

# **BVGer B-2778/2008 vom 20. Mai 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-05-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-2778\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2778_2008)

FR: TAF B-2778/2008 du 20 mai 2009

IT: TAF B-2778/2008 del 20 maggio 2009

## **Regeste**

Marchés publics

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1).

### **E. 2**

Sous réserve des exceptions de l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), ce dernier connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) (art. 31 LTAF) rendues par les autorités citées à l'art. 33 LTAF. En particulier en matière de marchés publics, les décisions d'adjudication peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (art. 27 al. 1 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics [LMP, RS 172.056.1] en relation avec l'art. 29 let. a LMP). L'acte attaqué d'Armasuisse Immobilier est une décision d'adjudication. De prime abord, il convient d'examiner si cette décision tombe sous le champ d'application de la LMP. Cette dernière s'applique uniquement aux marchés publics visés par l'Accord OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP, RS 0.632.231.422), alors que les autres marchés de la Confédération sont réglés par l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11) (art. 1 let. b OMP). La LMP est applicable si l'entité adjudicatrice est soumise à la loi (art. 2 LMP), si le type de marché adjudgé est visé par celle-ci (art. 5 LMP), si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions prévues à l'art. 3 LMP et, enfin, si la valeur du marché public à adjudger atteint les seuils prescrits par l'art. 6 al. 1 LMP.

#### **E. 2.1**

Aux termes de l'art. 2 al. 1 LMP, sont soumis à la loi l'administration générale de la Confédération, la Régie fédérale des alcools, les écoles polytechniques fédérales et leurs établissements de recherche, les services postaux et les services des automobiles de la Poste Suisse, pour autant que leurs activités ne concurrencent pas celles de tiers non soumis à l'Accord du GATT (AMP). En l'espèce, le pouvoir adjudicateur, Armasuisse, est un fournisseur dont les activités s'étendent de l'évaluation, l'acquisition, la maintenance et la liquidation de matériels et de systèmes à la fourniture de prestations de services scientifiques et techniques, en passant par la gestion immobilière complète pour le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS) (voir [www.ar.admin.ch](http://www.ar.admin.ch)). Il ressort du chapitre 2, section 6, de l'ordonnance du 7 mars 2003 sur l'organisation du DDPS (Org-DDPS, RS 172.214.1) qu'Armasuisse appartient à

l'administration générale de la Confédération, de sorte qu'il revêt la qualité d'adjudicateur au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP.

### **E. 2.2**

Selon l'art. 5 al. 1 let. c LMP, on entend par marché de construction un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la réalisation de travaux de construction de bâtiments ou de génie civil au sens du ch. 51 de la Classification centrale des produits (liste CPC) selon l'appendice 1, annexe 5, de l'Accord GATT (AMP). En l'espèce, il s'agit de l'appel d'offres que le marché en cause porte sur la première étape des travaux de construction du bâtiment des réfectoires et de la cuisine de la place d'armes de Drogens, ainsi que sur les travaux d'assainissement des enveloppes des bâtiments Intendance, Foyer et Halle de sports. Les travaux ont été décomposés en dix lots numérotés de 5 à 14. En particulier, l'adjudication litigieuse porte sur le lot n° 12, lequel concerne l'installation de chauffage et la récupération de chaleur. C'est dire qu'il s'agit d'un marché de construction au sens de l'art. 5 al. 1 let. c LMP.

### **E. 2.3**

Aucune des exceptions prévues à l'art. 3 al. 1 LMP n'est en l'espèce réalisée.

