

(Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 4 mars 2003 en la cause Groupement C. [CRM 2003-002])

Öffentliche Beschaffung von Dienstleistungen im selektiven Verfahren. Gemeinsame Vergabe Kanton/Bund. Anwendbares Recht. Zulässigkeit der Beschwerde. Nichtigkeit des Entscheides, mit dem ein Teilnehmer nicht ausgewählt wurde.

Art. 29 Bst. b BoeB. Art. 2c VoeB.

- Dem Bundesrecht über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellte Auftraggeberinnen. Art. 2c VoeB enthält eine ergänzende Regelung hinsichtlich des anwendbaren Bundes- bzw. kantonalen Rechts bei öffentlichen Beschaffungen; die Regelung ist für die Vergabestellen des Bundes und der Kantone, die eine gemeinsame Beschaffung vornehmen, zwingend. Art. 2c VoeB genügt dem Legalitätsprinzip (E. 3a-3c).

- Die Hauptauftraggeberin im Sinne von Art. 2c VoeB ist diejenige, deren finanzielle Beteiligung an der Beschaffung am grössten ist (E. 3c).

- Die grösste finanzielle Beteiligung ist vorliegend diejenige der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB). Die Vergabe des Auftrags ist daher Bundesrecht unterstellt (E. 3d). Die SBB können die Anwendung von Art. 2c VoeB nicht auf dem Umweg über eine Vereinbarung mit dem Kanton Genf ausschliessen (E. 3e).

- Die in Art. 30 BoeB vorgesehene Pflicht zur Anfechtung der Ausschreibung eines Auftrags betrifft nur die Teile der Ausschreibung deren Sinn und Tragweite ohne weiteres genügend klar scheinen, damit der Anbieter deren Widerrechtlichkeit erkennen kann (E. 4).

- Aus Verhältnismässigkeitsgründen sind die Auswirkungen der Nichtigkeit zeitlich auf das Stadium ab dem Entscheid der Nicht-Selektion als Abschluss der ersten Phase des selektiven Verfahrens zu beschränken (E. 6a). Das Angebot des Beschwerdeführers ist erneut zu prüfen (E. 6c).

- Aufgrund des Entscheides der Nicht-Selektion, der unabhängig der allfälligen Stichhaltigkeit der Begründung für gänzlich nichtig erklärt wurde, wäre eine öffentliche Verhandlung sinnlos (E. 7).

Marché public de services en procédure sélective. Adjudication commune canton/Confédération. Droit applicable. Recevabilité du recours. Nullité de la décision de non-sélection d'un soumissionnaire.

Art. 29 let. b LMP. Art. 2c OMP.

- Entités soumises au droit fédéral des marchés publics. L'art. 2c OMP contient une règle complémentaire de répartition de compétence entre le droit fédéral et cantonal en matière de marchés publics, de nature contraignante à l'égard des pouvoirs adjudicateurs fédéraux et cantonaux qui passent un marché en commun. L'art. 2c OMP satisfait au principe de la légalité (consid. 3a-3c).

- Le pouvoir adjudicateur principal au sens de l'art. 2c OMP est celui dont la participation financière au marché est la plus importante (consid. 3c).

- La participation financière la plus importante est en l'espèce celle des Chemins de fer fédéraux suisses (CFF). La passation du marché est ainsi soumise au droit fédéral (consid. 3d). Les CFF ne peuvent pas, par le biais d'une convention conclue avec le Canton de Genève, écarter l'application de l'art. 2c OMP (consid. 3e).

- L'obligation, prévue à l'art. 30 LMP, de contester immédiatement un appel d'offres 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 l'illicéité (consid. 4).

- Pour des motifs de proportionnalité, il convient de limiter dans le temps les effets de la nullité à la période suivant la décision de non-sélection prise à l'issue de la première phase de la procédure sélective (consid. 6a). La candidature du recourant doit être évaluée à nouveau (consid. 6c).

- La décision de non-sélection étant frappée de nullité absolue quel que soit le bien-fondé de sa motivation, une audience publique quant à ce bien-fondé serait vide de sens (consid. 7).

Acquisto pubblico di servizi in procedura selettiva. Aggiudicazione comune cantone/Confederazione. Diritto applicabile. Ricevibilità del ricorso. Nullità della decisione di non-selezione di un offerente.

Art. 29 lett. b LAPub. Art. 2c OAPub.

- Entità sottoposte al diritto federale degli acquisti pubblici. L'art. 2c OAPub contiene una regola complementare di ripartizione di competenza tra il diritto federale e cantonale in materia di acquisti pubblici. Tale regola è di natura vincolante per gli enti aggiudicatori federali e cantonali che operano un acquisto in comune. L'art. 2c OAPub rispetta il principio della legalità (consid. 3a-3c).

- L'ente aggiudicatore principale ai sensi dell'art. 2c OAPub è quello che ha la più importante partecipazione finanziaria all'acquisto (consid. 3c).

- Nella fattispecie, la maggiore partecipazione finanziaria è quella delle Ferrovie federali svizzere (FFS), per cui l'acquisto soggiace al diritto federale (consid. 3d). Le FFS non possono, attraverso una convenzione conclusa con il cantone di Ginevra, escludere l'applicazione dell'art. 2c OAPub (consid. 3e).

- L'obbligo, previsto dall'art. 20 LAPub, di contestare immediatamente un bando di concorso concerne solo gli elementi del bando

di concorso il cui senso e la cui portata emergono immediatamente ed in modo a tal punto chiaro da permettere all'offerente di riconoscere l'illiceità (consid. 4).

- Per motivi di proporzionalità, occorre limitare gli effetti della nullità al periodo seguente la decisione di non-selezione presa alla fine della prima fase della procedura selettiva (consid. 6a). La candidatura del ricorrente deve nuovamente essere valutata (consid. 6c).

- Poiché la decisione di non-selezione era assolutamente nulla indépendamment de la fondatezza della sua motivation, un'udienza pubblica inerente tale fondatezza non avrebbe aucun sens (consid. 7).

Résumé des faits:

Le 14 octobre 2002, le Département de l'aménagement, de l'équipement et du logement de l'Etat de Genève (DAEL), a publié dans la Feuille d'Avis Officielle cantonale (FAO) un appel à candidatures dans le cadre d'une procédure sélective. Un résumé de l'appel à candidatures a été publié dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) du 10 octobre 2002. L'appel à candidatures visait à choisir des pools de mandataires appelés à participer à la phase d'avant-projet de la liaison ferroviaire Cornavin-Eaux-Vives-Annemasse (ci-après: CEVA); il était limité au lot 3 du projet CEVA, concernant le tunnel et la station de Pinchat. L'objet du marché portait sur des prestations d'études de génie civil et de géotechnique pour les phases d'avant-projet (tranche ferme) et de projet de l'ouvrage ainsi que celles liées à sa réalisation (tranches conditionnelles). La valeur estimée du projet relatif au lot 3 s'élevait à 150 millions de francs. L'appel à candidatures et le dossier de candidatures ne comportaient pas de limitation du nombre de candidats qualifiés qui seraient invités à déposer une offre dans la seconde phase de la procédure sélective. Tant l'appel à candidatures que les instructions et directives accompagnant le dossier de candidature désignaient comme pouvoir adjudicateur la République et Canton de Genève, représenté par le DAEL. Toutefois, les instructions et directives ainsi que le dossier de candidature précisait que le Canton de Genève et les Chemins de fer fédéraux (CFF) S.A. assuraient la co-maîtrise d'ouvrage de la phase d'avant-projet CEVA. La cellule de pilotage de l'avant-projet comprenait des représentants des CFF et du Canton de Genève. L'évaluation des dossiers de candidature était placée sous la responsabilité d'un collège d'experts réunissant des spécialistes des CFF et de l'administration cantonale genevoise. Selon l'appel à candidatures ainsi que les instructions et directives, le droit applicable au marché en cause était l'accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP, RS 0.632.231.422), la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02), l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP, RS 172.056.4) de même que le droit cantonal genevois sur les marchés publics. Les dossiers de candidature étaient remis par le DAEL, département cantonal auprès duquel les candidats intéressés pouvaient aussi adresser leurs éventuelles questions complémentaires. Les candidatures devaient être déposées auprès du DAEL. Aucune indication de voie de recours ne figurait dans l'appel à candidatures.

Dans le délai imparti au 15 novembre 2002, le groupement C. a déposé sa candidature.

Par courrier du 18 décembre 2002, reçu le 19 décembre 2002, le DAEL a communiqué au groupement C. sa décision de non-sélection pour la seconde phase de la procédure sélective. Le rejet de la candidature était motivé par le fait que d'autres candidats présentaient de meilleures aptitudes eu égard aux critères de sélection publiés. Un complément d'information pouvait être obtenu auprès du DAEL. Le courrier ne mentionnait aucune voie de recours et la décision n'a pas non plus fait l'objet d'une publication.

Par courrier du 23 décembre 2002, l'avocat du groupement C. a demandé au DAEL de lui fournir notamment une motivation des notes octroyées au groupement C. pour chacun des critères de sélection, ainsi que diverses pièces, et de lui indiquer le droit applicable à cette décision et la voie de recours. N'ayant reçu aucune réponse dans le délai imparti, le groupement C. a, le 30 décembre 2002, formé recours devant le tribunal administratif genevois contre la décision de non-sélection. Il a parallèlement recouru auprès de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (ci-après: la Commission de recours ou de céans) contre cette même décision, par acte du 7 janvier 2003.

Par courrier du 10 janvier 2003, le président de la Commission de recours a imparti aux autorités intimées, le DAEL et les CFF (ci-après: les intimées) un délai pour se déterminer sur la question du droit applicable au marché en cause et de l'autorité compétente pour statuer sur les recours parallèles déposés auprès du tribunal administratif genevois et de la Commission de recours. Dans le même délai, le DAEL et les CFF devaient faire parvenir à la Commission de recours tous les documents relatifs à l'organisation des rapports internes entre le DAEL et les CFF en relation avec le marché en cause. Simultanément, un échange de vues au sens de l'art. 8 al. 2 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) a eu lieu entre la Commission de recours et le tribunal administratif genevois.

Dans sa réponse du 21 janvier 2003, le DAEL conclut à l'incompétence de la Commission de recours pour statuer sur le recours déposé par le groupement C. Dans leur réponse du 23 janvier 2003, les CFF font valoir en substance les mêmes arguments que ceux soulevés par le DAEL pour conclure à l'incompétence de la Commission de recours.

Par décision superprovisionnelle du 12 février 2003, le Président de la Commission de recours a ordonné la suspension de la procédure de passation du marché.

L'échange de vues entrepris par la Commission de recours avec le Tribunal administratif genevois a fait apparaître un conflit de compétence positif, les deux autorités de recours s'estimant compétente pour statuer sur le recours.

Extrait des considérants:

1.a. Lorsque la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) est applicable, les décisions du pouvoir adjudicateur concernant le choix des participants à l'issue de la première phase de la procédure sélective peuvent, dans un délai de 20 jours, être contestées auprès de la Commission de recours (art. 29 let. c LMP; décision de la Commission de recours du 8 octobre 1998, JAAC 63.16 consid. 1b). En l'espèce, la décision attaquée est celle de non-sélection du groupement C., qui peut faire l'objet d'un recours.

Sont sujettes à recours devant la Commission fédérale de recours les décisions fondées sur le droit public fédéral en matière de marchés publics, ou celles qui auraient dû l'être (art. 26 al. 1 et art. 29 LMP en relation avec l'art. 5 PA). Pour qu'une décision soit fondée - ou doive être fondée - sur le droit fédéral, il ne suffit pas que, lors de l'application du droit cantonal indépendant, une règle

de droit fédéral doit être observée ou doit être également appliquée. Encore faut-il que le droit public fédéral représente la base ou l'une des bases sur lesquelles repose ou aurait dû reposer la décision prise dans le cas d'espèce dans le domaine en cause. Cela vaut aussi pour la question de la délimitation entre droit fédéral et cantonal (ATF 127 II 227 consid. 1a, ATF 127 II 1 consid. 2b/aa, ATF 122 II 241 consid. 2a; Pierre Moor, *Droit administratif*, vol. II, 2e éd., Berne 2002, p. 584; Ulrich Häfelin/Georg Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4e éd., Zurich 2002, n° 1916-1918; Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd., Zurich 1998, n° 510; André Moser, in: Moser/Übersax, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, ci-après: *Prozessieren*, n° 2.2). En l'espèce, les recourantes invoquent notamment le fait que la décision en cause serait basée à tort sur le droit cantonal et intercantonal en matière de marchés publics, en lieu et place du droit fédéral. La Commission fédérale de recours est compétente pour statuer sur ce grief.

b. (...)

