

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

II^e COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 21 janvier 2005

Statuant sur le recours interjeté le 15 novembre 2004
(2A 04 109)

par

T., représentée par Me Claude-Emmanuel Dubey, avocat à Fribourg,

contre

la décision publiée le 5 novembre 2004 par le **Conseil d'Etat** adjugeant les travaux CFC n° 373 - Mobilier fixe auditoires - Université de Fribourg - Plateau de Pérolles à l'entreprise B. AG;

(Marchés publics)

Considérant :

En fait:

- A. Par appel d'offres en procédure ouverte publié dans la Feuille officielle du 9 juillet 2004, le Conseil d'Etat a mis en soumission la construction du mobilier fixe pour les auditorios (CFC 373) des bâtiments de l'Université de Fribourg, sur le site du Plateau de Pérolles.

Dans les documents d'appel d'offres, l'adjudicateur a notamment intégré, comme critère d'aptitude, l'obligation d'aménager sur le chantier un échantillon du produit demandé.

Les critères d'adjudication étaient fixés comme suit:

	Critères	Libellé	Poids
13.1	Coût	Prix proposé HT, net	65%
13.2	Présentation entreprise		
13.2.1	Profil de l'entreprise	Domaine d'activité principal et annexe, savoir faire, spécialisation et sous-traitants	3%
13.2.2	Ressources humaines	Organigrammes de l'entreprise détaillé 1% Qualification du personnel (CFC, diplôme) 3% Formation des apprentis (tous CFC) 1%	5%
13.2.3	Fonctionnement	Existence d'une organisation basée sur un système d'assurance qualité ISO 9001, certification ou système interne	1%
13.3	Références	Trois références en rapport avec l'objet (grandeur et complexité) sur les 5 dernières années; seul mobilier fixe en bois-acier, à documenter!	11%
13.4	Organisation prévue pour le chantier		
13.4.1	Encadrement	Qualification du chef de projet et responsable du chantier prévu (expérience, CFC et diplômes)	2%

13.5	Echantillon de 4 places fixé sur place, 2 pieds	Correspondance aux descriptif et plans Critère esthétique et technique Précision des mesures Stabilité, correspondance au pied incorporé Durabilité, entretien Qualité de l'exécution (éléments amovibles, bois, soudures, etc).	13%
------	---	---	-----

- B. Le 1^{er} septembre 2004, T. a déposé une offre pour un montant total net de 1'486'476 fr. 65. Le lendemain, la société a installé son échantillon dans les locaux de l'Université.

Après avoir constaté que l'entreprise avait modifié unilatéralement les quantités des positions 752.008 et 752.009, le maître de l'ouvrage a corrigé l'offre en conséquence. De plus, après examen des échantillons, ce dernier a décidé que les surfaces des meubles seraient en bois multiplex avec surface plaquée en bouleau. Les moins-values pour une surface supérieure stratifiée figurant aux positions 711.003, 752.008 et 752.009 n'ont donc pas été retenues. Compte tenu de ces corrections, l'offre de T. a été fixée à 1'533'781 fr.

- C. Par arrêté du 26 octobre 2004, publié dans la Feuille officielle du 5 novembre 2004, le Conseil d'Etat a adjugé le marché à l'entreprise B. AG pour un montant de 1'713'264 fr. et un total 238 points après évaluation selon les critères préalablement définis. T. arrive en 2^{ème} position avec 229 points.

T. a reçu, le 8 novembre 2004, une copie de la décision du 26 octobre 2004, avec indication du délai de recours de 10 jours dès réception de l'acte.

- D. Le 15 novembre 2004, T. a contesté devant le Tribunal administratif la décision d'adjudication du 26 octobre 2004 dont elle demande l'annulation sous suite de frais et dépens. Elle conclut principalement à l'adjudication à elle-même des travaux litigieux ou, subsidiairement, au renvoi de la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