### **E. 2.4**

L'art. 6 LMP prévoit des seuils au-delà desquels la loi est applicable si la valeur estimée du marché public à adjuger les atteint. Est ainsi pertinente la valeur du marché estimée par l'adjudicateur avant sa mise en soumission et non la valeur du marché qui ressort de la décision d'adjudication (voir sur l'estimation de la valeur d'un marché : Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, *Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté*, Fribourg 2002, p. 81 s. ; voir également : *Guide romand pour les marchés publics*, version du 2 juin 2005, annexe A, p. 5, ch. 11). L'art. 1 let. c de l'ordonnance du DFE du 26 novembre 2007 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour l'année 2008 (RS 172.056.12) dispose que la LMP n'est applicable qu'aux marchés publics dont la valeur estimée dépasse Fr. 9'575'000.- pour les ouvrages. Un marché ne peut être subdivisé en vue d'éviter les dispositions de la LMP (art. 7 al. 1 LMP). Si un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un ouvrage, la valeur totale est déterminante (art. 7 al. 2 1<sup>ère</sup> phrase LMP). Il faut donc que la valeur totale estimée de tous les marchés de construction nécessaires à la réalisation de l'ouvrage franchisse le seuil de 9.575 millions de francs (Zufferey/Maillard/Michel, *op. cit.*, p. 83 ; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, vol. 1, Zurich/Bâle/Genève 2007, n. marg. 168 ; Jean-Baptiste Zufferey, *Le champ d'application du droit des marchés publics*, in : Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [éd.], *Marchés Publics 2008*, Zurich 2008, p. 151 ; décision de l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de marchés publics [CRM] 2003-023 du 21 novembre 2003 consid. 1a). Même si un ouvrage est, dans son ensemble, soumis à la LMP, il se peut qu'un des marchés nécessaires à sa réalisation échappe, à certaines conditions et dans une certaine limite, à la procédure prévue par la LMP (clause de minimis prévue par l'art. 7 al. 2 LMP).

#### **E. 2.4.1**

En l'espèce, le litige concerne le projet d'assainissement et d'agrandissement de la place d'armes de Drogens. Dans son message du 31 mai 2006 sur l'immobilier du DDPS 2007 (FF 2006 5153, 5177), le Conseil fédéral a indiqué que ce projet était divisé, dans son

ensemble, en trois étapes. La première étape, dont l'adjudication du lot n° 12 est litigieuse, porte sur l'assainissement et les adaptations du domaine de la subsistance, de l'administration et des loisirs. Le coût de cette étape est estimé à 12 millions de francs. La deuxième étape, dont les coûts sont évalués à 13 millions de francs, concerne l'assainissement et les adaptations du domaine des logements et de la halle pour véhicules. La troisième étape, qui porte sur l'agrandissement de l'infrastructure et dont les besoins doivent encore être définis, devrait avoir un coût de 15 millions de francs. A la lumière de ce qui précède, il conviendrait d'abord d'établir si les trois étapes du projet d'assainissement et d'agrandissement de la place d'armes de Drognens sont liées et forment ensemble un ouvrage. Cette question peut toutefois rester ouverte (à cet égard, l'on peut relever que la Cour de justice des Communautés européennes [CJCE] considère que l'existence d'un ouvrage doit être appréciée par rapport à la fonction économique et technique du résultat des travaux concernés [arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France, C-16/98, point 36]). En effet, la valeur estimée de la première étape dudit projet telle qu'elle ressort du message précité (12 millions de francs) dépasse déjà, à elle seule, le seuil légal de 9.575 millions de francs applicable aux ouvrages. Il sied dès lors d'admettre que dite étape est soumise à la LMP. Reste à examiner si l'adjudication du lot n° 12 est soumise à la LMP.

