

(Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 22 janvier 2001 en la cause A [CRM 2000-013]).

Öffentliches Beschaffungswesen. Zusammensetzung eines Konsortiums. Publikation der Zuschlagskriterien. Varianten. Bereinigung der Angebote. Zwingende technische Vorgaben.

- Der Rückzug eines Konsortiumsmitgliedes vor dem Zuschlag schliesst nicht aus, dass der Zuschlag der Bietergemeinschaft, welche sich aus den verbleibenden Mitgliedern zusammensetzt erteilt wird, sofern ohne zusätzliche Prüfung offensichtlich ist, dass diese die Eignungskriterien nach wie vor erfüllt (E. 1b/cc).
- Die Vergabestelle ist gehalten, im Voraus alle Zuschlagskriterien bekannt zu geben; dies gilt auch für die relative Bedeutung, die sie jedem dieser Kriterien zuzumessen gedenkt (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 2a).
- Den Anbietern steht es frei, zusätzlich zum Grundangebot eine Variante einzureichen, wenn diese Möglichkeit in der Ausschreibung nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt worden ist. Die Variante muss den Rahmenbedingungen der Ausschreibung entsprechen; dabei handelt es sich um ein unbedingtes Zuschlagskriterium.
- Die Bereinigung der Angebote und Varianten umfasst eine vertiefte Prüfung der technischen Angaben und der offerierten Summen, um die Angebote objektiv vergleichbar zu machen. Grundsätzlich dürfen die Offerten während der Bereinigung weder ergänzt noch abgeändert werden; vorbehalten bleibt die Korrektur unbeabsichtigter Formfehler (E. 3a).
- Eine Variante, die eine wesentliche technische Mindestvorgabe nicht einhält, muss wegen fehlender Übereinstimmung mit dem ausgeschriebenen Auftrag ausgeschieden werden (E. 3b und 4a).

Marchés publics. Composition d'un consortium. Publication des critères d'adjudication. Variantes. Procédure d'épuration. Exigences techniques impératives.

- Le retrait d'un membre d'un consortium, préalablement à l'adjudication, ne supprime pas la possibilité d'adjuger le marché au groupement composé des associés restants, pour autant qu'il soit apparent sans vérification supplémentaire que les associés restants remplissent toujours les critères d'aptitude (consid. 1b/cc).
- Le pouvoir adjudicateur est tenu d'énumérer par avance tous les critères d'adjudication; il doit aussi spécifier clairement d'emblée l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'entre eux (confirmation de jurisprudence; consid. 2a).
- Un soumissionnaire est libre de présenter une variante en plus de l'offre de base, à moins que cette faculté n'ait été exclue ou restreinte dans l'appel d'offres. La conformité de la variante aux conditions d'appel d'offres constitue un critère préalable d'adjudication.
- L'épuration des offres/variantes consiste en un examen approfondi des indications techniques et des chiffres figurant dans les offres, afin de rendre les offres objectivement comparables. En principe, une offre ne peut pas être complétée ni modifiée dans le cadre de la procédure d'épuration. Est réservée la correction d'erreurs involontaires de forme (consid. 3a).
- La variante qui ne respecte pas une exigence minimale impérative doit être écartée en raison de sa non-conformité à l'objet du marché (consid. 3b et 4a).

Acquisti pubblici. Composizione di un consorzio. Pubblicazione dei criteri di aggiudicazione. Varianti. Procedura di selezione. Esigenze tecniche imperative.

- Il ritiro di un membro di un consorzio prima dell'aggiudicazione non esclude la possibilità di aggiudicare l'appalto al gruppo comprendente gli associati rimasti, a condizione che emerga chiaramente, senza bisogno di ulteriori accertamenti, che tali associati adempiono ancora i criteri attitudinali (consid. 1b/cc).
- L'ente aggiudicatore deve enumerare in anticipo tutti i criteri di aggiudicazione; deve pure specificare chiaramente fin dall'inizio la relativa importanza che intende accordare a ciascuno di questi elementi (conferma della giurisprudenza; consid. 2a).
- L'aggiudicatore è libero di presentare una variante che va oltre quella dell'offerta di base, a meno che questa facoltà non sia stata esclusa o limitata nella richiesta di offerte. La conformità della variante alle condizioni-quadro della richiesta di offerte costituisce un criterio fondamentale d'aggiudicazione.
- La selezione delle offerte/varianti consiste in un esame approfondito delle indicazioni tecniche e delle cifre che figurano nelle offerte, al fine di rendere le offerte oggettivamente comparabili. In linea di principio, un'offerta non può essere completata né modificata nell'ambito della procedura di selezione. Resta riservata la possibilità di correggere errori di forma involontari (consid. 3a).
- La variante che non rispetta un'esigenza minima imperativa deve essere accantonata in ragione della sua non-conformità all'oggetto dell'appalto (consid. 3b e 4a).

Le 10 janvier 2000, l'Office fédéral du matériel de l'armée et des constructions (OFMAC) publia dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) un appel à candidatures, dans le cadre d'une procédure sélective. Le marché portait sur la construction d'un village d'exercice de 30 bâtiments et d'ouvrages de génie civil sur la place d'armes de Bure; il était réparti en 7 lots indépendants. Le premier lot concernait les travaux de génie civil (routes, chemins, conduites d'eau, terrassements généraux). Le lot n° 2 portait sur la construction des 30 maisons en béton armé. Les lots n° 3 à 7 concernaient diverses fournitures, poses et installations à effectuer dans les 30 maisons (charpentes, volets, portes, équipement électrique, escaliers, plaques ondulées). Le budget total était de 19 millions de francs.

Le 3 février 2000, le groupement A, se présentant comme une «entreprise virtuelle en formation», déposa une demande de participation pour le lot n° 2. Ce groupement était composé de B, C, D, E et F & G. En cas d'adjudication du marché, le

groupement annonçait qu'il se constituerait en société simple.

Le choix des participants à l'issue de la première phase de sélection fit l'objet d'une publication dans la FOSC du 29 février 2000. Pour le lot n° 2, 6 participants furent qualifiés, y compris le groupement A. Par courrier du 16 mars 2000, le groupe d'étude et de réalisation piloté par H, agissant comme mandataire du pouvoir adjudicateur, adressa aux entrepreneurs retenus pour le lot n° 2 un dossier d'appel d'offres comportant le devis descriptif, le cahier des charges et conditions particulières de même que 14 plans portant sur la situation et l'accès au village ainsi que les différents types de maisons à construire. Chaque candidat devait en tout cas fournir une offre de base conforme au devis descriptif et non modifiée. Des variantes pouvaient être fournies séparément, en suivant le devis descriptif et en indiquant les points modifiés ou nouveaux, et avec les preuves de la qualité des matériaux et éléments de construction utilisés. Les critères d'adjudication étaient énumérés dans leur ordre d'importance (prix / délai / qualité de l'organisation / critères d'élimination). La grille d'évaluation introduisait des sous-critères et précisait la pondération relative des différents critères d'adjudication.

