

Ile Cour administrative. Séance du 22 mai 2001. Statuant sur le recours interjeté le 5 mars 2001 (2A 01 21) par X. SA ingénieurs hydrauliciens, à Fribourg, représentée par Me ..., contre la décision rendue le 4 janvier 2001 par le Préfet du district de la Glâne; (Marchés publics; arbitraire, modification des critères)

En fait:

- A. Par publication dans la Feuille officielle du 4 juin 1999, la Commune de Romont a mis en soumission l'étude de la révision de son plan général d'évacuation des eaux (PGEE).

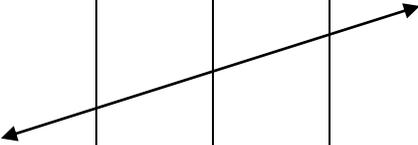
Suite au dépôt des candidatures, la commune a établi les documents d'appel d'offres en collaboration avec l'Office cantonal de protection de l'environnement. Ils comportaient un cahier des charges ainsi que, notamment, une annexe 7 consacrée aux critères d'analyse des offres et une annexe 8 contenant l'échelle des points pour la comparaison des offres.

Sous chiffre 2.2 de l'annexe 7 consacrée au montant de l'offre, le canevas d'analyse des offres avait la teneur suivante:

Critères		Facteur de pondération P1	Points P2	Résultats P1 x P2
2.2	<u>Montant de l'offre</u>	30		
	a) - 20 % par rapport à l'offre de référence	20		
	b) offre de référence	10		
	c) + 20 % par rapport à l'offre de référence	0		

L'échelle des points pour la comparaison des offres selon l'annexe 8 se présentait comme suit:

Critères d'évaluation		Notation			
		0	1	2	3
2.2	<u>Montant de l'offre</u>				
	a) - 20 % par rapport à l'offre de référence				
	b) offre de référence				
	c) + 20 % par rapport à l'offre de référence				



- B. Le 8 mars 2000, la commune a adjudgé les travaux au bureau X. SA ingénieurs hydrauliciens. A la décision d'adjudication étaient annexés un tableau comparatif des offres financières ainsi que, pour chacun des soumissionnaires, le formulaire de l'annexe 7, dûment rempli.

Il ressort du tableau comparatif que le bureau X. SA a obtenu 246 points au terme de l'évaluation et venait en tête des soumissionnaires. Le tableau indique en outre que la commune a volontairement sorti de la comparaison les montants relatifs aux honoraires de l'hydrogéologue, au contrôle vidéo, au curage, aux photocopies, hélios, impressions et documentation ainsi que les frais de coordination, d'analyses, de location d'appareils de mesure, de transport et de repas.

Par ailleurs, s'agissant de la pondération des prix, les facteurs de pondération ont été modifiés dès lors qu'ils ont été échelonnés en fonction d'une variation de $\pm 30\%$ par rapport à l'offre de référence au lieu des $\pm 20\%$ annoncés précédemment. Les pourcentages effectifs de variation par rapport au prix de référence ont servi de facteur de pondération aux points attribués de la manière suivante:

0 point	1 point	2 points	3 points
de + 30 % à + 15 %	de + 15 % à 0 %	de 0% à -15 %	de -15 % à -30 %

X. SA a ainsi obtenu 79 points au titre de montant de l'offre (soit $3 \times 26,51$).

En revanche, le bureau Z., à Berne, qui avait présenté l'offre la meilleure marché a reçu 0 point car son offre était 37,29 % moins chère que l'offre de référence et sortait ainsi du maximum de -30 % admis. La commune a ainsi clairement sanctionné cette entreprise parce qu'elle était trop bon marché.