2. Les recourantes, après avoir uniquement évoqué la question du droit applicable et de la compétence de la Commission de recours, considèrent que les indices désignent les CFF comme pouvoir adjudicateur principal, impliquant ainsi nécessairement une application du droit fédéral et la compétence de la Commission de recours. En revanche, le DAEL et les CFF contestent l'assujettissement du marché en cause à la LMP, et en conséquence la compétence de la Commission de recours pour trancher le litige. L'échange de vues entrepris par la Commission de recours avec le Tribunal administratif genevois, conformément à l'art. 8 al. 2 PA, a fait apparaître un conflit de compétence positif, les deux autorités de recours s'estimant compétente pour statuer sur le recours.

a. La procédure devant la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics est réglée par la loi fédérale sur la procédure administrative, pour autant que la LMP ne prévoit pas autre chose (art. 26 al. 1 LMP et art. 71a al. 2 PA). Conformément à l'art. 9 al. 1 et 2 PA et à l'art. 20 al. 4 de l'ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage (RS 173.31), l'autorité de recours a l'obligation de statuer sur sa compétence lorsque celle-ci est contestée - ou inversement soutenue - par une partie (ATF 108 Ib 540 consid. 2a/aa; JAAC 65.42 consid. 2b; Moser, *Prozessieren*, op. cit., n° 3.7). La Commission de recours doit examiner d'office, à titre liminaire, si elle est compétente pour statuer sur le recours, c'est-à-dire si le marché en cause entre dans le champ d'application de la LMP (art. 7 al. 1 PA; décision de la Commission de recours du 11 octobre 2001, JAAC 66.4 consid. 1b). En effet, en cas de contestation sur l'existence ou l'étendue de prétentions relevant du droit public, le for est déterminé par le droit de l'Etat dont la législation est matériellement applicable (Moor, op. cit., vol. II, p. 81). En matière de marchés publics fédéraux, la compétence de l'autorité de recours découle directement du droit applicable. La protection juridique garantie par la LMP devant la Commission de recours ne trouve application que si le marché en cause entre dans le champ d'application de la loi en raison de son type (art. 5 LMP) et de sa valeur (art. 6 LMP), qu'il est passé par un pouvoir adjudicateur assujéti à la LMP (art. 2 LMP), et qu'aucun cas d'exception n'est rempli (art. 3 LMP; décision de la Commission de recours du 11 octobre 2001, JAAC 66.4 consid. 1b). L'entité fédérale soumise à la LMP peut agir soit comme pouvoir adjudicateur unique, soit comme pouvoir adjudicateur principal au sens de l'art. 2c de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11) dans le cadre d'un marché passé en commun par des entités assujéties au droit fédéral et au droit cantonal.

Les règles en matière de compétence sont impératives: un accord des parties ne peut y déroger, sauf si la loi le prévoit expressément - ce qui est rarissime en droit public. Il en découle, a contrario, qu'un accord entre parties ne peut pallier l'incompétence (art. 7 al. 2 PA). De la nature impérative des règles de compétence découle ainsi l'interdiction de la prorogation de for. Ce principe vaut aussi bien en procédure contentieuse que dans la phase administrative précontentieuse. En matière de décision (au sens formel), les règles attributives de compétence, telles qu'elles sont fixées par une loi ou une ordonnance, sont en principe impératives, sauf si une disposition spéciale ou une norme générale prévoit la faculté d'y déroger (JAAC 61.39 consid. 3; Moor, op. cit. vol. II, p. 236 et 530; Pierre Moor, *Droit administratif*, vol. III, Berne 1992, p. 18; Kölz/Häner, op. cit., n° 231; Moser, *Prozessieren*, op. cit., n° 3.6; André Grisel, *Traité de droit administratif*, vol. II, Neuchâtel 1984, p. 830-832; Fritz Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2e éd., Berne 1983, p. 73 et 90 s.; pour comparaison en droit cantonal: décision du Tribunal administratif du Canton de Zurich [TA ZH] du 24 novembre 1999, VB.98.00319, publiée in *Baurechtsentscheide Kanton Zürich* [BEZ] 1/2000 n° 9 consid. 5a).

En l'espèce, il convient d'abord de déterminer le droit applicable au marché en cause, c'est-à-dire de vérifier si ce marché entre dans le champ d'application de la LMP. Si tel est le cas, il faut ensuite vérifier si une disposition légale permet de déroger à ce droit, c'est-à-dire à la compétence de principe de la Commission de recours.

b. En l'espèce, le marché litigieux porte sur des études techniques dans le cadre de la liaison ferroviaire Cornavin-Eaux-Vives-Annemasse (projet CEVA). La question de savoir si le pouvoir adjudicateur est le DAEL, les CFF ou ces deux entités agissant conjointement, peut rester indécise dans un premier temps (voir infra consid. 3). Les pouvoirs adjudicateurs suisses actifs dans le secteur des transports ferroviaires ne sont pas soumis à l'AMP. D'une part, les annexes 1 et 2 à l'AMP, déposées par la Suisse, relatives respectivement aux entités centrales et sous-centrales, excluent dans une Note finale les marchés passés par des entités actives dans les «secteurs spéciaux» de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Ainsi, l'Etat de Genève, assujéti à l'annexe 2 à l'AMP, en est-il exclu pour ses activités dans le secteur des transports ferroviaires. D'autre part, l'annexe 3 à l'AMP, qui assujétit les pouvoirs publics et entreprises publiques actifs dans les «secteurs spéciaux», ne comporte aucun assujettissement des pouvoirs publics et entreprises publiques pour leurs activités dans le secteur du transport ferroviaire (décision de la Commission de recours du 23 février 2000, JAAC 64.61 consid. 3b et la doctrine citée). En conséquence, ni l'Etat de Genève, en sa qualité de pouvoir public actif dans le secteur des transports ferroviaires, ni les CFF, ne sont soumis à l'annexe 3 à l'AMP. Contrairement aux indications figurant dans l'appel à candidatures, le marché en cause n'est dès lors pas soumis à l'AMP.

En revanche, l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics, entré en vigueur le 1er juin 2002, (accord bilatéral CH-CE, RS 0.172.052.68), assujétit nouvellement aux règles sur les marchés publics les pouvoirs adjudicateurs (fédéraux ou cantonaux) actifs dans la construction ou l'exploitation d'installations ferroviaires (art. 3 § 2 let. d et annexe II B de l'accord bilatéral CH-CE). Le marché public litigieux ayant fait l'objet d'un appel à candidatures publié le 14 octobre 2002, il est soumis ratione temporis à l'accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics, ainsi qu'à la réglementation interne pertinente (fédérale ou cantonale) sur les marchés publics.

c. 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 de l'accord bilatéral). L'annexe VI de l'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'AMP déposée par la

Suisse. Comme l'annexe 4 à l'AMP, la liste de services assujettis à l'accord bilatéral 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 assujetti (voir, en ce qui concerne l'annexe 4 à l'AMP, la décision de la Commission de recours du 28 septembre 2001, JAAC 66.5 consid. 2c/aa; également JAAC 65.41 consid. 3a). En droit fédéral également, la loi fédérale sur les marchés publics 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 qu'art. 3 al. 1 OMP renvoyant à l'annexe 1 à l'OMP).

En l'espèce, les prestations d'études de génie civil et de géotechnique dans le cadre du projet de liaison ferroviaire Cornavin-Eaux-Vives-Annemasse, lot 3 (tunnel et station de Pinchat), constituent des prestations de services assujetties à l'accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics. Elles relèvent, selon l'annexe VI à l'accord bilatéral, 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 (CPC 867: architectural, engineering and other technical services)». Ce type de services est aussi soumis à la LMP (art. 5 al. 1 let. b LMP; art. 3 al. 1 OMP et point 12 de l'annexe 1 à l'OMP).

d. Le coût total de la réalisation du lot 3 (tunnel et station de Pinchat) est estimé à 150 millions de francs. Le groupement C. a considéré, sans être contredit par le pouvoir adjudicateur sur ce point, que les honoraires relatifs aux études d'avant-projet faisant l'objet du marché en cause devraient s'élever à plus d'un million de francs. La valeur estimée du marché est ainsi supérieure au seuil de Fr. 640'000.- (400'000 euros) applicable pour les services acquis par des pouvoirs adjudicateurs actifs dans la construction ou l'exploitation d'installations ferroviaires, tels les CFF ou le DAEL dans le cadre du projet CEVA (art. 3 § 2 let. d et § 4 let. b/i de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics, RO 2002 1951; en droit fédéral: art. 2 al. 2 LMP, art. 2a al. 2 let. b et al. 3 let. b OMP).

En conséquence, le marché en cause est assujetti à l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics, et, cas échéant, à la LMP, en raison de son type et de sa valeur. Pour que le droit fédéral s'applique au marché en cause, il faut toutefois encore que le pouvoir adjudicateur soit soumis à la LMP.

3. Les parties s'opposent quant à la détermination du pouvoir adjudicateur. Selon les intimées, bien que l'avant-projet CEVA soit conduit en co-maîtrise d'ouvrage par l'Etat de Genève et les CFF, il résulterait d'une convention conclue entre ces deux parties le 14 mai 2002 (Avenant n° 2 à la convention cadre du 17 avril 2001 entre le Canton de Genève et les CFF: «Etude d'avant-projet de la liaison ferroviaire Cornavin-Eaux-Vives-Annemasse [CEVA]», du 14 mai 2002, ci-après: Avenant n° 2) que l'Etat de Genève agirait comme pouvoir adjudicateur unique pour les marchés relatifs aux études d'avant-projet. L'Etat de Genève serait un pouvoir adjudicateur soumis à l'AIMP et au droit cantonal genevois, mais non à la LMP. La conclusion de l'Avenant n° 2 aurait enfin pour conséquence d'écarter l'application de l'art. 2c OMP. En revanche, le groupement C. considère que le droit applicable doit être déterminé sur la base de l'art. 2c OMP, en fonction du pouvoir adjudicateur principal dans le cadre de la passation du marché contesté. Selon un Protocole d'accord du 26 avril 2002 conclu entre la Confédération, les CFF et le Canton de Genève (Protocole d'accord entre la Confédération suisse, la République et Canton de Genève et les CFF, du 26 avril 2002, relatif à l'interprétation et à l'exécution de la Convention du 7 mai 1912 concernant l'établissement et l'exploitation d'une ligne de raccordement entre la gare de Cornavin et celle des Eaux-Vives et la remise, aux Chemins de fer fédéraux, du chemin de fer des Eaux-Vives à la frontière nationale près d'Annemasse), les CFF supporteraient les 2/3 du coût de la ligne ferroviaire CEVA. Les CFF seraient le pouvoir adjudicateur principal selon l'art. 2c OMP. Les règles en matière de compétence seraient de droit impératif et ne pourraient être modifiées par convention entre les parties.

a. Les marchés publics relèvent d'une compétence parallèle de la Confédération et des cantons. La transposition des accords internationaux en la matière (en particulier l'AMP et l'accord bilatéral CH-CE) dans le droit interne suisse respecte cette répartition des compétences (Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, du 23 juin 1999, FF 1999 5511 s. et 5519; Message du Conseil fédéral relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC [Cycle d'Uruguay; Message 2 GATT], du 19 septembre 1994, FF 1994 IV 1219 s.; Evelyn Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Fribourg 1997, p. 328; Giovanni Biaggini, Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Roger Zäch [éd.], Bilaterale Verträge Schweiz-EG, Zurich 2002, p. 365). Le critère déterminant l'assujettissement au droit fédéral ou au droit cantonal est celui du pouvoir adjudicateur, sous réserve d'une réglementation spéciale comme celle assujettissant tous les constructeurs des transversales ferroviaires alpines au droit fédéral sur les marchés publics (art. 4 de l'ordonnance du 28 février 2001 sur la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes [Otransa], RS 742.104.1). D'une part, les pouvoirs publics et organismes de droit public fédéraux et cantonaux passent leurs marchés selon leurs réglementations respectives, fédérale ou cantonale. Ainsi, l'administration fédérale passe ses marchés selon le droit fédéral (art. 2 al. 1 let. a LMP), alors que les administrations cantonales passent leurs marchés selon le droit intercantonal et cantonal (art. 8 al. 1 let. a AIMP). Les marchés relatifs à la construction et l'entretien des routes nationales étant passés, en vertu d'une disposition légale spéciale (art. 41 al. 2 de la loi fédérale du 8 mars 1960 sur les routes nationales, RS 725.11), par les cantons, ils sont assujettis en conséquence au droit intercantonal et cantonal (art. 46 de l'ordonnance du 18 décembre 1995 sur les routes nationales, RS 725.111). D'autre part, les entités publiques ou privées, autres que des pouvoirs publics, qui opèrent dans les secteurs spéciaux de l'eau, de l'énergie, des transports ou des télécommunications, et qui tombent dans le champ d'un accord international, relèvent soit du droit fédéral, soit du droit cantonal, selon deux critères alternatifs nouvellement définis par l'art. 2a OMP: la dominance ou l'étendue territoriale du service public offert. Ainsi, le droit fédéral s'applique soit aux entités publiques ou privées soumises à l'influence dominante de la Confédération, soit aux entités privées non dominées par la Confédération, mais titulaires d'un droit spécial ou exclusif et qui assurent un service au public sur l'ensemble du territoire suisse (art. 2 al. 2 LMP et art. 2a al. 1 OMP; sur les critères de l'art. 2a OMP, voir Herbert Lang, Neue Rechtsgrundlagen für das Vergabewesen in der Schweiz - Das Abkommen CH-EU im öffentlichen Beschaffungswesen, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1/2003, p. 44; Hubert Stöckli, note in Droit de la construction [DC] 4/2001, p. 164; Erwin Bollinger, Grundzüge des Abkommens über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in: Daniel Felder/Christine Kaddous [éd.], accords bilatéraux Suisse-UE, Bâle/Genève 2001, p. 657 s., Roland Mayer, Erfahrungen der Kantone mit dem Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in: Felder/Kaddous, op. cit., p. 676 s.).