A l'appui de ses conclusions, la recourante invoque une violation du principe de la transparence dès lors que l'adjudicateur aurait manipulé le prix de son offre sans l'annoncer par avance. Elle estime être dans l'impossibilité de comprendre comment le montant retenu par l'autorité intimée a été calculé. La recourante se plaint également d'un formalisme excessif, d'une inégalité

de traitement et d'une violation du principe de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics. Alors qu'elle a présenté un échantillon comprenant un pied et deux chaises, elle n'a pas obtenu de point à ce titre alors qu'un concurrent ayant présenté un produit semblable a récolté 13 points. Si l'autorité estimait que l'échantillon de la recourante n'était pas conforme, elle aurait dû exclure l'offre. Ne l'ayant pas fait, elle ne pouvait pas adopter un comportement contradictoire en refusant d'accorder le moindre point. Enfin, la recourante fait valoir l'arbitraire de la notation de son offre. Elle estime avoir été préjudiciée par l'attribution de notes à décimales arrondies et par la constatation de faits erronés. Ainsi, au vu des références produites relatives à son expérience et en relation avec l'objet, elle aurait dû obtenir 3 points. Il en irait de même avec les qualifications de son personnel qui ne méritaient pas 0,4, mais 2 points et avec son organigramme qui aurait dû valoir au moins la note 2 et non pas 1. En définitive, la recourante affirme qu'elle a droit à une note de 262 points, sans même prendre en considération les manipulations effectuées sur les prix.

- E. Le 16 novembre 2004, sur demande de la recourante, l'adjudicateur lui a expliqué le détail du calcul des prix revus et a communiqué une copie de la grille d'évaluation. Il a indiqué, par la même occasion, qu'après correction d'une petite erreur de calcul, le total brut de l'offre de T. est de 1'527'781 fr. au lieu des 1'533'781 fr. indiqués sur ce tableau; cela implique que la note de B. AG pour la position du prix doit être ramenée à 139 points au lieu des 140 points comptabilisés précédemment. Après contrôle, il a été constaté qu'aucune autre erreur n'a affecté l'évaluation des offres.
- F. Le 18 novembre 2004, la recourante a déposé un mémoire complémentaire. Sur la base des explications reçues, elle renonce à invoquer une violation du principe de la transparence liée à une manipulation illégale des prix de l'offre. Elle estime cependant avoir obtenu gain de cause puisque l'offre de B. AG est réduite d'un point.

Considérant que l'entreprise n° 5 (O.) n'a pas produit d'échantillon - alors même que cette condition constituait un critère d'aptitude déterminant pour la participation au marché - la recourante estime que l'autorité aurait dû l'éliminer de la procédure. Cette élimination aurait conduit à une modification de l'évaluation des prix proposés par les concurrents en réduisant notamment l'offre de B. AG à 123 points pour ce critère, ce qui aurait fait passer T. en tête. En outre, dans la mesure où O. aurait sous-traité les travaux à B. AG, la recourante voit dans la différence de prix de 200'000 fr. une entente sur le marché tendant à diluer l'effet concurrentiel du prix de T.

Pour le surplus, la recourante renonce à invoquer l'arbitraire du système de notation et reprend en les précisant les autres griefs relatifs aux références, à la qualification de son personnel et à son organigramme.

- G. Dans ses observations du 9 décembre 2004, l'autorité intimée conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable.

Pour sa part, B. AG a déposé ses observations, le 3 décembre 2004. Elle souligne que l'échantillon à installer était très précis et qu'à part elle-même, seul le consortium G. SA - S. SA a réussi à répondre au cahier des charges. Dans la mesure où les autres entreprises n'ont pas respecté les exigences relatives à l'échantillon, il n'est pas surprenant qu'elles aient articulé des prix plus bas. Alors qu'il était demandé des produits sur mesure, elles ont proposé des produits standard moins chers.

En droit:

1. a) Selon l'art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2), le délai de recours pour contester une décision d'adjudication est de 10 jours. En l'espèce, la recourante a eu connaissance de la décision d'adjudication dès le 5 novembre 2004, date de sa publication dans la Feuille officielle. Elle a cependant reçu, le 8 novembre 2004, une notification spécifique de la même décision par pli recommandé. La question se pose dès lors de savoir à partir de quand le délai de recours a commencé à courir. A la différence de l'état de fait qui prévalait dans un arrêt de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics publié à la JAAC 1997 n° 61.78, la recourante n'a pas reçu, le 8 novembre 2004, une simple information de l'administration lui indiquant - en se référant la publication officielle - que l'adjudicateur avait tranché. Elle a reçu une véritable notification de l'arrêté du Conseil d'Etat dont elle est formellement destinataire (art. 4 let. a du dispositif). Dans ces conditions, elle pouvait de bonne foi se fier à l'art. 3 du même dispositif qui précise: "la présente décision peut faire l'objet d'un recours dans les 10 jours dès sa réception au près du Tribunal administratif". De plus, il faut constater que, dans la Feuille officielle, il est précisé que la "décision peut, dans un délai de 10 jours *dès la notification aux soumissionnaires*, faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif". L'examen de l'arrêté du Conseil d'Etat et du texte de la publication dans la Feuille officielle montre donc clairement que, pour les soumissionnaires, seul compte comme point de départ du délai de recours la date de la notification spéciale de la décision d'adjudication.

