

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

II^e COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 21 novembre 2002

Statuant sur le recours interjeté le 9 septembre 2002
(2A 02 78)

par

L'association d'entreprises **A.**, représentée par Me X., avocat à Fribourg,

contre

la décision prise le 20 août 2002 par le **Conseil d'Etat du canton de Fribourg**, représenté par Me Y., avocat à Fribourg, écartant son offre et adjugeant des travaux d'aménagement et d'entretien sur la route nationale A12 à l'entreprise **B.**, représenté par Me Z., avocat à Fribourg;

(Marchés publics)

C o n s i d é r a n t :

En fait:

- A. Par publication dans la Feuille officielle no 4 du 22 janvier 2002, le Bureau des autoroutes du canton de Fribourg (ci-après: le BAR) a lancé une procédure ouverte d'appel d'offres pour des travaux d'aménagement et d'entretien du Pont de Richterwil situé sur le tronçon Ottisberg - Limite FR/BE de la route nationale A12, dit "Paquet P3.01" du km 54.511 au km 68.850.

Les documents d'appel d'offres envoyés aux soumissionnaires précisaient les critères d'aptitude et d'adjudication des offres (document 6.1). Pour ces derniers, l'adjudicateur a retenu comme prépondérants les critères qualitatifs (60%) par rapport au facteur prix (40%).

- B. Le 15 mai 2002, l'association d'entreprises A. a déposé sa soumission pour un montant global net de 8'967'396 francs, moins éventuellement, 494'074,45 francs en fonction des variantes proposées.

- C. Par courrier du 14 juin 2002, le BAR a requis de l'association d'entreprises A. certaines explications complémentaires ainsi qu'un descriptif du montage de la charpente métallique. L'intéressée a répondu aux diverses questions et a produit, sans autres explications, le rapport de la société C., identique à celui adressé par l'entreprise concurrente B. lors du dépôt de sa propre offre.

Le 15 juillet 2002, l'adjudicateur a procédé à une séance d'explication qui a permis à l'association d'entreprises A. de se présenter et à l'adjudicateur de poser des questions complémentaires, de fournir certaines explications, notamment la raison pour laquelle les variantes 1A, 1B et 1C avaient été exclues et, finalement, de relever les points faibles du dossier présenté par l'association d'entreprises.

Les travaux ont été adjugés, le 20 août 2002, par le Conseil d'Etat à l'entreprise B. pour un montant de 9'252'551 francs. Cette décision a été communiquée à l'association d'entreprises A. par le BAR, selon recommandé du 26 août 2002.

- D. Agissant le 9 septembre 2002, l'association d'entreprises A. a contesté devant le Tribunal administratif la décision du 20 août 2002. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision d'adjudication des

travaux à la société B. et requiert que ces travaux lui soient adjugés. Subsidiairement, elle conclut à ce que le dossier soit renvoyé respectivement à l'autorité intimée et au BAR pour nouvelle décision.

Comme premier moyen à l'appui de ses conclusions, la recourante invoque la violation du principe de la transparence. Elle reproche au BAR d'avoir utilisé une méthode d'attribution des points sans l'avoir communiquée aux soumissionnaires. Selon elle, il est indispensable de disposer de ces informations afin de préparer l'offre en conséquence, voire, dans certains cas de renoncer à déposer une offre si l'entreprise soumissionnaire devait d'emblée savoir qu'une faiblesse sur tel ou tel critère respectivement sous-critère allait la pénaliser. Or, les commentaires mentionnés dans la grille "critères d'adjudication" ne fournissent aucun renseignement sur la façon dont le pouvoir adjudicateur entendait attribuer les points ou pénaliser les concurrents.

En second lieu, la recourante reproche à l'autorité intimée de ne pas avoir motivé, même de façon sommaire, sa décision du 20 août 2002 en violation des art. 13 let. h de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2).

Enfin, comme troisième moyen, elle fait grief au BAR une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents au sens des art. 16 al. 1 let. b AIMP et 77 al. 1 let. b du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1). En particulier, elle conteste le reproche que lui a fait oralement le BAR quant à la prétendue faiblesse du dossier relatif au montage des charpentes métalliques et de l'absence d'indication relative à la cure du béton. Elle juge également mal fondé le grief qui lui est fait d'avoir mal maîtrisé le problème de la protection des fouilles sous l'ouvrage alors qu'elle a expressément démontré les mesures qu'elle entendait appliquer. Les lacunes relevées par l'autorité d'adjudication par rapport aux critères "sécurité du travail" et "environnement" ne sont pas non plus fondées. Le BAR a fait preuve d'un formalisme excessif en retenant l'absence d'indications quant au responsable de l'assurance de qualité et sur la façon dont la recourante transmettait les informations aux sous-traitants. D'après la recourante, les variantes 1a, 1b et 1c qu'elle a proposées sont des variantes d'exécution et non pas des variantes de projet comme jugé par le BAR. Par conséquent, l'autorité d'adjudication aurait dû les prendre en considération. Finalement, elle relève que son offre "variante 2" a obtenu 65.40 points, soit 4.1 de moins que celle de l'entreprise intimée alors qu'elle a obtenu 15.99 points de plus que cette dernière pour le critère du prix. En d'autres termes, elle aurait perdu plus de 20 points sur les critères "management de la qualité".

