

Adjudications News n°

32

L'utilisation de lettres de parcage soulève plusieurs questions parmi les praticiens depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit des marchés publics. Tant le Message du Conseil fédéral que le Message type de la DTAP indiquent que ce type de lettre, envoyé par le pouvoir adjudicateur, n'est pas une décision au sens du droit des marchés publics et n'est donc pas sujette à recours. Selon quelles modalités est-ce que ce type de lettre peut être utilisé ? Un arrêt du Tribunal administratif fédéral met en lumière les limites ainsi que les possibilités offertes.

La « lettre de parcage » selon le droit des marchés publics révisé



Par Matthieu Seydoux

Avocat, Dr. iur.

Associate

Téléphone +41 58 658 83 58

matthieu.seydoux@walderwyss.com

La « lettre de parcage », traduction littérale de « Parkierungsschreiben » ou « Parkierungsentscheid », résulte d'une pratique des autorités qui a pour but d'annoncer à un soumissionnaire, avant l'adjudication, que son offre ne sera pas examinée davantage. Si cette manière de procéder a pour finalité de limiter le travail du pouvoir adjudicateur ainsi que la charge financière d'un soumissionnaire qui participe à un marché public complexe, elle ne permet pas au pouvoir adjudicateur de renoncer à son obligation d'évaluer les offres qui lui sont soumises. Mal utilisée, elle peut amener au renouvellement complet de la procédure.

1.1. Procédure d'adjudication, évaluation des offres et lettre de parcage

Le déroulement de la procédure d'adjudication est régi par les articles 35 ss LMP/AIMP₂₀₁₉ (chapitre 6) : après la publication de l'appel d'offres (art. 35 et 36 LMP/AIMP₂₀₁₉), le pouvoir adjudicateur doit ouvrir les offres soumises (art. 37 LMP/AIMP₂₀₁₉), les examiner (art. 38 LMP/AIMP₂₀₁₉), apporter des ratifications si nécessaire (art. 39 LMP/AIMP₂₀₁₉), procéder à l'évaluation (art. 40 LMP/AIMP₂₀₁₉) puis enfin adjuger le marché (art. 41 LMP/AIMP₂₀₁₉). Ces dispositions, assez brèves, consacrent des principes généraux. Le déroulement de la procédure d'adjudication a été volontairement peu détaillé par le législateur, ce qui laisse une grande liberté d'appréciation au pouvoir adjudicateur et à la coexistence de différentes pratiques.

Lors de la procédure d'adjudication, le pouvoir adjudicateur doit opérer un certain nombre de choix : rectifier les offres, demander des explications aux soumissionnaires, évaluer et établir un rapport, etc. Ces choix sont, d'un point de vue matériel, tous constitutifs de décisions ; toutes les décisions ne sont cependant pas susceptibles de recours (art. 53 LMP/AIMP₂₀₁₉). Dans ce contexte, certaines autorités ont adopté la pratique qui consiste à indiquer à un soumissionnaire, par lettre et avant la décision d'adjudication, que son offre ne

sera pas examinée davantage.

Le recours à des lettres de ce type, désignées comme « lettres de parcage », n'est pas mentionné dans les textes de la LMP₂₀₁₉ ou de l'AIMP₂₀₁₉. Cette pratique ne trouve pas sa source en droit international des marchés publics, ni en droit européen. Elle n'a par ailleurs pas fait l'objet de débats devant les Chambres fédérales lors de la révision du droit des marchés publics. L'unique mention de son existence, à l'art. 53 du Message du Conseil fédéral ainsi que du Message type de la DTAP, montre que le législateur, s'il ne l'a pas consacrée dans la loi, a voulu légitimer une pratique préexistante.

1.2. Lettre de parcage, « shortlisting » au sens de l'art. 40 al. 2 LMP/AIMP₂₀₁₉ et justifications

Le fait de restreindre, au moyen d'une lettre de parcage, l'examen complet d'une offre, rappelle la possibilité de procéder à une évaluation par étapes au sens de l'art. 40 al. 2 LMP/AIMP₂₀₁₉ (« shortlisting »). Cette disposition prévoit que le pouvoir adjudicateur peut soumettre toutes les offres à un premier examen sur la base des documents remis et les classer, lorsque l'examen et l'évaluation approfondis des offres exigent des moyens considérables et à condition de l'avoir annoncé dans l'appel d'offres ; le pouvoir adjudicateur doit alors choisir, si possible, les trois offres

les mieux classées et les soumettre à un examen ainsi qu'à une évaluation détaillés.

