

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

II^e COUR ADMINISTRATIVE

Séance du 18 mai 2004

Statuant sur le recours interjeté le 15 avril 2004
(**2A 04 27**)

par

X., représenté par Me Alexandre Emery, avocat à Fribourg,

contre

la décision prise le 31 mars 2004 par le **Préfet du district de la Glâne**, rejetant leur recours contre la décision d'adjudication de l'**Association du Cycle d'orientation de la Sarine-Campagne et du Haut-Lac français**, représentée par Me Laurent Schneuwly, avocat à Fribourg, décision publiée dans la Feuille officielle du 19 septembre 2003 et attribuant le mandat d'ingénieur civil au consortium **Y.**;

(Marchés publics)

Considérant :

En fait:

- A. Le 13 juin 2003, l'Association du Cycle d'orientation de la Sarine-Campagne et du Haut-Lac français (ci-après, l'Association du CO) a fait paraître dans la Feuille officielle un appel d'offres en procédure ouverte concernant notamment le mandat d'ingénieur civil pour les travaux de construction du bâtiment scolaire du cycle d'orientation de la Sarine-campagne et du Haut-Lac français, à Avry. Ces travaux prévoient la construction d'un bâtiment scolaire comprenant 38 salles de classe, une aula de 300 places, une salle de sport double, un abri de protection civile de type III, 50 places de parc et divers équipements sportifs extérieurs.

Un dossier technique, du 13 juin 2003, a été établi afin de fournir aux soumissionnaires l'explication du projet, les conditions de réalisation ainsi qu'un calendrier de l'étude et de sa réalisation. Ce document avait également pour objet de préciser les critères d'adjudication selon lesquelles les offres reçues seraient appréciées.

Le chiffre 5.2 du dossier technique indique quels devaient être le contenu de l'offre ainsi que sa structure. Enonçant les critères d'adjudication, il a la teneur suivante:

OFFRE

Maximum 4 pages recto (maximum 4 pages par mandataire si un groupe de mandataires est formé + 1 page organigramme du groupe).

A. Dossier de présentation

- *Identification de l'auteur, nom, adresse, coordonnées*
- *Qualification et formation, activité et carrière professionnelle de l'auteur / des collaborateurs*
- *Structure du bureau et son organisation pour les prestations demandées pour cette réalisation*
- *Système qualité*
- *Déclaration formelle du candidat:
paiement des cotisations de l'assurance de responsabilité civile professionnelle
attestation du fond de prévoyance (LPP)*

paiement des charges sociales (AVS, SUVA)

possibilité de disposer d'un extrait du registre de l'office des poursuites.

L'adjudicateur se réserve le droit de demander, en complément, des attestations y relatives. Une fausse déclaration personnelle rend l'offre irrecevable. Le non respect des points de la déclaration formelle entraîne une élimination.

B. Références du personnel affecté à l'ouvrage

- *L'organisation et l'organigramme interne.*

C. Offre d'honoraires avec feuille séparée (annexe 1, phase A forfaitaire)

- *Selon estimation du coût de l'ouvrage selon le point 3 ci-dessus*

- *Coefficient de fractionnement (q) des prestations en pour-cent 100%.*

D. Références en rapport avec l'objet

6 Diverses références significatives, (écoles, réalisation en béton apparent...).

L'adjudicateur a en outre annoncé que les critères d'adjudication seraient pondérés comme suit:

A.	Pré-qualification		% 15
	A.1 état du système qualité	% 15	
	A.2 expérience et références	% 25	
	A.3 personnel qualifié suffisant	% 25	
	A.4 formation des apprentis	% 25	
	A.5 équipement informatique technique	% 10	
B.	Références du personnel affecté à l'ouvrage		% 25
C.	Offre d'honoraires avec calcul		% 30
D.	Références en rapport avec l'objet		% 30

B. Le 29 juillet 2003, X. a déposé une offre pour un montant d'honoraires de 310'000 fr.

En ce qui concerne les références, les soumissionnaires ont produit la liste suivante:

- Groupe scolaire de Bellavista II, à Meyrin;
- Ecole des Verchères, à Thônex;
- Groupe scolaire, à Veyrier;
- Ecole Kumon Leysin;

- Salle polyvalente Commune de la Brillaz;
- Abri de protection civile Hauterive;
- Bâtiment de la navigation aérienne, à Cointrin;
- Centre administratif Acacias UBS, Genève;
- Banque Bruxelles Lambert, Genève;
- Bâtiment administratif CREMO SA, Villars-sur-Glâne.

