

2019 IV/1

Extrait de l'arrêt de la Cour II
dans la cause X. SA. et Y. SA. contre Office fédéral des routes et
Consortium Z.
B-396/2018 du 19 février 2019

Marchés publics. Egalité de traitement. Principe de la transparence. Conditions d'admission au marché. Non-paiement des cotisations sociales. Faux renseignements. Excès négatif du pouvoir d'appréciation.

Art. 1 al. 1 let. a et al. 2 , art. 11 let. b et c LMP.

- 1. Le paiement des cotisations sociales constitue une condition légale d'admission au marché, dont le non-respect peut entraîner, à lui seul, l'exclusion du soumissionnaire de la procédure d'adjudication. De la même manière, la remise délibérée de faux renseignements peut, à elle seule, conduire à l'exclusion (consid. 3).**
- 2. Annulation de l'adjudication; le pouvoir adjudicateur aurait dû prononcer l'exclusion compte tenu des circonstances (consid. 4).**

Öffentliches Beschaffungswesen. Gleichbehandlung. Transparenzprinzip. Teilnahmebedingungen Vergabeverfahren. Nichtbezahlung der Sozialabgaben. Falsche Auskünfte. Unterschreitung des Ermessens.

Art. 1 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2, Art. 11 Bst. b und c BöB.

- 1. Die Bezahlung der Sozialabgaben ist eine gesetzliche Voraussetzung für die Teilnahme am Vergabeverfahren, deren Verletzung für sich allein zum Ausschluss führen kann. Ebenso kann die bewusste Erteilung von falschen Auskünften für sich alleine zum Ausschluss führen. (E. 3).**
- 2. Aufhebung des Zuschlags; die Vergabestelle hätte den Anbieter aufgrund der vorliegenden Umstände vom Verfahren ausschließen müssen (E. 4).**

Acquisti pubblici. Parità di trattamento. Principio di trasparenza. Condizioni di partecipazione alla procedura di aggiudicazione. Mancato pagamento degli oneri sociali. Indicazioni false. Eccesso negativo del potere di apprezzamento.

Art. 1 cpv. 1 lett. a e cpv. 2, art. 11 lett. b e c LAPub.

- 1. Il pagamento degli oneri sociali è una condizione legale per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione. Il mancato adempimento di tale condizione può di per sé comportare l'esclusione dell'offerente dalla procedura. Allo stesso modo, la fornitura intenzionale di indicazioni false può di per sé condurre all'esclusione (consid. 3).**
- 2. Annullamento dell'aggiudicazione; tenuto conto delle circostanze, il committente avrebbe dovuto pronunciare l'esclusione (consid. 4).**

Le 4 juillet 2017, l'Office fédéral des routes (OFROU, ci-après: pouvoir adjudicateur) a publié sur la plateforme Simap (Système d'information sur les marchés publics en Suisse) un appel d'offres, dans le cadre d'une procédure ouverte, pour un marché de construction.

Par décision du 23 novembre 2017, publiée sur la plateforme Simap le 19 décembre 2017, le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché en cause au consortium Z., composé de A. Sàrl, B. SA et C. SA (ci-après: consortium adjudicataire ou consortium intimé).

Par mémoire du 18 janvier 2018, X. SA, arrivée en troisième position, exerce un recours au Tribunal administratif fédéral contre cette décision, concluant à ce que l'offre du consortium adjudicataire soit exclue et à ce que le marché lui soit attribué. Le 22 janvier 2018, Y. SA, classée au deuxième rang, forme également recours contre ladite adjudication, concluant principalement à l'attribution du marché. A l'appui de leurs conclusions, X. SA et Y. SA (ci-après: recourantes) se plaignent en substance d'une violation des principes de la transparence et de l'égalité de traitement; elles estiment que l'offre du consortium adjudicataire aurait dû être exclue pour le motif que l'une des sociétés membres dudit consortium, A. Sàrl, était en faillite au moment de l'adjudication, qu'elle était mise en poursuite pour le non-paiement de cotisations sociales et qu'elle avait transmis de faux renseignements en déclarant qu'elle était à jour dans le paiement de ses charges sociales.

Le Tribunal administratif fédéral admet les griefs des recourantes tendant à l'exclusion du consortium Z, annule la décision d'adjudication et attribue le marché à Y. SA. Partant, il rejette le recours formé par X. SA et admet celui déposé par Y. SA.

Extrait des considérants:

3. Les recourantes se plaignent tout d'abord d'une violation des principes de la transparence et de l'égalité de traitement en tant que le pouvoir adjudicateur n'a pas examiné l'aptitude économique et financière d'une société membre du consortium intimé, A. Sàrl. Elles lui reprochent en outre d'avoir violé l'art. 11 LMP (RS 172.056.1), dès lors que, en dépit de l'ouverture de la faillite de la société pilote du consortium intimé, de cotisations sociales impayées et de la remise de faux renseignements, il n'a pas exclu le consortium intimé de la procédure d'adjudication.

3.1 En l'espèce, il est établi que A. Sàrl accusait, au jour du dépôt de l'offre du consortium intimé, le (...) août 2017, des arriérés de paiement de cotisations sociales LPP et AVS. La Fondation collective LPP (...) a en effet introduit des poursuites contre ladite société en date du 9 août 2017, et requis sa faillite, pour un montant de 14 307 fr. 80 (frais inclus), lequel a été acquitté le 13 novembre 2017. La caisse AVS (...) a, après lui avoir notifié des sommations de payer en date des 4 juillet et 5 septembre 2017, également mis en poursuite la société le 20 septembre 2017 pour une créance de 3 676 fr. 60, payée le 11 décembre 2017, et le 14 décembre 2017 pour une seconde créance de 3 688 fr. 50, réglée le (...) décembre 2017. Il est également établi que A. Sàrl n'a pas produit les justifications des paiements des cotisations AVS et LPP dûment requises par le pouvoir adjudicateur. Il ressort également de l'offre du consortium intimé que A. Sàrl a, à la date du dépôt de celle-ci, certifié être à jour dans le paiement de ses charges sociales et attesté pouvoir transmettre les justifications des paiements des cotisations sociales à la demande du pouvoir adjudicateur. Il est enfin établi que A. Sàrl a été déclarée en faillite par décision du (...) novembre 2017. La faillite a par la suite été annulée par décision du (...) décembre 2017. Il s'ensuit qu'au moment où l'adjudication a été prononcée, le (...) novembre 2017, une société membre du consortium intimé était en faillite; au moment de la publication de la décision sur la plateforme Simap, le (...) décembre 2017, la faillite avait toutefois été annulée.

