

(Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 13 juin 1997; une décision incidente rendue dans la même affaire le 26 mars 1997 a paru dans JAAC 61.77)

Öffentliches Beschaffungswesen. Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren eines Wettbewerbs.

Überprüfungsbefugnis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (E. 2).

Unterschied zwischen einem Wettbewerb im selektiven Verfahren - gekennzeichnet durch das Aufeinanderfolgen zweier Phasen - und dem Wettbewerb in mehreren Etappen (E. 3b).

In der ersten Phase eines Wettbewerbs im selektiven Verfahren angewendete Kriterien (E. 3b).

Gestützt auf den Grundsatz der Transparenz des Verfahrens müssen die Auswahlkriterien klar und nicht diskriminierend sein. Insbesondere hat die Vergabebehörde die Durchführung eines vereinfachten Ideenwettbewerbs in der ersten Selektionsphase unmissverständlich anzukündigen (E. 3c und 3d).

Die Bewerber müssen richtig informiert werden bezüglich der Angaben oder Unterlagen, die von ihnen verlangt werden. Tragweite des Grundsatzes der Anonymität in bezug auf eine Skizzenselektion in der ersten Phase eines Projektwettbewerbs (E. 3e).

Marchés publics. Choix des participants à la procédure sélective concernant un concours.

Pouvoir d'examen de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (consid. 2).

Distinction entre concours en procédure sélective - caractérisé par la succession de deux phases - et concours en plusieurs étapes (consid. 3b)

Critères utilisés dans la première phase d'un concours en procédure sélective (consid. 3b).

En vertu du principe de la transparence de la procédure, les critères de sélection utilisés doivent être clairs et non discriminatoires. En particulier, le pouvoir adjudicateur doit annoncer clairement l'existence simultanée, dans la première phase de sélection, d'une forme simplifiée de concours d'idées (consid. 3c et 3d).

Les candidats doivent également être correctement informés quant aux renseignements ou pièces qui sont exigés d'eux. Portée du principe de l'anonymat quant à des esquisses d'idées dans la première phase d'un concours (consid. 3e).

Acquisti pubblici. Scelta dei partecipanti alla procedura selettiva concernente un concorso.

Potere d'esame della Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici (consid. 2).

Distinzione tra concorsi nell'ambito di una procedura selettiva - caratterizzata dalla successione di due fasi - e concorsi in più tappe (consid. 3b)

Criteri applicati nella prima fase di un concorso nell'ambito di una procedura selettiva (consid. 3b).

In virtù del principio della trasparenza procedurale, i criteri di scelta devono essere chiari e non discriminatori. In particolare, l'autorità d'aggiudicazione deve annunciare chiaramente lo svolgimento, nella prima fase di selezione, di una forma semplificata di concorso di idee (consid. 3c e 3d).

I candidati devono essere informati correttamente in merito ai dati o ai documenti che sono loro richiesti. Portata del principio dell'anonimato riguardo a schizzi di idee nella prima fase di un concorso (consid. 3e).

Résumé des faits:

A. Le 10 octobre 1996, l'Office des constructions fédérales (ci-après : OCF ou pouvoir adjudicateur), a publié dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) un avis de concours de projets proprement dit (Projektwettbewerb) passé selon la procédure sélective pour la conception du pavillon suisse de l'Exposition universelle de l'an 2000 à Hanovre (EXPO 2000). La première phase de la procédure visait à sélectionner 12 à 18 groupes de projets appelés ensuite à déposer un projet. Le concours est organisé par la Commission de coordination pour la présence de la Suisse à l'étranger (COCO) et l'OCF. L'avis de concours désigne l'OCF comme étant le pouvoir adjudicateur. Un jury intervient aussi bien dans la première que dans la seconde phase du concours; ses décisions sont contraignantes pour le pouvoir adjudicateur, sous réserve de l'approbation de la COCO et du Conseil fédéral. Le montant total des prix décernés lors du concours sera de CHF 180 000.-. En outre, les organisateurs du concours envisagent d'attribuer à l'adjudicataire un marché d'étude supplémentaire dont le montant total s'élèvera au maximum à CHF 2 000 000.-. Le montant disponible pour la construction du pavillon, son équipement et la réalisation de l'exposition sera de CHF 9 000 000.-.

