

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

IIe COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 2 octobre 2007

Statuant sur le recours interjeté le 10 octobre 2001
(2A 01 72)

par

X. SA, devenue **X. SA**, représentée par son administrateur Y.,

contre

la décision rendue le 28 septembre 2001 par le **Département des ponts et chaussées** (actuellement Service des ponts et chaussées);

(Marchés publics)

C o n s i d é r a n t :

En fait:

- A. Par avis publié dans la Feuille officielle du canton de Fribourg des 18 et 25 mai 2001, le Département des ponts et chaussées a lancé une invitation à participer à la procédure sélective concernant l'attribution d'un mandat de planification et de coordination générale (lot A) pour l'aménagement de la route cantonale B 140 Romont – Vaulruz.
- B. Le 26 juillet 2001, le consortium Concept – lot A, composé de 5 partenaires dont X. SA, a déposé son dossier de pré-qualification spécifique.
- C. Par décision du 28 septembre 2001, le Département des ponts et chaussées a informé le consortium Concept – lot A qu'il n'avait pas été retenu pour la suite de la procédure.
- D. Le 10 octobre 2001, X. SA a contesté cette décision devant le Tribunal administratif, en précisant qu'elle agissait en son nom propre et non au nom du groupement. Elle conclut implicitement à l'annulation de la décision querellée. Elle requiert également que son recours soit doté de l'effet suspensif et que les résultats des évaluations des bureaux retenus lui soient communiqués. En substance, la recourante prétend que la procédure à suivre devait être celle du règlement SIA 142 sur les concours d'architecture et d'ingénierie. Ce règlement fixe les règles qui garantissent la compétence du jury par une majorité de membres professionnels et son indépendance en considérant que la moitié d'entre eux doivent être indépendants du maître de l'ouvrage. Tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque c'est la collectivité publique qui statue elle-même. L'indépendance du jury n'est dès lors pas assurée et la procédure doit être annulée.
- E. L'autorité intimée a déposé ses observations le 25 octobre 2001. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours et de la demande d'effet suspensif. Elle allègue tout d'abord que le choix de la procédure sélective, publié dans la feuille officielle du canton de Fribourg des 18 et 25 mai 2001, n'a pas été attaqué par un recours et est donc valable. Elle souligne ensuite qu'il ne s'agit pas d'un cas d'application de l'art. 48 du règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11), ni d'un concours

selon le règlement SIA 142, mais d'un marché public de services mis en appel d'offres selon la procédure sélective au sens des art. 12 al. 1 let. b de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2). Enfin, elle tient à préciser que la notation relève de l'appréciation du maître de l'ouvrage et qu'il s'agit, à son avis, d'une question d'opportunité.

- F. Le 8 novembre 2001, la recourante a déclaré qu'elle maintenait son recours, mais qu'elle retirait sa demande d'effet suspensif.

En droit:

1. Le Tribunal administratif examine d'office la recevabilité des recours dont il est saisi.
 - a) 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.

L'intérêt au recours n'est digne de protection que s'il est propre ou personnel au recourant. Selon une formule consacrée, celui qui recourt doit être atteint par la décision attaquée "dans une mesure plus grande que la généralité des administrés" et son intérêt se trouver dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération avec l'objet du litige. Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt général, dans l'intérêt de la loi ou d'un tiers est en revanche irrecevable. En outre, l'intérêt du recourant n'est digne de protection que s'il est actuel et pratique, c'est-à-dire si sa situation de fait ou de droit est susceptible d'être influencée par l'issue du recours. L'admission du recours doit donc lui procurer un avantage ou supprimer un inconvénient de nature matérielle ou idéale. En d'autres termes, l'intérêt digne de protection consiste, sous cet aspect, en l'utilité pratique que le succès du pourvoi constituerait pour le recourant. Il fait défaut lorsque sont en jeu des questions purement abstraites, des problèmes d'intérêt théorique ou lorsque le pourvoi est dirigé uniquement contre les motifs de la décision (B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 350-351 et références citées).

