

602 2010-41

Arrêt du 26 août 2010

II^e COUR ADMINISTRATIVE

COMPOSITION	Président :	Christian Pfammatter
	Juges :	Josef Hayoz, Michel Wuilleret

PARTIES	X. SA, recourante , représentée par Me Jean-Luc Maradan, avocat, rue de Lausanne 91, 1700 Fribourg,
---------	--

contre

DIRECTION DE L'AMENAGEMENT, DE L'ENVIRONNEMENT ET DES CONSTRUCTIONS, rue des Chanoines 17, case postale, 1701 Fribourg, **autorité intimée**,

Y. SA, intimée,

OBJET	Marchés publics
-------	-----------------

Recours du 7 juin 2010 contre la décision du 25 mai 2010

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. Dans le cadre du réaménagement et de l'agrandissement du Collège de Gambach, l'Etat de Fribourg a fait paraître dans la Feuille officielle du 5 mars 2010 un appel d'offres en procédure ouverte pour le marché "CFC 224.1 Etanchéités souples".

Le 15 avril 2010, après avoir reçu les documents d'appel d'offres, qui comprenaient notamment les critères d'adjudication, l'entreprise X. SA a déposé une offre pour un montant net de 1'144'465 francs. En parallèle, elle a également proposé une "variante d'entreprise" pour un montant net de 907'238 francs.

B. Par arrêté du Conseil d'Etat du 17 mai 2010, communiqué à la soumissionnaire par pli recommandé du 25 mai 2010, notifié le 28 mai, le marché a été adjugé à l'entreprise Y. SA pour le prix de 1'166'614 francs.

Selon le Tableau des critères d'adjudication, transmis en annexe, il apparaît que l'entreprise X. SA est arrivée en troisième position sur quatre concurrents avec un total de 458 points. L'adjudicataire a obtenu, pour sa part, 480,85 points, soit 22,85 points de plus que l'intéressée.

Dans le détail, l'appréciation des critères a donné le résultat suivant:

ENTREPRISES		X. SA		Y. SA	
MONTANT TOTAL NET TTC		Fr. 1'144'936.45		Fr. 1'166'614.00	
N°	Critère	Nbre de points	Points x Poids	Nbre de points	Points x Poids
1.0	Coût	5	350.00	4.72642	330.85
2.0	Présentation de l'entreprise et organisation de chantier				
2.1	Domaine d'activité, savoir faire	5	15.00	5	15.00
	Spécialisation	5	15.00	5	15.00
2.2	Organigramme de l'entreprise	5	10.00	5	10.00
	Qualification du personnel (diplômes, certificats)	5	10.00	5	10.00
	Formation d'apprentis	1	2.00	5	10.00
2.3	Assurance qualité ou équivalent	3	6.00	5	10.00
2.4	Composante environnementale	3	6.00	5	10.00
2.5	Références en rapport avec l'objet, sur les 8 dernières années	1	6.00	5	30.00
2.6	Qualifications du responsable du chantier (diplômes)	5	10.00	5	10.00
	Qualifications du responsable du chantier (expérience)	4	8.00	5	10.00
2.7	Nombre et qualification du personnel prévu pour le chantier	5	15.00	5	15.00
2.8	Qualification et fiabilité des sous-traitants éventuels (réf.)	5	5.00	5	5.00
	Total des points		458.00		480.85

Cette appréciation s'est fondée sur la grille d'évaluation des critères adoptée par l'adjudicateur le 14 avril 2010, qui prévoit notamment une pondération de 2% pour les

critères des apprentis, de la qualification du responsable du chantier (expérience) et de la composante environnementale et une pondération de 6% pour les références en rapport avec l'objet.