3.2 L'appel d'offres, publié sur la plateforme Simap le (...) juillet 2017, retient la capacité économique et financière comme critère d'aptitude ([...]). Concernant les justificatifs requis – lesquels doivent être déposés en même temps que le dossier de l'offre à moins que cela ne soit spécifié autrement – il est prévu notamment ce qui suit ([...]):

Q2 CAPACITE ECONOMIQUE ET FINANCIERE

Q2.1 Chiffre d'affaires

Le chiffre d'affaires annuel est supérieur au double du montant annuel du marché

Q2.2 Documents à remettre

Documents à remettre avec l'offre du soumissionnaire:

- déclaration volontaire du soumissionnaire (signée);
- Extrait(s) du registre du commerce ou, pour les sociétés ayant leur siège à l'étranger, attestation(s) analogue(s) (datant de moins de trois mois par rapport au délai de remise de l'offre).

Q2.3 Attestations à remettre après la remise de l'offre

Attestations à remettre après la remise de l'offre par le soumissionnaire sur demande du mandant dans un délai de 7 jours:

- extraits du registre des poursuites (plus récents que trois mois par rapport au délai du dépôt de l'offre);
- justifications des paiements actuels pour AVS/AI/APG/AC ainsi que SUVA et AFC;
- justifications des paiements actuels pour la LPP;
- attestation(s) d'assurance responsabilité civile professionnelle pour les dommages et les montants de couvertures comme précisés dans le projet de contrat.

3.2.1 La « déclaration volontaire du soumissionnaire », susmentionnée au point Q2.2 de l'appel d'offres, se présente comme suit dans les documents d'appel d'offres:

- Pour les prestations fournies en Suisse, le soumissionnaire s'engage à observer les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est fournie.
- Pour les prestations fournies en Suisse, il s'engage également à respecter le principe de l'égalité de traitement entre femmes et hommes sur le plan salarial.
- S'il ne respecte pas les principes susmentionnés, le soumissionnaire doit à l'adjudicateur une peine conventionnelle, ainsi que le stipule le chiffre 13 du texte prévu pour le contrat d'entreprise.
- Le soumissionnaire qui confie les mandats qui lui ont été attribués, ou des parties de ces mandats à des tiers est tenu d'exiger que ces dernières s'engagent par écrit à respecter les principes susmentionnés.
- L'adjudicateur est en droit de contrôler l'observation des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail et

de l'égalité de traitement entre femmes et hommes. Sur demande, le soumissionnaire doit apporter la preuve qu'il a respecté ces principes.

- Si le soumissionnaire ne respecte pas les principes susmentionnés, l'adjudicateur peut l'exclure de la procédure, révoquer l'adjudication ou, si le contrat a été conclu, réclamer le paiement de la peine conventionnelle.

- Le soumissionnaire déclare par ailleurs avoir payé les impôts fédéraux et les cotisations sociales (impôts fédéraux, TVA, AVS, AI, APG, AC, LPP et LAA).

- Si la prestation est exécutée à l'étranger, le soumissionnaire déclare de respecter les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) mentionnées à l'annexe 2a OMP.

Par sa signature sur la page de garde, le soumissionnaire certifie l'exactitude des données fournies et se déclare prêt à prouver ces dernières.

Le soumissionnaire autorise les autorités fiscales, les établissements d'assurances sociales, les commissions professionnelles paritaires et d'autres organes officiels à communiquer au service d'achat des renseignements en rapport avec les thèmes ci-dessus, mêmes si cela est contraire à des dispositions légales.

3.2.2 Quant aux « Attestations à remettre après la remise de l'offre » susmentionnées au point Q2.3 de l'appel d'offres, elles figurent sous cette forme dans le dossier d'appel d'offres:

Attestations à remettre après la remise de l'offre par le soumissionnaire sur demande du mandant dans un délai de 7 jours, à savoir:

- extraits du registre des poursuites (plus récents que trois mois par rapport au délai de dépôt de l'offre);

- justifications des paiements actuels pour AVS/AI/APG/AC ainsi que SUVA et AFC;

- justifications des paiements actuels pour la LPP;

- attestation d'assurance resp. pour les groupements l'engagement d'une assurance couvrant les sommes exigées.

Par sa signature sur la page de garde, le soumissionnaire atteste pouvoir transmettre les documents aux conditions susmentionnées.

3.3 Le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation dans le choix et l'évaluation des critères d'aptitude et d'adjudication, celui-là étant libre de spécifier ses besoins en tenant compte de la solution qu'il désire (cf. ATF 137 II 313 consid. 3.4, traduit in: JdT 2012 I p. 28 s.).

Les critères d'aptitude sont destinés à garantir que seuls les soumissionnaires vraisemblablement aptes à exécuter correctement le mandat aient une chance d'obtenir l'adjudication (cf. ATF 143 I 177 consid. 2.3). Une fois les critères d'aptitude et d'adjudication arrêtés dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur doit en règle générale s'y tenir. En vertu des principes de la transparence et de l'égalité de traitement, il ne saurait les modifier ultérieurement. S'il ignore des critères dûment fixés, en modifie la portée ou la pondération ou encore s'il en ajoute de nouveaux, le pouvoir adjudicateur agit de manière contraire au droit des marchés publics (cf. décision incidente du TAF B-4637/2016 du 19 octobre 2016 consid. 6.4; arrêts du TAF B-4958/2013 du 30 avril 2014 consid. 2.5.2; B-891/2009 du 5 novembre 2009 consid. 3.4 et réf. cit.). Les soumissionnaires peuvent en principe s'attendre à ce que le pouvoir adjudicateur interprète les critères d'aptitude et d'adjudication selon leur sens commun. S'il n'entend pas leur donner une telle interprétation, les critères concernés devront être en conséquence définis de manière aussi détaillée que possible dans les documents d'appel d'offres afin que les soumissionnaires puissent connaître les exigences que leur offre doit satisfaire (cf. ATAF 2011/58 consid. 13.2.1). Les critères d'adjudication et d'aptitude doivent ainsi être interprétés au regard du principe de la confiance; la volonté subjective du pouvoir adjudicateur importe peu (cf. ATF 141 II 14 consid. 7.1; arrêt du TF 2C_1101/2012 du 24 janvier 2013 consid. 2.4.1).