L'art. 2c OMP, en vigueur depuis le 1er juin 2002, contient une règle complémentaire d'attribution de compétence entre le droit fédéral et cantonal en matière de marchés publics. Selon cette disposition, si plusieurs adjudicateurs soumis au droit fédéral et au droit cantonal font une adjudication en commun, le droit applicable est celui de l'adjudicateur principal. La règle de l'art. 2c OMP peut être comparée à la solution légale applicable aux procédures complexes de projets de construction, selon laquelle une

autorité unique concentre matériellement toutes les compétences ressortissant à plusieurs autorités et prend une décision unique (pour comparer, voir art. 62a-62c de la loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA], RS 172.010). Le principe de la légalité exigerait que la règle de l'art. 2c OMP figure dans une loi au sens formel, c'est-à-dire dans la LMP, car cette règle est susceptible de modifier, pour les marchés passés en commun par la Confédération et un/des cantons, le régime juridique et surtout les voies de droit applicables (prise de position de l'Office fédéral de la justice lors de la consultation relative au projet de modification de l'OMP, rapportée dans le Rapport explicatif sur la révision de l'OMP, décembre 2001, p. 13 s., disponible sur http://www.beschaffung.admin.ch/fr/beschaffungswesen_bund/recht_org_zahlen/erlaeuternder_bericht.pdf [dernière consultation le 30 juillet 2003]). Le principe du parallélisme des formes exige que des dispositions figurant dans une loi au sens formel - comme le sont notamment la plupart des règles relatives aux voies de recours - soient révisées selon la procédure et les formes dans lesquelles elles ont été adoptées (art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 [Cst.], RS 101; ATF 112 Ia 136 consid. 3c). En outre, selon l'art. 164 al. 1 let. g Cst., doivent être adoptées sous la forme de loi fédérale les dispositions fondamentales relatives à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales. Selon la jurisprudence enfin, il faut une base légale dans le domaine de l'organisation de l'Etat pour toute procédure qui aboutit à des décisions juridiquement contraignantes, que ce soit en matière de législation, de juridiction ou d'administration (ATF 104 Ia 226 = Journal des Tribunaux [JdT] 1980 I 473 consid. 2c). Toutefois, dès lors que la Confédération a engagé une révision de la LMP, l'OMP peut régler de manière transitoire le partage des compétences en cas d'adjudication commune Confédération-cantons (voir la prise de position précitée de l'Office fédéral de la justice; pour un cas d'ordonnance servant de base légale transitoire à un transfert de compétence à la Confédération, voir ATF 125 II 152). En conséquence, l'art 2c OMP constitue une disposition contraignante à l'égard des pouvoirs adjudicateurs fédéraux et cantonaux qui passent un marché en commun (critique quant à la compétence fédérale: Lang, op. cit., p. 46).

En résumé, la détermination du pouvoir adjudicateur entraîne automatiquement celle du droit applicable. De celui-ci découle tout aussi directement la désignation de l'autorité de recours compétente (supra consid. 2a).

En l'espèce, la Commission de recours observe que les CFF et l'Etat de Genève ont expressément convenu d'une co-maîtrise d'ouvrage durant la phase d'avant-projet de la ligne ferroviaire CEVA. Les débats devant le Grand Conseil genevois, à l'occasion de l'adoption de la subvention de 400.8 millions de francs destinée au projet CEVA, ont aussi souligné expressément la co-maîtrise d'ouvrage durant la phase d'avant-projet (voir PL 8719-A, Rapport de la Commission des travaux chargées d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat ouvrant un crédit de 400'800'000 Fr. au titre de subvention cantonale d'investissement en vue de la réalisation de la liaison ferroviaire Cornavin-Annemasse via La Praille-les Eaux-Vives [CEVA] par les Chemins de fer fédéraux suisses S.A. [CFF], Mémorial du Grand Conseil genevois, annexes, 55e législature, sessions des 27-28 juin et 29 août 2002, p. 4738 s.). Cette co-maîtrise est également réalisée dans les faits. La co-maîtrise d'ouvrage se traduit formellement par l'apposition systématique conjointe des deux logos des CFF et du DAEL sur tous les documents relatifs au marché en cause, en particulier le dossier de candidature ainsi que les instructions et directives. Le courrier du 18 décembre 2002 informant le groupement C. du rejet de sa candidature porte aussi l'en-tête conjointe du DAEL et des CFF. La co-maîtrise d'ouvrage est rappelée par les instructions et directives relatives à la première phase de la procédure sélective ainsi que par le dossier de candidature. La cellule de pilotage de l'avant-projet comprend des représentants des CFF et de l'administration cantonale genevoise (dossier de candidature). L'évaluation des dossiers de candidature était placée sous la responsabilité d'un collège d'experts réunissant des spécialistes des CFF et de l'administration cantonale genevoise (instructions et directives).

Les CFF sont une société anonyme de droit public, dont la Confédération est l'unique actionnaire, et qui est active dans la construction et l'exploitation d'installations ferroviaires. Les CFF constituent ainsi un pouvoir adjudicateur soumis au droit fédéral sur les marchés publics (organisation de droit public sous l'influence dominante de la Confédération et active dans le secteur ferroviaire: art. 2 al. 2 LMP; art. 2a al. 1 let. a et art. 2a al. 2 let. b OMP). L'Etat de Genève, bien qu'actif en l'espèce dans le secteur des transports ferroviaires, ne constitue pas une organisation de droit public ou de droit privé visée à l'art. 2a OMP, mais un pouvoir public. Il relève en conséquence du droit cantonal et du droit intercantonal sur les marchés publics.

En conséquence, la Commission de recours constate que le marché d'étude d'avant-projet CEVA pour le lot 3 est passé en commun par un pouvoir adjudicateur soumis au droit fédéral (les CFF) et un pouvoir adjudicateur soumis au droit cantonal (le Canton de Genève, agissant par le DAEL). La condition posée par l'art. 2c OMP d'une adjudication commune entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs assujettis au droit fédéral et au droit cantonal paraît ainsi réalisée. Les intimées contestent toutefois qu'il y ait adjudication commune, au motif qu'elles auraient expressément convenu par l'Avenant n° 2 que le DAEL agirait comme pouvoir adjudicateur unique pour le marché en cause.

b. Dès lors que le droit applicable à un marché public est directement fonction du pouvoir adjudicateur (supra consid. 3a), la question de savoir si deux entités, de niveaux fédéral et cantonal, qui passent en commun un marché peuvent valablement désigner l'une d'elles comme pouvoir adjudicateur unique se recouvre avec la question de savoir si ces deux entités adjudgeant en commun peuvent faire une élection de droit. On ne saurait suivre l'argument rhétorique des CFF selon lequel, dès lors que l'Avenant n° 2 aurait désigné l'Etat de Genève comme pouvoir adjudicateur unique, il n'y aurait pas d'adjudication commune, de sorte que l'art. 2c OMP serait inapplicable. En effet, la désignation d'une seule des deux entités comme pouvoir adjudicateur, alors même qu'un marché est passé en commun, équivaut ipso facto à une élection de droit en faveur de cette entité (et a fortiori à une prorogation de for). La règle de l'art. 2c OMP serait ainsi éludée à la libre volonté des pouvoirs adjudicateurs.

Dès lors, il faut déterminer si la règle de l'art. 2c OMP institue une compétence impérative, conformément au principe général de l'art. 7 PA, ou si, au contraire, cette compétence est de nature dispositive, de sorte que les parties pourraient y déroger. Il importe peu que la dérogation soit convenue directement, par une élection de droit, ou indirectement, par la désignation d'une seule entité comme pouvoir adjudicateur dans une passation de marché en commun.

c. L'art. 2c OMP a été adopté dans le cadre de la révision de l'OMP intervenue lors de la transposition en droit interne de l'accord bilatéral CH-CE sur les marchés publics, et est entré en vigueur le 1er juin 2002. Cette disposition est le fruit d'une entente entre la Confédération et les cantons, afin de mettre un terme aux solutions insatisfaisantes développées par la pratique:

«[...] En effet, la pratique a, en l'absence de base légale, développé des constructions juridiques délicates [adjudications parallèles limitant l'efficacité de recours des soumissionnaires] et même des constructions non conformes [adjudication par délégation en soumettant, sans base légale expresse, certains marchés à un autre régime juridique que le régime ordinaire] en vue de procéder à des adjudications communes. Pour mettre un terme à ces pratiques, le groupe de travail interdépartemental, d'entente avec les cantons, propose de créer dans l'OMP une norme désignant pour les adjudications communes Confédération-cantons le droit applicable et les voies de droit sur la base d'un seul critère objectif, à savoir celui du droit applicable à l'adjudicateur ayant

individuellement la valeur de commande la plus élevée» (Rapport explicatif sur la révision de l'ordonnance sur les marchés publics [OMP], décembre 2001, p. 13; sur la pratique antérieure, voir Christian Bovet, *Le contentieux des marchés publics*, in *Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF]* 4/2001 | p. 432-434).

Dès lors que les règles de compétence sont en règle générale impératives (art. 7 PA), la faculté d'y déroger doit ressortir clairement - si ce n'est expressément - du texte légal (Moor, op. cit. vol. II, p. 530; Grisel, op. cit., vol. II, p. 832). Or, le texte de l'art. 2c OMP est formulé de manière impérative: «Si [...], le droit applicable est celui de l'adjudicateur principal» / «Wenn [...], gilt das Recht der Hauptauftraggeberin» / «Se [...], è applicabile il diritto del committente principale».

L'interprétation historique et téléologique ouvre une incertitude dans la mesure où le Rapport explicatif sur la révision de l'OMP (op. cit., p. 13) indique que «cette disposition permet de déterminer le droit applicable en pareil cas et également de déroger à l'un ou l'autre droit». Toutefois, cette phrase isolée doit être analysée à la lumière de l'ensemble du paragraphe consacré à l'art. 2c OMP dans le Rapport explicatif précité. Or, celui-ci poursuit en exposant que la norme désigne pour les adjudications communes Confédération-cantons «le droit applicable et les voies de droit sur la base d'un seul critère objectif, à savoir celui du droit applicable à l'adjudicateur ayant individuellement la valeur de commande la plus élevée». Ainsi, la faculté évoquée dans le Rapport explicatif de «déroger à l'un ou l'autre droit» doit être comprise comme se référant au fait que le critère unique objectif choisi par l'art. 2c OMP implique qu'il sera nécessairement dérogé au droit d'un pouvoir adjudicateur au profit de l'autre (celui dont la participation financière au marché est la plus importante). Il faut aussi considérer à ce titre le but poursuivi par le législateur, qui est de mettre fin aux constructions juridiques délicates

et même aux constructions non conformes développées par la pratique en l'absence de base légale (Rapport explicatif sur la révision de l'OMP, op. cit., p. 13). Si l'art. 2c OMP constituait une règle de droit dispositif, il ne mettrait nullement fin aux pratiques ainsi dénoncées par le législateur. La règle de compétence prévue à l'art. 2c OMP constitue en conséquence du droit impératif.

Dès lors que l'AIMP a fait l'objet d'une révision du 15 mars 2001 (RO 2003 196), intervenue parallèlement aux modifications de l'OMP adoptées le 30 novembre 2001, il peut constituer une aide à l'interprétation de l'art. 2c OMP. L'art. 8 al. 3 AIMP, dans sa version révisée du 15 mars 2001, prévoit d'abord plusieurs critères permettant de déterminer le droit applicable lors d'une adjudication commune entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs soumis au droit intercantonal; il réserve ensuite expressément une convention contraire entre les parties (au sujet de l'art. 8 al. 3 AIMP révisé, voir le commentaire de Christian Bovet in DC 4/2002, p. 158). En revanche, l'art. 2c OMP repose, comme le souligne le Rapport explicatif sur la révision de l'OMP (p. 13), sur «un seul critère objectif, à savoir celui du droit applicable à l'adjudicateur ayant individuellement la valeur de commande la plus élevée». En outre, l'art. 2c OMP ne contient aucune réserve d'élection de droit. La Confédération et les cantons ont mené des échanges de vues et ont collaboré lors des révisions parallèles de l'AIMP et de l'OMP, y compris en ce qui concerne la question des marchés passés en commun (Lang, op. cit., p. 43 s. et 46; Mayer, op. cit., p. 679 s.; Message du Conseil fédéral du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 5520; Rapport explicatif sur la révision de l'OMP, ad art. 2c OMP, p. 13). En conséquence, la formulation différente de l'art. 2c OMP par rapport au texte de l'art. 8 al. 3 AIMP révisé ne saurait être une inadvertance, mais doit être interprétée comme reflétant une volonté du législateur fédéral différente de celle des auteurs de la révision de l'AIMP (en ce sens également, Lang, op. cit., p. 46). On ne saurait dès lors suivre les allégations du DAEL selon lesquelles il faudrait interpréter l'art. 2c OMP de manière conforme à l'art. 8 al. 3 AIMP révisé. Il faut conclure de l'absence de réserve expresse d'une élection de droit dans l'art. 2c OMP que cette disposition revêt un caractère impératif, et non dispositif. En outre, il ressort clairement tant de l'opposition des textes de l'art. 2c OMP et de l'art. 8 al. 3 AIMP révisé que du Rapport explicatif sur la révision de l'OMP que le pouvoir adjudicateur principal doit être déterminé dans le cadre de l'art. 2c OMP sur la base d'un seul critère objectif, celui du pouvoir adjudicateur dont la participation financière au marché est la plus importante, et non sur la base du faisceau de critères expressément prévu par l'art. 8 al. 3 AIMP révisé. Enfin, la Commission de recours souligne qu'une application aux adjudications communes entre la Confédération et un ou des cantons des critères de l'art. 8 al. 3 AIMP révisé (critères adoptés pour les marchés passés dans le cadre de coopérations intercantionales ou intercommunales) violerait la répartition constitutionnelle des compétences entre la Confédération et les cantons. En matière de marchés publics, le critère de répartition des compétences entre le droit fédéral et cantonal est celui du pouvoir adjudicateur (supra consid. 3a). Retenir le lieu d'exécution des travaux comme «critère prépondérant» pour la passation en commun d'un tel marché par la Confédération et un canton - ainsi que le suggère le Canton de Genève -, et appliquer en conséquence à ce marché le droit du lieu d'exécution des travaux, reviendrait de facto à substituer un autre critère à celui du pouvoir adjudicateur sur lequel repose la répartition constitutionnelle des compétences entre droit fédéral et cantonal en matière de marchés publics. Comme le soulignent à juste titre les recourantes, le critère du lieu d'exécution des travaux aurait pour conséquence d'assujettir systématiquement au droit intercantonal/cantonal les marchés de travaux passés en commun, dès lors que la Confédération ne dispose - dans le système fédéral suisse - d'aucun territoire propre. Les autres critères figurant à l'art. 8 al. 3 AIMP révisé (lieu du siège de l'organisation commune; lieu où l'activité principale est déployée) se heurtent à la même objection. Adopté dans une ordonnance, le critère du pouvoir adjudicateur principal prévu par l'art. 2c OMP doit être interprété de manière conforme à la répartition constitutionnelle des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de marchés publics, et ne saurait y déroger. Il ne saurait dès lors incorporer dans la détermination du pouvoir adjudicateur principal - et en conséquence dans celle du droit applicable - le critère du lieu d'exécution des travaux, car une telle interprétation de l'art. 2c OMP amènerait à déroger systématiquement au critère général du pouvoir adjudicateur fondant la répartition verticale des compétences entre Confédération et cantons.

