

IIème Cour administrative. **Séance du 21 septembre 2001.** Statuant sur le recours interjeté le 5 septembre 2001 (**2A 01 55**) par **X. SA**, à Fribourg, contre la décision rendue le 22 août 2001 par la **Direction des travaux publics; (Marchés publics; critères d'adjudication)**

En fait:

- A. L'Etat de Fribourg a lancé une procédure ouverte d'appel d'offres pour les travaux de terrassement relatifs à la construction d'un parking à trois niveaux pour l'Université et l'Ecole d'ingénieurs de Fribourg, sur le Plateau de Pérolles.

Dans les conditions générales faisant partie des documents d'appel d'offres, le maître de l'ouvrage a fixé les critères d'adjudication parmi lesquels il a indiqué, sous le chapitre "Ressources humaines", que l'organigramme de l'entreprise se verrait attribuer un poids de 2 % et la formation d'apprentis 1 %. Quant à l'encadrement, il a été mentionné que la qualification du responsable du chantier entrerait pour 4 % dans la pondération de l'offre.

Une note entre 0 et 3 était attribuée à chaque chapitre, multiplié par le poids du chapitre (total maximum de 300 points).

- B. Le 22 août 2001, la Direction des travaux publics a attribué le marché au consortium Y.

Il ressort du tableau comparatif des offres établi le 8 décembre 2000 que l'entreprise X. SA vient en seconde position avec un total de 289 points, alors que l'adjudicataire en a obtenu 295.

Bien que X. SA ait présenté l'offre la moins chère (95'551 fr. contre 97'794 pour le consortium Y.), l'avance de 5 points que cette situation lui donnait sur l'adjudicataire a été perdue par l'application d'autres critères.

En particulier, disposant d'un personnel de moins de 20 personnes, l'entreprise n'a obtenu que 2 points au titre de l'organigramme alors que l'adjudicataire, avec plus de 40 personnes, recevait 6 points.

Toujours sous les ressources humaines, X. SA n'a pas obtenu de point au titre de la formation d'apprentis - parce qu'elle n'en forme pas - alors que son concurrent direct réalisait 3 points avec ses 3 apprentis et plus.

Enfin, une des trois personnes désignées comme chef de chantier par X. SA ne dispose pas d'un diplôme ETS alors que tel était le cas chez le concurrent. L'entreprise n'a reçu que 8 points contre 12 pour son concurrent.

- C. Agissant le 5 septembre 2001, l'entreprise X. SA a contesté devant le Tribunal administratif la décision du 22 août 2001 dont elle demande l'annulation, sous suite de frais et dépens. Elle conclut, principalement, à l'adjudication du marché litigieux à son profit et, subsidiairement, à la constatation de l'illicéité de l'adjudication.

A l'appui de ses conclusions, la recourante estime que les critères d'adjudication sont arbitraires ou n'ont pas été correctement appliqués. S'agissant tout d'abord de la formation des apprentis, la recourante se plaint que l'adjudicateur n'ait pas tenu compte du fait que, s'il est vrai qu'elle ne forme pas d'apprentis, elle assume cependant ses responsabilités dans le domaine en formant des chefs de chantier.

Sous l'angle de l'organigramme de l'entreprise, la recourante se plaint d'avoir été injustement mal notée du simple fait qu'elle est une entreprise moyenne. Elle ne voit pas pourquoi elle devrait être moins bien notée que l'adjudicataire pour des raisons d'effectifs. Du moment que la taille de l'entreprise est manifestement suffisante pour faire face aux exigences du marché offert, il n'y pas de raison de favoriser les grandes entreprises.

Enfin, constatant que 4 points lui ont été enlevés parce qu'un des chefs de chantier ne dispose pas du diplôme ETS, la recourante estime que l'autorité n'a pas tenu compte de l'expérience de la personne concernée, ni du fait que les deux autres personnes indiquées - disposant du diplôme ETS - peuvent fonctionner comme chef de chantier et que toutes ces personnes ont les compétences requises pour effectuer le travail. La recourante relève aussi que, dans l'intervalle, elle a engagé un employé au bénéfice d'un diplôme de chef de chantier.