Lors de la procédure de passation de marché, l'aptitude des soumissionnaires à réaliser celui-ci doit être vérifiée. Selon l'art. 9 LMP, l'adjudicateur peut exiger des soumissionnaires des preuves attestant leurs capacités sur les plans financier, économique et technique. Il établit pour ce faire des critères de qualification (al. 1). Il publie les critères de qualification et la liste des preuves nécessaires dans l'appel d'offres ou les documents y relatifs (al. 2). Le pouvoir adjudicateur qui ne vérifie pas l'aptitude d'un soumissionnaire contrevient au principe de l'égalité de traitement et viole le droit des marchés publics (cf. décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM) du 16 août 1999 consid. 4, in: JAAC 64.29). L'appréciation desdites aptitudes relève du pouvoir d'appréciation des autorités adjudicatrices (cf. PETER GALLI et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd. 2013, p. 231 n° 535). L'insuffisance face à un critère de qualification ne peut être compensée par un excédent face à d'autres critères (cf. arrêt du TAF B-4071/2014 du 24 octobre 2014 consid. 8.1.1).

3.4 A teneur de l'art. 11 LMP, l'adjudicateur peut en particulier révoquer l'adjudication ou exclure certains soumissionnaires de la procédure notamment lorsque a) ils ne satisfont plus aux critères de qualification requis à l'art. 9; b) ils ont transmis de faux renseignements à l'adjudicateur; c) ils n'ont pas payé, en tout temps ou en partie, les impôts ou les cotisations sociales; d) ils ne satisfont pas aux obligations fixées à l'art. 8; e) ils ont conclu des accords qui restreignent sensiblement ou qui suppriment toute concurrence efficace; f) ils font l'objet d'une procédure de faillite.

3.4.1 Pour être adjudicataire de la prestation proposée, le soumissionnaire doit non seulement avoir passé l'étape qualificative et présenté l'offre la plus avantageuse économiquement mais encore avoir observé et respecté, tout au long de la procédure, les autres conditions fixées par l'adjudicateur, sous peine d'être exclu de la procédure d'adjudication (cf. ATF 140 I 285 consid. 5.1). Ces autres conditions – qui se distinguent des critères de qualification au sens de l'art. 9 LMP – sont les conditions d'admission au marché ou conditions de participation (*Grundvoraussetzungen, Teilnahmebedingungen*). La plupart des conditions d'admission au marché s'inscrivent dans le catalogue des motifs d'exclusion que prévoient les différentes réglementations, soit, au niveau fédéral, l'art. 11 let. b–f LMP, l'absence de motifs d'exclusion constituant une condition (implicite) de participation à une procédure d'adjudication. Lesdites conditions recouvrent des exigences qui ont trait au soumissionnaire ou à son offre. Leur publication se fait dans l'appel d'offres ou dans les pièces explicatives remises aux candidats soumissionnaires. Les conditions d'admission liées au soumissionnaire visent à s'assurer que les candidats engagés dans un marché s'y comportent de manière loyale et conformément à certaines règles de droit public. Le pouvoir adjudicateur, en tant qu'acheteur public, doit ainsi, par la fixation de ces conditions, veiller à ce que le futur adjudicataire et ses partenaires contractuels respectent l'ordre juridique (cf. RODONDI, op. cit., p. 387 ss; CHRISTOPH JÄGER, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in: *Marchés publics 2014*, chap. III. Ausschlussgründe p. 331 ss; ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2014, ch. 4.3.5.2 p. 186 ss).

Parmi les conditions d'admission au marché liées à la personne du soumissionnaire, on trouve notamment le paiement des cotisations sociales (cf. RODONDI, op. cit., p. 391; JÄGER, op. cit., p. 339 n° 35), dont le non-respect peut conduire à l'exclusion du soumissionnaire de la procédure de passation en application de l'art. 11 let. c LMP (cf. consid. 3.4).

3.4.2 L'art. 11 LMP n'a pas été débattu à l'Assemblée fédérale. Selon le Message du Conseil fédéral, « la disposition définit les motifs pour lesquels un soumissionnaire peut être exclu d'une procédure d'adjudication [...]. Elle présente également quelques raisons particulièrement graves qui laissent supposer que le soumissionnaire n'est plus apte à remplir le marché » (cf. 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 d'Uruguay ; Message 2 GATT], FF 1994 IV 995, 1229; sur le débat parlementaire, voir BO 1994 E 1172; 1994 E 1315 s.; BO 1994 N 2288).

