IIe Cour administrative. **Séance du 18 juin 1999.** Statuant sur les recours interjetés le 15 mars 1998 (**2A 99 15/16/17**) par **H,** à Fribourg, **E**, à Fribourg, et par le **Consortium formé par I**, tous représentés par Me X, avocat à Fribourg, contre la décision rendue le 2 mars 1999 par le **Conseil d'Etat** adjugeant les travaux CFC n° 602/605 câblage universel du bâtiment sis chemin du Musée 4, à Fribourg, à l'entreprise **T; (Marché public; critères d'adjudication; art. 15 al. 1 let. i RMP)**

En fait:

A. Le 23 décembre 1998, le Département des bâtiments a fait paraître dans la Feuille officielle un appel d'offres concernant les travaux d'aménagement intérieurs et d'installations techniques de l'ancien bâtiment de l'école d'ingénieur, chemin du Musée 4, à Fribourg. Les travaux avaient trait en particulier au CFC 602.3, "Installations de courant fort: nouveau réseau pour raccordement informatique" et au CFC 605.1 "Installations de courant faible: nouveau câblage informatique". La procédure d'adjudication appliquée était la procédure ouverte et sous chiffre 6 de l'appel d'offres il était indiqué, s'agissant des critères d'aptitude que les exigences économiques, techniques et financières seraient "décrites dans les soumissions".

B. Les documents de soumission remis aux entreprises ne contenaient aucun critère d'adjudication, ni, a fortiori, aucune pondération d'éventuels critères. Outre une description des travaux, ces documents indiquaient que l'entrepreneur devait déposer une liste de référence précise relative au câblage non blindé de type AT&T ainsi qu'une certification d'intégrateur AT&T.

C. Le 9 mars 1999, le Conseil d'Etat a adjugé les travaux à l'entreprise T, pour le montant net de 360'227 fr. Il a ainsi écarté la société Y SA, à Neuchâtel, qui avait présenté une offre moins chère (354'055 fr.) mais dont l'expérience en matière de câble non blindé a été jugée insuffisante. Les autres entreprises soumissionnaires (parmi lesquelles E: 360'834 fr., le consortium I: 369'713 fr., H: 465'580 fr.) n'ont pas été retenues car leur prix était plus élevé que celui proposé par T.

H avait déposé, par ailleurs, une variante prévoyant l'utilisation d'un câblage AMP en lieu et place du câblage AT&T. Tout compris, cette variante revenait à 397'230 fr.

D. Agissant le 15 mars 1999 par actes séparés, H, E et le consortium formé par I ont contesté devant le Tribunal administratif la décision d'adjudication du 9 mars 1999 dont ils demandent l'annulation.

A l'appui de leurs conclusions, les recourants se sont plaints en substance de l'existence d'un lien entre l'adjudicataire et le bureau technique de l'adjudicateur, dès lors que ce dernier aurait employé dans la procédure d'adjudication un collaborateur de T, M. TH; les recourants font valoir aussi l'absence de tous critères d'adjudication et critiquent le changement de prix de l'adjudicataire entre le moment de l'ouverture publique des soumissions et l'adjudication. Enfin, H estime illégal le fait d'exiger l'utilisation d'un système de câblage "propriétaire" dès lors qu'un tel procédé sabote la libre concurrence puisque, par définition, il n'est pas accessible à tous les concurrents.

E. Dans ses observations, l'Etat de Fribourg conclut au rejet des recours dans la mesure où ils sont recevables. Il constate qu'aucun recours n'a été déposé contre l'appel d'offres en raison de l'absence de critères, de sorte que les présents recours visant l'adjudication ne peuvent plus porter sur cette question. Au demeurant, l'autorité intimée estime que la liste des critères d'aptitude de l'annexe 2 au règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11) peut faire office de liste permanente de critères.

S'agissant des autres griefs, l'Etat estime que le choix du système de câblage AT&T devait être contesté au moment de l'appel d'offres et que ces critiques sont irrecevables. De plus, ce choix se justifie au vu des exigences spécifiques des utilisateurs qui ont droit à un matériel adapté à leurs besoins.