Cela implique, en l'occurrence, que le délai de recours a commencé à courir non pas le 5 novembre 2004, mais le 8 novembre et que, par conséquent, le mémoire complémentaire, posté le 18 novembre 2004, l'a été avant l'échéance du délai de recours. Partant, les faits et griefs invoqués dans ce second acte sont aussi recevables car déposés à temps.

Dès lors qu'en qualité de soumissionnaire évincé, la recourante conclut à l'adjudication du marché litigieux, elle a manifestement qualité pour contester la décision attribuant les travaux à un concurrent.

- b) 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 (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.
 - c) Il y a lieu de prendre acte que, dans son mémoire complémentaire, la recourante renonce à invoquer une violation du principe de la transparence en relation avec les modifications du prix de son offre et à se plaindre de l'arbitraire de la méthode d'évaluation.
2. En liaison avec la notation de son échantillon, la recourante se plaint d'inégalité de traitement, de formalisme excessif et de violation du principe de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics.
- a) Il faut constater à titre préalable que l'échantillon installé par l'intéressée ne correspondait en rien aux spécifications techniques qui avaient été imposées par le maître de l'ouvrage. Dans sa réponse, l'autorité intimée a produit un tableau d'analyse détaillée des échantillons proposés par les soumissionnaires. Il en ressort que le produit proposé par T. ne répond absolument pas aux exigences. Cette inadéquation ne se limite pas au type de table et de chaise - dimensions, esthétique, fixation, matériau - mais concerne aussi la qualité d'exécution et la durabilité. En réalité, la recourante a offert autre chose que ce que voulait le maître de l'ouvrage. A ce titre, elle aurait dû être écartée purement et simplement du marché.

Considérant que l'intéressée avait quand même fourni un échantillon, l'adjudicateur n'a pas ordonné son exclusion, mais a refusé de lui accorder le moindre point dans l'évaluation de l'échantillon non conforme. Au vu du tableau d'analyse des échantillons, cette décision - très favorable à la recourante - ne constitue aucun excès ou abus du pouvoir d'appréciation reconnu à l'adjudicateur.

- b) Même si l'offre n° 4 comporte aussi un échantillon comprenant un pied et 2 sièges et, à ce titre, ne correspond pas aux descriptifs et plans, il n'en demeure pas moins que le produit est de qualité et bien travaillé, ce qui n'est pas le cas du mobilier bon marché proposé par la recourante. De plus, l'objet présente une correspondance partielle au descriptif dans sa partie supérieure. Dans ces conditions, l'autorité intimée n'a pas violé le droit à l'égalité de traitement en accordant 13 points à l'offre n° 4 et en refusant d'en attribuer à la recourante. Les échantillons présentaient des différences qui justifient la notation différenciée.
- c) La recourante estime par ailleurs que l'offre n° 5 aurait dû être écartée dès lors que l'entreprise O. n'a pas installé d'échantillon et que, par conséquent, elle n'a pas satisfait au critère d'aptitude qui y est lié.

Il apparaît cependant que, dans son offre, l'entreprise O. a indiqué qu'elle entendait sous-traiter la fabrication du mobilier fixe à B. AG, de sorte que le modèle proposé était exactement le même que celui de l'adjudicataire. Dans la mesure où ce produit était déjà installé en échantillon par B. AG, ce qui permettait une appréciation complète de l'objet, rien ne justifiait que l'entreprise O. aménage un deuxième échantillon identique. On ne peut donc pas reprocher à cette dernière de n'avoir pas respecté les conditions d'appel d'offres. Une exclusion pour défaut d'installation de l'échantillon aurait violé le principe de la proportionnalité et aurait constitué un formalisme excessif.

