

# TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

II<sup>e</sup> COUR ADMINISTRATIVE

**Séance du 3 mars 2004**

Statuant sur le recours interjeté le 22 septembre 2003  
**(2A 03 113)**

par

**la société X**, à Y., représentée par Me B., avocat à Fribourg,

contre

la décision rendue le 8 septembre 2003 par le **Conseil d'Etat du canton de Fribourg**, par laquelle il a interrompu la procédure d'adjudication initiée le 12 avril 2003 par les Etablissements de Bellechasse par appel d'offres et ordonné sa répétition;

**(Marchés publics / interruption  
et répétition de la procédure d'adjudication)**

## **Considérant :**

### **En fait:**

- A. Par publication dans la Feuille officielle no 15 du canton de Fribourg du 12 avril 2002, le Conseil d'Etat du canton de Fribourg a mis en soumission, selon la procédure ouverte, l'achat d'une moissonneuse-batteuse pour les Etablissements de Bellechasse.

Les documents d'appel d'offres envoyés aux soumissionnaires précisait les critères d'aptitude et d'adjudication des offres. Pour ces derniers, l'adjudicateur a retenu comme prépondérant le facteur prix (45%) par rapport aux autres critères: service après-vente 25%, mécaniciens spécialisés 10%, délai de livraison 10%, assurance qualité 5%, formation d'apprentis 5%. Les critères techniques fixés pour l'achat de la moissonneuse-batteuse neuve prévoyait notamment une puissance minimum de 280 CV.

- B. Le 21 mai 2002, la société X. a déposé sa soumission pour une moissonneuse-batteuse NEW HOLLAND CX 780 avec une puissance du moteur de 281 CV (207 kW) pour un prix global net de Fr. 360'000.-.

Trois autres offres ont été déposées mais seule celle de X remplissait tous les critères techniques requis, raison pour laquelle les Etablissement de Bellechasse ont proposé d'exclure les autres soumissions et d'adjuger le marché à la société X bien que, selon le tableau des critères d'aptitude et d'adjudication, elle ne se situe qu'en troisième position en raison du coût plus élevé de la machine et de l'absence de mécaniciens spécialisés.

- C. Le 8 septembre 2003, le pouvoir adjudicateur a décidé d'interrompre la procédure d'adjudication du 12 avril 2002 et de la répéter au motif qu'aucune des moissonneuses-batteuses proposées par les soumissionnaires ne remplissaient les critères techniques fixés.

- D. Le 22 septembre 2003, la société X a recouru devant le Tribunal administratif contre la décision du 8 septembre 2003. Elle conclut à l'annulation de celle-ci et à la reprise de la procédure d'adjudication, sous suite de frais et dépens. Elle requiert par ailleurs un nouveau délai pour actualiser son offre et l'octroi de l'effet suspensif au recours.

A l'appui de ses conclusions, la recourante fait valoir en substance une absence de justes motifs au sens de l'art. 34 du règlement sur les marchés publics. La machine qu'elle propose répond entièrement aux critères techniques fixés. Aussi, rien ne justifie l'interruption et la répétition de la procédure de soumission.

E. Dans ses observations du 6 octobre 2003, le Conseil d'Etat conclut au rejet du recours. Il relève que la puissance du moteur exprimée en ECE ne tient pas compte de la puissance du ventilateur. Or, une puissance insuffisante joue un rôle important et peut justifier de refuser la machine proposée. Par ailleurs, l'offre de la recourante dépasse de Fr. 10'000.- le devis de l'achat. Par surabondance, il allègue que les spécifications techniques formulées par le pouvoir adjudicateur étaient si nombreuses qu'elles ont eu pour conséquence qu'aucune réelle concurrence n'a pu être réalisée. Cette circonstance justifierait l'interruption de la procédure.

F. Dans ses contre-observations du 23 octobre 2003, la recourante conteste totalement le fait que la puissance du moteur soit insuffisante. Dès lors que la norme de mesure n'était pas spécifiée dans le dossier technique, elle en a conclu qu'il s'agissait de la puissance brute. Exiger une norme particulière reviendrait à modifier ce critère, en violation du principe de la transparence. Quant au prix, la recourante rappelle qu'aucune réserve sur une limite supérieure du prix n'a été émise.

