

Ile Cour administrative. Séance du 21 août 2002. Statuant sur le recours interjeté le 15 avril 200 (2A 02 28) par **B. SA**, représentée par Me Hervé Bovet, avocat à Fribourg, contre les décisions prises les 5 et 6 avril 2002 par le **Syndicat autoroutier A1 de Frasses et environs**, représenté par Me Denis Esseiva, écartant son offre et adjugeant les travaux de réalisation de chemins en béton à l'entreprise **G. SA (Marchés publics; spécifications techniques)**.

**En fait:**

- A. Par publication dans la Feuille officielle du 22 février 2002, le Syndicat autoroutier A1 de Frasses et environs (ci-après, le Syndicat) a lancé une procédure ouverte d'appel d'offres pour la construction de nouveaux chemins en béton. L'appel d'offres fixait comme critère d'adjudication l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base des critères qualité -prix.

Les documents d'appel d'offres envoyés aux soumissionnaires précisait que le revêtement des chemins à construire devait consister en une dalle de béton posée par une machine "Power Curber" ou similaire.

- B. Le 22 mars 2002, la société B. SA a déposé sa soumission pour un montant global net de 1'152'696 fr. 70. Cette soumission prévoit l'usage d'une machine "Voegele Super 150" pour les travaux de revêtement en béton des chemins.

- C. Le bureau technique de l'adjudicateur a pris contact à deux reprises avec B. SA pour lui demander si elle disposait d'une machine "Power Curber" et si, dans ce cas, l'exécution de la dalle avec cette machine pouvait être garantie au prix de la soumission.

Le 5 avril 2002, la soumissionnaire a répondu qu'elle avait la possibilité d'utiliser une "Power Curber" mais que le prix de la soumission devrait être revu. Elle a indiqué qu'elle n'était pas, en l'état, capable de chiffrer l'augmentation mais se proposait de le faire si le maître de l'ouvrage imposait l'utilisation de cette machine.

Le même jour, sur la base de ces renseignements, le bureau technique a constaté que la soumission ne correspondait pas à l'appel d'offres - qui exigeait l'utilisation d'une machine "Power Curber" ou similaire - et a informé B. SA que son offre était écartée de l'évaluation.

Les travaux ont été adjugés le 6 avril 2002 à l'entreprise G. SA pour un montant de 1'247'341 fr. 15.

- D. Agissant le 15 avril 2002, la société B. Sa a contesté devant le Tribunal administratif la décision du 5 avril 2002 dont elle demande l'annulation, sous suite de frais et dépens. Elle conclut également à l'annulation de la décision d'adjudication des travaux à la société G. SA et requiert que ces travaux lui soient adjugés.

A l'appui de ses conclusions, la recourante prétend qu'en imposant l'utilisation d'une machine précise, le Syndicat a violé les règles applicables en matière de marchés publics. L'élément important pour l'adjudicateur est la qualité du travail à exécuter et non pas les moyens pour y parvenir. La recourante estime faire l'objet d'une discrimination en raison de la fixation de spécifications techniques inéquitables et de l'imposition abusive de produits à utiliser. Du moment que seuls deux soumissionnaires disposent de la machine requise, elle considère que la procédure d'appel d'offres était un trompe-l'œil contraire à l'exigence de concurrence efficace fixée par l'art. 11 let. b de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2). La recourante invoque également une violation de l'art. 13 let. f AIMP dès lors que la décision d'exclusion violerait le principe de la proportionnalité et celui de la bonne foi.

- E. Dans ses observations du 8 mai 2002, l'autorité intimée conclut au rejet du recours. En substance, elle a indiqué que la machine "Voegele Super 150" proposée par la recourante n'est pas similaire à la "Power Curber" car elle utilise une technique différente pour poser le béton qui n'assure pas la même qualité au niveau de la garantie d'une épaisseur constante et d'un dévers donné du béton, comme aussi au niveau de son homogénéité, de sa durabilité et de sa planéité.

