

Ile Cour administrative. Séance du 13 mars 2001. Statuant sur le recours interjeté le 10 juillet 2000 (**2A 00 70**) par **D. SA**, et **S. SA**, représentées par Me, avocat, contre l'appel d'offres du 30 juin 2000 relatif au lot 180.25 publié par le **Bureau des autoroutes du canton de Fribourg**, représenté par Me, avocat; (**marchés publics**)

**En fait:**

- A. Par arrêt du 7 avril 2000, le Tribunal administratif du canton de Fribourg a annulé la procédure d'adjudication portant sur la fourniture de l'installation de signalisation (commande et signalisation active et fixe) pour la section 8, Cheyres - Cugy, de la route nationale A1 (lot 180.25), en raison de la violation de règles relatives à la passation des marchés publics, notamment du principe de la transparence.
- B. Le 30 juin 2000, le Bureau des autoroutes (ci-après: le BAR) a fait paraître dans la Feuille Officielle du canton de Fribourg un appel d'offres selon une procédure ouverte portant sur la fourniture de l'installation de signalisation (commande et signalisation active) pour les tranchées couvertes de Frasse et de Sévaz (A1 Section 8: Cheyres - Cugy, lot 180.25 Signalisation).

Selon les documents d'appel d'offres, les critères d'aptitude pour l'entreprise pilote étaient les suivants :

- capital social > CHF 1'000'000.00;
- ne pas faire l'objet d'une procédure de sursis concordataire ou dépôt de bilan selon l'art. 725 CO.
- disposer d'un système de management de la qualité certifié ISO 9001.

D'autres critères d'aptitude étaient fixés pour les entreprises fournissant la commande de l'installation, les signaux leds et les signaux prismes, ainsi que pour les sous-traitants.

Figuraient également dans le document d'appel d'offres les critères d'adjudication, accompagnés des facteurs de pondération, suivants :

- coût de l'offre 40%
- qualité de l'entreprise 20%
- évaluation technique 20%
- délais et planning 20%.

- C. Le 10 juillet 2000, les sociétés D. SA et S. SA ont déposé un recours auprès du Tribunal administratif du canton de Fribourg contre l'appel d'offres du 30 juin 2000 portant sur le lot 180.25, en concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation. A l'appui de leurs conclusions, elles invoquent la violation du principe de la confidentialité, celui de l'égalité de traitement, ainsi que le principe de l'interdiction de la division des marchés. Elles soutiennent que, suite à l'arrêt du 7 avril 2000, le pouvoir adjudicateur aurait dû, par économie de procédure, par gain de temps et aussi par souci d'équité, reprendre la procédure d'adjudication au stade de la préqualification, c'est-à-dire au moment où les vices - constatés par l'arrêt précité - n'avaient pas encore eu lieu. Elles exposent en substance que toutes les entreprises intéressées à la nouvelle soumission connaissent de manière précise le montant de l'offre qu'elles ont présentée de sorte que le jeu de la concurrence est complètement faussé, n'importe quel concurrent étant à même de se positionner mieux qu'elles. Pour la même raison, le principe de confidentialité est complètement battu en brèche. En définitive, les sociétés D. SA et S. SA estiment qu'il est impératif, pour le respect du droit à l'égalité de traitement, que le pouvoir adjudicateur se prononce sur les mêmes travaux, sur la base des trois offres qui avaient été préqualifiées, le cas échéant indexées vu l'écoulement du temps, en appliquant et respectant simplement les critères prévus. S'agissant du principe de l'interdiction de la division des marchés, les sociétés précitées relèvent que le contenu du lot 180.25 (nouveau) est différent de celui ayant fait l'objet de l'appel d'offres du 18 décembre 1998, ce dernier ayant été amputé d'une bonne partie des travaux initialement prévus et faisant désormais l'objet d'une mise en soumission séparée (lot 183.53) publiée le 18 février 2000. Enfin, elles font observer que les délais prévus dans la nouvelle procédure d'adjudication ne sont pas conformes à ceux de l'ancienne procédure, ce qui aura pour effet d'influencer les offres et de fausser la procédure à leur détriment.
- D. Dans ses observations du 16 août 2000, le BAR propose, sous suite de frais et dépens, principalement, l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, son rejet. Il produit également le dossier de la cause, ainsi que, sous enveloppe fermée, le procès-verbal d'ouverture des offres du 10 août 2000 dont il ressort les noms des entreprises soumissionnaires ainsi que le prix de leur offre. Il demande à ce que cette pièce, qu'il estime confidentielle, soit tenue à l'écart des sociétés D. SA & S. SA. S'agissant de la recevabilité du recours, il prétend que la qualité pour recourir fait défaut au motif que les sociétés précitées n'ont pas participé à la nouvelle soumission et que la participation à la procédure d'adjudication antérieure, qui a été annulée, ne saurait fonder une quelconque qualité pour agir. Pour le reste, il soutient pour l'essentiel que l'annulation de la première procédure d'adjudication par arrêt du 7 avril 2000 permet au pouvoir adjudicateur d'organiser un nouvel appel d'offres dont les critères d'aptitude et le choix de la procédure ont été fixés en

