



Cour II

Case postale
CH-9023 St-Gall
Téléphone +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.tribunal-administratif.ch

Numéro de classement : B-3234/2016
ric/mta/due

Décision incidente du 24 août 2016

Composition

Pascal Richard (président du collège),
Hans Urech, Francesco Brentani, juges,
Alban Matthey, greffier.

En la cause

Parties

X. _____ SA,
représentée par Me Tobias Zellweger, avocat,
recourante,

contre

Y. _____ SA,
représentée par Me Pascal de Preux, avocat,
intimée,

Ecole polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL),
Domaine Immobilier et Infrastructure,
BS 127, Station 4, 1015 Lausanne,
représentée par Me Claude-Alain Dumont, avocat,
pouvoir adjudicateur,

Objet

marchés publics - Renouvellement des infrastructures
thermiques - Simap-Projet-ID 133363,

Faits :

A.

A.a Le 25 novembre 2015, l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne (ci-après : EPFL ou pouvoir adjudicateur), domaine immobilier et infrastructures, a publié dans le Système d'information sur les marchés publics en Suisse (Simap) un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de travaux de construction intitulé "EPFL : renouvellement des infrastructures thermiques".

A.b Dans le délai de clôture pour le dépôt des offres, fixé au 26 janvier 2016 à 16h00, quatre soumissionnaires ont déposé une offre. Parmi celles-ci figurait l'offre de X. _____ SA (ci-après : la recourante) pour un montant de (...) francs et (...) centimes hors taxe et celle de Y. _____ SA (ci-après : l'intimée [...]) pour un montant de (...) francs et (...) centimes hors taxe.

A.c Le pouvoir adjudicateur a procédé, entre mars et avril 2016, à trois séances d'explications et de négociations des offres. Il a tout d'abord entendu, durant le mois de mars, à deux reprises l'ensemble des soumissionnaires puis a procédé, le 4 avril 2016, au classement de ceux-ci. Il a ensuite présélectionné l'intimée et la recourante pour la suite de la procédure d'adjudication et a effectué; le 21 avril 2016, un dernier tour de présentation et de négociations avec celles-ci. La recourante et l'intimée ont ensuite déposé leur offre finale qui a fait l'objet d'un classement en vue de l'adjudication.

B.

Par décision publiée dans Simap le 3 mai 2016, le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché à l'intimée pour un montant de 51'500'000 francs hors taxe, indiquant qu'il s'agissait de la solution la plus adéquate selon les critères d'adjudication de l'appel d'offres.

C.

Le 23 mai 2016, la recourante exerce un recours au Tribunal administratif fédéral contre cette décision concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à l'annulation de ladite décision et à l'attribution du marché à elle-même. Subsidiairement, elle requiert le renvoi de la cause au pouvoir adjudicateur. Préalablement, elle demande l'octroi de l'effet suspensif au recours, ainsi que la production de l'ensemble des offres et variantes soumises par l'intimée.

A l'appui de ses conclusions, la recourante se plaint d'une violation du principe de la confidentialité des offres par le pouvoir adjudicateur en ce sens que celui-ci a transmis à l'intimée une solution technique qu'elle a développée et proposée lors de la soumission. Elle expose en particulier que cette solution technique ressort d'une variante à son offre dont les caractéristiques essentielles sont l'utilisation du fluide frigorigène Z._____, d'une part, et de pompes à chaleur (...) et de chaudières à gaz (...), d'autre part ; cette variante a été proposée le 4 mars 2016 puis complétée les 11 et 22 mars 2016. Elle relève que l'intimée n'avait pas formulé de solution technique comprenant l'utilisation de Z._____ dès lors qu'elle avait exclu l'utilisation de ce frigorigène dans son offre initiale. Aussi, elle fait valoir que le pouvoir adjudicateur en envoyant un courriel, le 15 avril 2016, demandant à l'intimée de présenter une offre sur un système comprenant, notamment l'utilisation de Z._____, des pompes à chaleur (...) et des chaudières à gaz (...), a violé le principe de confidentialité des offres en remettant à l'intimée une solution technique exposée dans ses propres variantes les 4, 11 et 22 mars 2016. Elle relève encore que le pouvoir adjudicateur, en invitant précisément l'intimée à formuler une offre sur cette variante au Z._____, a admis, par acte concluant, que cette solution technique correspondait le mieux à ses besoins et attentes. Or, elle souligne que l'intimée n'a été en mesure d'offrir cette solution technique qu'en raison de la violation de la confidentialité des offres par le pouvoir adjudicateur, lequel a, ce faisant, faussé l'issue de la procédure d'adjudication. S'agissant de l'effet suspensif, elle se prévaut des chances de succès de son recours et nie toute urgence à la réalisation du projet.

D.

D.a Par déterminations du 3 juin 2016, le pouvoir adjudicateur s'est déterminé sur la requête d'octroi de l'effet suspensif et a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de celle-ci et à ce qu'il puisse conclure le contrat prévu avec l'intimée. Il rappelle que le marché porte sur la conclusion d'un contrat d'entreprise totale comportant plusieurs phases ; le projet sera ainsi arrêté de façon détaillée, précise et claire lorsque tous les permis et autorisations auront été délivrés. Par conséquent, ni le choix du fluide frigorigène ni la configuration technique définitive des installations thermiques n'ont été fixés au moment de l'adjudication. Il relève par ailleurs que les offres de l'intimée et de la recourante se fondent sur un concept préétabli par l'EPFL et que ces deux sociétés ne conçoivent pas elles-mêmes les pompes à chaleur mais se fournissent auprès de fabricants spécialisés ; les offres ne comprennent ainsi pas d'innovations

particulières. De plus, il indique que les offres initiales de dites sociétés proposaient des pompes à chaleur fonctionnant au fluide frigorigène T._____, la recourante ayant présenté pour la première fois, lors de la séance du 4 mars 2016, un concept au Z._____. Cette solution ne constitue toutefois pas, selon le pouvoir adjudicateur, une nouveauté ou une technologie inconnue de l'intimée puisqu'elle a évoqué ce gaz frigorigène dans son offre. Partant, le pouvoir adjudicateur conteste que son courriel du 15 avril 2016 à l'intimée viole la confidentialité des offres ; il visait seulement à obtenir une solution alternative au projet au T._____ et permettre une comparaison équitable des offres. Enfin, il constate que l'intimée a présenté une offre moins chère que celle de la recourante pour l'une et l'autre variante, le choix de T._____ ou de Z._____ n'ayant d'ailleurs qu'un impact dérisoire sur le prix global du marché. Il estime en conséquence que le recours est dénué de chances de succès.