Par courrier du 28 mars 2000, le groupement A adressa deux questions à la mandataire du pouvoir adjudicateur, H. La seconde question se référait à la possibilité de déposer des variantes, mentionnée au point D.2.4.1 du cahier des charges et conditions particulières, et demandait s'il existait un plan d'utilisation et de sécurité relatif aux maisons à construire, selon la norme de la Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA) 160. Par lettre du 7 avril 2000, H adressa à tous les candidats retenus pour le lot n° 2 ses réponses aux deux questions du groupement A, et en particulier le plan de sécurité et d'utilisation demandé.

Dans le délai imparti au 28 avril 2000, 8 offres furent déposées au total pour le lot n° 2, soit 5 soumissionnaires dont 3 déposèrent une variante en plus de l'offre de base. Le groupement A déposa à la fois une offre de base et une variante pour le lot n° 2. Le 19 mai 2000, H, mandataire du pouvoir adjudicateur, adressa au groupement A douze questions visant à obtenir des précisions et compléments quant à la variante préfabriquée offerte et quant à la composition actuelle du groupement. Le groupement y répondit le 29 mai 2000. H rendit un rapport d'analyse le 13 juin 2000, comportant une évaluation des offres et une proposition d'adjudication à l'offre de base présentée par I. L'offre de base du consortium A obtint le 6e rang alors que la variante de ce même consortium était classée 4e. Le 7 juillet 2000, l'OFMAC procéda à l'adjudication des 7 lots. Celle-ci fit l'objet d'une publication dans la FOSC du 13 juillet 2000. Le lot n° 2 fut adjugé au consortium I. Par courrier du 13 juillet 2000, l'OFMAC informa le consortium A que son offre n'avait pas été retenue.

Par courrier portant le sceau postal du 26 juillet 2000, B et E, membres du groupement A (ci-après: les recourants), ont formé recours contre la décision d'adjudication du lot n° 2. Par décision incidente du 30 août 2000, la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (ci-après: la Commission de recours ou de céans) a accordé l'effet suspensif au recours en ce qui concerne l'adjudication du lot n° 2. Elle a imparti aux recourants un délai au 8 septembre pour indiquer la composition complète du groupement ainsi que pour préciser s'ils agissaient au nom de tous les membres du groupement ou, à défaut, pour démontrer que les autres membres du groupement avaient toujours l'intention d'exécuter le marché en cas d'acceptation du recours. Par courrier reçu le 11 septembre 2000, les recourants ont informé la Commission de recours que le consortium A était composé de B, C, D, E et F (successeur de F & G). Chacune des entreprises précitées a confirmé avoir toujours l'intention d'exécuter le marché en cas d'acceptation du recours.

Extrait des considérants:

1.a. (...)

b.aa. Selon l'art. 48 let. a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), auquel renvoie l'art. 26 al. 1 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1), la qualité pour recourir appartient à quiconque est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. L'intérêt digne de protection consiste en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant ou, en d'autres termes, dans le fait d'éviter un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. L'intérêt doit être direct et concret; en particulier, la personne doit se trouver dans un rapport suffisamment étroit avec la décision; tel n'est pas le cas de celui qui n'est atteint que de manière indirecte ou médiate. En matière de marchés publics, le soumissionnaire évincé est destinataire de la décision d'adjudication attaquée et est directement touché par celle-ci (décision de la Commission de recours du 16 août 1999, publiée dans la JAAC 64.29 consid. 1b; ATF 125 II 100 consid. 4 [recours de droit public], ATF 123 V 115 consid. 5a; André Moser, in Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, ci-après: Prozessieren..., ch. 2.23 et 2.26; Alfred Kölz / Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd., Zurich 1998, ch. 533; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., Berne 1983, p. 181 s.; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, thèse Fribourg 1997, p. 524-527).

En matière de marchés publics, un ou quelques membres d'un groupement ont qualité pour recourir seuls contre une décision d'adjudication rejetant l'offre du groupement, car ils sont toujours touchés par la décision de rejet de l'offre et ont un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision qui affecte les droits et intérêts du groupement. La décision contestée prive définitivement le groupement de l'adjudication du marché. Inversement, une admission du recours bénéficie directement à tous les autres membres du groupement. Il faut réserver le cas où un ou plusieurs membres du groupement auraient quitté ce groupement, auraient expressément approuvé la décision d'adjudication litigieuse et se seraient à ce point distancés du recourant qu'ils auraient ainsi manifesté ne plus avoir l'intention d'exécuter le marché en consortium si celui-ci devait leur être attribué à l'issue de la procédure de recours. Dans ce dernier cas, en effet, une admission du recours reviendrait à adjuger le marché à un nouveau soumissionnaire, différent de celui ayant pris part à la procédure de passation par le dépôt d'une offre (décision précitée de la Commission de recours du 16 août 1999, consid. 1b; d'un avis contraire, décision du Tribunal administratif zurichois du 1er février 2000, publiée dans Baurechtsentscheide Kanton Zürich [BEZ] 2000 p. 22 n° 7 et Denis Esseiva, note ad S37, Droit de la construction [DC] 2/2000 p. 127).

