

Ile Cour administrative. **Séance du 11 juillet 2000.** Statuant sur le recours interjeté le 29 mai 2000 (**2A 00 57**) par la **Société X SA**, représentée par Me E, avocat à Fribourg, contre la décision rendue le 17 mai 2000 par le **Préfet de la Broye** par laquelle il a rejeté le recours de la précitée contre la décision d'adjudication de la **Commune de Murist** relative au projet de construction d'un bâtiment scolaire; (**Marchés publics / application des critères d'adjudication / pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur**)

**En fait:**

- A. Dans le cadre de la construction d'un bâtiment scolaire et administratif, la Commune de Murist a adjugé les travaux relatifs aux couches de support composées, chapes (CFC 281.0) à la société Y SA, pour un montant de fr. 39'759,45. Cette décision a été publiée dans la Feuille officielle no 13 du 31 mars 2000.
- B. Contre cette décision, la société X SA a interjeté recours auprès du Préfet de la Broye, le 7 avril 2000, concluant à son annulation et à ce que la commune reconsidère sa décision d'adjudication. A l'appui de ses conclusions, elle a fait valoir que son offre était la plus concurrentielle.

Le 17 mai 2000, le Préfet de la Broye a rejeté le recours de la précitée. Pour fonder sa décision, il a considéré que la soumission retenue correspondait à l'offre la plus avantageuse économiquement au regard de tous les critères d'adjudication. Il a constaté que X SA et Y SA avaient obtenu le même nombre de points pour trois des critères d'adjudication, soit la qualité, les délais et le prix. Il a estimé que cette notation identique se justifiait en particulier en ce qui concernait le prix étant donné l'écart minime de fr. 605,35 séparant les deux propositions. Il a retenu que le dernier critère, à savoir la disponibilité, avait finalement permis de départager les deux soumissionnaires, la plus grande proximité de Y SA avec le lieu d'exécution des travaux ayant joué un rôle déterminant. En définitive, le préfet a jugé que la commune s'était conformée aux exigences légales relatives à l'application des critères d'adjudication.

- C. X SA a saisi le Tribunal administratif, le 29 mai 2000. Elle demande, sous suite de dépens, à ce que la décision préfectorale du 17 mai 2000 soit annulée et, principalement, à ce que les travaux relatifs aux couches de support composées (CFC 281.0) lui soient attribués, subsidiairement, à ce

que la cause soit renvoyée au pouvoir adjudicateur avec des instructions précises concernant la pondération des critères d'adjudication, et, plus subsidiairement, à la constatation de l'illicéité de la décision d'adjudication. Elle requiert en outre l'octroi de l'effet suspensif. A l'appui de ses conclusions, elle invoque une violation du principe de la transparence. Elle reproche au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir décrit de façon précise et concrète tous les critères d'adjudication dont il entendait se servir pour déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement. Elle s'en prend également à l'évaluation des critères effectuée par la commune. L'intéressée considère en effet que la société adjudicataire aurait dû être moins bien notée qu'elle en ce qui concerne le prix étant donné l'écart de fr. 605,30 séparant leurs offres. Elle soutient par ailleurs qu'elle aurait dû obtenir le même nombre de points que Y SA pour la disponibilité étant donné que les deux soumissionnaires sont situés à des distances de 57,8 km et de 34,4 km de la Commune de Murist ce qui signifie des trajets de 57 et 47 minutes respectivement.

La société Y SA a déposé ses observations au recours, le 5 juin 2000, en concluant à son rejet. Elle expose pour l'essentiel qu'elle est reconnue comme une société spécialisée notamment dans l'exécution des travaux d'isolation et de chapes et qu'elle a rempli toutes les conditions d'aptitude et d'adjudication. En particulier, elle relève qu'elle présente toutes les garanties financières nécessaires alors que X SA fait l'objet de poursuites.

Le 9 juin 2000, la Commune de Murist a présenté ses remarques. Elle signale tout d'abord que la soumission de X SA était incomplète. Il manquait notamment un extrait de l'office des poursuites et la rubrique "effectif de l'entreprise" n'avait pas été remplie. S'agissant des griefs formulés par X SA, elle constate que les vitesses utilisées pour déterminer le minutage du trajet ne sont pas les mêmes pour la précitée et pour Y SA. Quant à l'évaluation du critère du prix, elle explique que la note maximale a été attribuée à tous les soumissionnaires dont l'offre ne s'écartait pas de plus de 2% de celle meilleure marché, ce qui correspond à la pratique en la matière.

Dans ses observations du 2 juin 2000, le Préfet de la Broye a tout d'abord rappelé que le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation lors de l'adjudication et que l'appréciation de l'autorité judiciaire ne saurait se substituer à celle de l'adjudicateur. Pour le surplus, il s'est référé à sa décision du 17 mai 2000 indiquant toutefois qu'il trouvait que l'argumentation de la recourante s'agissant de l'évaluation des critères d'adjudication renfermait une certaine incohérence. Il ne comprend en effet pas pourquoi une différence - minime - de fr. 605,30 sur un coût total de fr. 40'000.- environ devrait conduire à une rétribution de points différente alors qu'un écart de 10 minutes ne devrait pas entraîner de différence de notation.