Les intéressés ont précisé que, pour les ouvrages non-scolaires, la référence avait été donnée en raison des problèmes particuliers qui ont été résolus, à savoir, les grandes portées, les structures spéciales en béton précontraint, les façades en béton apparent. Un descriptif plus détaillé des ouvrages a été fourni en annexe. En plus de ces 10 références, les deux bureaux ont joint à leur offre deux listes de références générales.

C. Par décision du 15 septembre 2003, l'Association du CO a adjugé le mandat d'ingénieur civil (CFC 292) au consortium Y. pour un montant d'honoraires de 476'375 fr.

D. Le 22 septembre 2003, le représentant de l'adjudicateur a informé les bureaux X. de l'issue de la procédure. En annexe à son courrier, il a joint un tableau intitulé "Analyse classement", énonçant les montants d'honoraires ainsi que les points attribués pour chaque critère à l'adjudicataire et à eux-mêmes. Il ressort de ce tableau que le X. a obtenu 26,53 points contre 27,52 à l'adjudicataire. Il perd quelques points sur le critère A3 (Personnel qualifié suffisant) ainsi que, surtout, sur le critère D (Références avec l'objet). Pour ce dernier critère, l'adjudicataire obtient le maximum de 9 points pour six références admises, alors que le X. n'a obtenu que 6 points pour quatre objets retenus, les quatre premiers de la liste produite.

Le représentant de l'adjudicateur a également joint à sa lettre du 22 septembre 2003 un second tableau intitulé "Pondération des critères d'adjudication des Ingénieurs civils" d'où il apparaît que seules les références relatives à des écoles ou/et béton apparent ont été retenues. L'auteur du tableau a précisé qu'en réalité n'ont été acceptés comme références que les écoles ou/et les bâtiments avec façade en béton apparent.

E. Le 29 septembre 2003, X a recouru contre la décision d'adjudication devant le Préfet du district de la Sarine en contestant d'une part la façon dont les références mentionnées dans son offre ont été examinées et prises en considération et, d'autre part, la manière de calculer les points pour le critère "Personnel qualifié suffisant".

Le Préfet de la Sarine s'étant récusé, l'affaire a été confiée au Préfet de la Glâne par décision du Conseil d'Etat du 3 novembre 2003.

Statuant le 31 mars 2004, le Préfet de la Glâne a rejeté le recours. Se fondant sur le dossier technique, il a considéré que l'adjudicateur n'avait pas abusé de son pouvoir d'appréciation en interprétant le critère d'adjudication relatif aux références en rapport avec l'objet comme il l'a fait, à savoir en tenant uniquement compte des références relatives aux écoles ou bâtiments avec façades en béton apparent. Dans cette mesure, l'autorité a jugé qu'il n'y avait pas eu de modification du critère d'adjudication D relatif aux références avec l'objet. Il a estimé par ailleurs que l'Association du CO a correctement évalué les références produites par le recourant et, en particulier, qu'il n'y avait pas lieu de retenir les 6 derniers objets de la liste produite dès lors qu'il n'était pas indiqué qu'il s'agissait de constructions avec façades en béton apparent. L'adjudicateur n'avait pas non plus à tenir compte de la liste de références générales qui ne figurait pas dans l'offre au titre de références en rapport avec l'objet. Enfin, le préfet a estimé que la méthode pour apprécier le critère A.3 "personnel qualifié suffisant", à savoir " $([Nbre\ de\ collaborateurs\ qualifiés\ sup./HES; EPF] / [Nbre\ total\ de\ collaborateurs]) / rapport\ plus\ élevé) \times 3$ ", ne concrétise aucun excès ou abus du pouvoir d'appréciation quand bien même cette méthode peut révéler certaines faiblesses.

- F. Agissant le 16 avril 2004, X. a contesté devant le Tribunal administratif la décision préfectorale dont il demande l'annulation sous suite de frais et dépens. Il conclut à ce que le marché litigieux lui soit adjudgé.

