

(Décision du 1er septembre 2003 de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics en la cause X SA [CRM 2003-015])

Öffentlicher Bauauftrag. Vergabe im offenen Verfahren. Kriterium der finanziellen Leistungsfähigkeit.

Art. 9, Art. 11, Art. 19 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 BoeB. Art. 49 Bst. b VwVG.

- Die Rüge der unrichtigen Feststellung oder Würdigung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Anbieters darf bei einer Vergabe im offenen Verfahren im Rahmen der Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vorgebracht werden (E. 3a).

- Der Auftraggeber - und in der Folge die Beschwerdeinstanz - haben die finanzielle Leistungsfähigkeit des Anbieters aufgrund der Verhältnisse bei Einreichung des Antrags und aufgrund der zu diesem Zeitpunkt eingereichten Unterlagen zu prüfen. Diese Regel wird durch das Untersuchungsprinzip gelockert. Zudem ist festzustellen, dass ein Zuschlag durch den Auftraggeber widerrufen werden kann (E. 3c/aa).

- Überprüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Anbieters (E. 3c/bb und 3d/aa).

- Direkter Zuschlag des Auftrags durch die Rekurskommission (E. 4).

Marché public de travaux de construction. Procédure d'adjudication ouverte. Critère de l'aptitude financière.

Art. 9, art. 11, art. 19 al. 1 et art. 32 al. 1 LMP. Art. 49 let. b PA.

- Dans le cadre d'un marché passé en procédure ouverte, une mauvaise constatation ou appréciation de l'aptitude financière de l'adjudicataire peut être alléguée dans un recours contre la décision d'adjudication (consid. 3a).

- Le pouvoir adjudicateur - et à sa suite l'autorité de recours - doit évaluer l'aptitude financière du soumissionnaire telle qu'elle existait à la date du dépôt de l'offre et sur la seule base des moyens de preuve produits à ce moment-là. Cette règle est tempérée par le principe de la maxime inquisitoire. Il faut en outre constater qu'une adjudication peut être révoquée (consid. 3c/aa).

- En l'espèce, alors que la validité temporelle de certaines des attestations déposées par l'adjudicataire afin d'établir son aptitude financière était dépassée, le pouvoir adjudicateur ne s'est pas renseigné plus avant sur cette aptitude. L'admission de l'aptitude financière de l'adjudicataire repose sur une constatation inexacte ou incomplète des faits, entraînant l'annulation de l'adjudication (consid. 3c/bb et 3d/aa).

- Adjudication directe du marché par la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (consid. 4).

Acquisti pubblici nell'ambito di lavori di costruzione. Procedura di aggiudicazione aperta. Criterio dell'idoneità finanziaria.

Art. 9, art. 11, art. 19 cpv. 1 e art. 32 cpv. 1 LAPub. Art. 49 lett. b PA.

- Nell'ambito di un acquisto deciso in procedura aperta, in un ricorso contro la decisione di aggiudicazione si può invocare una constatazione sbagliata o un apprezzamento sbagliato riguardo all'idoneità finanziaria dell'offerente (consid. 3a).

- L'ente aggiudicatore - e quindi l'autorità di ricorso - deve valutare l'idoneità finanziaria dell'offerente alla data del deposito dell'offerta ed unicamente sulla base dei mezzi di prova prodotti in tale momento. Questa regola è relativizzata dal principio della massima inquisitoria. Occorre inoltre rilevare che un'aggiudicazione può essere revocata dall'ente aggiudicatore (consid. 3c/aa).

- Nella fattispecie, visto che era scaduta la validità temporale di alcuni degli attestati presentati dall'offerente per dimostrare l'idoneità finanziaria, l'ente aggiudicatore non ha raccolto ulteriori informazioni su tale idoneità. L'ammissione dell'idoneità finanziaria poggia su una constatazione inesatta o incompleta di fatti che comporta l'annullamento dell'aggiudicazione (consid. 3c/bb e 3d/aa).

- Aggiudicazione diretta dell'appalto da parte della Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici (consid. 4).

Résumé des faits:

A. Le 14 octobre 2002, le Groupement de l'armement a publié dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) un appel d'offres dans le cadre d'une procédure ouverte concernant la construction d'une halle et d'un atelier adjacent de réparation des chars, destinés aux troupes mécanisées de la place d'armes de Bure. Le marché était divisé en plusieurs lots, en particulier le lot n° 345 relatif à des installations de ventilation et de climatisation. Dans le délai échéant au 9 décembre 2002, X SA a déposé une offre pour le lot n° 345. Par décision du 25 mars 2003, publiée dans la FOSC du 22 avril 2003, le Groupement de l'armement a adjugé le marché pour le lot précité à Y SA.

B. Par courrier du 12 mai 2003, X SA (ci-après: la recourante) a formé recours contre la décision d'adjudication auprès de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (ci-après: la Commission de recours ou de céans). Elle y allègue d'abord que son offre aurait dû être considérée comme économiquement la plus avantageuse, tout en soulignant qu'elle était en outre la meilleure marché. En second lieu, elle estime que l'adjudicataire, Y SA, ne disposerait pas de la capacité financière nécessaire, en raison des poursuites engagées contre cette entreprise pour un montant de 701'141.45 francs, dont environ 200'000 francs de charges sociales (extrait du registre des poursuites en date du 9 mai 2003). Ces poursuites seraient susceptibles d'empêcher Y SA de réaliser les travaux dans le délai prescrit. La recourante a requis l'octroi de l'effet suspensif à son recours, la communication du dossier complet de la procédure de passation, l'annulation de la décision contestée et une nouvelle adjudication en sa faveur.