#### **E. 2.4.2**

Selon l'art. 7 al. 2 LMP, il appartient au Conseil fédéral de fixer la valeur de chacun des marchés de construction qui sont dans tous les cas soumis aux dispositions de la loi et de déterminer le pourcentage qu'ils doivent représenter dans l'ensemble de l'ouvrage. Edicté en exécution de cette disposition, l'art. 14 OMP, intitulé "clause de minimis", prévoit que, lorsque l'adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction en rapport avec la réalisation d'un ouvrage, chacun d'entre eux est soumis à la loi si sa valeur atteint deux millions de francs (al. 1). Lorsque la valeur de chacun des marchés de construction est inférieure à deux millions de francs, l'adjudicateur n'est pas tenu de les adjuger en se conformant aux dispositions de la loi. Dans ce cas, la somme des valeurs des marchés en question ne doit pas dépasser 20 % de la valeur totale au sens de l'art. 7 al. 2 de la loi (al. 2). Il ressort de ce qui précède que chaque lot ou marché de construction, dont la valeur est inférieure à deux millions de francs, peut être adjugé en dehors du cadre de la loi ; la valeur de tous les lots ou marchés dont l'adjudication n'est pas soumise à la loi ne doit toutefois pas dépasser 20 % de la valeur totale de l'ouvrage (voir sur la clause de minimis : Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., p. 83 ; Galli/Moser/Lang/Clerc, op. cit., p. 166 ss ; George Ganz, Schwellenwerte und Verfahren im öffentlichen Beschaffungswesen, in : Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht [PBG] 2001 5, p. 15 ss ; Martin Beyeler, Bausubmissionen : Schwellenwerte, Bauwerkregel und Bagatellklausel, in : Revue de l'avocat 11 [2008] 264, p. 267 s.). Selon la doctrine et la jurisprudence, l'adjudicateur possède une certaine liberté pour décider quels marchés parmi ceux inférieurs au montant de minimis (deux millions de francs) il entend soustraire aux procédures de marché public (Zufferey/Maillard/Michel, op. cit., p. 84 ; décision de la CRM 2003-023 du 21 novembre 2003 consid. 1a). L'adjudicateur doit par conséquent indiquer s'il entend soustraire un lot ou marché à la procédure de soumission, lorsque ce dernier intègre un ouvrage qui est, dans son ensemble, soumis à la loi. En l'espèce, il ressort de la décision d'adjudication querellée que les offres soumises pour le lot n° 12 par les soumissionnaires ayant participé à la procédure de passation oscillent entre Fr. 355'191.- et Fr. 514'832.-. Le montant de minimis n'étant pas atteint (deux millions de francs) - il en est au demeurant de même pour tous les autres lots adjugés le 15 avril 2008 -, le pouvoir adjudicateur pouvait ainsi soustraire le lot

litigieux à la procédure de soumission prévue par la LMP. Dans une décision du 21 novembre 2003, la CRM a considéré qu'un adjudicateur exprimait son intention de soumettre l'adjudication d'un tel lot ou marché à la LMP, dès lors qu'il avait indiqué des voies de droit dans l'appel d'offres et dans la décision d'adjudication (décision de la CRM 2003-23 du 21 novembre 2003 consid. 1a). En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a manifesté sa volonté de soumettre l'adjudication du lot n° 12 à la LMP, dans la mesure où il n'a pas exclu la possibilité de recourir contre sa mise en soumission et contre son adjudication (voir l'indication des voies de droit mentionnée aux points 4.6 de l'appel d'offres du 21 décembre 2007 et 4.5 de la décision d'adjudication querellée). Il a par conséquent renoncé à faire usage de la clause de minimis. Aucune pièce au dossier ne permet au demeurant de conclure le contraire. A cela s'ajoute que le pouvoir adjudicateur n'a fait valoir à aucun stade de la présente procédure de recours que l'adjudication du lot n° 12 n'était pas soumise à la LMP en application de la clause de minimis. L'adjudication du lot n° 12 tombe par conséquent sous le champ d'application de la LMP.

### **E. 2.5**

Il ressort de ce qui précède que la décision d'adjudication attaquée tombe sous le champ d'application de la LMP. Par conséquent, le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître du présent recours.

### **E. 3.1**

Selon l'art. 48 al. 1 PA, auquel renvoie l'art. 26 al. 1 LMP, a qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire, est spécialement atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification. En matière de marchés publics, le soumissionnaire évincé est destinataire de la décision d'adjudication et est directement touché par celle-ci (ATF 125 II 86 consid. 4 concernant la qualité pour agir en cas de recours de droit public, ATF 123 V 113 consid. 5a ; ATAF 2008/7 consid. 2.2.1 ; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 68.66 consid. 1e/cc, JAAC 67.67 consid. 1c ; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Bâle 2008, n. marg. 2.74 ss ; Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd., Zurich 1998, n. marg. 533 ; Galli/Moser/Lang/Clerc, *op. cit.*, p. 401 ss ; Evelyne Clerc, *L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique*, Fribourg 1997, p. 524 à 527 ; Fritz Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2e éd., Berne 1983, p. 181 s.). La qualité pour agir doit ainsi être reconnue à la recourante.

### **E. 3.2**

Les dispositions relatives au délai de recours (art. 30 LMP), à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 52 al. 1 PA), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont par ailleurs respectées. Le recours est donc recevable.

### **E. 4**

La recourante prétend que le pouvoir adjudicateur a convoqué l'adjudicataire et que, lors de cet entretien, ce dernier a complété son offre. Pour sa part, le pouvoir adjudicateur défend que l'art. 25 OMP lui permet, dans le cadre de l'examen d'une offre, de demander des explications au soumissionnaire. Dans ce contexte, il admet que l'adjudicataire a été convoqué pour évoquer la question de sa capacité de travail, mais qu'il n'a jamais été autorisé à compléter son offre. L'adjudicataire ne s'est pas prononcé sur ce grief.