A l'appui de ses conclusions, le recourant se plaint de la manière dont l'appréciation des références a été effectuée. Il estime que, dans la mesure où, s'agissant du critère D, le dossier technique indiquait expressément des points de suspension après la mention des écoles et des réalisations en béton apparent, la liste des objets pouvant entrer en considération comme références n'était pas exhaustive. Trompé par cette indication, le recourant a fourni des références destinées à prouver sa maîtrise des différents aspects du bâtiment à réaliser, à savoir des écoles, une salle polyvalente, un abri de protection civile, des bâtiments en béton apparent et des constructions pourvues d'une structure performante. Il n'a pas voulu présenter que des écoles, ce qu'il aurait très bien pu faire, comme le prouve la liste des références générales produites en annexe A.2.1.

Le recourant estime choquant que l'adjudicateur n'ait pas tenu compte de la salle polyvalente de la Brillaz dès lors que le bâtiment à construire comporte deux parties bien distinctes, dont une aula et salle de sport. Il relève également que le dossier technique insistait sur l'attention particulière à apporter à l'étude de la structure de cette dernière partie. Dans cette logique,

l'autorité ne pouvait pas écarter comme non représentatifs le bâtiment de la navigation aérienne, la Banque Bruxelles Lambert et le bâtiment de CREMO SA qui possèdent expressément de telles structures. L'interprétation faite par l'Association du CO est ainsi non seulement incompatible avec la lettre du dossier technique, mais également avec sa ratio.

Le recourant se plaint, par ailleurs, d'une constatation erronée des faits pertinents dès lors que le préfet se serait trompé en retenant que l'offre ne précisait pas que les six derniers objets de la liste de références étaient des bâtiments avec des façades en béton. Le recourant rappelle qu'en introduction à sa liste, il a indiqué expressément que ces ouvrages présentaient de telles façades.

Le recourant critique également le fait que l'adjudicateur n'ait pas tenu compte de la liste générale de références produites en annexe à l'offre. Du moment que l'adjudicateur avait décidé d'interpréter de manière restrictive le critère des références, il devait à tout le moins se rapporter aux références complémentaires figurant dans cette liste, étant entendu qu'il est de notoriété que X. a construit depuis des décennies de nombreux bâtiments publics dans le canton, dont notamment des écoles et que sa réputation n'est plus à faire.

Enfin, le recourant conteste le fait d'avoir obtenu moins de points que l'adjudicataire pour le critère A.3 relatif au personnel qualifié suffisant, alors qu'il dispose de 27 collaborateurs, dont 9 sont ingénieurs, tandis que le consortium choisi dispose de 20 collaborateurs, dont 7 seulement sont ingénieurs. La méthode de calcul utilisée pour la pondération de ce critère a abouti, de l'avis du recourant, à un résultat totalement incohérent et contraire à l'objectif visé.

- G. Dans ses observations du 30 avril 2004, l'adjudicateur conclut au rejet du recours, sous suite de frais et dépens. En substance, il estime qu'une lecture de bonne foi du dossier technique démontrait clairement que les références en rapport avec l'objet devaient consister soit en des écoles, soit en des bâtiments avec façades en béton apparent. Toute autre interprétation violerait, à son avis, le principe de non discrimination ainsi que la liberté d'appréciation dont bénéficie le pouvoir adjudicateur. L'intimée considère, par ailleurs, que si elle avait tenu compte de la liste supplémentaire produite par le recourant, elle aurait violé le principe de l'égalité de traitement. Elle relève que le recourant lui-même avait limité sa présentation à dix ouvrages de référence. S'agissant du critère A.3, l'Association estime que la manière qu'elle a choisie de pondérer les effectifs des soumissionnaires reste dans les limites de son pouvoir d'appréciation, surtout si l'on considère que ce

critère n'a qu'un poids de 3,75%, le recourant ayant, par ailleurs, obtenu le maximum sous le critère B d'un poids de 25%.

L'autorité intimée a également déposé des observations concluant au rejet du recours. Elle relève notamment que le critère A.3 ne favorise pas nécessairement les plus grosses entités, mais ne peut être qualifié d'arbitraire.