Selon elle, une représentation de quatre marques sur neuf est suffisante pour valider la procédure de soumission.

Invités à se déterminer sur la question de la force du moteur, les Etablissements de Bellechasse sont d'avis que la puissance offerte par la machine litigieuse suffit largement à remplir le rôle qui lui est destiné. Elle dépasse de loin la norme des machines actuellement utilisées en Suisse. Par ailleurs l'engin est doté d'un système "Powerboost" qui assure 25 chevaux supplémentaires en cas de besoin; cette réserve n'est pas comptée dans la puissance indiquée par le fournisseur.

#### **En droit:**

1. a) Le marché litigieux est un marché de fournitures au sens de l'art. 6 al. 1 let. b de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2), en l'espèce, les valeurs seuils fixées par l'art. 7 al. 1 let. b AIMP qui renvoie à

l'annexe II sont atteintes. Il est dès lors soumis à l'AIMP et aux règles d'exécution contenues dans le règlement sur les marchés publics du 28 avril 1998 (RMP; RSF 122.91.11).

- b) Déposé dans le délai et les formes prescrits aux art. 15 et 16 AIMP, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 2 de la loi sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1).
- c) Selon l'art. 16 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 en l'espèce le grief d'inopportunité.

S'agissant de marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation lors de l'adjudication. L'appréciation de l'autorité judiciaire ne saurait donc se substituer à celle de l'adjudicateur. Partant, le Tribunal administratif ne peut revoir l'appréciation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication qu'avec une retenue particulière, parce qu'une telle appréciation suppose souvent des connaissances techniques, qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres soumises par les soumissionnaires et qu'elle comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur. Sur ce point, le pouvoir d'examen du Tribunal administratif est pratiquement restreint à l'arbitraire. Comme en matière d'examens, l'autorité judiciaire se bornera, le plus souvent, à vérifier que les règles de procédure relatives à la passation du marché public en question ont été respectées (ATF 125 II 98/99).

- 2. a) Aux termes de l'art. 13 let. b AIMP, les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir le recours à des spécifications techniques non discriminatoires.

En vertu de l'art. 16 RMP, l'adjudicateur précise les spécifications techniques exigées dans les documents d'appel d'offres. Celles-là:

- a) *décrivent plutôt les propriétés d'emploi du produit que sa construction;*
- b) *sont définies sur la base de normes internationales et, en leur absence, des normes techniques appliquées en Suisse.*

<sup>2</sup> *Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs de produits ou de services déterminés, à moins qu'il n'existe*

*pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que "ou l'équivalent" figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres.*

<sup>3</sup> *Si un soumissionnaire s'écarte de ces normes, il doit démontrer l'équivalence de ces spécifications techniques.*

<sup>4</sup> *Les adjudicateurs ne doivent pas solliciter ni accepter, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, des avis pouvant être utilisés pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé, de la part d'une société qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché.*

- b) Selon la jurisprudence, les spécifications techniques requises par l'autorité adjudicatrice doivent être en relation stricte avec la prestation recherchée et elles ne doivent pas être utilisées dans le but de favoriser ou d'exclure un soumissionnaire ou un concept particulier sans justification matérielle (DC 2/2001 p. 65). Le pouvoir adjudicateur ne doit pas formuler les spécifications techniques de manière à donner la préférence de manière ciblée à certains soumissionnaires ou certaines prestations (JAAC 66.39 consid. 5b).

En règle générale, les offres qui ne correspondent pas aux conditions de l'appel d'offres doivent être écartées. Il faut toutefois réserver l'hypothèse où aucune des offres ne remplit entièrement les spécifications techniques du cahier des charges, sans que les divergences par rapport aux exigences du pouvoir adjudicateur ne soient telles que l'objet du marché ne puisse être acquis. Dans un tel cas, la latitude de jugement du pouvoir adjudicateur lui permet de donner la priorité aux spécifications techniques permettant de remplir la tâche de base à laquelle sera assigné l'objet du marché par rapport aux autres spécifications qui constituent des options supplémentaires non indispensables (DC 2/2000 p. 56).

