

(Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 16 août 1999 en la cause X. SA [CRM 1999-002])

Öffentlicher Bauauftrag. Vergabe im offenen Verfahren. Beschwerdelegitimation eines Mitglieds des nichtberücksichtigten Konsortiums. Parteistellung der berücksichtigten Anbieterin im Beschwerdeverfahren. Unzulässige Wettbewerbsabsprache. Kriterium der finanziellen Leistungsfähigkeit. Direkte Zuschlagserteilung durch die Rekurskommission.

- Unter gewissen Bedingungen ist das Mitglied eines nichtberücksichtigten Konsortiums berechtigt, allein und in eigenem Namen Beschwerde zu führen (E. 1b).
- Das schutzwürdige Interesse des Beschwerdeführers wird durch die günstigere Offerte eines Dritten, der gegen den Zuschlag innert Frist keine Beschwerde erhoben hat, nicht in Frage gestellt (E. 1b).
- Ist der berücksichtigte Anbieter am Beschwerdeverfahren nur beschränkt beteiligt und erklärt er, nicht als Partei intervenieren zu wollen, verleiht ihm dies keine Parteistellung (E. 1c).
- Der Zuschlag an einen Anbieter, die an einer Wettbewerbsabsprache beteiligt ist, ist unzulässig. Aufhebung des Zuschlag wegen der ihm zugrunde liegenden stark wettbewerbsbeeinträchtigenden Absprache (E. 3).
- Die finanzielle Leistungsfähigkeit gehört zu den Eignungskriterien, die in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen getrennt von den Zuschlagskriterien zu veröffentlichen sind. Eine Vergabebehörde, welche die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Anbieters nicht überprüft, verletzt die Gleichbehandlung der Anbieter und das Vergabeverfahren (E. 4).
- Angesichts des grossen Ermessensspielraums der Vergabebehörden, weist die Rekurskommission aufgehobene Zuschlagsentscheide in der Regel zu neuem Entscheid an die Vergabebehörde zurück. Ist jedoch der Sachverhalt geklärt und beschränkt sich der neu vorzunehmende Zuschlag auf einen möglichen Anbieter, ist ein direkter Zuschlag durch die Rekurskommission gerechtfertigt. Vorliegend entspricht ein direkter Zuschlag an den Beschwerdeführer dem Erfordernis des wirtschaftlich günstigsten Angebots (E. 6).

Marché public de travaux de construction. Adjudication dans une procédure ouverte. Qualité pour recourir d'un membre du consortium évincé. Qualité de partie de l'adjudicataire dans la procédure de recours. Entente illicite. Critère de la capacité financière. Adjudication directe par la Commission de recours.

- Le membre d'un consortium soumissionnaire évincé a qualité pour recourir seul et en son propre nom, à certaines conditions (consid. 1b).
- L'intérêt digne de protection du recourant n'est pas remis en cause par l'existence d'une offre plus avantageuse provenant d'un tiers soumissionnaire, lorsque ce dernier n'a pas recouru dans les délais contre la décision d'adjudication (consid. 1b).
- Une intervention procédurale limitée d'un adjudicataire qui déclare ne pas vouloir intervenir en qualité de partie, ne lui confère pas la qualité de partie adverse (consid. 1c).
- L'adjudication à un soumissionnaire ayant pris part à une entente restrictive de concurrence est illicite. En l'espèce, annulation d'une adjudication viciée par une entente réduisant la concurrence de manière notable (consid. 3).
- La capacité financière relève des critères de qualification qui doivent faire l'objet d'une publication distincte des critères d'adjudication dans l'appel d'offres ou la documentation relative à l'appel d'offres. Le pouvoir adjudicateur qui ne vérifie pas la capacité financière de l'un des soumissionnaires viole l'égalité de traitement et la procédure de passation (consid. 4).
- Compte tenu de la grande marge d'appréciation dont bénéficient les pouvoirs adjudicateurs, la Commission de recours leur renvoie en règle générale les affaires pour qu'ils statuent à nouveau. Toutefois, lorsque les faits sont entièrement élucidés et que l'adjudication ne peut avoir lieu qu'à un seul recourant, il se justifie que la Commission statue directement. En l'espèce, une adjudication directe au recourant est conforme à l'exigence de l'offre la plus avantageuse économiquement (consid. 6).

Commessa pubblica di lavori di costruzione. Aggiudicazione in una procedura aperta. Legittimazione ricorsuale di un membro del consorzio escluso. Qualità di parte, nella procedura di ricorso, dell'offerente che ha ottenuto la commessa. Accordo illecito. Criterio della capacità finanziaria. Aggiudicazione diretta da parte della Commissione di ricorso.

- A determinate condizioni, il membro di un consorzio offerente cui non è stata aggiudicata la commessa è legittimato a ricorrere da solo ed a proprio nome (consid. 1b).
- L'interesse degno di protezione del ricorrente non è rimesso in questione dall'esistenza di un'offerta più vantaggiosa di un terzo che non ha ricorso entro i termini legali contro la decisione di aggiudicazione (consid. 1b).
- L'offerente che ha ottenuto la commessa non ha qualità di controparte se è coinvolto solo marginalmente nella procedura e ha dichiarato di non voler intervenire quale parte alla procedura (consid. 1c).
- L'aggiudicazione ad un offerente che ha partecipato ad un'intesa che limita la concorrenza è illecita. Nella fattispecie, annullamento di un'aggiudicazione viziata da un accordo illecito che limita la concorrenza in maniera considerevole (consid. 3).
- La capacità finanziaria fa parte dei criteri di idoneità che vanno pubblicati separatamente dai criteri di aggiudicazione nel bando di concorso o nei documenti del bando. L'ente committente che non verifica la capacità finanziaria di uno degli offerenti viola il principio della parità di trattamento e la procedura di aggiudicazione (consid. 4).
- Tenuto conto dell'ampio margine di apprezzamento di cui dispongono gli enti committenti, la regola generale vuole che la Commissione di ricorso rinvi gli incerti a tali enti affinché essi prendano una nuova decisione. Tuttavia, se i fatti sono chiari e l'aggiudicazione entra in linea di conto per un solo ricorrente, si giustifica l'aggiudicazione diretta da parte della Commissione. Nella

fattispecie, un'aggiudicazione diretta al ricorrente è conforme all'esigenza dell'offerta économiquement plus vantaggiosa (consid. 6).

A. En novembre 1997, l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL, pouvoir adjudicateur) a publié dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) un appel d'offres en procédure ouverte pour des travaux de construction au Centre sportif de C., en particulier les revêtements de sol pour la salle polyvalente et la salle de gymnastique. Les revêtements des sols des deux salles devaient être réalisés en parquet et faisaient l'objet d'un seul marché.

B. Selon la documentation relative à l'appel d'offres, les critères d'adjudication, formulés dans leur ordre d'importance, étaient:

- rapport qualité/prix;
- délai de livraison des fournitures;
- capacité du soumissionnaire.

