

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

IIe COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 28 mai 2004

Statuant sur le recours interjeté le 13 octobre 2003 (**2A 03 120**)

par

la société **S. SA**, représentée par Me P.,

contre

la décision rendue le 16 septembre 2003 par le **Conseil d'Etat du canton de Fribourg** par laquelle il a rejeté l'offre de la recourante et adjugé à la maison **T. SA**, représentée par Me D., certains travaux relatifs à la construction des bâtiments universitaires sur le Plateau de Pérolles, à Fribourg;

(Marchés publics)

C o n s i d é r a n t :

En fait:

- A. Par publication dans la Feuille officielle no 24, du 13 juin 2003, le Conseil d'Etat du canton de Fribourg a lancé une procédure ouverte d'appel d'offres pour la construction de bâtiments pour l'Université de Fribourg (UNI P II), sur le site de Pérolles, et, en particulier sous la désignation CFC No 236.6, la fourniture de l'appareillage de détection incendie et extinction (avec intégration sur le système de supervision de l'Université - LMS) pour les bâtiments P 20 - P 21 - P 22. L'appel d'offres fixait comme critère d'adjudication l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le délai pour la remise des offres a été fixé au 28 juillet 2003.

Les bâtiments existants de l'Université de Fribourg sont équipés d'un système d'intervention et de surveillance "LMS 6". A cet effet, l'adjudicateur a souhaité examiner la possibilité et le coût d'un système qui permettrait l'intégration dans cette organisation d'intervention et de surveillance. Il a ainsi demandé aux soumissionnaires de proposer comme option un système informatique permettant de traduire les informations provenant des détecteurs mis en soumission afin que ces informations puissent transiter par le système LMS 6 existant. C'est pourquoi, parmi les documents d'appel d'offres envoyés aux soumissionnaires, figure le descriptif des prestations qui prévoit sous position no 2354 *"raccordement sur le LMS 6 existant (OPTION) - ne pas addit. Création d'une passerelle pour le raccordement de l'ensemble de l'installation du site sur le LMS 6 existant de l'uni, permettant de transmettre les informations des tableaux de rappel."*

- B. L'adjudicateur a reçu dans le délai trois offres; une a été écartée au motif d'un "protocole de conversion non compatible vers le LMS de S., les deux autres sont celles de la société T. SA, pour un montant total net TTC de 414'931, 59 francs et celle de la maison S. SA, pour 487'825, 21 francs.

L'offre de T. SA a obtenu le premier rang avec un total de points de 282 contre 160 pour S. SA.

- C. Par arrêt du 16 septembre 2003, les travaux ont été adjugés par le Conseil d'Etat à la société T. SA pour un montant total net TTC de 414'932 francs.

- D. Agissant le 13 octobre 2003, la société S. SA a contesté devant le Tribunal administratif la décision du 16 septembre 2003 dont elle demande l'annulation, sous suite de frais et dépens, et requiert que les travaux lui soient adjugés. Subsidiairement, elle demande que la cause soit renvoyée au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision. La recourante sollicite également l'octroi de l'effet suspensif à son recours.

A la forme, la recourante invoque une violation des règles de la procédure d'adjudication. Selon elle, l'adjudicataire a déposé une offre incomplète puisqu'elle a omis de faire figurer un montant sous la position litigieuse. Quant au fond, elle prétend, en substance, que l'adjudicataire n'est pas en mesure d'exécuter l'ouvrage conformément au cahier des charges faute d'avoir passé un accord incontournable avec elle concernant la remise d'informations nécessaires à la création de la passerelle de communication. Or, aucun accord spécifique de collaboration n'a été conclu entre elle et l'adjudicataire. De plus, elle affirme que le montant de l'offre de la société intimée est sous évaluée, de sorte que des plus-values sont prévisibles. Non seulement l'adjudicataire n'a pas les données techniques nécessaires à la réalisation de la passerelle de communication mais encore elle ne connaît pas le montant que lui coûterait l'obtention de ces informations de la recourante faute d'avoir négocié et d'être parvenu à un accord sur ce point avec elle. Par conséquent, le montant que l'adjudicataire a indiqué sous position 2354 ne saurait comprendre "*le tout complet, inclus prestations de S.*" ainsi qu'exigé par l'adjudicateur dans le descriptif des prestations.

