

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

II<sup>e</sup> COUR ADMINISTRATIVE

**Séance du 11 février 2004**

Statuant sur le recours interjeté le 31 décembre 2003  
**(2A 03 138)**

par

**X SA,**

contre

la décision d'adjudication du CFC 23 "Installations électriques" prise par  
l'**Etablissement cantonal des assurances sociales (ECAS)**, à Givisiez;

**(Marchés publics)**

## Considérant :

### En fait:

- A. Le 17 novembre 2003, la commission de bâtisse de l'Etablissement cantonal des assurances sociales (ECAS), à Givisiez, a invité huit entreprises à soumissionner pour les travaux CFC 23 "Installations électriques" prévus dans le cadre de son projet de réaménagement des espaces publics et de mise en place de mesures de sécurité.

Les documents précisant la procédure, comprenant notamment l'indication des critères d'adjudication et leur pondération respective, ainsi que les formulaires d'offres ont été communiqués aux entreprises soumissionnaires.

Parmi ces formulaires, celui intitulé "Présentation du soumissionnaire" comprenait en particulier un chiffre 1.2 libellé ainsi:

#### 1.2 *Personnel - Organigramme de l'entreprise*

|                                |                       |
|--------------------------------|-----------------------|
| <i>Direction/cadre</i>         | <i>.....personnes</i> |
| <i>Personnel administratif</i> | <i>.....personnes</i> |
| <i>Ouvriers qualifiés</i>      | <i>.....personnes</i> |
| <i>ouvriers non qualifiés</i>  | <i>.....personnes</i> |
| <i>Apprenti(e)s</i>            | <i>.....personnes</i> |
| <i>Personnes handicapées</i>   |                       |
| <i>occupées</i>                | <i>.....personnes</i> |
| <i>Total</i>                   | <i>.....personnes</i> |

- B. L'entreprise X SA a déposé son offre le 4 décembre 2003. Avec un prix de 96'334 fr. 95, elle est la moins chère des entreprises soumissionnaires, mais ne vient cependant qu'en 2<sup>ème</sup> position à l'issue de l'application de l'ensemble des critères d'adjudication avec 297 points contre 299 à l'entreprise Y, qui a proposé les travaux pour 96'936 fr. Cette dernière a fait la différence dans le cadre du critère "présentation de l'entreprise" en produisant un organigramme, ce que n'a pas fait X SA. Les trois points de plus obtenu par ce biais ont compensé le déficit d'un point résultant du prix légèrement plus élevé.

Les travaux ont ainsi été adjugés à l'entreprise Y.

- C. Agissant le 31 décembre 2003, X SA a contesté devant le Tribunal administratif la décision d'adjudication de l'ECAS dont elle demande implicitement l'annulation. Constatant que le critère lié à la présentation du dossier/organigramme la fait passer en 2<sup>ème</sup> position, elle se plaint d'une violation du principe de la transparence dès lors que les critères d'adjudication ne lui ont pas été communiqués correctement et qu'elle n'a ainsi pas pu défendre valablement ses chances.

Dans ses observations, l'ECAS conclut au rejet du recours. Elle a produit le dossier de la cause d'où il ressort qu'elle a divisé les critères communiqués aux soumissionnaires en plusieurs sous-critères. Ainsi, le critère "Présentation de l'entreprise" d'une pondération de 15 % est réparti en trois sous-critères: "Références" 10 %, 1 à 3 points, "Présentation du dossier / organigramme" 3 %, 1 à 3 points et "Formation d'apprenti(e)s ou occupation de personnes handicapées" 2 %, 3 ou 0 points.

L'adjudicataire a déposé ses observations le 3 février 2004. Il rappelle que les critères d'adjudication ont non seulement été communiqués, mais que les soumissionnaires devaient confirmer expressément au maître de l'ouvrage qu'ils en avaient eu connaissance.

- D. Par décision superprovisionnelle du 29 janvier 2004, le Juge délégué à l'instruction du recours a avisé les parties qu'il avait l'intention de proposer à la Cour l'octroi d'office de l'effet suspensif au recours et que, jusqu'à droit connu sur ce point, il interdisait toute mesure d'exécution de la décision d'adjudication.

#### **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. Le principe de la transparence requis dans la procédure de soumission (cf. art. 1 al. 2 let. c AIMP) suppose entre autres que les critères d'adjudication soient communiqués lors de l'appel d'offres, et ceci dans l'ordre de leur importance (ATF 125 II 86). Il est nécessaire qu'il spécifie clairement par avance l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux, afin de prévenir tout risque d'abus et de manipulation. Il n'est pas interdit au pouvoir adjudicateur d'attacher une importance plus grande à certains critères d'adjudication qu'à d'autres, voire de ne pas tenir compte du tout de certains critères. Il est toutefois nécessaire qu'il le fasse savoir à l'avance à tous les soumissionnaires (ATF 125 II 86; J.-B. ZUFFEREY / C. MAILLARD / N. MICHEL, Droit des marchés publics, Présentation générale, éléments choisis et code annoté, Fribourg 2002 p. 241).

La situation est en principe la même quant à la communication des sous-critères. Lorsque l'adjudicateur entend faciliter la mise en œuvre d'un critère par l'usage de sous-critères et d'une matrice d'évaluation, il lui appartient d'en informer préalablement les soumissionnaires (DC 4/1999 p. 141 n° S25; P. GALLI / A. MOSER / E. LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich 2003 n° 443 ss).