Selon plusieurs auteurs, le paiement des impôts et des cotisations sociales (cf. art. 11 let. c LMP), à l'instar du respect des obligations fixées à l'art. 8 LMP (cf. art. 11 let. d LMP), a essentiellement pour but d'empêcher que des soumissionnaires ne jouissent d'avantages concurrentiels en ne respectant pas leurs obligations envers le fisc ou les travailleurs. Il s'agit d'éviter que, par la violation de ses obligations de citoyen, un soumissionnaire bénéficie d'un avantage concurrentiel par rapport à un concurrent qui s'acquitterait des siennes; l'idée est que les concurrents soient placés à armes égales (cf. ATF 143 II 425 consid. 4.4.3, traduit in: JdT 2018 I p. 55; POLTIER, op. cit., p. 187 n° 298 et p. 190 n° 305; JÄGER, op. cit., p. 339 ss n° 33 ss; GALLI et al., op. cit., p. 215 n° 486, p. 223 n° 512). Comme déjà dit, le pouvoir adjudicateur doit veiller à ce que le futur adjudicataire respecte l'ordre juridique. Il doit ainsi requérir les justificatifs y relatifs ou faire signer une déclaration sur l'honneur (cf. JÄGER, op. cit., p. 339 n° 33). Un principe central de la passation des marchés veut que ceux-ci ne soient attribués qu'aux soumissionnaires qui garantissent qu'ils s'acquittent de toutes leurs obligations de droit public, en particulier le paiement des cotisations sociales et des impôts. Aussi, en pratique, il est souvent exigé dans les appels d'offres la remise d'une déclaration volontaire du soumissionnaire (*Selbstdeklaration*) par laquelle celui-ci atteste répondre aux conditions d'admission au marché (cf. GALLI et al., op. cit., p. 215 n° 488). Si, après avoir signé cette déclaration et l'avoir jointe à son offre, il apparaît que le soumissionnaire n'était pas en règle au moment de la remise de l'offre, celui-ci peut être exclu pour faux renseignements au sens de l'art. 11 let. b LMP (cf. GUERRIC RIEDI, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs, in: Marchés publics 2016, chap. IV. Le travail au noir, p. 329–349). Les faux renseignements englobent notamment des indications inexactes sur le versement des impôts et des cotisations sociales, le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs ou l'égalité de traitement entre hommes et

femmes, fournies délibérément par le soumissionnaire en remplissant la déclaration volontaire (cf. Manuel sur les marchés publics Routes nationales, OFROU, 8^e éd., p. 85, consultable sur le site internet de l'OFROU).

3.5 En l'espèce, le consortium intimé et le pouvoir adjudicateur font valoir, à titre principal, que l'appel d'offres – lequel n'a pas été attaqué – n'exige pas que le critère d'aptitude Q2 « capacité économique et financière » soit respecté individuellement par tous les membres d'une communauté de soumissionnaires. En particulier, la signification du mot « certification » n'est explicitée ni dans l'appel d'offres ni dans le dossier d'appel d'offres; les annexes y relatives n'exigent pas davantage « expressément » que le renseignement requis soit donné par chaque membre du consortium. Aussi, le fait que A. Sàrl se trouvait temporairement en faillite et avait temporairement des arriérés de paiement relatifs aux cotisations sociales est sans importance, étant donné que les deux autres membres du consortium intimé, à savoir B. SA et C. SA, remplissent incontestablement, depuis le dépôt de l'offre et jusqu'à ce jour, le critère de l'aptitude économique et financière.

3.5.1 (...) L'appel d'offres mentionne, sous le titre « Critères d'aptitude », les trois critères que les soumissionnaires doivent impérativement satisfaire pour être qualifiés pour la suite de la procédure, à savoir: « capacité technique », « capacité économique et financière » et « personnes-clés ». Il y est précisé que ceux-ci « ne doivent pas être remplis par chaque partenaire mais par l'association, à moins qu'une exigence ne se réfère expressément aux partenaires individuellement, comme par exemple la certification ». (...) L'appel d'offres [sous le titre] « Justificatifs requis » mentionne les éléments de preuve à apporter par le soumissionnaire pour permettre au pouvoir adjudicateur d'examiner si les critères d'aptitude sont réalisés. Il ressort ainsi de la lettre de l'appel d'offres que le critère de l'aptitude économique et financière ne doit, le cas échéant, pas être rempli par chaque membre d'une communauté de soumissionnaires mais peut être évalué au niveau du consortium. En revanche, les justificatifs requis sont susceptibles de devoir être produits par chaque société individuellement lorsque cela est expressément spécifié, « comme par exemple la certification ». Or, les formulaires « Déclaration volontaire du soumissionnaire » (Q2.2, cf. consid. 3.2.1) et « Attestations à remettre après la remise de l'offre » (Q2.3, cf. consid. 3.2.2) contenus dans le dossier d'appel d'offres doivent être signés par le soumissionnaire, lequel, par sa signature, « certifie l'exactitude des données fournies » (formulaire Q2.2), respectivement

« atteste pouvoir transmettre les documents aux conditions susmentionnées » (formulaire Q2.3). Comme mentionné dans l'appel d'offres, ces deux formulaires, à tout le moins, devaient porter, le cas échéant, la signature de tous les membres d'une communauté de soumissionnaires dès lors qu'il s'agit de documents ayant pour but de donner au pouvoir adjudicateur une assurance écrite, respectivement une confirmation ou une attestation – en d'autres termes une certification – de leur contenu. Il va par ailleurs de soi que les justifications des paiements des cotisations sociales en particulier (Q2.3) se réfèrent aux sociétés individuellement et ne peuvent être produites pour la communauté de soumissionnaires en tant que telle. Ce que le consortium intimé a par ailleurs parfaitement compris en apposant la signature de ses trois sociétés membres sur les deux attestations précitées.

3.5.2 Il s'ensuit que les cotisations sociales en particulier devaient être payées par chaque membre d'une communauté de soumissionnaires individuellement et chacun de ceux-ci certifiait, par sa signature sur les documents Q2.2 et Q2.3 du dossier d'appel d'offres, être à jour dans le paiement de ses charges sociales et être en mesure de le prouver.

Or, il est en l'espèce établi que A. Sàrl était en poursuite pour des cotisations sociales impayées au jour du dépôt de l'offre du consortium intimé – et, partant, de la signature des attestations Q2.2 et Q2.3 – ainsi qu'au moment du prononcé de la décision d'adjudication (cf. consid. 3.1), si bien que celui-là semble ne pas satisfaire à des conditions personnelles d'admission au marché.