Autorisé par le Juge délégué à l'instruction de la cause à consulter le dossier officiel que l'adjudicateur avait refusé de lui communiquer, la recourante a complété les motifs à l'appui de son recours, le 15 janvier 2004. Ainsi, elle reproche également à l'adjudicateur d'avoir retenu des montants erronés et de ne pas avoir tenu compte du prix du contrat d'entretien dans le coût total. En réalité la différence entre le prix de soumission de la recourante et celui de l'adjudicataire serait seulement de 12'787,85 francs en faveur de l'adjudicataire, soit environ 2% de la moyenne des deux soumissions, différence à laquelle il convient d'ajouter les montants arbitraires retenus pour l'adjudicataire par l'autorité intimée pour la création de la passerelle de communication. Par ailleurs, la recourante invoque des violations des règles de la procédure d'adjudication et prétend que le montant de 75'000 francs indiqué par l'autorité adjudicatrice pour la création de la passerelle de communication par T. est arbitraire. Elle rejette le reproche qui lui est fait de ne pas avoir communiqué à l'adjudicataire un prix nécessaire pour sa soumission, c'est à dire celui de ses prestations pour l'élaboration de la passerelle de communication. Enfin, elle est d'avis que, bien qu'en option, le système d'interconnexion est d'importance à tel point que le troisième soumissionnaire a été écarté faute de pouvoir offrir un protocole de conversion compatible avec le système LMS existant.

- E. Dans ses observations du 30 octobre 2003, l'autorité intimée conclut au rejet du recours. La supervision ou passerelle vers le LMS 6, fournie par la recourante, a été mise en option dans la soumission. Le représentant de S. pour Fribourg a donné la garantie que les soumissionnaires pourraient obtenir auprès de S. le prix pour la création de la passerelle avec LMS 6. Elle conteste que l'offre de l'adjudicataire soit sous-évaluée puisqu'elle a pris la précaution d'ajouter au coût nécessaire au développement par T. SA de l'OPC-Server, situé selon cette dernière société entre 40'000 et 45'000 fr., un montant de 30'000 fr., soit deux fois le montant indiqué par S. pour le raccordement sur le LMS 6, selon position 2354 de sa soumission. Selon le pouvoir adjudicateur, S., profitant de son avantage incontournable pour la partie raccordement à la passerelle de communication, fait en l'espèce de la rétention d'information et surestime volontairement le montant des installations de détection incendie.

Dans ses observations complémentaires du 17 février 2004, l'autorité adjudicatrice conteste les chiffres avancés par la recourante.

La société T. SA conclut également au rejet du recours. Elle estime que son exclusion du marché ne se justifie pas bien qu'elle n'ait pas indiqué de prix pour la position litigieuse qui est optionnelle et n'est pas indispensable au bon fonctionnement du système mis en soumission. Pour le reste, elle invoque, en substance, un abus de position dominante de la part de la recourante, en violation de la loi sur les cartels (LCart; RS 251).

- F. Par décision superprovisionnelle du 14 octobre 2003, le Juge délégué à l'instruction de la cause a interdit toute mesure d'exécution de la décision attaquée jusqu'à droit connu sur la demande d'effet suspensif.

Sur requête de l'adjudicateur, le Juge délégué a procédé, le 18 mars 2004, à l'audition des parties et réclamé de la recourante l'explicatif chiffré du montant estimé entre 100'000 et 150'000 francs.

Les renseignements fournis et les arguments supplémentaires qu'ils ont suscités de part et d'autre seront repris dans les considérants de droit ci-après dans la mesure utile à la résolution du présent litige.