bb. La Commission de recours observe liminairement qu'il importe peu que le groupement A constitue une entreprise virtuelle, comme le soutiennent les recourants, ou un consortium, comme le défend l'OFMAC. Une entreprise virtuelle constitue une forme de coopération dans laquelle plusieurs entreprises s'associent pour la fourniture d'un produit ou d'un service, en apportant chacune une partie de leurs ressources. Face aux tiers, les partenaires agissent au travers d'une interface (personne physique ou «société plate-forme») qui confère une identité à l'entreprise virtuelle, alors que les partenaires eux-mêmes restent «virtuels». La détermination des partenaires qui interviennent dans l'exécution d'un projet particulier varie de cas en cas et est optimisée en fonction du projet en cause (Roland Hürlimann, Organisation und Finanzierung der Bauausführung, in: Münch/Karlen/ Geiser [éd.], Beraten und Prozessieren in Bausachen, Bâle/Genève/Munich 1998, ch. 11.74 - 11.76; Walter Stoffel, L'entreprise virtuelle:

analyse juridique, Revue suisse de jurisprudence [RSJ] 1998 p. 269 s.). Un consortium constitue une société simple (Hürlimann, op. cit., ch. 11.55). Un groupement d'entreprises peut en principe se porter candidat ou soumissionnaire dans le cadre de la passation d'un marché public, sauf restriction publiée dans l'appel d'offres quant au principe ou quant à la forme juridique du groupement (art. 22 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP], RS 172.056.11). En l'espèce, l'appel à candidatures autorisait les communautés de soumissionnaires (consortiums ou entreprises virtuelles). Quelle que soit la forme choisie par le groupement A (entreprise virtuelle ou consortium), celui-ci doit indiquer dans sa demande de participation (procédure sélective) ou dans son offre (procédure ouverte) l'identité des entreprises candidates à la réalisation du marché en cause. Cette détermination est d'emblée nécessaire afin de permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier l'aptitude économique, technique et financière des entreprises candidates ou soumissionnaires à réaliser le marché en cause (art. VIII et X de l'accord GATT/WTO sur les marchés publics du 15 avril 1994 [AMP], RS 0.632.231.422; art. 9 et art. 15 al. 3 LMP; art. 9 OMP).

cc. En l'espèce, alors que le soumissionnaire évincé est le groupement A formé de 5 participants, le recours a été déposé par les seuls B et E, agissant en leur propre nom. De plus, un changement est intervenu dans la composition du groupement A postérieurement au dépôt de sa candidature, le 3 février 2000. Sans en informer ni les autres membres du groupement, ni le pouvoir adjudicateur, les deux associés de la société en nom collectif F & G se sont séparés. La décision de sélection prise par le pouvoir adjudicateur le 29 février 2000 admet la candidature du groupement A dans sa composition initiale, comprenant F & G. Ayant incidemment appris la cessation d'activité de F & G, la mandataire de l'OFMAC a interrogé le groupement A à ce sujet dans son courrier du 19 mai 2000. A, après s'être informé, a répondu le 29 mai 2000 que F succédait seul à F & G dans le groupement A. En dépit du changement intervenu, le pouvoir adjudicateur a poursuivi l'évaluation de la variante de A. La motivation, certes sommaire, de sa décision d'adjudication / rejet d'offre, adressée au groupement le 13 juillet 2000, n'invoque que le caractère insuffisant de la variante.

Il faut dès lors examiner si, comme le soutient l'OFMAC, les recourants ont perdu tout intérêt au recours du fait du changement intervenu dans la composition du groupement A, ce qui rendrait le recours irrecevable.

Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'examiner individuellement l'aptitude de chaque candidat, de manière loyale et non discriminatoire (art. X § 1 in fine AMP), en fonction des critères publiés et conformément au principe de la transparence, selon l'art. IX § 6 al. f AMP et art. XII § 2 al. f AMP (décision de la Commission de céans du 9 décembre 1999, publiée dans la JAAC 64.63 consid. 4d/aa; Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurich 1996, ch. 159). Ainsi, une ou des entreprises dont l'aptitude n'aurait pas été préalablement vérifiée ne sauraient être admises à déposer une offre dans la seconde phase d'une procédure sélective (art. 15 al. 3 LMP; décisions de la Commission de recours du 13 juin 1997, publiée dans la JAAC 62.31 consid. 4 [non publié], et du 13 juin 1997, non publiée, en la cause M. P. [BRK 007/1997], consid. 6d). Inversement, l'aptitude des candidats est vérifiée de manière définitive dans la première phase d'une procédure sélective et ne saurait être réévaluée dans la seconde phase dont le champ se limite à l'appréciation des offres des candidats retenus (décision de la Commission de recours du 3 septembre 1999, publiée dans la JAAC 64.30, traduite dans la Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF] 2000, partie I, p. 191 consid. 4b). A fortiori, un marché ne peut être adjugé à une entreprise ou un groupement d'entreprises dont l'aptitude n'a pas été vérifiée (décisions de la Commission de recours du 4 février 1999, publiée dans la JAAC 64.9 consid. 2a/dd, 2d, et du 9 décembre 1999, précitée, consid. 4d/cc et dd).

Si le pouvoir adjudicateur n'a pas le droit de procéder, dans la seconde phase d'une procédure sélective, à une nouvelle évaluation des candidats retenus, il ne saurait non plus être contraint de répéter l'opération de sélection des candidats, à l'exception des cas dans lesquels la décision de sélection serait viciée. Une telle obligation annihilerait le sens même de la procédure sélective et imposerait une charge de travail excessive au pouvoir adjudicateur. Il en découle qu'un groupement d'entreprises dont la candidature a été admise dans une composition initiale déterminée à l'issue de la première phase d'une procédure sélective ne saurait, au stade du dépôt de l'offre, modifier sa composition en substituant à un de ses partenaires un nouvel associé dont l'aptitude n'a pas été vérifiée et approuvée par le pouvoir adjudicateur. Dans une telle hypothèse, le groupement ne dispose d'aucun intérêt digne de protection à recourir contre une décision d'exclusion ou de rejet de son offre. Une admission du recours ne lui serait d'aucune utilité pratique, dès lors que le marché ne pourrait jamais lui être adjugé.

Il en découle, en l'espèce, que F ne saurait succéder à F & G dans le groupement A en vue de l'obtention du marché litigieux. F constitue une autre entreprise que F & G, dont la qualification technique et financière n'a pas été vérifiée par le pouvoir adjudicateur lors de la décision de préqualification et ne peut ni ne doit être vérifiée ab ovo durant la seconde phase de la procédure sélective. Un groupement incluant F ne pourrait jamais obtenir l'adjudication du marché et perdrait de ce fait toute qualité pour recourir.