- E. Dans ses observations du 9 octobre 2002, l'autorité intimée conclut au rejet du recours. En substance, elle conteste le reproche que lui fait la recourante de ne pas avoir respecté le principe de la transparence; tous les participants ont pu connaître, à l'avance, sur la base des documents reçus, les diverses étapes de la procédure ainsi que les critères d'adjudication et leur coefficient respectif. Elle reconnaît que la motivation de sa décision est sommaire mais conforme aux conditions posées par l'art. 32 al. 1 RMP. Par ailleurs, la recourante a été informée de manière exhaustive sur les raisons pour lesquelles son offre n'avait pas été retenue lors de la séance du 3 septembre 2002. Elle relève aussi que la longueur (sic) du recours suffit à démontrer que la décision entreprise était suffisamment motivée. Finalement, l'autorité intimée maintient que le dossier d'adjudication de la recourante présentait plusieurs carences sanctionnées par une notation appropriée.

La société B. conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. En résumé, elle relève que, sous réserve de la critique manifestement non fondée concernant le principe de transparence et la question de la variante, les recourantes se limitent à critiquer la notation des critères d'adjudication. En d'autres termes, elles remettent en cause uniquement le pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée. Or, celui-ci n'est nullement arbitraire.

- F. Le 4 novembre 2002, la recourante a déposé, sans y avoir été invitée, une détermination ainsi qu'un mémoire de recours et des pièces complémentaires.

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.

S'agissant de marchés publics, 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 en des travaux d'entretien pour une route nationale. Son coût s'élève à environ 9 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).
- d) Contrairement à ce que soutient l'entreprise adjudicataire, les deux sociétés qui forment l'association d'entreprises recourante ont manifestement la volonté de recourir et d'exécuter ensemble le marché. Elles sont touchées par la décision litigieuse et les motifs qu'elles invoquent ne sont pas manifestement non fondés. Partant, il convient de reconnaître à l'association la qualité pour recourir.

Le Tribunal administratif peut donc entrer en matière sur les mérites du recours.

- 2. Sur le plan formel, la recourante demande de pouvoir consulter le dossier complet de la cause, requête à laquelle s'oppose, du moins partiellement, les autres parties à la cause.
 - a) L'art. 4 aCst. garantit à toute personne le droit d'être entendu avant qu'une décision ne soit prise à son détriment. Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution, ce droit est expressément garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. Les règles déduites directement de l'ancien art. 4 Cst. sont également valables à la lumière de la nouvelle disposition et constituent une garantie minimale. L'intéressé doit notamment avoir la possibilité de prendre connaissance des pièces du dossier, de faire administrer des preuves sur des faits importants pour la décision envisagée, de participer à l'administration des preuves et de faire valoir ses arguments.

A teneur des art. 63 et 64 CPJA, les parties et leurs mandataires ont le droit de consulter les pièces du dossier qui sont destinées à établir les faits servant de fondement à la décision (art. 63 al. 1 CPJA). L'autorité peut cependant refuser la consultation des pièces du dossier si un intérêt public ou privé prépondérant ou l'intérêt d'une enquête officielle en cours l'exige (art. 64 al. 1 CPJA). Le refus d'autoriser la consultation ne peut s'étendre qu'aux pièces qu'il y a lieu de garder secrètes (al. 2). Ces dispositions cantonales sont peu ou prou identiques aux règles fixées par la loi fédérale sur la procédure administrative (cf. art. 26 ss; RS 172.021).

Cela étant, n'importe quel intérêt public ou privé ne justifie pas le refus de consulter. Il ressortit de la compétence de l'autorité administrative ou du juge, dans un cas particulier, d'apprécier si l'intérêt à la confidentialité l'emporte sur le principe général de l'accès au dossier. En matière de marchés publics, l'adjudicateur a l'obligation de remettre à l'autorité de recours toutes les pièces de la procédure d'adjudication afin que cette dernière puisse - le cas échéant après avoir consulté les tiers - procéder à la pesée des intérêts en pleine connaissance de cause (Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, 98/1997, p. 224 consid. 3a et références). Dans ce domaine particulier, le droit de consulter le dossier de l'affaire et de formuler des observations écrites est d'une importance centrale. Il est, en effet, indispensable que le soumissionnaire évincé puisse vérifier que la procédure de passation s'est déroulée correctement. Lorsque le recours est dirigé contre la décision d'adjudication au motif que l'offre retenue n'était pas économiquement la plus avantageuse, le recourant doit pouvoir comparer les offres de ses concurrents même si le droit d'accès au dossier peut être restreint en vue de protéger le secret des affaires (E. CLERC, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Edit. Universitaire Fribourg 1997, p. 261).