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 (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.
2. a) La recourante invoque en premier lieu une violation des règles de la procédure d'adjudication au motif que l'adjudicataire n'a pas offert de prix pour la position la position 599 : 555. 999 (raccordement sur le LMS 6 existant). D'après elle, l'offre aurait dû être exclue de ce chef.

- b) A teneur de l'art. 23 du règlement sur les marchés publics (RMP; RS 122.91.11), l'offre doit être faite par écrit, remise sous pli fermé directement ou par poste, et parvenir complète dans le délai imparti au service mentionné dans l'appel d'offres. L'enveloppe doit préciser l'objet de l'offre et le nom du soumissionnaire (al. 1) Par ailleurs, l'offre ne peut plus être modifiée à l'échéance du délai (al. 4). En vertu de l'art. 25 al. 1 let. h RMP, l'offre peut être exclue lorsque le soumissionnaire ne respecte pas les exigences essentielles de forme, notamment s'il n'a pas rempli complètement l'offre.

Les motifs d'exclusion sont énumérés dans les documents d'appel d'offres (cf. p. 12 let. C ch. 2). En particulier, la modification de prix après le dépôt de l'offre et la présence d'articles dont le prix n'a pas été rempli (idem pour variables) justifie l'exclusion.

- c) Selon la jurisprudence, le marché ne peut être adjugé qu'à une offre qui répond aux conditions de l'appel d'offres. Tel n'est pas le cas pour une offre incomplète ou une offre qui ne correspond pas aux spécifications de l'objet du marché. Le caractère complet et conforme de l'offre déposée permet au pouvoir adjudicateur de vérifier l'adéquation de l'offre par rapport à l'objet du marché, l'exécution conforme du marché, ainsi que l'existence d'un prix anormalement bas. Il lui permet également de comparer entre elles les offres déposées. En conséquence, une offre qui ne correspond pas aux conditions de l'appel d'offres doit en principe être exclue (DC 2/2000 p. 56 n° S5, DC 4/1997 p. 123 n° 309). Cependant, une exclusion de l'offre incomplète ou déposée avec retard n'est justifiée que si l'informalité constatée relève d'une certaine gravité. A cet égard, le pouvoir adjudicateur jouit d'un pouvoir d'appréciation (DC 2/2202 p. 77/78 in note pour les arrêts S15-S19 et la jurisprudence citée).

- d) Dans le cas particulier, il n'est pas contesté que l'adjudicataire n'a pas offert de prix pour la position 2354 de la soumission. Cela étant, il faut constater en premier lieu qu'il s'agit d'une position optionnelle pour laquelle l'adjudicateur a expressément demandé que le prix ne soit pas ajouté au montant total de l'offre. La prestation demandée en option n'est, en effet, pas indispensable au fonctionnement du système de détection incendie mis en soumission. Par conséquent, l'absence de prix ou un prix incomplet ne constitue pas une informalité aussi grave que pour un marché fixe.

Mais surtout, il y a lieu de relever qu'à deux reprises, les 9 et 25 juillet 2003, l'adjudicataire a demandé à la recourante une offre pour sa collaboration à la création d'une passerelle et le raccordement sur le système LMS. Pour de prétendues raisons de communication interne, la maison S. n'a pas été en mesure de formuler un prix même estimatif. L'adjudicataire en a informé le pouvoir adjudicateur, par courrier du 24 juillet 2003. Le 29 août 2003, l'adjudicataire a relancé la recourante qui, finalement, le 13 octobre lui a signifié que, d'après son expérience, le prix de sa prestation de collaboration était un montant à six chiffres, sans autres précisions.

De l'instruction de la cause, il ressort également que, contrairement à ce qu'elle affirme, la recourante était en mesure de fournir à la société intimée une offre pour la position litigieuse de la soumission avant la date limite du dépôt des offres. Elle est donc malvenue de reprocher, aujourd'hui, à l'adjudicataire d'avoir déposé une offre incomplète et de requérir de ce chef son exclusion de la procédure d'adjudication.