Matériellement, la dissolution de F & G résulte dans la sortie de cet associé du groupement A. Si une substitution d'associé est exclue par les règles sur les marchés publics, il faut encore vérifier si le marché pourrait être adjugé aux quatre associés restants du groupement (B, C, D et E), dont la capacité avait été vérifiée et approuvée par le pouvoir adjudicateur. En effet, lorsqu'il est évident que les associés restants disposent toujours de la capacité économique, technique et financière nécessaire à la bonne exécution du marché en cause dans le délai prescrit, le pouvoir adjudicateur ne doit entreprendre aucune réévaluation des associés restants, ni évaluation ab ovo d'un nouvel associé. Dans une telle hypothèse, l'exclusion du groupement du fait du retrait d'un associé surnuméraire constituerait un formalisme excessif. Il y a formalisme excessif lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 121 I 179 consid. 2b/aa et les arrêts cités). En conséquence, le retrait d'un associé, préalablement à l'adjudication, ne supprime pas la possibilité d'adjuger le marché au groupement composé des associés restants, pour autant qu'il soit apparent sans vérification supplémentaire que les associés restants remplissent toujours les critères d'aptitude.

Dans l'organigramme initial du groupement A, F & G assumaient collectivement avec C la responsabilité des travaux de pose des éléments préfabriqués et de maçonnerie, des travaux de canalisation, béton et béton armé. La part de la maçonnerie proprement dite est limitée dans l'exécution de la variante litigieuse, car les éléments préfabriqués sont posés par les ouvriers de l'entreprise de préfabrication E. L'apport de F & G était indispensable uniquement à la réalisation de la solution de base, qui ne fait pas l'objet du présent recours; en revanche, il peut être considéré comme surnuméraire pour l'exécution de la variante litigieuse. Selon les estimations fournies par les recourants lors de l'audience d'instruction et admises par le pouvoir adjudicateur, deux équipes de 5 à 8 ouvriers garantissent la réalisation des travaux de maçonnerie dans les délais indiqués. C, qui dispose de 12 employés, serait en mesure d'exécuter seul les travaux, en s'adjoignant les services de quelques maçons supplémentaires. Une légère variation parmi les collaborateurs d'une entreprise entre dans la fluctuation ordinaire des ressources humaines et, pour autant qu'il ne

s'agisse pas des personnes clés pour la réalisation du marché, ne remet pas en cause l'aptitude de l'entreprise. Ainsi, le groupement A, dans sa composition réduite à quatre associés (B, C, D et E), dispose toujours de l'aptitude nécessaire pour exécuter la variante. L'OFMAC n'a pas à réévaluer l'aptitude des associés restants, ni à entreprendre une quelconque évaluation ab ovo de F. Le marché pourrait être adjugé au groupement A dans sa composition réduite à quatre membres. Par ailleurs, C et D, les deux membres non recourants du groupement A dans sa composition réduite, ont confirmé à la Commission de recours qu'ils restaient prêts à exécuter le marché en cas d'admission du recours.

Dans les circonstances du cas d'espèce, les recourants disposent toujours d'un intérêt digne de protection à recourir. Une acceptation du recours bénéficierait aux quatre associés restants du groupement A, qui disposent de l'aptitude nécessaire à l'exécution du marché et qui ont tous déclaré être prêts à exécuter le marché en cas d'admission du recours. La qualité pour agir des recourants, au sens de l'art. 26 al. 1 LMP et de l'art. 48 let. a PA, doit être admise.

c. Par courrier du 6 septembre 2000, l'adjudicataire I a pris position sur le recours, en faisant parvenir à la Commission de recours des observations succinctes et sans formuler de conclusions. L'intervention limitée de l'adjudicataire ne lui a pas conféré la qualité de partie adverse au sens de l'art. 57 al. 1 PA (décision précitée de la Commission de recours du 16 août 1999, consid. 1c et les références citées).

d. Peuvent être invoquées dans le cadre d'un recours devant la Commission de recours la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 49 let. a PA) ainsi que la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 49 let. b PA). En revanche, conformément à l'art. 31 LMP, la Commission de recours ne peut se prononcer sur le motif de l'inopportunité (art. 49 let. c PA).

En l'espèce, les recourants considèrent d'une part que la variante offerte par le groupement A ne saurait être écartée au motif qu'elle ne remplirait pas toutes les exigences techniques minimales figurant dans les documents de l'appel d'offres. Les recourants contestent d'autre part les surcoûts arbitraires imposés à leur variante au stade de l'épuration des offres ainsi que l'appréciation faite de leur variante dans le cadre de l'évaluation de l'offre économiquement la plus avantageuse.

2.a. Selon l'art. 21 al. 1 LMP, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères d'adjudication qui doivent figurer par ordre d'importance dans la documentation relative à l'appel d'offres, en vertu de l'art. XII § 2 let. h AMP, de l'art. 21 al. 2 LMP, de l'art. 18 al. 1 let. a OMP et du ch. 6 de l'annexe 5 à l'OMP (décision du 29 juin 1998, publiée dans la JAAC 63.15 consid. 3a). Le pouvoir adjudicateur est tenu d'énumérer par avance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des offres; il doit aussi spécifier clairement d'emblée l'ordre de priorité de ces critères ou l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'entre eux. Ce principe vise à réduire le risque d'abus et de manipulations de la part du pouvoir adjudicateur, en restreignant le large pouvoir d'appréciation dont ce dernier dispose dans la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse. De surcroît, la transparence est une condition indispensable au contrôle du respect de l'application de la loi par l'autorité de recours. Le marché doit être adjugé dans des conditions de transparence et de concurrence optimums. Or, le jeu de la concurrence entre les soumissionnaires risquerait d'être faussé si le pouvoir adjudicateur avait la possibilité de modifier librement au cours de la procédure de passation d'un marché (après le dépôt des offres) les critères d'adjudication, de même que leurs pondérations respectives (ATF 125 II 100 consid. 7c; décisions de la Commission de recours du 3 septembre 1999, précitée, consid. 3a, et du 27 juin 2000 [publiée entre-temps dans la JAAC 65.10], traduite dans la RDAF 2000, partie I, p. 334 consid. 4a; Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit., ch. 221 et 467 pour qui la règle de l'art. 21 al. 2 LMP serait l'un des aspects du principe de la transparence; Pierre Tercier, La libéralisation du marché de la construction, in: Journées du droit de la construction, Fribourg 1997, vol. I, p. 24 s.; Peter Gauch / Pierre Tercier, Die Liberalisierung des öffentlichen Baumarktes und viele Fragen, in: Baurechtstagung, Fribourg 1997, vol. I, p. 24; Peter Gauch, Vergabeverfahren und Vergabegrundsätze nach dem neuen Vergaberecht des Bundes, DC 4/1996, p. 103; Peter Gauch / Hubert Stöckli, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1999, ch. 11.2 et 11.4).

b. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a communiqué aux candidats retenus les critères d'adjudication avec le cahier des charges. Selon les points A4 et D.2.8 du cahier des charges, les trois critères formulés par ordre d'importance décroissant étaient le prix, les délais et la qualité de l'organisation. En quatrième position figuraient des critères d'élimination. Ces points renvoyaient à l'annexe III au cahier des charges, qui introduisait des sous-critères et qui précisait aussi la pondération des différents critères. Toutefois, il ressort du tableau comparatif des offres du 13 juin 2000 que le pouvoir adjudicateur a sensiblement modifié la pondération des critères au stade de l'évaluation des offres, comme le montre la juxtaposition de la grille d'évaluation initialement communiquée et du tableau comparatif des offres tel qu'appliqué (afin de faciliter la comparaison, l'échelle de 10 utilisée dans la grille initiale d'évaluation a été commutée sur une échelle de 100 telle qu'utilisée dans le tableau comparatif final):

La pondération du critère du prix a augmenté de 50 à 70, celle des délais est passée de 10 à 20, alors que la pondération des critères et sous-critères liés à la qualité a été réduite de 40 à 10. Dans les sous-critères relatifs à la qualité, celui relatif à «l'engagement des cadres» a été remplacé par celui de «l'analyse des activités et chemins critiques du chantier». Enfin, le pouvoir adjudicateur a exposé, lors de la séance d'instruction, avoir aussi tenu compte au titre de la qualité du critère esthétique. Selon ce dernier critère, une construction avec des éléments préfabriqués et des joints, comme celle des recourants, correspondait moins bien aux vœux de l'architecte lauréat du concours.

La Commission de recours observe que le pouvoir adjudicateur a sensiblement modifié la pondération des critères d'adjudication par rapport à celle annoncée et qu'il a remplacé un sous-critère lié à la qualité par un autre, non annoncé. Enfin, le pouvoir adjudicateur a tenu compte d'un critère esthétique supplémentaire pour l'évaluation des offres, dont on ne trouve aucune trace dans le cahier des charges, ni dans la grille d'évaluation initialement communiquée, et dont la pondération est de surcroît inconnue. Ce faisant, le pouvoir adjudicateur a violé les règles déduites de l'art. 21 al. 2 LMP ainsi que le principe de la transparence.

Il importe peu que ces violations aient eu ou non un effet sur le choix de l'adjudicataire. L'obligation d'annoncer d'emblée l'ensemble des critères d'adjudication ainsi que leur pondération respective, et de ne pas procéder à des modifications postérieurement au dépôt des offres, est une garantie de nature formelle. La décision attaquée est viciée même en l'absence d'un lien de causalité entre la violation des règles de passation des marchés publics et la décision d'adjudication attaquée (décisions de la Commission de recours du 27 juin 2000, précitée, consid. 4c, et du 1er septembre 2000 [publiée entre-temps dans la JAAC 65.11 consid. 4]). L'un des buts essentiels de la réglementation sur les marchés publics est le renforcement de la concurrence entre les soumissionnaires (art. 1 al. 1 let. b LMP). Ce but serait mis en péril si les entreprises renonçaient à déposer des offres,

faute de pouvoir compter sur une mise en oeuvre effective des règles sur les marchés publics. Par ailleurs, déterminer quel aurait été le résultat de la procédure de passation en l'absence de la violation contraindrait la Commission de recours à trancher de pures questions d'appréciation, qui relèvent en principe de la discrétion du pouvoir adjudicateur, ainsi qu'à procéder à un contrôle de l'opportunité qui ne lui appartient pas (décisions du 29 juin 1998, précitée, consid. 3a, et du 31 août 1999, non publiée, en la cause S. [CRM 14/1998], consid. 4). La vérification d'un lien de causalité obligerait la Commission de recours à déterminer à titre préjudiciel quel devrait être l'adjudicataire après élimination de la violation, alors même qu'elle considère en règle générale ne pas pouvoir procéder à une telle détermination sur le fond, à l'exception des cas dans lesquels les faits sont déjà entièrement élucidés et l'adjudication ne peut avoir lieu qu'à un seul recourant (décisions précitées du 16 août 1999, consid. 6, et du 1er septembre 2000, consid. 5a).

En appliquant à l'appréciation des offres et variantes des critères d'adjudication partiellement nouveaux ainsi qu'une pondération des critères différente de celle annoncée dans la grille d'évaluation communiquée aux soumissionnaires avec le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur a violé l'art. 21 al. 2 LMP ainsi que le principe de la transparence.

3.a. La conformité de l'offre aux conditions d'appel d'offres, et en particulier aux spécifications techniques du marché, constitue un critère préalable d'adjudication, inhérent à toute procédure de passation de marché, qu'il figure ou non expressément dans les critères d'adjudication énoncés par le pouvoir adjudicateur pour un marché particulier («adéquation de la prestation» selon l'art. 21 al. 1 LMP). En conséquence, une offre qui est incomplète ou ne correspond pas aux conditions de l'appel d'offres doit en principe être exclue (art. XIII § 4 al. a et c AMP). Il faut tout au plus réserver les cas dans lesquels les divergences par rapport aux conditions de mise en soumission s'avèreraient minimes. Le respect des exigences de la mise en soumission s'impose aussi bien aux soumissionnaires qu'au pouvoir adjudicateur. Cette règle est nécessaire pour garantir une comparaison objective entre les offres soumises par les soumissionnaires et pour assurer le respect du principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires garanti par l'art. 8 al. 1 let. a LMP. Admettre le contraire permettrait de facto au pouvoir adjudicateur de modifier a posteriori l'objet du marché tel que défini dans l'appel d'offres et la documentation relative à ce dernier (art. IX § 6 et art. XII § 2 AMP; art. 16-17 OMP). Un soumissionnaire ne saurait non plus modifier de son propre mouvement les conditions de l'appel d'offres (en s'en écartant), sous réserve des cas où celles-ci seraient illégales ou constitueraient un formalisme excessif. Le caractère complet et conforme de l'offre déposée permet au pouvoir adjudicateur de vérifier l'adéquation de l'offre par rapport à l'objet du marché, l'exécution conforme du marché ainsi que l'existence éventuelle d'un prix anormalement bas. Il lui permet également de comparer les offres déposées entre elles (décision du 7 novembre 1997 publiée dans la JAAC 62.32 II consid. 3a, décision du 29 juin 1998 précitée consid. 3b/bb non publiée et décision du 31 août 1999 précitée consid. 3a; Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit., ch. 400; pour comparer en droit européen, voir Cour de justice des Communautés européennes [CJCE], arrêt du 22 juin 1993 dans l'affaire Commission c / Danemark, C-243/89, Rec. 1993 p. I-3353 point 37).