Le seul critère d'aptitude publié figurait dans la documentation relative à l'appel d'offres, au troisième et dernier rang des critères d'adjudication qui mentionnait de manière générale la capacité du soumissionnaire. Les moyens de preuve de l'aptitude mentionnés dans l'appel d'offres exigeaient des soumissionnaires qu'ils fournissent des informations sur l'organisation de leur entreprise, l'effectif de leur personnel, les références ainsi que les noms des associés et des principaux sous-traitants; la possibilité de demander une garantie financière à l'adjudicataire était réservée. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur exigeait dans l'appel d'offres le respect des conditions de travail, celui des règles relatives à la protection des travailleurs ainsi que l'égalité de traitement salariale entre hommes et femmes pour les prestations fournies en Suisse.

Selon la documentation relative à l'appel d'offres, la date limite de dépôt des offres était fixée au 11 décembre 1998. L'appel d'offres autorisait le dépôt d'offres par des consortia et réservait la possibilité de négociations entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires.

C. L'ouverture des offres a eu lieu le 15 décembre 1998. Après analyse des sept offres déposées dans un rapport d'évaluation du 31 décembre 1998, le pouvoir adjudicateur a déterminé que seules les offres utilisant un parquet de marque Z. répondaient aux spécifications techniques prévues dans le cahier des charges. Seules trois soumissionnaires entraient en ligne de compte sur cette base: A. AG, B. et X. SA. Les produits Z. sont distribués en Suisse romande exclusivement par X. SA et dans le reste de la Suisse par X. SA et par B.

L'offre de X. SA, d'un montant de 422 006.85 francs, TVA incluse, était déposée par un consortium formé de X. SA et de Y. SA, une entreprise sise dans le Canton de E. disposant d'un effectif de 20 poseurs. X. SA dispose d'une longue expérience dans la pose de parquets du type demandé pour le marché en cause.

L'offre de A. AG s'élevait à 416 846.40, TVA incluse. Compte tenu de sa faible expérience dans la pose de parquets Z. pour salles de sport, A. AG a proposé le 20 janvier 1999 au pouvoir adjudicateur de former un consortium (Arbeitsgemeinschaft) avec un autre soumissionnaire, B. Toutefois, après des discussions entre le pouvoir adjudicateur et A. AG, la collaboration avec B. a pris la forme d'une sous-traitance par laquelle cette dernière entreprise assurait la direction technique et l'exécution de l'ouvrage, alors que A. AG restait seule soumissionnaire assumant la responsabilité globale du marché. B. est dirigée par un ancien employé de X. SA et occupe plusieurs autres ex-employés de X. SA. Elle dispose d'une grande expérience dans la pose de parquet mobile pour salle de sport de marque Z.

D. Par une décision du 8 février 1999, l'Office fédéral des constructions et de la logistique a adjugé le marché à A. AG (ci-après, l'adjudicataire).

E. Le 26 février 1999, X. SA (ci-après, la recourante) a formé recours contre la décision d'adjudication auprès de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics. La recourante considère que le prix légèrement plus élevé qu'elle a offert est compensé par son expérience dans la pose de sols sportifs en bois de marque Z. ainsi que par le fait qu'elle dispose de ses propres spécialistes, alors que A. AG n'a aucune expérience dans ce domaine et doit sous-traiter la pose des parquets sportifs à B. La recourante souligne également qu'elle s'est alliée à Y. SA, une entreprise établie dans le canton de E., lieu d'exécution du marché.

F. L'Office fédéral des constructions et de la logistique a répondu le 18 mars 1999 à la demande de motivation de l'adjudication formulée par la recourante. Il rappelle d'abord qu'il n'est pas possible de prendre en compte dans les critères d'adjudication l'appartenance régionale (en l'espèce le siège dans le canton de E. de la société Y. SA, partie au consortium avec X. SA). La documentation relative à l'appel d'offres mentionne comme premier critère d'adjudication le rapport qualité-prix. Sur la base des critères d'adjudication, le pouvoir adjudicateur a constaté que les offres de X. SA et de A. AG étaient de qualité égale, car les deux soumissionnaires utilisaient le même produit (modèle D. 21 de Z.) et la même méthode de pose. Toutefois, l'offre de X. SA était plus coûteuse. Cette différence de prix, en présence d'offres de qualité égale, a justifié l'adjudication à A. AG. De plus, A. AG est en mesure d'offrir les garanties nécessaires d'une bonne exécution dans les règles de l'art.

G. Le 6 avril 1999, la recourante a demandé notamment l'octroi de l'effet suspensif. Sur le fond, elle invoque le fait que A. AG n'a jamais eu de contact avec Z. pour ce type de parquet, qu'elle ne dispose ni du personnel spécialisé, ni des machines, ni du matériel pour cette pose et ne dispose d'aucune expérience dans ce domaine. En outre, elle allègue que A. AG rencontrerait des difficultés financières propres à mettre en cause son aptitude économique et financière. X. SA aurait en revanche déjà effectué deux sols sportifs du même type dans le canton de E. Le fait que le pouvoir adjudicateur ait déjà fait de bonnes expériences antérieures avec A. AG serait insuffisant dans la mesure où ces expériences concerneraient des travaux de type différent. La différence de prix minime (5160.45 francs, soit 1.24% de la valeur du marché adjugé) ne justifierait pas l'adjudication à A. AG, au vu de l'ensemble des critères entrant dans l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans sa réponse, le pouvoir adjudicateur ne s'est pas opposé à l'octroi de l'effet suspensif.

H. Par décision incidente du 19 avril 1999, la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics a accordé l'effet suspensif au recours.

I. Dans sa réponse au fond, l'Office fédéral des constructions et de la logistique conclut principalement à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, au rejet sur le fond. L'irrecevabilité découlerait de l'absence de qualité pour agir de la recourante. Dès lors que

l'offre a été déposée par le consortium formé de X. SA et de Y. SA, c'est le consortium qui aurait dû recourir. Un recours formé par la seule X. SA n'aurait été recevable que si la recourante avait qualité pour représenter le consortium, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce car le consortium est domicilié à F., au siège de Y. SA.

