

Ile Cour administrative. Séance du 23 novembre 2001. Statuant sur le recours interjeté le 11 octobre 2001 (**2A 01 74**) par X., à B., contre la décision d'adjudication prise le 17 septembre 2001 par le **Conseil d'Etat** concernant le service hivernal 2002-2012, travaux de déneigement et de salage; (**marchés publics**)

En fait:

- A. Par publication dans la Feuille officielle du 2 mars 2001, l'Etat de Fribourg a lancé une procédure ouverte d'appel d'offres pour des travaux de déneigement et de salage afin d'assurer le service d'entretien hivernal du réseau routier cantonal durant la période comprise entre les années 2002 et 2012.

Les critères d'adjudication énumérés dans l'appel d'offres sont le prix, le lieu de stationnement du véhicule, un équipement du lieu de stationnement du véhicule conforme aux dispositions légales en matière de protection des eaux, de dépôt de carburant et de produits chimiques ainsi que le nombre de chauffeurs à disposition.

- B. Par arrêté du 17 septembre 2001, le Conseil d'Etat a adjugé le lot n° 102, (L 24,1 km Villaz-St-Pierre - Farvagny - La Roche / Farvagny - Grenilles / Fuyens - Massonens) à l'entreprise Y. pour un montant offert de 897'000 fr.

Selon le tableau comparatif établi le 1^{er} octobre 2001 par le Département des ponts et chaussées, l'entreprise adjudicataire ne venait cependant qu'en deuxième position à l'issue de la mise en oeuvre des critères d'adjudication avec un total de 1,85 points. C'est l'entreprise X., avec 2.05 points, qui arrivait en tête de l'évaluation en offrant d'exécuter le marché pour un prix de 756'800 fr., soit 18,53 % de moins que l'offre de Y.SA.

- C. Agissant le 11 octobre 2001, l'entreprise X. a contesté devant le Tribunal administratif l'arrêté du 17 septembre 2001 dont elle demande l'annulation tout en concluant à l'adjudication en sa faveur du lot n° 102.

A l'appui de ses conclusions, la recourante se plaint de n'avoir pas obtenu le marché alors même que son offre a été jugée la plus favorable au regard de l'ensemble des critères d'adjudication. Elle conteste également l'appréciation de la conformité de son équipement aux exigences écologiques dès lors qu'il n'aurait pas été tenu compte que son installation est en cours de

transformation et méritait ainsi une notation de 2 au lieu du 0 qui a été attribué.

- D. Dans ses observations du 24 octobre 2001, le Département des ponts et chaussées conclut au rejet du recours. Il reconnaît certes que l'entreprise recourante est effectivement sortie en tête de la procédure d'évaluation. Il explique cependant que le lieu de stationnement de X., situé au B., est nettement défavorable par rapport à l'entreprise adjudicataire, implantée le long de la route cantonale à Farvagny, ce d'autant plus qu'en première urgence, l'intervention de déneigement / salage s'exécute dans le secteur de la jonction de l'autoroute A12 à Rossens. Rappelant que, selon les conditions générales de l'appel d'offres, il est strictement interdit d'exécuter des travaux pour des tiers, le Département ne voit pas comment la recourante pourrait respecter cette obligation dès lors qu'entre son lieu de stationnement et le début du lot en question, le véhicule d'intervention devrait circuler 4 km sur le réseau routier communal enneigé, voire verglacé, la lame du chasse-neige levée et le distributeur de sel de la saleuse fermé. Les villageois et les usagers de la route communale ne comprendraient pas une telle aberration.

De plus, le Département constate que, par son éloignement, l'itinéraire d'intervention représente plus du 17 % de la longueur par rapport à l'adjudicataire, ce qui majore le coût effectif de chaque intervention.

Dans ses observations du 22 octobre 2001, l'entreprise Y. conclut au rejet du recours en invoquant les mêmes motifs que ceux invoqués par le Département.

- E. Le 14 décembre 2001, sur demande du Juge délégué à l'instruction du recours, l'Office cantonale de protection de l'environnement a communiqué au Tribunal administratif une copie de la correspondance entretenue avec la recourante concernant la conformité de ses installations aux prescriptions légales en matière de protection de l'environnement. Il en ressort pour l'essentiel que la recourante n'a informé les autorités de ses démarches que le 1er novembre 2001, soit après le dépôt de son 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) Selon l'art. 16 de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2), 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. a) L'autorité intimée reconnaît que la recourante est sortie en tête de l'évaluation basée sur les critères d'adjudication figurant dans l'appel d'offres. Elle a toutefois invoqué, pour refuser l'adjudication à l'entreprise X., l'inaptitude de cette dernière à exécuter le travail dans le respect des conditions générales de l'appel d'offres.

L'examen de l'état de fait montre que cette manière d'agir n'est pas légale.