- b) En l'espèce, il faut tout d'abord relever que la recourante a changé de raison sociale et de siège depuis l'introduction du recours. Ces modifications n'ont toutefois pas d'influence sur le présent litige, puisque l'administrateur qui a

signé le recours a toujours cette fonction dans la société et peut représenter cette dernière par sa signature individuelle.

- c) Dans le cadre de la procédure de soumission, la recourante était membre du consortium Concept – lot A. Un consortium est organisé comme une société simple au sens des art. 530 ss du code des obligations (CO; RS 220). Il en résulte qu'en principe le recours devrait être introduit par tous les membres en commun ou individuellement ou par le ou les associés qui agissent en vertu d'un pouvoir de représentation (art. 543 al. 2 CO; J.-B. ZUFFEREY/ C. MAILLARD/ N. MICHEL, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, p. 135). Toutefois, selon la jurisprudence, un ou quelques membres d'un consortium soumissionnaire ont qualité pour recourir seuls contre une décision d'adjudication rejetant l'offre du consortium, car ils sont touchés par la décision de rejet de l'offre et ont un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision qui affecte les droits et intérêts de la société simple. La décision contestée prive définitivement le consortium de l'adjudication du marché. Inversement, une admission du recours bénéficie directement à tous les autres membres du consortium. Il faut cependant réserver le cas où un ou plusieurs membres auraient quitté le consortium, auraient expressément approuvé la décision d'adjudication litigieuse et se seraient à ce point distancés du recourant qu'ils auraient ainsi manifesté ne plus avoir l'intention d'exécuter le marché en consortium si celui-ci devait leur être attribué à l'issue du recours (Décision de la commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 30 août 2000, JAAC 65.12; du 16 août 1999, JAAC 64.29).

Dans le cas particulier, la recourante précise expressément qu'elle agit seule et pas au nom du groupement. La position des autres membres du consortium n'est pas connue par l'autorité de céans. Toutefois, au vu du temps écoulé, il paraît évident que le groupement n'est plus formé. Au surplus, la recourante a retiré sa demande d'effet suspensif, acceptant ainsi que la procédure se poursuive. Il semble donc que la recourante ait totalement renoncé au marché. On peut dès lors douter de l'existence d'un intérêt dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération avec l'objet du litige. Il semblerait plutôt que la recourante agit dans l'intérêt général et notamment dans le but de clarifier la doctrine, comme elle le mentionne d'ailleurs dans ses écritures. Or, un recours introduit dans l'intérêt général doit être déclaré irrecevable.

- d) Nonobstant les considérations qui précèdent, la question de la qualité pour recourir peut, en l'espèce, rester ouverte, dans la mesure où le recours est de toute façon manifestement mal fondé.

- e) Pour le reste, la décision querellée est sujette à recours en vertu de l'art. 15 al. 1^{bis} let. c AIMP. En outre, le recours a été formé dans le délai et les formes prescrits (art. 2 de la loi sur les marchés publics; LMP; RSF 122.91.1 et art. 15 al. 2 AIMP).

Partant, le Tribunal administratif peut entrer en matière sur ses mérites.

2. 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, à défaut d'habilitation légale expresse, le Tribunal administratif ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité (art. 16 al. 2 AIMP).
3. a) La motivation du recours repose sur le fait que la procédure à suivre devait s'inspirer de celle d'un concours et que, dès lors, les dossiers auraient dû être évalués par un jury indépendant.
- b) Conformément à l'art. 12 AIMP, sont applicables les procédures de mise en concurrence suivantes :
- a) *la procédure ouverte : l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu. Chaque soumissionnaire peut présenter une offre ;*
- b) *la procédure sélective : l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché prévu. Chaque candidat peut présenter une demande de participation. L'adjudicateur détermine, en fonction de critères d'aptitude, les candidats qui peuvent présenter une offre. Il peut limiter le nombre de candidats invités à présenter une offre s'il n'est pas compatible avec un fonctionnement efficace du mécanisme d'adjudication des marchés. Une concurrence réelle doit cependant être garantie ;*
- b^{bis}) la procédure sur invitation : l'adjudicateur invite des soumissionnaires à présenter une offre dans un délai donné, sans publication. L'adjudicateur doit si possible demander au moins trois offres ;*
- c) *la procédure de gré à gré : l'adjudicateur adjuge le marché directement à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres.*
- 2 ...
- 3 *Les concours d'études ou les concours portant sur les études et la réalisation doivent respecter les principes du présent accord. Pour le*

