

Ile Cour administrative. **Séance du 7 avril 2000.** Statuant sur le recours interjeté le 12 janvier 2000 (**2A 00 4**) par **D** et **C**, contre la décision rendue le la décision rendue le 7 décembre 1999 par le Conseil d'Etat du canton de Fribourg par laquelle il a attribué les travaux de construction de la signalisation de la section 8 Cheyres-Cugy, lot 180.25, de la route nationale A1 à l'entreprise A. (marchés publics / critères d'adjudication)

### **En fait:**

- A. Le 18 décembre 1998, la Direction des travaux publics, par l'intermédiaire du Bureau des autoroutes (ci-après; le BAR), a fait paraître dans la Feuille officielle un appel d'offres portant sur la fourniture de l'installation de signalisation (commande et signalisation active et fixe) pour la section 8, Cheyres - Cugy, de la route nationale A1 (lot 180.25). La procédure d'adjudication appliquée était la procédure sélective.

A la suite d'une procédure de préqualification, trois entreprises ont été admises à participer à l'appel d'offres, à savoir X, S et D. S'agissant des références, les trois entreprises retenues ont été cotées de façon identique avec une note de 5 sur 6.

Les documents de soumission ont été remis aux entreprises préqualifiées le 12 juillet 1999. Les critères d'adjudication figuraient dans la lettre d'accompagnement de la façon suivante:

- prix - références - organisation
- maîtrise technique - respect des délais
- preuve du paiement des cotisations sociales et des impôts.

Un délai expirant le 26 août 1999 à 16h00 était imparti pour déposer les offres. Ce délai a ensuite été reporté au 9 septembre 1999.

Par courrier du 19 juillet 1999, X a communiqué au BAR la nouvelle raison sociale de l'entreprise, à savoir A.

D'après le tableau de réception des offres, les trois entreprises préqualifiées ont déposé leur dossier d'offre en mains propres le 9 septembre 1999, à 15h20 pour A, à 15h45 pour D et à 16h50 pour S. D était placée en premier rang avec une offre brute (TVA non comprise) de fr. 2'196'778,-. Suivait A

avec une offre brute de fr. 2'350'000.- et enfin S avec une offre brute de fr. 3'041'441.-.

Par courriers des 15 et 17 septembre 1999, E, chargé par le BAR de s'occuper du dossier d'appel d'offres, a demandé à A des renseignements complémentaires sur son offre. L'entreprise a fourni les informations requises par courrier du 21 septembre 1999.

Une séance de préadjudication a ensuite été organisée le 14 octobre 1999 dans le but de clarifier différents points du dossier d'appel d'offres. A et D y ont participé. La participation de S reste en revanche incertaine.

Au cours de cette séance, A a été informée du fait que la partie "signalisation fixe" de l'appel d'offres allait être remise en soumission auprès des entreprises préqualifiées et que le maître d'ouvrage se réservait le droit d'adjuger cette position séparément. Cette information ne semble, en revanche, pas avoir été communiquée aux autres entreprises.

Le 18 novembre 1999, E a établi un rapport d'adjudication basé sur les critères d'évaluation suivants:

- conformité de l'offre au cahier des charges
- contrôle des soumissions
- expériences et références des entreprises
- prix.

Le rapport indique que, suite à l'évolution du projet ainsi qu'à des changements quantitatifs des signaux fixes et des supports déformables, il a été décidé de supprimer ces éléments de la soumission. E a par conséquent procédé unilatéralement à une correction des offres en supprimant les positions concernées par le changement. Suite à cette modification, les offres brutes (TVA non comprise) ont été réduites de:

- fr. 191'451.- pour D;
- fr. 427'206.- pour A;
- fr. 216'291.- pour S.

Elles ont ainsi été ramenées respectivement à :

- fr. 2'005'327.-;
- fr. 1'922'794.-;

- fr. 2'825'222.-.

E a recommandé l'adjudication à l'entreprise ayant déposé l'offre la plus avantageuse, à savoir A.

Le BAR a procédé, le 24 novembre 1999, à un contrôle des appels d'offres pour proposition d'adjudication. Le seul critère d'adjudication alors pris en considération a été le prix.