- H. Le 29 avril 2004, le consortium adjudicataire Y. s'est déterminé sur le recours dont il conclut au rejet. Il fait valoir que, dans la mesure où seules 6 références par bureau étaient demandées, il appartenait aux soumissionnaires de se limiter à ce nombre. Les références figurant dans une liste annexe supplémentaire ne devaient pas être prises en considération par l'adjudicateur sous peine de violer le principe de l'égalité de traitement.

Par ailleurs, les adjudicataires estiment judicieux de ne pas retenir des ouvrages - même techniquement plus compliqués - qui sont sans rapport avec la construction d'une école. Une personne très qualifiée techniquement dans certains domaines n'est pas forcément au courant des spécificités et des détails techniques d'autres types d'ouvrages.

Ils considèrent également que le critère du ratio du nombre d'ingénieurs est une bonne méthode pour exprimer le niveau de qualification générale du bureau qui évite que les grands bureaux soient toujours adjudicataires. De plus, le personnel a été analysé de deux manières, une fois par l'application du ratio, qui exprime la capacité générale du bureau à assumer le mandat, y compris les réserves de personnel pour faire face à un imprévu, et, une deuxième fois, par le biais du critère du personnel affecté à l'objet qui donne directement la qualification et les qualités des personnes qui traiteront effectivement le dossier.

- I. Par décision surperprovisionnelle du 19 avril 2004, le Juge délégué à l'instruction du recours a interdit toute mesure d'exécution de la décision attaquée jusqu'à droit connu sur la demande d'effet suspensif.

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 que l'adjudicateur 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. Certes, il ne lui est pas interdit 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 fixation des critères d'appréciation et des sous-critères déterminants pour la définition de l'offre la plus avantageuse est contraignante pour l'autorité adjudicatrice comme pour les soumissionnaires lors de l'adjudication et restreint d'autant le pouvoir d'appréciation de l'autorité adjudicatrice lors du choix de l'offre. Si ces critères ne sont pas pris en considération, que leur ordre d'importance ou leur valeur sont modifiés ou qu'on utilise des critères supplémentaires qui n'avaient pas été annoncés, alors l'autorité adjudicatrice viole le droit des marchés publics (P. GALLI / A. MOSER / E. LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Bâle Genève 1993, n° 403; DC 4/1999 p. 141).

3. Dans le cas particulier, le critère relatif aux références en rapport avec l'objet se voit reconnaître une importance fondamentale dans l'appréciation de l'offre puisqu'il bénéficie d'une pondération de 30%, soit autant que le montant des honoraires. Or, son libellé dans le dossier technique du 13 juin 2003 ne permet en aucun cas de considérer que seules les références liées à la construction d'une école ou d'un bâtiment avec une façade en béton seraient prises en considération. Au contraire, en indiquant "6 Diverses références significatives, (écoles, réalisation en béton apparent ...)" l'adjudicateur a clairement indiqué qu'il tiendrait compte des références significatives les plus diverses en rapport avec l'objet. Cela signifie que le choix des références à présenter était ouvert et que l'adjudicateur se réservait d'apprécier chaque référence individuellement sur sa signification

par rapport à l'objet à construire. Ce faisant, il s'engageait à effectuer un travail intellectuel d'appréciation des références.

L'examen du tableau "Pondération des critères d'adjudication des ingénieurs civils" démontre cependant qu'aucune appréciation individuelle des références n'a été effectuée. L'adjudicateur s'est contenté d'examiner si les références présentées concernaient des écoles ou des bâtiments avec façades en béton apparent sans prendre la peine de voir si, concrètement, une autre réalisation pouvait s'avérer significative par rapport à l'objet à construire. Ce comportement, en contradiction avec le sens qu'un soumissionnaire pouvait raisonnablement attacher au libellé du critère figurant dans le dossier technique, a conduit l'autorité à restreindre de manière importante le champ des références admissibles. Par ce biais, elle a modifié le contenu du critère D sans en avoir préalablement averti les soumissionnaires qui ont été ainsi trompés sur les règles régissant la procédure.