Sur le fond, le pouvoir adjudicateur souligne que la qualité des offres de A. AG et de X. SA était strictement identique, car les deux soumissionnaires avaient choisi le même sol Z. et un sous-traitant spécialisé dans la pose. Dès lors, l'adjudication s'est faite en fonction du prix des travaux. Conformément aux critères d'adjudication (meilleur rapport qualité/prix), les travaux ont été adjugés à A. AG. Lorsque la qualité des offres est identique, le principe de l'offre économiquement la plus avantageuse demanderait que l'on retienne l'offre la plus basse. Même si la recourante bénéficie d'une plus grande expérience dans la pose d'un sol sportif de marque Z., cela ne signifie pas que A. AG ne puisse effectuer correctement le marché. A. AG réalise déjà des sols sportifs en polyuréthane ainsi que des sols sportifs en plancher de la marque G. Elle a déjà posé pour un client russe un sol de fabrication Z. A. AG est connue des services de construction de l'administration fédérale et du centre sportif de C., car elle a déjà exécuté des revêtements sportifs en matière synthétique à l'entière satisfaction du centre sportif de C. L'adjudicataire s'est en outre adjoint les services de B., une entreprise spécialisée dans la pose de sols de marque Z. Du fait de sa collaboration avec B., A. AG dispose de la capacité technique nécessaire. B. assumera l'exécution des travaux alors que A. sera responsable du travail administratif. La solidité financière de A. AG et B. serait démontrée par le fait que ces entreprises s'acquittent régulièrement de leurs cotisations sociales et de la TVA. Par ailleurs, une garantie bancaire de bonne fin des travaux sera remise par l'adjudicataire. Le pouvoir adjudicateur a fondé sa décision d'adjudication sur le prix plus bas offert par A. AG, sur les références techniques de B. pour des sols similaires et sur la réputation générale de fiabilité de A. AG pour la réalisation d'autres types de revêtement de sols sportifs ainsi que sur les bons renseignements financiers fournis par A. AG et B.

J. Dans sa réplique, la recourante défend sa qualité pour agir au motif qu'elle est soumissionnaire et, en conséquence, manifestement lésée par la décision dont est recours. Chaque membre d'un consortium, c'est-à-dire d'une société simple, peut agir sans le consentement des autres membres de la société simple lorsqu'il y a péril en la demeure. Sur le fond, la recourante observe que le rapport d'évaluation des offres du pouvoir adjudicateur du 31 décembre 1998 ne constitue pas une analyse détaillée et qu'il fait une appréciation subjective des qualités de A. AG. Une même erreur de calcul figure dans l'offre de A. AG et dans celle de B., ce qui tendrait à démontrer que les deux offres ont été préparées par B., car A. ne dispose d'aucune compétence dans ce domaine. Si les offres utilisant les sols Z. étaient de qualité équivalente et que seul le prix était déterminant, le pouvoir adjudicateur aurait dû adjuger le marché à B., qui disposait de la qualification et de l'expérience nécessaire et dont l'offre était meilleur marché que celle de A. AG. La différence de prix avec la recourante est minime. L'expérience de A. AG avec un sol de marque Z. en Russie serait irrelevante car il s'agit d'un modèle de plancher démontable utilisable pour des manifestations mobiles qui ne peut être comparé aux spécificités techniques du sol demandé. De même, les références mentionnées par l'adjudicataire pour la pose de sol en bois n'indiquent pas non plus le type de plancher qui a été posé. La connaissance personnelle antérieure par le pouvoir adjudicateur de la société A. AG aurait joué un rôle déterminant, mais ne constitue pas un critère d'adjudication. Les capacités techniques et financières de A. AG n'ont pas été suffisamment vérifiées. Par ailleurs, les références dont dispose B. pour la pose de sols de marque Z. ne portent pas sur les modèles sportifs D. 11, resp. 21, utilisés pour le marché en cause. Certaines références de B. ne concernent pas des sols en parquet, mais en linoléum ou en polyuréthane. L'entreprise Z. a attesté n'avoir jamais livré ce modèle à B. La recourante demande principalement que la décision d'adjudication soit corrigée en ce sens que la recourante soit désignée comme adjudicataire et, subsidiairement, que la décision soit annulée et renvoyée au pouvoir adjudicateur pour nouvelle évaluation.

K. L'adjudicataire, A. AG, a pris position sur le recours. Elle considère que le recours est irrecevable dès lors qu'il n'est formé que par un des deux membres du consortium, X. SA. Afin de démontrer sa solidité financière, A. AG joint une copie du rapport de révision pour l'année 1997 par lequel l'organe de révision constate que les comptes annuels sont tenus conformément aux dispositions légales et propose l'approbation des comptes annuels. Sur la base des affirmations fournies par B., A. AG allègue également que les employés de X. SA qui disposaient de la plus grande expérience pour le type de parquet Z. en cause travaillent aujourd'hui pour B., tout comme la majorité des employés de X. SA qui avait reçu une formation spéciale par Z. pour la pose des parquets flottants. En raison des départs de collaborateurs de longue date très qualifiés, la position de X. SA sur le marché des parquets sportifs mobiles se serait affaiblie depuis un peu plus d'une année. Ainsi, les deux sols sportifs en parquet réalisés dans le Canton de E. par X. SA l'auraient tous été par des employés qui ont aujourd'hui quitté X. SA pour B. Enfin, A. AG conteste que Z. n'ait jamais livré à B. de parquet du modèle D. 11 ou 21, en joignant une facture de Z. à B., antérieure à l'adjudication, portant sur un «modèle Z. D. 11 - livraison de support élastique» et «parquet sportif N.». A. AG joint également une commande, postérieure à l'adjudication, de B. à Z. pour un sol sportif de type D. 2 ainsi que la facture correspondante de Z. A. AG rappelle au surplus qu'elle collabore déjà avec Z. pour la pose de sols à l'étranger et qu'elle collabore en Suisse avec B., qui est un distributeur de Z.

L. Dans sa duplique, le pouvoir adjudicateur conclut à l'irrecevabilité au motif que la recourante ne dispose pas d'un intérêt digne de protection. Même si le recours était admis, le marché ne pourrait être attribué à la recourante, mais devrait l'être à B., qui a remis une offre plus avantageuse. Au surplus, le pouvoir adjudicateur répète que:

- l'entreprise A. AG n'a pas d'expérience dans la pose d'un sol en bois mais bénéficie d'une excellente réputation auprès du centre sportif de C. et auprès des banques;
- les références de X. SA ne sont guère concluantes, ses employés ayant quitté l'entreprise pour rejoindre B. Tel est en particulier le cas pour les employés ayant réalisés les revêtements des centres sportifs de J. et K.;
- B. soumettait l'offre la meilleure marché et employait le personnel le mieux qualifié, sans pouvoir, comme entreprise nouvellement créée, justifier de garanties financières suffisantes;
- B. emploie toutefois certains anciens collaborateurs de X. SA et son personnel dispose de ce fait des qualifications requises pour la pose de sol Z.;
- B. ayant décidé de collaborer avec A. AG, qui apportait les garanties financières suffisantes, l'offre de A. AG devenait la plus avantageuse.