Par courrier du 29 novembre 1999, le BAR a informé les entreprises concernées d'une modification de l'appel d'offres due à un changement important de la fourniture des signaux fixes et supports déformables. Il leur a indiqué que les positions 4.1.1.15 à 4.1.1.44 ainsi que 4.1.1.65 et 4.1.1.66 allaient être remises en soumission et qu'un nouveau dossier d'offres allait leur être ultérieurement communiqué.

- B. Le 7 décembre 1999, le Conseil d'Etat a adjugé les travaux de construction de signalisation à l'entreprise A, pour le montant net (TVA comprise) de fr. 2'067'003.-. Cet arrêté n'a été notifié aux entreprises adjudicataires que le 4 janvier 2000 par le BAR.
- C. Agissant le 12 janvier 2000, D et C a contesté devant le Tribunal administratif la décision d'adjudication du 7 décembre 1999. Elle demande, sous suite de frais et dépens, principalement l'annulation de cette décision et subsidiairement le constat de son illicéité. Après avoir pris connaissance du dossier de l'autorité intimée, la recourante a complété ses griefs par réplique du 15 février 2000.

Elle invoque en substance la violation de principes fondamentaux applicables en matière de marchés publics, en particulier les principes de la transparence, de l'égalité de traitement et de l'interdiction de négociations entre pouvoir adjudicateur et soumissionnaires. Il est notamment reproché au pouvoir adjudicateur d'avoir mentionné les critères d'adjudication sans ordre de priorité ni facteur de pondération et de les avoir intervertis en cours de procédure de sorte qu'il est finalement impossible de savoir sur quels critères est fondée l'adjudication. La recourante se plaint en outre d'une modification de l'appel d'offres intervenue en cours de procédure. Elle fait également valoir d'autres irrégularités, notamment l'absence de communication des noms des soumissionnaires dans le procès-verbal d'ouverture des offres du 9 septembre 1999 et la prise en compte d'une offre, semble-t-il, tardivement déposée. Elle relève le fait que la décision du 7 décembre 1999 adjuge le marché de fourniture à la société intimée sur la base des prix de l'offre du 8 septembre 1999 alors que l'offre de la société intimée est datée du 7 septembre et a été déposée le 9 septembre 1999. La recourante se

demande s'il s'agit d'une simple erreur de retranscription ou si une autre offre a été effectivement déposée. Elle s'étonne par ailleurs du fait que le rapport d'adjudication du 18 novembre 1999 indique que W n'a aucune expérience dans le contrôle - commande de trafic alors que la société a été cotée, en phase de préqualification, de façon quasi maximale au niveau de son expérience et de ses références. Enfin, la recourante constate que les procès-verbaux no 1 et 2 de la séance de préadjudication du 14 octobre 1999 manquent au dossier et en requiert la production. Elle laisse au Tribunal administratif le soin d'examiner d'office la question de l'effet suspensif du recours.

- D. Dans sa réponse, le Conseil d'Etat conclut au rejet du recours et au refus de l'octroi de l'effet suspensif. Il conteste les allégations de la recourante et soutient que les principes d'égalité de traitement, d'impartialité et de transparence ont été respectés. Il considère notamment que les critères d'adjudication figuraient clairement selon leur ordre d'importance dans la lettre d'accompagnement de l'appel d'offres du 12 juillet 1999.

Le 3 mars 2000, il a produit sa duplique. Il confirme en tous points les arguments développés dans son mémoire de réponse du 26 janvier 2000 en y ajoutant certains éléments. Il expose notamment que les considérations au sujet des critères d'adjudication de la recourante sont sans objet au motif que celle-ci devait savoir que, dans la phase d'adjudication, seul le critère du prix entrait en considération. Il produit par ailleurs le procès-verbal no 2 de la séance de préadjudication du 14 octobre 1999.

- E. Le 28 janvier 2000, A a déposé ses observations sur le recours interjeté par D dont elle demande le rejet dans la mesure où il est recevable. Elle soutient, en effet, qu'aucun recours n'a été déposé ni contre l'appel d'offres ni contre la décision de modification de l'appel d'offres de sorte que le présent recours ne peut plus porter sur ces questions. Au demeurant, elle estime que les principes de transparence et d'égalité de traitement ont été respectés. S'agissant de la modification du dossier d'appel d'offres, elle expose qu'il n'est pas interdit au pouvoir adjudicateur de modifier l'appel d'offre en cours de procédure en cas de justes motifs. Elle est d'avis que moins la modification est importante, moins il y aura de justes motifs d'interrompre la procédure d'adjudication, voire de la répéter ou de la renouveler. Elle considère qu'en l'occurrence, il s'agissait d'une modification peu importante ne justifiant pas une interruption de la procédure. Pour le surplus, elle précise qu'elle n'a pas participé à la séance d'ouverture des offres, qu'elle n'a pas été mêlée à la procédure d'évaluation et, enfin, qu'elle n'a, à aucun moment et sous quelque forme que ce soit, pris part à des négociations sur les prix de son offre.