C'est donc à juste titre que l'offre n° 5 n'a pas été exclue et a obtenu le même nombre de points que l'adjudicataire dans l'appréciation de l'échantillon.

- d) Le fait que l'offre n° 5 soit env. 200'000 fr. plus chère que l'offre de l'adjudicataire ne permet pas d'inférer l'existence d'une entente destinée à diluer l'effet concurrentiel du prix de T.. Il est normal qu'en cas de sous-traitance, le prix offert soit plus cher puisque le sous-traitant prélève sa marge de bénéfice sur son travail. Une plus-value de 15 % comme en l'espèce n'est pas extraordinaire. L'existence d'une entente est en l'espèce d'autant moins vraisemblable qu'à l'ouverture des offres, l'offre n° 5 n'était pas la plus élevée. On ne dispose ainsi d'aucun indice d'une entente illicite.

Pour le surplus, la recourante ne conteste pas le bien-fondé de la méthode de notation du prix.

3. La recourante se plaint par ailleurs d'un abus du pouvoir d'appréciation et de constatations inexactes de faits pertinents dans l'examen des critères concernant le domaine d'activité, les références en relation avec l'objet, les qualifications du personnel et l'organigramme.

a) La recourante estime qu'elle aurait dû obtenir la note maximale pour le critère du profil d'entreprise dès lors qu'elle est spécialisée dans l'aménagement d'auditoires et que cela constitue son domaine courant d'activité. Se référant à la grille de pondération des critères d'adjudication, elle prétend à la note 3.

Ce faisant, une fois de plus, elle perd de vue l'objet du marché. Le maître de l'ouvrage entend construire un auditoire fait sur mesure. C'est dans ce sens qu'il y a lieu d'examiner les offres et de noter les entreprises soumissionnaires. Or, il ressort clairement de la présentation de la recourante que cette dernière ne fabrique pas elle-même le mobilier. Elle n'est que revendeuse. N'ayant ainsi pas son activité centrée sur l'objet du marché, elle ne peut pas prétendre être traitée de la même manière que les entreprises qui fabriquent leur matériel. Elle n'est pas spécialiste du mobilier sur mesure, de sorte que l'adjudicateur n'a pas violé la loi en lui attribuant une note de 2.

b) La recourante indique par ailleurs avoir produit 6 références de réalisation d'auditoires, alors que seulement trois étaient nécessaires pour obtenir la note maximale. L'autorité intimée aurait donc constaté de manière erronée les faits pertinents en accordant 2 points correspondant à deux références.

Les documents d'appel d'offres ont exigé, sous le critère "références", *trois références en rapport avec l'objet (grandeur et complexité), sur les dernières années; seul mobilier fixe en bois-acier, à documenter!*

La recourante a disséminé dans toute son offre des références incomplètes. Elle a produit dans sa présentation un document intitulé "références auditoires des dernières années" qui comprend cinq références. En plus, elle a fourni en vrac tout ce qu'elle a fait sans prendre la peine d'indiquer si ces ouvrages étaient en liaison avec le marché. Enfin, elle a donné une liste "réalisation d'auditoires" différente de la précédente. C'est ainsi que son dossier est truffé de références inutiles de gradins, de parois, de tribunes. En outre, les références qui pourraient être intéressantes n'ont, la plupart du temps, aucune indication de date, de coût et d'ampleur des travaux et, s'agissant d'une entreprise revendeuse, concernent d'autres fournisseurs que celui proposé dans le présent marché. Ce faisant, la recourante a rendu très difficile la tâche de l'adjudicateur qui a pris la peine d'éplucher cette présentation chaotique et de très mauvaise qualité.

Sur le fond, on peut se demander si le fait que le fournisseur figurant en référence soit différent du fournisseur proposé pour le marché litigieux n'implique pas d'emblée d'écarter la référence. En effet, du moment que la recourante n'est que revendeur de mobilier, le fournisseur qu'elle choisit constitue un élément important pour juger de la qualité du travail. Il est donc vraisemblable que l'adjudicateur pouvait à juste titre exclure les références relatives à des fournisseurs différents de celui proposé dans l'offre à examiner. Cette question peut cependant être laissée ouverte dès lors que d'autres motifs imposaient de toute manière d'écarter les références qui n'ont pas été retenues.