Dans l'hypothèse où le tribunal ne nierait pas les chances de succès du recours, il expose que, depuis la publication de l'appel d'offres, la ville de Lausanne a obtenu l'attribution des Jeux Olympiques de la Jeunesse (ci-après : JOJ) et que la RTS a décidé de s'installer sur le campus de l'EPFL. L'implantation de la Radio Télévision Suisse (RTS) et du village olympique respectivement sur le site de l'EPFL et celui de la Pala dans le périmètre de l'Université de Lausanne (ci-après : unil), en 2020, nécessitera, selon le pouvoir adjudicateur, leur raccordement aux installations thermiques litigieuses. Or, ces deux projets ne sauraient souffrir aucun retard au risque de les mettre en péril ; le pouvoir adjudicateur produit à l'appui de ses arguments un courrier du chef du Service Immeuble, Patrimoine et Logistique du canton de Vaud (ci-après : SIPal) et une lettre du directeur des Affaires générales de la RTS, tous deux datés du 1^{er} juin 2016. De plus, il indique que la capacité du système thermique actuel est insuffisante pour faire face au fort développement, ces dernières années, des infrastructures de l'EPFL et que la vétusté de celui-ci expose les installations à un risque de panne potentiellement très dommageable pour les expériences scientifiques en cours. Il se prévaut ainsi d'une urgence particulière et d'un intérêt public majeur à la conclusion immédiate du contrat.

D.b Le 3 juin 2016, l'intimée a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif formulée par la recourante. Elle relève tout d'abord que l'intérêt juridique et pratique effectif de la recourante à recourir n'existe pas dès lors qu'elle ne démontre pas que

son offre serait la meilleure ni que sa notation eût été faussée par une éventuelle violation du principe de la confidentialité des offres ni n'établit un lien de causalité entre celle-ci et la décision d'adjudication. Elle expose ensuite que le marché en cause est un marché d'entreprise totale qui se déroule en deux phases : l'une d'étude et l'autre de réalisation. Elle relève ainsi que le choix technique – à savoir un système utilisant le Z._____ ou le T._____ – n'a pas encore été arrêté par le pouvoir adjudicateur, la recourante errant lorsqu'elle affirme que l'EPFL a retenu la solution au Z._____. Elle considère en outre que l'utilisation de ce gaz, mentionnée également dans son offre, est une solution technique courante de sorte que la proposition de la recourante n'est ni originale ni exclusive. Elle estime dès lors que l'adjudicateur était habilité à lui demander de formuler une offre basée sur dite solution technique. Par ailleurs, elle allègue que l'intérêt public à la conclusion immédiate du contrat est cruciale compte tenu des conséquences, qu'engendreraient un retard dans l'exécution des travaux sur les activités de l'EPFL, la tenue des JOJ et l'installation du nouveau site de la RTS. Elle fait ainsi valoir que l'absence de chances de succès du recours et l'urgence inhérente au renouvellement des infrastructures thermiques conduisent au rejet de la requête d'effet suspensif.

E.

Le 17 juin 2016, la recourante a fait part au tribunal de ses observations. Elle ne conteste pas que son offre initiale n'incluait pas un système au Z._____ mais celle-ci mentionnait néanmoins la possibilité d'utiliser ce frigorigène. Elle ajoute qu'à ce stade de la procédure son offre – au T._____ – était moins chère que celle de l'intimée et l'est demeurée en dépit des négociations menées entre Y._____ SA et l'EPFL. Elle allègue en outre que le pouvoir adjudicateur n'a plus négocié avec elle son offre au T._____ dès qu'elle a présenté, le 4 mars 2016, sa variante au Z._____. Partant, le prix de l'offre finale de la recourante a été calculé sur la base de son offre initiale au T._____ du 25 janvier 2016 tenant compte du surcoût lié à la classification en classe sismique 2 de l'ouvrage. Elle en déduit que le pouvoir adjudicateur a violé l'égalité de traitement entre soumissionnaires en ne l'invitant pas à négocier son offre au T._____ alors que l'intimée, aux termes de négociations avec l'EPFL, a été en mesure de baisser son offre de (...) francs à (...) francs. Par ailleurs, elle estime que le pouvoir adjudicateur a arrêté les options techniques de l'infrastructure thermique avant l'adjudication, comme le démontre l'absence de négociations sur l'offre au T._____ et le libellé du courriel du 15 avril 2016. Concernant le concept technique repris dans celui-ci, la recourante expose qu'il ressortait déjà de son offre initiale

indépendamment du fluide frigorigène utilisé et qu'il représente bien une idée protégée par le droit des marchés publics. Sur ce point, elle relève que l'utilisation de bassins ou cuves de stockage de l'eau du lac (...) telle que présentée dans son offre, a été mentionnée uniquement dans le courriel du 15 avril 2016 destiné à l'intimée, laquelle n'avait pas prévu cette solution technique. Elle se plaint également du fait que l'intimée a obtenu une prolongation de délai de deux jours pour déposer sa dernière offre. Enfin, elle conteste les motifs d'urgence invoqués ; le pouvoir adjudicateur devait prendre en considération le risque de panne dû à la vétusté des installations et prévoir des systèmes de secours propre à le pallier. De plus, elle souligne que d'autres options de chauffage ont été envisagées pour les JOJ et qu'il n'est pas démontré que l'effet suspensif rendrait impossible ce projet ; il en va de même pour l'implantation de la RTS sur le site de l'EPFL.

F.

F.a Par déterminations du 1^{er} juillet 2016, le pouvoir adjudicateur constate, tout d'abord, que la recourante, en se plaignant d'une violation de l'égalité de traitement, fait état de nouveaux allégués et motifs supplémentaires ; il considère que ceux-ci sont tardifs et doivent être écartés. Il rappelle ensuite que dans le cadre d'un contrat d'entreprise totale, l'entrepreneur se charge non seulement de l'exécution de l'ouvrage mais également des études préliminaires et des demandes d'autorisations. L'adjudication litigieuse a fait l'objet de trois rounds de revue d'offres afin d'établir, selon le pouvoir adjudicateur, équitablement un prix plafond des offres des deux soumissionnaires retenus sans que le choix du fluide frigorigène ne soit pour autant arrêté. Il expose que, durant ces négociations, l'égalité de traitement entre la recourante et l'intimée a été respectée ; le courriel du 15 avril 2016 avait d'ailleurs pour but de garantir celle-ci. Il conteste en outre que la recourante n'ait pas pu négocier son offre initiale au T._____, constatant que celle-ci a évolué de (...) francs HT à (...) francs HT durant la procédure d'adjudication et précisant que seuls les prix déposés le 21 avril 2016 au soir ont été déterminant pour l'adjudication. Pour le surplus, il conteste que les options techniques de la recourante constituent une solution originale protégée par le droit des marchés publics et maintient ses arguments quant à l'urgence du projet en cause.