L'Etat relève que la différence de prix entre l'ouverture et l'adjudication s'explique par une erreur manifeste de calcul de T qui a été corrigée d'office par le bureau d'ingénieurs de l'adjudicateur. Quant au manque d'objectivité, il est remarqué que si la personne mandaté par le bureau technique a effectivement travaillé en sous-traitance pour T par le passé, au moment litigieux, plus aucun contrat ne la liait à cette entreprise. De plus, l'intéressé n'a pas participé à la décision d'adjudication.

F. Les 26 mars et 21 avril 1999, T a contesté avoir eu M. TH à son service. Cette société explique avoir loué provisoirement des locaux à l'entreprise Z, propriété de M. TH, et d'y avoir installé un raccordement téléphonique. Cependant, en automne 1998, ce contrat a été résilié et plus aucun mandat n'a été donné à l'entreprise Z.

Pour le surplus, T reconnaît avoir commis une erreur de calcul qui a été corrigée par le bureau technique de l'adjudicateur.

G. Le 12 avril 1999, les recourants ont déposé leur réplique dans laquelle ils reprennent en les développant les griefs précédemment invoqués.

Le 3 mai 1999, l'Etat a produit sa duplique. Il explique notamment qu'après avoir procédé à la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et à l'examen de la conformité des offres aux conditions de l'appel d'offres et aux documents y relatifs, l'adjudicateur a établi un tableau comparatif des prix. Le seul critère d'adjudication jugé déterminant pour dégager l'offre économiquement la plus avantageuse a donc été le prix. Dans la mesure où il n'entendait pas retenir d'autres critères d'adjudication, l'adjudicateur n'avait pas l'obligation de rappeler la teneur de l'art. 30 RMP dans l'appel d'offres.

H. Le 20 mai 1999, le Juge délégué à l'instruction des recours a procédé à l'audition des parties sur les spécificités techniques de l'appel d'offres.

Le 4 juin 1999, les parties ont déposé un mémoire après enquête.

I. Par décision superprovisionnelle du 16 mars 1999, le Juge délégué à l'instruction du recours a interdit toute mesure d'exécution de la décision d'adjudication jusqu'à droit connu sur la demande d'effet suspensif contenue dans le mémoire de recours.

En droit:

1. a) Dans la mesure où les trois recours sont dirigés contre la même décision d'adjudication et contiennent des griefs similaires, considérant que les recourants sont représentés par le même avocat, il se justifie de joindre les causes 2A 99 15, 2A 99 16 et 2A 99 17 en application de l'art. 42 al. 1 let. b du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1).

b) Déposés dans le délai et les formes prescrits, les présents recours sont recevables en vertu de l’art. 2 de la loi sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1) en relation avec les art. 3 LMP et 15 et 16 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2). Le Tribunal administratif peut donc entrer en matière sur leurs mérites.

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 (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.

d) Dans la mesure où les travaux à adjuger représentent un coût estimé à 813'000 fr. et considérant que l'adjudicateur est l'Etat de Fribourg, il ne fait pas de doute que le marché en cause est soumis à l'Accord intercantonal sur les marchés publics.

2. a) Contrairement à ce que soutient l'autorité intimée, on ne saurait déclarer irrecevable dans une procédure de recours contre l'adjudication le grief lié à l'absence des critères d'adjudication dans les documents d'appel d'offres sous prétexte que l'entreprise aurait dû faire valoir ce moyen dans le cadre d'un précédent recours contre l'appel d'offres. En effet, l'absence de critères d'adjudication implique que le principe de transparence, qui doit présider à toute adjudication, n'est pas respecté et que, par conséquent, l'adjudication elle-même s'en est trouvée gravement viciée. Dans une telle circonstance, on doit admettre qu'un soumissionnaire évincé a le droit d'invoquer le non-respect de ce principe fondamental pour s'opposer valablement à la décision d'adjudication. Même si elle trouve son origine dans la procédure d'appel d'offres, la violation du principe de transparence déploie un effet ultérieur, direct et global, sur toute la procédure d'attribution du marché public. A ce titre, elle peut être invoquée dans une procédure de recours contre l'adjudication, même si elle aurait déjà pu l'être dans un recours contre la décision d'appel d'offres. Dans ce cas, le défaut de procédure est à ce point grave qu'il exclut le déroulement normal de l'adjudication.

