



Cour II
B-2778/2008
{T 0/2}

Arrêt du 20 mai 2009

Composition

Bernard Maitre (président du collège),
Claude Morvant, Marc Steiner, juges,
Olivier Veluz, greffier.

Parties

Y._____ SA,
recourante,

contre

A._____ SA,
adjudicataire,

Armasuisse Immobilier,
Blumenbergstrasse 39, 3003 Berne,
représentée par Maître Judith Sager,
pouvoir adjudicateur.

Objet

marchés publics (Drognens FR, place d'armes –
assainissement première étape – lot n° 12).

Faits :**A.**

Armasuisse Immobilier (ci-après : le pouvoir adjudicateur) publia dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) n° 248 du 21 décembre 2007 un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de travaux de construction intitulé "Drognefs FR, place d'armes ; Assainissement première étape". Le projet consistait en la "construction du bâtiment des réfectoires et de la cuisine Cube SIA de 12'500 m³ ; assainissement des enveloppes des bâtiments Intendances, Foyer et Halle de sports surface des toitures de 2900 m² surface des façades de 2800 m²" ; le marché était réparti en dix lots numérotés de 5 à 14 et les offres pouvaient être soumises pour plusieurs lots.

Le lot n° 12 CFC 242/243/247 visait l'installation de chauffage et la récupération de chaleur. Six offres ont été déposées pour ce lot dans le délai de clôture pour le dépôt des offres, fixé au 8 février 2008 à 24.00 heures. Parmi celles-ci, figurait celle de Y. _____ SA pour un montant total net de Fr. 367'299.20.

Par décision du 15 avril 2008, publiée dans la FOSC n° 72 du même jour, Armasuisse Immobilier adjugea le lot n° 12 à A. _____ SA (ci-après : l'adjudicataire).

B.

Par écritures non datées, mises à la poste le 29 avril 2008, Y. _____ SA (ci-après : la recourante) recourt contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle conclut à "l'exclusion" de l'adjudicataire et à "la révocation de l'adjudication".

Pour motifs, la recourante fait valoir ses doutes quant au fait que, lors du dépôt de son offre, l'adjudicataire disposait ou allait disposer de plus de quinze ouvriers en chauffage, ainsi que de plus de quinze ouvriers en ventilation. Suite à un contact avec le pouvoir adjudicateur, l'adjudicataire aurait complété son offre en s'engageant à trouver le personnel nécessaire pour l'exécution des travaux. Le marché de l'emploi étant difficile dans cette branche, il ne serait pas correct de compléter son offre sur la base de prévisions futures qui ne sont, de plus, pas certaines d'être réunies.

La recourante allègue que l'adjudicataire a transmis des renseignements incomplets ou erronés au pouvoir adjudicateur. Selon elle, l'adjudicataire aurait rempli des "données factices juste pour obtenir les points optimaux permettant de décrocher les mandats". Elle demande ainsi que le critère de la capacité de travail soit vérifié afin qu'il corresponde à la réalité de l'adjudicataire, notamment sous l'angle "du respect des autorités sociales (AVS/AC, etc.)".

De plus, la recourante relève que l'adjudicataire n'est pas membre de l'Association suisse et liechtensteinoise des entreprises de technique du bâtiment (Suissetec), de sorte qu'il n'est pas soumis au respect de la convention collective de travail (CCT) de Suissetec. Selon la recourante, l'adjudicataire aurait ainsi produit une autre preuve garantissant à ses salariés l'égalité de traitement entre hommes et femmes, sur le plan salarial, pour les prestations fournies en Suisse.

C.

Le 5 mai 2008, le Tribunal administratif fédéral a invité la recourante à préciser ses conclusions. Il a par ailleurs relevé que la recourante n'avait pas demandé à ce que son recours ait effet suspensif.

Par courrier du 6 mai 2008, la recourante a indiqué qu'elle ne contestait que l'adjudication du lot n° 12.

D.

Par pli du 3 juin 2008, le pouvoir adjudicateur a informé le Tribunal qu'un contrat portant sur le lot litigieux avait été signé avec l'adjudicataire le 8 mai 2008.

E.

Invitée à se prononcer sur le recours, A._____ SA en propose le rejet dans sa réponse du 6 juin 2008.

L'adjudicataire relève qu'il ne s'est pas engagé à trouver du personnel de montage mais qu'il dispose de son propre personnel actif dans le domaine du chauffage, comme l'indique la liste de ses employés. Le premier grief de la recourante serait ainsi sans fondement.

Il soutient par ailleurs que la CCT de Suissetec a force obligatoire depuis plusieurs années. Dans ces conditions, toutes les entreprises actives dans le domaine du chauffage seraient soumises à dite CCT. De plus, le fait d'appartenir ou non à une association professionnelle

ne libérerait personne du respect de cette convention collective. Dans ce contexte, l'adjudicataire joint une attestation de Suissetec Fribourg et indique que son directeur a présidé durant trois ans la commission paritaire et durant six ans l'association fribourgeoise des entreprises de chauffage et ventilation.

L'adjudicataire joint également à sa réponse d'autres documents démontrant qu'il est à jour dans le paiement de ses impôts et de ses charges sociales.

F.

Dans sa réponse du 18 juin 2008, Armasuisse Immobilier conclut au rejet du recours sous suite de frais et dépens.

