IIe Cour administrative. **Séance du 18 juin 1999.** Statuant sur le recours interjeté le 11 mai 1999 (**2A 99 39**) par **S**, contre la décision prise le 3 mai 1999 par le Conseil d'Etat, adjugeant les travaux d'installation de ventilation et chauffage nécessités par le réaménagement du la salle du Grand Conseil au consortium **X**; **(Marché public; offre la plus avantageuse)**

En fait:

A. Le 9 avril 1999, l'entreprise S, agissant par sa succursale de Fribourg, a déposé une offre dans la procédure d'adjudication des travaux d'installation de ventilation et de chauffage nécessités par le réaménagement de la salle du Grand Conseil. Les travaux étaient offerts pour le montant de 187'401 fr. 50.

B. Par décision du 3 mai 1999, le Conseil d'Etat a adjugé le marché au consortium X pour un montant de 188'305 fr. Cette décision a été notifiée à S le 6 mai 1999 et était accompagnée du tableau comparatif des offres établi le 19 avril 1999 qui précise que le "consortium X connaît les installations pour avoir réalisé les travaux concernant les salles au 2ème étage, avec certaines modifications pour la salle du Grand Conseil".

C. Agissant le 11 mai 1999, la société S a contesté devant le Tribunal administratif la décision du 3 mai 1999 dont elle demande implicitement l'annulation. A l'appui de ses conclusions, la recourante invoque l'arbitraire de la décision attaquée dès lors que son offre était plus avantageuse que celle qui a été retenue. Elle explique qu'elle révise l'installation de climatisation de la salle du Conseil d'Etat deux fois par an, de sorte qu'elle connaît aussi très bien les lieux. Elle relève également avoir été la seule entreprise présente lors de l'inspection des lieux annoncée comme obligatoire pour tous les soumissionnaires.

D. Dans ses observations, la Direction des travaux publics, agissant au nom du Conseil d'Etat, conclut principalement à l'irrecevabilité du recours et subsidiairement à son rejet. Elle estime tout d'abord que le recours n'est pas suffisamment motivé et qu'il est dès lors irrecevable. Sur le fond, l'autorité intimée donne la liste des motifs qui ont justifié l'adjudication au consortium X. En substance, on peut retenir que le consortium présente des garanties supérieures quant au nombre et à la qualité des personnes pouvant être affectées au chantier. La succursale de Fribourg de la recourante a un

effectif trop faible pour assurer le respect des délais et la disponibilité requise en cas d'interventions ponctuelles; elle ne dispose pas non plus sur place d'un personnel technique qualifié en matière d'installation de ventilation et conditionnement d'air. Enfin, reprenant l'information figurant déjà dans le tableau comparatif du 19 avril 1999, l'autorité intimée rappelle que le consortium connaît le bâtiment puisqu'il a réalisé les installations de la transformation du 2ème étage de l'Hôtel cantonal, installations sur lesquelles il est prévu de se connecter. Il souligne en outre une confusion que fait la recourante entre la salle du Grand Conseil et celle du Conseil d'Etat. S'il est vrai que la recourante révise l'installation du Conseil d'Etat deux fois l'an, elle n'est pas chargée de s'occuper de la salle du Grand Conseil, située dans un autre bâtiment. Enfin, la Direction des travaux publics explique que lors de la séance du 31 mars 1999, le consortium X a excusé son absence en invoquant le fait qu'il connaît les lieux et les installations existantes puisqu'il en a été l'exécutant. En conclusion, pour l'autorité intimée, l'avantage de choisir une entreprise connaissant déjà les installations existantes est prépondérant lorsque la différence de prix est aussi faible pour ne pas dire insignifiante.

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) en relation avec les art. 15 et 16 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2).

   En particulier, il faut constater que le mémoire de recours, même s'il est très sommaire, contient quand même plusieurs critiques circonstanciées de la décision d'adjudication.

   Il y a donc lieu d'entrer en matière sur les mérites du recours.

   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.

2. Sur la base des décrets du 4 janvier 1994 et du 9 décembre 1998 relatifs à l'octroi de crédits pour le réaménagement de la salle du Grand Conseil, les

coûts qu'impliquent ces travaux dépassent de loin de montant de 263'000 fr. à partir duquel l'art. 41 al. 3 RMP impose de suivre la procédure d'adjudication ouverte ou sélective. C'est donc à juste titre que l'autorité intimée a appliqué aux travaux litigieux les règles relatives à ces procédures.