De même, il semblerait, compte tenu de leur place dans l'appel d'offres sous le critère d'aptitude Q2 « capacité économique et financière » (cf. consid. 3.2), que le pouvoir adjudicateur ait fait de la déclaration volontaire du soumissionnaire (cf. consid. 3.2.1) et des justifications des paiements des cotisations sociales (cf. consid. 3.2.2) (également) des éléments de preuve de la capacité économique individuelle des soumissionnaires. Il est dès lors probable que le pouvoir adjudicateur se soit inspiré de l'annexe 3 de l'OMP (RS 172.056.11), laquelle contient une liste non exhaustive des preuves que celui-ci peut requérir pour évaluer la qualification des soumissionnaires au sens de l'art. 9 LMP. Or, ladite annexe comporte également des justificatifs se rapportant aux conditions d'admission au marché, tels que la déclaration concernant l'obligation de respecter les conditions de travail (ch. 6) et la preuve du paiement des cotisations et des impôts (ch. 17). Le projet relatif à la nouvelle LMP (FF 2017 1851) corrige toutefois cette imprécision en distinguant les critères d'aptitude (art. 27)

des conditions de participation (art. 26), au nombre desquelles figure le paiement des cotisations sociales (al. 1).

3.5.3 En tout état de cause, il n'en demeure pas moins que le paiement des cotisations sociales constitue, sur le vu de ce qui précède (cf. consid. 3.4.1), une condition légale d'admission au marché, dont le non-respect peut entraîner, à lui seul, l'exclusion du soumissionnaire de la procédure d'adjudication (cf. art. 11 let. c LMP) et ce, indépendamment du point de savoir si celui-ci satisfait ou non au critère de l'aptitude économique et financière (cf. art. 9 en lien avec art. 11 let. a LMP).

Il convient dès lors d'examiner cette question en premier lieu.

3.6 En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a ainsi requis des soumissionnaires, respectivement de chaque membre d'une communauté de soumissionnaires (cf. consid. 3.5.1), la remise, avec leur offre, de deux documents signés par lesquels ils certifieraient avoir notamment payé leurs cotisations sociales (Q2.2) et attestaient pouvoir transmettre les justifications des paiements y relatifs, après le dépôt de l'offre, à sa demande (Q2.3). Comme annoncé, le pouvoir adjudicateur a ainsi invité le 29 novembre 2017 – soit après la date de l'adjudication – le consortium intimé à lui remettre, jusqu'au 8 décembre 2017, l'ensemble des documents indiqués dans le formulaire Q2.3 pour chacun de ses membres. Par lettre du 7 décembre 2017, celui-là lui a remis les attestations relatives à B. SA et C. SA et requis une prolongation de délai pour produire en particulier les justifications des paiements des cotisations sociales de A. Sàrl. Le pouvoir adjudicateur a publié la décision d'adjudication le (...) décembre 2017, sans que A. Sàrl n'ait produit les justifications manquantes.

3.6.1

3.6.1.1 Le consortium intimé fait valoir que A. Sàrl ne s'est pas acquittée de la facture de la Fondation collective LPP (...) en tant qu'elle en contestait le montant, celui-ci résultant d'une erreur de calcul. Elle s'est néanmoins vu contrainte de la régler pour empêcher l'ouverture de la faillite. La fondation lui a fait parvenir un relevé de compte en date du 7 décembre 2017 duquel il résultait un solde en sa faveur de 1 104 francs. Ensuite, la totalité des arriérés des cotisations sociales aurait été acquittée au moment de la publication de la décision d'adjudication sur la plateforme Simap le (...) décembre 2017 (à l'exception des intérêts moratoires). Le consortium intimé précise à cet égard que le dépôt des justifications manquantes est, en raison de la publication de la décision d'adjudication, devenu sans objet, ce qui explique pourquoi celles-ci n'ont pas été produites par la suite. En

annexe à sa duplique, le consortium intimé a néanmoins déposé notamment une attestation (...) du 10 octobre 2018 concernant le paiement par A. Sàrl des contributions sociales en faveur de l'AVS/AI/APG/AC et AFC et exposé que celle-ci n'avait pas encore reçu de facture relative aux cotisations LPP, si bien que la fondation n'était pour l'instant pas en mesure de lui délivrer l'attestation requise.

3.6.1.2 L'examen des conditions d'admission au marché doit avoir lieu, autant que possible, au moment de l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires et donc juste avant celle des offres; l'exclusion est envisagée comme une étape préliminaire, qui précède la phase d'évaluation des offres (recevables) (cf. RODONDI, op. cit., p. 392; POLTIER, op. cit., p. 187 n° 300). Lors de l'examen de la qualification d'un soumissionnaire, il n'y a en principe, sous réserve de la prohibition du formalisme excessif, pas lieu de prendre en considération des faits (positifs pour lui) survenus après l'échéance du délai de soumission car il en résulterait une discrimination des soumissionnaires concurrents (cf. GALLI et al., op. cit., p. 302 n° 688). Cela reviendrait *de facto* à accorder à un soumissionnaire un délai plus long que celui annoncé dans l'appel d'offres pour peaufiner son aptitude technique et financière ou élaborer son offre (cf. décision de la CRM du 1^{er} septembre 2003 consid. 3c.aa, in: JAAC 68.10). Dans le domaine des marchés publics, l'état de fait déterminant est celui du moment de la décision d'adjudication. Des modifications de l'offre postérieures à l'échéance du délai de soumission n'entrent en considération que sur des points mineurs, cela quelle que soit l'autorité (d'adjudication ou de recours) qui constate les faits; l'adjudicateur peut donc sans arbitraire admettre l'introduction différée de justificatifs anodins (cf. ATF 143 I 177 consid. 2.3.1, 2.5.1 et 2.5.2; arrêt du TF 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 3.3).

Dans le but d'éviter une bureaucratie inutile, certaines preuves peuvent n'être exigées qu'à un stade ultérieur de la procédure – mais dans tous les cas avant l'adjudication – et que de la part du soumissionnaire occupant le premier rang du classement. L'idée est de décharger d'un travail superflu les soumissionnaires dont l'offre n'a aucune chance d'être retenue (cf. art. 26 et 27 du projet de LMP, FF 2017 1851, 1865; Message du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695, 1785 ss). Il n'en demeure toutefois pas moins que les preuves requises, même ultérieurement, doivent être produites intégralement.