On ne saurait - a fortiori - appliquer directement l'art. 8 al. 3 AIMP, dans sa version révisée du 15 mars 2001, au cas d'espèce. En premier lieu, le Canton de Genève n'a pas encore adhéré à la version révisée de l'AIMP (pour un état des cantons parties, voir RO 2003 204), de sorte qu'il ne saurait se prévaloir de cette réglementation. Deuxièmement, la doctrine considère que la Confédération peut, dans le cadre du fédéralisme coopératif vertical prévu par l'art. 48 al. 2 Cst., participer à des conventions intercantionales conclues dans un domaine où elle dispose d'une compétence parallèle à celle des cantons (Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Berne 2000, n° 1596). En l'espèce, même si les marchés publics constituent une compétence parallèle des cantons et de la Confédération, force est toutefois de constater que la Confédération n'est pas partie à l'AIMP, ni dans sa version initiale, ni dans sa version révisée. Or, une convention intercantionale ne crée de droits et obligations que pour les parties qui y ont adhéré (Auer/Malinverni/Hottelier, op. cit., n° 1564). Au surplus, le texte même de l'art. 8 al. 3 AIMP révisé renvoie aux pouvoirs adjudicateurs visés aux al. 1 et 2 de cette disposition, qui ne comportent ni la Confédération, ni les CFF, mais uniquement les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'AIMP. Une application concurrente de l'art. 2c OMP et de l'art. 8 al. 3 AIMP révisé est ainsi exclue (à ce sujet, Lang, op. cit., p. 46): l'art. 2c OMP vise les marchés passés en commun par des pouvoirs adjudicateurs fédéraux et cantonaux, alors que l'art. 8 al. 3 AIMP révisé concerne les adjudications communes par des pouvoirs adjudicateurs soumis au droit intercantonal/cantonal. En troisième lieu, on ne saurait admettre que les cantons puissent modifier, par le biais de l'art. 8 al. 3 AIMP révisé, la règle de répartition constitutionnelle verticale des compétences en matière de marchés publics, basée sur le critère du pouvoir

adjudicateur, et telle que précisée par l'art. 2c OMP. Conformément à l'art. 48 al. 3 Cst., les conventions intercantionales ne doivent être contraires ni au droit ni aux intérêts de la Confédération. Selon la doctrine unanime, un concordat intercantonal doit respecter la répartition constitutionnelle (verticale) des compétences entre la Confédération et les cantons, qui est de droit impératif (Ursula Abderhalden in: Peter Hänni [éd.], *Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration*, Zurich 2000, p. 329 s.; Blaise Knapp, *La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller [éd.], *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich 2001, p. 464 s., n° 44; Peter Hänni, *Verträge zwischen Kantonen und zwischen dem Bund und den Kantonen*, in: Thürer/Aubert/Müller, op. cit., p. 448 s., n° 21, 26 et 34; Auer/Malinverni/Hottelier, op. cit., n° 1569 s. et 1583; Ulrich Häfelin/Walter Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5e éd., Zurich 2001, n° 1278 et 1280). De plus, à l'instar du droit cantonal, le droit intercantonal doit respecter la primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.). Le principe de la force dérogatoire du droit fédéral s'attache aussi à une ordonnance du Conseil fédéral, pour autant que celle-ci soit conforme au partage constitutionnel des compétences (Häfelin/Haller, op. cit., n° 1173 s. et 1178-1181). Tel est le cas de l'art. 2c OMP, qui détermine le droit applicable à un marché passé en commun en fonction du pouvoir adjudicateur principal, défini sur la base de la participation financière majoritaire au marché. En conséquence, l'art. 48 al. 3 et l'art. 49 al. 1 Cst., en relation avec l'art. 2c OMP, s'opposent à ce que l'art. 8 al. 3 AIMP révisé soit appliqué - même par analogie - pour permettre une élection de droit lors de la passation en commun d'un marché par des pouvoirs adjudicateurs fédéral et cantonal (contra: Message-type pour la révision de l'AIMP, Zurich, juin 2001, p. 21).

En conséquence, l'art. 2c OMP pose une règle de compétence de caractère impératif et est applicable au cas d'espèce. Le droit applicable à un marché passé en commun par la Confédération et un canton ou une commune doit être déterminé dans le cadre de l'art. 2c OMP, à la lumière de la répartition constitutionnelle verticale des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de marchés publics.

d.aa. L'art. 2c OMP prévoit qu'un marché passé en commun par des pouvoirs adjudicateurs assujettis au droit fédéral et au droit cantonal est soumis au droit du pouvoir adjudicateur principal. Contrairement à l'art. 8 al. 3 AIMP dans sa version révisée du 15 mars 2001 - qui se réfère à plusieurs critères alternatifs (voir Bovet, note in DC 4/2002, p. 158) -, l'art. 2c OMP identifie le droit de l'adjudicateur principal en se fondant sur «un seul critère objectif, à savoir celui du droit applicable à l'adjudicateur ayant individuellement la valeur de commande la plus élevée», c'est-à-dire le droit de «l'adjudicateur [fédéral ou cantonal] dont la participation financière au mandat est la plus importante» (supra consid. 3c). Il faut rechercher qui est le pouvoir adjudicateur principal dans la passation du marché d'études d'avant-projet relatif au lot 3.

bb. La construction de la ligne de raccordement ferroviaire entre Genève Cornavin-La Praille-Les Eaux-Vives fait l'objet d'une Convention du 7 mai 1912 entre la Confédération suisse et le Canton de Genève (RS 742.32, annexe), qui prévoit notamment que les CFF supportent le coût de l'établissement du raccordement, alors que la Confédération et le Canton de Genève versent une subvention, chacun pour un tiers du coût (art. 5 de la Convention). Un Protocole d'accord a été conclu le 26 avril 2002 entre la Confédération, les CFF et le Canton de Genève en vue de mettre en oeuvre, interpréter, actualiser et exécuter la Convention de 1912; il a été ratifié entre le 2 mai 2002 et le 3 juillet 2002 par les trois parties. Le Protocole d'accord prévoit les engagements financiers suivants:

- pour les raccordements de la partie initiale (Cornavin-La Praille) et de la partie finale sur territoire suisse (Eaux-Vives-frontière nationale), les dépenses afférentes aux travaux seront supportées à raison de 20% par les CFF et de 80% par le Canton de Genève (art. 13 du Protocole d'accord);

- pour le raccordement de la partie centrale et nouvelle (La Praille-Les Eaux-Vives), le financement de la construction de la ligne de raccordement sera supporté à raison de 2/3 par la Confédération et les CFF d'une part, et de 1/3 par le Canton de Genève d'autre part (art. 12 du Protocole d'accord).

L'investissement total pour la ligne de raccordement CEVA est estimé à 941 millions de francs; ce montant se décompose à raison de 188 millions pour les sections initiale (Cornavin-La Praille) et finale (Les Eaux-Vives-frontière suisse), et de 753 millions pour le tronçon central (La Praille-Les Eaux-Vives). Selon la clé de répartition prévue par le Protocole d'accord, le financement est supporté à raison de 550 millions par la Confédération et de 400.8 millions par le Canton de Genève (voir Mémorial des séances du Grand Conseil genevois, annexes, séances des 25 et 26 avril et 2 mai 2002, PL 8719 et M 1439-A, p. 3173 s.).

En l'espèce, le marché portant sur le lot 3 contesté concerne le tunnel et la station de Pinchat, qui se trouvent sur la section centrale du raccordement (La Praille-Les Eaux-Vives), dont le financement est supporté à raison de 2/3 par la Confédération et les CFF, et de 1/3 par le Canton de Genève (art. 12 du Protocole d'accord). Le marché du lot 3 contesté concerne de manière ferme les études d'avant-projet du lot 3, mais il comporte aussi une option pour les phases de projet et de réalisation du lot 3.

cc. Pour des raisons liées à la planification technique, ainsi que temporelle et financière, la phase d'avant-projet de la ligne de raccordement CEVA a nécessité certains aménagements des règles prévues par le Protocole d'accord du 26 avril 2002.

S'agissant d'abord de la planification technique, l'art. 3 du Protocole d'accord du 26 avril 2002 prévoit que les CFF assument la qualité de maître d'ouvrage pendant la phase de réalisation de l'ensemble de l'ouvrage, c'est-à-dire des trois sections Cornavin-La Praille, La Praille-Les Eaux-Vives et Les Eaux-Vives-frontière. En revanche, durant la phase d'avant-projet, l'imbrication du projet ferroviaire et des aménagements urbains concomitants nécessite une co-maîtrise d'ouvrage par les CFF et le Canton de Genève, qui est spécialement prévue par l'art. 2 de l'Avenant n° 2 (cf. supra consid. 3a). Le rapport présenté au Grand Conseil genevois à l'appui du projet de loi ouvrant un crédit de 400.8 millions au titre de subvention cantonale au projet CEVA souligne aussi expressément la co-maîtrise d'ouvrage durant la phase d'avant-projet (voir PL 8719-A, Rapport de la Commission des travaux chargées d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat ouvrant un crédit de 400'800'000 Fr. au titre de subvention cantonale d'investissement en vue de la réalisation de la liaison ferroviaire Cornavin-Annemasse via La Praille-Les Eaux-Vives (CEVA) par les Chemins de fer fédéraux suisses S.A. [CFF], Mémorial du Grand Conseil genevois, annexes, 55e législature, sessions des 27-28 juin et 29 août 2002, p. 4738).

S'agissant ensuite de la planification temporelle et financière, le Canton de Genève tient particulièrement à une réalisation rapide de la liaison ferroviaire CEVA. Pour assurer un respect du planning prévu, qui prévoit une mise en service dès 2008, le Canton de Genève a convenu avec les CFF d'avancer l'intégralité des frais d'études d'avant-projet. La «Convention cadre du 17 avril 2001 entre la République et Canton de Genève, le Canton de Vaud, les CFF et les Transports publics genevois (TPG) sur la planification des transports ferroviaires régionaux dans l'agglomération genevoise» prévoit que:

«[...] Le Canton de Genève avancera en outre les dépenses des CFF pour l'élaboration des projets de la nouvelle liaison ferroviaire Praille-Eaux-Vives-frontière nationale près d'Annemasse, jusqu'au dossier d'approbation des plans. La répartition définitive de ces dépenses sera intégrée ultérieurement à celle du financement général de ce projet» (art. 8 i.f. de la Convention cadre du 17 avril 2001).

De plus, l'Avenant n° 2 prévoit que:

«En application de la convention cadre de planification [chap. 8], l'Etat de Genève avance la totalité du coût des études d'avant-projet. [...] Les frais d'études seront avancés par le canton conformément au présent avenant et sont portés au crédit de la part lui incombant dans le financement de la liaison ferroviaire. [...]» (art. 6).