Selon l'accord l'art. 11 let. g de l'AIMP, lors de la passation de marchés, le principe du traitement confidentiel des informations doit être respecté. Il s'agit de protéger la propriété intellectuelle des intéressés, d'une part, et de préserver leur secret commercial, d'autre part. Cependant, l'art. 24 RMP prévoit que lors de l'ouverture des offres, un procès-verbal sera établi et qu'obligatoirement le nom des personnes présentes, les noms des soumissionnaires, les dates de réception et les prix globaux offerts y figurent au minimum (al. 2). L'art. 32 RMP dispose pour sa part que la publication de l'adjudication du marché doit notamment mentionner la valeur de l'offre retenue ou la valeur de l'offre la plus élevée et la plus basse dont il a été tenu compte dans la procédure d'adjudication (al. 1 let. f). En outre, sur demande, l'adjudicateur doit informer le soumissionnaire des motifs pour lesquels son offre a été écartée ainsi que des caractéristiques et avantages de l'offre retenue (al. 2; cf. également art. 13 let. h AIMP).

Lorsqu'il est saisi d'un recours et que le litige porte notamment sur la question de la consultation du dossier d'adjudication - ou seulement de quelques pièces de celui-ci -, la Cour de céans a pour pratique d'inviter les autres entreprises intéressées, adjudicataires ou non, à se prononcer sur le caractère confidentiel ou non de ces pièces dans la mesure où des données les concernant figurent également dans le dossier de la cause. En revanche, elle n'admet pas que le pouvoir adjudicateur s'oppose de manière unilatérale à la consultation du dossier ou de certaines pièces.

- b) En l'occurrence, il n'a pas été nécessaire de procéder à cette mesure d'instruction. En effet, la recourante exige la production du dossier complet d'adjudication, ce qui pour des raisons évidentes de confidentialité des informations et de protection des intérêts intellectuels et commerciaux des entreprises soumissionnaires ne peut être admise. Les documents particuliers qu'elle demande de pouvoir consulter doivent également être qualifiés de confidentiels et susceptibles de procurer à la recourante des données sur ses concurrents. Enfin et surtout, la recourante a été informée des faiblesses de son dossier et des raisons qui ont poussé l'autorité intimée à rejeter son offre (cf. infra consid. 5 b et c).
3. a) 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.

- b) 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. 1^{er} 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 22 mars 2000 cité sur le site Internet du Tribunal administratif 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).

4. Dans le cas particulier, contrairement à ce que prétend la recourante, le pouvoir adjudicateur a respecté les exigences découlant du principe de la transparence telles qu'exposées ci-dessus.

Compte tenu de la complexité des travaux mis en soumission et à moins de tomber dans l'arbitraire, il était impossible pour l'adjudicateur d'appliquer directement le critère de la qualité de l'offre, sans fonder son appréciation sur des éléments concrets ressortant des dossiers d'offres. Or, les soumissionnaires ont reçu la liste précise des documents qu'ils devaient présenter, notamment un organigramme de l'entreprise et du chantier, un rapport technique qui présente un résultat de ses réflexions en fonction des risques et des besoins du marché et un plan schématique des installations et accès ainsi que de l'organisation du chantier. Il tombe sous le sens que ces éléments devaient servir à la mise en œuvre du critère de qualité.

Les critères d'adjudication, avec les facteurs de pondération, figurent sur les documents remis aux soumissionnaires. Le pouvoir adjudicateur a retenu trois critères principaux d'adjudication avec leur coefficient respectif. Chacun des critères comprend plusieurs points qui font l'objet d'un commentaire détaillé. Certes, l'échelle des notes ne figure pas dans les documents remis aux soumissionnaires. Document interne de l'adjudicateur, sa transmission aux adjudicataires ne s'imposait pas en l'espèce sauf à trop réduire le pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée et de restreindre le jeu de la concurrence. Enfin et surtout, la recourante avait en mains toutes les informations nécessaires pour se rendre compte de ce qui lui était demandé et de juger de ses points forts respectivement de ses faiblesses pour adapter son offre aux exigences du pouvoir adjudicateur.