C., D. Par décision incidente du 3 juin 2003, la Commission de recours a accordé l'effet suspensif au recours.

Dans sa détermination sur le fond du recours du 2 juin 2003, le Groupement de l'armement conclut au rejet du recours. Il expose avoir évalué correctement les offres déposées, sur la base des critères d'adjudication publiés par ordre d'importance.

L'adjudication à Y SA se justifierait par la meilleure note obtenue par cette entreprise pour le critère le plus important, soit la qualité des installations techniques et du personnel. Le fait que la recourante a déposé l'offre la meilleure marché (666'669 francs, TVA comprise), alors que l'offre de l'adjudicataire s'élevait à 695'686 francs, ne serait pas un argument déterminant, car le critère du prix n'était classé qu'en 3e position. Par ailleurs, suite à la remise en cause de la capacité financière de l'adjudicataire dans le recours déposé par X SA, le pouvoir adjudicateur a adressé des questions complémentaires à Y SA. Selon l'extrait des poursuites alors fourni par cette dernière, les poursuites engagées contre Y SA en date du 23 mai 2003 s'élevaient encore à 450'844.65 francs. A la suite du dépôt du recours de X SA, Y SA aurait en grande partie réglé les arriérés de cotisations sociales et primes faisant l'objet de poursuites et convenu d'un plan de remboursement pour le solde. Selon les explications données par l'adjudicataire, les poursuites encore pendantes pour partie résulteraient de litiges avec des sous-traitants et pour une autre partie devraient être radiées. Enfin, suite à la requête formulée le 23 mai 2003 par le Groupement de l'armement, l'adjudicataire a fourni un engagement de La Bâloise Assurances à établir une garantie d'exécution de 50'000 francs. Cette garantie devrait couvrir les pertes financières que le pouvoir adjudicateur encourrait en cas de faillite de Y SA avant la fin des travaux, de sorte que Y SA offrirait ainsi toutes les garanties exigées sur le plan financier pour exécuter les travaux à la satisfaction du pouvoir adjudicateur.

E. Dans sa réplique du 24 juin 2003, la recourante souligne en substance diverses inexactitudes formelles de l'offre de Y SA. Elle considère en outre que le pouvoir adjudicateur aurait dû vérifier la capacité financière de Y SA avant de rendre sa décision d'adjudication, et non pas sur la base d'attestations réclamées postérieurement au dépôt du recours. Le versement des arriérés de cotisations sociales, tout comme le plan de paiement du solde négocié avec la Caisse de compensation, ne seraient pas pertinents car ils seraient intervenus postérieurement à l'adjudication et au dépôt du recours. Si le pouvoir adjudicateur avait eu connaissance de la situation financière exacte de Y SA au moment de l'adjudication, cette dernière entreprise n'aurait pas obtenu l'attribution du marché. Ainsi, l'adjudication à Y SA violerait le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, le principe de la transparence ainsi que l'exigence d'une adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse.

F. Suite à des mesures d'instruction, la Commission de recours a obtenu des attestations complémentaires concernant les poursuites en cours à l'encontre de Y SA en date du 22 avril 2003 (pour autant que ces poursuites n'aient pas été ultérieurement radiées) ainsi que concernant le solde des cotisations de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI) dues par l'adjudicataire au 22 avril 2003 et non encore payées au 2 juillet 2003.

G., H. Dans sa duplique du 11 juillet 2003, le Groupement de l'armement rappelle sa pratique selon laquelle l'aptitude financière d'un soumissionnaire est vérifiée sur la base d'attestations délivrées au plus tard 6 mois avant le dépôt de l'offre. Il considère en substance qu'un pouvoir adjudicateur doit pouvoir se fier aux moyens de preuve produits par les soumissionnaires, et n'est tenu de procéder à des vérifications additionnelles qu'en cas de doute. En l'espèce, les attestations fournies par Y SA à l'appui de son offre ne faisaient apparaître aucune poursuite, ni aucun arriéré dans le paiement de ses cotisations sociales ou de ses impôts, de sorte qu'aucun motif ne justifiait une exclusion de Y SA de la procédure de passation. Le pouvoir adjudicateur souligne en outre qu'une péjoration de la situation financière d'un soumissionnaire peut survenir rapidement, postérieurement à la délivrance des attestations requises. En l'espèce, la garantie de la Bâloise Assurances fournie par l'adjudicataire à la requête du pouvoir adjudicateur, suite au recours déposé par X SA, de même que les remboursements de cotisations arriérées effectués par Y SA après le dépôt du recours et que les explications fournies quant aux litiges en cours avec des sous-traitants, suffiraient à assurer la solvabilité actuelle de l'adjudicataire. Une révocation de l'adjudication ne serait pas justifiée. Par ailleurs, si la Commission de recours devait admettre le recours, elle devrait renoncer à statuer elle-même et renvoyer l'affaire au Groupement de l'armement pour que celui-ci vérifie la situation financière du futur adjudicataire.

Les autres faits sont repris, pour autant que besoin, dans les considérants «En droit» de la présente décision.