Au vu des considérants qui précèdent, le moyen invoqué par la recourante pour conclure à l'exclusion de l'adjudicataire est sans fondement. Au regard des circonstances particulières du cas et, en particulier de son refus de collaboration, il apparaît même choquant, voire téméraire.

3. a) Aux termes de l'art. 1 al. 3 let. b AIMP, l'accord a notamment pour but de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et assurer l'impartialité de l'adjudication.

Le principe de l'égalité de traitement ne doit pas être compris comme exigeant une égalité absolue. C'est pourquoi le soumissionnaire qui est au bénéfice de connaissances et d'informations que ses concurrents ne détiennent pas, ne peut être exclu, en règle générale, que lorsqu'un tel avantage résulte directement de la procédure d'appel d'offres en question. Ainsi la participation de l'entreprise que l'adjudicateur ou l'architecte mandaté par celui-ci a consultée dans la phase de planification ou de projet ne viole pas en soi le principe de l'égalité de traitement, mais elle n'est permise qu'à un certain nombre de conditions déterminées. En particulier, il faut s'assurer

que l'entrepreneur concerné ne peut influencer en sa faveur la procédure de soumission, notamment lorsque le contenu de l'appel d'offres ou les documents concernant la soumission sont adaptés aux propres capacités de cet entrepreneur. Par ailleurs l'étendue et l'intensité de la participation d'un entrepreneur à la préparation de la soumission ne sauraient être illimitées. Il est en tout cas interdit à un entrepreneur, qui a été chargé par l'adjudicateur d'élaborer les documents de soumission, d'intervenir tant au stade de la planification que lors du dépôt des offres (DC 4/1998 p. 129 ss n° 341 avec note).

- b) Les bâtiments de l'Université de Fribourg sont dotés du système de supervision LMS 6 de la société S. Dans le cadre de la mise en soumission des détecteurs incendie des nouveaux bâtiments universitaires du Plateau de Pérolles, l'adjudicateur a souhaité que les soumissionnaires lui proposent, en option, un système susceptible de s'intégrer dans la configuration existante du LMS 6. Dans la mesure où S. - soumissionnaire pour le marché litigieux - est à l'origine du système LMS 6, elle dispose à l'évidence d'un avantage de fait par rapport aux autres soumissionnaires, en particulier la société intimée. En effet, la recourante bénéficie de connaissances et d'informations que ne possèdent pas ses concurrents. De plus, ces derniers doivent rendre leur système compatible avec celui de la recourante. Il aurait cependant été contraire au but de la loi - qui est de garantir la concurrence afin de permettre une comparaison des prestations et, finalement, de choisir l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation - d'exclure du marché S. au motif que, de par sa position, le principe de l'égalité de traitement n'est pas garanti. Cela étant, il est de l'obligation de celle-ci de ne pas abuser de son avantage de fait mais, au contraire, de son devoir de collaborer avec ses concurrents dans la mesure nécessaire. Il lui appartenait notamment de fournir dans un délai suffisant les informations indispensables aux autres soumissionnaires pour arrêter le prix de leur prestation de collaboration et leur permettre de déposer une offre complète dans le terme fixé par l'adjudicateur. Au surplus, un tel comportement était imposé à la recourante par le principe de la bonne foi en affaires qui la lie à l'Etat de Fribourg avec lequel elle a passé le contrat LMS 6.
4. La recourante estime erronés les montants totaux retenus dans l'analyse multicritère par le pouvoir adjudicateur. Elle a partiellement raison.

L'escompte de 5% pour paiement à 60 jours indiqué sur la page de garde de la soumission S. n'a pas été pris en compte et une erreur de frappe de 180 francs doit bénéficier à la recourante relative au poste "Pérolles 21 niveau 1 : extinction local telecom".

En revanche, c'est à tort que la recourante reproche à l'autorité adjudicatrice de ne pas avoir pris en compte le prix du contrat d'entretien sur 8 ans dans le poste 1 "coût total".