B. Selon l'avis de concours, les critères de sélection des candidats dans la première phase du concours étaient:

- concordance de l'exposé des intentions avec les principes directeurs de l'EXPO 2000 et les spécifications suisses;
- concept de l'architecture et des expositions;
- compétences du groupe de projet (composition);
- références.

Les candidats devaient fournir dans leur dossier les documents suivants:

- compositions du groupe de projet, avec indication du principal responsable;
- références pour chacun des domaines concernés ou liste des projets réalisés;
- bref exposé des intentions dans les différents domaines (approche thématique, architecture, aménagement interne et exploitation).

La documentation relative au concours précisait en outre que les documents présentés comprendraient au maximum 8 pages A4 ou 4 pages A3.

C. L'avis de concours et la documentation relative au concours ne mentionnaient pas que l'appréciation des propositions d'idées se ferait en respectant le principe de l'anonymat. Par courrier du 23 octobre 1997, la Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA) signala à l'OCF que l'anonymat des projets déposés lors de la seconde phase du concours, prévu à l'art. 48 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11), ne pourrait de facto plus être garanti dès lors que les auteurs des projets seraient reconnaissables sur la base des esquisses d'idées déposées dans la première phase du concours. La SIA demanda à l'OCF comment il entendait assurer malgré tout l'anonymat.

D. Le 2 décembre 1996, dans le délai imparti par l'avis de concours, A, B, C, D, E et F déposèrent un dossier de candidature.

E. Par décision publiée dans la FOSC du 31 janvier 1997, le pouvoir adjudicateur communiqua la liste des 18 groupes de projets retenus suite à la première phase du concours, rejetant ainsi implicitement toutes les autres candidatures, dont celle du groupe composé de A, B, C, D, E et F. La décision mentionnait également la voie et le délai de recours ainsi que l'autorité à laquelle le recours devait être adressé.

F. Les candidats écartés furent en outre informés de cette décision par un courrier de la COCO et de l'OCF du 30 janvier 1997, qui faisait référence à la publication dans la FOSC du 31 janvier 1997. Ce courrier était accompagné d'un exposé du procédé et des expériences faites dans le cadre de la préqualification, rédigé par J., conseiller de la COCO et membre suppléant du jury, daté du 24 janvier 1997. Selon cet exposé, l'oubli de la mention de l'anonymat des propositions d'idées dans l'avis de mise au concours avait suscité beaucoup d'émotion au sein des milieux professionnels et occasionné à l'organisateur du concours un important surcroît de travail pour «rendre anonymes» les propositions d'idées qui lui avaient été remises.

Aux termes de cet exposé, la préqualification s'est effectuée de la manière suivante: les collaborateurs de l'OCF ont effectué un pré-examen formel des candidatures afin de vérifier le respect du délai de dépôt, la fourniture de tous les documents exigés, la présence éventuelle des mêmes personnes dans plusieurs groupes de projets et l'existence de liens entre les membres du jury et les candidats. Seuls certains candidats avaient déposé leur dossier dans trois documents séparés (composition du groupe de projet, références et bref exposé des intentions). Dans les autres cas, les collaborateurs de l'OCF ont dû, afin de respecter le principe de l'anonymat, séparer les propositions d'idées des autres documents de préqualification et les rendre anonymes. Tous les candidats ont passé le pré-examen formel effectué par l'OCF.