#### **E. 4.1**

Selon l'art. 19 al. 1 LMP, les soumissionnaires remettent leur offre par écrit, de manière complète et dans les délais fixés. Aux termes de l'art. 21 al. 1 LMP, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères, notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique et la valeur technique. L'art. 25 OMP prévoit que l'adjudicateur révisé les indications techniques et les chiffres figurant dans les offres afin que celles-ci puissent être comparées objectivement entre elles, puis examine ces offres en se fondant sur les critères d'adjudication. La conformité de l'offre aux conditions d'appel d'offres et, en particulier, aux spécifications techniques du marché, constitue un critère préalable d'adjudication, inhérent à toute procédure de passation de marché, qu'il figure ou non expressément dans les critères d'adjudication énoncés par le pouvoir adjudicateur pour un marché particulier ("adéquation de la prestation" selon l'art. 21 al. 1 LMP). En conséquence, une offre qui est incomplète ou qui ne correspond pas aux conditions de l'appel d'offres doit en principe être exclue. Il faut tout au plus réserver les cas dans lesquels les divergences par rapport aux conditions de mise en soumission s'avèreraient minimales. Il résulte de ce qui précède qu'il est en principe interdit de modifier ou de compléter les offres déposées dans le cadre de la procédure d'épuration. Les offres doivent donc être appréciées sur la seule base du dossier remis (arrêt du TF du 12 avril 2004, in : Droit de la construction [DC] 4/2003 p. 156 n° 9 ; décision de la CRM 2004-017 du 8 septembre 2005 consid. 4e/aa ; JAAC 65.78 consid. 3a ; Olivier Rodondi, La gestion de la procédure de soumission, in : Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [éd.], *Marchés Publics 2008*, Zurich 2008, p.185 ; ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, op. cit., p. 108 ss).

#### **E. 4.2**

Des négociations peuvent être engagées si l'appel d'offres le prévoit ou si aucune offre ne paraît être la plus avantageuse économiquement (art. 20 al. 1 LMP). L'art. 26 al. 1 OMP dispose que, lorsqu'une des conditions relatives aux négociations au sens de l'art. 20 al. 1 de la loi est remplie, l'adjudicateur peut, en se fondant sur les critères d'adjudication, choisir les soumissionnaires avec lesquels il engagera des négociations. Dans la mesure du possible, l'adjudicateur prend en considération au moins trois soumissionnaires et leur communique par écrit leur offre révisée, les parties de l'offre qui feront l'objet de négociations, les délais et les modalités de remise de l'offre écrite définitive (art. 26 al. 2 OMP). Dans les négociations orales, l'adjudicateur consigne dans un procès-verbal les noms des personnes présentes, les parties de l'offre qui ont fait l'objet des négociations et les résultats des négociations (art. 26 al. 3 OMP ; voir également sur le contenu du procès-verbal des négociations : décision de la CRM 008/96 du 7 novembre 1997 consid. 4d, in : DC 2/1998 p. 50 n° 171). Le procès-verbal doit être signé par toutes les personnes présentes (art. 26 al. 4 OMP). Les négociations doivent principalement servir à déterminer les points forts et les points faibles des soumissions. L'ouverture de négociations suppose que le pouvoir adjudicateur n'ait pas encore fait son choix, que plusieurs soumissionnaires soient encore en concurrence et que les négociations aient pour objet de réunir les éléments nécessaires à une formulation et une évaluation plus précise des offres subsistantes (DC 4/1998 p. 128 n° 339). Selon la jurisprudence, le pouvoir adjudicateur doit, lorsqu'il entend ouvrir des négociations, en informer les soumissionnaires concernés de manière claire et sans ambivalence (JAAC 66.54 consid. 7). Les négociations doivent respecter les exigences

posées à l'art. 20 LMP et 26 OMP, tout particulièrement lorsque le pouvoir adjudicateur entend négocier des rabais sur le prix (JAAC 67.108 consid. 4b, JAAC 62.80 consid. 2a ; décision de la CRM 008/96 du 7 novembre 1997, in : DC 2/1998 p. 50 n° 171). En vertu du principe de l'égalité de traitement, les négociations doivent être conduites avec tous les soumissionnaires dont les offres entrent en considération pour l'adjudication définitive, sur la base des critères d'adjudication. Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'incorporer dans les négociations toute offre dès l'instant où elle paraît appropriée (décision de la CRM 001/2000 du 26 avril 2000, in : DC 4/2000 p. 125 n° 31).