La question de savoir si une offre remplit ou non, de manière suffisante ou insuffisante et à quel degré les conditions de l'appel d'offres, les spécifications techniques et les divers critères d'adjudication relèvent de l'appréciation des offres par le pouvoir adjudicateur et, en cas de recours, de l'examen du fond. Le fait de ne pas remplir (totalement) une condition de l'appel d'offres sur un point mineur de la définition de l'objet du marché entraîne uniquement une pénalité correspondante dans l'évaluation de l'offre au regard des critères d'adjudication, alors que l'offre incomplète ou ne correspondant pas aux conditions de l'appel d'offres doit en principe être exclue. La Commission de recours fait preuve de retenue, lorsqu'il s'agit de prendre en compte des problèmes de nature essentiellement technique et de trancher de pures questions d'appréciation. Ce n'est que si des faits pertinents pour l'issue du litige restent insuffisamment éclaircis au terme de

l'instruction du recours et que les connaissances spéciales d'un spécialiste permettraient de les élucider, qu'une expertise peut être envisagée (JAAC 2002, no 66.54, consid. 5a p. 646/7 et 8a p. 650).

- c) En l'occurrence, la recourante a mentionné avoir été surprise de voir un dossier de soumission aussi compliqué et détaillé pour un marché portant sur un produit fini. Toutefois, elle a réussi à proposer un objet qui remplissait tous les critères techniques fixés par le pouvoir adjudicateur. Quant aux autres soumissionnaires, ils ne se sont pas plaints que les critères techniques étaient discriminatoires. Même si seule une proposition a pu être retenue sur le plan technique, les renseignements pris auprès d'autres marques non représentées dans la présente procédure ont montré que d'autres machines que celle de la recourante remplissaient également les critères techniques requis. Dès lors, on peut déjà en conclure que les critères techniques posés, cela n'est d'ailleurs pas contesté, ne sont pas discriminatoires.

S'agissant du critère technique litigieux, à savoir la puissance du moteur, le dossier technique requérait une puissance minimum de 280 CV, sans préciser la norme de mesure utilisée, ni même s'il s'agissait d'une puissance nette ou brute. La machine proposée par la recourante a une puissance brute de 281 CV selon la norme ISO.

Les normes pour mesurer la puissance de moteurs sont au nombre de sept (ECE, ISO, DIN, OECD, ASAE, TIR, BHP). Les différences entre les normes tiennent essentiellement à la composition du calcul, certaines normes incluent certains facteurs que d'autres n'intègrent pas, p.ex. ventilateur. La comparaison des différentes normes ne peut dès lors se faire que par mesure et non par calcul.

Même si la puissance du moteur est sans aucun doute une spécification technique permettant de remplir la tâche de base à laquelle sera assignée la moissonneuse-batteuse, l'autorité intimée ne peut décider unilatéralement, a posteriori, alors que l'appel d'offres n'avait fait l'objet d'aucune opposition, et sans en référer aux principaux intéressés, en particulier les Etablissements de Bellechasse, que l'ECE sera la seule et unique norme de référence, alors même que celle-ci n'avait pas été précisée dans le dossier technique et qu'il en existe sept différentes. Cette manière de procéder est contraire au principe de la transparence. Elle ne peut pas davantage rejeter l'offre de la recourante en invoquant pour seul motif une insuffisance de la puissance du moteur selon la norme ECE lorsque cette même puissance répond aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur selon une autre norme de mesure et qu'elle a été jugée largement suffisante par l'utilisateur.