Par écrit du 19 juin 2000, X SA a formulé des contre-observations. Elle maintient ses conclusions et conteste les reproches formulés contre sa soumission. En particulier, elle soutient que l'absence d'un extrait de l'office des poursuites ne constitue pas une irrégularité importante et qu'elle pouvait par ailleurs être facilement réparée, le pouvoir adjudicateur ayant la possibilité de demander la remise du document faisant défaut. Elle indique en outre que des vingt poursuites mentionnées dans l'extrait du 31 mai 2000, fourni par la société adjudicataire, seize sont périmées et les quatre autres, dont l'une a été retirée, frappées d'opposition totale. Enfin, elle relève qu'elle a toujours fait face à ses obligations financières, notamment en ce qui concerne les charges sociales et les impôts. S'agissant de la rubrique "effectif de l'entreprise", elle signale que toutes les informations exigées se trouvaient dans le curriculum vitae joint à la soumission.

#### **En droit:**

1. a) La compétence du Tribunal administratif découle de l'art. 2 al. 1 de la loi sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1), en relation avec l'art. 15 al. 1 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2), ainsi que de l'art. 114 al. 1 let. c du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1).

Pour le surplus, interjeté dans le délai et les formes prescrits, le recours est recevable en la forme. Partant, le Tribunal administratif peut entrer en matière sur ses mérites

2. a) Selon l'art. 16 al. 1 AIMP, le recours devant le Tribunal administratif peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, le Tribunal administratif ne peut pas examiner le grief d'inopportunité (al. 2).
- b) L'accord intercantonal sur les marchés publics s'applique à la passation des marchés de construction, de fournitures et de services (art. 6 AIMP). Pour les ouvrages, l'accord s'applique aux offres dont la valeur estimée atteint fr. 10'070'000.- (art. 7 al. 1 let. a AIMP). Si un adjudicateur adjuge plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un ouvrage, leur valeur totale est déterminante.

Conformément à l'art. 38 du règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11), l'accord intercantonal et les dispositions d'application prévues dans le règlement, excepté certaines réserves, sont applicables par analogie aux marchés publics inférieurs au seuil fixé par l'art. 7 AIMP.

- c) En l'espèce, il s'agit de plusieurs marchés de construction passés en rapport avec la réalisation d'un même ouvrage. Leur coût total est estimé à fr. 3'145'000.-. La valeur seuil n'est donc pas atteinte. Les marchés sont cependant assujettis à l'accord intercantonal et aux dispositions d'application prévues dans le règlement conformément à l'art. 38 RMP.
3. a) L'art. 20 RMP prévoit que l'adjudicateur peut exiger des soumissionnaires des preuves attestant leur capacité sur les plans financier, économique, technique et organisationnel. Il établit pour ce faire des critères d'aptitude.

Il est admis qu'il faut opérer une distinction entre critères d'aptitude et critères d'adjudication, l'aptitude du soumissionnaire devant être examinée non pas en même temps que l'offre mais antérieurement (cf. DC 1999 p. 53 S1 et p. 57 S11). La vérification de l'aptitude et l'attribution du marché sont donc deux opérations distinctes.

- b) En l'espèce, on constate que les documents d'appel d'offres font mention de critères d'aptitude et de critères d'adjudication. Il était notamment exigé des soumissionnaires qu'ils présentent un extrait de l'office des poursuites. Or, la recourante ne l'a pas fait. Le pouvoir adjudicateur a néanmoins pris en compte son offre. Il s'ensuit que l'aptitude de la recourante, en particulier sa capacité financière, n'a pas à être réexaminée sous l'angle de l'adjudication.
4. a) La recourante invoque une violation du principe de la transparence. Elle reproche en substance au pouvoir adjudicateur de n'avoir pas communiqué, dans les documents d'appel d'offres, les critères d'adjudication avec leurs facteurs de pondération.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le fait de ne pas faire figurer les critères d'adjudication par ordre d'importance dans le cahier des charges et de ne pas indiquer par avance les pondérations respectives attribuées à ces critères constitue une violation du principe de la transparence consacré par les art. 1<sup>er</sup> al. 2 let. c et 13 let. f AIMP (ATF 125 II 86 ss consid. 7c p. 100).

Il est impératif d'indiquer, dans les documents d'appel d'offres, l'importance que l'adjudicateur accorde à chaque critère d'adjudication (ATA du 16 juillet 1999 en la cause A. c/ Préfet du district de la Sarine, DC 4/99 p. 143; Gauch

et Stöckli, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Fribourg, 1999, p. 22 ss no 11 ss). Cela ne suppose pas nécessairement de communiquer un modèle mathématique complet d'appréciation des offres; il est nécessaire cependant que le soumissionnaire connaisse l'importance respective de chaque critère qui sera mis en œuvre. Les principes de transparence et de concurrence efficace commandent que les soumissionnaires connaissent à l'avance toutes les informations utiles pour présenter un dossier de soumission qui n'entraînera pas leur exclusion (DC 1999 p. 57 S11).