Le 2 mars 2000, elle a déposé son mémoire de duplique. Pour l'essentiel, elle se réfère aux allégations des recourantes ayant trait à la modification de l'appel d'offres. Elle explique notamment que, lors de la séance de préadjudication du 14 octobre 1999, les représentants du pouvoir adjudicateur l'ont simplement informée de leur intention de retirer de la soumission une partie des positions mais qu'aucune discussion n'est intervenue à ce sujet et qu'aucune information spécifique ne lui a été fournie. En résumé, elle soutient que les allégations, interprétations et arguments des recourantes relatives à la modification de l'appel d'offres sont sans fondement.

- F. Par décision du 17 février 2000, la Cour de céans a accordé l'effet suspensif au recours.

Le 3 mars 2000, le Conseil d'Etat a demandé la reconsidération de cette décision.

#### **En droit:**

1. a) Déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est recevable en vertu des art. 2 de la loi sur les marchés publics du 11 février 1998 (LMP; RSF 122.91.1) et 15 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP; RSF 122.91.2). Le Tribunal administratif peut donc entrer en matière sur ses mérites.
- b) Selon l'art. 16 al. 1 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 le grief d'inopportunité (al. 2).

S'agissant de marchés publics, il ne faut pas perdre de vue que le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation lors de l'adjudication. L'appréciation de l'autorité judiciaire ne saurait donc se substituer à celle de l'adjudicateur. Partant, le Tribunal administratif ne peut revoir l'appréciation des prestations offertes sur la base des critères

d'adjudication qu'avec une retenue particulière, parce qu'une telle appréciation suppose souvent des connaissances techniques, qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres soumises par les soumissionnaires et qu'elle comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur. Sur ce point, le pouvoir d'examen du Tribunal administratif est pratiquement restreint à l'arbitraire. Comme en matière d'examens, l'autorité judiciaire se bornera, le plus souvent, à vérifier que les règles de procédure relatives à la passation du marché public en question ont été respectées (ATF 125 II 98/99).

- c) En l'occurrence, le marché à adjuger consiste principalement en la fourniture d'une installation de signalisation pour une route nationale. Son coût est estimé à près de 2 millions de francs et l'adjudicateur est l'Etat de Fribourg. Le marché en cause est dès lors soumis à l'AIMP et aux règles d'exécution contenues dans le Règlement sur les marchés publics du 28 avril 1998 (RMP; RSF 122.91.11).
2. a) Contrairement à ce que soutiennent l'autorité intimée et l'entreprise adjudicataire, on ne saurait déclarer irrecevable dans une procédure de recours contre l'adjudication le grief lié à l'absence d'indication suffisante sur les 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 d'informations suffisantes concernant les critères d'adjudication implique que le principe de transparence, qui doit présider à toute adjudication, n'a pas été 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 (DC 4/99 p. 141 ss).

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 I 203 ss). En revanche, un défaut fondamental de procédure comme celui d'une violation grave du principe de la transparence peut être aussi invoqué dans un recours contre la décision finale d'adjudication.

Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le grief de la recourante concernant l'absence d'indications suffisantes sur les critères d'adjudication, en particulier l'ordre d'importance et les facteurs de pondération.

- 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 que 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) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le fait de ne pas faire figurer les critères d'adjudication par ordre d'importance dans le cahier des charges et de ne pas indiquer par avance les pondérations respectives attribuées à ces critères constitue une violation du principe de la transparence consacré par les art. 1er al. 2 let. c et 13 let. f AIMP (ATF 125 II 102).