La société G. SA conclut également au rejet du recours. Elle confirme l'existence des deux méthodes différentes (liées aux deux sortes de machines) pour poser le béton.

Les parties ont répliqué et dupliqué le 27 juin et le 30 juillet 2002.

- F. Le 16 mai 2002, le Tribunal administratif a refusé d'accorder l'effet suspensif au recours.

Le 28 juin 2002, l'autorité intimée a fait savoir qu'elle a conclu le contrat avec l'entreprise G. SA.

**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 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. L'art. VI de l'Accord sur les marchés publics (AMP; RS 0.632.231.42) a la teneur suivante:

<sup>1</sup> *Les spécifications techniques définissant les caractéristiques des produits ou services qui vont faire l'objet d'un marché, telles que la qualité, les propriétés d'emploi, la sécurité et les dimensions, les symboles, la terminologie, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, ou les procédures et méthodes de production, ainsi que les prescriptions relatives aux procédures d'évaluation de la conformité définies par les entités contractantes, ne seront pas établies, adoptées, ni appliquées en vue de créer des obstacles non nécessaires au commerce international, ni de telle façon qu'elles aient cet effet.*

<sup>2</sup> *Les spécifications techniques prescrites par des entités contractantes seront, s'il y a lieu,*

- a) *définies en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives; et*
- b) *fondées sur des normes internationales, dans les cas où il en existe, sinon sur des règlements techniques nationaux, des normes nationales reconnues ou des codes du bâtiment.*

<sup>3</sup> *Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce ou noms commerciaux, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origines ou de producteurs ou fournisseurs déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que "ou l'équivalent" figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres.*

Selon l'art. 13 let. b AIMP, les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir le recours à des spécifications techniques non discriminatoires. En application de cette norme, le législateur fribourgeois a édicté l'art. 16 du règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11) qui définit les

spécifications techniques en se calquant sur l'art. VI al. 2 AMP précité. L'art. 16 al. 2 RMP précise toutefois que si un soumissionnaire s'écarte des normes, il doit démontrer l'équivalence des spécifications techniques auxquelles il s'est référé.

Selon la jurisprudence, les spécifications techniques requises par l'adjudicateur doivent être en relation stricte avec la prestation recherchée et elles ne doivent pas être utilisées dans le but de favoriser ou d'exclure un soumissionnaire ou un concept particulier sans justification matérielle; si l'adjudicateur entend néanmoins fixer les spécificités techniques par référence à une marque ou un modèle connu sur le marché, il est astreint à examiner sérieusement d'éventuelles offre utilisant un produit équivalent (DC 2/2001 p. 65).

3. Dans le cas particulier, l'adjudicateur a fixé les spécificités techniques de l'ouvrage à construire en se référant, pour le revêtement des chemins, à une "pose de béton par machine Power Curber ou similaire".
  - a) Il ressort nettement de l'instruction de la cause que la distinction entre la méthode impliquant l'usage d'une machine "Power Curber" et celle impliquant une machine "Voegele Super 150" n'était pas inconnue de la recourante. Cette dernière possède elle-même, à Zurich, une "Power Curber" et elle a pu, sur demande du bureau technique de l'adjudicateur, indiquer immédiatement qu'une proposition chiffrée fondée sur cette machine allait augmenter le montant de son offre. Elle savait dès lors très bien à quoi faisait référence l'adjudicateur lorsqu'il a exigé une soumission mettant en œuvre une "Power Curber". Elle ne peut donc pas se plaindre d'une imprécision de l'appel d'offres.

Le Service des améliorations foncières a d'ailleurs indiqué dans une lettre du 12 juillet 2002 que le descriptif en cause ne devait pas poser problème aux professionnels de la branche. "Power Curber" est certes une marque de machine, mais ce terme indique surtout une méthode de pose selon cette technologie.