3. Dans le cas particulier, le problème ne concerne pas les critères d'adjudication, qui ont été rendus publics de manière correcte. Il tient au fait que l'adjudicateur n'a pas indiqué formellement aux soumissionnaires les sous-critères utilisés, ni indiqué leur pondération.

On pourrait certes se demander si l'envoi aux intéressés du formulaire "présentation du soumissionnaire" ne pourrait pas suppléer à cette absence d'indications dans la mesure où, pour l'essentiel, la demande d'informations concernant le personnel et sa qualification, le système assurance qualité et les références est en principe suffisamment explicite pour que les entreprises se rendent compte à sa lecture des bases d'appréciation de l'adjudicateur et, par voie de conséquence, des sous-critères utilisés.

Encore faut-il pour que l'informalité ne prête pas à conséquence, que toutes les informations requises ressortent clairement du formulaire et que l'importance respective des sous-critères qui s'y rapportent soit également discernable pour les soumissionnaires (ce qui pourrait être le cas si la pondération en cause devait ne pas sortir de ce qui est usuel pour le genre d'entreprise en cause).

L'examen du dossier montre toutefois que, si, pour l'essentiel, les indications indispensables ont bien été communiquées aux soumissionnaires qui pouvaient ainsi raisonnablement se rendre compte de l'existence des sous-critères et inférer de la pratique leur importance respective, une information

secondaire a fait défaut et c'est précisément son absence qui a faussé l'issue de la procédure d'adjudication.

En effet, à la différence des autres éléments d'appréciation qui ressortent plus ou moins explicitement du formulaire "présentation du soumissionnaire" et qui permettaient aux entreprises de savoir ce qu'attendait d'eux l'adjudicataire - et par conséquent de défendre efficacement leurs chances - la production d'un organigramme n'est pas clairement demandée. Un organigramme de l'entreprise est certes mentionné dans le titre du chiffre 1.2 du formulaire (Personnel - Organigramme de l'entreprise). Toutefois, un soumissionnaire pouvait raisonnablement penser satisfaire à cette exigence en répondant simplement aux questions figurant sous ce titre. Il n'est demandé nulle part de manière reconnaissable de fournir un document supplémentaire en annexe. Or, cette imprécision dans les conditions d'appel d'offres a eu pour conséquence que la recourante ne s'est pas rendue compte de l'attente de l'adjudicateur et a donc omis de joindre à son offre l'organigramme attendu, mais non demandé. Il est d'ailleurs frappant de constater que sur les huit soumissionnaires invités, deux seulement ont produit un organigramme. Cette mauvaise communication de l'adjudicateur a manifestement fait perdre trois points à la recourante face à sa concurrente (elle a obtenu 6 points au lieu des 9 possibles). Ces trois points se sont avérés déterminants pour départager les soumissionnaires dès lors qu'à l'issue de l'appréciation du prix, la recourante - avec l'offre la moins chère - disposait d'un point d'avance seulement sur l'adjudicataire et que les deux entreprises ont obtenu les mêmes notes sur la base des autres critères.

4. a) L'adjudication litigieuse ayant ainsi été faussée par un défaut de transparence dans la communication du sous-critère d'adjudication lié à la production d'un organigramme, il y a lieu d'admettre le recours et de casser la décision attaquée.
- b) Selon l'art. 98 al. 2 CPJA, en cas d'annulation, l'autorité de recours statue elle-même sur l'affaire ou la renvoie à l'autorité inférieure, s'il y a lieu avec des instructions impératives.

Dans la mesure où, en l'espèce, les autres sous-critères d'adjudication ont manifestement été compris par les soumissionnaires - comme le montre le tableau des critères d'adjudication - et considérant que la recourante et la société intimée ont de toute manière obtenu les notes maximum à cet égard, il apparaît clairement qu'en faisant abstraction du sous-critère illicite de l'organigramme, l'entreprise X SA vient en tête de la procédure d'adjudication. Il est dès lors inutile de renvoyer la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision. Disposant de tous les éléments pour statuer - y

compris de l'appréciation des critères par l'adjudicateur - le Tribunal administratif peut procéder lui-même à l'adjudication en corrigeant directement l'erreur manifeste commise. L'adjudication directe est possible dès lors que, suite à la décision superprovisionnelle du 29 janvier 2004, le contrat avec la société Y n'a pas été conclu, de sorte qu'une rectification de la décision attaquée est encore faisable.

- c) La Cour ayant statué sur le fond du recours, il n'y a pas lieu de se prononcer sur la question de l'effet suspensif.
- d) En sa qualité d'établissement chargé de tâches de droit public, l'ECAS est exonéré des frais de procédure en vertu de l'art. 133 CPJA, son intérêt dans le cadre d'un marché public lié à son activité n'étant pas un intérêt patrimonial au sens de cette disposition.

La recourante qui n'a pas fait appel à un avocat n'a pas droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA). Elle ne l'a d'ailleurs pas demandée.

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

1. Le recours est admis. La décision attaquée est annulée. Le marché litigieux est adjugé à la recourante pour un montant de 96'334 fr. 95.

210.5 (sous-critères)