Extrait des considérants:

1.a. Le marché litigieux porte sur le lot n° 345 relatif à la pose d'installations de ventilation et de climatisation dans le cadre de la construction d'une halle et d'un atelier adjacent de réparation des chars, destinés aux troupes mécanisées de la place d'armes de Bure. Il s'agit d'un marché de travaux, assujéti à la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1; art. 1 al. 1 let. a et art. 5 al. 1 let. c LMP ainsi que art. 3 al. 2 de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics [OMP], RS 172.056.11 et annexe 2 à l'OMP). La fourchette des prix offerts pour le lot n° 345, indiquée dans l'avis d'adjudication, oscille entre 666'669.25 et 785'393.20 francs. Selon l'art. 7 al. 2 et l'art. 5 al. 2 LMP, c'est la valeur totale de l'ouvrage qui est déterminante. Celle-ci est estimée à 17.4 millions de francs (Message du Conseil fédéral du 29 mai 2002 sur l'immobilier militaire 2003, FF 2002 4820-4822). Le seuil de 9'575'000 francs déterminant pour l'application de la LMP aux marchés de travaux (art. 6 al. 1 let. c LMP et RO 2001 3194) est dès lors atteint en l'espèce. Le pouvoir adjudicateur est l'Office fédéral du matériel de l'armée et des constructions (OFMAC), qui fait partie du Groupement de l'armement. Il s'agit d'un service de l'administration générale de la Confédération au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LMP, qui figure expressément dans la liste des pouvoirs adjudicateurs de l'annexe 1 à l'appendice I à l'accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP, RS 0.632.231.422) déposée par la Suisse.

2.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 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA], RS 172.021). 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; décision de la Commission de recours du 22 janvier 2001, publiée dans la JAAC 65.78 consid. 4a).

En l'espèce, la Commission de recours observe que le pouvoir adjudicateur a retenu des critères d'aptitude parmi les critères d'adjudication.

b.aa. Les critères d'aptitude servent à vérifier la capacité technique, économique et financière de chaque soumissionnaire à exécuter le marché en cause (art. VIII let. b AMP). En revanche, les critères d'adjudication permettent d'évaluer les offres et de déterminer celle qui est économiquement la plus avantageuse (art. XII § 2 let. h AMP). Les critères d'aptitude et ceux d'adjudication, avec les moyens de preuve y relatifs, doivent être distingués car les uns se réfèrent à la capacité du soumissionnaire et les autres à l'offre elle-même. Afin de respecter le principe de transparence (art. 1 al. 1 let. a LMP), leur publication doit faire l'objet de points distincts (art. XII § 2 let. f et h AMP; points 10 et 14 de l'annexe 4 à l'OMP). En particulier, les critères d'aptitude et des moyens de preuve requis à cet égard doivent être publiés dans l'appel d'offres ou la documentation relative à l'appel d'offres (art. VIII let. a et b AMP; art. IX § 6 let. f AMP; art. XII § 2 let. f AMP; art. 9 LMP; art. 16 al. 1 OMP et ch. 10 de l'annexe 4 à l'OMP). En procédure ouverte, contrairement à la procédure sélective, la vérification des critères d'aptitude et

d'adjudication a lieu dans une seule et même étape, et non en deux phases

successives. Quelle que soit la procédure de passation utilisée dans un cas d'espèce, il n'en demeure pas moins que le pouvoir adjudicateur doit toujours évaluer la conformité tant aux critères d'aptitude que d'adjudication. Il y a violation du principe de l'égalité de traitement et du principe de la transparence lorsque l'aptitude d'un soumissionnaire n'est pas examinée du tout ou ne l'est pas correctement ou qu'elle n'est pas documentée de manière à en assurer la traçabilité (décision de la Commission de recours du 4 février 1999, publiée dans la JAAC 64.9 consid. 2a/dd; décision du 16 août 1999, publiée dans la JAAC 64.29 consid. 4).

bb. En l'espèce, le point 3.5 de l'appel d'offres prévoyait que «les critères d'aptitude des marchés sont définis dans les conditions particulières de l'offre. Chaque soumissionnaire devra satisfaire aux critères d'aptitude financière, économique, technique et organisationnelle». Etaient requis comme justificatifs de l'aptitude financière un extrait du registre du commerce, un extrait de l'office des poursuites, ainsi qu'une attestation de paiement des impôts, des charges sociales et assurances (point 3.6 de l'appel d'offres). Les attestations devaient être remises lors du dépôt de l'offre, sous peine d'exclusion de la procédure de passation du marché en cause (point 4.5 de l'appel d'offres). La documentation relative à l'appel d'offres ne contenait aucune indication relative spécifiquement aux critères d'aptitude. Par contre, le pouvoir adjudicateur a repris et intégré les critères d'aptitude - à tout le moins ceux relatifs à la capacité technique et organisationnelle - au titre des critères d'adjudication. Parmi ceux-ci figurent l'adéquation de l'engagement pour réaliser le travail prévu (1er rang), l'organisation, structure et effectif de l'entreprise dans le domaine considéré (2e rang) ainsi que les références similaires pour l'importance du chantier et qualité des prestations antérieures (4e rang; point 3.7 de l'appel d'offres, reproduit au point 3 de la documentation relative à l'appel d'offres, et précisés dans les annexes F à ladite documentation).