F.b Dans ses écritures du 1^{er} juillet 2016, l'intimée maintient que la recourante n'a pas démontré son intérêt à recourir. De plus, elle soulève l'irrecevabilité du grief relatif à l'égalité de traitement des soumissionnaires pour cause de tardiveté. Toutefois, dans l'hypothèse où le tribunal devait

entrer en matière sur ce grief, elle fait valoir, d'une part, que le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché en raison de la qualité globale du projet et de son prix, non pour des motifs liés au choix du frigorigène. D'autre part, elle rappelle que la recourante a également pu négocier son offre initiale au T._____. Elle conteste en outre avoir bénéficié d'un délai supplémentaire pour déposer son offre finale, laquelle a bien été remise au pouvoir adjudicateur le 21 avril 2016. De plus, elle fait valoir que son offre est la meilleure d'un point de vue de la qualité et du prix, sur lequel le choix du fluide frigorigène n'a que peu d'impact. Elle conteste également que les options techniques énoncées dans l'email du 15 avril 2016 constituent une violation du principe de la confidentialité des offres dès lors que certaines d'entre elles figuraient dans son offre de base. Quant aux pompes à chaleur au Z._____, elle souligne avoir pu présenter un prix plus attractif en passant par un autre fournisseur, ce qui démontre également, selon elle, que ce système n'est pas une innovation de la recourante. Enfin, elle maintient ses arguments quant à l'urgence, précisant qu'elle ne sera pas en mesure de garantir les prix fixés au-delà de la durée de validité des offres et qu'un retard dans les travaux mettra en péril l'organisation des JOJ.

G.

Par observations du 15 juillet 2016, la recourante fait valoir que la violation de la confidentialité des offres a eu une conséquence sur l'adjudication et qu'elle bénéficie dès lors d'un intérêt à recourir. De plus, elle conteste que son grief relatif à la violation du principe de l'égalité de traitement soit tardif et nie avoir été invitée à négocier son offre au T._____, relevant que le pouvoir adjudicateur n'a conservé aucune trace écrite sur ce point. Elle souligne encore qu'il revenait au pouvoir adjudicateur de contrôler le prix particulièrement bas des pompes à chaleur au Z._____ fournies par l'intimée.

H.

H.a Par remarques du 28 juillet 2016, le pouvoir adjudicateur dément, en substance, avoir violé la confidentialité des offres ainsi que l'égalité de traitement entre soumissionnaires lors des trois séances d'explications et de négociations.

H.b Par remarques du 28 juillet 2016, l'intimée indique qu'il n'existe, en l'espèce, aucune violation du principe de la confidentialité des offres. De même, elle affirme que la recourante a pu comme elle-même corriger son offre initiale de sorte que le principe de l'égalité de traitement a été

respecté. Enfin, elle souligne que le marché lui a été attribué en raison non seulement de la qualité de son offre mais également de sa capacité à obtenir un meilleur prix s'agissant des pompes à chaleur.

I.

Par écritures du 5 août 2016, la recourante relève que la formulation du courriel du 15 avril 2016 lui a laissé croire, de bonne foi, que le pouvoir adjudicateur souhaitait obtenir une offre pour la seule solution au Z._____. Elle souligne encore que l'intimée a pu corriger son offre, s'agissant des cuves de stockage de l'eau du lac, uniquement grâce aux informations techniques transmises dans ledit courriel. Enfin, elle met en doute que l'intimée ait pu fournir, au prix indiqué par celle-ci, des pompes à chaleur respectant le cahier des charges.

J.

J.a Le 10 août 2016, l'intimée a fait part au tribunal d'ultimes remarques s'agissant de la requête d'octroi de l'effet suspensif.

J.b Par courriers du 11 août 2016, le pouvoir adjudicateur a requis la mise à l'écart du courrier de la recourante du 5 août 2016.

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

Droit :

1.

1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître notamment des recours contre les décisions d'adjudication dans le domaine de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1 ; cf. art. 29 let. a LMP en relation avec l'art. 27 al. 1 LMP). Dans ce cadre, le Tribunal administratif fédéral est également compétent pour statuer sur des requêtes d'octroi de l'effet suspensif (cf. art. 28 al. 2 LMP).

1.2 La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la PA, pour autant que la LMP et la LTAF n'en disposent pas autrement (cf. art. 26 al. 1 LMP et art. 37 LTAF). Selon l'art. 31 LMP, le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué dans la procédure de recours.

1.3 Selon une pratique bien établie, le Tribunal administratif fédéral statue en collège sur l'octroi de l'effet suspensif au recours contre une décision d'adjudication (cf. décisions incidentes du TAF B-3402/2009 du 2 juillet 2009 consid. 1.2, partiellement publiée aux ATAF 2009/19, et B-7208/2014 du 5 mars 2015 consid. 1.2).

2.

Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1 ; arrêt du TAF B-6177/2008 du 25 novembre 2008 consid. 2.1, non publié aux ATAF 2008/61).

2.1 La LMP s'applique uniquement aux marchés publics visés par l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (ci-après : AMP, RS 0.632.231.422). Un recours devant le Tribunal administratif fédéral n'est recevable que s'il est dirigé contre une décision prise conformément aux procédures d'adjudication prévues par la LMP (cf. *a contrario* art. 2 al. 3 4^{ème} phrase LMP, voir aussi art. 39 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP, RS 172.056.11] ; ATAF 2008/61 consid. 3.1, 2008/48 consid. 2.1 et réf. cit.).

Elle est applicable si l'entité adjudicatrice est soumise à la loi (art. 2 LMP), si le type de marché adjudgé est visé par celle-ci (art. 5 LMP), si la valeur du marché public à adjudger atteint les seuils prescrits à l'art. 6 al. 1 LMP et, enfin, si le marché en cause ne tombe pas sous l'une des exceptions prévues à l'art. 3 LMP.

2.1.1 Ainsi, en vertu de l'art. 2 al. 1 LMP, sont notamment soumises à la loi, les écoles polytechniques fédérales et leurs établissements de recherche (let. c). En l'espèce, l'EPFL est une école polytechnique fédérale, de sorte qu'elle revêt la qualité d'adjudicateur au sens de l'art. 2 al. 1 let. c LMP.

2.1.2 Par marché de construction au sens de la LMP, on entend 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 (art. 5 al. 1 let. c LMP).

En l'espèce, il n'est pas contesté que le marché en cause constitue un projet portant sur des travaux de construction.