La simple indication des critères d'adjudication par ordre d'importance sans aucune autre information sur leurs relations réciproques est largement dépourvue de sens. En effet, l'énumération par ordre d'importance permet uniquement de savoir que le premier critère a plus de poids que le second, qui lui-même est plus important que le troisième et ainsi de suite. Une telle information est insuffisante dès lors que, tout en respectant cet ordre, on

peut donner aux différents critères des coefficients tels qu'ils modifient totalement le résultat de l'appréciation. Il est donc nécessaire pour respecter le principe de la transparence, de compléter, par d'autres informations, la simple énumération des critères de manière à fixer à l'avance les règles du jeu en évitant tout risque de manipulation par le pouvoir adjudicateur. Il est donc impératif d'indiquer, dans les documents d'appel d'offres, l'importance que l'adjudicateur accorde à chaque critère d'adjudication (cf. Gauch, Thèses de travail sur le droit fédéral des marchés publics, colloque consacré à la passation des marchés publics, Fribourg, 1998, p. 16; DC 4/99 p. 141 ss; ATA du 23 mars 2000 cité sur le site Internet du Tribunal administratif [www.fr.ch/tad](http://www.fr.ch/tad)).

Un marché public doit être attribué dans des conditions de transparence et de concurrence optimums. Or, le jeu de la concurrence entre les soumissionnaires risquerait d'être faussé, si le pouvoir adjudicateur avait la possibilité de modifier librement au cours de la procédure de passation d'un marché (après le dépôt des soumissions) les critères d'adjudication, de même que leurs valeurs respectives (ATF 125 II 102).

3. a) Dans le cas particulier, le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté les exigences découlant du principe de la transparence telles qu'exposées ci-dessus.

L'autorité intimée prétend que le fait de faire figurer les critères d'adjudication sur des lignes distinctes signale de façon évidente leur ordre d'importance et qu'elle a ainsi respecté les exigences du principe de la transparence. Même si l'on accepte cette explication, il faut néanmoins constater que le pouvoir adjudicateur n'a pas observé les critères d'adjudication qu'il s'était lui-même fixée. En effet, la lettre d'accompagnement du 12 juillet 1999 mentionne, comme critères d'adjudication, le prix, les références, l'organisation, la maîtrise technique, le respect des délais, la preuve du paiement des cotisations sociales et des impôts. Le rapport d'adjudication du 18 novembre 1999 fait en revanche mention des critères d'évaluation suivants: conformité de l'offre au cahier des charges, contrôle des soumissions, expériences et références des entreprises, prix. Si l'on suit le raisonnement de l'autorité intimée, cela implique que l'ordre d'importance du critère du prix a été modifié en cours de procédure. Quant à la proposition d'adjudication établie par le BAR le 24 novembre 1999, elle retient le prix comme unique critère d'adjudication. Enfin, la lettre du 5 janvier 2000 indique que la décision d'adjudication est basée sur les critères d'adjudication mentionnés dans la lettre d'accompagnement du 12 juillet 1999. Il est dès lors évident que le pouvoir adjudicateur n'a cessé d'intervenir et de modifier les critères d'adjudication ce qui constitue une violation grave du principe de la transparence.

- b) Au surplus, les informations fournies aux soumissionnaires doivent de toute façon être considérées comme insuffisantes étant donné que l'indication des facteurs de pondération accordés aux critères fait défaut. Selon la jurisprudence précitée, il est indispensable d'informer les soumissionnaires sur les facteurs de pondération attribués aux divers critères d'adjudication. En l'espèce, on remarque que des coefficients distincts ont été attribués aux divers critères d'évaluation dans la phase de préqualification. On peut donc sérieusement se demander si un procédé identique n'a pas été appliqué dans la phase de l'adjudication. On ne trouve cependant aucune information à ce sujet dans le dossier de l'autorité intimée. On peut par ailleurs remarquer qu'en comparaison de la procédure de préqualification au cours de laquelle une grille d'évaluation précise a été établie, la phase d'adjudication apparaît singulièrement lacunaire. Aucun tableau détaillé des offres ni aucune grille de comparaison ne semblent avoir été réalisés.
- c) L'autorité intimée prétend que la recourante devait s'attendre à ce qu'en phase d'adjudication, les offres soient évaluées uniquement sur le prix. A l'appui de son affirmation, elle se réfère à une décision rendue le 3 septembre 1999 par la commission de recours en matière de marchés publics, plus particulièrement au considérant 4 (BRK 1999 - 006). Les conséquences qu'elle en tire font toutefois craindre que l'autorité intimée n'en a pas compris le sens. La décision citée fait en réalité référence à la distinction opérée entre critères d'aptitude et critères d'adjudication. Il est indiqué que la question de l'aptitude des entreprises à exécuter le marché doit être examinée dans le cadre de la phase de préqualification et ne doit pas être à nouveau prise en considération dans le cadre de la phase d'adjudication de sorte qu'il n'est pas admissible de refuser l'adjudication du marché à une entreprise préqualifiée en raison d'une aptitude moindre. Il n'est nullement indiqué, ainsi que le prétend l'autorité intimée, que seul le prix entre en ligne de compte en phase d'adjudication.