- b) En exigeant la pose de béton par une machine "Power Curber" ou similaire, l'adjudicateur a clairement fait savoir quelle qualité il voulait obtenir pour le revêtement des chemins en béton à construire. Comme l'a expliqué l'autorité intimée dans ses observations, le système "Power Curber" assure une meilleure qualité d'exécution aussi bien au niveau du béton lui-même qu'à celui de son épaisseur constante. Cette constatation été confirmée expressément par le Service des améliorations foncières dans la lettre déjà citée comme aussi par la société G. dans ses observations du 26 avril 2002.

Dans la technique utilisée par la "Power Curber", le béton est liquéfié grâce à 6 vibreurs à haute fréquence. Cette opération se passe à l'entrée d'un moule qui est sous pression. Il en découle que la vibration a lieu à l'intérieur du béton sous pression constante du moule. Cela assure une excellente homogénéité et, par conséquent, une résistance et une durabilité de qualité. Avec une machine "Voegele Super 150", le béton est mis en place par le passage d'une poutre vibrante selon un principe similaire à une règle lors d'un bétonnage à la main. Le béton n'est donc pas vibré à l'intérieur. Une hétérogénéité dans la répartition du béton au sein de la section est possible sans que l'entrepreneur ne s'en aperçoive.

De plus, avec la technologie "Power Curber", un fil préalablement posé indique la position à suivre à des capteurs électroniques qui commandent des vérins hydrauliques de la machine. Cela permet un guidage en continu, en hauteur, dévers et situation durant tout le travail, ce qui assure la planéité de l'ouvrage. Avec une machine "Voegele Super 150", la planéité dépend du réglage manuel de la hauteur de la poutre. Comme la planie n'est pas assurée par un fraisage, il en découle invariablement des différences d'épaisseur du béton.

Le béton est posé sur un chemin de grave. Le béton du revêtement est apporté par camions malaxeurs qui reculent sur la grave, sur une longueur qui peut varier mais qui, en moyenne, est d'environ de 200 à 250 m. Cela provoque invariablement la formation d'ornières et, par conséquent, d'inégalités de la planie.

Pour maîtriser cette problématique, le système "Power Curber" utilise une fraise qui égalise la planie. Après le fraisage, le béton est posé sur un support dont on peut avoir l'assurance qu'il est plat. L'épaisseur du béton est dès lors constante. (16 cm en l'espèce).

A l'inverse, avec une machine "Voegele Super 150", il n'y a pas de fraiseuse. Les déformations de la planie sont répercutées sur l'ensemble de la machine sur la base de la position de ses chenilles/roues. Il en découle soit une sous-épaisseur du béton impliquant une résistance moindre, soit une surépaisseur qui a pour conséquence un surcoût.

Face à cette situation, la recourante ne peut pas sérieusement prétendre que l'offre faite sur la base de l'utilisation d'une machine "Voegele Super 150" respecte, parce qu'équivalente, les exigences contenues dans l'appel d'offres et qui se réfèrent à la technologie "Power Curber".

Au demeurant, il faut souligner que ce n'était pas à l'autorité intimée de prouver - comme elle l'a fait - que le résultat produit par la machine "Voegele Super 150" n'est pas similaire à celui de la machine "Power Curber", mais à

l'entreprise soumissionnaire d'établir l'équivalence des prestations, ce qu'elle n'a manifestement pas fait. S'il n'est pas contestable que, dans un cas comme dans l'autre, le revêtement final sera bien en béton, en revanche, il est désormais établi que la qualité obtenue par les deux types de machines ne sera pas identique.

- c) Du moment qu'une différence objective de qualité d'exécution en relation avec l'ouvrage peut être attendue de l'utilisation d'une nouvelle technologie, on ne saurait imposer à l'adjudicateur le recours à une méthode traditionnelle sous prétexte que plus de concurrents sont capables de la mettre en œuvre. Comme le souligne le Service des améliorations foncières, ce n'est pas un caprice que de vouloir s'assurer à long terme les meilleures chances d'une exécution impeccable dès lors que les chemins en cause seront utilisés par les tracteurs des exploitants agricoles durant les 40 prochaines années. En d'autres termes, l'engagement de la nouvelle technologie sur laquelle se fonde la machine "Power Curber" répond à une préoccupation objective de l'adjudicateur. Or, c'est bien à ce dernier qu'il appartient de configurer le marché mis en soumission comme il l'entend et en fonction de ses besoins (ZUFFEREY/MAILLARD/MICHEL, Droit des marchés publics. Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002, p. 100). La réglementation sur les marchés publics a uniquement le souci qu'une certaine procédure soit respectée, afin d'assurer transparence, non-discrimination et concurrence. Elle n'a pas pour but de forcer un adjudicateur à choisir une solution technique qu'il ne veut pas. C'est précisément ce que demande la recourante en tentant d'imposer la technologie différente produite par la machine "Voegele Super 150".