cc. Dans sa jurisprudence rendue en matière de procédure sélective, la Commission de recours considère que la vérification des critères d'aptitude doit avoir lieu de manière complète et définitive dans la première phase de préqualification. Un nouvel examen de l'aptitude dans le cadre de l'évaluation ultérieure des offres au regard des critères d'adjudication est illicite. Serait aussi illicite une pondération finale entre le résultat de l'évaluation des offres et le degré d'aptitude de chaque soumissionnaire, visant à prendre en compte la meilleure ou moins bonne aptitude de chaque soumissionnaire (décision de la Commission de recours du 3 septembre 1999, publiée dans la JAAC 64.30 consid. 4). La Commission de recours ne s'est pas encore prononcée sur cette question dans le cadre d'une procédure ouverte. La question d'une prise en compte du degré exact d'aptitude de chaque soumissionnaire (Mehreignung) au stade de l'évaluation des critères d'adjudication est controversée en doctrine; elle est admise dans plusieurs jurisprudences qui considèrent que la qualité d'une offre, en particulier dans le cadre d'un marché de service, ne peut pas être appréciée directement mais repose largement sur un pronostic basé sur l'aptitude technique et organisationnelle du soumissionnaire et sur les réalisations antérieures de celui-ci (pour comparer, voir dans la jurisprudence européenne: affaire Renco, T-4/01, du 25 février 2003, non encore publiée, point 68 s.; dans la jurisprudence cantonale: TA ZH du 18 décembre 2002 [VB.2001.00095], in Baurechtsentscheide Kanton Zürich [BEZ] 2003, n° 13, consid. 2; et en doctrine: Peter Gauch / Hubert Stöckli, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg 1999 ch. 16.5; Etienne Poltier, Les marchés publics: premières expériences vaudoises, Revue de droit administratif et de droit fiscal [RDAF] 2000 I p. 306 s.; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2000, p. 242 s.; Olivier Rodondi, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, RDAF 2001 I p. 410-413; Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, Pratique juridique actuelle [PJA] 2001, p. 1414 s.; Jean-Baptiste Zufferey / Corinne Maillard / Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 88 s.; Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich, 2003 ch. 297-300 et la jurisprudence citée).

En l'espèce, il n'est pas nécessaire de trancher la question de la légalité de la prise en compte de critères d'aptitude au stade de l'adjudication du marché, car le recours doit être accepté pour un autre motif.

3. X SA conteste la manière dont le pouvoir adjudicateur a apprécié l'aptitude financière de l'adjudicataire. La recourante considère que Y SA n'aurait pas obtenu l'attribution du marché si le pouvoir adjudicateur avait eu connaissance de sa situation financière exacte à la date de l'adjudication, le 25 mars 2003 (publiée le 22 avril 2003). La prise en compte par le pouvoir adjudicateur du versement des arriérés de cotisations sociales et du plan de remboursement négocié entre Y SA et la Caisse de compensation serait illégale, car ces éléments seraient intervenus postérieurement à l'adjudication et au dépôt du recours. La décision du pouvoir adjudicateur violerait ainsi le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, le principe de la transparence ainsi que l'exigence d'une adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse.

a. Dans le cadre d'un marché passé en procédure ouverte, une mauvaise constatation ou appréciation de l'aptitude financière de l'adjudicataire peut être alléguée dans le cadre d'un recours contre la décision d'adjudication (décision de la Commission de recours du 16 août 1999, publiée dans la JAAC 64.29 consid. 4).

b. Constitue un fait tout ce qui, en soi, peut être l'objet d'une preuve propre à établir son existence ou, pour un fait futur, la vraisemblance de sa survenance (Pierre Moor, Droit administratif, vol. II, 2e éd., Berne 2002, p. 665). La constatation des faits est inexacte au sens de l'art. 49 let. b PA lorsque l'autorité a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve, ou a fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces par exemple. La constatation des faits est incomplète lorsque tous les éléments de fait et moyens de preuve déterminants pour la décision n'ont pas été pris en compte par l'autorité inférieure. L'autorité de recours dispose d'un plein pouvoir de cognition sur les questions de fait (décision de la Commission de recours du 17 avril 2002, publiée dans la JAAC 66.54 consid. 8a; Benoît Bovay, Procédure administrative, Berne 2000, p. 395 s.; Alfred Kölz / Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2ème éd., Zurich, 1998, ch. 630; Ulrich Zimmerli / Walter Kälin / Regina Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Berne 1997, p. 97; René Rhinow / Heinrich Koller / Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfahrensrecht des Bundes, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1996 ch. 1301; André Moser, in André Moser/Peter Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1998, ch. 2.72; Evelyn Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, thèse, Fribourg 1997, p. 536 et 539). Conformément à la maxime inquisitoire de l'art. 12 PA, l'autorité se doit d'établir d'office les éléments de fait et moyens de preuve pertinents, avec la collaboration des parties (art. 13 PA). Elle peut corriger ou compléter l'état de fait, mais elle n'a pas l'obligation d'examiner les faits au-delà des allégués des parties lorsqu'aucune circonstance spéciale ne l'exige (JAAC 57.27 consid. 4c). En règle générale, le moment déterminant pour l'établissement des faits en droit administratif est celui où l'autorité de recours statue, et non celui où l'instance inférieure s'est prononcée. Il en découle que peuvent être pris en considération tant des faits nouveaux intervenus avant la prise de décision contestée (faits nouveaux anciens ou *unechte Nova*) que des faits nouveaux postérieurs à celle-ci (faits nouveaux nouveaux ou *echte Nova*). Il en va de même pour les moyens de preuve. Toutefois, le droit matériel applicable au fond du litige peut limiter ce principe, en commandant de statuer uniquement sur la base des faits tels qu'ils existaient réellement au moment où la décision

attaquée a été prise; dans cette hypothèse, seuls les faits nouveaux anciens peuvent être pris en considération, alors que les faits nouveaux postérieurs à la décision ne sont pas pertinents pour la bonne application du droit matériel. Tel est notamment le cas dans les domaines du droit fiscal ou de la sécurité sociale, dans la mesure où les décisions se réfèrent à une situation temporelle déterminée et limitée (JAAC 60.8 consid. 2; JAAC 61.26 consid. 11a/cc; JAAC 61.31 consid. 3.2.3; Moser, op. cit. ch. 2.80; Nicolas Wisard, Les faits nouveaux en recours de droit administratif au Tribunal fédéral, PJA 1997, p. 1371 et 1377).

