon droit que le pouvoir adjudicateur a poursuivi la passation du marché. Bien qu'il en ait le droit, le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation d'offrir de son propre mouvement à la recourante d'être réinsérée provisoirement dans la procédure de passation. En l'espèce, il n'a pas fait usage de cette possibilité. Les offres des huit groupes d'études sélectionnées ont été déposées et la décision d'adjudication devrait être prochainement publiée dans la FOSC. La recourante conserve néanmoins un intérêt actuel à l'issue du recours, lequel n'est pas devenu sans objet. D'une part, et contrairement à la situation prévalant dans la décision non publiée S. c. Amt für Bundesbauten du 13 juin 1997 (consid. 2), la recourante, si elle n'a

pas requis l'effet suspensif, n'a pas non plus décliné une proposition spontanée du pouvoir adjudicateur de déposer une offre à titre provisoire. D'autre part, la recourante conserve un intérêt actuel au recours, car une annulation de la décision est possible tant que le contrat n'est pas conclu avec l'adjudicataire (art. 32 LMP) et car une constatation d'illicéité de la décision, après la conclusion dudit contrat, constitue une condition préalable indispensable à l'octroi de dommages-intérêts (art. 34 al. 1 LMP; Clerc, op. cit., p. 606 et 525; *Attilio R. Gadola*, Der Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, *Pratique juridique actuelle* [PJA] 1996, p. 974; *Nicolas Michel*, Droit public de la construction, Fribourg 1996, N° 2038; *Markus Metz / Gerhard Schmid*, Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens, *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* [ZBL] 1998, p. 75 s.). En conséquence, la recourante, qui est destinataire de la décision attaquée, a qualité pour recourir (art. 26 al. 1 LMP et art. 48 let. a PA).

3. (...)

4. Dans une procédure sélective, seuls des critères concernant l'aptitude économique, technique et financière des candidats peuvent présider au choix des soumissionnaires qui pourront présenter une offre (art. 15 al. 3 LMP en relation avec l'art. 9 al. 1 LMP). Ces critères doivent être publiés dans l'appel d'offres ou les documents y relatifs (art. 9 al. 2 LMP). Selon les principes généraux dégagés par l'AMP et la LMP, ils doivent être clairs et non discriminatoires (art. III ch. 1 et 2, art. VII ch. 1, art. VIII let. b et art. X ch. 1 AMP, art. 1 al. 2, art. 8 al. 1 let. a LMP). En particulier, l'art. 8 al. 1 let. a LMP prévoit l'égalité de traitement des soumissionnaires suisses et étrangers ainsi que des soumissionnaires suisses, respectivement étrangers, entre eux. Il s'agit là d'une réglementation autonome, qui va au delà de la transposition de l'AMP, et qui est justifiée par des mesures de revitalisation du marché intérieur (Clerc, p. 437 et réf. citées; *Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner*, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurich 1996, p. 61). Elle répond à deux des buts poursuivis par le nouveau droit fédéral: renforcer la concurrence entre les soumissionnaires (art. 1 al. 1 let. b LMP) et garantir l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires (art. 1 al. 2 LMP).

En principe, dans une procédure sélective, tous les candidats correspondant aux critères de préqualification devraient être admis à participer à la deuxième phase de la procédure. L'art. 15 al. 4 LMP permet toutefois au pouvoir adjudicateur de limiter le nombre des soumissionnaires invités à présenter une offre s'il n'est pas compatible avec un fonctionnement efficace du mécanisme d'adjudication des marchés, eu égard en particulier à la totalité des intérêts en cause et au principe de la proportionnalité. Une concurrence efficace doit cependant demeurer garantie. L'ordonnance précise encore à cet égard que le nombre de soumissionnaires retenus doit s'élever au moins à trois (art. 12 al. 1 OMP) - à condition bien sûr que le nombre de candidats qualifiés au sens des art. 9 ou 10 LMP atteigne au moins ce chiffre -, ce qui ne signifie pas pour autant que ce nombre doive toujours être considéré comme suffisant (cf. consid. 3c de la décision du 2 mai 1997 en la cause C. c. Office fédéral des transports, publiée dans [JAAC 61.76](#), ainsi que la remarque n° 1 du commentaire de Peter Gauch sur ladite décision dans *Droit de la construction* 4/1997, p. 120). En d'autres termes, pour garantir une concurrence effective optimale dans le cadre d'une procédure sélective, le pouvoir adjudicateur doit