- b) Dans le cas particulier, les documents d'appel d'offres mentionnent quatre critères d'adjudication, à savoir: la capacité de l'entreprise à respecter les exigences de qualité fixées par la Direction des travaux (A), la capacité de l'entreprise à respecter les délais imposés par le Maître de l'ouvrage (B), prix de la soumission (C) et disponibilité de l'entreprise pour interventions ponctuelles imposées par le maître de l'ouvrage (D). En revanche, aucune information sur leur pondération n'a été communiquée à l'avance aux soumissionnaires, de sorte que la procédure est entachée d'une informalité.

Ce défaut ne justifie cependant pas d'annuler l'adjudication ou de constater son illicéité. La recourante n'a en effet subi aucun préjudice en raison de l'échelle d'évaluation appliquée à son offre. Elle ne prétend d'ailleurs pas que tel serait le cas.

En réalité, la recourante ne critique pas la méthode de pondération des critères mais bien la manière dont elle a été appliquée. Elle reproche en effet au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir pris en considération la différence de prix et d'avoir en revanche noté différemment son offre et celle de la société adjudicataire pour une différence insignifiante en ce qui concerne la disponibilité.

Ce serait dès lors faire preuve d'un formalisme excessif que d'annuler l'adjudication pour un défaut dont aucun indice ne montre qu'il aurait pu influencer la décision. Cela est d'autant plus justifié que les critères dont avait connaissance la recourante ont été respectés et que l'échelle d'évaluation appliquée est tout à fait ordinaire, sans surprise pour les soumissionnaires (cf. ATA non publié du 10 janvier 2000 dans la cause H.).

5. a) Pour décider de l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation (ATF 125 II 86 consid. 6 p. 98 et consid. 7c p. 101). Appelé à examiner une adjudication pour déterminer si l'offre retenue est effectivement la plus avantageuse, le Tribunal administratif n'interviendra, par conséquent, qu'en cas d'excès ou d'abus de ce vaste pouvoir d'appréciation. Il n'a pas à

procéder à un contrôle de l'opportunité, ni à substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité intimée.

Il peut arriver qu'au regard des divers éléments d'appréciation, deux offres soient qualifiées d'équivalentes. Dans ce cas, rien n'empêche le pouvoir adjudicateur de tenir compte du fait qu'une entreprise a son siège dans le canton et qu'elle utilise du personnel, des matériaux et des fournitures en provenance de la région. La préférence locale est admise en présence d'offres jugées équivalentes (Michel, Droit public de la construction, Fribourg 1996, no 1982 - 1989 et références citées).

- b) Dans le cas d'espèce, les offres de la recourante et de la société adjudicataire ont obtenu un nombre de points identique en ce qui concerne les trois premiers critères d'adjudication, en particulier le prix. La recourante estime cependant qu'elle aurait dû être mieux notée, le prix qu'elle a offert étant le plus bas. Ce faisant, elle perd de vue que la différence qu'elle fait valoir est minime. Elle s'élève en effet à fr. 605,30 sur un montant total de fr. 40'000.- environ, soit à moins de 2%. Une telle différence peut à l'évidence être tenue pour insignifiante et ne saurait justifier une notation différente.

L'évaluation du critère de la disponibilité est en revanche arbitraire. Compte tenu du genre de travaux à adjudger - à savoir la pose de chapes de béton -, des interventions ponctuelles imposées par le maître d'ouvrage n'exigent pas une proximité particulière. Il ne se justifie dès lors pas de noter différemment les deux soumissionnaires sur ce point eu égard à l'écart de dix minutes entre leur trajet respectif. Il faut dès lors constater que le critère de la disponibilité a été interprété de façon à favoriser l'entrepreneur local, ce qui relève de l'arbitraire.

Il convient par conséquent de corriger sur ce point l'évaluation effectuée par le pouvoir adjudicateur en supprimant la différence de notation entre les deux concurrentes. On ne peut dès lors que constater que leurs offres obtiennent le même nombre de point et qu'elles sont équivalentes. Dans ces circonstances, rien n'empêchait le pouvoir adjudicateur de choisir librement entre les deux en favorisant la société adjudicataire pour sa proximité.

Mal fondé, le recours doit être rejeté.

6. Le recours étant rejeté sur le fond, la requête d'octroi de l'effet suspensif au recours devient sans objet.

Il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 CPJA. Pour cette même raison, aucune indemnité de partie ne lui est octroyée.

L'intimée, pour sa part, n'a pas fait appel à un mandataire professionnel. Par conséquent, elle n'a pas droit à une indemnité de partie qu'elle n'a d'ailleurs pas sollicitée.

210.2