Le Canton de Genève a effectivement avancé les coûts d'études d'avant-projet via deux crédits de 6 millions de francs (crédit n° 8191, adopté le 14 avril 2000) et de 30 millions de francs (crédit n° 8534, adopté le 21 septembre 2001).

dd. La Commission de recours observe ainsi qu'il ressort du texte clair de l'art. 8 de la Convention cadre du 17 avril 2001 et de l'art. 6 de l'Avenant n° 2 que la prise en charge par le Canton de Genève de la totalité des frais d'avant-projet ne constitue qu'une simple avance, à porter en compte sur la part de financement total du raccordement CEVA supportée par le Canton de Genève aux termes du Protocole d'accord du 26 avril 2002. Le fait qu'il ne s'agissait que d'une avance, obéissant à la même répartition finale que les coûts du projet CEVA, ressort aussi explicitement des rapports et matrice de coûts présentés au Grand Conseil genevois lors des débats d'adoption de la loi relative à la subvention cantonale pour le financement du projet CEVA. Ceux-ci indiquent que le Canton de Genève accorde aux CFF une subvention d'investissement totale de 401.5 millions de francs, auxquels sont retranchés 36 millions déjà alloués (via les deux crédits d'études de 6 et 30 millions), ce qui donne un montant de 365.5 millions de francs représentant la part cantonale restant encore à financer (voir PL 8719 M 1439-A, Mémorial des séances du Grand Conseil, annexes, session des 25 et 26 avril et 2 mai 2002, p. 3175 s. et 3178). Il a ainsi été exposé lors de l'adoption de la loi devant le Grand Conseil genevois que:

«Quant à la partie de la subvention d'investissement relative aux nouveaux travaux d'infrastructure, elle est accordée aux CFF par le canton de Genève à hauteur de 365.5 millions de francs pour leur permettre de réaliser la nouvelle infrastructure et finaliser ainsi la liaison ferroviaire prévue. Ce montant est obtenu d'après la matrice des coûts qui présente un chiffrage total pour le projet CEVA de 941 millions de francs [sans renchérissement] avec la clé de répartition définie: 401.5 millions de francs à la charge du canton, auxquels on retranche 36 millions [via les deux projets de loi d'études de 6 et de 30 millions], ce qui donne 365.5 millions de francs représentant la part cantonale restant encore à financer [hors TVA]» (PL 8719-A, Mémorial du Grand Conseil genevois, Annexes, 55e législature, sessions des 27-28 juin et 29 août 2002, p. 4740).

L'art. 1 al. 2 de la loi genevoise ainsi adoptée le 28 juin 2002 prévoit expressément que ce montant de 365.5 millions de francs correspond à la clé de répartition prévue dans la Convention de 1912 et dans le Protocole d'accord du 26 avril 2002 (loi ouvrant un crédit de 400'800'000 Fr. au titre de subvention cantonale d'investissement en vue de la réalisation de la liaison ferroviaire Cornavin-Annemasse via La Praille-les Eaux-Vives [CEVA] par les Chemins de fer fédéraux suisses S.A. [CFF], du 28 juin 2002, FAO genevoise du 14 octobre 2002 [ci-après: loi ouvrant un crédit en vue de la réalisation du projet CEVA]). En conséquence, le fait que le Canton de Genève avance la totalité des frais de l'avant-projet CEVA, selon l'art. 6 de l'Avenant n° 2, ne modifie en rien la clé finale de répartition des coûts prévue à l'art. 12 du Protocole d'accord, dont il résulte que le Canton de Genève supporte 1/3 du coût pour le lot 3 (tunnel de Pinchat) situé sur le tronçon central La Praille-Les Eaux-Vives. Les CFF supportent les 2/3 (1/3 directement et 1/3 par le biais d'une subvention versée par la Confédération aux CFF) du coût de financement du lot 3, y compris le coût des études d'avant-projet.

Le pouvoir adjudicateur principal au sens de l'art. 2c OMP est celui dont la participation financière au marché est la plus importante (Rapport explicatif sur la révision de l'OMP, p. 13; supra consid. 3d/aa). En conséquence, la Commission de recours constate que les CFF, pouvoir adjudicateur assujéti au droit fédéral, sont «l'adjudicateur principal» selon l'art. 2c OMP. Cette conclusion implique que la passation du marché en cause est soumise, selon l'art. 2c OMP, au droit fédéral en matière de marchés publics.

e.aa. Les intimées contestent que les CFF agissent comme pouvoir adjudicateur dans le cadre du marché en cause. En se fondant sur l'Avenant n° 2, elles considèrent au contraire que le Canton de Genève, agissant par le DAEL, est le pouvoir adjudicateur, et que le marché est soumis au droit intercantonal et cantonal sur les marchés publics.

L'art. 6 de l'Avenant n° 2 prévoit que «[...] l'autorité adjudicatrice sera, pour cette phase, l'Etat de Genève». Cette désignation s'est effectivement traduite dans la passation du marché en cause. Tant l'appel à candidatures que les instructions et directives accompagnant le dossier de candidature désignent comme pouvoir adjudicateur le Canton de Genève, représenté par le DAEL. Les dossiers de candidature étaient remis par le DAEL, département cantonal auprès duquel les candidats intéressés pouvaient aussi adresser leurs éventuelles questions complémentaires. Les candidatures devaient être déposées auprès du DAEL. Par ailleurs, et de manière partiellement contradictoire, l'art. 6 de l'Avenant n° 2 prévoit que «la loi fédérale sur les marchés publics et l'AIMP [accord intercantonal sur les marchés publics] sont applicables». L'appel à candidatures ainsi que les instructions et directives écartent en revanche toute mention du droit fédéral, en prévoyant que le droit applicable au marché en cause était l'AMP, la LMI, l'AIMP, de même que le droit cantonal genevois sur les marchés publics.

La Commission de recours observe que le pouvoir adjudicateur (cantonal) et le droit applicable (intercantonal et cantonal) désignés par l'art. 6 de l'Avenant n° 2, et tels que mis en oeuvre dans le cadre de la passation du marché en cause, s'écartent du résultat prescrit par une application de l'art. 2c OMP au cas d'espèce (pouvoir adjudicateur fédéral et droit fédéral). Il faut examiner si le Canton de Genève et les CFF pouvaient valablement déroger, par l'Avenant n° 2, à l'art. 2c OMP.

bb. Sous l'angle temporel, l'Avenant n° 2 porte la date du 14 mai 2002, de sorte qu'il a été conclu avant l'entrée en vigueur de l'art. 2c OMP, le 1er juin 2002. Toutefois, les intimées ne sauraient se prévaloir de cette antériorité. D'une part, l'art. 2c OMP fait partie d'une révision de l'OMP dont l'avant-projet fut mis en consultation le 9 juillet 2001 et qui a été définitivement adoptée le 30 novembre 2001 (RO 2002 886), de sorte que les CFF auraient dû en avoir connaissance. Il est particulièrement révélateur d'observer que l'art. 6 de l'Avenant n° 2, bien que désignant l'Etat de Genève comme pouvoir adjudicateur, prévoit par ailleurs que les marchés relatifs aux études d'avant-projet seront soumis à «la loi fédérale sur les marchés publics et l'AIMP [accord intercantonal sur les marchés publics]». Les intimées étaient ainsi à tout le moins conscientes, au moment de la conclusion de l'Avenant n° 2, qu'aussi bien le droit fédéral que le droit intercantonal et cantonal étaient susceptibles de s'appliquer au marché en cause. Ce n'est qu'au moment de l'appel à candidatures que toute mention du droit fédéral en matière de marchés publics a été

écartée au profit du seul droit applicable aux marchés publics cantonaux (AMP, LMI, AIMP et droit cantonal genevois; appel à candidatures et instructions et directives). D'autre part et surtout, le droit applicable à la passation d'un marché public est déterminé, en cas de procédure ouverte ou sélective, par la date de publication de l'appel d'offres, respectivement de l'appel à candidatures (art. 37 LMP; décision de la Commission de recours du 28 septembre 2001, JAAC 66.5 consid. 3a). L'art. 72a OMP contient une règle transitoire identique pour les modifications de l'OMP - y compris l'art. 2c OMP - entrées en vigueur le 1er juin 2002. L'art. 17 du Protocole d'accord du 26 avril 2002, conclu par la Confédération, le Canton de Genève et les CFF, rappelle également que: «aucune clause du présent protocole d'accord ne pourra être interprétée comme empêchant l'application de la législation fédérale pertinente future en la matière». En l'espèce, l'appel à candidatures a été publié dans la Feuille d'avis officielle genevoise le 14 octobre 2002, avec un résumé dans la FOSC du 10 octobre 2002, soit postérieurement à l'entrée en vigueur de l'art. 2c OMP. Le respect de cette dernière disposition s'imposait en conséquence aux intimées, quand bien même elles en auraient ignoré l'existence au moment de la conclusion de l'Avenant n° 2.

cc. (...)

Au surplus, l'Avenant n° 2 avec le Canton de Genève n'a pas été conclu par la Confédération, mais uniquement par les CFF agissant en leur propre nom. Conformément à l'art. 35 al. 2 Cst., une entité privée délégataire de tâches publiques doit respecter les droits fondamentaux (Häfelin/Haller, op. cit., n° 277). Il en va a fortiori de même lorsque le délégataire revêt une forme de droit public. Une société anonyme de droit public, même entièrement détenue par la Confédération et chargée d'une tâche de service public, comme le sont les CFF, est liée dans son activité par le principe de la légalité prévu à l'art. 5 al. 1 Cst., et plus particulièrement par le principe de la suprématie de la loi (Häfelin/Müller, op. cit., n° 368; Auer/Malinverni/Hottelier, op. cit., n° 1725-1729; Pierre Moor, Droit administratif, vol. I, 2e éd, Berne 1994, p. 311 et 317 s.). Les CFF ne peuvent, par le biais d'une convention conclue avec le Canton de Genève, écarter l'application de l'art. 2c OMP. En vertu du principe du parallélisme des formes, seule la Confédération, agissant par voie d'ordonnance ou par du droit de rang supérieur, peut modifier la règle impérative de l'art. 2c OMP.

En conséquence, l'art. 2c OMP s'applique à la passation du marché en cause. En désignant conventionnellement un pouvoir adjudicateur unique (le Canton de Genève) alors même que le marché en cause est passé en co-maîtrise d'ouvrage, l'Avenant n° 2 viole la règle impérative de répartition des compétences en cas d'adjudication commune prévue par l'art. 2c OMP. L'élection de droit qui en découle est aussi illégale.

dd. La Commission de recours note par ailleurs que les arguments développés par les intimées pour justifier l'attribution de la compétence d'adjudication pour la phase d'avant-projet au Canton de Genève, et en conséquence l'application du droit intercantonal et cantonal, sont d'ordre purement pratiques ou ne sont pas pertinents.

Certes, le Canton de Genève a un intérêt prépondérant à la réalisation du projet CEVA sur son territoire. L'art. 2c OMP ne prévoit toutefois aucune possibilité d'exception dans l'hypothèse où le marché en cause affecte prioritairement les intérêts d'un canton plutôt que ceux de la Confédération. Tel qu'explicité par le Rapport explicatif, l'art. 2c OMP pose comme critère unique celui du pouvoir adjudicateur principal, défini comme le pouvoir adjudicateur dont la participation financière au marché est la plus importante.

Le fait que le Canton de Genève avance la totalité du financement de la phase d'avant-projet n'est pas pertinent. Il ne s'agit d'abord que d'une avance qui ne modifie pas la clé finale de répartition des coûts entre le Canton de Genève, la Confédération et les CFF, en particulier en ce qui concerne le financement minoritaire (1/3) par le Canton de Genève de la planification/réalisation du lot 3 (supra consid. 3d). Ensuite, si une simple avance de la totalité des frais rendait applicable le droit du pouvoir adjudicateur dont la participation financière finale est pourtant minoritaire, la règle de compétence de l'art. 2c OMP serait détournée. Il suffirait au pouvoir adjudicateur principal de s'acquitter systématiquement de sa quote-part financière sous la forme d'un remboursement a posteriori pour procéder de facto à une élection de droit contraire à l'art. 2c OMP. Une telle hypothèse est loin d'être purement théorique en l'espèce, puisque seul le Canton de Genève, pouvoir adjudicateur minoritaire, a adopté un crédit de 400.8 millions de francs couvrant la totalité de sa part de financement (voir la loi ouvrant un crédit en vue de la réalisation du projet CEVA). En revanche, la Confédération et les CFF, bien que s'étant engagés par le Protocole d'accord du 26 avril 2002 à réaliser le raccordement ferroviaire CEVA selon les modalités financières convenues, n'ont pas encore adopté la totalité du crédit de 550 millions qu'ils sont appelés à supporter. Dans le cadre de la Convention sur les prestations 2003-2006 avec les CFF, seule une première tranche de crédit de 40 millions de francs a été affectée au projet CEVA (Message du Conseil fédéral du 8 mars 2002 concernant la Convention sur les prestations entre la Confédération suisse et la société anonyme des Chemins de fer fédéraux [CFF] pour les années 2003-2006, le plafond des dépenses pour la même période et un crédit d'engagement pour l'équipement des véhicules ferroviaires de la signalisation dans la cabine de conduite [ETCS], ainsi que le rapport de gestion des CFF sur la période en cours, FF 2002 3101, 3114; Convention sur les prestations adoptée par arrêté fédéral du 1er octobre 2002, FF 2002 6138). Le mode de financement du reste du projet par la Confédération n'est pas encore arrêté, la Confédération ayant évoqué plusieurs sources de financement, comme la part inutilisée de la première étape de Rail 2000, les nouveaux moyens financiers destinés au trafic d'agglomération, la Convention sur les prestations 2007-2010 ou la deuxième étape de Rail 2000 (voir la réponse du Conseil fédéral du 13 novembre 2002 à la question 02.1122 posée par John Dupraz concernant le financement de la liaison ferroviaire Praille-Eaux-Vives/GE). On ne saurait ainsi exclure que d'autres étapes du raccordement ferroviaire CEVA soient financées par une avance initiale du Canton de Genève, suivie d'un remboursement par la Confédération et les CFF. Ce mode de procédé ne change toutefois rien au fait que le pouvoir adjudicateur principal pour le marché en cause est fédéral.