c.aa. En matière de marchés publics, le principe de l'égalité de traitement exige, en règle générale, que tant l'aptitude des soumissionnaires que les offres déposées par ceux-ci soient évaluées sur la base des faits et moyens de preuve existant à la date d'expiration du dépôt des candidatures et/ou des offres. Ce principe est concrétisé par l'art. 19 al. 1 LMP, qui prévoit que les offres doivent être remises de manière complète et dans le délai fixé. Les «faits nouveaux anciens», c'est-à-dire survenus antérieurement au dépôt de l'offre, et les moyens de preuve y relatifs ne peuvent plus être ultérieurement invoqués par un soumissionnaire qui aurait omis de les faire valoir en temps utile, sous la double réserve des éclaircissements fournis dans le cadre de l'épuration des offres et de la prohibition du formalisme excessif. Ainsi, une offre dans laquelle manquent tout ou partie des moyens de preuve de l'aptitude requis doit en principe être écartée et ne saurait être ultérieurement complétée par le soumissionnaire concerné (décision de la Commission de recours du 8 octobre 2002, publiée dans la JAAC 67.5 consid. 2b; Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zurich 1996 ch. 337; Galli/Moser/Lang, op. cit., ch. 288). En conséquence, le pouvoir adjudicateur se limite généralement à évaluer l'aptitude du soumissionnaire sur la base des moyens de preuve requis et soumis. A fortiori, la prise en compte de faits nouveaux survenus postérieurement au délai de dépôt des offres - comme l'engagement de personnel améliorant la capacité organisationnelle du soumissionnaire (et non déjà clairement planifié dans l'offre) ou l'achèvement d'un nouveau produit encore en phase de développement lors du dépôt de l'offre - est en principe prohibée, car elle implique une discrimination entre soumissionnaires. Elle 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 pour élaborer son offre (décision non publiée de la Commission de recours du 3 avril 1998, en la cause S. [BRK 1997-020], consid. 2b; décision du 26 juin 2002, publiée dans la JAAC 66.86 consid. 6). En règle générale, et sous la double réserve des éclaircissements fournis durant l'épuration des offres et de la prohibition du formalisme excessif, on ne peut remédier ultérieurement à une aptitude insuffisante, ou insuffisamment prouvée à la date du délai de remise des offres.

Toutefois, le principe selon lequel le pouvoir adjudicateur évalue l'aptitude du soumissionnaire telle qu'existante à la date du dépôt de l'offre et sur la seule base des moyens de preuve soumis, est mitigé à un double titre. La première restriction est de nature procédurale et découle de la maxime inquisitoire. Le pouvoir adjudicateur - et à sa suite l'autorité de recours - doit évaluer l'aptitude du soumissionnaire telle qu'elle existe (existait) réellement à l'expiration du délai de dépôt des offres. Si l'une ou l'autre instance doute du caractère exact et complet de l'état de fait, tel qu'il ressort des moyens de preuve de l'aptitude soumis par le soumissionnaire, elle doit procéder à d'autres investigations et prendre en compte tout «fait nouveau ancien» pertinent (Kölz/Häner, op. cit., ch. 631; Bovay, op. cit., p. 178). Le pouvoir adjudicateur ou l'autorité de recours doit ainsi vérifier tout indice ou information susceptible d'infirmer la capacité technique, organisationnelle ou financière d'un soumissionnaire, qu'il avait initialement tenu pour acquise sur la base des moyens de preuve soumis (pour comparer, voir décision du tribunal administratif zurichois du 23 novembre 2001 [VB.2001.00215], consid. 8b in fine; décision du 6 avril 2001 [VB.2000.00353], consid. 4c/bb). La seconde restriction ressort du droit matériel et découle en particulier de l'art. 11 LMP qui prévoit que l'adjudication peut être révoquée notamment lorsqu'un soumissionnaire ne satisfait plus aux critères d'aptitude (let. a), n'a pas payé tout ou partie de ses cotisations sociales ou impôts (let. c) ou fait l'objet d'une procédure de faillite (let. f). Une révocation peut être justifiée tant par des faits nouveaux antérieurs que postérieurs à la décision en cause (Moor, op. cit., p. 327-329; également Message du Conseil fédéral 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], du 19 septembre 1994, FF 1994 IV 1229 mentionnant «les raisons particulièrement graves qui laissent supposer que le soumissionnaire n'est plus apte à remplir le marché»). La règle de l'art. 11 LMP est justifiée par le fait que la vérification de l'aptitude par le pouvoir adjudicateur, même si elle se base sur des moyens de preuve déjà existants, constitue un pronostic quant à la capacité technique, organisationnelle et financière du soumissionnaire à exécuter correctement et dans le délai prescrit le marché en cause. L'aptitude du soumissionnaire doit non seulement exister à la date du dépôt de l'offre, mais elle doit aussi subsister jusqu'à la date de l'adjudication du marché, et au-delà jusqu'au terme prévu pour l'exécution du marché. Le pouvoir adjudicateur a en tout temps la faculté de procéder à des vérifications complémentaires et de rendre, à l'égard d'un soumissionnaire qui ne satisferait plus aux critères d'aptitude, une décision d'exclusion de la procédure de passation, ou une décision de révocation de l'adjudication (Rodondi, op. cit., p. 392 s.; pour un cas de révocation faute de capacité financière, voir décision du Tribunal administratif vaudois du 17 juillet 2001 [GE 2000/0155], non publiée, consid. 3; d'un autre avis quant aux faits nouveaux postérieurs: décision du Tribunal administratif genevois du 15 février 2000, Semaine judiciaire [SJ] 2000 I 405, consid. 6 et note de Denis Esseiva in Droit de la construction [DC] 2/2001 p. 70 ch. S25). Cette règle implique la prise en compte de faits nouveaux postérieurs à la date de dépôt des offres ou à celle de l'adjudication (faits nouveaux nouveaux), lorsqu'ils sont propres à remettre en cause l'aptitude du soumissionnaire, respectivement de l'adjudicataire. Il en va de même pour les moyens de preuve. Enfin, lorsque de tels faits ou moyens de preuve nouveaux sont allégués pour la première fois dans une procédure de recours, la maxime inquisitoire impose à la Commission de recours de les prendre en compte (Rhinow/Koller/Kiss, op. cit., ch. 1351 et 1542). L'autorité de recours qui n'épuise pas son pouvoir de cognition viole le droit d'être entendu du recourant (Rhinow/Koller/Kiss, op. cit., ch. 1031; en matière de marchés publics, voir ATF non publié du 11 septembre 2002, 2P.322/2001, consid. 3).