fonction des seules exigences du marché à conclure. A cet égard, il fait remarquer que la planification et l'exécution des ouvrages sont devenues extrêmement urgentes, l'autoroute devant être ouverte le 5 avril 2001, de sorte que les conditions d'exécution ont dû être adaptées et les critères d'aptitude formulés de façon à garantir l'exécution de la commande dans les délais contractuels. En définitive, le BAR soutient que la nouvelle procédure d'adjudication est conforme tant à la situation créée suite à l'arrêt du 7 avril 2000 qu'à la législation régissant les marchés publics. D'après lui, les sociétés D. SA et S. SA doivent s'exposer à nouveau aux mécanismes de la concurrence. Il affirme qu'il est normal, lors d'une procédure de remplacement, que les concurrents connaissent les prix offerts dans le cadre de la procédure antérieure mais que cette connaissance ne porte que sur le prix final et non sur la composition du prix, qui est tenue strictement confidentielle. Pour le BAR, ce qui importe est que l'ensemble des concurrents soit dans la même position, que chacun soit exposé aux mécanismes de la concurrence et que l'égalité des armes soit garantie. En l'occurrence, la concurrence joue d'autant plus que la composition du lot n'est pas la même que dans la première procédure d'adjudication.

- E. Le 2 septembre 2000, les sociétés D. SA & S. SA ont déposé leurs contre-observations, en confirmant les conclusions prises dans leur mémoire de recours. S'agissant de la qualité pour recourir, elles font valoir que tout tiers intéressé à une procédure d'adjudication et qui s'annonce comme tel est habilité à contester tout acte relatif à la procédure en question. En l'occurrence, elles se sont bel et bien annoncées en tant qu'entreprises intéressées au moment de la publication. Pour le surplus, elles affirment en substance qu'il est inexact de prétendre que l'arrêt du 7 avril 2000 a réduit la procédure d'adjudication du lot 180.25 à néant mais que le BAR devait, au regard du principe de la bonne foi et en toute bonne logique, reprendre la procédure en veillant à ne pas commettre les erreurs précédentes. Elles affirment en outre que l'échéance au 5 avril 2001 ne justifie nullement de changer complètement les données de base de la procédure d'adjudication, notamment en ce qui concerne les critères d'adjudication qui ont été complètement modifiés, respectivement dans leur ordre et leur pondération. Elles s'interrogent en particulier sur les motifs qui ont conduit le pouvoir adjudicateur à exiger un capital social de 1'000'000 francs. Pour les intéressées, ce critère a été choisi pour les empêcher de participer à la nouvelle procédure.

Par courrier du 22 septembre 2000, les sociétés D. SA & S. SA ont fait savoir au Tribunal administratif que le marché avait été adjugé à la société ACS SA. Elles font remarquer que cette dernière détient un capital-actions de 100'000 francs, alors que les nouvelles conditions d'adjudication exigeaient que les soumissionnaires disposent d'un capital social de 1'000'000 francs, et que

c'est pour cette raison qu'elles n'ont elles-mêmes pas présenté d'offre. Elles en déduisent qu'elles ont à nouveau été prétéritées et complètement induites en erreur.

En date du 26 septembre 2000, le BAR a informé le Tribunal administratif, que conformément à la décision d'adjudication du 5 septembre 2000, le contrat portant sur le lot 180.25 a été signé avec la société ACS SA, sise à , le 26 septembre 2000. Le prix des travaux s'élève à 2'021'000 francs.