Ce qu'un recourant ne peut plus invoquer au stade du recours contre la décision d'adjudication, c'est l'inadéquation d'un critère, correctement rendu public dans le cadre de l'appel d'offres. Dans une telle situation, il doit agir immédiatement contre la décision d'appel d'offres (ATF 125 II 203 ss). En revanche, un défaut fondamental de procédure comme celui d'une violation grave du principe de la transparence peut être aussi invoquer dans un recours contre la décision finale d'adjudication.

Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le grief des recourants visant l'absence de critères d'adjudication.

b) Un des principes fondamentaux en matière d'attribution de marchés publics est celui de la transparence. Condition indispensable au contrôle du respect de l'application de la loi et du bon déroulement des procédures, le principe de la transparence vise à permettre aux participants de connaître à l'avance les diverses étapes de la procédure et leur contenu en leur fournissant toutes les informations minimales et utiles pour leur permettre de présenter une offre

valable et correspondant pleinement aux exigences posées par le pouvoir adjudicateur. La règle selon laquelle les critères d'adjudication doivent figurer par ordre d'importance dans les documents d'appel d'offres constitue un principe général applicable à toutes les procédures de passation de marchés publics. Ainsi, le pouvoir adjudicateur est-il tenu d'énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions; à tout le moins doit-il spécifier clairement par avance l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux, afin de prévenir tout risque d'abus et de manipulation. La règle imposant l'attribution du marché à celui qui présente l'offre économiquement la plus avantageuse laisse une marge d'appréciation considérable aux entités adjudicatrices qui doivent intégrer dans leur pondération tous les éléments permettant de juger de la relation "qualité-prix". Il existe dès lors un danger réel d'excès ou d'abus du pouvoir d'appréciation de la part des collectivités publiques concernées. L'obligation qui leur est faite d'indiquer préalablement les critères d'adjudication et leur ordre de priorité ou leur importance contribue précisément à réduire ce risque d'abus (ATF 125 II 101 et les références).

Au niveau cantonal, le principe de la transparence a été concrétisé par l'art. 15 al. 1 let. i RMP. Selon cette disposition, les documents d'appel d'offres contiennent au moins les critères d'adjudication dans l'ordre d'importance ainsi que les éléments de coûts, tels frais de transport et d'inspection, droits de douane et autres droits liés à l'importation, pris en considération pour évaluer les prix mentionnés dans l'offre.

c) Dans le cas particulier, l'adjudicateur s'est borné, dans l'appel d'offres, à mentionner que des critères d'aptitude seront décrits dans les soumissions. On cherche cependant en vain l'énoncé précis de ces critères d'aptitude dans les documents remis aux intéressés. Tout au plus trouve-t-on dans les conditions générales l'exigence d'une liste de références relative au câblage non blindé type AT&T et d'une certification d'intégrateur AT&T du soumissionnaire ou de son sous-traitant. Pour le reste, les documents remis aux entreprises ne permettent pas de savoir si d'autres critères de qualification seraient appliqués. Or, dans ses observations du 25 mars 1999, l'autorité intimée a admis expressément avoir appliqué dans la présente affaire la liste de critères figurant à l'annexe 2 RMP, jugée par elle de portée générale. Un tel procédé n'est pas acceptable. En effet, cette liste, de nature purement exemplative, n'est pas directement applicable à une procédure concrète d'adjudication. L'énoncé de la plupart des critères suppose qu'ils soient dûment complétés en fonction d'un marché particulier et il est donc exclu de s'y référer de manière générale comme substitut à la désignation concrète de critères d'aptitude. A tout le moins faut-il alors avertir expressément les soumissionnaires de cette situation, sans attendre de leur

part qu'ils devinent lesquels, parmi les renseignements généraux qu'ils sont appelés à fournir, seront considérés comme éliminatoires sous l'angle de l'accès au marché. Au demeurant, l'examen des informations requises de la part des soumissionnaires montre que seuls certains critères de l'annexe 2 pouvaient, au mieux, être pris en considération. Pour les autres, les informations manquaient. En d'autres termes, déjà au stade de la définition des critères d'aptitude, le procédé choisi par l'autorité intimée était contraire au principe de la transparence.