Enfin, s'il est indéniable que les autorités exécutives genevoises répondent devant le Grand Conseil genevois des dépenses effectuées dans le cadre du projet CEVA (art. 11 de la loi genevoise du 28 juin 2002 précitée), le Conseil fédéral a également l'obligation de présenter à l'Assemblée fédérale le rapport de gestion des CFF, rapport renseignant notamment sur l'utilisation des fonds dont les CFF ont bénéficié pour leur infrastructure au titre du plafond des dépenses (art. 8 al. 2 de la loi fédérale du 20 mars 1998 sur les Chemins de fer fédéraux [LCFF], RS 742.31; voir en dernier lieu le Rapport des CFF sur la convention 1999-2002, FF 2002 3132; également art. 18 de la Convention sur les prestations 2003-2006, FF 2002 3156). En outre, l'art. 12 al. 4 du Protocole d'accord du 26 avril 2002 prévoit expressément que les CFF adressent chaque semestre à la Confédération et au Canton de Genève un rapport portant notamment sur l'avancement des travaux.

En conséquence, les arguments développés par les intimées ne sont pas pertinents pour écarter l'application de l'art. 2c OMP.

ee. La Commission de recours note au surplus que la passation du marché en cause par le Canton de Genève est invalide,

indépendamment même de l'existence de l'art. 2c OMP et de la violation de cette dernière disposition.

Le principe de légalité (art. 5 al. 1 Cst.) s'oppose aussi à ce que les CFF et le Canton de Genève modifient, par la voie bilatérale de l'art. 6 de l'Avenant n° 2, la répartition des compétences prévue dans le Protocole d'accord tripartite du 26 avril 2002 conclu entre la Confédération suisse, le Canton de Genève et les CFF. L'Avenant n° 2 du 14 mai 2002, conclu ultérieurement au Protocole d'accord du 26 avril 2002, viole ainsi le principe du parallélisme des formes découlant de l'art. 5 al. 1 Cst. (Auer/Malinverni/Hottelier, op. cit., n° 1729; Moor, op. cit., vol. I, p. 316 s.).

En outre, les CFF ne disposent d'aucune base légale suffisante qui leur aurait délégué la faculté de modifier la répartition des compétences prévue par le Protocole d'accord conclu entre la Confédération, le Canton de Genève et les CFF. Il ressort de l'art. 3 du Protocole d'accord que «les CFF, agissant en qualité de maître d'ouvrage, construiront la ligne de raccordement de Genève-La Praille à Genève-Eaux-Vives à double voie. Les stations de Carouge-Bachet et de Champel-Hôpital font partie de la ligne de raccordement». Par l'art. 12 al. 1 du Protocole d'accord du 26 avril 2002, la Confédération «charge les CFF de l'exécution de la Convention». Selon l'art. 12 al. 4 du Protocole d'accord, «les CFF SA adressent chaque semestre à la Confédération et au Canton un rapport portant notamment sur l'avancement des travaux». Ainsi, la Confédération n'a opéré aucune délégation législative en faveur des CFF dans le Protocole d'accord du 26 avril 2002, alors même qu'une telle délégation aurait dû reposer, selon l'art. 164 al. 2 Cst., sur une base légale formelle (Häfelin/Haller, op. cit., n° 1890; Moor, op. cit., vol. I, p. 335). Il ressort du texte du Protocole d'accord que la Confédération n'a nullement délégué aux CFF la faculté d'adopter une réglementation autonome dérogeant au Protocole d'accord du 26 avril 2002 (et a fortiori à l'art. 2c OMP), mais a uniquement chargé cette société de l'exécution dudit Protocole. Si une co-maîtrise d'ouvrage durant la phase d'avant-projet reste compatible avec les art. 3 et 12 du Protocole d'accord, tel n'est en revanche pas le cas de la désignation du Canton de Genève comme pouvoir adjudicateur unique (art. 6 de l'Avenant n° 2). Les CFF ont outrepassé les compétences d'exécution qui leur étaient déléguées par le Protocole d'accord du 26 avril 2002 en convenant, par l'art. 6 de l'Avenant n° 2, que le Canton de Genève serait le pouvoir adjudicateur pour la phase d'avant-projet. L'art. 6 de l'Avenant n° 2 viole aussi le principe de légalité de l'art. 5 al. 1 Cst. en tant qu'il ne repose sur aucune base légale suffisante et contredit le Protocole d'accord du 26 avril 2002.

De surcroît, la Commission de recours constate que les CFF et le Canton de Genève ont outrepassé la compétence attribuée au Canton de Genève par l'art. 6 de l'Avenant n° 2, à supposer même que cette attribution de compétence eût été valide. Le champ d'application de l'Avenant n° 2 et, plus particulièrement, la désignation du Canton de Genève comme pouvoir adjudicateur (art. 6 de l'Avenant n° 2) sont limités à la phase d'avant-projet. Cette restriction ressort déjà de l'intitulé de l'Avenant n° 2: «Etude d'avant-projet de la liaison ferroviaire CEVA». L'art. 6 de l'Avenant n° 2 prévoit en outre expressément que «[...] L'autorité adjudicatrice sera, pour cette phase, l'Etat de Genève». Or, l'objet du marché, tel que défini dans l'appel à candidatures, porte de manière ferme sur les études d'avant-projet du lot 3, mais il comporte aussi une option pour les phases de projet et de réalisation de ce lot. En incluant dans l'objet du marché une option relative aux phases de projet et de réalisation du lot 3, les CFF et le Canton de Genève ont eux-mêmes violé la compétence attribuée au Canton par l'Avenant n° 2. Ils ont en outre ainsi éludé l'art. 3 du Protocole d'accord du 26 avril 2002 conclu entre la Confédération, le Canton de Genève et les CFF, qui prévoit que les CFF assument la qualité de maître d'ouvrage pendant la phase de réalisation de l'ouvrage. Enfin, le Canton de Genève a agi de manière contradictoire, contrairement à l'art. 5 al. 3 et à l'art. 9 Cst., en dépassant sciemment sa compétence alléguée au titre de l'Avenant n° 2. Durant les débats devant le Grand Conseil genevois, il a été exposé clairement à plusieurs reprises que la co-maîtrise d'ouvrage était limitée à la phase d'avant-projet, et que les CFF assumeraient la maîtrise de l'ouvrage pendant la phase de réalisation de la ligne ferroviaire CEVA (Mémorial du Grand Conseil genevois, Annexes, 55e législature, sessions des 27-28 juin et 29 août 2002, PL 8719-A, p. 4738 s.). En passant un marché incluant une option relative à la phase d'étude et de réalisation, le Canton de Genève ne pouvait ignorer qu'il allait au-delà de la phase d'avant-projet à laquelle la co-maîtrise et l'Avenant n° 2 étaient limitées.

Par ailleurs, la Commission de recours observe que le Canton de Genève lui-même était conscient du fait qu'il n'assumait pas la direction des travaux. Le rôle du Canton de Genève dans la réalisation du projet CEVA ressort déjà explicitement du titre même de la loi genevoise qui ouvre «un crédit de 400.8 millions de francs au titre de subvention cantonale en vue de la réalisation de la liaison ferroviaire CEVA par les CFF» (loi ouvrant un crédit en vue de la réalisation du projet CEVA). A l'occasion de l'adoption de cette loi genevoise, il a été expliqué au Grand Conseil genevois que les crédits d'étude de 30 millions et 6 millions précédemment adoptés seraient déduits des 400 millions que coûte le projet CEVA, et ne constituaient dès lors qu'une avance (supra consid. 3d/dd). Enfin, dans ses déclarations faites à la même occasion devant le Grand Conseil genevois, M. le Conseiller d'Etat Robert Cramer a clairement exposé

«que ce n'est pas le canton qui construit, mais les CFF. Pour cette raison, il n'y aura pas une loi. Notre charge est de remettre un certain montant aux CFF. On n'est pas dans une logique habituelle. Ce sont les CFF qui prennent tout en charge, selon leurs normes» (PL 8719-A, Mémorial du Grand Conseil genevois, Annexes, 55e législature, sessions des 27-28 juin et 29 août 2002, p. 4696).

Il faut en conclure que le Canton de Genève a agi de manière contradictoire en convenant avec les CFF, par l'Avenant n° 2, qu'il serait le pouvoir adjudicateur durant la phase d'avant-projet. Ce comportement porte atteinte à la protection constitutionnelle de la bonne foi, selon l'art. 5 al. 3 et l'art. 9 Cst. (Claude Rouiller, Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi, in: Thürer/Aubert/Müller, op. cit., n° 25; Auer/Malinverni/Hottelier, op. cit., vol. II, n° 1119 s.).

4. Les intimées reprochent au groupement C. de ne pas avoir contesté immédiatement la désignation du pouvoir adjudicateur et du droit applicable figurant dans l'appel à candidatures. Ce faisant, les intimées font valoir soit que le recours serait irrecevable, du fait de sa tardiveté, soit que les recourantes auraient tacitement consenti à la désignation du pouvoir adjudicateur et à l'élection de droit.

La Commission de recours observe d'abord que l'art. 7 al. 2 PA exclut tout accord entre les parties quant à la compétence (Moor, op. cit., vol. II, p. 530; Kölz/Häner, op. cit., n° 231). L'art. 2c OMP, de par son caractère impératif, n'autorise pas non plus une élection de droit, ni a fortiori une prorogation de for. Les intimées ne sauraient ainsi se prévaloir d'un quelconque accord tacite des recourantes quant à la désignation du Canton de Genève comme pouvoir adjudicateur et du droit intercantonal/cantonal comme régissant la passation du marché en cause.

Au surplus, l'appel d'offres constitue, selon l'art. 29 let. b LMP, une décision finale qui doit être attaquée immédiatement et dans le délai de 20 jours prévu par l'art. 30 LMP. Faute de contestation immédiate, la décision devient définitive. Une contestation ultérieure, par exemple au stade de la décision portant sur le choix des candidats, n'est plus possible, sous réserve de l'hypothèse où le vice invoqué serait propre à entraîner la nullité absolue de l'appel d'offres (décision de la Commission de recours

du 9 décembre 1999, JAAC 64.63 consid. 3; décision du 16 novembre 2001, JAAC 66.38 consid. 3d/aa). Toutefois, conformément au principe de la bonne foi, 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. Lorsque tel n'est pas le cas et que le sens et la portée d'indications figurant dans l'appel d'offres ne se révèlent clairement que durant la suite de la procédure - comme c'est notamment le cas pour les critères d'aptitude et d'adjudication qui ne sont souvent formulés que de manière lapidaire dans l'appel d'offres - les soumissionnaires conservent le droit d'attaquer les indications initialement peu claires de l'appel d'offres à un stade ultérieur de la procédure de passation (décision de la Commission de recours du 16 novembre 2001, JAAC 66.38 consid. 3d/cc).

En l'espèce, l'appel à candidatures indiquait clairement comme pouvoir adjudicateur le Canton de Genève, et prévoyait aussi explicitement que le droit applicable au marché en cause était l'AMP, la LMI, l'AIMP et le droit cantonal genevois. Il n'était en revanche pas possible pour les candidats, et notamment pour le groupement C., d'en reconnaître immédiatement l'éventuelle illicéité. L'apparente clarté des indications de l'appel à candidatures était trompeuse. En effet, la mention que la phase d'avant-projet CEVA était menée en co-maîtrise d'ouvrage par le Canton de Genève et les CFF ne figurait pas dans l'appel à candidatures lui-même, mais uniquement dans le dossier de candidature remis ultérieurement aux personnes qui en faisaient la demande, et dans les instructions et directives accompagnant ce dossier. Dès lors que, d'une part, l'appel à candidatures ne faisait mention que du Canton de Genève comme pouvoir adjudicateur et ne se référait qu'au droit applicable aux marchés publics cantonaux, et dès lors que, d'autre part, une possible illicéité de ces indications n'est apparue qu'ultérieurement dans le dossier de candidature, on ne saurait faire grief aux recourantes de ne pas avoir contesté immédiatement l'appel à candidatures dans les 20 jours suivant sa publication.

Les recourantes n'avaient pas non plus l'obligation de contester immédiatement le dossier de candidature. D'abord, la seule mention de la co-maîtrise d'ouvrage par les CFF et le Canton de Genève, si elle était propre à susciter un doute quant au véritable pouvoir adjudicateur et au droit applicable, n'éclairait pas suffisamment les liens internes entre les deux intimées. Les informations à cet effet n'ont été transmises au groupement C. qu'avec la réponse au recours fournie par les intimées. Ensuite, et surtout, les documents d'appel d'offres ne sont pas englobés dans la notion d'appel d'offres au sens de l'art. 29 let. b LMP; ils ne figurent pas non plus parmi les autres décisions limitativement énumérées à l'art. 29 LMP. En conséquence, d'éventuelles illégalités contenues dans les documents d'appel d'offres 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, à l'occasion de la notification d'une autre des décisions énumérées à l'art. 29 LMP (décision de la Commission de recours du 16 novembre 2001, JAAC 66.38 consid. 3b et c). En l'espèce, les recourantes ont contesté les indications litigieuses en recourant contre la décision de choix des candidats selon l'art. 29 let. c LMP, c'est-à-dire à l'occasion de la première décision finale suivant la communication du dossier de candidature. Ce faisant, elles ont agi dans le délai utile et leur recours est recevable.

5. L'art. 15 du Protocole d'accord du 26 avril 2002 réserve la voie de l'action de droit administratif au Tribunal fédéral pour les litiges relatifs à l'interprétation et à l'exécution dudit Protocole d'accord. La Commission de recours observe que le Protocole d'accord règle les relations internes entre le Canton de Genève, la Confédération et les CFF, en particulier la question du financement du raccordement ferroviaire CEVA. Il ne concerne en revanche pas les marchés publics passés pour la planification et la réalisation de la ligne ferroviaire. De plus, l'art. 116 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ; RS 173.110) instituant la voie de l'action de droit administratif est interprété restrictivement par la jurisprudence (ATF 127 II 1 consid. 2). En conséquence, la prorogation de for prévue à l'art. 15 du Protocole d'accord n'est pas applicable au présent litige. Elle ne fait pas obstacle à la compétence de la Commission fédérale de recours pour trancher le présent recours.