inviter à soumissionner le plus grand nombre de fournisseurs compatible avec le fonctionnement efficace du mécanisme de passation des marchés (art. X ch. 1 AMP). Une limitation injustifiée du nombre de soumissionnaires admis en deuxième phase est par conséquent illégale (cf. [JAAC 61.76](#) consid. 3c; Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit., p. 49; *Christian Bock*, Das europäische Vergaberecht für Bauaufträge, unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf das schweizerische Submissionsrecht, Bâle 1993, n° 3b, p. 288). Au surplus, conformément au principe de la transparence (art. 1 al. 1 let. a LMP et art. XII ch. 2 let. j AMP), la volonté de limiter le nombre de soumissionnaires doit en principe être annoncée dans l'appel d'offres ([JAAC 61.76](#) consid. 3d et Droit de la construction 4/1997, p. 120). Le pouvoir adjudicateur est par conséquent soumis à une double obligation. D'une part, il doit être en mesure de justifier immédiatement de la nécessité de restreindre le nombre de candidats retenus. D'autre part, il doit indiquer dans l'appel d'offres la volonté de limiter le nombre de candidats et le nombre maximal qui sera admis à participer à la procédure.

Dès lors que l'appel d'offres constitue une décision au sens de l'art. 29 let. b LMP, la décision de limiter le nombre de candidats qui y figure doit être attaquée immédiatement par les candidats qui considéreraient qu'elle n'est pas justifiée par la nécessité d'assurer une passation efficace du marché ou que le nombre retenu est en deçà de ce qui serait nécessaire pour assurer une concurrence efficace. Une contestation ultérieure, au stade de la décision portant sur le choix des candidats, n'est plus possible, sous réserve de l'hypothèse où la justification de la limitation ou le nombre de candidats initialement retenu serait affecté de nullité absolue.

5. L'appel d'offres constituant une décision, le pouvoir adjudicateur est en principe lié par les indications qu'il contient. L'augmentation ultérieure du nombre maximal de candidats est juridiquement contestable car elle porte atteinte au principe de transparence qui exige que ce nombre soit annoncé dans l'appel d'offres et non pas déterminé ultérieurement au bon vouloir du pouvoir adjudicateur. Par ailleurs, l'augmentation *a posteriori* du nombre maximal de candidats admis comporte un risque important sous l'angle du principe de l'égalité de traitement. Elle peut en effet constituer un moyen pour le pouvoir adjudicateur de favoriser indûment un ou des candidats qu'il tient à voir déposer une offre alors même que leur qualification les classe au-delà du nombre maximal initialement annoncé. Cette pratique peut aussi avoir pour effet de dissuader un concurrent potentiel de faire acte de candidature, car il estimerait ses chances d'être retenu trop faibles, vu le nombre de candidats publié, alors que son appréciation aurait pu être différente s'il avait eu d'emblée connaissance du nombre de candidats retenus en définitive.

Rien dans le dossier n'indique toutefois qu'en l'occurrence le pouvoir adjudicateur a augmenté le nombre de candidats préqualifiés en vue de favoriser indûment les candidats classés en 7^e et 8^e positions, ni que des concurrents potentiels ont renoncé à déposer leur candidature au vu de la fourchette initialement annoncée. Bien que cette modification *a posteriori* viole le principe de la transparence, force est de constater que, dans les circonstances particulières du cas d'espèce, elle a avant tout pour conséquence d'ouvrir plus largement le marché à la concurrence et qu'elle n'a porté préjudice ni aux candidats retenus ni au recourant. Dans

les circonstances du cas d'espèce, une balance des intérêts en jeu permet d'admettre, exceptionnellement, que l'atteinte au principe de la transparence peut être contrebalancée par l'augmentation de la mise en concurrence et l'absence d'indice d'une violation de l'égalité de traitement. La décision du pouvoir adjudicateur ne saurait être qualifiée d'illégale sur ce point. Encore faut-il examiner si la restriction du nombre de candidats retenus était justifiée pour assurer une passation efficace de marché et si le pouvoir adjudicateur a en définitive retenu le nombre maximal de candidats possible.