C. Agissant le 7 juin 2010, X. SA a contesté devant le Tribunal cantonal la décision du 17 mai 2010 dont elle demande l'annulation, sous suite de frais et dépens. Elle conclut, principalement, à obtenir le marché litigieux et, subsidiairement, à ce que la cause soit renvoyée à l'Etat de Fribourg pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

A l'appui de ses conclusions, la recourante se plaint tout d'abord d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. Elle relève que l'autorité intimée n'a pas fait mention de la variante qu'elle a déposée, alors qu'elle l'a indiquée pour ses concurrents qui ont obtenu les 2^{ème} et 4^{ème} places. Sa variante n'a pas été discutée, ni évaluée. Elle estime que cette informalité jette le discrédit sur la méthode de travail de l'adjudicateur et qu'il est impossible de savoir si, malgré cette erreur, les autres points sur lesquels a porté son appréciation ont été correctement évalués.

La recourante relève également que son adresse et son numéro de téléphone ont été mal indiqués dans le Tableau des critères d'adjudication, dès lors que ces informations appartiennent à un concurrent. Vu ces erreurs, elle estime qu'il ne peut être exclu qu'il y ait eu d'autres confusions dans le calcul des notes et/ou dans le report de celles-ci sur le tableau. A son avis, une admission du recours s'impose puisqu'il est impossible de contrôler si le pouvoir adjudicateur a correctement tenu compte de tous les éléments pertinents.

Pour la recourante, ces erreurs de fait sont également constitutives d'une violation de l'égalité de traitement puisqu'on ne peut pas savoir si elle n'a pas été pénalisée par rapport à ses concurrentes.

L'intéressée se plaint également de la mise en œuvre du critère relatif à la formation des apprentis. A son avis, ce critère a un poids trop important dans la mesure où les écarts entre concurrents sont faibles. Du moment qu'il n'y a que deux scores possibles (5 en cas de formation d'apprenti et 1 si l'entreprise n'en forme pas), cette manière d'évaluer serait arbitraire.

S'agissant de la composante environnementale, la recourante conteste la note 3 sur 5 qu'elle a reçue pour ce critère. Si elle peut admettre ne pas obtenir le maximum dès lors qu'elle ne bénéficie pas d'une certification officielle, elle revendique une note de 4 sur la base du formulaire qu'elle a produit et qui atteste de son engagement en faveur de la protection de l'environnement. Elle fait valoir que le système de notation est flou quant au traitement des entreprises n'ayant pas obtenu une certification officielle et que cette situation serait contraire au principe de la transparence.

En ce qui concerne le critère des références en rapport avec l'objet sur les huit dernières années, la recourante ne comprend pas qu'elle n'ait reçu qu'un seul point alors qu'elle a produit des références sur 7 années au lieu de 8. Elle a fourni trois références similaires au projet en cours ainsi qu'une annexe avec l'ensemble de ses références. Elle avait en outre indiqué que le domaine d'activité du CFC est une de ses spécialités et que cette activité est permanente. Elle considère que la décision ne lui attribuant qu'un seul point est arbitraire.

Enfin, la recourante critique l'appréciation de l'adjudicateur en tant qu'il lui accorde 4 points sur 5 au titre des qualifications du chef de chantier. Elle a souligné dans son offre que le technicien responsable du chantier est au bénéfice d'une expérience de 20 ans. Exiger plus de 20 ans d'expérience relèverait de l'arbitraire.

En résumé, la recourante estime qu'en supprimant le critère de formation des apprentis, ce qui aurait pour conséquence d'attribuer la note 5 à tous les participants, en attribuant un point supplémentaire pour la composante environnementale et en donnant la note maximale aux références en rapport avec l'objet et aux qualifications du responsable du chantier, la recourante obtiendrait plus de 30 points supplémentaires, ce qui lui permettrait de remporter le marché.

D. Le 3 juillet 2010, la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (la Direction) a déposé, au nom du Conseil d'Etat, ses observations sur le recours dont elle conclut au rejet, dans la mesure où il est recevable.

Reprenant point par point les critiques de la recourante, l'autorité conteste toute informalité dans la procédure de passation du marché ou dans l'évaluation des offres.