#### **E. 4.3**

L'adjudicataire a été convoqué par le pouvoir adjudicateur le 4 avril 2008. Un procès-verbal de cette rencontre, cosigné par ses participants, à savoir les représentants de l'adjudicataire, du pouvoir adjudicateur et du mandataire principal du projet, a été établi. Lors de la réunion du 4 avril 2008, le pouvoir adjudicateur a procédé, dans un premier temps, à un récapitulatif de l'offre de l'adjudicataire concernant le lot n° 12. L'adjudicataire a par la suite été invité à indiquer si son entreprise avait une capacité suffisante en fonction de l'ampleur des travaux et des délais annoncés, si les prix de l'offre avaient été comptés et précisés à chaque position et si "le texte du cahier des charges et de la série de prix (...) faisaient foi". L'adjudicataire a répondu par l'affirmative à chacune de ces questions ; s'agissant de la capacité de son entreprise, il a également relevé qu'un "autre chantier (...) était retardé". Les discussions concernant l'offre précitée se sont enfin terminées par des précisions quant à la planification des travaux (début et fin de ces derniers). Cette réunion porta en outre sur l'offre concernant le lot n° 13 (CFC 244 ventilation), également adjugé à A. \_\_\_\_\_ SA mais qui n'a pas fait l'objet d'un recours. La discussion se déroula selon le même schéma. On demanda également à l'adjudicataire d'indiquer s'il pouvait confirmer ses déclarations dans l'hypothèse où les lots 12 et 13 lui étaient adjugés, ce qu'il fit. Le pouvoir adjudicateur se renseigna ensuite sur les "synergies en cas d'adjudication des deux lots, rabais supplémentaires". Sur ce point, l'adjudicataire proposa un rabais supplémentaire d'un pour cent sur les deux offres. Et le procès-verbal mentionne au-dessus des signatures des participants que "le présent document complète et fait partie intégrante de l'offre et du contrat".

#### **E. 4.4**

Il ressort de ce qui précède que l'adjudicataire a proposé, sur demande du pouvoir adjudicateur, un rabais supplémentaire d'un pour cent dans l'hypothèse où les lots n° 12 et 13 lui étaient adjugés. Comme l'indique expressément la clause figurant au procès-verbal, l'offre litigieuse a été modifiée dans le cadre de la procédure d'adjudication, puisque le rabais proposé par l'adjudicataire "complète et fait partie intégrante de l'offre et du contrat". Le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire ont ainsi convenu une réduction du prix d'un contrat à venir alors même que le marché n'avait pas encore été adjugé. C'est dire qu'il y a eu des négociations au sens de l'art. 20 LMP. Il sied par conséquent de vérifier si ces négociations ont été conduites conformément aux exigences légales. L'appel d'offres du 21 décembre 2007 mentionnait que les négociations étaient réservées. Le pouvoir adjudicateur avait dès lors la possibilité de mener des négociations (cf. art. 20 al. 1 LMP). Ont été consignés dans le procès-verbal des négociations les noms des personnes présentes, la partie de l'offre qui a fait l'objet des négociations, soit le prix en cas d'adjudication des deux lots, et le résultat des négociations, en l'occurrence un rabais supplémentaire d'un pour cent sur les deux offres (cf. art. 26 al. 3 OMP). Figurent enfin les signatures de toutes les personnes

présentes à la réunion en cause (cf. art. 26 al. 4 OMP). Sur le plan formel, les négociations satisfont aux exigences légales. En revanche, les négociations n'ont été conduites qu'avec l'adjudicataire alors que, selon le tableau récapitulatif des offres du 26 février 2008, cinq autres soumissionnaires remplissaient les critères d'adjudication du lot n° 12 - neuf autres offres remplissaient les critères d'adjudication du lot n° 13, dont quatre émanaient de soumissionnaires ayant également présenté une offre pour le lot n° 12. Force est donc de constater que les négociations telles qu'elles ont été menées par le pouvoir adjudicateur violent manifestement l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et l'art. 26 al. 2 OMP. Pour ces motifs, le recours doit déjà être admis.