bb. La vérification de la capacité économique du soumissionnaire a pour but essentiel de vérifier que celui-ci dispose(ra) des ressources financières suffisantes pour exécuter le marché en cause jusqu'à son terme. Des difficultés financières empêchant - en tout ou en partie - un soumissionnaire de régler ponctuellement les salaires de ses collaborateurs, les cotisations sociales et impôts dus, les factures de ses fournisseurs ou les honoraires de ses sous-traitants sont, selon leur importance, susceptibles d'entraîner ultérieurement des retards et des surcoûts correspondants dans l'exécution du marché, voire une interruption de cette exécution en cas de faillite de l'adjudicataire. La vérification de l'aptitude financière prévue aux art. 9 à 11 LMP contribue ainsi à l'objectif d'utilisation efficace des deniers publics poursuivi par la LMP (art. 1 al. 1 let. c LMP). Dès lors, le pouvoir adjudicateur ne saurait se limiter à vérifier que le soumissionnaire remplit ses obligations financières envers l'Etat - en particulier par le versement des cotisations sociales et des impôts -, tout en faisant abstraction des dettes de ce soumissionnaire envers des personnes privées, comme les fournisseurs, les sous-traitants ou les compagnies d'assurances privées (d'un avis partiellement différent: décision du Tribunal administratif genevois du 15 février 2000, SJ 2000 I 405, consid. 6). Il doit apprécier la situation financière globale du soumissionnaire, notamment sur la base des extraits délivrés par les offices de poursuite.

Le pouvoir adjudicateur évalue en règle générale l'aptitude financière du soumissionnaire telle qu'elle existe à la date du dépôt de

l'offre, et sur la seule base des moyens de preuve soumis, sous la double réserve des renseignements communiqués dans le cadre de l'épuration des offres et de la prohibition du formalisme excessif. Cependant, lorsque des circonstances spéciales sont propres à éveiller un doute quant à la capacité financière du soumissionnaire à exécuter le marché, le pouvoir adjudicateur doit procéder à des investigations complémentaires. En outre, l'art. 11 LMP impose au pouvoir adjudicateur de prendre en compte des faits et moyens de preuve nouveaux, antérieurs ou postérieurs au délai de dépôt des offres et même à la date de l'adjudication, qui seraient portés à sa connaissance et qui seraient susceptibles de remettre en cause l'aptitude financière d'un soumissionnaire à exécuter le marché correctement et dans le délai prévu. Ces obligations s'imposent aussi à la Commission de recours, en vertu de la maxime inquisitoire de l'art. 12 PA et du pouvoir de cognition complet dont elle jouit sur les questions de fait.

d.aa. Le pouvoir adjudicateur soutient d'abord que les certificats fournis par Y SA à l'appui de son offre avaient tous été délivrés moins de 6 mois avant le dépôt de l'offre et que leur contenu n'éveillait aucun doute quant à la solidité financière de cette entreprise, ce qui justifiait l'adjudication du marché à Y SA.

En l'espèce, il est avéré que Y SA a produit à l'appui de son offre une attestation de non-poursuite établie le 30 octobre 2002 par l'Office des poursuites de Moutier. Elle a aussi fourni des attestations établies en novembre 2002 par les administrations fiscales bernoise et jurassienne certifiant du paiement régulier des impôts cantonaux et communaux, ainsi que de l'impôt fédéral direct. La Commission de recours observe cependant que certains autres éléments auraient pu inciter le pouvoir adjudicateur à entreprendre immédiatement des vérifications complémentaires. Ainsi, le courrier de la Caisse de compensation du 31 octobre 2002 attestant que Y SA était à jour dans le paiement de ses cotisations AVS, AI, d'allocation pour perte de gain (APG), d'assurance-chômage (AC) et d'allocations familiales mentionnait en exergue, en caractères gras, majuscules et de grande taille: «ATTESTATION VALABLE 15 JOURS». Cette attestation n'était dès lors déjà plus valable à la date d'échéance du dépôt des offres, le 9 décembre 2002. Le pouvoir adjudicateur ne saurait admettre systématiquement que toute attestation émise moins de 6 mois avant le délai de dépôt des offres est suffisante, lorsque le contenu d'une attestation fait état d'une validité temporelle considérablement plus restreinte. Lorsque le délai de validité d'une attestation est particulièrement bref, le pouvoir adjudicateur devrait même être incité à se renseigner plus avant. Par ailleurs, l'attestation de la compagnie La Genevoise n'attestait du versement des primes pour l'assurance perte de gain en cas de maladie que jusqu'à fin 2001 et datait du 20 novembre 2001, soit plus d'un an avant le délai de dépôt des offres. Si le pouvoir adjudicateur avait alors entrepris des investigations auprès de la Caisse de compensation de Porrentruy et de La Genevoise, il aurait vraisemblablement appris les retards pris par Y SA dans le paiement de ses cotisations, retards qui amèneront ces deux institutions à adresser des commandements de payer à l'adjudicataire (7 commandements de payer émanant de la Caisse de compensation le 8 avril 2003, pour un montant total de 186'185.30 francs; 2 commandements de payer émanant de La Genevoise les 7 mars et 9 avril 2003, pour un montant total de 33'193.55 francs).