Les conditions de participation au marché, tout comme les critères d'aptitude, doivent être remplies tout au long de la procédure et même après

l'adjudication (cf. POLTIER, op. cit., p. 190 n° 304; RODONDI, op. cit., p. 392; JÄGER, op. cit., p. 339 n° 34).

3.6.1.3 Selon le consortium intimé, la totalité des arriérés de cotisations sociales de A. Sàrl a été payée au plus tard le jour de la publication de la décision d'adjudication. Or, si tant est que cette date soit pertinente, l'on ne saurait considérer que le paiement des cotisations sociales, qui constitue une condition légale d'admission au marché, s'apparente à un « point mineur » qui pourrait être guéri après le délai de soumission. Même à supposer que le paiement des arriérés de cotisations sociales puisse être pris en considération *in casu*, A. Sàrl n'a jamais fait parvenir au pouvoir adjudicateur les justifications desdits paiements, dûment requises par celui-ci. Or, dès lors qu'il ne ressort pas du dossier que le pouvoir adjudicateur disposait, au jour de la publication de la décision d'adjudication, d'une quelconque preuve de ce règlement et compte tenu du fait que la société avait été mise aux poursuites en raison desdits arriérés, il n'était nullement (excessivement) formaliste d'exiger la production desdites justifications, au demeurant expressément requises dans l'appel d'offres. La production devant l'autorité de céans d'un justificatif de paiement établi (...) en faveur de A. Sàrl, de même que du relevé de compte du 7 décembre 2017 de la fondation LPP est, compte tenu de ce qui précède, tardive (cf. consid. 3.6.1.2). L'on ne dispose au demeurant aujourd'hui toujours pas de l'attestation selon laquelle la société serait en règle avec le paiement de ses cotisations LPP. Il s'ensuit que A. Sàrl accusait, au moment du dépôt de l'offre du consortium intimé, des arriérés de paiement de cotisations sociales et n'a, partant, pas produit les justificatifs dûment requis par le pouvoir adjudicateur, ce qui constitue un motif d'exclusion au sens de l'art. 11 let. c LMP.

3.6.2 Mais ce n'est pas tout; en certifiant, au jour du dépôt de l'offre du consortium intimé le (...) août 2017, être en règle avec le paiement de ses charges sociales – alors qu'elle se savait en poursuite depuis le 9 août 2017 pour des cotisations LPP impayées et avait reçu une sommation de paiement d'arriérés de cotisations AVS le 4 juillet 2017 – A. Sàrl a fourni de faux renseignements au pouvoir adjudicateur, ce qui est également susceptible de fonder un motif d'exclusion au sens de l'art. 11 let. b LMP.

3.6.2.1 Comme déjà dit, le pouvoir adjudicateur a joint aux documents d'appel d'offres une « Déclaration volontaire du soumissionnaire » (Q2.2) reprenant en particulier les obligations prévues à l'art. 8 al. 1 let. b–c LMP ainsi que celles relatives au paiement des impôts fédéraux et des cotisa-

tions sociales. Il y est ainsi en particulier mentionné que « le soumissionnaire déclare par ailleurs avoir payé les impôts fédéraux et les cotisations sociales (impôts fédéraux, TVA, cotisations AVS, AI, APG, AC, LPP et LAA) ». Au pied de ce document est indiqué que « par sa signature sur la page de garde, le soumissionnaire certifie l'exactitude des données fournies et se déclare prêt à prouver ces dernières » (cf. consid. 3.2.1). La déclaration volontaire annexée à l'offre du consortium intimé porte les signatures des trois sociétés le composant, à savoir B. SA, C. SA et A. Sàrl.

3.6.2.2 Le pouvoir adjudicateur fait valoir que la déclaration volontaire ne constituerait qu'un indice de l'aptitude financière et économique des soumissionnaires. Le consortium intimé, qui reconnaît que la déclaration volontaire était « erronée », fait quant à lui valoir qu'il ressort du texte préformulé de celle-ci, qui doit s'interpréter au regard du principe de la confiance, que seul le non-respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et à l'égalité de traitement entre femmes et hommes – auxquelles il accordait une importance particulière – pouvait conduire à l'exclusion de la procédure. Les soumissionnaires pouvaient dès lors partir de bonne foi de l'idée que d'éventuelles erreurs dans la déclaration concernant le paiement des cotisations sociales n'entraîneraient pas une exclusion de la procédure et pourraient être corrigées ultérieurement, le pouvoir adjudicateur ayant ainsi fait savoir, déjà lors de l'appel d'offres, qu'il entendrait faire usage de son pouvoir d'appréciation.

3.6.2.3 Ladite déclaration reprend les exigences fixées à l'art. 8 al. 1 let. b et c LMP – lesquelles ne ressortent pas expressément de l'art. 11 let. d LMP – et *a contrario* à l'art. 11 let. c LMP (cf. consid. 3.2.1). Le non-respect des obligations fixées à l'art. 8 LMP, tout comme le non-paiement des impôts ou des cotisations sociales, peuvent, selon la loi, conduire à l'exclusion du soumissionnaire ou à la révocation de l'adjudication (cf. art. 11 let. d et c LMP). Par cette déclaration, le pouvoir adjudicateur a ainsi voulu s'assurer que le futur adjudicataire respecte l'ordre juridique (cf. consid. 3.4.2). Bien que la déclaration ne mentionne pas spécifiquement qu'un manquement dans le paiement des impôts fédéraux ou des charges sociales puisse conduire à l'exclusion du soumissionnaire de la procédure d'adjudication, ladite conséquence est toutefois expressément prévue dans la loi (cf. art. 11 let. c LMP), que nul n'est censé ignorer. Le pouvoir adjudicateur n'a fait que rappeler, dans sa déclaration, la teneur de la loi et de son ordonnance (en particulier l'art. 6 al. 5 OMP). Il n'a nullement préjugé de son appréciation en cas de manquement à ces obligations. En outre, le