2.1.3 Enfin, l'art. 6 al. 1 LMP prévoit des seuils (sans la TVA) au-delà desquels la loi est applicable si la valeur estimée du marché à adjuger les atteint. L'art. 1 let. b de l'ordonnance du DEFR du 2 décembre 2013 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour les années 2014 et 2015 (RS 172.056.12) dispose en lien avec ledit article que la valeur seuil se monte à 8'700'000 francs pour les ouvrages. L'estimation préalable que le pouvoir adjudicateur fait de la valeur du marché est l'élément déterminant pour apprécier si le seuil fixé par la loi et l'ordonnance est atteint (cf. arrêt du TAF B-985/2015 du 12 juillet 2015 consid. 2.4 et réf. cit.).

En l'occurrence, la valeur seuil est également atteinte, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté.

2.1.4 Aucune des exceptions prévues par l'art. 3 al. 1 LMP n'est, par ailleurs, réalisée en l'espèce.

2.1.5 Il ressort de ce qui précède que, *prima facie*, la LMP s'applique dans le cas présent.

2.2 La qualité pour recourir (cf. art. 48 al. 1 PA en relation avec l'art. 26 al. 1 LMP) doit être reconnue à la recourante, classée au deuxième rang, dès lors que, à suivre son argumentation concernant la violation des principes de la confidentialité des offres et de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, elle a de réelles chances d'obtenir le marché (cf. ATF 141 II 14 consid. 4 ; arrêt du TF 2C_203/2014 du 9 mai 2015 consid. 2).

2.3 Les dispositions relatives à la représentation (cf. art. 11 al. 1 PA), au délai de recours (cf. art. 30 LMP), à la forme et au contenu du mémoire de recours (cf. art. 52 al. 1 PA), ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (cf. art. 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

2.4 En conséquence, le recours ne paraît pas irrecevable. Partant, il y a lieu d'entrer en matière sur la requête d'octroi de l'effet suspensif formulée par la recourante.

3.

A la différence de l'art. 55 al. 1 PA, l'art. 28 al. 1 LMP prévoit que le recours n'a pas d'effet suspensif. Sur demande, le Tribunal administratif fédéral peut accorder l'effet suspensif (cf. art. 28 al. 2 LMP). La LMP ne mentionne pas les critères à prendre en considération pour statuer sur la requête

d'effet suspensif. Selon les principes développés par la jurisprudence et la doctrine à propos de l'art. 55 PA, auxquels il convient de se référer, l'octroi, le retrait ou la restitution de l'effet suspensif résultent d'une mise en balance des intérêts, d'une part, à l'exécution immédiate de la décision et, d'autre part, au maintien du régime antérieur jusqu'à droit connu. Il s'agit donc de procéder à une pondération des intérêts publics et privés, voire entre des intérêts privés divergents (cf. ATF 129 II 286 consid. 3 ; décisions incidentes du TAF B-804/2014 du 16 avril 2014 consid. 3, B-3158/2011 du 12 juillet 2011 consid. 3 et réf. cit.). La réglementation spéciale de l'art. 28 LMP, prévoyant que le recours n'a pas d'effet suspensif mais qu'il peut être accordé sur demande, atteste que le législateur était conscient de la portée d'un tel effet dans le domaine des marchés publics et qu'il a voulu que cette question soit examinée de cas en cas. Cela ne signifie toutefois pas que l'effet suspensif ne peut être accordé qu'exceptionnellement (cf. ATAF 2007/13 consid. 2.1 et réf. cit. ; décision incidente du TAF B-3402/2009 précitée).

3.1 Dans le cadre de l'examen de la requête d'effet suspensif, la jurisprudence prescrit un examen *prima facie* de l'apparence du bien-fondé du recours. Si, au regard des seules pièces du dossier, le recours apparaît manifestement irrecevable ou mal fondé, l'effet suspensif ne doit pas être octroyé. En revanche, si le recours – qui ne semble pas d'emblée irrecevable – ne paraît pas dénué de chances de succès ou qu'il existe des doutes à ce propos, il y a lieu de procéder à une pondération des intérêts en présence (cf. décisions incidentes du TAF B-3311/2009 précitée consid. 2.2 et B-6177/2008 du 20 octobre 2008 consid. 3.1).

3.2 Selon la jurisprudence, il convient, dans la pondération des intérêts, de tenir compte de celui du recourant au maintien de la possibilité d'obtenir l'adjudication, lequel présente également un intérêt public à garantir une véritable voie de droit (cf. décision incidente du TAF B-6177/2008 précitée consid. 2). A ces intérêts, s'opposent les intérêts publics que le pouvoir adjudicateur doit prendre en considération. Dans son message du 19 septembre 1994 relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC (Cycle Uruguay, Message 2 GATT ; FF 1994 IV 995 ss), le Conseil fédéral relève que si un recours comportait automatiquement un effet suspensif, empêchant la conclusion du contrat jusqu'à ce que la décision soit rendue, cela risquerait d'entraîner des retards et des frais supplémentaires considérables lors de l'acquisition (p. 1236). Dans le même sens, le Tribunal fédéral relève, dans le cadre de l'interprétation de l'art. 17 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre

1994/15 mars 2001, qu'il convient de reconnaître d'emblée un poids considérable à l'intérêt public à une exécution aussi rapide que possible de la décision d'adjudication (cf. arrêt du TF 2P.103/2006 du 29 mai 2006 consid. 4.2.1 et réf. cit. ; dans le même sens ATAF 2008/7 consid. 3.3). De jurisprudence constante, il y a également lieu de tenir compte d'éventuels intérêts de tiers, notamment des autres participants à une procédure de marchés publics. Enfin, au regard notamment des objectifs poursuivis par l'art. XX ch. 2 et 7 AMP, il se justifie tout particulièrement de veiller à ne pas rendre illusoire la garantie d'une protection juridique efficace (cf. ATAF 2007/13 consid. 2.2 et réf. cit.).

4.

Ceci étant, il convient, en premier lieu, de procéder à un examen *prima facie* des chances de succès du recours.

5.

A titre liminaire, le pouvoir adjudicateur et l'intimée font valoir que le grief de la recourante relatif à l'égalité de traitement entre soumissionnaires est irrecevable dès lors que ce motif n'avait pas été soulevé dans le recours.

5.1 En sa qualité d'autorité de recours, le Tribunal administratif fédéral dispose, en principe, d'une pleine cognition et revoit ainsi librement l'application du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (cf. art. 49 PA en relation avec l'art. 31 LMP).