Dans le détail, elle relève tout d'abord que, si la recourante a effectivement déposé une "variante d'entreprise" pour un montant de 907'238 francs, sa proposition ne contenait pas toutes les données permettant de juger les aspects techniques et financiers; en particulier, la variante (coupole) ne contient aucune donnée qualitative sur les caractéristiques et spécifications techniques qui doivent obligatoirement faire partie de l'offre déposée. De plus, alors que cela est formellement interdit, la recourante a modifié le texte du dossier d'appel d'offres en biffant, sous lettre R 691, p. 32, les termes "LAMILUX type FE" et en les remplaçant par "Marque et type exact(e) à discuter en cas d'intérêt". Faute de pouvoir être évaluée, la variante n'a pas été jugée recevable.

S'il est vrai que l'adresse et du numéro de téléphone de la recourante ne sont pas exacts sur le tableau et qu'il s'agit de coordonnées d'une autre entreprise – ne faisant pas partie du CFC évalué – cette légère erreur de plume n'a eu aucune influence sur l'évaluation. Il n'y a eu aucune confusion entre les soumissionnaires lors de la retranscription des notes et points.

S'agissant de la prise en considération de la formation d'apprentis, la Direction souligne que ce critère est admis par l'art. 30 du règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11). Il est limité à une pondération très modeste de 2% et l'égalité de traitement entre les soumissionnaires a été respectée. Il ne saurait dès lors être considéré comme une restriction d'accès au marché. Ne formant pas d'apprenti, la recourante ne peut pas se plaindre d'avoir reçu 1 point à ce titre.

Dans le domaine de la composante environnementale, la grille d'évaluation arrêtée le 14 avril 2010 prévoit d'attribuer la note maximale de 5 aux soumissionnaires certifiés ISO 14001, ECO-entreprise ou équivalent, la note 3 aux soumissionnaires ayant mis en place des mesures particulières ou allant au-delà de la législation en la matière et la note 1 à ceux qui se limitent à respecter la législation. N'étant pas certifiée, ni ECO-entreprise, la recourante a reçu la note 3 en raison des mesures qu'elle a prises. Elle n'a pas droit à plus. Du moment que l'adjudicateur a ainsi appliqué la grille d'évaluation établie avant l'ouverture des offres, les principes de transparence et d'égalité de traitement n'ont pas été violés.

En ce qui concerne le critère des références en rapport avec l'objet, la Direction indique que le dossier d'appel d'offres demande que chaque soumissionnaire présente au maximum 5 références de travaux similaires – sur les huit dernières années - à ceux mis en soumission, du point de vue de l'ampleur des coûts et des difficultés techniques. Selon le système d'évaluation, la note 1 est attribuée aux soumissionnaires fournissant une ou plusieurs références ne correspondant pas aux critères précités.

Dans sa description succincte des travaux cités en référence, la recourante n'a fourni aucune information concernant les matériaux et les systèmes d'isolation utilisés. Afin de pouvoir procéder à une évaluation correcte des références, le bureau d'architecte assumant la direction des travaux a demandé par courriel et téléphone des précisions sur ces éléments, qui revêtent une importance capitale dans l'évaluation.

Il ressort que les travaux que la recourante a effectués selon les 3 références fournies ne correspondent pas à ceux qui sont demandés dans le dossier d'appel d'offre (toiture compacte en verre cellulaire). La pose de ce type de toiture d'excellente qualité et extrêmement durable requiert un savoir-faire et une mise en œuvre particulière, différente des systèmes d'étanchéité usuels tels ceux cités en référence par la recourante. Dès lors, compte tenu du manque d'expérience de la recourante en lien avec ce type d'étanchéité, l'autorité a considéré les références comme non similaires aux travaux prévus. Il était donc logique d'attribuer la note 1. Quant au coefficient de pondération des références (6%), il est judicieux compte tenu de l'importance que revêt la qualité dans l'étanchéité d'un bâtiment.