6.a. La Commission de recours constate que les critères de présélection des candidats retenus par l'autorité intimée sont conformes à la loi dans la mesure où ils se rapportent strictement à l'évaluation des capacités financières, économiques et techniques des candidats. L'étude du dossier révèle en outre que l'appréciation des candidatures s'est effectivement déroulée selon les critères annoncés dans l'appel d'offres et la documentation y relative. Dans un premier temps, le pouvoir adjudicateur s'est assuré que les dossiers étaient complets et respectaient les formes requises. Puis il les a confiés à un jury, composé de représentants de l'OCF et d'un spécialiste en bâtiment et génie civil externe, qui les a évalués selon un système d'appréciation précis: chacun des critères énumérés dans l'appel d'offres s'est vu attribuer un facteur de pondération en fonction de son importance. Les équipes ont ensuite reçu une note, de 0 à 4, en fonction de la qualité de leur candidature: «0» si le critère n'était pas rempli, «1» s'il ne l'était que de manière insuffisante (à 25%), «2» s'il n'était qu'à moitié satisfait, «3» s'il était rempli de manière prépondérante (75%) et enfin «4» lorsque la candidature correspondait parfaitement aux exigences. Les notes obtenues ont ensuite été multipliées par le facteur de pondération correspondant et additionnées. Le concurrent remplissant à la perfection tous les critères s'est ainsi vu attribuer la note maximale de 152 points, à raison de 56 points pour la qualification du personnel, 48 points pour les références, 36 points pour l'infrastructure, les équipements, la méthode de travail et le système de qualité et enfin, 12 points pour la présentation. L'ordre d'importance des critères indiqué dans l'appel d'offres a ainsi parfaitement été respecté.

b. La recourante a d'abord soutenu que les équipes dont l'autorité intimée avait retenu la candidature ne remplissaient pas les critères de qualification, dans la mesure où elles n'étaient pas composées à la fois d'ingénieurs et d'architectes. Cette conviction était fondée sur la simple lecture de la liste des équipes sélectionnées. Or, l'autorité intimée a expliqué dans sa réponse du 8 mai 1998 que cette liste se contente de mentionner le nom du responsable du groupe. Ainsi, l'équipe de Y. et celle de Z. comprennent également des architectes, bien que ceux-ci n'apparaissent pas expressément dans la liste publiée dans la FOSC du 6 mars 1998. Bien que la Commission de recours n'ait pas été informée de la composition exacte des équipes qualifiées, il n'y a pas lieu de mettre en doute les explications de l'intimé, d'autant que la recourante ne les a pas contestées dans sa réplique du 29 mai 1998. Selon la maxime inquisitoire de l'art. 12 PA, l'autorité de recours constate les faits d'office. Toutefois, selon une jurisprudence constante, elle n'est pas tenue d'examiner les faits au-delà des allégués des parties lorsqu'aucune circonstance spéciale ne l'exige ([ATF 123 III 329](#) consid. 3, 110 V 53; [JAAC 57.27](#) consid. 4c; cf. également *André Moser*, in: Moser/Uebersax, Prozessieren vor

eidgenössischen Rekurskommissionen, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, ch. 1.6 et réf. mentionnées dans la note de bas de page n° 16). Le premier grief de la recourante est par conséquent infondé.

c. En contestant les raisons pour lesquelles sa candidature a été écartée, la recourante veut en fait remettre en cause les motifs ayant justifié son classement au 14^e rang des candidats. L'un des membres du jury lui aurait en effet assuré que son point faible tiendrait au choix de son bureau d'ingénieurs. Or, ledit bureau d'ingénieurs figure sur la liste des candidats sélectionnés à titre individuel. L'intimée conteste toutefois formellement que le motif indiqué soit la raison déterminante de l'éviction de la recourante. Sa position est confirmée par les pièces du dossier, dont il ressort qu'aux yeux du jury, la candidature de la recourante présentait plusieurs points faibles: sa capacité de collaboration, ses références, la manière dont elle utilise le code des frais par éléments (CFE) et son système de qualité n'ont été jugés qu'à moitié satisfaisants (note obtenue: «2»). S'agissant de l'organisation de la recourante, l'intimée explique que cette dernière a opté pour une structure organisationnelle trop compliquée dans la mesure où elle comporte deux bureaux responsables et neuf bureaux associés. Les références fournies ne se sont pas révélées tout à fait convaincantes. Il est apparu que la recourante n'utilisait pas le CFE, système préconisé par le pouvoir adjudicateur, et qu'un autre bureau en était chargé. Enfin, sa candidature manquait de données concrètes permettant de juger de la fiabilité de son système de qualité. L'étude du dossier démontre donc que l'autorité intimée s'est livrée à une évaluation objective des candidatures, à l'issue de laquelle la recourante a obtenu 116 points. Elle est ainsi arrivée en 14^e position sur 22, le meilleur score étant de 152 points et le moins bon de 60 points.