La lettre de parage ne serait-elle donc qu'un « shortlisting » déguisé ? Elle ne cherche pourtant pas à atteindre les mêmes buts que ceux visés par l'art. 40 al. 2 LMP/AIMP₂₀₁₉. Comme le mentionnent le Message du Conseil fédéral ainsi que le Message type de la DTAP, il faut recourir à l'art. 40 al. 2 LMP/AIMP₂₀₁₉ uniquement lorsque des « moyens considérables » sont nécessaires à l'examen ainsi qu'à l'évaluation approfondis des offres. Sont ainsi visés des examens en laboratoire, des tests sur le terrain, etc. Lors de l'évaluation de marchés publics complexes, l'utilisation parcimonieuse des deniers publics justifie de limiter les moyens à mettre en œuvre et à réserver les moyens les plus coûteux aux offres qui ont une véritable chance de remporter le marché.

À l'inverse, la lettre de parage n'est pas une procédure spéciale au sens du droit des marchés publics. Il s'agit uniquement d'une information à l'intention de certains soumissionnaires. En pratique, la lettre de parage est utilisée dans des situations non visées expressément par l'art. 40 al. 2 LMP/AIMP₂₀₁₉ ; à défaut, le pouvoir adjudicateur court le risque de contourner cette procédure. Par exemple, il faut utiliser la lettre de parage lorsque le pouvoir adjudicateur organise, avec certains soumissionnaires uniquement, une séance de présentation des offres, respectivement une séance de clarification afin d'examiner en détail les offres soumises (p. ex. séance de clarification technico-financière), ou encore lorsqu'il organise des cycles de négociation technique (dans la mesure où ceux-ci sont admissibles). La lettre de parage peut également être utilisée afin d'informer en avance un soumissionnaire qu'il ne respecte pas les conditions de participation à la procédure et qu'il sera vraisemblablement exclu, avant le prononcé d'une décision d'exclusion

formelle (art. 44 LMP/AIMP₂₀₁₉).

Dans cette hypothèse toutefois, le soumissionnaire risque d'interjeter recours contre la lettre en arguant qu'il s'agit d'une décision au sens de l'art. 53 al. 1 lit. h LMP/AIMP₂₀₁₉.

La lettre de parage se justifie par conséquent à plusieurs titres :

- Elle a pour but de parvenir à une utilisation parcimonieuse des deniers publics, but qui sous-tend l'ensemble du droit des marchés publics.
- Elle permet de limiter, pour les soumissionnaires, les coûts de participation à la procédure. Les soumissionnaires n'ont ainsi plus la nécessité de mobiliser de nombreuses équipes lorsqu'ils sont informés que leur offre n'a vraisemblablement plus de chance de succès.
- Dans cet ordre d'idées, certains auteurs considèrent que le pouvoir adjudicateur a même un devoir précontractuel d'informer un soumissionnaire, aussitôt que son offre n'entre plus en considération. On déduit des règles de la bonne foi ainsi que du principe de transparence le devoir de négocier sérieusement, qui implique pour les parties de ne pas prolonger des négociations lorsqu'elles n'ont pas l'intention sérieuse de conclure. Or, si le pouvoir adjudicateur imposait à tous les soumissionnaires, y compris ceux qui n'ont plus de chance d'obtenir le marché, de présenter leurs offres ou de participer à des séances de clarification technico-financière, il prolongerait pour ces soumissionnaires les négociations de façon contraire à la bonne foi et au principe de transparence.

1.3. De la bonne utilisation d'une lettre de parage

Si la lettre de parage a sa raison d'être et se justifie, il s'impose de soumettre

son utilisation à un certain nombre de cautions. Les textes quasiment identiques de la LMP₂₀₁₉ ainsi que de l'AIMP₂₀₁₉ ne posent en effet aucune condition à son utilisation. Il convient de respecter certains grands principes du droit des marchés publics et de la jurisprudence afin d'éviter, pour le pouvoir adjudicateur, d'entacher la procédure d'un vice qui donnerait lieu à des recours :

- *Principe de transparence* : la lettre de parage ne permet pas de s'abstenir d'évaluer certains critères d'adjudication qui ont été annoncés dans l'appel d'offres. Par conséquent, il n'est pas possible de renoncer à inviter un soumissionnaire à une séance de présentation de son offre, si la présentation est un critère d'évaluation qui a été annoncé. Ensuite, le pouvoir adjudicateur doit documenter son évaluation et établir dans son rapport le moment ainsi que les motifs qui l'ont poussé à considérer que l'offre d'un soumissionnaire n'avait pas de chance de se voir adjudger le marché. Enfin, même s'il ne s'agit pas d'une catégorie prévue dans les formulaires d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur pourrait également annoncer dans le dossier d'appel d'offres qu'il se réserve le droit d'utiliser des lettres de parage, à partir d'une certaine étape de la procédure d'adjudication.
- *Égalité de traitement et non-discrimination* : le droit des marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de traiter de façon égale les soumissionnaires qui se trouvent dans une situation identique. Par conséquent, le pouvoir adjudicateur devrait notifier, au moyen d'une lettre de parage et au même moment, tous les soumissionnaires dont les offres n'ont plus de chance de remporter le marché.
- *Garantie d'une concurrence efficace* : si le pouvoir adjudicateur utilise la

lettre de parcage, il doit s'assurer qu'une véritable concurrence subsiste parmi les offres restantes. Le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer du principe ancré à l'art. 40 al. 2 LMP/AIMP₂₀₁₉ qui est de retenir « les trois offres les mieux classées ». Le chiffre de trois n'est toutefois pas une règle absolue : puisque la lettre de parcage a notamment pour finalité de diminuer la charge financière d'un soumissionnaire liée à sa participation à la procédure, il ne ferait pas de sens de retenir trois soumissionnaires pour la dernière phase d'évaluation, si seuls deux d'entre eux ont une véritable chance de remporter le marché.