En matière de marchés publics fédéraux, la détermination de l'autorité de recours est directement fonction du droit applicable. Dès lors que le pouvoir adjudicateur principal dans le cadre du marché en cause est fédéral, que les CFF sont nouvellement assujettis à la LMP depuis le 1er juin 2002, et que le marché est soumis à la LMP à raison de son type et de sa valeur, la Commission de recours est compétente pour statuer sur le marché en cause. Le recours est recevable.

6. Compte tenu de la constatation selon laquelle la décision en cause a été prise par une autorité cantonale incompétente (le Canton de Genève) en lieu et place d'une autorité fédérale (les CFF), et a été basée à tort sur le droit cantonal en lieu et place du droit fédéral en matière de marchés publics, il convient d'en examiner les conséquences pour la présente procédure de recours.

a. La conséquence de l'incompétence est en règle générale l'annulabilité, exceptionnellement la nullité absolue de la décision. Une décision n'est frappée de nullité absolue qu'en cas d'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision, c'est-à-dire à la triple condition que le vice dont la décision est entachée soit particulièrement grave, que ce vice soit manifeste ou du moins facilement décelable, et que le principe de la sécurité du droit ne soit pas sérieusement mis en danger par cette sanction (Evidenztheorie: ATF 122 I 97 consid. 3a/aa, ATF 117 la 202 consid. 8a; ATF du 23 mai 2000, publié in RDAF 2000 I p. 446 consid. 2d; JAAC 52.49; Häfelin/Müller, op. cit., n° 956; Moor, op. cit., vol. II, p. 311 s.; Kölz/Häner, op. cit., n° 232; Peter Saladin, Die sogenannte Nichtigkeit von Verfügungen, in: Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 544 s.).

aa. La gravité du vice est fonction de l'importance de la norme violée. L'incompétence ratione loci n'entraîne en principe pas la nullité. En revanche, l'incompétence fonctionnelle et matérielle constitue un vice grave imposant la nullité, à moins que l'autorité intimée ne dispose d'un pouvoir général de décision dans le domaine en cause. Selon la jurisprudence, la nullité s'impose notamment lorsque l'autorité dont émane la décision attaquée n'appartient ni à la même ligne de subordination hiérarchique, ni à la même administration que l'autorité compétente. Tel est le cas lorsqu'une autorité cantonale prend une décision dont la compétence appartient à une autorité fédérale, ou inversement (ATF 127 II 32 consid. 3g; ATF du 23 mai 2000, publié in RDAF 2000 I p. 446 consid. 2d; ATF 117 la 202 consid. 8a, ATF 83 I 1 consid. 3; JAAC 52.49; Moor, op. cit., vol. II, p. 314 s. et la jurisprudence citée; Häfelin/Müller, op. cit., n° 959-964 et la jurisprudence citée). En l'espèce, la décision attaquée a été prise par le Canton de Genève, agissant par le DAEL, et en application du droit intercantonal et cantonal en matière de marchés publics, alors même que l'autorité compétente était les CFF, en application du droit fédéral sur les marchés publics. Il s'agit d'un vice grave. Par la désignation conventionnelle d'un pouvoir adjudicateur unique dans le cadre d'un marché passé en commun, les intimées ont procédé indirectement à une élection de droit et à une prorogation de for illicite, violant tant la règle générale de l'art. 7 PA que la disposition spécifique de l'art. 2c OMP.

bb. Le sens et le but de l'art. 2c OMP, de même que son caractère impératif, ressortent clairement du texte de cette disposition, du Rapport explicatif sur la révision de l'OMP de décembre 2001 et de la comparaison avec la disposition parallèle de l'art. 8 al. 3 AIMP dans sa version révisée du 15 mars 2001. L'applicabilité ratione temporis de l'art. 2c OMP découle aussi directement du texte clair de l'art. 72a OMP, comme de la jurisprudence publiée de la Commission de recours. L'interdiction générale de la

prorogation de for découlant de l'art. 7 PA est aussi bien établie dans la jurisprudence et la doctrine. Enfin, les intimées elles-mêmes ont pu et dû reconnaître la portée de l'art. 2c OMP puisqu'elles ont prévu dans l'Avenant n° 2 l'application simultanée du droit fédéral (LMP) et du droit intercantonal (AIMP) en matière de marchés publics. En conséquence, le défaut de compétence fonctionnelle et matérielle viciant la décision attaquée était reconnaissable (ATF 117 la 202 consid. 8a).

Il est aussi manifeste que le Protocole d'accord du 26 avril 2002 ne confère aux CFF qu'une compétence d'exécution, de sorte que ceux-ci ne disposaient d'aucune base légale suffisante pour y déroger. L'Avenant n° 2, conclu bilatéralement entre les CFF et le Canton de Genève, déroge au Protocole d'accord tripartite conclu antérieurement entre la Confédération, le Canton de Genève et les CFF, et viole aussi clairement l'exigence du parallélisme des formes. Enfin, les CFF et le Canton de Genève ont outrepassé le champ d'application de l'Avenant n° 2, limité à la phase d'avant-projet, en lançant un marché comportant une option relative aux phases d'étude et de réalisation du lot 3.

cc. Même en cas d'incompétence fonctionnelle et matérielle de l'autorité dont émane la décision, l'admission de la nullité ne doit pas léser gravement la sécurité du droit ou des relations juridiques (ATF 127 II 32 consid. 3g, ATF 117 la 202 consid. 8a; JAAC 52.49; Häfelin/Müller, op. cit., n° 961). En effet, la nullité intervient en règle générale ex tunc et produit ses effets erga omnes, de sorte qu'elle peut amener l'invalidité en chaîne d'une série d'actes et affecter les intérêts de tiers qui ont adapté leur comportement à la décision viciée. La sanction ne doit pas être disproportionnée. Il faut procéder à une pondération entre l'intérêt à la sécurité juridique et l'intérêt à une correcte application du droit, à la lumière des circonstances du cas d'espèce. En d'autres termes, la sanction de la nullité n'entre en considération que lorsque la violation en cause pèse plus lourd que l'atteinte à la sécurité juridique et aux intérêts économiques publics résultant de l'anéantissement de la décision viciée (Saladin, op. cit., p. 552 s.; Moor, op. cit., vol. II, p. 311 s.; René Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1990, p. 119 s.). En particulier, il n'y a lieu d'admettre la nullité, hormis les cas expressément prévus par la loi, qu'à titre exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que le système de l'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire (ATF 122 I 97 consid. 3a/aa).

En l'espèce, la Commission fédérale de recours observe d'abord que le vice dont est affectée la décision ne peut pas être guéri durant la procédure de recours, en requérant des CFF une motivation complète de la décision de non-sélection contestée. Quel que soit le bien-fondé matériel du rejet de la candidature du groupement C., il n'en demeure pas moins que la décision attaquée a été adoptée par une autorité cantonale incompétente (Moor, op. cit., vol. II, p. 580).

La Commission de céans ne saurait non plus annuler simplement la décision et statuer elle-même à nouveau (réformation), sur la base du droit fédéral. Compte tenu du grand pouvoir d'appréciation des pouvoirs adjudicateurs, ce n'est que lorsque les faits sont entièrement élucidés et que la décision peut être prise sans autre appréciation que la Commission statue directement (décision de la Commission de recours du 16 août 1999, JAAC 64.29 consid. 6; décision du 9 décembre 1999, JAAC 64.63 consid. 5; décision du 26 juin 2002, JAAC 66.86 consid. 7b et c). L'évaluation et la comparaison de l'aptitude des candidats résultent d'une appréciation qui suppose des connaissances techniques et qui comporte, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur. La Commission de céans s'impose une certaine retenue dans de telles circonstances; elle ne saurait substituer son appréciation de l'aptitude à celle du pouvoir adjudicateur (dans le même sens, ATF 125 II 86 consid. 6). Le pouvoir de décision de la Commission de recours est aussi limité en ce qu'elle ne peut contrôler l'opportunité des décisions du pouvoir adjudicateur (art. 31 LMP). En outre, dès lors que la décision de non-sélection attaquée est fondée sur le droit cantonal, la Commission de recours devrait apprécier de novo l'aptitude du groupement C. sur la base du droit fédéral. Une telle appréciation doit être effectuée par le pouvoir adjudicateur compétent et ne relève pas des tâches de la Commission de recours (pour comparaison ATF 115 Ib 347 consid. 2d et e). Elle priverait en outre le groupement C. d'une instance au niveau de laquelle les questions d'opportunité peuvent être examinées. En conséquence, le vice affectant la décision attaquée ne peut être réparé que par une nouvelle décision prise par un pouvoir adjudicateur compétent.

Une simple annulation de la décision attaquée, accompagnée d'un renvoi aux CFF en vue d'une nouvelle appréciation (cassation) sur la base du droit fédéral serait également insuffisante à assurer la bonne application du droit et, en définitive, la sécurité juridique. Selon la jurisprudence de la Commission de recours, l'annulation d'une décision ne produit d'effets qu'à l'égard du pouvoir adjudicateur, du (des) recourant(s) et de l'éventuel adjudicataire, mais non envers les autres candidats ou soumissionnaires non recourants pour lesquels la décision notifiée est définitivement entrée en force (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich 2003, n° 696 et 698 et la jurisprudence citée; pour une solution différente adoptée par certains tribunaux administratifs cantonaux et une partie de la doctrine, voir Evelyn Clerc, in: Pierre Tercier/Christian Bovet [éd.], Droit de la concurrence, Genève/Bâle 2002, ad art. 9 LMI n° 89). En l'espèce, il est inconcevable que la seconde phase de la procédure sélective soit poursuivie par deux pouvoirs adjudicateurs différents et sous l'empire de deux droits différents, selon qu'elle concerne les candidats initialement sélectionnés ou le groupement C. (si ce dernier devait être sélectionné). De plus, la Commission de recours observe que l'incompétence de l'autorité adjudicatrice cantonale affecte simultanément toutes les autres décisions par lesquelles des candidats ont été retenus et invités à déposer une offre dans la seconde phase de la procédure sélective. Le vice initial affectant la procédure de passation en cause est si grave et patent que toute décision ultérieure prise par le pouvoir adjudicateur, en particulier l'adjudication du marché à l'un des candidats retenus, en sera viciée. Un appel d'offres entaché d'un vice entraînant sa nullité absolue peut encore être contesté après l'échéance du délai de recours de 20 jours dès sa publication, et notamment à l'occasion de l'adjudication du marché (décision de la Commission de recours du 8 octobre 1998, JAAC 63.16 consid. 4; décision du 9 décembre 1999, JAAC 64.63 consid. 3). La sécurité juridique à long terme des autres candidats retenus et invités à déposer une offre (y compris celle du groupement C. dans l'hypothèse où celui-ci était finalement sélectionné) ne serait ainsi pas protégée par une annulation de la seule décision de non-sélection du groupement C., qui laisserait se poursuivre par ailleurs telle quelle une procédure de passation affectée d'un vice initial grave et patent.

La constatation d'une nullité ex tunc et erga omnes de la présente procédure de passation - qui se traduirait par une interruption de cette procédure de passation suivie du lancement ab initio d'une nouvelle procédure sélective - heurterait le principe de proportionnalité. Elle porterait atteinte aux intérêts privés des groupements candidats initialement sélectionnés, qui ont élaboré des offres en se fiant aux indications données par un pouvoir adjudicateur incompétent et ont engagé des frais correspondants. Ces groupements encourraient des frais supplémentaires liés à une nouvelle procédure de sélection et à l'élaboration éventuelle de nouvelles offres. De plus, une répétition complète de la procédure de passation retarderait la réalisation du raccordement ferroviaire CEVA, portant ainsi atteinte aux intérêts publics en cause.

