

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

II^e COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 8 mars 2005

Statuant sur le recours interjeté le 17 janvier 2005
(2A 05 5)

par

Z. SA,

contre

la décision prise le 21 décembre 2004 par le **Conseil d'Etat** adjugeant les travaux CFC n° 233 - Luminaires sur pied - Université de Fribourg - Plateau de Pérolles à l'entreprise **R. SA**;

(Marchés publics)

Considérant :

En fait:

- A. En septembre 2004, le Service des bâtiments de l'Etat de Fribourg a lancé un appel d'offres public en procédure ouverte pour la fourniture de luminaires sur pied dans le cadre de la réalisation du programme de construction de bâtiments universitaires sur le plateau de Pérolles.

La soumission concerne des luminaires destinés aux locaux administratifs de l'Université. Un préchoix architectural et technique a amené les mandataires de l'adjudicateur à exiger des luminaires sur pied avec cellule de présence et régulation de lumière en fonction de la lumière du jour.

Dans les documents d'appel d'offres, les critères d'adjudication ont été fixés comme suit:

	Critères	Libellé	Poids
1	Coût	Prix proposé HT, net	50%
2	Présentation entreprise		2%
2.1	Ressources humaines	Formation des apprentis	1%
2.2	Organisation, assurance qualité		1%
3	Design (Luminaire de référence type R. LEVEL2X55W). Ces critères seront définis sur les dessins de référence, les données techniques remis avec l'offre et la simulation d'éclairage	Cohérence de la conception technique et esthétique, correspondance avec le modèle de référence	18%
4	Répartition lumineuse Luminaire de référence type R. LEVEL2X55W		18%
4.1	Répartition lumineuse sur la place de travail	Se rapprochant le plus possible de la valeur de référence (500 Lux)	9%
4.2	Répartition lumineuse au sol	Se rapprochant le plus possible de la	

		valeur de référence (400 Lux) 9%	
5	Qualités techniques Luminaire de référence type R. LEVEL2X55W		12%
5.1	Rendement du luminaire	En rapport au luminaire de référence (meilleure, moins bon ou égal à la valeur du luminaire de référence) 9%	
5.2	Puissance du luminaire	En rapport au luminaire de référence (meilleure, moins bon ou égal à la valeur du luminaire de référence 9%	

B. Le 8 novembre 2004, l'entreprise Z. SA a déposé son offre pour un montant net TTC de 263'358 fr. 20.

Par arrêté du 21 décembre 2004, notifié le 6 janvier 2005, le Conseil d'Etat a adjugé le marché à l'entreprise R. SA pour un montant net TTC de 291'786 fr. A l'issue de l'analyse multicritère, l'adjudicataire a obtenu 243.8 points contre 233.8 pour Z. SA qui arrive en troisième position.

C. Agissant le 17 janvier 2005, Z. SA a contesté devant le Tribunal administratif la décision d'adjudication du 21 décembre 2004 dont elle demande l'annulation sous suite de frais et dépens. Elle conclut principalement à obtenir le marché et, subsidiairement au renvoi de la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision basée sur une application objective et sérieuse des critères d'adjudication.

A l'appui de ses conclusions, la recourante se plaint de la manière dont l'adjudicateur a appliqué les critères qu'il avait communiqués, en particulier les critères 4.2 (répartition lumineuse au sol) et 5.1 (rendement du luminaire). Rappelant avoir obtenu 9 points contre 27 points à l'adjudicataire au titre du critère 4.2, la recourante estime impossible que ses produits soient jugés de qualité trois fois moindre que ceux de l'adjudicataire. Il en va de même pour le critère 5.1 où le rendement des luminaires proposés serait deux fois moindre que celui de son concurrent. La recourant reproche ainsi à l'adjudicateur d'avoir omis de procéder à des mesures objectives pour qualifier les luminaires selon les critères prévus.

La recourante considère par ailleurs que l'adjudicateur a violé la loi en modifiant la définition du critère 4.2 en cours de procédure et après remise des offres. Le critère de la répartition lumineuse au sol initialement indiqué a

été remplacé par celui de la répartition lumineuse à hauteur du plan de travail, ce qui n'est pas la même chose.

Enfin, la recourante se demande si le fait de recourir comme fourniture de référence à un produit d'un des soumissionnaires ne crée pas dès le départ une inégalité de traitement et une forme de distorsion de la concurrence.