surplus, l'organisateur peut se référer aux règles établies par les organisations professionnelles concernées, dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux principes du présent accord.

Le concours n'est pas une institution propre au droit des marchés publics puisqu'il préexistait à son entrée en vigueur et continue à exister en droit privé. De manière traditionnelle, le concours se dit d'une procédure au cours de laquelle un organisateur (p. ex. un maître d'ouvrage) met en compétition des concurrents (p. ex. des maîtres d'œuvre) sur la base de prestations que ceux-ci lui fournissent (en particulier des idées ou des projets) en l'échange d'une promesse de récompense (prix et éventuellement contrat) conformément à un cahier des charges (programme) (J. DUBEY, Le concours en droit des marchés publics, Fribourg 2005, p. 6, n. 6). Compte tenu de la nature particulière du concours, la législation sur les marchés publics n'impose pas cette procédure aux pouvoirs adjudicateurs. Toutefois, selon les derniers développements doctrinaux, la procédure de concours devrait être obligatoire pour passer des marchés portant sur des prestations de conception, mais elle devrait en même temps être réservée à la passation de tels marchés (DUBEY, p. 201, n. 568; D. ESSEIVA, Concours et marchés publics, in: Journées du droit de la construction, Fribourg 2003, p. 219).

Dans le cas d'espèce, le marché en question concerne le réaménagement de la route cantonale entre Romont et Vaulruz. Le mandat en soumission porte sur la planification et la coordination des études de l'ensemble du tracé. Cela comprend les prestations suivantes: études générales de tracé, de trafic et circulation, étude ou notice d'impact sur l'environnement, définitions des mesures d'accompagnement, coordination de l'élaboration du dossier de mise à l'enquête, définition des étapes et des priorités d'aménagement. Il ne s'agit donc manifestement pas de prestations de conception, nécessitant l'organisation d'un concours.

- c) La recourante invoque en vain l'art. 48 RMP qui prévoit que la construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art fait en principe l'objet d'un concours (al. 1).

En effet, le cas d'espèce ne concernant clairement pas la construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art, mais un marché de services portant sur le réaménagement d'une route, cet article ne s'applique pas.

- d) Il résulte de ce qui précède que le pouvoir adjudicateur n'a pas violé le droit en choisissant la procédure sélective. Au demeurant, pour contester le choix de la procédure, la recourante aurait dû recourir contre l'appel d'offre publié dans la feuille officielle des 18 et 25 mai 2001. Une telle contestation dans le

cadre d'un recours contre la décision de non-qualification pour la suite de la procédure est manifestement tardive.

La recourante critique en outre l'absence de jury indépendant. Or, dans une procédure sélective, l'adjudicateur n'a pas besoin de faire appel à un jury indépendant. Il doit lui-même évaluer les dossiers sur la base des critères préalablement déterminés en respectant le principe de la transparence. A ce sujet, force est de constater que la recourante ne conteste pas les critères d'aptitude retenus et l'évaluation qui a été faite de son dossier. Ce grief doit ainsi également être rejeté.

4. a) Au vu des considérants qui précèdent, le recours est manifestement mal fondé et doit dès lors être rejeté, dans la mesure où il est recevable.
- b) Vu l'issue du recours, les frais de procédure doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe, conformément à l'art. 131 CPJA et aux art. 1 et 2 du Tarif du 17 décembre 1991 sur les frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (RSF 150.12).

210.2;210.7