Pour motifs, le pouvoir adjudicateur fait valoir que les documents de soumission ne précisait pas le nombre de collaborateurs à mettre à disposition pour chaque lot ; ils mentionnaient simplement que l'entreprise devait assurer, par ses propres moyens ou à l'aide de moyens susceptibles d'être acquis rapidement et avec certitude, l'exécution des prestations décrites dans les documents de l'appel d'offres. Il relève que l'adjudicataire a soumis une offre pour deux lots. Il aurait ainsi été convoqué pour évoquer la question de sa capacité. Cet entretien aurait fait l'objet d'un procès-verbal. Le pouvoir adjudicateur soutient qu'il s'agissait de confirmer une information contenue dans l'offre de l'adjudicataire et, partant, de dissiper des doutes quant à sa capacité de travail. L'adjudicataire n'aurait jamais été autorisé à compléter son offre, de sorte que sa convocation n'a pas porté préjudice aux autres soumissionnaires. L'adjudicataire aurait affirmé que son entreprise disposait du personnel nécessaire pour faire face aux travaux et qu'il était conscient de l'ampleur du marché et des délais.

Selon le pouvoir adjudicateur, les soumissionnaires ont été invités à produire une déclaration justifiant le respect des conditions de travail. L'adjudicataire aurait ainsi produit une attestation, certes non datée, de Suissetec. Le pouvoir adjudicateur soutient qu'une attestation non datée ne justifie toutefois pas l'exclusion d'un soumissionnaire. Les renseignements pris auprès de la commission paritaire Suissetec de Fribourg lui auraient permis de s'assurer que l'adjudicataire respectait les conditions de travail. L'offre soumise par l'adjudicataire serait ainsi complète.

Le pouvoir adjudicateur note enfin que l'examen de l'offre de l'adjudicataire s'est déroulé dans le respect des principes de la transparence et de l'égalité de traitement. Dite offre aurait été évaluée telle qu'elle a été remise et n'aurait pas fait l'objet d'une révision.

G.

Invitée à répliquer, la recourante a maintenu ses conclusions dans ses écritures du 3 septembre 2008.

La recourante prétend que l'attestation de Suissetec produite par l'adjudicataire, non datée, est un faux, ce dernier n'étant pas membre de dite association. L'offre de ce dernier n'aurait donc pas dû être adjugée. Par ailleurs, les critères "Respect des conditions de sécurité au travail" et "Normes SIA" ne seraient pas garantis "par une attestation délivrée par la commission paritaire, laquelle (...) *surveillerait* l'application de la convention collective de travail. Seule une attestation Suissetec (...) *prouverait* cette application et son engagement". La recourante soutient enfin que le "principe d'égalité" n'a pas été respecté, dans la mesure où l'adjudicataire, qui n'a pas adhéré à l'association Suissetec, ne s'acquitte pas de la cotisation fixée en fonction de la masse salariale.

H.

Par courrier du 22 septembre 2008, le pouvoir adjudicateur a renoncé à déposer une duplique. Il a néanmoins confirmé ses conclusions formulées dans sa réponse du 18 juin 2008.

I.

Dans sa duplique du 26 septembre 2008, l'adjudicataire maintient ses conclusions.

Concernant les allégations de la recourante quant au fait qu'il aurait produit un faux, l'adjudicataire soutient qu'il s'agit d'une accusation grave qui met en cause son intégrité et son honnêteté. En agissant ainsi, la recourante ne chercherait qu'à semer le doute et le discrédit.

L'adjudicataire relève par ailleurs en bref que le fait de ne pas être membre de l'association Suissetec, pour des raisons qui lui sont propres, lui occasionne des charges financières supérieures à celles qu'il supporterait s'il en était membre.

J.

Les duplicques de l'adjudicataire et du pouvoir adjudicateur ont été transmises à la recourante le 8 octobre 2008, date à laquelle la clôture de l'échange d'écritures a été signalée aux parties.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Droit :**1.**

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

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 adjugé 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 adjuger atteint les seuils prescrits par l'art. 6 al. 1 LMP.

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). 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.

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 appert 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.

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

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^{ère} 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).

2.4.1 En l'espèce, le litige concerne le projet d'assainissement et d'agrandissement de la place d'armes de Drognens. 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 Drogens 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.

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.

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.

3.

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*, 2^e 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*, 2^e éd., Berne 1983, p. 181 s.).

La qualité pour agir doit ainsi être reconnue à la recourante.

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.

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.

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 révise 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).

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).

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".

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.

5.

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

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.

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 entête 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.

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.

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.

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.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis. Partant, il est constaté que la décision d'adjudication du lot n° 12 du 15 avril 2008 viole le droit fédéral des marchés publics.

2.

Les frais de procédure, d'un montant réduit de Fr. 500.-, sont mis à la charge de l'adjudicataire. Ce dernier est invité à verser cette somme dans les trente jours suivant l'entrée en force du présent arrêt.

3.

L'avance de frais de Fr. 2'100.- versée par la recourante sera restituée à cette dernière dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.

Il n'est pas alloué de dépens.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire : annexe : formulaire "Adresse de paiement")
- à l'adjudicataire (acte judiciaire)
- au pouvoir adjudicateur (acte judiciaire)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

Le greffier :

Bernard Maitre

Olivier Veluz

Indication des voies de droit :

Pour autant qu'il soulève une question de principe (art. 83 let. f ch. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]), la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (voir art. 42 LTF).

Expédition : 27 mai 2009