

602 2011-24

## Arrêt du 27 juin 2011

### II<sup>e</sup> COUR ADMINISTRATIVE

COMPOSITION      Président :                      Christian Pfammatter  
                         Juges :                            Josef Hayoz, Gabrielle Multone  
                         Greffière-stagiaire :        Savio Michellod

PARTIES

**Consortium A., recourant,**

représenté par Me Benoît Sansonnens, avocat, rue de Romont 18, case postale 344, 1701 Fribourg,

contre

**CONSEIL D'ETAT DU CANTON DE FRIBOURG**, rue des Chanoines 17, case postale, 1701 Fribourg, **autorité intimée**, représentée par Me Christoph J. Joller, avocat, av. de Tivoli 3, case postale 768, 1701 Fribourg,

**Consortium B., intimé,**

OBJET                      Marchés publics

Recours du 7 avril 2011 contre la décision du 23 mars 2011

**v u**

la publication dans la Feuille officielle du 3 décembre 2010 de l'appel d'offres en procédure ouverte émis par le Conseil d'Etat en vue de l'attribution du marché relatif aux services d'ingénierie concernant le projet de requalification et de réaménagement de la route cantonale La Tour-de-Trême / Jaunpass en traversée du village de Jaun sur une longueur de 1,700 km environ;

l'indication figurant dans l'appel d'offres selon laquelle les critères d'adjudication étaient fixés et consultables dans les documents d'appel d'offres publiés sur le site internet simap.ch;

les documents d'appel d'offres - indiquant les critères d'adjudication - disponibles sur simap.ch depuis le 3 décembre 2010, soit dès la publication dans la Feuille officielle;

l'adjudication du marché pour un montant de 1'327'630 fr. 50 par le Conseil d'Etat, le 21 mars 2011, au consortium Consortium B., avec Z. comme sous-traitant (ci-après, l'adjudicataire) qui venait en tête du classement final de l'évaluation des offres avec un total de 412.8 points;

la troisième place occupée, avec 384.1 points, par le consortium Consortium A. Architectes, sous-traitant, avec une offre financière TTC de 1'182'984 francs;

le recours formé le 7 avril 2011 par SBT devant le Tribunal cantonal contre la décision d'adjudication du 21 mars 2011 dont il demande l'annulation sous suite de frais et dépens en concluant, principalement, à l'attribution du marché litigieux et, subsidiairement, au renvoi de la cause au Conseil d'Etat pour nouvelle décision dans le sens des considérants;

les griefs invoqués par le consortium recourant qui conteste:

- le poids insuffisant (25%) accordé par l'adjudicateur au critère du prix;
- le poids surfait accordé au critère du "nombre d'heures offertes par le candidat";
- le principe même de l'admissibilité des critères "Planification et engagement des ressources pour l'exécution du marché par le collaborateur et par phase de projet" et "Qualifications des personnes-clés", ces critères étant des critères d'aptitude qui ne devraient plus intervenir dans l'appréciation de l'offre;
- le critère "Compréhension des enjeux du marché" en estimant qu'en exigeant des soumissionnaires qu'ils établissent une matrice des risques pour le marché, l'adjudicateur introduit un critère d'aptitude qui n'a rien à voir dans l'appréciation de l'offre;
- l'appréciation de l'adjudicateur réduisant la notation du recourant au titre du critère "Expérience du chef de projet" parce que X., chef de projet, lui semble trop vieux pour mener à bien le marché jusqu'au bout;

la réponse déposée le 27 avril 2011 par le Conseil d'Etat concluant, sous suite de frais et dépens, principalement, à l'irrecevabilité du recours pour cause de tardiveté et, subsidiairement, à son rejet dans la mesure où il est recevable;

les observations de l'adjudicataire du 15 avril 2011 concluant au rejet du recours;

les contre-observations du recourant du 23 mai 2011 et les ultimes remarques de l'adjudicateur du 1<sup>er</sup> juin 2011;

### **c o n s i d é r a n t**

que le Tribunal cantonal examine d'office la recevabilité des recours dont il est saisi sans être lié par les conclusions des parties;

que, selon l'art. 15 al. 1bis de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2), l'appel d'offres est une décision sujette à recours;

que, conformément à la jurisprudence (ATF 125 II 203, consid. 3a, p. 205 ss; ATC 2A 99 15/16/17 du 18 juin 1999), un recourant ne peut plus invoquer au stade du recours contre la décision d'adjudication, l'inadéquation d'un critère, correctement rendu public dans le cadre de l'appel d'offres;