## **E. 5**

A titre superfétatoire, le Tribunal relève que les autres griefs de la recourante sont dénués de fondement.

### **E. 5.1**

La recourante doute que l'adjudicataire dispose, ou disposera de manière certaine, de plus de quinze ouvriers en chauffage, compte tenu du marché de l'emploi dans ce secteur. Il aurait ainsi produit des données factices sur ce point, dans le but d'obtenir le maximum de points. Or, s'il est vrai que l'adjudicataire a annoncé, dans son offre du 6 février 2008, neuf personnes en tout pour la réalisation des travaux, il ressort cependant de son organigramme qu'il a une capacité de travail supérieure à quinze ouvriers qualifiés dans le domaine du chauffage. La recourante a d'ailleurs également été évaluée sur ce critère en fonction des indications figurant dans son organigramme.

### **E. 5.2**

Certes, l'attestation de Suissetec jointe à l'offre de l'adjudicataire est non datée. Elle est cependant signée et éditée sur le papier à en-tête de dite association. En outre, l'adjudicataire a produit, dans le cadre de la présente procédure de recours, une nouvelle attestation datée dont la teneur est identique à celle figurant dans son offre. Dans ces circonstances, on ne saurait raisonnablement mettre en doute la validité de l'attestation litigieuse, d'autant plus que la recourante n'apporte aucun élément à l'appui de ses allégations selon lesquelles cette attestation serait un faux. De surcroît, le pouvoir adjudicateur a adjugé le lot n° 12 à un soumissionnaire qui est soumis au respect des conditions de travail prévues par la CCT de Suissetec (cf. arrêtés du Conseil fédéral du 5 août 2004 et du 7 avril 2008 étendant le champ d'application de la convention collective de travail dans la branche suisse des techniques du bâtiment [FF 2004 4383 et FF 2008 2567]) et qui a apporté sous cet angle toutes les garanties que l'on pouvait raisonnablement exiger de lui. Au demeurant, l'octroi d'un marché public ne saurait être soumis à l'obligation d'adhérer à une association patronale (cf. par analogie : Remy Wyler, Les conditions de travail, la libre circulation et le détachement des travailleurs, in : Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [éd.], Marchés publics 2008, p. 272 ; ATF 124 I 107 consid. 2d, 2e et 3). Le Tribunal ne voit enfin pas en quoi le principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires serait violé du fait que l'adjudicataire n'est pas membre de Suissetec.

## **E. 6**

Il résulte de ce qui précède que le recours formé par Y. \_\_\_\_\_ SA est bien fondé. Cette dernière a conclu à l'annulation de la décision querellée. Cependant, un contrat a déjà été signé entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire ; la recourante n'a d'ailleurs pas demandé à ce que son recours ait effet suspensif (cf. point C de l'état de faits). Le Tribunal

ne peut par conséquent que constater que la décision attaquée viole le droit fédéral des marchés publics (art. 32 al. 2 LMP). Le recours doit par conséquent être admis dans le sens qu'il est constaté que la décision d'adjudication du lot n° 12 du 15 avril 2008 viole le droit fédéral des marchés publics.

#### **E. 6.1**

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et 4 FITAF). Au regard de ce qui précède, les frais de procédure doivent être fixés à Fr. 1'700.-. L'adjudicataire, qui a pris des conclusions indépendantes, est considéré comme partie à la présente procédure de recours. Dans la mesure où il succombe, les frais de procédure devraient être mis à sa charge. Cependant, l'admission du recours résulte d'une faute du pouvoir adjudicateur, de sorte qu'il est équitable de réduire à Fr. 500.- les frais de procédure mis à la charge de l'adjudicataire (art. 6 let. b FITAF). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge du pouvoir adjudicateur (art. 63 al. 2 PA). L'avance de frais de Fr. 2'100.- versée par la recourante le 15 mai 2008 sera restituée à cette dernière dès l'entrée en force du présent arrêt.

#### **E. 6.2**

La partie qui obtient gain de cause a droit aux dépens pour les frais nécessaires causés par le litige (art. 7 al. 1 FITAF en relation avec l'art. 64 al. 1 PA). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF). La recourante n'étant pas représentée par un avocat, il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.