
18

Extrait de l'arrêt de la Cour II dans la cause
Y. S.A. contre armasuisse immobilier
B-2778/2008 du 20 mai 2009

Marchés publics. Recevabilité matérielle du recours. Seuils au-delà desquels la loi est applicable. Marché de construction. Clause de minimis.

Art. 6 et art. 7 LMP. Art. 14 OMP.

1. **Notion d'ouvrage.** Un ouvrage est soumis à la LMP lorsque la somme des valeurs estimées des travaux nécessaires à sa réalisation (lots) dépasse le seuil prévu à l'art. 6 al. 1 let. c LMP (consid. 2.4 et 2.4.1).
2. **Même si la LMP est applicable à l'ouvrage dans son ensemble, le pouvoir adjudicateur peut volontairement adjuger certains marchés nécessaires à sa réalisation hors du cadre de la LMP, aux conditions et dans les limites prévues à l'art. 14 OMP (clause de minimis). L'adjudicateur doit explicitement exprimer son intention de faire usage de la clause de minimis (consid. 2.4.2)**

Öffentliches Beschaffungswesen. Zulässigkeit der Beschwerde. Schwellenwert für die Anwendbarkeit des BoeB. Bauauftrag. Bagatellklausel.

Art. 6 und Art. 7 BoeB. Art. 14 VoeB.

1. **Begriff des Bauwerks.** Ein Bauwerk untersteht den Regelungen des BoeB, wenn der geschätzte Gesamtbetrag aller notwendigen Arbeiten (Lose) den Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 Bst. c BoeB übersteigt (E. 2.4 und 2.4.1).
2. **Auch wenn das Gesamtbauwerk dem BoeB untersteht, hat die Auftraggeberin die Möglichkeit, bestimmte Lose – in Anwendung der Bagatellklausel von Art. 14 BoeB – ausserhalb des BoeB zu vergeben. Sie muss ihre Absicht, die Bagatellklausel anzuwenden, ausdrücklich mitteilen (E. 2.4.2).**

Acquisti pubblici. Ammissibilità del ricorso. Valori soglia oltre i quali la legge trova applicazione. Commessa edile. Clausola bagatellare.

Art. 6 e art. 7 LAPub. Art. 14 OAPub.

- 1. Concetto di opera edile. Un'opera edile sottostà alla LAPub allorquando la somma dei valori stimati dei lavori necessari alla sua realizzazione (lotti) supera il valore soglia previsto dall'art. 6 cpv. 1 lett. c LAPub (consid. 2.4 e 2.4.1).**
- 2. Anche se la LAPub risulta applicabile all'opera edile complessiva, il committente può volontariamente aggiudicare determinate commesse edili necessarie alla sua realizzazione al di fuori della LAPub, alle condizioni ed entro i limiti previsti dall'art. 14 OAPub (clausola bagatellare). Il committente deve manifestare esplicitamente la sua intenzione di far uso della clausola bagatellare (consid. 2.4.2).**

Le 21 décembre 2007, armasuisse immobilier (ci-après: pouvoir adjudicateur) a publié dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de travaux de construction intitulé « Drogens FR, place d'armes; Assainissement première étape ». Le projet consistait en la « construction du bâtiments 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 2'900 m² surface des façades de 2'800 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 visait l'installation de chauffage et la récupération de chaleur.

Par décision du 15 avril 2008, publiée dans la FOSC du même jour, le pouvoir adjudicateur a adjugé le lot n° 12 à A. S.A.

Par écritures non datées mises à la poste le 29 avril 2008, Y. S.A. a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF).

Le TAF a admis le recours.

Extrait des considérants:

2.4 L'art. 6 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) 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 9'575'000 francs pour les ouvrages.

Un marché ne peut être subdivisé en vue d'éluder 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 Drogens. Dans son message du 31 mai 2006 sur l'immobilier du DDPS 2007 (FF 2006 5153, 5177), le Conseil fédéral (CF) 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 Drogneux 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 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 ladite 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 CF 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 2 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 LMP. Il ressort de ce qui précède que chaque lot ou marché de construction, dont la valeur est inférieure à 2 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 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 (2 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 355'191 francs et 514'832 francs. Le montant de minimis n'étant pas atteint (2 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.