Le tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (art. 13 PA). Il applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren von dem Bundesverwaltungsgericht*, 2^e éd., Bâle 2013, n. 2.156). Il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1; ATAF 2014/24 consid. 2.2 p. 348 s. et réf. cit. ; arrêt du TAF B-678/2015 du 28 juillet 2015 consid. 2). De même, il doit, en principe, prendre en considération les allégués tardifs s'ils paraissent décisifs (art. 32 al. 2 PA). Les nouveaux allégués doivent néanmoins demeurer dans les limites de l'objet du recours qui résulte des conclusions de celui-ci (cf. ATF 136 II 165 consid. 5).

5.2 En l'occurrence, le grief de la violation du principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires, soulevé dans les observations de la recourante du 17 juin 2016 et dont le principe est expressément mentionné dans la loi (cf. art. 8 al. 1 let. a LMP), demeure pleinement dans les limites de l'objet du recours. En effet, une telle violation pourrait conduire à l'annulation de la décision déferée à laquelle la recourante a conclu. Le Tribunal administratif fédéral, appliquant le droit d'office, est dès lors habilité à examiner le respect de ce principe par le pouvoir adjudicateur lors de la passation du marché en cause.

Il apparaît ainsi, *prima facie*, que le grief de la recourante est recevable.

6.

La recourante se plaint de violation des principes de la confidentialité et de l'égalité de traitement entre le dépôt de la première offre et l'adjudication, à savoir durant les négociations.

6.1 La loi fédérale sur les marchés publics permet une dérogation au principe de l'intangibilité des offres, hormis les simples cas de rectifications techniques ou comptables de celles-ci (cf. art. 25 OMP). L'art. 20 al. 1 LMP prévoit en effet que le pouvoir adjudicateur peut entreprendre des négociations avec des soumissionnaires si l'appel d'offres le prévoit, ou si aucune offre ne paraît être économiquement la plus avantageuse. Le Conseil fédéral règle la procédure relative aux négociations selon les principes de la confidentialité, de la forme écrite et de l'égalité de traitement (art. 20 al. 2 LMP et 26 OMP). La forme écrite doit également être observée dans la mise en œuvre des négociations orales par la tenue d'un procès-verbal (art. 26 al. 3 OMP ; cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zurich, Bâle, Genève 2013, n° 694-695).

Les négociations doivent principalement servir à déterminer les points forts et les points faibles des soumissions (cf. décision incidente du TAF B-1383/2011 du 23 mai 2011 consid. 5.2.3.1 et réf. cit.). L'ouverture de négociations suppose ainsi que le pouvoir adjudicateur n'ait pas encore fait son choix, que plusieurs soumissionnaires demeurent 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 (cf. arrêt du TAF B-2778/2008 du 20 mai 2009 consid. 4.2 et réf. cit.). Les exigences des art. 20 LMP et 26 OMP sont impératives, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de négocier des rabais sur le prix (cf. arrêt B-2778/2008 consid. 4.2 ; jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (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). Pour autant, cette réglementation ne limite pas l'objet des négociations, lesquelles peuvent concerner le prix ou la modification des prestations annoncées par les soumissionnaires (cf. ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, Berne 2014, n° 355). En outre, le pouvoir adjudicateur doit informer les soumissionnaires concernés de manière claire et sans ambivalence qu'il entend ouvrir des négociations (cf. JAAC 66.54 consid. 7). Il ne doit, en particulier, en vertu du principe de l'égalité de traitement, favoriser aucun soumissionnaire (cf. art. 8 al. 1 let. a LMP), le principe de la confidentialité des offres lui interdisant, en outre, de transmettre à un soumissionnaire des informations relatives à une offre concurrente (cf. art. 26 al. 5 OMP).

Lors de négociations orales, la tenue d'un procès-verbal est centrale en vue de satisfaire aux exigences formelles (cf. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungs-rechts, Zurich, Bâle, Genève 2013, n° 696s ; ALEXIS LEUTHOLD, Verhandlungen und der neue « Dialog » - Spielräume bei Bund und den Kantonen, in : Marchés Publics 2010, p. 301 n° 60). Le pouvoir adjudicateur doit ainsi indiquer dans le procès-verbal le nom des personnes présentes, les parties de l'offre qui font l'objet des négociations et le résultat de celles-ci (art. 26 al 3 OMP). Le procès-verbal doit en outre être signé par toutes les personnes présentes (art. 26 al. 4 OMP). Enfin, les procès-verbaux doivent être rédigés de manière à ce que le résultat mais aussi le déroulement des négociations et l'évolution des offres puissent être retracés. La violation de l'obligation de tenir un protocole peut, dans le cadre d'une procédure de recours, conduire à l'annulation de la décision d'adjudication (cf. décisions incidentes du TAF B-1057/2012 du 29 mars 2012 consid. 2.5 et 4 et B-1439/2009 du 13 mai 2009 consid. 4 et réf. cit.).

6.2 En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a expressément réservé, au point 4.3 de l'appel d'offres, la possibilité de mener des négociations. Il l'a rappelé dans le document relatif à la procédure d'appel d'offres en se référant notamment à l'art. 26 OMP (cf. chiffre 8 du descriptif de la procédure d'appel d'offres). Il ressort du dossier que trois tours de revue d'offres et de négociations ont été organisés. Le premier s'est déroulé le 2 mars 2016 pour l'intimée et le 4 mars 2016 pour la recourante, lors duquel les offres initiales des soumissionnaires ont été présentées. Les offres recadrées, selon les demandes du pouvoir adjudicateur, ont fait l'objet d'une seconde présentation par la recourante et l'intimée, les 16 et 22 mars 2016. Au terme de ces deux premiers tours de négociations, le pouvoir adjudicateur a effectué, le 4 avril 2016, un premier classement des

soumissionnaires ; la recourante et l'intimée ont respectivement été classées première et deuxième. La COPIL a ensuite recommandé, le 5 avril 2016, de n'effectuer les dernières négociations qu'avec la recourante et l'intimée (cf. point 1.3 du procès-verbal de la séance de la COPIL du 5 avril 2016 et du document intitulé « *COPIL du 05.04.2016, état d'avancement* »). Par courriel du 15 avril 2016, le pouvoir adjudicateur a invité l'intimée et la recourante à présenter et négocier, leur meilleure offre lors de deux séances distinctes du 21 avril 2016, au sein de leurs locaux respectifs. À la suite de celles-ci, la recourante et l'intimée ont remis au pouvoir adjudicateur leur offre finale, lequel a procédé, le 27 avril 2016, au classement des offres, celle de l'intimée obtenant la première place.

Il suit de là, après un examen *prima facie* du dossier, que le pouvoir adjudicateur a mené des négociations orales avec les soumissionnaires, en particulier avec l'intimée et la recourante.