Le jury est intervenu déjà dans la première phase du concours. Il a d'abord établi l'ordre des critères de sélection en attribuant une haute priorité aux propositions d'idées. Il a ensuite examiné en deux temps les dossiers de candidature. Dans une première phase, le jury a examiné les 129 propositions d'idées rendues anonymes selon le critère de la concordance de l'exposé des intentions avec les principes directeurs de l'EXPO 2000 et avec les spécifications suisses ainsi que selon le critère du concept architectural et de l'exposition. Il a sélectionné sur cette base 18 groupes. Dans une seconde phase, le jury s'est déplacé et n'a plus eu accès aux propositions d'idées. Les noms des 18 équipes sélectionnées ont alors été dévoilés au jury, en présence d'un notaire. Le jury a examiné la qualification des 18 équipes retenues au terme de la première phase, selon la composition du groupe de projet et les références des membres du groupe. Il a reconnu les 18 équipes comme aptes et les a définitivement invitées à participer à la seconde phase du concours. Le point 4 (conclusions) du rapport de J. confirme le poids prépondérant donné à l'esquisse d'idées. Il y déclare que la procédure «avait avant tout pour mission de dégager de bonnes idées pour la présentation de la Suisse à l'exposition mondiale, et de tenir compte du besoin du maître de l'ouvrage de connaître les noms des teams impliqués».

G. Le 10 février 1997, dans le délai de recours, A et C adressèrent à la COCO, avec copie à J. de l'OCF, un courrier recommandé relatif à la procédure de préqualification et portant en exergue la mention de «Recours». Ils y concluaient à l'annulation de la décision rejetant leur candidature et à la reprise de la procédure de préqualification. Les recourants reprochaient au pouvoir adjudicateur d'avoir modifié les critères de sélection après leur publication en donnant une importance particulière au «bref exposé des intentions dans les différents domaines». Si l'importance particulière de l'esquisse de projets était mieux ressortie de l'avis de concours et de la documentation y relative et si l'anonymat des esquisses de projets avait été expressément garanti, les recourants auraient présenté un exposé des intentions plus étoffé.

H. Par courrier du 21 février 1997, reçu par A et C le 25 février 1997, la COCO accusa réception de la lettre de recours et informa les recourants qu'elle la transmettait à l'OCF. Ni la COCO, ni l'OCF ne transmirent ce recours à la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics.

I. Le 3 mars 1997, après l'expiration du délai de recours, la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (ci-après: la commission de recours) reçut un recours formé le 28 février 1997 par Me P., conseil de A, agissant au nom et pour le compte du groupe de projet composé en outre de B, C, D et F. Les recourants demandaient, à titre préliminaire, que l'effet suspensif soit accordé à leur recours. Ils invoquaient, au fond, une violation du principe de l'égalité de traitement, des règles de publicité, du droit d'être entendu et du principe de la bonne foi. Ils concluaient au fond, principalement, à ce que la commission de recours modifie la décision de l'OCF et de la COCO du 24 janvier 1997 afin d'impartir un nouveau délai d'un mois aux participants à la préqualification pour présenter un dossier de candidature ainsi qu'à la nullité de la décision publiée dans la FOSC du 31 janvier 1997. Subsidièrement, ils concluaient à l'annulation de la décision de l'OCF et de la COCO du 24 janvier 1997, à la nullité absolue de la décision de l'OCF publiée dans la FOSC du 31 janvier 1997 et à ce que l'OCF soit invité à impartir un nouveau délai d'un mois aux participants à la préqualification pour présenter un dossier de candidature.

J. Par décision incidente du 26 mars 1997 (JAAC 61.77), la Commission de recours a accordé l'effet suspensif au recours, au sens des considérants.

K. Dans sa réponse, l'OCF conclut à l'irrecevabilité du recours du 28 février 1997 pour cause de tardiveté et au rejet au fond du recours du 10 février 1997.