consortium intimé ne saurait se retrancher derrière la bonne foi pour soutenir que A. Sàrl pouvait légitimement penser que son « erreur » aurait pu être corrigée ultérieurement. En effet, le document – exigé au moment du dépôt de l'offre – met clairement en exergue que, par sa signature, le soumissionnaire certifie l'exactitude des données fournies et se déclare prêt à les prouver. Aussi, nonobstant l'absence de menace expresse d'exclusion, A. Sàrl ne pouvait raisonnablement et de bonne foi s'autoriser à penser qu'elle pouvait omettre d'indiquer au pouvoir adjudicateur qu'elle était en particulier poursuivie pour le non-paiement de cotisations sociales et signer sans autres cette déclaration, sans que cela ne porte à conséquence, et corriger ultérieurement son « erreur ». Le consortium intimé n'explique par ailleurs pas comment A. Sàrl entendait corriger après coup son erreur, étant donné que, par sa signature, elle certifiait, au moment du dépôt de l'offre, être à jour dans le paiement de ses charges sociales.

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que A. Sàrl a sciemment fourni de faux renseignements au pouvoir adjudicateur, ce qui est constitutif d'un motif d'exclusion au sens de l'art. 11 let. b LMP.

3.6.3 Il en va par ailleurs de même du document « Attestations à remettre après la remise de l'offre » (Q2.3) (cf. consid. 3.2.2), signé par les trois membres du consortium intimé et joint à l'offre de celui-ci. Par sa signature, A. Sàrl a en effet attesté pouvoir transmettre notamment les « justifications des paiements actuels pour AVS/AI/APG/AC ainsi que SUVA et AFC » et les « justifications des paiements actuels pour la LPP » sur demande du pouvoir adjudicateur dans un délai de 7 jours. Dès lors qu'elle accusait, à la date du dépôt de l'offre, des arriérés de paiement de cotisations AVS et LPP, elle a délibérément fourni de faux renseignements au pouvoir adjudicateur en lui attestant qu'elle était en mesure de lui apporter la preuve de ces paiements à sa demande. A. Sàrl n'a pas à nouveau commis une « erreur » en apposant sa signature sur cette attestation.

3.7 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de retenir que les agissements du consortium intimé sont constitutifs de deux motifs d'exclusion, à savoir le non-paiement des cotisations sociales (cf. art. 11 let. c LMP) et la transmission de faux renseignements au pouvoir adjudicateur (cf. art. 11 let. b LMP).

4. Reste à ce stade à examiner si de tels manquements auraient dû conduire à l'exclusion du consortium intimé de la procédure d'adjudication.

4.1 En présence d'un motif d'exclusion, l'art. 11 LMP prévoit que le pouvoir adjudicateur « peut » exclure un soumissionnaire de la procédure. L'exclusion n'est donc pas automatique; elle relève de la marge d'appréciation du pouvoir adjudicateur. Toutefois, lorsqu'un cas d'exclusion est destiné à réaliser un but essentiel du droit des marchés publics, le pouvoir adjudicateur ne jouit que d'un pouvoir limité de renoncer à l'exclusion. Une renonciation à l'exclusion ne doit pas aboutir à ce que le marché soit attribué, en violation de principes du droit des marchés publics, à un soumissionnaire qui ne participe pas au marché loyalement, empêchant ainsi que la concurrence puisse se jouer de manière régulière (cf. ATF 143 II 425 consid. 4.4.3 et 4.6, traduit in: JdT 2018 I p. 55; POLTIER, op. cit., p. 190 s. n° 305). Il paraîtrait en effet opposé aux bases mêmes du marché public et au principe d'égalité de traitement que l'Etat octroie un marché sans se préoccuper du fait que, de son côté, l'adjudicataire ignore ses obligations vis-à-vis de la collectivité, alors même que ses concurrents respectent les leurs (cf. arrêt du Tribunal administratif de la République et canton de Genève du 15 février 2000 consid. 4c, in: SJ 2000 I p. 411). En tout état de cause, la faculté laissée à l'adjudicateur d'exclure un candidat ou d'écarter son offre doit respecter les principes de proportionnalité et de prohibition du formalisme excessif, quel que soit le motif d'exclusion (cf. arrêt du TF 2C_782/2012 du 10 janvier 2013 consid. 2.3 et réf. cit.). Un motif d'exclusion doit donc revêtir une certaine gravité. Une exclusion ne peut se fonder sur des éléments mineurs ou, du moins, qui ne sont pas déterminants pour la décision d'adjudication, notamment parce que leur ampleur est insignifiante et qu'ils n'exerceraient pas d'influence dans le classement des soumissionnaires (cf. RIEDI, op. cit., p. 339). Le Tribunal fédéral a par ailleurs jugé que le non-respect d'une condition légale d'admission au marché ne constituait nullement un défaut mineur qui ferait apparaître une exclusion comme disproportionnée (cf. ATF 143 I 177 consid. 2.2). Enfin, à l'instar du Tribunal fédéral, le Tribunal administratif fédéral fera preuve d'une certaine retenue dans le contrôle de l'application des règles de procédure en matière de marchés publics (cf. arrêts du TF 2C_197/2010 du 30 avril 2010 consid. 6.4; 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4.1).

4.2 Reconnaissant ne pas avoir, en raison de la petite taille du marché, contrôlé plus en détail les informations fournies par A. Sàrl, tout comme celles des autres soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur expose que, lorsqu'il a eu connaissance de la faillite de celle-ci, l'évaluation complète des offres avait déjà eu lieu et le consortium intimé l'emportait haut-la-main, la qualité des offres des recourantes étant très inférieure à ses attentes. Sur la base des principes fondamentaux de la LMP, tels que la

concurrence, l'utilisation économique des fonds publics, l'égalité de traitement et la proportionnalité, le pouvoir adjudicateur a jugé qu'il était proportionné de considérer que le consortium intimé avait survécu à la faillite de l'un de ses membres dès lors que celle-ci avait été révoquée et que le consortium intimé dans son ensemble présentait des garanties financières élevées. Il était en revanche disproportionné d'exclure celui-ci du fait que son offre était la meilleure et que la concurrence était encouragée au mieux en ne l'excluant pas. Il était également disproportionné de tout recommencer compte tenu du temps nécessaire. Quant au consortium intimé, il fait notamment valoir que l'erreur relative à la déclaration volontaire de même que les créances concernant les cotisations LPP et AVS ne portaient que sur un faible montant, ne concernaient qu'un seul de ses membres et que lesdites dettes ont par ailleurs été acquittées, si bien que celui-ci n'accusait plus d'arriérés de cotisations sociales le jour de la publication de la décision d'adjudication. Il s'ensuit que l'exclusion du consortium intimé violerait le principe de la proportionnalité ainsi que le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur.