M. (...)

N. (...)

O. A la demande de la recourante, des débats publics sont intervenus devant la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics, en présence, outre des représentants du pouvoir adjudicateur et de la recourante, d'un représentant de l'adjudicataire, A. AG ainsi que d'un représentant de B. Le représentant de A. AG a indiqué que l'adjudicataire ne souhaitait pas être formellement partie à la procédure de recours. Les représentants de A. AG et de B. ont été entendus à titre d'information. En substance, la recourante a confirmé à cette occasion que le consortium avec Y. SA existait toujours et que ces deux entreprises collaboreraient si le marché était adjugé à X. SA. Celle-ci s'est engagée à fournir à la Commission de recours une attestation de Y. SA que cette dernière restait partie au consortium et exécuterait le marché avec X. SA si le marché devait leur être adjugé. L'attestation a par la suite été reçue par la Commission dans le délai fixé.

A. AG a indiqué avoir pris contact avec B. immédiatement après avoir reçu la documentation relative à l'appel d'offres, car la norme DIN figurant dans les spécifications techniques n'était alors remplie que par les parquets de marque Z., dont la distribution en Suisse est assurée exclusivement par B. et X. SA, le fabricant ne livrant pas lui-même directement en Suisse. A. AG et B. ont convenu, au moment de l'élaboration des offres, que A. AG se fournirait auprès de B. pour le parquet flottant Z. en vue de la réalisation du marché. B. a fait une offre à A. AG comportant le détail des prix pour chacun des éléments nécessaires à la réalisation des salles de sport de C., selon la liste des positions demandées par le pouvoir adjudicateur. Ensuite, B. et A. AG ont remis chacune une offre séparée au pouvoir adjudicateur. Au cours de la procédure d'évaluation des offres, A. AG et B. ont décidé de collaborer sous la forme d'une sous-traitance par A. AG à B. de la fourniture et pose du parquet. Le pouvoir adjudicateur a confirmé qu'il considérait que B. et A. AG avaient collaboré dans la préparation de leurs offres.

S'agissant de son expérience antérieure, B. a précisé avoir posé à L. un parquet sportif de marque Z. qui combinait une infrastructure du nouveau modèle et une superstructure de l'ancien. A la date du dépôt des offres et de l'adjudication du marché en cause, le sol posé à L. constituait la seule référence à un parquet Z. de marque D. 11/21 posé par B. (...)

L'effectif des poseurs travaillant pour X. SA au 31 décembre 1998 se montait à 18 personnes, dont 3 ou 4 étaient qualifiées pour poser des sols de type Z. et diriger une équipe. L'assistance de Y. SA se serait limitée au suivi du chantier, à l'organisation et à la logistique sur place, mais n'incluait pas de travail de pose des parquets. X. SA a dû se séparer de quelques poseurs pour des raisons économiques, mais elle dispose toujours au 30 juin 1999 de 23 poseurs. L'adjudicataire aurait fait effectuer la pose du parquet par B. qui disposait au moment de l'adjudication de 4 poseurs, dont deux disposaient d'une longue expérience dans la pose de sols sportifs. Le représentant de B. a indiqué que le pouvoir adjudicateur ne lui avait pas demandé de fournir de garantie bancaire, mais qu'il aurait autrement été en mesure d'en fournir une, comme il l'a fait pour la réalisation des salles de M. La recourante fournit des rapports financiers indiquant que B. dispose d'une surface financière de 180 000 à 250 000 francs.

La recourante a enfin apporté des précisions sur la différence de prix entre son offre et celle de l'adjudicataire. Les deux parties ont maintenu leurs conclusions.

Extraits des considérants:

Le rapport qualité/prix constituait le premier critère d'adjudication, par ordre d'importance. L'offre de la recourante, d'un montant de 422 006.85 francs, était plus élevée de 5160.45 francs (soit 1.24% de la valeur du marché adjugé) par rapport à l'offre de 416 846.40 francs de l'adjudicataire. Une différence de prix de 1.24% ne peut toutefois revêtir à elle seule un caractère obligatoirement déterminant pour le pouvoir adjudicateur. Dans le cadre d'une adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse, le prix ne constitue qu'un des critères d'adjudication. Il doit être mis en relation avec la qualité de la prestation, puis avec les autres critères d'adjudication afin de permettre au pouvoir adjudicateur de prendre sa décision, sans pour autant que soit négligée l'exigence de l'utilisation économique des fonds publics (décision de la Commission de recours du 29 juin 1998 en la cause Y c/ OCF [CRM 15/1997], consid. 3a, [JAAC 63.15, Revue de droit administratif et de droit fiscal 1999 I 37] et consid. 3b/aa). La Commission de recours a ainsi jugé qu'un pouvoir adjudicateur peut adjuger un marché à un soumissionnaire dont l'offre est 2 à 3% plus élevée que celle du recourant, lorsque cette différence de prix est compensée par une meilleure qualité de l'offre de l'adjudicataire et que le critère de la qualité était classé par ordre d'importance devant le prix (décision de la Commission de recours du 9 juillet 1998 en la cause A./N./C. c/ Die Sch. Post [BRK 2/1998], consid. 3c). En l'espèce, la qualité et le prix figurent au même niveau en tête des critères d'importance et sont de surcroît combinés en un seul critère. Le pouvoir adjudicateur a lui-même relevé que la qualité des offres de la recourante et de l'adjudicataire peut être considérée comme identique car toutes deux utilisent la même fourniture et la même technique de pose.

Les deux autres critères d'adjudication relatifs au délai d'exécution et à la capacité du soumissionnaire sont aussi remplis par X. SA. En conséquence, une adjudication du marché à X. SA est conforme à l'exigence d'une attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans de telles circonstances, il se justifie que la Commission de céans statue directement et prononce elle-même l'adjudication du marché au consortium formé de X. SA et Y. SA.

L'effet suspensif accordé au présent recours tombe du fait de la décision de la Commission sur le fond (Moser, op. cit., ch. 3.13).

1.a. La Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (ci-après: Commission de recours ou de céans) est compétente pour statuer au fond. (...)

b. Selon l'art. 48 let. a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA, RS 172.021), auquel renvoie l'art. 26 al. 1 de la loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP, RS 172.056.1), la qualité pour recourir appartient à quiconque est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. En outre, le droit de recourir présuppose la capacité d'être partie et d'ester en justice. Il n'est pas nécessaire que le recourant soit touché dans ses droits ou dans ses intérêts juridiquement protégés; un intérêt de fait suffit, mais le recourant doit être touché de façon plus intense que n'importe quel citoyen et se trouver avec l'objet du litige dans un rapport spécial, direct et digne d'être pris en considération. L'intérêt digne de protection consiste ainsi en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant ou, en d'autres termes, dans le fait d'éviter un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. L'intérêt doit être direct et concret; en particulier, la personne doit se trouver dans un rapport suffisamment étroit avec la décision; tel n'est pas le cas de

celui qui n'est atteint que de manière indirecte ou médiate. En matière de marchés publics, le soumissionnaire évincé est destinataire de la décision d'adjudication attaquée et est directement touché par celle-ci (ATF 123 V 115 consid. 5a; André Moser, in: André Moser/Peter Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, ch. 2.23 et 2.26; Alfred Kölz / Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd., Zurich 1998, ch. 533; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., Berne 1983, p. 181 s.; Evelyn Clerc, L'ouverture des

marchés publics: Effectivité et protection juridique, thèse Fribourg 1997, p. 524-527; pour comparaison sur recours de droit public, ATF 125 II 86 consid. 4).