Sur le fond, l'OCF souligne que la loi du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à indiquer l'ordre de priorité des critères d'aptitude, même si le message du Conseil fédéral souhaite que tel soit le cas, si possible. Il considère en outre que la priorité accordée à la proposition d'idées ressortait clairement de l'avis de concours et de la documentation relative au concours. Il reproche aux recourants de confondre les critères de sélection et les moyens de preuve exigés pour démontrer que ces critères sont remplis. De plus, selon l'OCF, la variation des termes entre le «bref exposé des intentions» mentionné dans l'avis de concours et la documentation relative au concours et les «propositions d'idées» mentionnées dans le rapport de J. résulterait de la seule difficulté de traduire le terme allemand de «Ideenskizzen» et non d'une variation de l'importance accordée à ce point. Selon l'OCF, l'esquisse d'idées serait le critère le mieux à même de sélectionner les participants à la première phase d'un concours en procédure sélective, lorsqu'il y a trop de candidats aptes, au lieu de laisser le hasard décider. L'admissibilité du critère des esquisses d'idées découlerait en outre du fait que l'aptitude des candidats à un concours devrait être vérifiée en relation avec l'objet à réaliser, selon le ch. 9 de l'annexe 3 à l'OMP. Selon l'OCF, l'absence de mention expresse de l'anonymat de l'esquisse d'idées ne peut avoir nui aux recourants dès lors que le principe de l'anonymat est garanti de manière générale par l'art. 48 OMP, pour toutes les phases de la procédure. L'OCF cite également l'art. 9 al. 3 du projet de nouveau règlement SIA 152 de mars 1997 qui prévoit que, lorsqu'une esquisse d'idées est demandée dans la première phase d'un concours en procédure sélective, l'anonymat du candidat auteur de la proposition doit être garanti. Enfin, le principe de l'anonymat aurait été sauvegardé soit par le dépôt de trois dossiers séparés relatifs à la composition du groupe, aux références et à l'esquisse d'idées, soit par le fait que les dossiers déposés ont été rendus anonymes par l'OCF avant que les esquisses d'idées ne soient examinées par le jury.

(...)

Extrait des considérants:

(...)

2. Dans le cadre d'un recours devant la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics 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, les recourants ne font valoir aucun grief quant à l'établissement des faits pertinents. Il suffit dès lors d'examiner si les arguments qu'ils avancent permettent de conclure à une violation du droit fédéral.

3.a. Lorsqu'un concours porte sur des services qui entrent dans le champ d'application de l'accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS 0.632.231.422) en raison de leur type et de leur valeur, il doit, selon l'art. XV § 1 let. j AMP, être organisé de manière conforme aux principes de l'AMP. Dans ce cadre, les pouvoirs adjudicateurs disposent d'une certaine liberté dans l'organisation et le déroulement du concours ainsi que dans le choix des critères de sélection du lauréat. Le concours constitue ainsi une quatrième procédure de passation, à côté des procédures ouverte et sélective et de la procédure de gré à gré (voir Nicolas Michel, La passation des marchés publics d'architecture, in: Peter Gauch / Pierre Tercier [éd.], Das Architektenrecht / Le droit de l'architecte, 3e éd., Fribourg 1995, N° 2093). L'art. 13 al. 3 LMP délègue au Conseil fédéral la réglementation des concours (art. 40-57 OMP). Selon l'art. 43 al. 1 OMP, les concours font l'objet d'un appel d'offres lancé selon la procédure ouverte ou sélective si la valeur du marché en cause atteint le seuil déterminant fixé à l'art. 6 al. 1 LMP.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a organisé un concours de projets proprement dit («Projektwettbewerb», traduit de manière imprécise dans l'avis de concours par le terme de «concours») au sens de l'art. 42 al. 1 let. b OMP, selon la procédure sélective.

b. Le concours passé en procédure sélective est caractérisé par la succession de deux phases, ce qui le rapproche du concours en plusieurs étapes. Toutefois, concours en procédure sélective et concours en plusieurs étapes doivent être distingués. La pratique connaît déjà depuis de longues années des concours organisés en plusieurs phases ainsi que des formes mixtes de concours. Ainsi en est-il de la combinaison de concours d'idées et de projets, où les auteurs des meilleures solutions proposées dans le cadre d'un concours d'idées sont ensuite invités à participer à un concours de projets (voir art. 7 du règlement SIA 152 [éd. 1993] sur les concours d'architecture, qui concerne les concours à deux degrés; voir aussi Simon Ulrich, Der Architekturwettbewerb unter besonderer Berücksichtigung fehlerhafter Preisentscheide, thèse St-Gall 1994, p. 9). L'art. 42 du projet d'ordonnance fédérale sur les marchés publics prévoyait du reste les concours combinés (concours d'idées suivi d'un concours de projets proprement dit ou d'un concours portant sur les études et la réalisation). En revanche, l'organisation d'un concours de projets en procédure sélective constitue une nouveauté introduite par la nouvelle réglementation fédérale en matière de marchés publics, entrée en vigueur le 1er janvier 1996.