d) Si, à la rigueur, au vu des documents d'appel d'offre, le soumissionnaire pouvait se faire une idée des conditions de qualification, en revanche, aucune information ne lui a jamais été donnée quant aux critères d'adjudication.

Sur ce point, l'autorité intimée affirme que, dans la mesure où aucun critère particulier en dehors des critères d'aptitude n'a été défini, le marché devait être adjugé à l'entreprise offrant le prix le plus bas. Elle prétend donc que le prix était le seul critère utilisé et qu'il était dès lors superflu de l'indiquer puisque le prix est expressément mentionné comme critère d'adjudication par l'art. 30 RMP.

Cet argument n'est pas pertinent. Ayant à attribuer un marché relatif à un domaine technologique très avancé, il n'est pas crédible de prétendre que l'adjudication ne devait se faire que sur la base du prix. Comme l'ont répété à plusieurs reprises les utilisateurs et les représentants du bureau technique lors de la séance de comparution personnelle du 20 mai 1999, les exigences de qualité et de savoir-faire sont prépondérantes pour l'octroi du présent marché. Sous cet angle, les critères d'aptitude liés à la liste de référence relative au câblage non blindé type AT&T ne servaient manifestement pas seulement à déterminer la qualification de l'entreprise. Ils avaient aussi un rôle à jouer dans le cadre de l'adjudication proprement dite. En effet, il n'est pas douteux que si une entreprise n'avait déposé qu'une seule référence attestant de la pose d'un câblage du type voulu - elle aurait ainsi satisfait aux exigences de qualification - son manque d'expérience par rapport à un routinier du système aurait été sanctionné dans l'appréciation de son offre. L'examen de la note accompagnant la proposition d'adjudication des travaux établie par l'Architecte cantonal le 19 février 1999 montre d'ailleurs que les préoccupations liées à la qualité étaient bien présentes lors de l'adjudication et que le prix n'était pas seul en cause.

Il est évident qu'en l'espèce, les exigences de qualité constituaient un critère d'adjudication nécessaire - et pas seulement un critère de qualification - qui a été implicitement appliqué lors de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Au demeurant, même si l'on devait, par hypothèse, admettre que seul le prix constituait le critère d'adjudication, il appartenait à l'adjudicateur de l'indiquer clairement dans les documents d'appel d'offres. Contrairement aux affirmations de l'autorité intimée, on ne peut pas considérer qu'en cas d'absence d'indication des critères d'adjudication, l'art. 30 RMP implique nécessairement que seul le prix serve à adjuger le marché. Au contraire, pour les biens non standardisés, comme en l'espèce, l'art. 30 al. 1 RMP impose d'observer le rapport prix/prestations dans l'évaluation; ce qui suppose nécessairement l'adjonction d'autres critères à celui du prix. Si l'autorité intimée voulait véritablement se borner à sélectionner les soumissionnaires par le biais des critères d'aptitude, pour ensuite se limiter à ne tenir compte que du prix, elle devait l'indiquer conformément à l'art. 15 RMP, ce qu'elle n'a pas fait.

Du moment que le principe de la transparence n'a pas été respecté et que l'on ne sait toujours pas, avec précision, sur la base de quels critères le marché litigieux a véritablement été adjugé, il convient d'annuler toute la procédure pour violation de l'art. 15 al. 1 let. i RMP.

3. a) Le recours devant être admis pour ce motif, il est inutile d'examiner les autres griefs des recourants.

Par ces motifs,
la IIe Cour administrative
d é c i d e :

1. Le recours est admis. La procédure d'adjudication litigieuse est annulée.