En l'espèce, alors que le soumissionnaire évincé est un consortium formé de X. SA et de Y. SA, le recours a été déposé par la seule X. SA, agissant en son propre nom. Bien qu'elle ait déclaré ne pas vouloir se joindre au recours, Y. SA a par ailleurs confirmé qu'elle restait partie au consortium et qu'elle réaliserait le marché avec X. SA si celui-ci devait leur être adjudgé. Une société simple n'a pas la personnalité juridique et ne peut, comme telle, agir en justice. La question est celle de savoir si un membre d'une société simple peut recourir seul contre une décision adressée à la société simple ou s'il doit obtenir le consentement de tous les membres de celle-ci. S'agissant d'une hoirie, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour reconnaître aux membres de la communauté héréditaire la qualité pour recourir séparément lorsque le recours vise à combattre une mesure imposant des charges ou créant des obligations. La question est en revanche controversée s'agissant du recours intenté pour faire valoir un droit à des prestations. Quoi qu'il en soit, le consentement de tous les héritiers est nécessaire lorsqu'il apparaît que le recours est susceptible de léser ou de simplement menacer les intérêts de la communauté et des autres coïndivis (ATF 118 II 447 consid. 2). En règle générale, il faut admettre que le membre d'un consortium soumissionnaire a qualité pour recourir seul contre une décision d'adjudication rejetant l'offre du consortium, car il est touché par la décision de rejet de l'offre et a un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision qui affecte les droits et intérêts de la société simple. La décision contestée prive définitivement le consortium de l'adjudication du marché. Inversement, une admission du recours bénéficie directement à tous les autres membres du consortium. Il faut réserver le cas où un ou plusieurs membres d'un consortium auraient quitté le consortium, auraient expressément approuvé la décision d'adjudication litigieuse et se seraient à ce point distancé du recourant qu'ils auraient ainsi manifesté ne plus avoir l'intention d'exécuter le marché en consortium si celui-ci devait leur être attribué à l'issue du recours. Dans ce dernier cas, en effet, une admission du recours reviendrait à adjuger le marché à un nouveau soumissionnaire, différent de celui ayant pris part à la procédure de passation par le dépôt d'une offre (voir arrêt du Tribunal cantonal valaisan du 9 juillet 1998 dans l'affaire ARGE S. c/ Staatsrat, Revue valaisanne de Jurisprudence [RVJ] 1999 p. 83 ss). En l'espèce, X. SA dispose, seule, d'un intérêt suffisant car la décision contestée prive le consortium auquel elle participe de l'adjudication du marché. X. SA n'a pas indiqué recourir expressément au nom du consortium, mais agit uniquement en son propre nom, de sorte qu'il serait excessif d'exiger qu'elle fournisse une procuration signée de Y. SA par laquelle celle-ci se joindrait au recours. Il suffit d'observer qu'une acceptation du recours bénéficierait au consortium et que Y. SA a déclaré vouloir maintenir le consortium et être prête à exécuter le marché avec X. SA en cas d'admission du recours. En conséquence, la recourante a qualité pour agir au sens de l'art. 48 let. a PA (voir également décision non publiée de la Commission de recours du 25 mars 1997 en la cause M.P. c/ AFB [BRK 7/97], consid. 2a).

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur considère que la recourante ne dispose pas d'un intérêt digne de protection car elle ne peut obtenir aucun bénéfice du recours. Même si le recours était admis, le marché ne pourrait être attribué à X. SA, mais devrait l'être à B. qui a remis une offre plus avantageuse. Une telle argumentation ne saurait être suivie. B., bien que soumissionnaire, n'a pas recouru dans les délais contre l'adjudication du marché à A. AG. En conséquence, la décision d'adjudication est devenue définitive à son égard et ne saurait être remise en cause. Une annulation de l'adjudication accompagnée d'instructions impératives à l'attention du pouvoir adjudicateur ferait par contre renaître les chances de X. SA. La Commission de céans pourrait même attribuer directement le marché à la recourante. X. SA dispose donc d'un intérêt digne de protection.

c. L'adjudicataire A. AG a pris position sur le recours, après avoir consulté les écritures des parties ainsi que les pièces déposées par le pouvoir adjudicateur. A. AG a pris des conclusions propres et a soumis des pièces complémentaires à l'appui de ses observations portant sur la solidité financière de l'adjudicataire ainsi que sur son expérience et celle de B. dans la pose de parquets sportifs Z. Toutefois, en audience, le représentant de l'adjudicataire a expressément déclaré ne pas vouloir intervenir en qualité de partie, avec les droits et obligations résultant de cette qualité. En conséquence, on peut admettre que l'intervention limitée de l'adjudicataire ne lui a pas conféré la qualité de partie adverse au sens de l'art. 57 al. 1 PA (ATF non publié K. SA c/ canton X, du 9 octobre 1995, point B en fait et consid. 3; Clerc, op. cit., p. 533; Moser, op. cit., ch. 3.1 et les références citées).

2. (...)

3. La recourante invoque une entente illicite entre l'adjudicataire A. AG et B.

Selon l'art. 5 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart, RS 251), les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites. Selon l'art. 5 al. 3 LCart, les accords qui fixent directement ou indirectement des prix sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes. En règle générale, une entente entre soumissionnaires a pour effet de restreindre la concurrence sur le marché pour lequel un appel d'offres a été lancé, en contradiction avec les objectifs poursuivis par la LMP de renforcer la concurrence entre les soumissionnaires (art. 1 al. 1 let. b LMP et art. 4 de l'ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 [OMP], RS 172.056.11), de favoriser une utilisation économique des fonds publics (art. 1 al. 1 let. c LMP) et de garantir l'égalité de traitement des soumissionnaires (art. 1 al. 2 LMP). Par son contenu, chaque accord de soumission modifie le comportement des soumissionnaires pour le marché en cause; la connaissance réciproque que les parties à un accord acquièrent du contenu des offres des autres soumissionnaires modifie leur comportement en relation avec l'offre; enfin, l'accord de soumission cause un préjudice au pouvoir adjudicateur et aux soumissionnaires non parties à l'accord (Benedict Christ, Die Submissionsabsprache, Rechtswirklichkeit und Rechtslage, Fribourg 1999, ch. 367 s. et les références citées; Peter Gauch / Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Fribourg 1999, ch. 28.3). Il faut toutefois réserver les cas où un accord soit n'affecterait pas de manière notable la concurrence sur le marché en cause, soit, bien qu'affectant la concurrence, serait justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart). Lorsque des soumissionnaires concluent des accords qui restreignent sensiblement ou qui suppriment toute concurrence efficace, le pouvoir adjudicateur peut, selon le stade auquel l'illicéité est découverte et son impact sur la procédure de passation en cours, exclure les soumissionnaires en cause de la procédure de passation et continuer la procédure avec les soumissionnaires non parties à l'entente, interrompre la procédure de passation et lancer un nouvel appel d'offres, ou révoquer l'adjudication (art. 11 let. e LMP et art. 30 al. 2 let. b OMP; Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurich 1996, ch. 321 s.; Christ, op. cit., ch. 555 et 569). Il en résulte qu'une adjudication à un soumissionnaire ayant pris part à une entente restrictive de concurrence est illégale et doit être annulée.