Dans une procédure sélective «classique» (c.-à-d. organisée indépendamment d'un concours), la phase de préqualification de l'art. 15 al. 3 LMP ne permet une sélection que sur la seule base des critères d'aptitude économique, technique et financière des candidats selon l'art. 9 LMP. Il existe une différenciation nette entre la phase de préqualification et celle d'adjudication du marché et, par conséquent, les critères utilisés dans ces deux phases ne doivent pas être confondus. L'utilisation de critères relatifs à l'évaluation de l'offre n'est pas admissible au stade de la préqualification.

Lorsqu'un concours de projets est organisé selon une procédure sélective, le pouvoir adjudicateur doit en tout cas, selon l'art. 15 al. 3 LMP, s'assurer, dans la première phase de sélection, que les candidats présentent les qualifications requises. Une exception quant à l'aptitude n'est possible que si elle est prévue dans l'avis de concours et que si elle vise à permettre la participation au concours de jeunes candidats de la branche (encouragement de la relève, art. 47 OMP). Au surplus, le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge de liberté dans l'organisation et le déroulement d'un concours de projets.

La LMP et l'OMP sont muettes sur l'admissibilité de principe d'une exigence relative au projet lui-même, telle que la présentation d'une proposition d'idées, au stade de la première phase d'un concours passé en procédure sélective. L'art. 47 du projet d'ordonnance fédérale sur les marchés publics, qui réglementait les critères de sélection dans les concours de projets, a été abandonné, lors de l'adoption de l'ordonnance fédérale, au profit du ch. 9 de l'annexe 3 à l'OMP. Selon cette dernière disposition, les preuves exigées pour démontrer la qualification du candidat au sens de l'art. 9 LMP et de l'art. 9 OMP peuvent, dans le cadre d'un concours de projets, comporter des preuves de l'adéquation des prestations fournies dans le cadre de projets similaires (en allemand, «objektspezifische Nachweise»), notamment en matière de formation, d'efficacité et de pratique. Cette règle permet

d'exiger des candidats des moyens de preuve propres à démontrer leur aptitude en relation avec le type d'objet sur lequel porte le concours. On ne saurait toutefois en déduire que constitue un moyen de preuve admissible pour la préqualification des candidats une proposition d'idées ou esquisse d'idées («Skizzenselektion»; contra: Simon Ulrich, Öffentliche Aufträge an Architekten und Ingenieure, in: Alfred Koller [éd.], Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St-Gall 1996, p. 149 s.).