Il importe peu de trancher si ces quelques éléments du dossier de soumission de Y SA auraient dû entraîner des vérifications complémentaires par le Groupement de l'armement. Contrairement à l'art. 105 al. 2 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ, RS 173.110) qui ne permet au Tribunal fédéral de revoir les faits que si leur constatation est «manifestement inexacte ou incomplète» ou établie «au mépris de règles essentielles de procédure», il suffit, dans le cadre de l'art. 49 let. b PA, que l'état de fait pertinent au moment déterminant pour la prise de décision s'avère inexact ou incomplet. La Commission de recours doit prendre en compte les faits et moyens de preuve anciens ou nouveaux, lorsque ceux-ci sont propres à nier la capacité financière de l'adjudicataire à mener correctement à terme l'exécution du marché. En l'espèce, un extrait des poursuites à l'encontre de Y SA en date du 9 mai 2003 fait état de poursuites pour une somme totale de 701'141.45 francs. Outre les commandements de payer déjà mentionnés émanant de la Caisse de compensation de Porrentruy (le 8 avril 2003, pour un montant total de 186'185.30 francs) et de La Genevoise (7 mars et 9 avril 2003, pour un montant total de 33'193.55 francs), un autre commandement de payer a été adressé par un sous-traitant le 5 mai 2002 déjà, pour un montant de 56'490 francs. En outre, cinq autres commandements de payer divers, émis en février et mars 2003, portent sur un total de 401'062.60 francs. Le simple fait qu'une partie de ces poursuites résultent de litiges en cours avec des fournisseurs ou des sous-traitants, dont l'issue est incertaine, ne signifie pas qu'il puisse être fait abstraction du risque financier encouru à ce titre par Y SA. Au vu du montant des poursuites en cours en date du 9 mai 2003, on peut douter que Y SA disposât effectivement d'une capacité financière suffisante à l'expiration du délai de remise des offres, le 9 décembre 2002. Or, le principe de l'égalité de traitement s'oppose en règle générale à ce qu'il soit ultérieurement remédié à une aptitude insuffisante à la date du dépôt des offres, sous la double réserve des éclaircissements fournis durant l'épuration des offres et de la prohibition du formalisme excessif. La question peut rester indécise, car Y SA n'a pas non plus restauré sa capacité financière au moment où la Commission de recours statue sur le présent litige.

bb. Selon le Groupement de l'armement, l'art. 11 LMP conférerait au pouvoir adjudicateur une faculté de révocation de l'adjudication, mais non une obligation lorsqu'une autre solution satisfaisante peut être trouvée. Les mesures entreprises par le Groupement de l'armement et par Y SA à la suite du recours déposé par X SA auraient permis de rétablir suffisamment la situation financière de l'adjudicataire, de sorte qu'une révocation de l'adjudication ne se justifierait pas. Y SA a en grande partie réglé les arriérés de cotisations sociales et de primes faisant l'objet de poursuites et convenu d'un plan de remboursement pour le solde de ces cotisations. Les autres poursuites encore pendantes seraient soit injustifiées, soit contestées dans le cadre de litiges entre Y SA et ses sous-traitants. Enfin, la garantie d'exécution de 50'000 francs que la Bâloise Assurances s'est engagée à établir, le 10 juillet 2003, suffirait à couvrir les pertes financières que le pouvoir adjudicateur encourrait en cas de faillite de Y SA avant la fin des travaux.

A supposer même que l'art. 11 LMP introduise une limitation à l'égalité de traitement entre soumissionnaires en laissant au pouvoir adjudicateur la faculté d'accorder un bref délai à l'adjudicataire pour rétablir une situation financière péjorée, encore faudrait-il que l'adjudicataire parvienne effectivement à ce résultat pour que le pouvoir adjudicateur puisse renoncer à révoquer l'adjudication. En l'espèce, la Commission de recours observe d'abord qu'il est avéré que Y SA a en grande partie réglé les arriérés de cotisations dus à la Caisse de compensation et convenu d'un plan de remboursement pour le solde, celui s'élevant à 42'472.40 francs au 16 mai 2003, et à 14'173.60 francs au 2 juillet 2003. Elle a aussi réglé les montants dus à La Genevoise, dont les poursuites ont été radiées. Toutefois, l'adjudicataire semble toujours faire face à des difficultés financières. Le montant total des poursuites en cours à l'encontre de Y SA s'élevait encore à 459'844.65 francs en date du 22 mai 2003 et à 501'796 francs en date du 1er juillet 2003. Une nouvelle poursuite a été engagée le 14 avril 2003 par La Bâloise Assurances, pour un montant de 5'382.70 francs, poursuite qui a ensuite été radiée avant le 1er juillet 2003. Les poursuites résultant de litiges entre Y SA et ses sous-traitants, même si le résultat de ces litiges est incertain, portent sur des montants importants (454'461.95 francs au 1er juillet 2003). Un nouveau commandement de payer a été adressé à Y SA par l'Administration fédérale des contributions, le 5 juin 2003, pour un montant de 47'334.05 francs. Par ailleurs, la Commission de recours souligne que la garantie d'exécution pour un montant de 50'000 francs que la Bâloise Assurances s'est engagée à délivrer un mois avant le début des travaux, et avec une durée de validité d'une année (courrier de la Bâloise du 10 juillet 2003),

est soumise à la réserve que «l'examen de la solvabilité du débiteur de la garantie [c-à-d. Y SA] révèle à ce moment-là une situation financière saine». Selon le planning des travaux, les installations de ventilation et de climatisation doivent être installées en deux étapes, la première en octobre-novembre 2003 et la seconde de février à fin mai 2004. Au vu des aléas précités pesant sur la situation financière de Y SA, on ne peut tenir pour certaine la délivrance de la garantie d'exécution par la Bâloise Assurances. Dès lors, la Commission de recours ne saurait admettre que Y SA dispose d'une capacité financière suffisante pour assurer la bonne exécution du marché dans le délai prévu.