Il ressort des pièces et des déclarations faites en audience que B. et A. AG ont collaboré à deux stades différents. En premier lieu, il est avéré que l'adjudicataire et B. ont offert le même type de parquet Z. pour le même prix à la même position de leurs offres

respectives. De plus, l'expert chargé par le pouvoir adjudicateur d'examiner les offres a souligné dans son rapport d'évaluation qu'une même erreur de multiplication figurait, pour cette position, dans les offres de A. AG et de B. En audience, A. AG et B. ont confirmé avoir convenu, durant l'élaboration des offres, que A. AG se fournirait auprès de B. pour le parquet flottant Z. en vue de la réalisation du marché. Cette fourniture était indispensable car seul un parquet de marque Z. pouvait remplir la norme DIN figurant dans les spécifications techniques pour le marché en cause. Or, la distribution et la pose en Suisse des parquets Z. est assurée exclusivement par B. et X. SA, le fabricant ne livrant pas lui-même directement en Suisse. Pour toutes les positions de l'offre qui nécessitaient une fourniture par B., celle-ci a indiqué à A. AG le prix demandé. Pour les autres positions de l'offre n'impliquant pas une fourniture par B., A. AG et B. ont indiqué avoir rempli leurs offres indépendamment. Ensuite, B. et A. AG ont remis chacune une offre séparée au pouvoir adjudicateur. La seconde étape de l'entente entre B. et A. AG a eu lieu au cours de la procédure d'évaluation des offres. Compte tenu de son inexpérience dans la pose de parquets sportifs Z. du type D. 11/21, A. AG a convenu de collaborer avec B. sous la forme d'une sous-traitance par A. AG à B. de la pose du parquet. Cette sous-traitance a été approuvée par le pouvoir adjudicateur qui a, sur cette base, adjugé le marché à A. AG.

La première phase de l'entente entre A. AG et B., au stade de l'élaboration des offres, a eu pour effet que ces deux entreprises non seulement connaissaient leur participation respective à la procédure de passation, mais aussi leurs bases de calcul respectives pour toutes les positions de l'offre impliquant une fourniture par B. Les chances de B. de réaliser le marché, soit complètement comme adjudicataire soit indirectement et partiellement comme fournisseur, étaient augmentées, de sorte que l'incitation pour B. d'offrir une offre plus avantageuse était diminuée d'autant. A. AG pouvait, pour sa part, évaluer une part importante du prix offert dans la soumission de B. L'incitation pour ces deux soumissionnaires d'offrir leur prix le plus bas était ainsi réduite, mais l'entente n'affectait cependant pas de manière notable la concurrence. En effet, la fourniture par B. à A. AG des parquets Z. a entraîné l'augmentation du nombre de soumissionnaires déposant une offre correspondant aux spécifications du pouvoir adjudicateur. S'il fallait conclure qu'une entreprise au bénéfice d'un accord de distribution exclusif pour la fourniture et la pose d'un produit ne peut à la fois déposer elle-même une offre pour un marché portant sur ledit produit et simultanément accepter de fournir ce même produit à d'autres soumissionnaires souhaitant participer au marché, la concurrence pour le marché en cause serait considérablement réduite, voire anéantie. Hormis l'hypothèse d'une surcharge de travail, il est improbable que le distributeur exclusif renonce à participer lui-même au marché comme soumissionnaire et se limite à offrir de livrer son produit à tout soumissionnaire potentiel qui lui en ferait la demande. En l'espèce, cela aurait eu pour conséquence que seuls deux soumissionnaires suisses pouvaient déposer une offre conforme aux exigences de l'appel d'offres, soit les deux distributeurs exclusifs des parquets Z. pour la Suisse, B. et X. SA. La mise en concurrence effective serait considérablement réduite, même si l'ouverture internationale des marchés publics résultant de l'accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP, RS 0.632.231.422) implique que des distributeurs de la marque Z. établis à l'étranger auraient aussi pu déposer une offre dans le cadre du marché lancé par le pouvoir adjudicateur. Par ailleurs, l'entente n'affectait pas la concurrence de manière notable. Premièrement, la collaboration entre B. et A. AG était limitée puisqu'elle ne portait, dans ce premier stade, que sur la fourniture, et non sur la pose des parquets, et que chacun était conscient que l'autre déposerait aussi une offre concurrente. En outre, A. AG et B. étaient conscientes que d'autres soumissionnaires non parties à l'entente, et singulièrement la recourante X. SA également distributrice des parquets Z., soumettraient probablement aussi une offre.

En revanche, l'approfondissement de l'entente intervenu lors de la phase d'évaluation des offres, par lequel A. AG a convenu avec B. que cette dernière assurerait aussi la pose du parquet sportif, a eu pour effet de réduire notablement la concurrence. Une entente entre soumissionnaires peut intervenir à toutes les phases de la procédure de passation, jusqu'à l'adjudication (Christ, op. cit., ch. 78). Même si la collaboration entre B. et A. AG n'a pas pris la forme d'un consortium, mais celle d'une sous-traitance, l'importance de la sous-traitance était telle que ses effets étaient identiques à ceux d'un consortium. B. fournissait les parquets et assurait la direction technique ainsi que l'exécution de l'ouvrage, alors que la participation de A. AG se concentrait sur le travail administratif. Une telle entente produit des effets équivalents à ceux d'un consortium par lequel les soumissionnaires s'entendent pour déposer indépendamment des offres, mais s'engagent à former entre eux un consortium dans l'hypothèse où l'un d'eux obtiendrait le marché (ARGE-Vorvertrag, cf. Christ, op. cit., ch. 85 et 343). Une telle entente réduit de manière notable la concurrence puisqu'elle a pour conséquence que le soumissionnaire le mieux placé, comme l'était en l'espèce B., se laisse écarter de la procédure de passation, renonce à faire valoir sa capacité technique et financière d'emblée auprès du pouvoir adjudicateur ou dans un recours, car il est assuré de retirer une part importante du bénéfice du marché grâce à la large sous-traitance dont il bénéficie de la part de l'adjudicataire. L'entente a eu pour effet que l'autre partie au marché, le pouvoir adjudicateur, a adjugé le marché à une offre plus élevée et moins avantageuse que celle de B. Elle a également conduit à une distorsion de concurrence au préjudice d'un soumissionnaire non participant à l'entente, c-à-d. X. SA, car l'appréciation du pouvoir adjudicateur aurait pu être différente s'il avait eu à choisir entre les offres de B. et celle de X. SA, compte tenu notamment des expériences antérieures dont pouvaient se prévaloir ces deux soumissionnaires. Que le pouvoir adjudicateur ait eu en l'espèce connaissance de cette entente ne change rien à son caractère illicite, mais constitue une violation supplémentaire des règles régissant la procédure de passation des marchés. L'entente, sous la forme finale d'une sous-traitance par A. AG à B. de l'essentiel du marché, était illicite et aurait dû conduire à l'exclusion des deux offres. L'adjudication du marché à A. AG, qui incorporait la sous-traitance illicite, est illégale et doit être annulée déjà pour cette raison.