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a fondé ses critères de sélection dans la première phase du concours à la fois sur l'aptitude des candidats (compétences du groupe de projet et références) et sur une première appréciation du projet (concordance de l'exposé des intentions avec les principes directeurs de l'EXPO 2000 et les spécifications suisses ainsi que concept de l'architecture et de l'exposition). Il en résulte que l'OCF a mis sur pied une forme mixte de concours, qui combine une procédure sélective avec un concours en plusieurs phases. Les critères utilisés dans la première phase de sélection, pour partie, relèvent de la préqualification selon l'aptitude économique, technique et financière des candidats et, pour partie, correspondent à une forme simplifiée de concours d'idées (esquisse d'idées). Les conclusions figurant au point 4 du rapport de J. du 24 janvier 1997 le confirment: «la procédure [de préqualification] choisie s'est avérée judicieuse pour le projet EXPO 2000 à HANOVRE qui avait avant tout pour mission de dégager de bonnes idées pour la présentation de la Suisse à l'exposition mondiale, et de tenir compte du besoin du maître de l'ouvrage de connaître les noms des teams impliqués». La Commission de céans émet des réserves quant au fait de savoir si la combinaison de la procédure sélective avec un concours en plusieurs phases, dans la manière dont elle a été organisée dans le cas d'espèce, est conforme au droit fédéral. En effet, en jugeant les candidats, dans la première phase déjà, sur la base des esquisses d'idées présentées, le pouvoir adjudicateur s'est livré à une première appréciation des projets en anticipant ainsi la deuxième phase du concours. Un tel mode de procéder du pouvoir adjudicateur pourrait aboutir à éluder les règles du concours d'idées, lequel se caractérise par l'attribution de prix au(x) lauréat(s) (art. 44 al. 1 let. a et art. 55 OMP; Ulrich, op. cit., p. 163). Or il est difficile de tracer la ligne de démarcation entre une esquisse d'idées et une idée comme telle. En particulier, le temps et le coût nécessaire à l'élaboration d'une esquisse d'idées peuvent ne pas beaucoup différer de ceux qu'implique la préparation d'une idée proprement dite dans le cadre d'un concours d'idées. L'exigence d'une esquisse d'idées dans la première phase d'un concours de projets proprement dit en plusieurs phases ne doit pas aboutir à contourner les règles du concours d'idées. En outre, en adoptant un tel mode de sélection, le pouvoir adjudicateur court le risque de confondre la phase de préqualification et celle du concours proprement dit, lesquelles doivent être clairement distinguées l'une de l'autre. Certes, ainsi que le souligne l'OCF, cette manière de procéder, qui consiste à examiner les idées avant de connaître les personnes, permet d'encourager la relève en écartant le critère de la notoriété. Il sied toutefois de noter que l'encouragement de la relève peut aussi s'effectuer, ainsi que le prévoit expressément l'art. 47 OMP, en prévoyant dans l'appel d'offres qu'une partie des soumissionnaires invités à présenter un projet seront des jeunes spécialistes de la branche.

La question de savoir si et à quelles conditions l'esquisse d'idées constitue une exigence admissible dans la première phase d'un concours organisé en plusieurs étapes, malgré le fait qu'elle ne relève pas des critères de qualification au sens de l'art. 15 al. 3 et de l'art. 9 LMP, peut cependant être laissée ouverte en l'occurrence. En effet, si le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge de liberté dans l'organisation et le déroulement du concours, il doit en tout cas veiller à ce que ceux-ci respectent les principes contenus dans l'AMP et la LMP. Or tel n'est pas le cas en l'espèce, ainsi que cela va être démontré.

c. Il ressort des principes généraux de l'AMP et de la LMP que les critères de sélection utilisés dans la première phase d'une forme mixte de concours passé en procédure sélective doivent être clairs et non discriminatoires (art. III, art. VII § 1, art. VIII let. b, art. X § 1 et art. XII § 2 let. f AMP; art. 1 al. 1 let. a et al. 2, art. 8 al. 1 let. a, art. 9 et art. 15 al. 3 LMP) et faire l'objet d'une publication (art. IX § 1 et § 6 let. f, art. XV § 1 let. j AMP; art. 9 al. 2 et art. 24 al. 2 LMP).

Afin de garantir la transparence de la procédure, le pouvoir adjudicateur doit annoncer dans l'avis de concours, conformément au ch. 3 de l'annexe 6 OMP, les types exacts de concours et de procédure de passation qu'il entend utiliser. Il doit en particulier annoncer clairement l'organisation d'un concours en plusieurs étapes. La pratique semble d'ailleurs considérer cette précision comme nécessaire puisque le projet de nouveau règlement SIA sur les concours pour les architectes et les ingénieurs, mis en consultation en mars 1997, prévoit une telle obligation à son art. 6 al. 2.