- C. Par recours du 16 mars 2000, Y. SA, dont l'offre arrivait en 8^{ème} position, a contesté la décision d'adjudication devant le Préfet du district de la Glâne en dénonçant une modification induite des critères d'adjudication dès lors que la marge de prix prise en considération est passée de $\pm 20\%$ du prix de référence à $\pm 30\%$ de ce même prix. Le bureau recourant a également critiqué le fait que certaines prestations (coût de l'hydrologue ...) ont été écartées du total final. Y. SA se plaignait aussi d'une erreur d'appréciation de la qualité pluridisciplinaire, ce qui a été immédiatement admis par la commune qui lui a rajouté 15 points supplémentaires.
- D. Par décision du 4 janvier 2001, le préfet a admis le recours et a annulé la procédure d'adjudication litigieuse. Il a considéré que l'adjudicateur a modifié, après le dépôt des soumissions, le critère d'adjudication intitulé montant de

l'offre ainsi que les facteurs de pondération y relatifs. Compte tenu du système appliqué par la commune à l'entreprise Z. (0 point lorsque l'offre est plus de 30 % moins chère que le prix de référence), l'autorité de recours a constaté que la modification avait une influence importante sur l'issue de toute la procédure dès lors que - selon la même logique - toutes les entreprises au-delà de - 20 % aurait dû obtenir 0 point. L'autorité a certes souligné que le résultat était ainsi incohérent puisque les entreprises avec les meilleurs offres financières étaient pénalisées; il a cependant constaté que la commune ne pouvait pas changer unilatéralement les critères d'adjudication en favorisant les entreprises dont les offres se situent entre - 20 % et - 30 % et en maintenant la pénalité pour celle qui était la moins chère (- 37 %).

De plus, le préfet a rappelé que, selon le chiffre 6 du cahier des charges, la récapitulation des coûts devait être établie sur la base des formulaires d'offre de la directive concernant l'élaboration et les honoraires du plan général d'évacuation des eaux; or, ces formulaires reproduits sous les annexes 3 à 5 du cahier des charges prévoient une estimation des coûts pour le contrôle vidéo et les honoraires de l'hydrogéologue ainsi que pour les photocopies, hélios et impressions annexes. En ne prenant pas en considération ces coûts, pourtant annoncés comme faisant partie de l'appréciation de l'offre, la commune a violé le principe de la transparence. Le préfet a jugé que le procédé consistant à ne retenir qu'une partie des coûts énumérés dans l'appel d'offres élève largement les risques d'abus et de manipulation par le pouvoir adjudicateur.

- E. Agissant le 5 mars 2001, le bureau X. SA ingénieurs hydrauliciens a contesté devant le Tribunal administratif la décision préfectorale du 4 janvier 2001 dont il demande l'annulation sous suite de frais et dépens. Il conclut principalement à ce que la décision d'adjudication rendue par la commune le 8 mars 2000 soit confirmée. Subsidiairement, le recourant conclut au renvoi du dossier au préfet pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

A l'appui de ses conclusions, le bureau X. SA invoque une violation de son droit d'être entendu dès lors que le préfet a statué sans lui avoir donné la possibilité de participer à la procédure. Le recourant estime également que le recours déposé par Y. SA devant le préfet était irrecevable car cette entreprise figurant en 8^{ème} position n'avait aucune chance d'obtenir l'adjudication. Dès lors que, même en suivant ses critiques, elle n'arrivait qu'à la 3^{ème} place du classement, elle n'avait aucun intérêt digne de protection à attaquer la décision d'adjudication, surtout qu'elle ne contestait pas la procédure en tant que telle, mais uniquement sa notation. Enfin, le bureau X. SA estime que les vices de procédure relevés par le préfet n'ont eu aucune influence sur le résultat de la procédure de passation du marché.

Dans ses observations, la commune conclut implicitement à l'admission du recours.