Dans le cas d'espèce, il y a lieu d'admettre que la proposition faite par la recourante remplit tous les critères techniques requis. Si le pouvoir adjudicateur désirait une puissance minimale de 280 CV ECE, il se devait de le préciser clairement dans le cahier des charges ou cas échéant de mentionner une puissance plus élevée incluant une certaine marge de puissance au cas où l'offre, comme dans le cas présent, aurait été présentée dans une autre norme de mesure que celle attendue. Cette obligation lui incombait d'autant plus qu'il attache beaucoup d'importance à ce critère technique au point de considérer l'offre de la recourante insatisfaisante du seul fait que la machine proposée n'a apparemment pas la puissance souhaitée à quelques chevaux ECE près.

3. a) Selon l'art. 34 al. 1 RMP, *l'adjudicateur peut interrompre ou répéter la procédure pour de justes motifs, notamment dans les cas suivants:*
- a) *aucune offre satisfaisant aux exigences techniques et aux critères définis dans les documents d'appel d'offres ou dans l'appel d'offre n'a été remise;*
  - b) *les offres déposées ne permettent pas de garantir une concurrence efficace;*
  - c) *en raison de modifications des conditions cadres ou marginales, des offres plus avantageuses sont attendues du fait de la disparition de distorsions de concurrences;*
  - d) *une modification importante du marché a été nécessaire;*
  - e) *il ne dispose pas du financement suffisant pour adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse.*
- b) Selon la jurisprudence, il n'existe en principe de justes motifs d'interruption de la procédure qu'en présence de circonstances non prévisibles et objectivement importantes, cela au point que la poursuite de la procédure de passation du marché apparaît comme ne pouvant pas être imposée à l'adjudicateur (DC 2/2000 p. 60). La Commission fédérale de recours en matière de marchés publics va jusqu'à exiger que l'autorité adjudicatrice démontre un intérêt public suffisant pour justifier l'interruption de la procédure d'adjudication (JAAC 2003 no 67.67 p. 633). C'est cet intérêt public qui ne doit pas être prévisible pour le mandant lors de l'ouverture de la procédure (JAAC 2002 no 66.39 p. 419).

Le but de toute procédure de soumission ne peut être atteint que sur la base d'une réelle mise en concurrence. Si elle fait défaut parce qu'un nombre insuffisant d'offres a été déposé, l'entité adjudicatrice doit pouvoir interrompre la procédure. La question de savoir à partir de quand la concurrence n'est

plus effective dépendra de l'ensemble des circonstances, notamment du nombre et de la qualité des offres ainsi que de l'existence d'éventuelles ententes entre les soumissionnaires. Dans ce cas, l'interruption de la procédure était justifiée, dès lors que sur cinq soumissionnaires, un seul avait déposé une offre qui se situait environ au double de la valeur estimée du marché (DC 2/2000 p. 60). L'intérêt public à une concurrence accrue grâce à un nombre de soumissionnaires prévisiblement plus élevé et, partant, à une adjudication aussi économique que possible l'emporte sur l'intérêt de la recourante à poursuivre la procédure, respectivement préserver ses chances d'obtenir le marché (JAAC 2003 no 67.67 p. 634).

- c) En l'espèce, l'autorité intimée justifie - après coup - l'interruption de la procédure non seulement par le fait que la machine proposée par la recourante ne remplit pas les critères techniques requis, mais également parce que, selon elle, le nombre d'offres déposées ne permet pas de garantir une concurrence efficace.

Il n'y pas lieu de revenir sur la question des critères techniques, la puissance du moteur étant au demeurant largement suffisante (cf. consid. 2 ci-dessus).