- F. Invité à se déterminer sur le contenu du courrier du 22 septembre 2000, le BAR a expliqué que trois entreprises ont déposé une offre, à savoir A. SA, à , AG, à , et SA, à , et que, A. SA ayant déposé l'offre la plus avantageuse économiquement, le marché lui a été attribué et le contrat conclu avec elle. Il a ajouté que, avant que A. SA ait déposé son offre, il avait reçu un fax l'informant que toute correspondance devait être adressée à ACS SA, et que, pour les besoins de la signature du contrat, A. SA a fait parvenir des procurations. Le BAR a allégué qu'à la suite d'une malencontreuse erreur de transcription, plusieurs documents ont été libellés aux seules coordonnées de ACS SA au lieu de A. SA. Il a affirmé qu'il est toutefois évident que le contrat a été passé avec A. SA et non ACS SA, celle-ci n'ayant pas déposé d'offre et ne pouvant par conséquent être l'adjudicataire. Cette dernière n'est en fait que la représentante de A. SA, qui dispose d'un capital-actions de 37'000'000 francs. En annexe, le BAR a remis un fax du 4 juillet 2000, l'offre déposée par A. SA avec annexes, trois procurations et le contrat d'entreprise.
- G. Par courrier du 19 octobre 2000, le juge délégué à l'instruction a informé la société ACS SA de l'ouverture du recours et lui a imparti un délai pour déposer d'éventuelles observations. Toutefois, il a expressément requis une détermination sur l'allégation du BAR d'après laquelle le marché en cause aurait été adjugé à la société A. SA dont elle ne serait qu'une représentante. Ce courrier n'a reçu aucune suite.
- H. Le 3 novembre 2000, les sociétés D. SA et S. SA ont présenté leur détermination sur les explications susmentionnées. En ce qui concerne la prétendue erreur de transcription ayant conduit à la signature du contrat avec ACS SA en lieu et place de A. SA, elles sont d'avis qu'un tel argument manque visiblement de sérieux et est insoutenable. Elles affirment qu'en l'occurrence, il ne s'agit manifestement pas d'une simple erreur de transcription mais de l'octroi de droits particuliers et importants conférés à deux personnes morales distinctes. Les sociétés D. SA et S. SA relèvent qu'il ressort clairement du dossier que la société ayant répondu à l'appel d'offres

est A. SA et qu'au bout du compte les travaux ont été adjugé à ACS SA, cette dernière étant d'ailleurs clairement partie contractante au contrat signé le 26 septembre 2000. Elles ajoutent que les procurations produites par le BAR à l'appui de son argumentation ne sont d'aucun secours et soutiennent que cet échange de procurations n'est pas juridiquement opérant mais a servi à créer l'apparence d'une réalité juridique. En définitive, les sociétés D. SA et S. SA soutiennent que la confusion des mentions alternatives de A. SA et ACS SA n'est pas fortuite mais constitue un moyen subtil d'obtenir le marché litigieux. Elles signalent encore que A. SA est exclusivement active dans les domaines de la haute tension, de la basse tension et de la gestion d'énergie, domaines n'ayant aucun lien avec le contrôle de trafic routier. En fin de compte, les sociétés D. SA et S. SA exposent que les nouveaux arguments développés par le BAR ne font que confirmer la présence de vices non seulement inadmissibles mais carrément insoutenables qui ont affecté la procédure relative au lot 180.25 (et les lots connexes) depuis le début de la première publication. Face à une illicéité à ce point flagrante, elles demandent au Tribunal administratif de bien vouloir en constater l'existence.

#### **En droit:**

1. Le Tribunal administratif examine d'office la recevabilité des recours dont il est saisi.
  - a) En l'occurrence, le marché à adjuger consiste en la fourniture, la pose et la mise en service d'une installation de signalisation pour un secteur d'une route nationale. Son coût s'élève à plus de deux millions de francs et l'adjudicateur est l'Etat de Fribourg. Il est dès lors soumis à l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2; cf. art. 6 à 8), ainsi qu'à la loi du 11 février 1998 sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1) et aux règles d'exécution contenues dans le Règlement sur les marchés publics du 28 avril 1998 (RMP; RSF 122.91.11).
  - b) Selon l'art. 15 AIMP, les décisions de l'adjudicateur peuvent faire l'objet d'un recours auprès d'une autorité juridictionnelle cantonale. Celle-ci statue de manière définitive. En vertu de l'art. 2 al. 1 LMP, les décisions relatives aux marchés publics sont sujettes à recours au Tribunal administratif.
  - c) A teneur de l'art. 35 RMP, est notamment susceptible de recours l'appel d'offres (lettre b). En l'espèce, le recours est dirigé contre l'appel d'offres publié le 30 juin 2000. Déposé le 10 juillet 2000, le recours l'a été dans le délai et les formes prescrits. Il est donc recevable en la forme.