- b) Les principes de transparence et de non-discrimination exigent non seulement que les critères d'adjudication soient connus à l'avance, mais également que les soumissionnaires disposent, dès l'appel d'offres, de toutes les informations utiles pour présenter un dossier de soumission qui n'entraînera pas leur exclusion de la procédure (DC 2/99 p. 57, note de D. Esseiva). Il n'est pas admissible que l'adjudicateur introduise de nouveaux motifs d'exclusion au moment de l'attribution du marché, en fonction des soumissions reçues. Un tel procédé - qui permet toutes les manipulations - priverait de leur sens toutes les précautions prises par ailleurs pour garantir la transparence de la procédure.
- c) En l'espèce, si l'on devait suivre le raisonnement de l'adjudicateur relatif à l'interdiction des travaux pour des tiers, il faudrait d'emblée exclure du marché litigieux tous les soumissionnaires dont le lieu de stationnement du véhicule d'intervention n'est pas situé le long d'une route cantonale faisant l'objet du lot à attribuer. Or, non seulement d'un tel motif d'exclusion n'est pas indiqué dans les documents d'appel d'offres, mais au contraire, on peut constater en examinant l'énoncé du critère d'adjudication relatif au lieu de stationnement du véhicule qu'un éloignement jusqu'à 5 km du lot est expressément admis, même s'il ne donne qu'un point à l'entreprise concernée.

De plus, compte tenu de l'importance des montants en jeu pour une petite et moyenne entreprise de transport, on ne peut pas exclure cette dernière du marché en présumant qu'elle ne respectera pas les règles de comportement prescrites par le Département. Si l'adjudicateur entend véritablement interdire au camion d'intervention de rouler avec la lame baissée sur le tronçon de route communale enneigé reliant le lieu de stationnement à la

route cantonale, on ne voit pas pourquoi l'entreprise - liée par le contrat - ne s'y plierait pas. Admettre le contraire, revient à faire un pur procès d'intention à la recourante.

Au demeurant, du moment qu'un éloignement du lieu de stationnement est admis jusqu'à 5 km du lot, il faut bien que le véhicule se déplace pour atteindre le site d'engagement. Qu'il le fasse lame baissée ou non ne change rien à la prestation du moment que l'entreprise respecte le délai maximum de 20 minutes fixé entre l'alarme et le début du déneigement/salage.

- d) Le prétexte selon lequel, en raison de l'éloignement, l'itinéraire d'intervention (aller et retour) est plus long et majore d'autant le coût effectif de chaque intervention n'est pas non plus un motif d'exclusion d'un soumissionnaire dès lors qu'il n'a pas été indiqué comme tel dans les documents d'appel d'offres.

L'autorité intimée ne pouvait donc pas exclure la recourante pour ce motif.

- 3. a) Cela étant, il est vrai que le temps passé pour se rendre sur le lieu d'intervention augmente d'autant le prix de la prestation facturée à l'heure. Or, le formulaire préimprimé de soumission se fonde, en valeurs moyennes, sur le même nombre d'heures d'intervention pour la recourante et pour son concurrent (1000, 40 et 1300) alors que le lieu de stationnement du véhicule n'est pas le même puisque dans un cas le véhicule est à 4 km du lot, dans l'autre, il est déjà au bord de la route cantonale concernée.

Cette légère distorsion des données pouvait toutefois être corrigée par le Département dans le cadre de la mise en oeuvre des critères d'adjudication (critère du prix) et non pas par une exclusion arbitraire du soumissionnaire. Il appartenait ainsi à l'adjudicateur ou à son bureau technique de calculer l'effet de l'éloignement supplémentaire du véhicule d'intervention (information connue de l'autorité uniquement à l'ouverture de l'offre) sur le nombre d'heures d'engagement figurant dans l'offre pour modifier en conséquence les montants globaux de l'entreprise X..

Vu l'importante différence de prix entre la recourante et son concurrent (140'200 fr. ou 18,53 %) comme aussi la confortable avance en points dont elle dispose à l'issue de l'évaluation, on peut se demander si cette correction est de nature à modifier le classement des soumissionnaires. Dans la mesure, toutefois, où elle impose de procéder à une nouvelle appréciation du nombre d'heures utilisées par l'entreprise X. et va modifier le montant global à adjuger (même si, en réalité, ce sont les prix unitaires et non pas le montant global qui serviront de base pour le paiement des prestations), il se justifie de renvoyer la cause au Conseil d'Etat pour qu'il fasse procéder à un calcul précis et contrôlable du surcoût avant d'adjuger à nouveau le lot n°

102, cette fois à l'entreprise qui sortira en tête de l'évaluation fondée sur les critères annoncés dans l'appel d'offres.

- b) Dans cette perspective, et contrairement à ce que demande l'entreprise recourante, il n'y a pas lieu de procéder parallèlement à une nouvelle appréciation du critère de l'équipement. En effet, il ressort du dossier que la recourante n'a informé l'autorité de ses démarches en vue d'assainir ses installations qu'après l'adjudication. On ne peut donc pas en tenir compte car cela reviendrait à autoriser une modification de l'offre après le délai de remise des offres, fixé en l'espèce au 22 juin 2001.
4. a) Compte tenu de ce qui précède, la décision attribuant le lot n° 102 à l'entreprise Y. doit être annulée et la cause doit être retournée au Conseil d'Etat pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Il est précisé que le renvoi de la cause s'opère au stade de la décision d'adjudication, toute modification autre que les corrections techniques indiquées ci-dessus étant interdite.
- b) Vu les circonstances, notamment le renvoi de la cause pour nouvelle appréciation du critère du prix, il ne se justifie pas de percevoir des frais de procédure (art. 129 CPJA).

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

1. Le recours est admis. L'arrêté du Conseil d'Etat du 17 septembre 2001 est annulé en tant qu'il concerne l'adjudication du lot n° 102.
2. La cause est renvoyée à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

210.5