En revanche, un soumissionnaire est libre de présenter une variante en plus de l'offre de base, à moins que cette faculté n'ait été exclue ou restreinte dans l'appel d'offres (art. 22 al. 2 OMP). Le pouvoir adjudicateur peut soit imposer des variantes prédéfinies, soit interdire les variantes, soit les restreindre - en particulier en leur imposant des contraintes sous la forme d'exigences minimales à respecter impérativement -, soit n'émettre aucune réserve en laissant les soumissionnaires totalement libres. Les variantes libres, dues à la seule initiative du soumissionnaire, peuvent porter tant sur la conception que sur l'exécution du marché, quelle que soit la portée des modifications techniques qui, en cas d'acceptation, seraient apportées au projet de base. La variante libre n'est pas limitée à l'objet décrit par le cahier des charges, mais au but poursuivi par le pouvoir adjudicateur (Roland Hürlimann, *Unternehmervarianten - Risiken und Problembereiche*, DC 1/1996, p. 3 s.). Les variantes promeuvent le progrès technologique et en font bénéficier le pouvoir adjudicateur, en lui permettant de prendre connaissance et d'évaluer des innovations, de nouveaux produits ou nouveaux procédés de fabrication. Le fait que le soumissionnaire doive présenter l'offre de base en plus de la variante permet de s'assurer qu'il a examiné de manière approfondie l'ensemble des questions en relation avec le marché mis en soumission (Commentaires relatifs au projet d'ordonnance sur les marchés publics, ad art. 20 al. 2 du projet OMP; critiques, Gauch/Stöckli, op. cit., ch. 19.3). Il en découle que le soumissionnaire est en principe libre de s'écarter dans une variante des conditions techniques, systèmes de construction ou procédés de fabrication figurant dans le cahier des charges, mais sous deux réserves importantes. D'une part, l'adéquation de la variante par rapport à l'objet du marché impose que la variante respecte les éventuelles conditions minimales impératives fixées dans le cahier des charges. D'autre part, les caractéristiques techniques de la variante doivent être fonctionnellement équivalentes aux spécifications techniques exigées de l'offre de base, eu égard au but assigné à l'objet du marché (sur ce dernier point, voir pour comparaison la décision du tribunal administratif de Zoug du 24 septembre 1998, consid. 4, non publiée, citant DC 2/1997 p. 52 n° 130 remarque 2). L'adéquation des variantes par rapport à l'objet du marché est vérifiée dans le cadre de l'épuration des offres. Une variante libre qui, du fait de ses caractéristiques techniques, ne remplit pas l'une des deux conditions susmentionnées doit être écartée comme irrégulière.

La procédure d'épuration et celle subséquente d'évaluation des offres, suivies par le pouvoir adjudicateur, sont inévitablement compliquées par le dépôt de variantes libres. En particulier, le pouvoir adjudicateur doit disposer d'un mécanisme destiné à assurer la comparabilité des offres de base et des variantes. La réglementation sur les marchés publics ne contenant aucune disposition spéciale, les mêmes règles sont applicables à l'évaluation des offres de base et à celle des variantes. Le pouvoir adjudicateur doit, en toute hypothèse, respecter, à tous les stades, tant le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires que celui de la transparence (pour comparaison, voir CJCE, arrêt du 25 avril 1996 dans l'affaire Commission/Belgique, C-87/94, Rec. 1996 p. I-2043 point 54). Lorsque le pouvoir adjudicateur conteste l'adéquation d'une variante par rapport à l'objet du marché, le fardeau de la preuve du respect d'éventuelles conditions minimales impératives ainsi que celui de l'équivalence fonctionnelle de la variante avec les spécifications techniques de l'offre de base repose sur le soumissionnaire auteur de la variante (pour comparaison voir décision précitée du tribunal administratif de Zoug du 24 septembre 1998, consid. 4; décision du tribunal administratif de Lucerne du 26 juillet 1999, publiée dans *Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide* [LGVE] 1999 II n° 19 p. 221 ss consid. 4b). Les règles sur le fardeau de la preuve doivent toutefois s'appliquer conformément aux règles de la bonne foi. Ainsi, l'administration ne saurait faire supporter à l'administré les conséquences de la répartition du fardeau de la preuve, lorsque l'intéressé n'a aucune raison de savoir sur quel point particulier on attend de lui une preuve. L'administration doit avoir indiqué d'emblée ou précisé par la suite les preuves qu'elle exigeait (ATF 112 Ib 67 consid. 3; décision précitée de la Commission de recours du 31 août 1999, consid. 3b). Cette règle découle également du principe de la transparence applicable à la passation des marchés publics (art. XVII AMP; art. 1 al. 1 let. a LMP), qui exige que les soumissionnaires connaissent à l'avance, en tout cas avant le délai de dépôt des offres, toutes les informations minimales et utiles pour leur permettre de présenter une offre valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur (ATF 125 II 100 consid. 7c).

L'épuration des offres consiste en un examen approfondi des indications techniques et des chiffres figurant dans les offres, afin

de rendre les offres objectivement comparables entre elles. Elle constitue un préalable à la phase d'évaluation des offres sur la base des critères d'adjudication (art. 25 OMP). L'épuration permet notamment au pouvoir adjudicateur d'obtenir des précisions de la part des soumissionnaires en vue de vérifier la conformité des offres déposées aux conditions d'appel d'offres, aux spécifications techniques et au but affecté à l'objet du marché. Si la phase d'épuration révèle qu'une variante n'est pas fonctionnellement équivalente aux spécifications techniques de l'offre de base ou à des exigences techniques minimales impératives formulées dans le cahier des charges, la variante en cause doit être exclue comme non conforme à l'objet du marché. S'il ressort au contraire de la phase d'épuration qu'une variante, tout en étant adéquate par rapport à l'objet du marché, semble qualitativement moins bonne qu'une autre offre de base déposée, l'évaluation de la variante doit être poursuivie au regard des critères d'adjudication publiés. Le principe de l'égalité de traitement (art. 1 al. 2 et art. 8 al. 1 let.