que, dans un pareil cas, il doit agir en principe immédiatement contre la décision d'appel d'offres sous peine de forclusion (P. GALLI, A. MOSER, E. LANG, E. CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zurich 2007, 2<sup>ème</sup> éd. N° 825 ss);

qu'exceptionnellement, une contestation des éléments de l'appel d'offres reste recevable au stade du recours visant la décision finale d'adjudication si est invoqué un défaut fondamental de procédure à ce point grave qu'il exclut le déroulement normal de l'adjudication et fait apparaître tout le processus de passation du marché comme étant irrémédiablement vicié (ATC 2A 99 15/16/17);

qu'une exception est également admise si le vice invoqué n'était pas particulièrement évident ou manifeste dans l'appel d'offres et si on ne peut pas raisonnablement reprocher au recourant de n'avoir pas soulevé immédiatement le problème (ATF 130 II 241, consid. 4.3, p. 246 ss);

qu'en l'occurrence, il faut constater que la publication des documents d'appel d'offres sur simap.ch s'est faite en même temps que la publication de l'appel d'offres dans le Feuille officielle, de sorte que les documents d'appels d'offres sont partie intégrante de la décision d'appel d'offres;

qu'il ne s'agit donc pas de documents connus postérieurement à l'appel d'offres;

que, dans ces conditions, le principe de la bonne foi imposait normalement au recourant de contester immédiatement, dans un délai de 10 jours, les éventuelles informalités figurant dans l'appel d'offres sans attendre la décision finale d'adjudication;

que n'ayant pas agi en temps utile, il ne peut plus se plaindre actuellement de l'inadéquation des critères d'adjudication;

que, dans la mesure où les critiques invoquées ne concernent pas des problèmes majeurs de procédure qui auraient pour effet de vicier fondamentalement l'attribution du marché, il est exclu de mettre le recourant au bénéfice d'une exception à son obligation de contester immédiatement l'appel d'offres;

qu'il ne peut pas non plus prétendre sérieusement que les critères d'adjudication qu'il conteste n'étaient pas clairs et qu'il ne pouvait pas raisonnablement se rendre compte de leur portée au moment de leur communication dans le cadre de l'appel d'offres;

que le poids des critères qu'il remet en cause actuellement était expressément indiqué dans le cahier des charges;

qu'il ressort aussi sans ambiguïté de l'appel d'offres que l'adjudicateur a rangé les critères concernant l'expérience du personnel chargé de l'exécution du marché dans la catégorie des critères d'adjudication;

que, par conséquent, le recourant ne peut plus venir actuellement pour se plaindre du fait que ces critères relèveraient de l'appréciation de l'aptitude du soumissionnaire;

qu'il en va de même du critère de "compréhension des enjeux du marché";

qu'au demeurant, dès l'instant où l'adjudicateur a spécialement indiqué dans les documents d'appel d'offres que ces critères constituaient pour lui des critères d'adjudication, leur prise en considération dans l'appréciation des offres ne pose aucun problème particulier (P. GALLI, A. MOSER, E. LANG, E. CLERC, n° 380 ss);

qu'en définitive, le seul grief valablement invoqué par le recourant concerne l'appréciation du critère "expérience du chef de projet" tel qu'il a été appliqué à X. ;

que, même si cette critique était admise, le consortium recourant n'obtiendrait pas les points supplémentaires qui lui manquent pour obtenir le marché, de sorte qu'il est inutile de trancher la question;

que tout au plus se justifie-t-il de constater que les soucis de l'adjudicateur relatifs à un responsable d'entreprise qui risque de partir à la retraite en cours de projet ne sont pas dépourvus de sens lorsqu'il s'agit d'apprécier la solidité de la direction de projet;

qu'en définitive, il y a lieu de constater que le présent recours n'a manifestement aucune pertinence et qu'il peut être traité par la voie de la procédure sommaire (art. 99 CPJA);

qu'il appartient aux membres du consortium recourant, qui succombent, de supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1);

que, pour le même motif, ils n'ont pas droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA);

qu'en tant que collectivité publique, l'Etat de Fribourg n'a pas droit à une telle indemnité (art. 139 CPJA);

**l a C o u r a r r ê t e :**

- I. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
- II. Les frais de procédure sont mis par 1'000 francs à la charge des membres du consortium recourant. Ils sont compensés avec l'avance de frais qui a été effectuée et dont le solde est restitué.
- III. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie.

Dans la mesure où elle devait poser une question de principe, cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification.

La fixation des montants des frais de procédure peut, dans un délai de 30 jours, faire l'objet d'une réclamation auprès de l'autorité qui a statué, lorsque seule cette partie de la décision est contestée (art. 148 CPJA).

*210.4.2*