6.3

Il convient dès lors d'examiner si ces négociations ont été effectuées conformément aux art. 20 LMP et 26 OMP.

6.3.1 En l'occurrence, les séances des 2 et 4 mars 2016 ont fait l'objet de deux procès-verbaux établis respectivement les 9 et 18 mars 2016. Le procès-verbal du 9 mars 2016 relate, tout d'abord, la présentation par l'intimée de son offre puis les remarques et les questions du pouvoir adjudicateur et de celle-ci. Le procès-verbal du 18 mars 2016 retranscrit la présentation de l'offre de la recourante ainsi que les questions et remarques formulées durant l'entrevue. Il convient, à ce stade, de relever que ces deux procès-verbaux mentionnent les personnes présentes mais ne sont pas signés. Les entrevues des 16 et 22 mars 2016 ont chacune fait l'objet de notes manuscrites, portant sur des aspects techniques du projet, celles-ci mentionnent également les participants mais ne sont pas non plus signées. Ces deux premières entrevues ont permis une évolution des offres au niveau du prix et des prestations offertes, le montant de l'offre de l'intimée étant passé de (...) francs et (...) centimes à (...) francs et le montant de celle de la recourante de (...) francs et (...) centimes à (...) francs, selon le document du 5 avril 2016 intitulé : « *PC 2017 ; comparaisons offres ET, sans contracting* » ; le pouvoir adjudicateur a ensuite procédé au classement des quatre offres reçues. La recourante a obtenu la première place de celui-ci grâce aux valeurs suivantes : 1.62 pour le poste qualité technique, analyse, durabilité ; 1.21 pour le prix ; 1.09 pour le poste équipe, références, qualité et 0.20 pour le poste planning et délais de réalisation, soit un total de 4.13. L'intimée est arrivée

à la deuxième place en ayant reçu les valeurs suivantes : 1.58 pour le poste qualité technique, analyse, durabilité ; 1.40 pour le prix ; 0.94 pour le poste équipe, références, qualité et 0.14 pour le poste planning et délais de réalisation, soit un total de 4.05.

Conformément au choix de la COPIL de ne négocier qu'avec les deux meilleures soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur a rencontré, le 21 avril 2016, la recourante et l'intimée afin d'obtenir leur meilleure offre. Le même jour, la recourante a remis, par courrier, son offre finale d'un montant de (...) francs HT pour la solution au Z._____, ce montant ne comprenant pas les travaux liés au périmètre de de l'unil, d'un montant de (...) francs. L'intimée a envoyé, en se référant à la séance du même jour, au pouvoir adjudicateur son offre finale d'un montant de (...) francs HT pour la solution au Z._____ et de (...) francs HT pour la solution au T._____.

Le pouvoir adjudicateur a procédé, le 27 avril 2016, au classement définitif des offres. Il a attribué à l'intimée les valeurs suivantes : 1.84 pour le poste qualité technique, analyse, durabilité ; 1.30 pour le prix ; 1.04 pour le poste équipe, références, qualité et 0.19 pour le poste planning et délais de réalisation, soit un total de 4.37. La recourante a, quant à elle, obtenu les valeurs suivantes : 1.70 pour le poste qualité technique, analyse, durabilité ; 1.20 pour le prix ; 1.06 pour le poste équipe, références, qualité et 0.21 pour le poste planning et délais de réalisation, et a terminé seconde avec un total de 4.18. L'intimée, classée première, a ainsi obtenu l'adjudication du marché.

6.3.2 Force est de constater que les dernières entrevues du 21 avril 2016 ont ainsi été décisives quant à l'issue de la procédure d'adjudication. Il ne ressort toutefois nullement du dossier qu'un procès-verbal ait été tenu lors de ces séances. Il est ainsi impossible de retracer le résultat et le déroulement des négociations ainsi que l'évolution des offres qui en découle. De même, il n'est pas possible de contrôler si l'égalité de traitement entre les soumissionnaires a été respectée – en particulier s'agissant de l'offre au T._____ pour laquelle la recourante se plaint de n'avoir pas été invitée à négocier – durant les négociations ni de déterminer si le principe de confidentialité des offres a été garanti lors de celles-ci. Or, entre le classement du 4 avril 2016 et celui du 27 avril 2016, les notes attribuées à l'intimée ont augmenté de manière significative pour un certain nombre de postes et lui ont permis d'obtenir l'adjudication du marché alors que la recourante, classée première jusqu'ici, s'est vu devancer. Une violation éventuelle des principes de l'égalité de traitement et de la

confidentialité pourrait donc avoir une incidence sur la décision d'adjudication.

6.3.3 Il apparaît dès lors, *prima facie*, que les négociations qui se sont tenues le 21 avril 2016 et pour lesquelles il n'existe aucun procès-verbal, l'ont été en violation de la procédure prévue à l'art. 26 OMP, en particulier l'art. 26 al. 3 OMP. En tant que ce vice est, en l'espèce, à lui seul propre à entraîner l'annulation de la décision d'adjudication déférée, point n'est besoin d'examiner si les documents retranscrivant les précédentes négociations satisfont aux exigences formelles prévues par la loi.

6.4 Il suit de là que, en l'état du dossier, le recours apparaît bien fondé. A tout le moins, les chances de succès de celui-ci ne sauraient, *prima facie*, être niées. Il convient toutefois encore de procéder à la pondération des intérêts publics et privés en présence pour juger de la requête d'octroi de l'effet suspensif.

7.

En l'espèce, l'intérêt de la recourante consiste en le maintien de la possibilité d'obtenir l'adjudication et d'exécuter les prestations qui font l'objet du marché litigieux. Il s'agit d'intérêts financiers et commerciaux auxquels s'ajoute l'intérêt public à une protection juridique efficace. A ces intérêts s'oppose l'intérêt public, pris en compte par le pouvoir adjudicateur ainsi que l'intérêt privé de l'intimée, à une exécution aussi rapide que possible de la décision d'adjudication (cf. décision incidente du TAF B-3579/2012 du 6 décembre 2012 consid. 3.2).

7.1.1 A ce titre, le pouvoir adjudicateur fait, tout d'abord, valoir que la capacité des installations thermiques n'est plus en adéquation avec les besoins de l'EPFL dont les infrastructures ont connu un fort développement ces dernières années. De plus, il prétend que la vétusté de dites installations crée un risque de panne élevé. Or, en sa qualité d'institut de technologie, l'EPFL souligne que certaines études scientifiques, qui nécessitent le maintien d'une température (chaude ou froide) constante, pourraient être mises en péril par une panne et, le cas échéant, engendrer non seulement un dommage pécuniaire considérable mais également retarder des recherches scientifiques qui sont en compétition avec d'autres recherches conduites par des instituts concurrents.