4.3 En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a expressément exigé dans son appel d'offres et les documents d'appel d'offres la preuve que les soumissionnaires s'acquittaient de leurs cotisations sociales. Outre le dépôt d'une déclaration sur l'honneur, il a requis de ceux-ci l'engagement par écrit et la remise des justifications des paiements des charges sociales; c'est dire qu'il accordait une importance particulière au respect de cette obligation et était, de fait, lié par ce critère (cf. consid. 3.3). Or, il ressort du dossier que le pouvoir adjudicateur n'a pas pris la peine de s'assurer que le consortium intimé remplissait ladite condition, que ce soit avant la phase d'évaluation des offres ou, même après, lorsqu'il a appris que A. Sàrl avait été déclarée en faillite en raison du non-paiement de cotisations sociales et, partant, lui avait fourni de faux renseignements; il a néanmoins requis à ce moment-là de chaque membre du consortium intimé la production des justifications des paiements des cotisations sociales mais a toutefois publié la décision d'adjudication sans avoir reçu celles de la société en cause. Il a en effet expliqué avoir considéré que la décision d'annulation de la faillite prononcée le (...) décembre 2017 par une autorité judiciaire constituait une garantie suffisante de la viabilité économique individuelle de A. Sàrl à réaliser le marché et réparait *a posteriori* le contrôle auquel il ne s'était pas livré; le montant des cotisations sociales impayées était par ailleurs de faible importance et la présence des deux autres (grandes) sociétés à ses côtés garantissait l'aptitude financière du consortium intimé. Or, comme déjà dit,

le paiement des cotisations sociales – même s'il représentait en l'occurrence pour le pouvoir adjudicateur un indicateur de la capacité économique individuelle des soumissionnaires – constitue quoiqu'il en soit également une condition légale d'admission au marché, dont le non-respect peut entraîner, à lui seul, l'exclusion du soumissionnaire de la procédure d'adjudication et ce, indépendamment du point de savoir si celui-ci satisfait ou non au critère de l'aptitude économique et financière. L'annulation de la faillite n'autorisait dès lors pas le pouvoir adjudicateur à ignorer purement et simplement les autres motifs d'exclusion de la procédure de passation. Il ressort du dossier que le pouvoir adjudicateur n'a en effet nullement envisagé la question d'une éventuelle exclusion du consortium intimé sous l'angle de l'art. 11 let. b ou c LMP, commettant ainsi un excès négatif de son pouvoir d'appréciation.

Sur le vu de tout ce qui précède, il y a lieu de retenir que le pouvoir adjudicateur a violé les principes de la transparence et de l'égalité de traitement – consacrés à l'art. 1 al. 1 let. a et al. 2 LMP – en n'examinant pas si le consortium intimé répondait aux conditions légales d'admission au marché alors qu'il avait expressément exigé dans l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres de chaque membre d'une communauté de soumissionnaires qu'il certifie et apporte la preuve du paiement de ses cotisations sociales.

4.4 Reste à examiner si une exclusion aurait nécessairement dû être prononcée et si celle-ci s'avère en l'occurrence conforme au principe de la proportionnalité. Il convient tout d'abord de relever qu'à supposer que le pouvoir adjudicateur eût d'emblée exclu l'offre du consortium intimé, nul n'y aurait vu une mesure excessive. De même, sans qu'il n'y ait lieu de déterminer son impact quant à l'aptitude économique et financière du consortium intimé à réaliser le marché, le défaut de paiement des cotisations sociales – soit *in casu* un montant total de plus de 21 000 francs (ce qui ne saurait être considéré comme dérisoire) – porte atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires (cf. consid. 3.4.2); le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur à renoncer à l'exclusion est donc restreint en l'espèce (cf. consid. 4.1). A. Sàrl s'est en outre comportée dans la procédure de passation de manière déloyale en certifiant, délibérément, au pouvoir adjudicateur avoir payé ses charges sociales et être en mesure de le prouver. La manière d'agir de cette société dénote ainsi un manque de probité dont on ne saurait minimiser la gravité. Enfin, dès lors que le législateur a retenu que le respect de certaines règles particulières consistait en une condition d'admission au marché, il y a lieu de faire preuve de

cohérence et de sanctionner les écarts présentant une certaine gravité. Aussi, en application du principe de la proportionnalité, les manquements constatés en l'espèce doivent conduire à l'exclusion du consortium intimé de la procédure d'adjudication en application de l'art. 11 let. b et c LMP. Le fait que celui-là ait déposé la meilleure offre aux yeux du pouvoir adjudicateur ne joue aucun rôle dans l'appréciation de la qualification, respectivement l'admission, d'un soumissionnaire à participer à la procédure d'adjudication (cf. consid. 3.3).

Il s'ensuit que le consortium intimé devait (déjà) être exclu de la procédure de passation en application de l'art. 11 let. b et c LMP. Ceci étant, nul n'est besoin d'examiner plus avant les autres arguments soulevés par les recourantes contre l'attribution du marché litigieux à celui-là, en particulier ceux ayant trait à la faillite momentanée de A. Sàrl et à l'aptitude économique et financière de consortium intimé.

En tant que c'est en violation de la LMP que le marché en cause a été adjudiqué au consortium intimé, il y a lieu d'annuler la décision d'adjudication prononcée le (...) novembre 2017 et publiée sur la plateforme Simap le (...) décembre 2017.

Bien fondés, les griefs des recourantes (...) doivent ainsi être admis.