- d) Selon l'art. 76 let. a du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), a qualité pour recourir quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.

Un appel d'offres peut être contesté au motif qu'il est contraire à la loi, par exemple s'il ne contient pas toutes les indications prévues par la loi ou si les critères d'aptitude ou ceux d'adjudication sont discriminatoires ou contreviennent au principe de proportionnalité ou de rapport direct avec le marché à adjuger (Denis Esseiva, Marchés publics fribourgeois, Réalités pratiques, 1998, p. 24; Message du 28 avril 1995, BL 1995 p. 1549, chiffre 5.2). Toute entreprise ayant ou ayant eu un intérêt à soumissionner et à obtenir le marché et étant ou ayant été lésée par une violation alléguée a un intérêt digne de protection à faire contrôler la légalité de l'appel d'offres.

Dans le cas particulier, les recourantes s'en prennent à l'appel d'offres publié le 30 juin 2000 au motif notamment que les critères d'aptitude choisis n'auraient aucun rapport avec le marché à adjuger et auraient fait obstacle à leur participation à la procédure d'adjudication. Il ne fait dès lors aucun doute qu'elles ont un intérêt à faire contrôler la légalité de l'appel d'offres et, le cas échéant, à obtenir son annulation ou la constatation de son caractère illicite. Partant, la qualité pour recourir doit leur être reconnue.

- e) Il ressort des considérations qui précèdent que, d'une part, la compétence du Tribunal administratif est donnée et que, d'autre part, la qualité pour recourir des recourantes doit être admise.

Il s'ensuit que le Tribunal administratif peut entrer en matière sur les mérites du recours.

2. L'appel d'offres litigieux pose comme critère d'aptitude la détention d'un capital social d'un million de francs.
- a) Le mandat envisagé ne devant être adjugé qu'à celui qui dispose des qualifications nécessaires pour l'exécuter, l'adjudicateur peut exiger des soumissionnaires des preuves attestant leurs capacités sur les plans financier, économique et technique (Peter Gauch et Hubert Stöckli, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, Institut pour le droit suisse et international de la construction 1999 p. 19). La liberté du pouvoir adjudicateur de déterminer les critères d'aptitude est toutefois limitée. Est prohibée, en particulier, la fixation de critères discriminatoires ou qui ne sont pas en rapport direct avec le marché à adjuger. Par exemple, les critères de qualification ne doivent pas être choisis afin d'écartier de prime abord certains soumissionnaires. Ils ne doivent pas non plus violer le principe de la

proportionnalité; autrement dit, l'adjudicateur ne peut exiger que les preuves de capacité nécessaires eu égard à la prestation concernée (Denis Esseiva, Marchés publics fribourgeois, Réalités pratiques, 1998, p. 19 et 20; Peter Gauch et Hubert Stöckli, op. cit., p. 19 et 28).