En outre, selon les critères d'adjudication figurant dans la lettre du 12 juillet 1999 - notifiés après la procédure de préqualification - à un moment où les entreprises participant à l'attribution du marché étaient connues, il ne fait pas de doute que d'autres critères que le prix ont été annoncés par l'adjudicateur, en particulier celui de la maîtrise technique et de l'organisation qui relève directement de la qualité de l'offre. Aussi, les entreprises préqualifiées étaient fondées à penser qu'elles pouvaient à ce niveau faire une meilleure proposition que les autres. Il est dès lors insoutenable de prétendre que la recourante devait savoir qu'au stade de l'évaluation de l'offre seul le prix entrait en considération.

En définitive, en modifiant les critères d'adjudication et en inversant leur ordre d'importance après le dépôt des offres, ainsi qu'en omettant de

communiquer aux entreprises concernées les informations prescrites par la loi et la jurisprudence relativement à ces critères, le pouvoir adjudicateur a violé les règles de procédure d'attribution des marchés publics telles qu'imposées par l'art. 15 al. 1 let. i RMP et, plus généralement, par le principe de la transparence. Partant, la décision du Conseil d'Etat d'adjuger à la société A les travaux litigieux doit être annulée.

4. Le recours étant admis pour ce motif, il est inutile d'examiner les autres griefs soulevés par la recourante. Tout au plus, convient-il de noter qu'ils ne semblent pas dénués de pertinence. Il est en effet surprenant que le pouvoir adjudicateur ait procédé à une modification aussi importante du dossier d'appel d'offres et ait opéré, unilatéralement, une correction des offres. Il est également tout à fait inopportun que l'entreprise adjudicataire ait été informée de cette intention avant qu'une décision n'ait été effectivement prise et que ses concurrentes n'en aient été avisées qu'un mois et demi plus tard. Il n'est certes pas possible d'établir avec certitude si de véritables négociations ont eu lieu entre le pouvoir adjudicateur et A, notamment lors de la séance de préadjudication du 14 octobre 1999. Il n'en demeure pas moins troublant que la modification du dossier d'appel d'offres ait eu pour effet de baisser le coût de l'offre présentée par cette entreprise de 400'000 francs environ.

On peut également citer le fait que le rapport d'adjudication indique que la recourante n'avait aucune expérience dans le domaine du contrôle - commande de trafic alors que la question des références avait déjà été examinée en phase de préqualification et que la recourante avait été cotée de façon identique aux deux autres candidates avec une note de 5 sur 6.

5. a) Le recours étant admis sur le fond, la demande de reconsidération de la décision d'octroi de l'effet suspensif au recours devient sans objet.
- b) Les frais de justice sont, en principe, mis à la charge de la partie qui succombe, et, lorsqu'elles sont plusieurs, répartis entre elles (art. 131 al. 1 et 3 CPJA). Cependant, dans la mesure où l'adjudication litigieuse concerne une tâche de l'Etat, on doit admettre que les intérêts patrimoniaux de la collectivité publique qui succombe ne sont pas ici en cause et que, par conséquent, cette dernière est exonérée des frais de procédure en application de l'art. 133 CPJA.

La société intimée qui succombe devra en revanche s'acquitter de la moitié des frais de justice, soit par fr. 750.-.

- c) Il appartient à l'adjudicateur et à la société intimée de verser, chacun par moitié, une indemnité de partie à la recourante qui a fait appel aux services d'un avocat pour défendre ses intérêts (art. 137 CPJA). Le montant de l'indemnité est fixé à fr. 4'568,80, comprenant fr. 4'000 d'honoraires, fr. 250.- de débours et fr. 318,80 de TVA.

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

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

210.2