a LMP) interdit que le pouvoir adjudicateur ou un soumissionnaire modifie ou complète une offre dans le cadre de la procédure d'épuration. Est réservée la correction d'erreurs involontaires de forme, pour autant qu'il n'y ait pas discrimination (art. XIII § 1 al. b AMP). Sous cette réserve, les offres doivent être examinées et évaluées en vue de l'adjudication dans l'état où elles se trouvaient au moment de l'ouverture des offres, et non dans celui où elles auraient pu se trouver (art. XIII § 4 al. a AMP). En bref, l'épuration des offres ne permet que de préciser certains points de l'offre, mais non de la modifier au risque de porter atteinte à l'égalité de traitement des soumissionnaires. Elle se distingue ainsi des négociations que le pouvoir adjudicateur peut mener avec les soumissionnaires et qui peuvent aboutir à une modification des offres, tant sur les prestations que sur les prix offerts, selon les art. 20 LMP et 26 OMP (décisions de la Commission de recours du 7 novembre 1997, publiée dans la JAAC 62.32 II consid. 3b, et du 29 avril 1998, publiée dans la JAAC 62.80 consid. 2a; Galli/Lehmann/Rechsteiner, op. cit., ch. 382, 402 s.; Nicolas Michel, Droit public de la construction, Fribourg 1996, ch. 1962-1967).

Il résulte enfin des principes de l'égalité de traitement et de la transparence qu'une variante doit être examinée sur la base des mêmes critères d'adjudication publiés que les autres offres (Gauch/Stöckli, op. cit., ch. 19.4). Les choix effectués par l'auteur d'une variante libre sont ainsi soumis à la contrainte indirecte des critères d'adjudication publiés: une variante ne peut obtenir l'adjudication du marché que si elle remplit les critères d'adjudication mieux que toutes les autres offres de base et variantes déposées.

b. Les recourants considèrent qu'une variante s'écarte par définition des conditions techniques fixées dans le cahier des charges. En outre, ils allèguent que les spécifications techniques fournies par le pouvoir adjudicateur, en particulier dans le plan de sécurité et d'utilisation, étaient succinctes, imprécises et insuffisantes pour l'élaboration des variantes. Ils soutiennent que la variante de A fait une interprétation soutenable du plan d'utilisation et de sécurité. Ils contestent les surcoûts imputés à leur variante par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'abord de l'épuration des offres.

La Commission de céans observe que, en l'espèce, le cahier des charges autorisait expressément les soumissionnaires à déposer des variantes, séparément et en plus de l'offre de base. Le consortium A a rempli cette première exigence en déposant simultanément une offre de base complète et une variante.

aa. Quant à l'existence de conditions techniques minimales impératives, la Commission de recours constate que les spécifications techniques pour la construction des maisons préfabriquées étaient initialement contenues dans le descriptif de l'offre de base et les 14 plans portant sur les divers types de maisons et sur l'accès au village, élaborés par le «team» mandaté par le pouvoir adjudicateur. En réponse à une question du groupement A, les spécifications techniques ont été complétées par un plan de sécurité et d'utilisation, élaboré le 4 avril 2000 et envoyé à tous les soumissionnaires le 7 avril 2000. Ni le descriptif de l'offre de base ou les 14 plans, ni le plan de sécurité et d'utilisation ne désignent expressément certaines spécifications techniques comme des exigences minimales à respecter aussi par les variantes. Il convient de rechercher si le caractère impératif de certaines exigences techniques découle implicitement des documents d'appel d'offres ou du plan de sécurité et d'utilisation. Ces plans et documents doivent être interprétés de manière conforme au principe de la bonne foi qui règle le comportement tant des pouvoirs adjudicateurs que des soumissionnaires dans une procédure de passation de marchés publics (Clerc, op. cit., p. 491; Ulrich Häfelin / Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3e éd., Zurich 1998, ch. 521 ss).

Les recourants considèrent que le plan de sécurité et d'utilisation était trop succinct et imprécis et qu'ils en ont fait une interprétation soutenable dans leur variante. L'OFMAC reproche au groupement A de n'avoir posé aucune question supplémentaire concernant le plan de sécurité et d'utilisation. Ce dernier reproche est mal fondé. Le plan de sécurité et d'utilisation n'a pas été fourni d'emblée avec les documents d'appel d'offres, mais a été adressé aux candidats retenus pour le lot n° 2 par courrier du 7 avril 2000, en réponse à une demande formulée par le groupement A. Dès lors que le point C2 du cahier des charges imposait aux candidats un délai au 28 mars 2000 pour adresser leurs questions à l'OFMAC et que le plan litigieux avait été fourni en réponse à une telle question, il est manifeste que A ne pouvait plus poser de questions additionnelles postérieurement au 7 avril 2000. L'objection du pouvoir adjudicateur constitue un comportement contradictoire, contraire au principe de la bonne foi (art. 2 al. 2 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [CC], RS 210; Häfelin/Müller, op. cit., ch. 590 ss).

Le plan de sécurité et d'utilisation devait être interprété par le groupement A conformément aux règles de la bonne foi. Plaide pour le caractère impératif des indications figurant sur le plan de situation et de sécurité le fait que le groupement A a demandé le plan de sécurité et d'utilisation «pour satisfaire aux exigences de l'art. D.2.4.1 du cahier des charges [relatif aux conditions pour la présentation de variantes]». On peut raisonnablement en déduire que les indications figurant sur le plan dessiné spécialement par le mandataire du pouvoir adjudicateur pour répondre à cette demande s'appliquaient spécifiquement aux variantes. Cette interprétation est renforcée par le fait que, pour l'offre de base, tous les choix techniques avaient été faits par le mandataire du pouvoir adjudicateur et étaient incorporés dans le descriptif de l'offre à remplir par les soumissionnaires. Il est de la responsabilité de l'ingénieur/architecte mandaté par le pouvoir adjudicateur pour définir de manière détaillée l'objet du marché de s'assurer que le descriptif de l'offre de base qu'il élabore satisfait aux objectifs d'utilisation et de durabilité ainsi qu'aux contraintes de sécurité posées par le pouvoir adjudicateur. Les soumissionnaires qui offrent la solution de base n'ont qu'à remplir l'offre de base, sauf à formuler des réserves sur certains choix techniques. Dans de telles circonstances, un plan de sécurité et d'utilisation n'a d'utilité que pour l'élaboration de variantes, de sorte que les indications qui y figurent doivent impérativement être respectées par ces dernières. Cette interprétation est renforcée par le fait que le plan de sécurité et d'utilisation ne reprend pas l'ensemble des spécifications techniques figurant dans le devis descriptif et les plans qui l'accompagnaient, mais qu'il comporte seulement un nombre limité d'indications techniques minimales.