Compte tenu de l'ensemble des pièces du dossier, il apparaît que l'admission de la capacité financière de l'adjudicataire, à la base de la décision d'adjudication contestée et du refus implicite du pouvoir adjudicateur de révoquer cette décision, repose sur une constatation des faits inexacte ou incomplète. En conséquence, le recours doit être admis et la décision d'adjudication doit être annulée en ce qu'elle porte sur le lot n° 345 contesté.

4. La recourante conclut à ce que la Commission de recours lui adjuge directement le marché, en particulier car elle est classée en deuxième position du tableau comparatif des offres. En revanche, le pouvoir adjudicateur considère que, en cas d'admission du recours, la Commission de céans devrait se limiter à annuler la décision attaquée et lui renvoyer l'affaire pour nouvelle décision, afin qu'il puisse vérifier la situation financière de l'entreprise qui exécutera les travaux.

a. Lorsqu'un recours s'avère fondé, la Commission de recours peut soit renvoyer l'affaire au pouvoir adjudicateur avec des instructions impératives, soit statuer elle-même directement (art. 32 al. 1 LMP). Compte tenu de la grande marge d'appréciation dont bénéficient les pouvoirs adjudicateurs, la Commission de recours renvoie en règle générale l'affaire au pouvoir adjudicateur pour qu'il statue à nouveau. Toutefois, lorsque les faits sont entièrement élucidés et que l'adjudication ne peut avoir lieu qu'à un seul recourant, il se justifie, pour assurer une procédure de recours rapide et efficace (art. XX § 2 AMP), que la Commission de céans statue directement (décision de la Commission de recours du 16 août 1999, in JAAC 64.29 consid. 6; Clerc, op. cit., p. 557; Galli/Moser/Lang, op. cit., ch. 701). Lorsque la situation de fait et de droit est claire, la voie de la réformation se justifie aussi pour des raisons d'économie de procédure, surtout quand l'autorité dont la décision est en cause a déjà examiné cette situation, mais sans en tirer les conséquences exactes (Moor, op. cit., p. 691).

b. La Commission de recours observe que l'offre de Y SA doit être écartée, car l'aptitude financière de cette entreprise à réaliser correctement le marché en cause dans le délai prévu n'est pas suffisamment garantie. Laisser au pouvoir adjudicateur la faculté de vérifier encore la capacité financière de Y SA reviendrait à accorder à cette dernière entreprise un autre délai additionnel pour rétablir sa situation économique, ce qui porterait atteinte de manière insoutenable au principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires. Par ailleurs, la décision d'adjudication est définitivement entrée en force en ce qu'elle rejette implicitement les offres des autres soumissionnaires, faute pour ceux-ci de l'avoir contestée dans le délai de recours de l'art. 30 LMP (décision de la Commission de recours du 29 avril 1998, in JAAC 62.80 consid. 3c; Evelyne Clerc, in Pierre Tercier/Christian Bovet (éd.), Commentaire romand - Droit de la concurrence, Genève/Bâle 2002 ch. 89 ad art. 9 LMI; Galli/Moser/Lang, op. cit., ch. 696). En conséquence, seule l'offre de la recourante, X SA, entre encore en considération.

Selon le tableau comparatif des offres dressé par le Groupement de l'armement, l'offre de X SA était classée au deuxième rang. Elle remplissait à 80% ou 90% les critères d'adjudication publiés (1. satisfaction aux exigences et adéquation de l'engagement; 2. organisation, structure et effectif de l'entreprise; 3. prix; 4. références; 5. service après-vente). Dans ses écritures, le pouvoir adjudicateur n'a du reste nullement contesté la capacité technique ou financière de la recourante, ni la conformité de son offre. Rien ne permet de douter de la bonne santé financière de X SA, cette entreprise ayant fourni une attestation de non-poursuite en date du 26 juin 2002, et à nouveau en date du 12 mai 2003. Dès lors, rien ne justifie en l'espèce que la Commission de recours renonce à statuer directement et renvoie l'affaire au pouvoir adjudicateur pour permettre à ce dernier de procéder à une nouvelle vérification de la capacité financière de l'entreprise qui exécutera le marché. Le Groupement de l'armement conserve au surplus la faculté de réclamer, si nécessaire, une garantie d'exécution/de remboursement à X SA au moment de la conclusion du contrat, comme le prévoient les conditions particulières du contrat d'entreprise incluses dans la documentation relative à l'appel d'offres et mentionnées au point 4.2.1 de l'appel d'offres. Enfin, le pouvoir adjudicateur pourrait aussi formuler une demande de révision à la Commission de recours si la capacité financière de X SA s'avérait ne plus être suffisamment assurée (art. 33 LMP, art. 26 al. 1 LMP et art. 66 al. 2 PA). Dans de telles circonstances, il se justifie que la Commission de céans statue directement et prononce elle-même l'adjudication du marché relatif au lot n° 345 contesté à X SA.

(...)

5. (...)

Dokumente der BRK