Enfin, la Direction relève que, selon la grille d'évaluation, la note 4 est attribuée au soumissionnaire dont le responsable de chantier a entre 16 et 20 ans d'expérience. La note maximale - soit 5 - est attribuée lorsque le responsable dispose d'une expérience supérieure à 20 ans. Du moment que le responsable de la recourante dispose de 20 ans d'expérience, la note de 4 est conforme à la méthode d'évaluation mise en place.

E. Invitée à se déterminer, l'adjudicataire a renoncé à déposer des observations sur le recours.

F. Le 20 août 2010, la recourante a déposé sa réplique en persistant dans ses conclusions. Elle reprend pour l'essentiel les arguments développés dans son recours. En particulier, elle estime que les nombreuses inexactitudes truffant le Tableau d'évaluation la confortent dans le sentiment d'avoir été lésée par l'adjudication. Elle fait valoir par ailleurs avoir parfaitement mentionné les données techniques de sa variante qui aurait dû être évaluée. S'agissant de la composante environnementale, la recourante se plaint que l'adjudicateur n'a pas tenu compte de la seconde page de l'annexe déposée avec la soumission, prouvant que l'entreprise remplit les conditions Eco-entreprise ou équivalent. La société B. Sàrl dont elle possède les parts à titre d'associée l'atteste. Sur la question des références, la recourante estime que le critère manquait de transparence. Faute d'indications complémentaires, elle ne pouvait comprendre que "grandeur et volume similaire" se rapportait à du verre cellulaire. De plus, dans la mesure où ce matériau est extrêmement cher, le fait que des références à un coût inférieur aient été présentées n'est pas relevant. De toute manière des valeurs de l'ordre de 360'000 francs à 500'000 francs sur un chantier d'environ 1 million ne permettent pas, à son avis, de donner une indication valable quant à la capacité d'une entreprise d'assumer sa tâche. Vu le manque de clarté dans les documents mis à disposition, l'attribution d'une note de 1 est arbitraire. Enfin, la recourante souligne que, selon le curriculum vitae fourni à

l'adjudicateur, son chef de chantier dispose en réalité de 21 d'expérience. Elle a indiqué 20 ans parce qu'elle pensait que cette durée était suffisante pour obtenir le maximum de point au titre de ce critère. Refaisant le total des points auxquels elle estime avoir droit, la recourante arrive à 484 points, soit à la première place.

F. Parallèlement, dans son recours, l'intéressée a requis l'octroi de l'effet suspensif. L'autorité intimée a proposé à la Cour de renoncer à statuer sur cette question, si elle était en mesure de se prononcer rapidement sur le fond, étant rappelé que le début des travaux est en principe fixé en septembre 2010.

e n d r o i t

1. a) Formé dans le délai légal de 10 jours dès la notification de la décision attaquée et l'avance de frais requise ayant été payée, le recours, dûment motivé, est recevable (art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics; AIMP; RSF 122.91.2). Le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière.

b) Selon l'art. 16 al. 1 AIMP, le recours devant le Tribunal cantonal 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, à défaut d'habilitation légale expresse, le Tribunal cantonal ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité (art. 16 al. 2 AIMP).

2. L'erreur de plume concernant l'adresse et le numéro de téléphone de la recourante indiqués dans le tableau d'évaluation des critères est manifestement sans aucune incidence sur la validité de l'appréciation des offres, telle qu'elle a été effectuée par l'adjudicateur. Il n'y a aucun indice que, matériellement, l'offre de la recourante n'aurait pas été prise correctement en considération. La tentative de prendre prétexte de l'erreur de plume pour jeter la suspicion sur l'ensemble des données ne repose sur aucun élément de fond objectif.

3. L'art. 2.1.4.3 des conditions générales du dossier d'appel d'offres relatif à la possibilité de déposer des variantes prévoit que les variantes d'entrepreneur devront contenir toutes les données permettant de les juger sous les aspects techniques et financiers.