3. Selon l'art. 30 RMP, le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans l'évaluation, le rapport prix/prestations doit être observé. Dans ce cadre, en dehors du prix, des critères particuliers peuvent être pris en considération, comme la qualité, les délais, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'écologie, la convenance de la prestation, la valeur technique, la formation d'apprentis, l'esthétique, l'assurance qualité, la créativité et l'infrastructure.

L'art. 15 al. 1 let. i RMP prévoit que 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.

Dans le cas particulier, les documents d'appel d'offres prévoient simplement, sous le titre "critères d'adjudication", que l'évaluation des offres sera faite par l'adjudicateur selon les critères définis à l'art. 30 RMP.

4. On peut sérieusement se demander si la simple référence à l'art. 30 RMP figurant dans les documents d'appel d'offres suffit pour satisfaire aux exigences strictes de l'art. 15 al. 1 let. i RMP. S'il est vrai que la référence précise à l'art. 30 RMP intègre formellement les critères exemplatifs de cette disposition dans le marché à adjuger, on peut douter cependant que tous les critères ainsi intégrés aient un sens compte tenu des travaux à effectuer. S'agissant d'installations de ventilation et chauffage, on ne voit pas clairement quelle pourrait être la portée d'un critère de rentabilité distinct des coûts d'exploitation. De même, dans la mesure où les soumissionnaires ne fournissent pas de plans décrivant l'impact spatial de l'offre - à supposer qu'ils aient la moindre liberté dans ce domaine - le critère d'esthétique est manifestement inapplicable. On ne peut donc pas suivre l'autorité intimée lorsqu'elle ne prend pas la peine de formuler les critères d'adjudication de manière concrète, en fonction de chaque marché à adjuger.

Cela étant, ce défaut n'entraîne pas en l'espèce l'annulation de la procédure d'adjudication. En effet, les critères pas ou peu adaptés au marché n'ont déployé aucune influence sur l'adjudication; il sautait aux yeux que ces critères inadaptés n'allaient pas être utilisés et les soumissionnaires n'ont manifestement pas modifié leur offre pour y satisfaire. Partant, les principes d'égalité de traitement et de transparence, principes fondamentaux en

matière de marchés publics, n'ont pas été transgressés, malgré l'informalité commise par l'adjudicateur qui bénéficie ainsi d'un heureux hasard.

5. Reste ainsi à examiner si l'appréciation faite par l'autorité intimée est conforme à l'art. 30 RMP qui impose l'adjudication du marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse.

Sous cet angle, il faut d'emblée constater que, pour un marché de l'ordre de 190'000 fr., la différence entre l'offre de l'adjudicataire et celle de la recourante n'est que de 903 fr. 40. Une telle différence de prix est quasiment insignifiante. Or, pour décider de l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation considérable (ATF 125 II 101). Appelé à procéder à la pondération de tous les éléments permettant de juger de la relation "qualité-prix", il peut se référer à la liste des critères d'adjudication figurant dans les documents d'appel d'offres pour moduler l'importance du prix offert. Il n'est certes pas totalement libre puisqu'il doit utiliser les critères d'adjudication en tenant compte de leur importance respective, importance qui ressort également des documents d'appel d'offre.

Lorsque, comme en l'espèce, la différence de prix est très faible entre deux offres, il est évident que les autres critères d'appréciation jouent un rôle décisif dans l'adjudication. Dans le cas concret, le fait incontesté que le consortium connaît le bâtiment et les installations existantes en matière de ventilation et de chauffage constitue, à l'évidence, un atout supplémentaire qui prime la minime différence de prix que fait valoir la recourante. Cette connaissance particulière des lieux implique un gain de temps et d'explications apte à reléguer à l'arrière plan une économie de 900 fr. seulement. Ce motif justifie à lui seul la préférence donnée au consortium.

Les autres arguments liés au personnel de la recourante et à sa qualification semblent avoir été énoncés après coup, pour les besoins de la présente cause; ils n'est pas établi qu'ils ont été pris en considération dans le cadre de l'adjudication et doivent donc être écartés.

6. Dans la mesure où le consortium était excusé lors de la séance d'inspection des lieux du 31 mars 1999, son absence ne saurait être considérée comme un motif justifiant son exclusion de la procédure d'adjudication. Au demeurant, cette séance n'était pas importante au point de justifier une quelconque exclusion d'un soumissionnaire.

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

1. Le recours est rejeté.