Il relève ensuite que, en 2020, la ville de Lausanne accueillera les JOJ. L'installation, par le canton de Vaud, du village olympique sur le site de la Pala dans le périmètre de l'unil, projet Vortex, doit permettre l'accueil des

athlètes et de leurs accompagnants. Il indique qu'afin de répondre aux normes énergétiques actuelles, le projet Vortex devra être raccordé aux futures installations thermiques. Or, le planning et l'organisation des JOJ nécessitent, selon le pouvoir adjudicateur, une mise en service des installations en octobre 2019, délai imparti par le chef du SIPaL. En cas d'octroi de l'effet suspensif, il serait impossible d'utiliser l'eau industrielle pour chauffer le bâtiment du village olympique mettant ainsi en péril l'organisation des JOJ.

Enfin, le pouvoir adjudicateur expose que le nouveau bâtiment de la RTS doit également être raccordé, début 2020, à la nouvelle centrale thermique, précisant que la capacité des installations actuelles ne peut pas combler ce nouveau besoin. Il indique en outre que le déménagement s'avère compliqué et que le service public, dont la RTS est garante, ne peut être interrompu ; il produit à l'appui de ses arguments une lettre datée du 1^{er} juin 2016 du Directeur des Affaires générales de la RTS.

7.1.2 L'intimée soutient, pour sa part, les arguments du pouvoir adjudicateur insistant sur l'urgence de débiter les travaux afin de tenir les délais. Elle relève également qu'elle ne sera pas en mesure de garantir les prix formulés dans son offre au-delà de la durée de validité de celle-ci.

7.1.3 La recourante rétorque que l'obsolescence des installations actuelles est connue de longue date et que les conséquences d'une panne peuvent être évitées par des systèmes de secours, la mise en service d'une nouvelle installation comportant par ailleurs également des risques. Concernant les aspects techniques du projet Vortex, elle allègue tout d'abord que d'autres solutions ont été envisagées pour chauffer le village olympique. Elle souligne ensuite que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas déterminé sur la possibilité de raccorder celui-ci au réseau actuel. D'un point de vue temporel, elle fait valoir que le pouvoir adjudicateur n'a fourni aucune indication précise quant au calendrier des travaux et des éventuelles réserves prévues. Elle considère dès lors qu'il n'est pas établi que les installations thermiques de l'EPFL constituent la seule option ni que l'octroi de l'effet suspensif rende impossible la réalisation du projet Vortex. S'agissant de l'implantation de la RTS, elle estime que celle-ci ne fait part que d'un réel intérêt à pouvoir se raccorder au réseau de l'EPFL mais que d'autres options sont envisagées. De plus, elle met en avant que ce projet a connu plusieurs reports et que rien ne démontre que les délais annoncés sont impératifs.

7.2

7.2.1 Il convient avant toute chose de rappeler que, s'il est reconnu d'emblée une importance considérable à l'intérêt public à l'exécution la plus rapide possible de la décision entreprise (cf. supra consid. 3), il n'y a pas lieu d'aussitôt lui attribuer un poids prépondérant. Le fait que le législateur n'ait pas accordé l'effet suspensif au recours atteste simplement qu'il était conscient de la portée liée à une telle mesure dans la procédure de marchés publics et qu'il considérait comme nécessaire d'en examiner l'opportunité de cas en cas et non pas qu'il avait décidé d'accorder l'effet suspensif seulement à titre exceptionnel (cf. supra consid. 3).

7.2.2 Si le pouvoir adjudicateur fait valoir l'urgence, il doit la justifier et la prouver en détail (cf. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 273). Enfin, il sied de rappeler que l'urgence est une notion juridique indéterminée qui doit s'apprécier en fonction des circonstances concrètes (cf. YVES DONZALLAZ, Commentaire de la loi sur le Tribunal fédéral, Berne 2008, n. 4182). Enfin selon une jurisprudence bien établie, il incombe à l'adjudicateur de prévoir, dès la phase de planification d'un marché, la possibilité qu'un recours soit intenté contre une décision d'adjudication. En d'autres termes, comme il doit intégrer à sa planification la durée de la procédure de passation et, dans toute la mesure du possible, celle d'une éventuelle procédure de recours, ces circonstances ne peuvent en principe pas constituer un cas d'urgence (cf. décisions incidentes du TAF B-804/2014 du 16 avril 2014 consid. 7.3.5 et B-3544/2008 du 2 juillet 2008 consid. 4.4 et réf. cit.).

7.3 L'intérêt public du pouvoir adjudicateur réside dans la possibilité de pouvoir renouveler au plus vite ses installations thermiques actuelles afin de bénéficier d'un système de chauffage fiable et suffisant pour alimenter les différentes structures nécessaires à l'accomplissement des tâches publiques qui lui incombent en sa qualité d'école polytechnique fédérale. Il convient dès lors d'examiner si cet intérêt public est prépondérant et justifie une exécution immédiate de la décision entreprise.

7.3.1 En l'occurrence, les travaux commandés ne l'ont pas été en raison d'un événement extraordinaire et soudain. Au contraire, la nécessité de devoir procéder à ceux-ci ne résulte que de la fin de la durée de vie du système actuel qui a plus de 30 ans, comme l'a relevé le pouvoir adjudicateur. Celui-ci avait ainsi toute la latitude nécessaire pour planifier le renouvellement de ses infrastructures thermiques dont l'obsolescence à venir était connue. S'agissant du risque de panne, celui-ci ne démontre pas concrètement que le prolongement de la procédure l'augmenterait ni

n'expose qu'il serait impossible d'y pallier par un système de secours. Aussi, le pouvoir adjudicateur, qui se devait d'intégrer à sa planification la durée de la procédure de passation et, dans toute la mesure du possible, celle d'une éventuelle procédure de recours, ne peut se prévaloir du retard que celle-ci induirait.