Pour le reste, le marché litigieux est exigeant dans la mesure où il est demandé que la machine puisse être utilisée pendant environ vingt ans. Sur neuf marques de moissonneuses-batteuses représentées et vendues en Suisse, quatre ont été proposées à l'adjudicateur, soit une proportion de 45%. Ainsi contrairement à ce que prétend le Conseil d'Etat dans ses observations au recours, la concurrence entre les soumissionnaires a pu jouer. Au demeurant, il n'a pas retenu ce moyen pour justifier sa décision d'interrompre et de répéter la procédure d'adjudication. Enfin, le Conseil d'Etat - toujours dans le cadre de l'échange des écritures - estime que les critères techniques ciblés étaient de trop haut niveau au point qu'aucune concurrence sérieuse n'a pu être réalisée. Il perd de vue qu'en sa qualité de pouvoir adjudicateur, c'est à lui que revient en dernier lieu la responsabilité de fixer le dossier de soumission et, en particulier les critères d'adjudication. Sans la mettre directement en cause, le Conseil d'Etat invoque en réalité des exigences techniques démesurées imposées par la Direction des Etablissements de Bellechasse qui aurait surestimé les besoins. Un tel argument, qui se réfère au comportement de son auxiliaire, n'est bien évidemment pas acceptable. De plus, ce dernier a pris soin de demander l'avis de la FAT qui a trouvé la solution choisie judicieuse, compte tenu des besoins et, en particulier, de la durée de vie exigée pour une telle machine (vingt ans). Le Conseil d'Etat, par la Direction de la sécurité et de la justice, ne pouvait ignorer ces faits lorsqu'il a décidé d'ouvrir la procédure d'adjudication. Les entreprises invitées, de bonne foi, à soumissionner n'ont pas à subir les conséquences d'une prétendue mauvaise appréciation des

critères techniques par le pouvoir adjudicateur, ce dernier ayant lancé l'appel d'offres sans formuler aucune réserve.

Finalement, la Cour constate que le pouvoir adjudicateur a lancé l'appel d'offre sans fixer une limite supérieure de prix et l'offre de la recourante est supérieure de 10'000 francs au devis, soit une augmentation de seulement 2,9%. L'autorité intimée ne saurait dès lors se prévaloir de la jurisprudence précitée (DC 2/2000 p. 60). La décision entreprise ne retient d'ailleurs pas ce moyen.

Dans ces conditions, ne pouvant pas faire valoir un juste motif, le Conseil d'Etat a violé l'art. 34 RMP en décidant d'interrompre la procédure d'adjudication litigieuse.

4. Il reste à déterminer les conséquences qu'il convient de tirer de cette constatation. La loi fribourgeoise n'impose - à la différence d'autres cantons (par exemple Argovie; AGVE 1999 p. 331) - aucune règle particulière qui permettrait de dire d'emblée si une interruption illégale de la procédure doit être sanctionnée par de simples-dommages intérêts ou par une reprise de la procédure interrompue. Le Tribunal administratif a décidé dans un cas similaire d'appliquer par analogie l'art. 18 AIMP (cf. ATA du 6 septembre 2000 dans la cause C. de Rossens c. Préfet de la Sarine, procédure 2A 00 59).

L'art. 18 AIMP donne à l'autorité de recours le pouvoir d'annuler la décision au cas où le contrat n'est pas encore conclu (al. 1); dans l'hypothèse contraire, l'autorité de recours doit se borner à constater le caractère illicite de la décision (al. 2), ce qui peut ouvrir ultérieurement la voie à des dommages-intérêts.

Si l'on transpose cette règle au cas d'interruption de la procédure, on doit considérer que l'autorité de recours peut ordonner la reprise de la procédure illégalement interrompue lorsque l'adjudicateur n'a pas encore conclu le contrat, voire - la question peut demeurer ouverte en l'espèce - n'a pas engagé une nouvelle procédure d'adjudication. Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, l'autorité de recours ne peut que constater l'illégalité, tout en réservant une éventuelle demande de dommages-intérêts de la part du soumissionnaire lésé par l'interruption. En l'espèce, le Conseil d'Etat n'a pas conclu de contrat en dehors de la procédure interrompue et n'a pas encore engagé une nouvelle procédure d'adjudication. Il s'ensuit que l'Autorité de céans peut lui ordonner de poursuivre la procédure illégalement interrompue et la finaliser avec la recourante après lui avoir accordé un délai raisonnable pour actualiser et motiver les montants chiffrés de leurs offres.

5. Bien fondé, le recours doit être admis. Partant, la décision du Conseil d'Etat est annulée et la procédure d'adjudication doit être poursuivie.

210.4