L'annonce d'un concours en plusieurs étapes est particulièrement utile lorsque, comme dans le cas d'espèce, la première phase de sélection d'un concours de projets proprement dit comporte à la fois une préqualification selon la procédure sélective et une forme simplifiée de concours d'idées. La simple mention du lancement d'un concours de projets proprement dit en procédure sélective, telle qu'elle figure dans l'avis de concours paru dans la FOOSC du 10 octobre 1996, ne suffit pas car elle ne renseigne pas les candidats potentiels sur l'existence simultanée, dans la première phase de sélection, d'une forme simplifiée de concours d'idées. En effet, l'art. 15 LMP donne une définition claire de la procédure sélective, dont il résulte que la phase de préqualification ne permet une sélection que sur la seule base des critères d'aptitude de l'art. 9 LMP. On ne saurait non plus réduire l'obligation d'annoncer l'organisation d'un concours en plusieurs étapes aux seuls cas où la première étape constitue un véritable concours d'idées au sens de l'art. 42 al. 1 let. a OMP et non une forme simplifiée de concours d'idées. Il est en effet difficile de déterminer à partir de quel stade une esquisse d'idées devient une proposition d'idées.

d. L'AMP n'exige pas que les critères de qualification figurent dans l'appel d'offres ou dans la documentation relative à l'appel d'offres dans leur ordre d'importance. L'art. 9 LMP ne pose pas non plus une telle exigence. Les pouvoirs adjudicateurs sont uniquement invités, dans la mesure du possible, à indiquer cet ordre d'importance (Message du Conseil fédéral relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords GATT/OMC, Cycle d'Uruguay [Message 2 GATT], du 19 septembre 1994, N° 94.080, FF 1994 IV 1228).

En l'espèce, aucun ordre d'importance des critères de sélection ne ressort clairement de l'avis de concours, ni de la documentation relative au concours. Les critères de sélection mentionnent d'abord deux conditions relatives à l'esquisse d'idées (concordance de l'exposé des intentions avec les principes directeurs de l'EXPO 2000 et les spécifications suisses; concept de l'architecture et de l'exposition) et ensuite deux conditions relatives à l'aptitude des candidats (compétences et références). En revanche, les moyens de preuve exigés des candidats pour obtenir leur sélection selon les critères susindiqués font apparaître un ordre inverse: les deux premiers éléments demandés concernent l'aptitude des candidats (composition du groupe de projet et indication du responsable; références ou liste des projets réalisés) alors que le dernier élément requis est le bref exposé des intentions. En outre, aussi bien les critères de sélection que les moyens de preuve sont énumérés dans une liste de points, sans autre précision quant à leur importance respective. En conséquence, ni l'esquisse d'idées, ni l'aptitude des candidats n'avait, d'emblée, un poids prépondérant reconnaissable pour les candidats.

Il ressort de l'exposé de J. du 24 janvier 1997 que le jury a effectué la sélection en donnant une haute priorité aux propositions d'idées. Le premier tri des 129 candidatures a été effectué sur la seule base des propositions d'idées rendues anonymes, en les examinant selon leur concordance avec les principes directeurs de l'EXPO 2000 et avec les spécifications suisses ainsi que selon le critère du concept architectural et de l'exposition. Le jury a sélectionné sur cette base 18 groupes. Il n'a, dans une seconde phase, vérifié l'aptitude que de ces 18 groupes présélectionnés, selon les critères de la composition du groupe de projet et des références des membres du groupe. Il a reconnu les 18 équipes comme aptes et les a définitivement invitées à participer au concours de projets proprement dit.

En d'autres termes, la première sélection des candidats s'est basée uniquement sur l'appréciation des esquisses d'idées présentées, la préqualification se déroulant ainsi en deux phases. Or ces deux phases, ainsi que cela a déjà été relevé (supra consid. 3c), n'ont été clairement annoncées ni dans l'appel d'offres ni dans les documents y relatifs. Par conséquent, il est inadmissible que le jury se soit écarté de la procédure annoncée, selon laquelle il aurait dû se livrer à une appréciation d'ensemble des candidatures, selon tous les critères indiqués. En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur ne s'est pas contenté d'accorder plus d'importance aux esquisses d'idées par rapport au contrôle d'aptitude, il en a fait un critère exclusif - puisque seuls les candidats y ayant satisfait pouvaient accéder à la deuxième phase de la présélection -, sans en informer expressément les participants. Là encore, il n'a pas respecté les principes applicables dans une procédure sélective.

e. Selon l'art. X § 1 AMP, la sélection doit avoir lieu de manière loyale. Quant à l'art. XII § 2 let. f AMP, il exige que les candidats soient correctement informés à propos des renseignements ou pièces qui sont exigés de leur part, afin qu'ils soient en mesure de présenter des soumissions valables. Les critères de sélection applicables à la première phase d'un concours et les moyens de preuve y relatifs doivent donc être définis clairement. En particulier, les candidats doivent connaître l'étendue des moyens de preuve qu'ils sont appelés à fournir.