De plus, il faut souligner qu'en l'espèce, l'entreprise adjudicatrice n'a pas le monopole des machines "Power Curber" en Suisse. L'instruction a montré que d'autres sociétés, parmi celles-ci la recourante elle-même, disposent d'une telle machine. Une concurrence réelle est donc possible.

Enfin, en exigeant des machines "Power Curber" ou similaires, l'adjudicateur a laissé aux soumissionnaires la possibilité de déposer des offres impliquant d'autres machines utilisant la même technologie, quitte à elles de prouver l'équivalence. Au vu des observations de l'entreprise G. SA et de l'autorité intimée, il semble que d'autres machines soient effectivement disponibles ("Wirtgen" et "Gomaco").

- d) En résumé, il faut constater que la recourante - qui ne pouvait ignorer les spécificités techniques impliquées par l'appel d'offres dès lors qu'elle possède elle-même une machine "Power Curber" - a déposé une offre qui ne correspond pas au descriptif. Ce faisant, elle a modifié la prestation et

s'est limitée à proposer une variante sans présenter une offre de base. Face à cette situation, l'autorité intimée était en droit d'écarter la soumission non conforme. N'ayant pas présenté une offre correspondant au descriptif, la recourante ne peut pas prétendre que son offre était économiquement la plus avantageuse au sens de l'art. 13 let. f AIMP.

Il ressort également de ce qui précède que l'exigence d'une prestation impliquant la technologie produite par la machine "Power Curber" ou similaire ne viole ni le principe d'une concurrence efficace, ni celui de non-discrimination.

4. Les autres griefs soulevés par la recourante ne modifient pas ces constatations.

a) Elle ne peut sérieusement reprocher à l'autorité intimée de ne lui avoir pas permis de déposer après l'ouverture des offres une nouvelle proposition fondée sur l'usage de la machine "Power Curber" qu'elle possède. Il faut lui rappeler à cet égard que les négociations sont interdites (art. 28 RMP) et que si l'autorité avait accepté une modification de l'offre non conforme, elle aurait violé la loi vis-à-vis des autres soumissionnaires qui avaient respecté le descriptif de la prestation à offrir et les délais impartis à cet effet.

b) La différence de technologie qui résulte de l'utilisation d'une machine "Power Curber" ou d'une machine "Voegele Super 150" est sensible. L'autorité intimée n'a donc pas violé le principe de la proportionnalité en écartant l'offre non conforme de la recourante. Cette dernière ne peut prétendre n'avoir commis qu'une informalité insignifiante.

c) La recourante reconnaît elle-même qu'elle dispose d'une machine "Power Curber", ce qui permet d'admettre qu'elle en connaît le fonctionnement et les principes technologiques en cause. Elle ne peut donc raisonnablement prétendre qu'en laissant ouverte la possibilité d'utiliser une machine similaire, l'autorité intimée aurait violé le principe de la bonne foi. La recourante devait savoir que la machine "Voegele Super 150" n'est pas similaire à la "Power Curber". Le terme "similaire" utilisé dans l'appel d'offres concerne d'autres modèles faisant appel à la même technologie que la "Power Curber" (Wirtgen, Gomaco), étant entendu qu'un soumissionnaire utilisant de telles machines aurait dû prouver l'équivalence de la prestation.

5. Mal fondé, le présent recours doit être rejeté.