En effet, les critères d'adjudication sont énumérés dans les documents d'offre (cf. p. 12 let. C ch. 3). Figure en premier lieu le coût avec une pondération de 70%, puis la présentation de l'entreprise avec plusieurs sous-critères (9%), les références (8%), l'organisation prévue pour le chantier (4%) et enfin la proposition de contrat d'entretien pour une durée de 8 ans a une pondération de 9%. L'adjudicateur a donc expressément séparé ce dernier critère de celui du coût pour pouvoir le juger de manière indépendante. En d'autres termes, il n'y avait pas lieu de le reporter dans le coût total pour l'évaluer une seconde fois.

En définitive, il apparaît ainsi que le montant total net contrôlé de la recourante doit être arrêté à 472'021,40 francs après déduction de l'escompte (15'623,80 francs) et correction de 180 francs. En revanche, le montant total net de l'adjudicataire doit être confirmé à 414'931,60 francs. La différence entre les deux soumissions est donc de 57'089,60 francs et non pas de 12'787,85 francs comme invoquée par la recourante.

5. a) Finalement la recourante reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir fait preuve d'arbitraire en déterminant de son propre chef un montant à faire figurer sur l'offre lacunaire de T. pour la création de la passerelle de communication.
- b) Faute de renseignements de la part de la recourante, l'adjudicataire s'est tourné vers une autre société, X. SA, pour obtenir une offre relative à une partie de la prestation nécessaire à la mise en place d'une passerelle de communication : le serveur OPC. X. SA a transmis une offre de 40'000 francs à la société intimée qui, par lettre du 20 août 2003, a indiqué à l'adjudicateur que le coût nécessaire au développement de la passerelle se situait entre 40'000 et 45'000 francs. Du fait du silence de la recourante, le pouvoir adjudicateur a ajouté un montant de 30'000 francs, soit deux fois le montant indiqué par S., pour la participation de cette dernière à la passerelle, soit un montant total de 75'000 francs.
- c) Force est de constater, en l'espèce, que la recourante n'avance aucun moyen susceptible de remettre en cause le mode d'estimation utilisé par l'adjudicateur pour pallier à l'absence d'informations indispensables de sa part. Elle se contente d'affirmer que ce montant est totalement arbitraire sur la base de son calcul dont il apparaît que ses services s'élèvent à plus de 40'000 francs alors que dans sa soumission elle a mentionné un montant de

15'000 francs. C'est dire le peu de crédit que méritent les affirmations de la recourante.

A cet effet, il n'est pas inutile de relever que dans le cadre de l'instruction de la cause, la recourante, forcée de détailler le prix de ses propres prestations en cas de collaboration, a fixé ce montant à précisément 40'320 francs. Or, dans la mesure où l'adjudicateur a estimé cette participation à 30'000 francs, la différence n'est que de 10'320 francs. Reporté à la différence de coût de 57'089,60 francs pour l'ensemble des travaux mis en soumission, l'adjudicataire conserve un avantage sensible d'environ 47'000 francs.

5. a) Il ressort des considérants qui précèdent que le recours est mal fondé et que c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur a adjugé le marché litigieux à la société intimée. Ce faisant, il a permis une authentique concurrence entre les soumissionnaires et favorisé une utilisation parcimonieuse des deniers publics. Il a également refusé à la recourante le bénéfice inique d'une position privilégiée par rapport à ses concurrents. Sa décision échappe ainsi à la critique et doit être confirmée.
 - b) La Cour ayant statué au fond, la demande d'effet suspensif devient sans objet.
6. Il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 CPJA.

Pour le même motif, il lui incombe de verser une indemnité de partie à la société intimée qui a fait appel aux services d'un avocat pour défendre ses intérêts. (art. 139 CPJA). Il y a cependant lieu de corriger les débours et d'arrêter à 0,30 franc le prix de la photocopie au lieu de 1 franc (art. 9 al. 2 du Tarif des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative; RSF 150.12).

210.2; 210.4