7.3.2 Concernant le projet Vortex, il convient de relever que celui-ci consiste tout d'abord en la création de logements pour les étudiants sur la parcelle de la Pala et en l'utilisation de ceux-ci comme village olympique des JOJ dont la ville de Lausanne a obtenu l'organisation le 31 juillet 2015, soit six mois avant la publication, le 25 novembre 2015, de l'appel d'offres. Ce projet est ainsi antérieur au dit marché, il ressort d'ailleurs de courriels, datés du 29 juillet 2015 et produits par le pouvoir adjudicateur (cf. pièce 57), qu'il n'était pas prévu de raccorder les logements étudiants de la Pala au réseau de chauffage de l'EPFL. De même, dans le descriptif du projet relatif au renouvellement des installations thermiques, il est indiqué que, en raison des retards et des délais de réalisation, un système déporté est prévu pour lesdits logements (p. 20-21 du descriptif du projet). De plus, il ressort du procès-verbal du 9 mars 2016, que le futur bâtiment du projet Vortex ne fait pas partie du périmètre que doit alimenter les nouvelles installations thermiques. Certes, dans son procès-verbal du 5 avril 2016, la COPIL évoque la possibilité d'alimenter le projet Vortex depuis la station de pompage de l'unil mais relève que le non-respect des délais est le principal facteur de risque de ce projet (point 2.2 du procès-verbal). Enfin, il appert, selon le courrier du SIPal, du 1^{er} juin 2016, que l'option d'un raccordement aux installations de l'EPFL a été privilégiée au détriment d'un chauffage à pellet ou copeaux de bois et qu'il est attendu une mise en fonction des installations en octobre 2019.

Il apparaît, en l'espèce, que le raccordement des logements étudiants sis sur le site de la Pala, devenu le projet Vortex, n'était initialement pas envisagé. Le choix du SIPal de privilégier et d'intégrer les infrastructures thermiques de l'EPFL à son projet, n'a été, selon les éléments au dossier, arrêté qu'une fois la procédure d'adjudication litigieuse engagée. L'urgence invoquée a ainsi pour seule origine la décision du SIPal de finalement raccorder le bâtiment Vortex au réseau de l'EPFL mais n'a aucun lien direct avec le marché en cause. Or, ni la réalisation de cet ouvrage ni son éventuelle utilisation comme village olympique ne constitue un événement imprévisible dès lors que cela était planifié de longue date. De plus, l'Etat de Vaud ne pouvait ignorer que le renouvellement des infrastructures thermiques de l'EPFL faisait l'objet d'une soumission décidée six mois après l'attribution de JOJ. Il revenait ainsi au SIPal, qui souhaitait

finale^{ment} utiliser les futures infrastructures thermiques de l'EPFL, d'intégrer dans sa réflexion l'éventualité de retards liés à une procédure de recours. L'urgence invoquée ne concerne ainsi pas le renouvellement des infrastructures thermiques en tant que telles mais bien la réalisation du projet Vortex. Or, celle-ci dépend des autorités cantonales vaudoises, le tribunal ne possédant, par ailleurs, que peu d'information sur ce projet.

7.3.3 S'agissant du bâtiment devant accueillir la RTS, la planification de cet ouvrage doit également tenir compte de la procédure de passation à laquelle est soumis le marché ici en cause. Il revenait en particulier à l'EPFL d'anticiper avec ses partenaires les conséquences, le cas échéant, d'une procédure de recours sur le planning des travaux. Par ailleurs, il ressort très clairement du courrier de la RTS, daté du 1^{er} juin 2016, que d'autres options sont, ou à tout le moins étaient, envisagées en raison de divergences de calendrier. Aussi, le raccordement de ce bâtiment aux réseaux thermiques de l'EPFL a fait l'objet de discussions, lesquelles devaient intégrer la possibilité d'un recours lors de l'estimation des délais de réalisation. Enfin, le pouvoir adjudicateur se limite à affirmer que le bâtiment doit bénéficier du renouvellement de ses infrastructures thermiques sans toutefois démontrer qu'il s'agisse là de l'unique option envisageable pour chauffer celui-ci.

7.3.4 D'une manière générale, on ne saurait admettre aisément que la réalisation de projets étrangers au marché mis en soumission puisse justifier une urgence l'emportant sur l'intérêt de la recourante à une protection juridique efficace. En effet, en tant qu'il revient au pouvoir adjudicateur de tenir compte de l'éventualité d'un recours dans la planification de son marché, celle-ci doit également être intégrée lors de la réalisation de projets tiers.

7.3.5 Enfin, l'intimée bénéficie certes d'un intérêt financier à pouvoir exécuter les travaux dont elle a obtenu l'adjudication mais celui-ci n'est pas supérieur à celui de la recourante. De même, le seul fait qu'elle ne serait pas en mesure de garantir les mêmes prix au-delà de la durée de validité de son offre ne saurait fonder un motif d'urgence.

7.4 Il suit de là qu'aucun intérêt public et privé prépondérant ne commande en l'espèce une exécution immédiate de la décision d'adjudication contestée, sans égard au sort de la présente procédure. En effet, le renouvellement des infrastructures thermiques ne souffre d'aucune urgence. Quant à l'implantation de la RTS et la réalisation du projet Vortex, ces deux projets sont étrangers au marché mis en soumission, il revenait

ainsi aux parties concernées d'intégrer dans la planification de ceux-ci l'éventualité d'un recours.

En définitive, le pouvoir adjudicateur n'a pas démontré à satisfaction de droit l'urgence à entreprendre sans délai les travaux objets de l'adjudication contestée devant le tribunal de céans.

Sur le vu de ce qui précède, il convient d'admettre que l'intérêt de la recourante – dont le recours n'est *prima facie* nullement dénué de chances de succès – à une adjudication du marché en cause conforme à la loi, de même que l'intérêt public à la garantie d'une protection juridique efficace sont prépondérants, de sorte qu'ils doivent en l'espèce l'emporter sur l'intérêt public et l'intérêt privé de l'intimée à une exécution immédiate de la décision d'adjudication.

La demande d'octroi de l'effet suspensif doit en conséquence être admise.

8.

La question des frais et dépens liés à la présente décision incidente sera réglée dans le cadre de l'arrêt final.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

La requête de la recourante est admise. Partant, l'effet suspensif est octroyé au recours.

2.

Le pouvoir adjudicateur est invité à déposer sa réponse au fond en trois exemplaires jusqu'au 20 septembre 2016, accompagnée des moyens de preuve correspondants.

3.

L'intimée est invitée à déposer sa réponse au fond en trois exemplaires jusqu'au 20 septembre 2016, accompagnée des moyens de preuve correspondants.

4.

Les frais et dépens relatifs à la présente décision seront réglés dans l'arrêt au fond.

5.

La présente décision incidente est adressée :

- à la recourante (recommandé avec avis de réception)
- à l'intimée (recommandé avec avis de réception)
- au pouvoir adjudicateur (n° de réf. SIMAP - ID du projet 133363 ; recommandé avec avis de réception)

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

Le président du collège :

Le greffier :

Pascal Richard

Alban Matthey

Indication des voies de droit :

Pour autant qu'elle cause un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]), que les valeurs seuils fixées à l'art. 83 let. f ch. 1 LTF soient atteintes et qu'elle soulève une question juridique de principe (art. 83 let. f ch. 2 LTF), la présente décision incidente 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. 100 al. 1 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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 29 août 2016