En l'occurrence, le document intitulé "variante d'entreprise" déposé par la recourante pour un montant de 907'238 francs ne respecte manifestement pas cette exigence. Il se limite à tracer la marque "LAMILUX type FE" à la position R 691 sur le formulaire d'offre préimprimé en indiquant "Marque et type exacts à discuter en cas d'intérêt". Le document est rempli par la suite avec d'autres chiffres plus favorables sans la moindre explication supplémentaire. Si, cas échéant, par ce biais, la recourante voulait faire comprendre à l'adjudicateur que, pour la coupole, elle avait en tête un autre produit moins cher pour remplacer la marque LAMILUX type FE, on doit constater que l'intéressée n'indique pas quel serait cet autre produit et quels sont ses spécifications. Face à une proposition aussi vague, l'autorité intimée n'a, à l'évidence, pas violé la loi en n'examinant pas cette variante non aboutie.

4. a) Le dossier d'appel d'offres exigeait expressément des soumissionnaires le dépôt de références en rapport avec l'objet, sur les 8 dernières années. Sous chiffre 2.5 de ce document, il était prévu que chaque soumissionnaire présentera au maximum 5 références de travaux similaires du point de vue:

- chantiers dont l'ampleur des coûts et les difficultés sont comparables;
- travaux terminés dans les 8 dernières années.

En l'occurrence, la recourante a déposé trois références pour des travaux qu'elle a jugés similaires, soit:

- La transformation de la halle de sport de Domdidier. Montant: 500'000 francs. Description des travaux: Dépose étanchéité existante, mise en place nouveau complexe d'étanchéité, ferblanterie;
- 5 immeubles "En Corcelles", Attalens. Montant: 360'000 francs. Description des travaux: Etanchéité, isolation, ferblanterie toitures principales, garages;
- Logements étudiants EPFL, St-Sulpice – Vaud. Montant: 430'000 francs. Description des travaux: Etanchéité – isolation de 4 immeubles et garages.

Compte tenu du peu d'informations contenues dans ces références, le bureau d'architecte chargé de la procédure de marché public a contacté la recourante, les 22 et 23 avril 2010, pour obtenir des précisions sur le type d'isolation, type d'étanchéité, système de toiture, etc..

Le 23 avril 2010, la recourante a répondu de la manière suivante:

1. Halle de sport de Domdidier

- Barrière de vapeur bitumeuse collée au bitume à chaud en pleine surface.
- Isolation en panneaux de mousse de PUR ép. 140mm.
- Etanchéité bitumeuse bicouches anti-racines type EGV3 + EP5WF.
- Gravier ronds lavés 16-32 avec natte de protection.
- Plot de sécurité avec ligne de vie inox (Lux-Top).

2. Immeubles et garage à Attalens

- Barrière de vapeur bitumeuse collée au bitume à chaud en pleine surface.
- Isolation en panneaux de mousse de PUR avec pente incorporée ép. 114-150mm.
- Etanchéité bitumeuse bicouches type EGV3 + EP4.
- Gravier ronds lavés 16-32 avec natte de protection.

3. Logements estudiantins EPFL

- Barrière de vapeur bitumeuse collée au bitume à chaud en pleine surface.

- Isolation en panneaux d'EPS ép.160mm.
- Etanchéité bitumeuse bicouches anti-racines type EGV3 + EP5WF.
- Gravier ronds lavés 16-32 avec natte de protection.
- Plots de sécurité inox (Lux-Top).

Dans la mesure où le coût des travaux mis en soumission dans la présente affaire s'élève à plus d'un million de francs, on doit d'emblée constater que les références produites par la recourante ne peuvent pas être admises au motif qu'il s'agirait de chantiers dont l'ampleur des coûts était similaire. Le projet le plus onéreux mené par la recourante ne dépasse pas 500'000 francs. L'écart de coût est, par conséquent trop important pour prendre en considération les références sous l'angle financier. Les critiques formulées à ce propos par la recourante dans sa réplique sont sans pertinence dès lors qu'elle tente simplement de substituer son appréciation à celle de l'adjudicateur sans démontrer que la position de ce dernier serait insoutenable. Or, on ne voit pas pourquoi il ne serait pas raisonnable d'effectuer une distinction entre des chantiers de 500'000 francs et d'autres d'un million. Peu importe que le coût relève de l'ampleur du chantier ou du prix des matériaux spéciaux utilisés. Le fait de tenir compte du coût du chantier relève à l'évidence du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur lorsqu'il pose les critères du marché.