- *Distinguer la lettre de parcage d'une procédure de dialogue* : l'art. 24 LMP/AIMP₂₀₁₉ prévoit que le pouvoir adjudicateur peut engager un dialogue avec des soumissionnaires lors d'une procédure d'adjudication ouverte ou sélective portant sur un marché complexe, sur des prestations intellectuelles ou sur des prestations innovantes (al. 1). Le pouvoir adjudicateur peut à cette occasion réduire le nombre de soumissionnaires participant au dialogue, en fonction de critères objectifs et transparents (al. 4). Si une procédure de dialogue est prévue selon l'appel d'offre, le pouvoir adjudicateur ne devrait pas utiliser une lettre de parcage pour indiquer à un soumissionnaire qu'il réduit le nombre de participants au dialogue ; la lettre risque sinon d'être interprétée comme étant susceptible de recours au sens de l'art. 53 al. 1 lit. h LMP/AIMP₂₀₁₉.
- *Absence de voie de recours contre la lettre de parcage* : l'art. 53 al. 1 LMP/AIMP₂₀₁₉ ne liste pas la lettre de parcage en tant que décision sujette à recours. Si la lettre de parcage peut endosser les caractéristiques d'une décision incidente de procédure, le

Tribunal administratif fédéral a jugé, dans son arrêt B-1456/2022 du 27 juin 2022, qu'aucune voie de recours n'était ouverte contre ce type de décision. L'absence de voie de recours se justifie : puisque le soumissionnaire pourra interjeter recours contre la décision d'adjudication, il ne subit pas de désavantage juridique qui devrait être protégé à ce stade de la procédure.

1.4. Conclusion

Un des buts cardinaux du droit des marchés publics est de pourvoir à une utilisation des deniers publics qui soit économique (art. 2 lit. a LMP/AIMP₂₀₁₉). La lettre de parcage sert ce but puisqu'elle vise à réduire les moyens à mettre en œuvre par le pouvoir adjudicateur, tout en permettant la diminution de la charge économique des soumissionnaires qui sont informés plus tôt que le marché ne leur sera vraisemblablement pas adjugé. L'utilisation de la lettre de parcage devrait toutefois être réservée aux marchés publics les plus complexes. L'absence apparente de condition à son utilisation et l'arrêt du Tribunal fédéral B-1456/2022 du 27 juin 2022 ne doivent pas être compris comme un blanc-seing octroyé aux pouvoirs adjudicateurs pour ne plus évaluer entièrement les offres des soumissionnaires.

Adjudications News vous informe des développements récents et des questions importantes dans le domaine du droit suisse des marchés publics. Les informations et commentaires qu'il contient ne sont pas constitutifs d'un conseil juridique et les opinions exprimées ne doivent pas être utilisés pour agir sans un conseil juridique préalable.

Sur le site www.adjudications.ch, vous trouverez une introduction et des informations complémentaires sur le droit suisse des marchés publics, en particulier des liens utiles vers les différentes sources juridiques, ainsi que des publications.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2022

Contact



Thomas P. Müller

Associé, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 04

thomas.p.mueller@walderwyss.com



Hans Rudolf Trüeb

Associé, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 88

hansrudolf.trueb@walderwyss.com



Ramona Wyss

Associée, Zurich

Téléphone +41 58 658 52 44

ramona.wyss@walderwyss.com



Martin Zobl

Associé, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 35

martin.zobl@walderwyss.com



Daniel Zimmerli

Counsel, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 33

daniel.zimmerli@walderwyss.com



Regula Fellner

Managing Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 51 98

regula.fellner@walderwyss.com



Hugh Reeves

Managing Associate, Lausanne

Téléphone +41 58 658 52 73

hugh.reeves@walderwyss.com



Isabelle Hanselmann

Senior Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 56 07

isabelle.hanselmann@walderwyss.com



Florian Roth

Senior Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 79

florian.roth@walderwyss.com



Lena Götzinger

Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 56 63

lena.goetzinger@walderwyss.com



Lucina Herzog

Associate, Zürich

Téléphone +41 58 658 56 15

lucina.herzog@walderwyss.com



Matthieu Seydoux

Associate, Lausanne

Téléphone +41 58 658 83 58

matthieu.seydoux@walderwyss.com