Dans la pondération des intérêts, il faut prendre en considération la nature exacte de la violation commise eu égard aux circonstances du cas d'espèce. La Commission de recours observe que la procédure de passation litigieuse est menée de facto en co-maîtrise d'ouvrage, les représentants des CFF et du Canton de Genève participant à la cellule de pilotage de l'avant-projet

ainsi qu'à l'évaluation des dossiers de candidatures. Tous les documents relatifs à la procédure de passation ainsi que toutes les décisions notifiées portent l'en-tête commune du DAEL et des CFF (art. 6 de l'Avenant n° 2; dossier de candidature et instructions et directives; voir supra consid. 3a). Ainsi, les décisions prises formellement par un pouvoir adjudicateur cantonal incompétent ont été adoptées de facto en collaboration et concertation avec l'autorité compétente (les CFF). Cet élément - s'il ne change rien au caractère grave et patent du vice affectant la procédure de passation - est toutefois de nature à en mitiger quelque peu les effets concrets dans le cas d'espèce. En outre, la Commission de recours observe que les dispositions de droit matériel relatives au déroulement de la procédure sélective, et plus spécifiquement à la première phase de sélection des candidats, sont très largement similaires dans le droit intercantonal et cantonal, d'une part (art. 12 al. 1 let. b AIMP; art. 16, 20, 21, 25, 26 du Règlement genevois sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997, L6 05.01 [ci-après: règlement genevois L6 05.01]), et en droit fédéral, d'autre part (art. 9 et 15 LMP; art. 9 et 15-17 OMP; annexes 3 à 5 à l'OMP). La doctrine ne signale pas non plus de différence sensible entre le droit fédéral et le droit intercantonal/cantonal en ce qui concerne la première phase de la procédure sélective (voir notamment Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zurich 1996, p. 48-51, 106-115, 120-123 et 135; André Moser, *Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen*, Pratique juridique actuelle [PJA] 6/2000, p. 690; Etienne Poltier, *Les marchés publics: premières expériences vaudoises*, RDAF 2000 I p. 304, 306 s.; Jean-Baptiste Zufferey, in: Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, *Droit des marchés publics*, Fribourg 2002, p. 87-90). Il en va autrement pour la seconde phase de la procédure sélective, notamment en raison du fait que le droit intercantonal/cantonal (art. 11 let. c AIMP; art. 9 du Règlement genevois L6 05.01) prohibe les négociations, alors que celles-ci sont autorisées en droit fédéral (art. 20 LMP et art. 26 OMP). Enfin, le cercle des candidats potentiels demeure identique, que soit appliqué en l'espèce le droit fédéral ou le droit intercantonal/cantonal. Dans les deux hypothèses, les personnes physiques ou morales établies en Suisse ou dans un Etat membre de l'Union européenne pouvaient déposer leur candidature (accord bilatéral CH-CE; art. 5 LMI, respectivement art. 4 LMP). Dès lors, tous les candidats potentiels ont eu la faculté de déposer leur candidature. Une nullité absolue ex tunc, qui impliquerait le lancement d'une nouvelle procédure sélective pourrait ainsi largement résulter en une répétition de la procédure de sélection des candidats initialement suivie jusqu'ici. Une telle sanction serait excessive: elle entraînerait des frais et un retard injustifiés tant pour les candidats retenus que pour le DAEL et les CFF. En conséquence, il convient de limiter dans le temps les effets de la nullité à partir de la décision de non-sélection prise à l'issue de la première phase de la procédure sélective (Saladin, op. cit., p. 553). La sanction d'une nullité ex nunc paraît, dans les circonstances du cas d'espèce, mieux justifiée qu'une nullité ex tunc.

b.aa. Conformément à la maxime officielle prévue à l'art. 62 PA (par renvois des art. 26 al. 1 LMP et art. 71a al. 2 PA), la Commission de recours peut modifier la décision attaquée à l'avantage ou au désavantage d'une partie (reformatio in melius vel in pejus; décision de la Commission de recours du 22 janvier 2001, JAAC 65.78 consid. 4a; Moser, *Prozessieren*, op. cit., n° 3.91 s.). L'art. 62 al. 1 PA est interprété comme permettant à l'autorité de recours de modifier une décision à l'avantage d'une partie sans égard aux conclusions de celle-ci, c'est-à-dire en allant au-delà des conclusions du recourant.

En l'espèce, le groupement C. a conclu dans son recours à la réformation, voire à l'annulation, et plus subsidiairement à la constatation d'illicéité de la décision rejetant sa candidature. Conformément à la faculté de statuer *ultra petita* prévue par l'art. 62 al. 1 PA, la Commission de recours constate la nullité absolue ex nunc de la décision de non-sélection du groupement C.

bb. La maxime officielle découlant de l'art. 62 al. 1 PA ne vaut que dans le cadre de l'objet du litige tel qu'il a été défini par la partie elle-même. En procédure contentieuse, l'objet du litige (*Streitgegenstand*) est défini par trois éléments: l'objet du recours (*Anfechtungsobjekt*), les conclusions du recours et, accessoirement, les motifs de celui-ci. La décision attaquée délimite l'objet du litige. L'autorité de recours ne peut excéder l'objet du litige, ce qui signifie qu'elle ne peut connaître de questions qui sortent du cadre de la décision attaquée (maxime de disposition). En revanche, dès lors qu'elle reste dans le cadre de la décision attaquée, elle peut aller au-delà des conclusions du recourant et modifier à l'avantage de celui-ci la décision litigieuse (maxime officielle). L'interdiction d'excéder l'objet du litige s'attache au dispositif du jugement, et non à ses considérants (JAAC 65.8 consid. 16; arrêt 2P296/2000 du 13 mars 2001, consid. 2a et 2b/aa; ATF 104 Ib 307 consid. 2d; Moor, op. cit., vol. II, p. 257 s. et 689; Kölz/Häner, op. cit., n° 403-405, 408 et 687-689; Moser, *Prozessieren*, op. cit., n° 3.91 s.; Benoît Bovay, *Procédure administrative*, Berne 2000, p. 390; Grisel, op. cit., p. 934; Gygi, op. cit., p. 251 s.). S'écarte ainsi de l'objet du litige le jugement cantonal qui annule l'ensemble d'un plan d'aménagement local, alors que seules les décisions de classement de deux parcelles étaient contestées (ATF du 30 septembre 1997, publié in RDAF 1998 I p. 263 consid. 3b).

En l'espèce, il faut examiner si un jugement dont le dispositif inclurait la nullité erga omnes de toutes les décisions de sélection et non-sélection prises par le DAEL, voire la nullité de l'appel à candidatures et du dossier de candidature, sortirait des limites fixées par l'objet du recours. Le présent recours porte sur la décision de non-sélection du groupement C., y compris les décisions incidentes (détermination du pouvoir adjudicateur et élection de droit) contenues dans le dossier de candidature et l'appel à candidatures (supra consid. 4). Dans sa jurisprudence constante, la Commission de recours considère que chaque candidat est le destinataire d'une décision individuelle de sélection ou de non-sélection à l'issue de la première phase de la procédure sélective. Lorsqu'un recours contre une décision de non-sélection s'avère bien-fondé, le dispositif - cassatoire ou réformatoire - de la décision de la Commission de recours ne comporte pas d'annulation des autres décisions de sélection ou non-sélection concernant les candidats non recourants (décision de la Commission de recours du 26 mars 1997, JAAC 61.77 consid. 1c; décision du 13 juin 1997, JAAC 62.31 consid. 4 non publié; décision du 9 décembre 1999, JAAC 64.63 consid. 5). Le cas d'espèce présente toutefois deux particularités qui pourraient justifier de dévier de cette jurisprudence. D'une part, la violation admise in casu est un motif de nullité, et non de simple annulabilité comme cela fut le cas dans les arrêts rendus jusqu'à ce jour par la Commission de céans. Or, la nullité produit en règle générale ses effets erga omnes. D'autre part, l'objet du recours s'étend aussi à des éléments du dossier de candidature et de l'appel à candidatures, lesquels constituent chacun une décision générale (*Allgemeinverfügung*), c'est-à-dire une décision unique prise par le pouvoir adjudicateur à l'adresse d'un nombre indéterminé de candidats potentiels. La nullité attachée à une décision unique en affecte nécessairement tous les destinataires.

Dans les circonstances du cas d'espèce, et eu égard en particulier à la balance des intérêts telle qu'elle ressort du considérant précédent (supra consid. 6a/cc in fine), il ne paraît toutefois pas nécessaire de modifier ou préciser la jurisprudence de la Commission de recours. En effet, le rétablissement d'un état de fait conforme au droit peut être atteint en l'espèce même en optant pour une approche restrictive de l'objet du recours, et du pouvoir de décision y relatif de la Commission de céans.

c.aa. La Commission de recours, ayant admis sa compétence, limite ainsi le dispositif de sa décision. Elle constate la nullité de la décision de non-sélection du groupement C., en tant qu'elle a été prise par un pouvoir adjudicateur incompétent agissant de surcroît à tort sur la base du droit cantonal en lieu et place du droit fédéral. Pour des motifs de proportionnalité, la Commission de

céans restreint en outre dans le temps les effets de la nullité à partir de l'évaluation et du refus de la candidature du groupement C., et non dès la publication de l'appel à candidatures. La candidature du groupement C. doit être évaluée à nouveau formellement par les CFF, et sur la base matérielle du droit fédéral en matière de marchés publics. Le marché étant passé en co-maîtrise d'ouvrage, le pouvoir adjudicateur principal est libre de consulter le DAEL dans le cadre de l'évaluation des candidatures (pour comparaison, art. 62a LOGA), ce d'autant plus aisément que des représentants du DAEL et des CFF siègent conjointement dans l'organe chargé de cette évaluation.

bb. L'interdiction d'excéder l'objet du litige s'attache au dispositif du jugement, et non à ses considérants. La Commission de recours peut ainsi, sans contredire la maxime de disposition, mettre en cause dans ses considérants la validité de l'ensemble des décisions de sélection et de non-sélection prises à l'issue de la première phase de la procédure sélective (ATF du 30 septembre 1997, publié in RDAF 1998 I p. 263 consid. 3b; voir supra consid. 6b/bb). A ce titre, la Commission de recours souligne que toutes les décisions prises par le DAEL à l'issue de la première phase de la procédure sélective sont affectées du même vice que celui ayant justifié la nullité ex nunc de la décision de non-sélection du groupement C. En outre, tous les actes matériels d'exécution accomplis ultérieurement par le pouvoir adjudicateur sur la base des décisions de sélection ou de non-sélection, en particulier les invitations à déposer une offre adressées aux candidats sélectionnés, sont également viciés dès lors qu'ils reposent sur une décision initiale frappée de nullité. Enfin, si le marché devait être adjugé à l'un des candidats ainsi sélectionnés, la décision d'adjudication pourrait aussi être contestée en raison de la nullité absolue affectant la décision de sélection (supra consid. 6a/cc). Ainsi, la sécurité juridique tant des candidats que du DAEL et des CFF ne serait en rien préservée par la poursuite de la procédure sélective telle que commencée. Dans l'hypothèse où la candidature du groupement C. devait finalement être retenue après son évaluation par les CFF (supra consid. 6c/aa), il paraît aussi difficilement concevable que la seconde phase de la procédure sélective soit poursuivie par deux pouvoirs adjudicateurs différents et sous l'empire de deux droits différents, selon qu'elle concernerait les candidats initialement sélectionnés ou le groupement C. Il appartient toutefois aux seuls DAEL et CFF d'examiner dans quelle mesure il se justifierait d'interrompre par une décision formelle la procédure de passation au stade de l'évaluation des candidatures déposées à l'issue de la première phase de la procédure sélective, puis aux CFF de répéter partiellement la procédure à partir de ce stade, en prenant de nouvelles décisions de sélection. Le droit d'être entendu des autres candidats ayant participé à la première phase de la procédure sélective serait ainsi sauvegardé, puisqu'ils auraient alors la faculté de recourir contre la décision d'interruption. Il reviendrait ensuite aux CFF, comme pouvoir adjudicateur principal, d'entreprendre une nouvelle évaluation de toutes les candidatures déjà déposées, sur la base du droit fédéral en matière de marchés publics et des critères d'aptitude initialement publiés, pour autant que ces derniers soient conformes au droit fédéral. Le marché étant passé en co-maîtrise d'ouvrage, le pouvoir adjudicateur principal pourrait librement consulter le DAEL dans le cadre de l'évaluation des candidatures.

7. Les recourantes ont requis la tenue de débats publics, mais uniquement après que la Commission de recours se fut prononcée sur sa compétence et après que les autorités intimées eurent communiqué dans leur prise de position sur le fond les motifs de la non-sélection des recourantes.

L'art. 6 § 1 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101), applicable en matière de marchés publics, confère aux parties le droit à une audience publique (Cour européenne des droits de l'homme [Cour eur. DH], aff. Tinnelly & Sons Ltd et autres et McElduff et autres c/ Royaume-Uni, du 10 juillet 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-IV, n° 79, p. 1633, § 61 s.; décision de la Commission de recours du 11 octobre 2001, JAAC 66.4 consid. 4; Galli/Moser/Lang, op. cit., n° 571; Clerc, in: Tercier/Bovet, op. cit., ad art. 9 LMI n° 23). Tel est en particulier le cas lorsque la procédure se déroule devant un tribunal qui statue en première et dernière instance. Les parties ont toutefois la faculté de renoncer à une audience publique, pour autant que pareille renonciation soit sans équivoque et ne se heurte à aucun intérêt public important (Cour eur. DH, aff. Håkansson et Stureson, du 21 février 1990, série A n° 171-A, p. 20 s. § 64 et 67). En outre, l'autorité de recours peut, exceptionnellement, renoncer à une audience publique lorsque le recours ne soulève aucune question de fait ou de droit qui ne puisse être jugée de manière plus appropriée sur la base des pièces du dossier et des écritures des parties (Cour eur. DH, aff. Fredin c/ Suède, du 23 février 1994, série A n° 283-A, p. 10 s. § 21 s. a contrario; Mark E. Villiger, *Probleme der Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK auf verwaltungs- und sozialgerichtliche Verfahren*, PJA 2/1995, p. 168).

En l'espèce, la demande du groupement C. quant à la tenue d'une audience publique est expressément limitée à des débats après instruction du fond du recours, c'est-à-dire à des débats sur les motifs du rejet de sa candidature. La décision de non-sélection étant frappée de nullité absolue quel que soit le bien-fondé de sa motivation, une audience publique quant à ce bien-fondé serait vide de sens. La Commission de recours interprète dès lors - a contrario - la requête du groupement C. comme renonçant à des débats publics dans la mesure où ceux-ci ne porteraient pas sur le fond du litige. Ce n'est qu'après la prise par les CFF d'une nouvelle décision quant à la candidature du groupement C., accompagnée - cas échéant - d'une motivation complète (art. 23 LMP), que des débats publics sur le bien-fondé de cette décision pourraient être tenus devant la Commission de recours dans le cadre d'un éventuel nouveau recours du groupement C.

8. (...)

Dokumente der BRK