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

L'entreprise adjudicataire n'a pas déposé d'observations sur le 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). Il faut constater en particulier que, dans la mesure où le dernier jour du délai de recours tombait sur un dimanche, ce délai a été reporté au premier jour utile suivant (art. 27 al. 2 du code de procédure et de juridiction administrative; CPJA; RSF 150.1), soit au lundi 17 janvier 2005, date de dépôt du présent recours.

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 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) En vertu de l'art. 13 let. b AIMP, les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir le recours à des spécifications techniques non-discriminatoires. L'art. 16 al. 2 du règlement cantonal sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11) édicté en application de l'art. 13 précité prévoit ce qui suit:

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.

Dans le cas particulier, au chapitre F1, Descriptif des prestations, Définition des modèles, Bordereau des prix, l'adjudicateur a décrit ce qu'il attendait des soumissionnaires. Il a formulé un descriptif général du luminaire, puis a indiqué un type de luminaire de référence, à savoir: R. LEVEL 80H03. P455.S avec source FSDH 2G11 4x55W couleur 840.

Ce faisant, l'autorité intimée n'a pas violé l'art. 16 RMP. En effet, si, sous l'angle technique, il aurait été possible, sans problème, de fixer les exigences à atteindre par les luminaires en concurrence sans référence à une marque et à un type particulier d'objet, il faut cependant se rappeler que les exigences de l'adjudicateur ne se limitaient pas seulement à l'aspect technique, mais comprenaient également des attentes esthétiques de la part des architectes responsables du projet. De ce point de vue, il aurait été relativement compliqué de décrire avec précision de manière neutre ce que voulait l'adjudicateur. La définition d'un luminaire de référence permettait ainsi d'être plus précis et plus clair, au bénéfice de tous les soumissionnaires. Par ailleurs, le caractère non-obligatoire du produit pris en référence saute aux yeux, spécialement si l'on se réfère aux critères d'adjudication qui prévoient expressément une notation supérieure pour un luminaire présentant de meilleures spécifications techniques que celui pris en référence. Il tombe donc sous le sens qu'il n'était pas obligatoire de proposer un produit R.

Le choix d'un produit de référence peut favoriser dans une certaine mesure le producteur de celui-ci dès lors qu'il sait dès le début de la procédure qu'il satisfait aux exigences moyennes de l'adjudicateur. Cela étant, rien n'empêchait en l'espèce les concurrents de proposer des articles identiques ou meilleurs pour emporter le marché. En effet, aucune spécification technique ou esthétique de l'objet pris en référence est unique à l'entreprise R.. L'issue de la procédure d'appel d'offres restait donc complètement ouverte, les chances de chaque concurrent dépendant uniquement de sa capacité à proposer un meilleur produit, sous l'angle technique et/ou financier. Cette capacité n'a pas été limitée par l'utilisation du produit de référence, de sorte qu'on ne peut reprocher à l'adjudicateur d'avoir violé le principe de non-discrimination (cf. J.-B. ZUFFEREY, C. MAILLARD, N. MICHEL, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 200).

- b) Par ailleurs, l'erreur de plume contenue dans la description du luminaire de référence figurant sous les critères d'adjudication (R. LEVEL 2x55W au lieu

de R. LEVEL 4x55W) n'a eu aucune influence dès lors que la recourante a corrigé d'elle-même cette erreur et a présenté un produit correspondant (Karea 4/55W TC-L).

3. a) Le principe de la transparence requis dans la procédure de soumission (cf. art. 1 al. 2 let. c AIMP) suppose entre autres que les critères d'adjudication soient communiqués lors de l'appel d'offres, et ceci dans l'ordre de leur importance (ATF 125 II 86). Il est nécessaire que l'adjudicateur spécifie clairement par avance l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux, afin de prévenir tout risque d'abus et de manipulation. Certes, il ne lui est pas interdit d'attacher une importance plus grande à certains critères d'adjudication qu'à d'autres, voire de ne pas tenir compte du tout de certains critères. Il est toutefois nécessaire qu'il le fasse savoir à l'avance à tous les soumissionnaires (ATF 125 II 86; ZUFFEREY, MAILLARD, MICHEL, p. 241).

La fixation des critères d'appréciation et des sous-critères déterminants pour la définition de l'offre la plus avantageuse est contraignante pour l'autorité adjudicatrice comme pour les soumissionnaires lors de l'adjudication et restreint d'autant le pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice lors du choix de l'offre. Si ces critères ne sont pas pris en considération, que leur ordre d'importance ou leur valeur sont modifiés ou qu'on utilise des critères supplémentaires qui n'avaient pas été annoncés, alors l'autorité adjudicatrice viole le droit des marchés publics (P. GALLI, A. MOSER, E. LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Bâle, Genève 1993, n° 403; DC 4/1999 p. 141).