4. La recourante conteste la manière dont le pouvoir adjudicateur a apprécié l'aptitude financière des soumissionnaires.

La capacité financière relève des critères d'aptitude qui doivent faire l'objet d'une publication dans l'appel d'offres ou la documentation relative à l'appel d'offres. Il découle du principe général de transparence des procédures de passation (art. 1 al. 1 let. a LMP) une obligation de publication suffisante des critères d'aptitude financière et des moyens de preuve demandés à cet égard (art. VIII § a et b AMP, art. IX § 6 al. f AMP, art. XII § 2 al. f AMP, art. 9 LMP, art. 16 al. 1 OMP et ch. 10 de l'annexe 4 à l'OMP).

En l'espèce, le seul critère d'aptitude financière figurait dans la documentation relative à l'appel d'offres, au troisième et dernier rang des critères d'adjudication qui mentionnait de manière générale la capacité du soumissionnaire. S'agissant des moyens de preuve de l'aptitude financière, la seule indication était la réserve, dans l'appel d'offres, de la possibilité d'exiger une garantie de l'adjudicataire. Une indication aussi rudimentaire est difficilement compatible avec l'exigence de transparence et de publication des critères d'aptitude et moyens de preuve (cf. Gauch/Stöckli, op. cit., ch. 10.3).

Par ailleurs, les exigences relatives au respect des conditions de travail en Suisse et à la protection des travailleurs, sur lesquelles le pouvoir adjudicateur indique dans sa réplique avoir mis l'accent pour apprécier l'aptitude des soumissionnaires, ne relèvent pas des conditions d'aptitude, mais constituent d'autres conditions que le pouvoir adjudicateur peut imposer dans le

cadre de la passation d'un marché. Si ces exigences doivent être remplies, elles ne jouent cependant aucun rôle pour l'appréciation de l'aptitude financière stricto sensu, ce qui ressort déjà de leur traitement séparé dans le système de la loi. Alors que le respect des conditions de travail est visé par l'art. 8 al. 1 let. b LMP et sanctionné par l'art. 11 let. d LMP, les critères d'aptitude figurent à l'art. 9 LMP et sont sanctionnés par l'art. 11 let. a LMP.

De plus, les critères d'aptitude et ceux d'adjudication, avec les moyens de preuve y relatifs, doivent être distingués car les uns se réfèrent à la capacité du soumissionnaire et les autres à l'offre elle-même. Afin de respecter le principe de transparence, ils doivent faire l'objet de points distincts lors de la publication (voir notamment les points 10 et 14 de l'annexe 4 à l'OMP). Or, en l'espèce, le pouvoir adjudicateur a groupé les critères d'aptitude technique et financière dans le dernier point des critères d'adjudication. Si la nature variée des différents marchés de travaux publiés dans le même appel d'offres pour la construction du centre de C. empêchait que les critères d'aptitude financière figurent dans l'appel d'offres lui-même, rien ne s'opposait en revanche à ce qu'ils soient explicités dans la documentation relative à l'appel d'offres. Compte tenu du fait que la recourante n'a pas contesté l'appel d'offres dans le délai de recours (art. 29 let. b LMP) et au vu des circonstances du cas d'espèce, il ne se justifie pas d'annuler la décision d'adjudication sur cette seule base.

Enfin, à l'exception de la réserve d'une garantie financière, le pouvoir adjudicateur n'a pas publié, ni annoncé dans la documentation relative à l'appel d'offres, les moyens de preuve de l'aptitude financière que les soumissionnaires devaient déposer. Une telle annonce est indispensable au respect de l'art. 19 al. 1 LMP selon lequel les offres doivent être remises dans le délai fixé et de manière complète. Il en découle que les soumissionnaires doivent inclure déjà dans leur offre tous les moyens de preuve de leur aptitude, aussi bien financière que technique. Une telle exigence est indispensable pour garantir l'égalité de traitement dans la procédure de passation. Elle n'est plus respectée lorsque le pouvoir adjudicateur n'indique pas d'emblée les moyens de preuve requis, mais les demande après coup aux soumissionnaires. Dans une telle hypothèse, non seulement l'aptitude financière des soumissionnaires risque de ne pas être correctement vérifiée, mais encore le risque d'une violation de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires est patent, en particulier si le pouvoir adjudicateur renonce à demander des preuves de l'aptitude financière à tous les soumissionnaires. Même si la non-publication des moyens de preuve de l'aptitude financière ne peut plus être attaquée comme telle au stade de l'adjudication, une mauvaise appréciation de l'aptitude financière qui en résulterait peut être vérifiée dans le cadre d'un recours contre la décision d'adjudication.

En l'espèce, la solidité financière de l'adjudicataire était suffisamment prouvée, aux yeux du pouvoir adjudicateur, par la bonne réputation dont jouissait A. AG auprès du centre sportif de C. et auprès des banques, ainsi que par les attestations de paiement régulier des cotisations sociales et de la TVA fournies par A. AG postérieurement au délai de dépôt des offres, mais durant la procédure d'évaluation. Par ailleurs, l'adjudicataire joint en annexe à ses observations une copie du rapport de l'organe de révision pour l'année 1997 dans lequel les réviseurs constatent que les comptes sont tenus conformément aux dispositions légales et proposent l'approbation des comptes annuels. La Commission de céans observe ainsi qu'aucun élément ne permet de douter de la capacité financière de l'adjudicataire mise en doute par la recourante.