Contrairement à ce que soutient la recourante, il n'y avait pas lieu de l'avantager au seul motif qu'elle est sise dans le district de Porrentruy. En avançant un tel argument, la recourante méconnaît le sens et le but de la législation fédérale et du droit international en matière de marchés publics. Ainsi que cela a été développé ci-dessus, le nouveau droit des marchés publics entend en effet favoriser le développement de la concurrence et l'égalité de traitement au détriment des critères protectionnistes. Il est par conséquent exclu de tenir compte de l'emplacement géographique ou de l'origine des candidats, à moins que des motifs impératifs ne le justifient (cf. à ce sujet la décision non publiée rendue par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics en date du 4 décembre 1997 en la cause S. c. OCF, consid. 2b). Tel n'est pas le cas en l'espèce.

d. Aucune des 22 candidatures déposées dans le délai n'a été écartée au motif qu'elle ne remplissait pas les critères définis par le pouvoir adjudicateur. Ce dernier a toutefois décidé de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre. A cet égard, la Commission de recours constate tout d'abord qu'en annonçant d'entrée de cause, dans l'appel d'offres, qu'elle ne retiendrait que 4 à 6 candidatures, l'autorité intimée a agi de manière conforme au principe de la transparence (voir *supra*, consid. 4). Encore faut-il examiner si une telle limitation du nombre des candidats était licite en l'occurrence. En d'autres termes, il s'agit de s'assurer qu'elle était nécessaire au déroulement efficace de la procédure de passation, compte tenu de l'ensemble des intérêts en cause et du principe de la proportionnalité (JAAC 61.76 consid. 3c). Le pouvoir adjudicateur doit justifier la nécessité de limiter le nombre des

soumissionnaires en deçà de la totalité des candidats reconnus aptes et il doit démontrer qu'il a retenu le plus grand nombre de candidats compatible avec le fonctionnement efficace du mécanisme de passation des marchés (JAAC 61.76 consid. 3c et 3d). Eu égard au pouvoir d'examen dont elle dispose - et qui se limite au contrôle de la légalité de la décision du pouvoir adjudicateur (y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation) et de l'établissement des faits, à l'exclusion de celui de l'opportunité -, la Commission de recours se contentera de vérifier que le nombre de candidats sélectionnés pour participer à la deuxième phase de la procédure ne viole pas ces principes, sans avoir à déterminer le nombre exact de candidats que le pouvoir adjudicateur aurait dû retenir.

Dans sa réponse et sa duplique, le pouvoir adjudicateur ne fournit pas de justification détaillée à la restriction du nombre des candidats admis à déposer une offre. Il se contente d'affirmer qu'il a respecté son devoir de présélectionner le plus grand nombre de soumissionnaires conciliable avec le déroulement efficace de la procédure de passation. Il soutient également avoir créé une situation de concurrence effective en invitant 8 soumissionnaires au lieu des 4 ou 6 participants auxquels il s'était expressément limité de sa propre initiative dans l'appel d'offres. Par ailleurs, l'autorité intimée justifie le choix de la procédure sélective par le manque prédominant de place et par la complexité du projet, eu égard au rapport spécial entre les travaux du bâtiment et ceux du génie civil.

Il convient en premier lieu de tenir compte des caractéristiques du marché à adjuger. Ce dernier porte sur la conception d'un village pour l'exercice des troupes mécanisées dans le cadre d'une place d'armes. Les bâtiments à construire sont de types variés (ferme, restaurant, artisanat et industrie, école, maison de service, magasins, appartements). Certes, plusieurs d'entre eux sont standardisés, un seul sera aménagé et chauffé et tous devront être de conception simple; quant aux éléments de génie civil, ils ne présentent pas un degré de sophistication particulier (routes d'accès et de liaison, trottoirs, chemins, fossés, bassin de rétention, canalisation, adduction d'eau, réseau électrique, éclairage et raccordement télécom). On peut toutefois admettre que la réalisation de cet ensemble de bâtiments et d'éléments de génie civil et son insertion dans un cadre limité existant nécessitent des groupes d'études disposant d'un bon degré d'aptitude et d'une expérience établie. Les offres à déposer par ces équipes comportant une planification relativement complexe ainsi que des variantes pour l'exécution, cela implique un travail d'évaluation important de la part du pouvoir adjudicateur avant de procéder à l'adjudication. Il est par conséquent justifié que le nombre de candidats appelés à déposer une offre soit limité à ceux dont le mode d'organisation et le système de gestion de la qualité sont les plus compatibles avec ceux du maître de l'ouvrage, ceci afin de réduire au minimum les problèmes de collaboration lorsqu'il s'agira de diriger les travaux. Eu égard aux circonstances, la limitation du nombre de candidats à huit apparaît donc admissible.

Il ressort des considérations qui précèdent que le droit fédéral n'a pas été violé par le pouvoir adjudicateur. Le recours est par conséquent rejeté.

JAAC 63.16 - Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 8 octobre 1998

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	1999
Année	
Anno	
Band	63
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 004 178

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.