- b) Dans le cas particulier, la recourante estime qu'en modifiant la définition du critère 4.2 afin de tenir compte de la répartition lumineuse sur l'ensemble du local à hauteur du plan de travail au lieu de le faire - comme annoncé - au niveau du sol, l'adjudicateur a violé le principe de la transparence.

Il est vrai que l'adjudicateur a modifié en cours de procédure le critère 4.2 après s'être aperçu que la valeur à hauteur du plan de travail - plus adéquate - fait habituellement référence pour ce genre de marché. Il apparaît cependant que cette modification - discutable - n'a pas pénalisé la recourante car la valeur qu'elle a indiquée dans son offre pour la luminosité au sol était encore moins bonne que celle de la luminosité à hauteur du plan de travail. Elle n'aurait, par conséquent, pas réalisé plus de point si l'adjudicateur avait maintenu le critère dans sa teneur initiale. N'ayant eu aucune influence sur le résultat de l'adjudication et n'ayant pas faussé le jeu de la concurrence, l'irrégularité commise par l'autorité intimée est ainsi sans conséquence (ZUFFEREY, MAILLARD, MICHEL, p. 142).

4. a) La recourante considère que l'autorité intimée a appliqué de manière subjective et fantaisiste les critères techniques liés à la répartition lumineuse 4.2, et au rendement du luminaire 5.1. Elle affirme que l'écart séparant son produit de celui de l'adjudicataire au terme de l'évaluation ne correspond pas à la réalité.
- b) Il ressort du dossier que l'adjudicateur n'a pas procédé lui-même à des tests de rendement et de luminosité sur les prototypes qui ont été installés par les soumissionnaires. Il s'est fondé uniquement sur les simulations d'éclairage transmises par les entreprises elles-mêmes avec leur offre. La justesse des données ainsi communiquées n'est pas remise en question par la recourante.

Au vu des critiques qu'elle formule, il faut constater que cette dernière n'a pas compris le système de notation des offres. Comme il était indiqué dans les documents d'appel d'offres, chaque critère impliquait l'attribution d'une note de 0 à 3, qui elle-même a été pondérée par le poids respectif des différents critères. Cette note ne reproduit pas de manière linéaire les différences techniques entre les produits, mais fixe une échelle indépendante d'appréciation. Ainsi, selon le tableau des critères d'évaluation pour la fourniture de luminaires sur pied, l'échelle d'évaluation des critères 4.2 et 5.1 est la suivante:

Ref	Libellé	0	1	2	3
4.2	Répartition lumineuse sur l'ensemble du local à hauteur du plan de travail	Aucune simulation d'éclairage transmise, ne peut pas être jugée	Valeur d'éclairage moyen située en dessous de 30% de la valeur de référence (400 Lux)	Valeur d'éclairage moyen située entre 10 et 30% en dessous de la valeur de référence (400 Lux)	Valeur d'éclairage moyen située de 10% en dessous et en dessus de la valeur de référence (400 Lux)
5.1	Rendement du luminaire (puissance lumineuse en W / Eclairage moyen du local en Lux)	Aucune donnée technique transmise, ne peut pas être jugé	Rendement moins bon que le luminaire de référence	Rendement égal au luminaire de référence	Rendement meilleur que le luminaire de référence

Avec 260 Lux indiqués pour le critère 4.2, la recourante se situe à 140 Lux au-dessous de la valeur de référence de 400 Lux, ce qui représente une différence de 35 % et justifie une note de 1. Il n'a ainsi jamais été question de prétendre que l'éclairage du produit de la recourante serait trois fois plus faible que celui de l'adjudicataire.

On ne voit pas non plus en quoi le critère 5.2 qui détermine le rendement du luminaire en établissant la relation entre la puissance lumineuse en Watt et l'éclairage moyen du local en Lux serait fantaisiste. Dans ce cas également, la note ne reflète pas la différence technique pure entre les deux luminaires, mais sanctionne un rendement moins bon que celui du luminaire de référence par un malus schématique de 9 points. En l'occurrence, le rapport est de 1.18% pour l'article de la recourante contre 2.17% pour le luminaire de référence.

Il apparaît ainsi que l'application des critères 4.2 et 5.1 échappe à la critique et que les critiques de la recourante sont sans pertinence.

5. Mal fondé, le recours doit être rejeté.

210.8