En l'espèce, il ressortait de l'avis de concours et de la documentation relative au concours que l'exposé des intentions devait être bref. L'ensemble des documents fournis comme moyens de preuve (composition du groupe, références et bref exposé des intentions) ne devait pas dépasser 8 pages A4 ou 4 pages A3. Enfin, le bref exposé des intentions devait couvrir les domaines de l'approche thématique, de l'architecture, de l'aménagement interne et de l'exploitation. Les participants étaient informés que le jury fonctionnerait déjà lors de la procédure de sélection.

Ces indications ne suffisaient pas à permettre aux candidats de connaître l'ampleur de l'exposé des intentions qu'ils devaient soumettre. L'avis de concours et la documentation relative au concours ne précisaient pas clairement que les preuves relatives à l'aptitude et ceux relatifs à l'exposé des intentions devaient être remis dans des documents séparés. Une indication du nombre maximal de pages qu'aurait dû revêtir le seul exposé des intentions aurait constitué une indication importante pour les candidats. En outre, et surtout, le pouvoir adjudicateur a omis d'informer les candidats que l'exposé des intentions serait traité de manière anonyme. En l'absence d'une telle indication, les candidats pouvaient de bonne foi penser que leur esquisse d'idées devait rester succincte, en particulier afin d'éviter une reconnaissance du projet qu'ils déposeraient ensuite dans la seconde phase de la procédure. Il ne pouvait pas être d'emblée évident pour les candidats que la garantie de l'anonymat, prévue à l'art. 48 OMP pour les projets, serait interprétée par le pouvoir adjudicateur comme s'étendant également à l'exposé des intentions. Le courrier de la SIA du 23 octobre 1997 demandant à l'OCF comment il entendait assurer l'anonymat des esquisses d'idées déposées dans la première phase du concours relatif au pavillon suisse de l'EXPO 2000 confirme que la question se posait même pour l'organisation professionnelle des ingénieurs et architectes qui édicte des règles privées en matière de concours (voir la réglementation SIA 152). Enfin, le pouvoir adjudicateur admet lui-même, au point 2 du rapport du 24 janvier 1997 rédigé par J., sous le titre «Tirer un enseignement des erreurs commises», que l'absence de mention dans l'avis de concours que l'appréciation des propositions d'idées se ferait en respectant le principe de l'anonymat constituait un oubli. Le rapport précise qu'il convient de s'assurer à l'avenir que les propositions d'idées soient remises de façon à pouvoir les exposer sous l'anonymat et de manière indépendante des autres documents de préqualification. Le fait que l'art. 9 al. 3 du projet de nouveau règlement de la SIA sur les concours prévoit expressément l'anonymat des auteurs d'esquisses d'idées dans la première phase d'un concours démontre au surplus qu'il ne s'agit pas d'une évidence. On ne saurait enfin faire reproche aux recourants de ne pas avoir eu connaissance de cette disposition, dès lors qu'il ne s'agit que d'un projet, qui a de surcroît été mis en consultation après l'expiration du délai de dépôt des candidatures (2 décembre 1996) fixé dans l'avis de concours relatif au pavillon suisse pour l'EXPO 2000, et qu'elle n'est toujours pas entrée en vigueur.

Il ressort des considérations qui précèdent que les recourants pouvaient raisonnablement penser qu'une proposition d'idées très succincte suffisait et qu'il y a donc eu, sur ce point également, violation de l'obligation de transparence. Les recourants ne pouvaient donc être exclus de la première phase du concours et doivent, en principe, être invités à déposer un projet.

Dokumente der BRK