Compte tenu des informations transmises par la recourante, il n'est pas possible non plus d'admettre les références sous l'angle technique. Les documents produits ne permettent pas de reconnaître que l'intéressée aurait une expérience en matière d'isolation souple d'une toiture compacte en verre cellulaire. Selon ce qu'elle en a dit, les bâtiments qu'elle cite en référence ne bénéficiaient pas de ce type de toiture. En tant que professionnelle en isolation et disposant des plans du projet, la recourante a eu mains toutes les informations nécessaires pour déterminer lesquelles de ses réalisations passées sont objectivement les plus similaires au marché mis en soumission. L'adjudicateur, qui a décrit le projet, n'avait pas l'obligation de préciser plus en détail les critères de comparaison (ATC du 2 octobre 2007, 2A 07 92, consid. 4). Les critiques quant à l'imprécision du critère sont ainsi sans pertinence. Dans la mesure où, objectivement, les références produites par la recourante ne concernent pas le même type de toiture, l'autorité intimée n'a pas commis une violation de son pouvoir d'appréciation en estimant que les documents produits ne correspondaient pas à des travaux similaires et en accordant ainsi une note de 1 pour ce critère.

b) Dès lors que la recourante en reste ainsi à 6 points pour le critère des références, il lui est impossible de rattraper son retard sur l'adjudicataire par le biais des griefs invoqués contre les autres critères d'adjudication. Son recours doit donc être rejeté sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur la pertinence de ceux-ci.

Au demeurant, dans la mesure où la recourante ne dispose pas d'une certification ISO 14001, elle ne peut pas sérieusement espérer voir sa note modifiée en ce qui concerne le critère de la composante environnementale (selon la grille d'évaluation, seules les notes 1, 3 et 5 peuvent être attribuées à ce titre). Le fait qu'elle détienne les parts et qu'elle contrôle la société B. Sàrl, qui n'était pas soumissionnaire, n'est pas suffisant pour lui reconnaître le statut d'Eco-entreprise ou équivalent. La notation échappe également à la critique sous l'angle du critère des apprentis. Il est usuel, conformément à l'art. 30 RMP, de tenir compte de la formation des apprentis. Limité à une pondération marginale de

2%, ce procédé ne pose aucun problème de distorsion de concurrence et sert uniquement à départager deux soumissionnaires quasiment à égalité. Quant à la qualification du chef de chantier, il faut constater que la recourante a indiqué elle-même que M. R. ne disposait pas de plus de 20 ans d'expérience. L'intéressée ne peut donc pas reprocher à l'adjudicateur de n'avoir pas corrigé d'office son imprécision sur la base du curriculum vitae produit.

5. Dès lors que la Cour s'est ainsi prononcée sur le fond, la demande de restitution de l'effet suspensif est devenue sans objet.

6. Il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure (art. 131 CPJA).

Pour le même motif, elle n'a pas droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA).

Dans la mesure où, sur la question principale des références, aucune critique de procédure n'est à émettre à l'endroit de l'adjudicateur, il n'y a pas lieu de réduire les frais ou d'accorder des dépens, sous prétexte que des lacunes ou des imprécisions de la décision attaquée auraient contraint la recourante à agir devant le Tribunal cantonal pour clarifier la situation.

l a C o u r a r r ê t e :

- I. Le recours est rejeté.
- II. Les frais de procédure sont mis par 1'500 francs à la charge de la recourante. Ils sont compensés avec l'avance de frais qu'elle a effectuée.
- III. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie.

A supposer qu'elle concerne une question de principe, la présente décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification.

210.5