Y. SA et l'autorité intimée concluent au rejet du 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).
 - b) Le marché litigieux étant un marché de services au sens de l'art. 6 al. 1 let. c de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2), on doit constater que les valeurs seuils fixées par l'art. 7 al. 1 let. b AIMP ne sont pas atteintes. L'adjudication litigieuse est donc régie par les art. 38 ss du règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11), les règles de l'AIMP s'appliquant cependant par analogie conformément à l'art. 38 al. 1 RMP.
 - 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.
2. Contrairement à ce qu'affirme le bureau recourant, les critiques émises par Y. SA devant le préfet constituent des griefs de fond visant la procédure dans son ensemble et pas seulement la notation du soumissionnaire. L'examen du dossier montre que si la commune avait adopté vis-à-vis des concurrents la limite de $\pm 20\%$ annoncée au lieu de celle de $\pm 30\%$ et si elle avait appliqué cette limite comme elle l'a fait pour l'entreprise Z. (c'est-à-dire en attribuant 0 point à tous ceux qui dépassent la fourchette prescrite), le classement aurait été complètement bouleversé. De même, dans la mesure où le prix est intervenu dans la décision avec un maximum de 90 points sur environ 250 au total, il ne fait pas de doute que le fait de sortir, de manière unilatérale et postérieure à l'ouverture des offres, une série de prestations de tiers tout en laissant subsister d'autres (géomètre) ou en supprimant les frais de location d'appareils de mesure, la commune a pris des décisions qui - examinées au stade de la recevabilité du recours - pouvaient fausser complètement l'adjudication. Compte tenu des explications contenues dans

le recours, l'autorité intimée pouvait, sans violer la loi, admettre que Y. SA avait un intérêt personnel au recours dès lors qu'il n'était pas exclu que le bureau recourant pouvait raisonnablement espérer à l'octroi du mandat si la procédure avait été menée sans les violations alléguées du principe de la transparence. Vu la gravité des informalités commises par la commune, il n'était pas possible de refuser d'entrer en matière sous prétexte que la société recourante n'était pas bien classée à l'issue de la procédure viciée.

C'est donc à juste titre que le préfet a reconnu la qualité pour agir de Y. SA et est entré en matière sur ses griefs.

3. C'est en vain que X. SA tente d'établir que les informalités commises par la commune ne justifieraient pas une annulation de la décision d'adjudication dès lors que ces informalités n'auraient eu aucune incidence sur le résultat final.
 - a) Tout d'abord, il faut constater que le procédé adopté par la commune pour attribuer les points relatifs aux offres financières est particulièrement choquant, incohérent et arbitraire. Le fait de renoncer à attribuer le moindre point au concurrent dont l'offre "trop" favorable dépasse le pourcentage plancher de - 30 % par rapport au prix de référence est insoutenable. Contrairement à ce qu'affirme le bureau recourant, c'est bien ce qu'a fait la commune en excluant le bureau bernois Z. Ce concurrent, très bien noté sous l'angle de la qualité de son offre et de son expérience (163 points et non pas 73 comme allégué faussement par le recourant), n'a reçu aucun point pour son offre financière parce que cette dernière était 37,29 % inférieure au prix de référence. S'il avait au moins obtenu le maximum prévu de 90 points pour une offre inférieure de 30 % au prix de référence, ce bureau aurait terminé en tête des offres avec 253 points. Le système de notation appliqué par la commune a ainsi conduit, avec certitude, à l'exclusion de l'offre économiquement la plus avantageuse, offre qui n'était pas celle de X. SA.
 - b) Les motifs qui ont conduit la commune à modifier la fourchette de ± 20 % initialement prévue tiennent peut-être de la progression linéaire nécessaire alléguée dans ses observations. Le fait que la mise en oeuvre d'une fourchette de ± 20 % entraînait, selon la conception communale qui a été appliquée à Z., l'exclusion des soumissionnaires les moins chers n'y est certainement pas non plus étrangère. De toute manière, il ne fait aucun doute que cette pratique de la commune visant à exclure automatiquement toute offre particulièrement favorable est contraire au droit des marchés publics. Il faut rappeler à cet égard que les offres de dumping ne sont interdites que dans des conditions particulières (lorsque le prix

anormalement bas résulte d'actes illicites) et qu'en tous les cas, il n'est pas admissible d'exclure automatiquement des offres financièrement avantageuses sans avoir établi préalablement qu'elles constituent des tentatives de dumping illicites ou que l'entreprise en cause n'est pas capable de réaliser les travaux pour le prix offert (cf. DC 2/2000, p. 61, n° S22 à S27). En l'espèce, les investigations de la commune - essentiellement la séance de réception des bureaux d'ingénieurs du 21 janvier 2000 au cours de laquelle des explications complémentaires ont été demandées au bureau Z. concernant son offre dont le prix paraissait sous-estimé - n'ont mené à rien de concret (l'adjudicateur devait rendre une décision spéciale motivée s'il estimait que l'offre financière n'était pas conforme) et elle ne pouvait tout simplement pas pénaliser le bureau bernois sur la base d'un critère aussi schématique et inique que le simple dépassement de la fourchette de prix.