Le fardeau de la preuve du respect des spécifications techniques minimales impératives et celui de la preuve de l'équivalence fonctionnelle de la variante avec les spécifications techniques imposées à l'offre de base incombent au soumissionnaire auteur de la variante. C'est dès lors à bon droit que le point D.2.4.1 du cahier des charges prévoit en l'espèce que «les variantes de

l'entrepreneur doivent contenir toutes les données permettant de les juger sous l'aspect technique et financier, en particulier [...] la preuve de qualité et de propriété des matériaux et des éléments de construction». Ce faisant, le pouvoir adjudicateur a imposé aux soumissionnaires présentant une variante la charge de démontrer l'adéquation de leur variante à l'objet du marché.

(...)

gg. L'exigence de béton armé coulé sur place pour les sous-sols figurait expressément sur le plan de sécurité et d'utilisation demandé par le groupement A en vue de l'élaboration d'une variante. Il résulte d'une interprétation selon les règles de la bonne foi que les indications limitées figurant sur ce plan devaient être considérées comme impératives (consid. 3b/aa). En conséquence, la Commission de recours constate que la variante litigieuse n'était pas adéquate sur ce point par rapport à l'objet du marché, dès lors qu'elle a violé une exigence minimale impérative. On peut s'étonner que le pouvoir adjudicateur n'ait pas exclu la variante du fait de son inadéquation par rapport à l'objet du marché, mais ait uniquement imputé un surcoût pour les murs préfabriqués des sous-sol ainsi qu'une réduction dans l'appréciation qualitative de la variante, et ait au surplus procédé à une évaluation complète de la variante qui a été classée au 4^e rang du tableau comparatif des offres. Lors de l'audience d'instruction, l'OFMAC a exposé avoir analysé la variante en raison de l'intérêt qu'elle revêtait, même si elle ne respectait pas ses exigences de base. On ne saurait cependant reprocher au pouvoir adjudicateur un comportement contradictoire, contraire au principe de la bonne foi protégé par l'art. 5 al. 3 et l'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101; Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Berne 2000, ch. 1119 s.; Häfelin/Müller, *op. cit.*, ch. 590-594b). L'analyse de la variante par le pouvoir adjudicateur poursuivait des fins purement internes, sans qu'ait jamais été adressée à A une assurance selon laquelle son offre correspondait aux spécifications techniques de l'objet du marché. Le groupement n'a pas non plus souffert de cette analyse de son offre dès lors qu'il s'était engagé lors du dépôt de son offre à maintenir la validité de celle-ci pendant 6 mois. De plus, la décision d'adjudication, emportant rejet implicite de la variante litigieuse, et communiquée au groupement par courrier du 13 juillet 2000, ne comportait expressément qu'une motivation sommaire; elle mentionnait cependant déjà que la variante ne correspondait pas au standard de construction attendu par le pouvoir adjudicateur. Dans la motivation complémentaire figurant dans sa réponse sur le fond du recours, le pouvoir adjudicateur a invoqué le non-respect par la variante litigieuse d'une exigence impérative. Enfin, si le pouvoir adjudicateur avait la faculté d'exclure la variante par une décision expresse séparée (art. 11 LMP), il n'en avait pas l'obligation. En l'absence d'une telle décision expresse, l'exclusion peut résulter implicitement de l'adjudication du marché à un autre soumissionnaire (décisions de la Commission de recours: décision du 7 novembre 1997 précitée consid. 3a, décision du 18 décembre 1997 non publiée en la cause H. et S. [BRK 013/1997] consid. 2c, décision du 29 juin 1998 précitée consid. 3b/cc non publié, décision du 31 août 1999 précitée consid. 3a et décision du 8 février 2000 non publiée en la cause P. H. [BRK 012/1999] consid. 3; voir également André Moser, *Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen*, *Pratique juridique actuelle* [PJA] 2000, p. 688; critique: Denis Esseiva, note ad S30, DC 2/2000 p. 124 s.).

En conséquence, même si le rejet de la variante de A est essentiellement motivé par des désavantages imputés à l'utilisation d'éléments préfabriqués sous l'angle du prix et de la qualité, il n'en demeure pas moins que cette variante devait en toute hypothèse être écartée du fait de son non-respect d'une spécification technique minimale impérative et, partant, de son inadéquation avec l'objet du marché.

4.a. La Commission de recours revoit d'office l'application du droit fédéral, sans être liée par les conclusions et motifs invoqués par les parties (art. 26 al. 1 LMP et art. 62 al. 4 PA). Dès lors, elle peut admettre un recours pour d'autres motifs que ceux indiqués par le recourant ou rejeter le recours et confirmer la décision litigieuse avec une motivation différente de celle retenue par le pouvoir adjudicateur (substitution de motifs: voir ATF 121 III 275 consid. 2c, ATF 117 Ib 117 consid. 4a, ATF 115 Ib 55 consid. 2b; Christoph Auer, *Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen*, thèse Berne 1997, p. 14 s. et 91-93; Kölz/Häner, *op. cit.*, ch. 679 et 985; Pierre Moor, *Droit administratif*, vol. II, Berne 1991, p. 179 et 445; Moser, *Prozessieren...*, ch. 1.8 et 3.85).

En l'espèce, il convient d'effectuer une substitution de motifs et de confirmer la décision attaquée au motif que la variante du groupement A devait être écartée du fait du non-respect d'une exigence minimale impérative et, partant, de sa non-conformité à l'objet du marché. Cette motivation se substitue à tous les autres

motifs invoqués par l'OFMAC à l'appui de sa décision, y compris ceux à propos desquels une illégalité a été ou aurait pu être constatée. Ce dispositif est aussi justifié par la nécessité d'assurer une protection juridictionnelle rapide et efficace (art. XX § 2 AMP). En effet, à supposer même que la Commission de recours puisse annuler la décision litigieuse et que le marché soit ensuite attribué par le pouvoir adjudicateur à A, un recours de l conduirait à une annulation de l'adjudication à A, en raison du vice dirimant affectant la variante.

Les considérations qui précèdent conduisent la Commission de recours à rejeter le recours du 26 juillet 2000. En conséquence, la décision d'adjudication du 13 juillet 2000 est confirmée au sens des considérants. L'effet suspensif accordé au présent recours tombe du fait de la décision de la Commission sur le fond (Moser, *Prozessieren...*, ch. 3.13).

Dokumente der BRK