5. a) D'après les dispositions spéciales des art. 13 let. h AIMP et 32 al. 2 RMP, l'autorité adjudicatrice est juste tenue de motiver de manière sommaire sa décision d'adjudication et de communiquer formellement quelques renseignements importants aux soumissionnaires évincés; elle ne doit donner les raisons essentielles de son éviction à un soumissionnaire que sur demande de celui-ci. Lorsque la divulgation de certains des renseignements mentionnés aux alinéas 1 et 2 de l'art. 32 RMP pourrait violer le droit fédéral ou cantonal ou serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires ou nuirait à une concurrence loyale entre soumissionnaires, l'adjudicateur est dispensé de fournir ces renseignements (art. 32 al. 3 RMP).
- b) En l'espèce, la décision litigieuse du 20 août 2002 et le courrier du BAR du 26 du même mois contiennent les indications essentielles dues à la recourante selon les dispositions légales précitées. De plus, le 3 septembre 2002, les représentants de la recourante ont reçu des précisions et des commentaires sur les points attribués à son offre et, finalement, le 6 septembre 2002, ils ont obtenu un extrait du tableau comparatif, avec indications des points attribués à l'entreprise adjudicataire, à l'association recourante et un troisième soumissionnaire anonyme.

- c) La Cour constate que la recourante a reçu des explications sur les 4 points faibles de son dossier, le 9 juillet 2002, qui ajoutées aux précisions fournies le 3 septembre et comparées aux points figurant sur le tableau récapitulatif, suffisaient à se faire une idée précise des lacunes de son offre. Partant, l'autorité intimée n'a pas violé le droit d'être entendu de la recourante qui était en possession de tous les éléments pour pouvoir contester la décision du 20 août 2002 prouvée en soit les nombreux arguments qu'elle a développés dans le détail dans son mémoire de recours.
6. C'est à tort que la recourante reproche à l'autorité intimée de ne pas avoir retenu leur variante qui portait sur le remplacement de la charpente métallique par du béton préfabriqué. En effet, il n'est pas arbitraire de considérer cette offre comme une variante de projet et non pas d'exécution dans la mesure où le résultat de l'ouvrage fini n'est pas identique au projet de détail avec identification des matériaux utilisés.
7. Les autres critiques de la recourante sur l'appréciation technique de son offre sont également non fondées.

L'absence d'une véritable réflexion sur l'importance de la mise en place de la charpente métallique et la production après le délai fixé du même document que celui fourni par l'entreprise intimée, mais elle dans le terme imparti, justifiait à l'évidence une moins bonne notation sur ce point.

La recourante n'a pas présenté une procédure respectant les exigences définies dans les conditions particulières relatives à la cure du béton. Il ne suffisait pas de s'engager à les respecter mais de démontrer comment elles seront effectivement respectées. En d'autres termes, le dossier de la recourante n'était pas complet; la notation s'en est ressentie, à juste titre.

Ces remarques sont également valables pour les autres points que le pouvoir adjudicateur, après analyse par un collègue d'experts, a jugé lacunaires dans le dossier d'offre de la recourante. Au demeurant, ces questions relèvent essentiellement de la grande liberté d'appréciation dont jouit le pouvoir adjudicateur lors de sa prise de décision et que l'autorité de recours ne revoit qu'avec retenue et dont elle ne s'écarte qu'en cas d'arbitraire manifeste (cf. ci-dessus consid. 1b).

Enfin, c'est en vain que la recourante semble s'étonner de l'importance prépondérante des critères qualitatifs (60%) sur le critère du prix (40%). Cette particularité ressortait expressément de la grille des critères communiquée aux soumissionnaires et à laquelle la recourante a adhéré. De plus cette solution reflète fidèlement la philosophie UPIaNS retenue par l'Office fédéral des routes pour la planification de l'entretien des routes nationales qui a été communiquée à tous les soumissionnaires.

8. Entièrement mal fondé, le recours est rejeté.

Vu le sort fait au recours, la demande d'octroi de l'effet suspensif au recours devient sans objet.

9. Les frais de justice sont mis à la charge de la recourante qui succombe, conformément à l'art. 131 CPJA.

La société intimée a fait appel aux services d'un avocat pour défendre ses intérêts et obtient gain de cause. Aux termes de l'art. 137 CPJA, elle a droit à une indemnité de partie calculée conformément aux art. 8 et 9 du tarif des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (RSF 150.12). Le montant de celle-ci est fixée à 5'698,10 francs (honoraires 4'916,65 fr., débours 379.- frs et 402,45 frs de TVA). Aucune indemnité de partie n'est, en revanche, octroyée à l'autorité intimée qui n'en pas requise et qui dispose d'un service juridique.

210.2; 210.4