En revanche, il est ressorti de l'audience que le pouvoir adjudicateur n'a pas correctement vérifié l'aptitude financière de B. En effet, dans toutes ses écritures, le pouvoir adjudicateur a indiqué que le marché ne pouvait pas être adjugé à B., alors même que ce soumissionnaire avait remis l'offre la plus basse et disposait par ailleurs de l'aptitude technique, car cette jeune entreprise ne disposait pas de la capacité financière requise. En particulier, B. aurait été incapable de fournir une garantie bancaire. Durant l'audience, le représentant de B. a déclaré, sans être contredit par le pouvoir adjudicateur, que son entreprise aurait été en mesure de fournir une garantie bancaire si elle lui avait été demandée par le pouvoir adjudicateur. Une surface financière de B. de 180 000 à 250 000 francs ressort également des renseignements financiers déposés par la recourante. Il faut en conclure que le pouvoir adjudicateur n'a pas correctement, voire même pas du tout vérifié l'aptitude financière de B. lorsqu'il a pris sa décision d'adjudication, le 8 février 1999. Le pouvoir adjudicateur a ainsi violé son obligation de vérifier l'aptitude financière des soumissionnaires en ne vérifiant pas celle de B. et a violé de ce fait l'égalité de traitement entre soumissionnaires. Le fait que le pouvoir adjudicateur ait réalisé de bonnes expériences précédemment pour d'autres marchés avec A. AG ne constituait pas un motif permettant au pouvoir adjudicateur de négliger l'appréciation de l'aptitude financière d'un autre soumissionnaire. La procédure de passation a été violée également sur ce point.

5. En résumé, le pouvoir adjudicateur a violé les règles sur les marchés publics en adjugeant le marché à une offre ayant fait l'objet d'une entente, et en approuvant cette entente, ainsi qu'en n'effectuant pas une évaluation complète de la capacité financière des soumissionnaires. Le recours doit déjà être admis pour ces deux raisons. Il est dès lors superflu d'examiner les autres griefs soulevés par la recourante qui considèrent qu'elle bénéficiait d'une meilleure aptitude technique que A. AG et son sous-traitant B. et qui contestait enfin que l'adjudication ait été faite à l'offre économiquement la plus avantageuse.

6. Lorsqu'un recours s'avère fondé, la Commission de recours peut soit renvoyer l'affaire au pouvoir adjudicateur avec des instructions impératives, soit statuer elle-même directement (art. 32 al. 1 LMP). Compte tenu de la grande marge d'appréciation dont bénéficient les pouvoirs adjudicateurs, la Commission de recours renvoie en règle générale l'affaire au pouvoir adjudicateur pour qu'il statue à nouveau. Toutefois, lorsque les faits sont entièrement élucidés et que l'adjudication ne peut avoir lieu qu'à un seul recourant, il se justifie, pour assurer une procédure de recours rapide et efficace (art. XX § 2 AMP), que la Commission de céans statue directement (Clerc, op. cit., p. 555-557).

En l'espèce, seules trois offres remplissaient les spécifications techniques de l'appel d'offres. Les offres de B. et A. AG doivent être écartées car elles ont fait l'objet d'une entente. De plus, B., comme soumissionnaire indépendant, ne pourrait obtenir l'attribution du marché car elle n'a pas recouru dans les délais contre la décision d'adjudication. La capacité technique et financière de la recourante est prouvée. X. SA est distributeur pour la Suisse (exclusivité en Suisse romande et en partage avec B. pour le reste de la Suisse) des parquets Z. et a déjà posé plusieurs parquets sportifs du même type. La recourante s'est limitée à produire dans la procédure de passation des références pour des sols Z. réalisés dans le canton de E., par commodité en cas de visite du pouvoir adjudicateur, mais elle a réalisé d'autres sols Z. de type similaire à celui exigé pour le marché en cause. Il ressort du dossier de la procédure de passation que la recourante dispose de la plus longue expérience en relation avec les planchers sportifs de marque Z. Par ailleurs, le grief selon lequel l'aptitude technique de X. SA ne serait plus garantie car de nombreux employés auraient quitté X. SA pour B. n'est pas fondé. Selon les explications fournies en audience par la recourante, l'effectif des poseurs travaillant pour X. SA au 31 décembre 1998 se montait à 18 personnes, dont 3 ou 4 étaient qualifiés pour poser des sols de type Z. et diriger une équipe. Si X. SA a dû se séparer de quelques poseurs pour des raisons économiques, elle dispose toujours au 30 juin 1999 de 23 poseurs.

Le prix un peu plus élevé de l'offre de la recourante ne constitue pas un obstacle à ce que le marché lui soit attribué. Selon l'art. 21 al. 1 LMP, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Celle-ci est

évaluée en fonction de différents critères qui doivent figurer par ordre d'importance dans la documentation relative à l'appel d'offres (art. 22 al. 2 LMP). En l'espèce, la documentation relative à l'appel d'offres énumérait les critères d'adjudication suivants, par ordre d'importance:

- rapport qualité/prix;
- délai d'exécution;
- capacité du soumissionnaire.

Le rapport qualité/prix constituait le premier critère d'adjudication, par ordre d'importance. L'offre de la recourante, d'un montant de 422 006.85 francs, était plus élevée de 5160.45 francs (soit 1.24% de la valeur du marché adjugé) par rapport à l'offre de 416 846.40 francs de l'adjudicataire. Une différence de prix de 1.24% ne peut toutefois revêtir à elle seule un caractère obligatoirement déterminant pour le pouvoir adjudicateur. Dans le cadre d'une adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse, le prix ne constitue qu'un des critères d'adjudication. Il doit être mis en relation avec la qualité de la prestation, puis avec les autres critères d'adjudication afin de permettre au pouvoir adjudicateur de prendre sa décision, sans pour autant que soit négligée l'exigence de l'utilisation économique des fonds publics (décision de la Commission de recours du 29 juin 1998 en la cause Y c/ OCF [CRM 15/1997], consid. 3a, [JAAC 63.15, Revue de droit administratif et de droit fiscal 1999 I 37] et consid. 3b/aa). La Commission de recours a ainsi jugé qu'un pouvoir adjudicateur peut adjuger un marché à un soumissionnaire dont l'offre est 2 à 3% plus élevée que celle du recourant, lorsque cette différence de prix est compensée par une meilleure qualité de l'offre de l'adjudicataire et que le critère de la qualité était classé par ordre d'importance devant le prix (décision de la Commission de recours du 9 juillet 1998 en la cause A./N./C. c/ Die Sch. Post [BRK 2/1998], consid. 3c). En l'espèce, la qualité et le prix figurent au même niveau en tête des critères d'importance et sont de surcroît combinés en un seul critère. Le pouvoir adjudicateur a lui-même relevé que la qualité des offres de la recourante et de l'adjudicataire peut être considérée comme identique car toutes deux utilisent la même fourniture et la même technique de pose.

Les deux autres critères d'adjudication relatifs au délai d'exécution et à la capacité du soumissionnaire sont aussi remplis par X. SA. En conséquence, une adjudication du marché à X. SA est conforme à l'exigence d'une attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans de telles circonstances, il se justifie que la Commission de céans statue directement et prononce elle-même l'adjudication du marché au consortium formé de X. SA et Y. SA.

L'effet suspensif accordé au présent recours tombe du fait de la décision de la Commission sur le fond (Moser, op. cit., ch. 3.13).

Dokumente der BRK