Dans la mesure où la modification de la fourchette de $\pm 20\%$ annoncée a eu pour effet de modifier profondément le classement des offres sans supprimer l'illégalité du système encore appliqué à Z., on doit considérer que le système de notation en tant que tel était affecté d'un vice irréparable qui justifie à lui seul l'annulation de la procédure d'adjudication.

- c) Par ailleurs, c'est à juste titre que le préfet a constaté que la commune a modifié après l'ouverture des offres les éléments entrant dans le calcul financier des soumissions. En renonçant notamment à prendre en considération le coût de l'hydrogéologue, des contrôles vidéo et du curage alors que ces coûts étaient requis dans le cahier des charges, sous prétexte que ces postes présentaient de grandes différences, tout en maintenant parallèlement d'autres prestations de tiers (géomètre), la commune a rendu une décision qui viole manifestement le principe de la transparence. La même constatation peut être faite pour ce qui concerne le coût d'analyse et de location d'appareils, où des sommes importantes sont en jeu. En décidant, après avoir pris connaissance des offres, de modifier les critères d'adjudication - car c'est à cela qu'aboutit le procédé choisi par la commune - l'adjudicateur a créé une suspicion légitime sur son comportement et sur le résultat de l'appréciation des offres qui justifie aussi l'annulation de la procédure.

Avec un maximum de 90 points à attribuer, l'aspect financier des offres est déterminant en l'espèce dès lors que les différences entre les bureaux soumissionnaires sous l'angle de la qualité n'étaient, souvent, pas très marquées. Le fait de tenir compte ou pas de certains coûts montrant de grandes différences entre les concurrents comporte ainsi un risque de manipulation des résultats qui justifie la décision du préfet d'annuler toute la procédure en laissant à la commune la possibilité de reprendre l'attribution du marché sur des bases saines.

- d) Compte tenu des irrégularités importantes de la procédure, il n'est pas possible d'admettre que ces dernières n'ont pas eu d'influence sur l'adjudication. Au contraire, il apparaît que la commune a utilisé une méthode de pondération arbitraire des prix qu'elle n'a corrigé que partiellement après coup, en violation du principe de la transparence. De même, elle a modifié illégalement les critères d'adjudication, sans qu'il soit possible de déterminer les influences réelles de ce changement, dès lors que les entreprises auraient pu prendre d'autres dispositions pour la présentation de leur offre si elles avaient été averties à temps de ces modifications.
 - e) Face à cette situation, il importe peu que les soumissionnaires connaissent désormais le montant des offres présentées par leurs concurrents dans la procédure annulée. L'égalité de traitement entre eux est assurée puisqu'ils sont tous logés à la même enseigne. Rien ne les empêche de moduler différemment leur offre, de sorte que les quelques informations en mains de leurs concurrents n'ont pas une importance décisive. De plus, compte tenu de l'expérience faite, il est vraisemblable que la commune modifiera son cahier des charges afin d'éviter les problèmes pratiques rencontrés, ce qui laisse ouvertes les chances de chaque soumissionnaire.
4. Dans la mesure où la société recourante a pu se déterminer en détail dans la présente procédure sur les griefs invoqués par Y. SA dans son recours devant le préfet, la violation du droit d'être entendu commise devant l'instance inférieure a été réparée devant le Tribunal administratif, autorité disposant du même pouvoir d'examen que le préfet sur l'objet du litige.
5. Mal fondé, le recours doit être rejeté. La décision préfectorale annulant la procédure d'adjudication est confirmée.

Du moment que la société recourante a dû agir par recours devant le Tribunal administratif pour faire respecter son droit d'être entendue, il ne se justifie pas de mettre les frais de procédure à sa charge (art. 129 CPJA).

En revanche, la recourante qui succombe n'a pas droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA).

Y. SA qui a agi sans l'aide d'un avocat n'y a pas droit non plus.