Concrètement, si l'on reprend les six références dont se prévaut la recourante dans son mémoire, il faut constater ce qui suit:

- UNI III à Genève: indépendamment de la question du fournisseur, aucune indication n'a été donnée sur la grandeur de l'ouvrage. Or, seuls des travaux comparables entrent en considération comme référence. N'ayant pas donné les indications qui étaient requises dans le document d'appel d'offres, la recourante ne peut pas se plaindre que cette référence n'ait pas été retenue.
- UNI-MAIL à Genève: la recourante s'est limitée à indiquer le fournisseur, différent de celui proposé. Aucune mention de grandeur ou de montant du marché n'a été donnée. Dans ce cas également, il est téméraire de la part de l'intéressée de se plaindre.
- Université de Berne: cette référence a été admise quant bien même le fournisseur est différent.
- EPFL: le montant du marché - 187'33 fr. - est insuffisant pour admettre qu'il s'agisse d'une référence en rapport avec l'objet.
- Ecole d'ingénieur de Bienne: bien que la référence soit en rapport avec le fournisseur proposé, il manque l'indication de la grandeur du marché. Le niveau d'information n'est donc pas suffisant pour admettre la référence. L'autorité intimée a toutefois accordé un ½ point à ce titre,
- Ecole d'ingénieurs de Burgdorf: le marché n'est pas comparable dès lors qu'il s'agit de tables sans chaises.

Pour le surplus, et pour être complet, il faut remarquer que la référence à la Clinique dentaire ne peut pas être retenue en raison du défaut d'indication de la grandeur et du prix. Celle concernant le Palais de Rumine est sans pertinence parce que le marché était trop petit (235'190 fr.).

Ainsi, l'autorité n'a commis aucun excès ou abus de son pouvoir d'appréciation, ni constaté de manière erronée les faits pertinents en accordant 2 points pour deux références, soit un pour l'Université de Berne et un demi arrondi à un pour l'Ecole d'ingénieurs de Bienne.

En particulier, l'adjudicateur n'avait pas à contacter la recourante pour obtenir les précisions qu'elle n'avait pas données dans son offre. La responsabilité de la qualité d'une offre incombe au soumissionnaire lui-même. L'adjudicateur est uniquement tenu de lui indiquer sous quel angle son offre sera examinée, ce qu'il a fait en l'espèce en donnant la liste des critères d'adjudication (ATA du 11 février 2004 en la cause 2A 03 136 et du 2 septembre 2004 en la cause 2A 04 62).

- c) La recourante prétend que son organigramme était nominatif et qu'elle aurait dû obtenir une note de 2 au lieu de 1 à ce titre. A son avis, l'autorité aurait dû comparer l'organigramme avec le document suivant intitulé "qualification du personnel" pour en inférer la position de chacun dans l'entreprise.

A nouveau, la recourante se plaint de sa propre négligence. Il n'est pas contestable que l'organigramme qu'elle a produit n'est pas nominatif. Or, c'est à elle qu'incombait de déposer un document détaillé. Ce qu'elle n'a pas fait. Peu importe qu'en analysant une autre liste ayant un autre but (qualification du personnel) on puisse mettre un nom sur certaines fonctions. Le travail exigé n'a pas été fait par le soumissionnaire. Au demeurant, même si l'on devait se prêter à cette comparaison interne des documents, il faudrait de toute manière constater que des fonctions restent sans titulaire ou que plusieurs titulaires entrent en considération pour la même fonction. La recourante ne peut donc pas sérieusement prétendre avoir fourni un organigramme nominatif. La note de 1 est justifiée.

- d) Au vu de ce qui précède, il est inutile de se prononcer sur le bien-fondé du grief relatif à la qualification du personnel. En effet, même si, comme elle le prétend, la recourante avait droit à 2 points au lieu d'un seul dans le cadre de l'appréciation de ce critère, cette erreur de l'adjudicateur n'aurait aucune influence sur le résultat final car elle ne permet pas à l'intéressée de rattraper l'adjudicataire et voir son offre mieux notée.

- 4. Mal fondé, le recours doit ainsi être rejeté.