Dans ses observations, l'autorité intimée conclut au rejet du recours.

En droit:

1. a) Déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 2 de la loi sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1).

- b) Selon l'art. 16 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2), le recours devant le Tribunal administratif peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (lettre a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (lettre b). En revanche, le Tribunal administratif ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité.
2. a) L'art. 30 du règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11) prévoit expressément que la formation d'apprentis peut constituer un critère d'adjudication. Il s'agit d'un critère étranger à la soumission (vergabefremdes Kriterium) expressément reconnu par le législateur, comme l'est également l'écologie.

La compatibilité de tels critères avec la règle générale qui veut que le marché soit attribué à l'offre économiquement la plus favorable est controversée (cf. DC 2/2000 p. 57-59). Il est cependant défendable de considérer que l'entreprise qui assure la formation d'apprentis perd pour cette raison son efficacité maximale et, partant, un peu de sa capacité de concurrence vis-à-vis des entreprises qui ne se soucient pas de former des jeunes. Le raisonnement qui vise à corriger cette légère distorsion de concurrence peut s'inscrire dans les considérations économiques qui président à l'attribution des marchés publics. L'Etat, lié par l'intérêt public, ne peut pas être forcé de participer à la raréfaction des places d'apprentissage en favorisant les entreprises sans apprentis alors que la distorsion de concurrence peut être corrigée en rétablissant la balance en faveur des entreprises actives dans ce domaine. Les préoccupations de promotion de l'intérêt public ont leur place dans le cadre des marchés publics si les critères de transparence, de non-discrimination et d'objectivité sont respectés (cf. au niveau européen, arrêt de la Cour de justice du 26 septembre 2000 dans l'affaire C-225/98, Commission c. France).

Pour être admissible, le critère d'adjudication relatif à la formation d'apprentis ne peut avoir qu'une importance secondaire. Il ne sert pratiquement qu'à départager deux concurrents dont les offres sont équivalentes (DC 2/2000 p. 59). Dans ce sens, la priorité reste aux considérations purement économiques; un soumissionnaire ne doit pas perdre un marché en raison du critère en cause si, par ailleurs, la supériorité de son offre était sensible sur le plan économique. Le critère de la formation d'apprentis ne peut donc pas se trouver en contradiction avec un des buts fondamentaux du droit des marchés publics, celui de l'économie des deniers publics (art. 1 al. 2 let. d AIMP). Ce n'est qu'à prestations quasi équivalentes que le critère de la formation des apprentis peut jouer un rôle, étant entendu que le principe de la transparence doit être respecté et que, par conséquent, tous les

soumissionnaires sont informés de cette situation au moment de déposer leur offre.

- b) En l'espèce, le critère de la formation des apprentis a été appliqué correctement. Il a été mentionné en tant que tel dans les documents d'appel d'offres et son importance est limitée à un maximum de 3 points sur 300. Il n'a donc, à juste titre, qu'une valeur d'appoint permettant de départager des offres équivalentes.

La recourante ne remet pas en cause le principe de l'utilisation du critère, mais estime que l'interprétation faite par l'adjudicateur est trop restrictive et qu'il conviendrait de tenir compte également des efforts de formation qu'elle fait pour les chefs de chantier. Ces efforts seraient équivalents à la formation d'apprentis.

On peut discuter si, au lieu de s'arrêter à la formation d'apprentis stricto sensu, l'adjudicateur ne serait pas autorisé à fixer de manière plus large ce critère dans les documents d'appel d'offres en tenant compte, de manière générale, de tous les efforts des entreprises accomplis dans le domaine de la formation. La question n'est cependant pas là.

Il faut constater en effet qu'en l'occurrence, l'adjudicateur n'a pas voulu aller au-delà de la prise en considération des apprentis. Le critère utilisé est précis et ne concerne qu'une catégorie spécifique d'employés. Il tombe sous le sens que les maçons envoyés par la recourante pour suivre une formation de chefs de chantier ne relèvent pas de cette catégorie d'employés; par conséquent, l'autorité intimée n'a pas violé les règles d'adjudication en constatant que la recourante ne forme pas d'apprentis.