- b) En l'espèce, on ne voit pas en quoi le fait de posséder un capital social d'un million de francs au moins aurait une influence sur l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le marché en cause. D'ailleurs, la procédure d'adjudication antérieure portant sur le même marché - annulée par arrêt du 7 avril 2000 - n'exigeait pas une telle capacité financière. En d'autres termes, il n'appert pas en quoi le critère d'aptitude litigieux apporterait la preuve des compétences nécessaires des soumissionnaires eu égard au marché à exécuter. L'autorité intimée ne montre pas non plus en quoi l'exécution, dans les délais, du marché en cause serait ainsi garantie. Dès lors, le choix du critère d'aptitude litigieux est illégal. Il tombe sous le sens qu'un capital d'un million de francs peut être libéré de différentes manières, notamment par des apports de machines ou d'autres biens, de sorte que l'exigence de l'adjudicateur concernant un capital minimum est aberrante car elle n'offre même pas la garantie financière alléguée. Des moyens plus simples, non discriminatoires, permettent d'obtenir une véritable garantie de bien facture des travaux et du respect des délais (cf. RFJ 1997 p. 113ss, en particulier p. 118 consid. 4b).
- c) En vérité, la seule justification que l'on puisse trouver à l'exigence du BAR est celle de faire obstacle à la participation de sociétés ne possédant pas un capital social d'un million de francs. Plus précisément, il ne fait aucun doute, compte tenu des précédents de la cause (procédure antérieure d'adjudication annulée sur recours des sociétés D. SA et S. SA), que le but recherché était d'écarter de la procédure d'adjudication litigieuse les sociétés précitées, qui ne possèdent pas le capital social exigé et qui, de ce fait, n'ont effectivement pas déposé d'offres. Un tel comportement est inadmissible. On ne saurait tolérer que, par de pareils artifices - cousus d'ailleurs de fil blanc - un service de l'Etat manipule à sa guise les règles fondamentales de concurrence protégées par la législation sur les marchés publics. La présente affaire va plus loin que la simple erreur d'application de la loi dès lors que le dol n'est pas exclu.
- d) Ce procédé est d'autant plus choquant que l'entreprise à laquelle le marché a été adjugé - et qui, à ce jour, a probablement réalisé les travaux - ne possède pas le capital social exigé par l'appel d'offres litigieux. En effet, tant l'arrêté du Conseil d'Etat du 5 septembre 2000 adjugeant le marché en cause que le contrat d'entreprise du 26 septembre 2000 relatifs au lot 180.25 désignent la société ACS SA, à , comme adjudicataire, respectivement comme partie contractante. Or, cette société possède un capital-actions de 100'000 francs (cf. registre du commerce du canton de ). Ce fait n'a d'ailleurs

pas été contesté par l'autorité intimée. A cet égard, celle-ci explique qu'il s'agit d'une malencontreuse erreur de transcription, que l'offre émane en effet de la société A. SA (qui détient un capital-actions de plus de 30 millions de francs) et que la société ACS SA n'en est qu'une représentante. Toutefois, les procurations produites par l'autorité intimée à l'appui de ses affirmations, ne permettent nullement d'établir l'existence de pouvoirs de représentation entre les deux sociétés.

Compte tenu de tout ce qui précède, il faut constater que le critère d'aptitude litigieux n'a pas de rapport direct avec le marché à adjuger. Dès lors, il est contraire à la loi. Partant, l'appel d'offres est vicié de même que la procédure d'adjudication. Le recours est donc fondé.

3. a) Pour les motifs qui précèdent, le recours doit être admis. Dès lors, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs soulevés par les recourantes.
- b) A teneur de l'art. 18 al. 2 AIMP, si le contrat est déjà conclu et que le recours soit jugé bien fondé, l'autorité de recours constate le caractère illicite de la décision.

En l'espèce, la décision d'adjudication a été prise le 5 septembre 2000 et le contrat d'entreprise conclu le 26 septembre 2000. Par conséquent, l'autorité de céans ne peut que constater que l'appel d'offres et la procédure d'adjudication sont illicites dans le sens des considérants.

- c) Les frais de justice sont, en principe, mis à la charge de la partie qui succombe (art. 131 al. 1 CPJA). Cependant, dans la mesure où l'appel d'offres litigieux concerne une tâche de l'Etat, on doit admettre que les intérêts patrimoniaux de la collectivité publique qui succombe ne sont pas ici en cause et que, par conséquent, cette dernière est exonérée des frais de procédure en application de l'art. 133 CPJA.
- d) En revanche, il lui appartient de verser une indemnité de partie aux recourantes qui ont fait appel aux services d'un avocat pour défendre leurs intérêts (art. 137 CPJA). Le montant de l'indemnité est fixé à 5'554,30 francs comprenant 5'000.- francs d'honoraires, 162.- francs de débours et 392,30 francs de TVA.



**Par ces motifs,  
la Ile Cour administrative  
d é c i d e :**

1. Le recours est admis et il est constaté que l'appel d'offres et la procédure d'adjudication sont illicites.
2. Il n'est pas prélevé de frais de procédure.
3. Une indemnité de 5'554,30 francs, à verser à Me , est octroyée aux sociétés D. SA et S. SA.
4. Le présent arrêt est communiqué:
  - a) aux recourantes, par leur mandataire;
  - b) au Conseil d'Etat;
  - c) au Bureau des autoroutes;
  - d) à ACS SA, pour information;
  - e) à A. SA, à , pour information.

210.2;210.4