Cette légère préférence donnée aux entreprises formant des apprentis n'est pas discriminatoire, non objective ou contraire au principe de la transparence. C'est donc à juste titre que l'adjudicateur a donné trois points à l'adjudicataire et 0 point à la recourante.

3. La recourante conteste le fait de n'avoir pas reçu le maximum de points au titre de la qualification du responsable du chantier. Elle estime que, même si L. P. ne possède qu'un CFC de dessinateur en génie civil et béton armé, son expérience est telle qu'il serait arbitraire de ne pas considérer qu'il a les mêmes qualifications qu'un titulaire du diplôme ETS. La recourante fait valoir en outre que les directeurs de X. SA ont les diplômes de chefs de chantier et que, dans l'intervalle, une autre personne a été engagée avec les mêmes qualifications.

Ces critiques ne sont pas fondées. Il ressort clairement de l'organigramme produit par la recourante dans le cadre de son offre que l'engagement de L. P. comme chef de chantier était prévu par l'entreprise. On ne s'explique pas autrement pourquoi le curriculum vitae de cette personne aurait été déposé. L'autorité intimée n'a donc pas constaté des faits non avérés ou faux en retenant qu'un chef de chantier ne disposait pas d'une formation ETS ou supérieure. Par ailleurs, le procédé consistant à déterminer la qualification du personnel en fonction des diplômes dont il dispose n'est pas arbitraire et rien n'oblige l'adjudicateur à tenir compte en plus des années d'expérience des intéressés ou d'un éventuel parcours professionnel spécial. Cela est d'autant plus vrai dans une procédure d'appel d'offres à laquelle de nombreuses entreprises participent et où l'examen de la situation particulière de chaque employé des soumissionnaires représenterait une charge disproportionnée pour l'adjudicateur. De plus, en renonçant à établir la qualification en fonction des diplômes sous prétexte que les intéressés ont une expérience équivalente, on court le risque d'introduire un élément subjectif indésirable dans la mise en concurrence des entreprises et de porter préjudice à celles qui engagent les collaborateurs les mieux formés.

L'adjudicateur n'a donc pas violé la loi en constatant que L. P. ne dispose pas d'un diplôme ETS ou supérieur et en attribuant les points en conséquence.

Le fait que les directeurs de X. SA disposent du diplôme en cause ne change rien au fait que L. P. ne l'a pas et qu'il était prévu comme chef de chantier. La recourante ne peut pas reprocher à l'adjudicateur d'avoir tenu compte des indications qu'elle a elle-même données.

Quant au fait que, dans l'intervalle, la recourante ait engagé un collaborateur supplémentaire disposant aussi du diplôme, il faut constater qu'il n'a pas été communiqué à l'adjudicateur et que, de toute manière, cet engagement est intervenu après le dépôt de l'offre. De plus, la recourante ne prétend pas avoir changé son projet et que L. P. ne serait plus chargé du chantier comme initialement prévu.

On ne peut donc pas reprocher à l'adjudicateur d'avoir donné 8 points sur 12 à la recourante au titre de la qualification du responsable du chantier.

4. Il apparaît ainsi que par l'application des critères de la formation des apprentis et de la qualification du responsable du chantier, la recourante a obtenu 7 points de moins que l'adjudicataire. Ce faisant, elle a perdu l'avance de 5 points qu'elle tirait de la faible différence de coût et ne peut plus prétendre à l'adjudication.

Il est ainsi inutile d'examiner si, en plus, le fait de disposer d'un effectif de moins de 20 personnes justifiait de donner moins de points à la recourante qu'au consortium adjudicataire; même si la recourante avait obtenu à ce poste le maximum de points, comme son concurrent, elle ne serait de toute manière pas parvenue à le dépasser.

5. Mal fondé, le présent recours doit être rejeté.

Il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 CPJA.

Pour les mêmes motifs, la recourante n'a pas droit à une indemnité de partie.

210.5