Les trois points de suspension à la fin de la parenthèse comme aussi l'usage du terme "diverses références" dans l'énoncé du critère D laissaient aux soumissionnaires la liberté de présenter toutes les références significatives qui leur semblaient en relation avec l'ouvrage. Il appartenait ensuite à l'adjudicateur d'effectuer le tri pour ne retenir que celles qu'il jugeait effectivement dignes de l'être. Il ne pouvait pas se contenter d'un schéma automatique qui ne prenait en considération que les écoles et les bâtiments avec façades en béton apparent. Certes, le travail intellectuel que requiert l'appréciation individuelle de chaque référence est beaucoup plus important que la simple élimination des réalisations ne constituant pas une école ou un bâtiment avec façade en béton apparent. C'est cependant ce à quoi s'est engagé l'adjudicateur lorsqu'il a rendu publics les critères d'adjudication et il lui appartenait de s'y tenir. En ayant transgressé cette règle qu'il s'est lui-même donnée, il a violé le principe de la transparence garanti à l'art. 1 al. 2 let. c AIMP.

Au surplus, il faut souligner qu'on cherche en vain dans le dossier technique une quelconque indication selon laquelle outre les écoles, seuls les bâtiments avec façade en béton apparent pouvaient être pris en considération comme référence. Le dossier technique parle de "réalisation en béton apparent". Cela comprend manifestement aussi d'autres sortes d'ouvrage que de simples bâtiments avec façades en béton. Sous cet angle, également, le comportement de l'adjudicateur revient à modifier le critère des références en cours de procédure et à violer le principe de la transparence.

Enfin, le recourant mentionne à juste titre que, selon le dossier technique, l'objet à construire ne se limite pas à une école et à des façades en béton,

mais se compose de deux parties, dont une aula/salle de sport, nécessitant l'élaboration d'une structure performante. Compte tenu de l'énoncé ouvert du critère D, on a de la peine à comprendre le souci de l'intimée de limiter les références pertinentes aux seules écoles et aux façades en béton apparent.

4. La lecture de l'offre du recourant montre clairement qu'il a indiqué en préambule à sa liste de références que les objets cités comportaient des façades en béton apparentes. De plus, il a produit en annexe un descriptif des ouvrages cités. Il ne saurait dès lors être question d'exclure sans autre examen les objets en cause sous prétexte que le soumissionnaire n'aurait pas donné les informations minimales désirées.

5. Les autres griefs du recourant sont sans pertinence.

a) Dans la mesure où l'appel d'offres imposait aux soumissionnaires le dépôt d'une liste de références en rapport avec l'objet, il appartenait au recourant de se plier à cette exigence, ce qu'il a fait expressément en page 8 de son offre. L'adjudicateur n'avait donc pas à examiner la pertinence de la liste de références générales supplémentaire produite en annexes A2.1 et A2.2. Seule la liste de références en rapport avec l'objet peut être prise en considération. Toute autre solution reviendrait à violer le principe de l'égalité de traitement, comme le relève à juste titre l'adjudicataire. Il incombait au recourant d'intégrer formellement d'autres objets à sa liste en page 8 s'il entendait faire valoir l'expérience acquise sur d'autres ouvrages. Le Tribunal administratif a d'ailleurs déjà jugé qu'une plaquette de présentation d'une entreprise en annexe à l'offre ne suppléait pas à la liste de références exigées par l'adjudicateur (ATA du 16 novembre 1999 en a cause S.).

Pour le même motif, dans la mesure où les informations nécessaires ne figurent pas dans l'offre elle-même, il n'est pas possible de tenir compte de la notoriété de tel ou tel bureau d'ingénieurs. Ceux-ci doivent se soumettre aux mêmes formalités que les autres et s'ils n'y satisfont pas, les éléments manquants ne peuvent pas être complétés par la notoriété de l'intéressé.

b) Le souci de l'adjudicateur d'éviter de favoriser les grands bureaux lors de l'appréciation du personnel répond à une préoccupation raisonnable. Le système choisi de pondération du personnel en fixant un ratio entre les ingénieurs et les autres collaborateurs est un moyen pour approcher une certaine équité dans ce domaine délicat. Si, à l'usage du système, des problèmes peuvent se poser dans des cas extrêmes, il faut constater que, pour ce qui concerne le recourant, il n'est pas aberrant d'attribuer plus de points à un bureau légèrement plus petit que le sien, mais,

proportionnellement, mieux doté en ingénieurs. De plus, il convient de rappeler que l'importance de ce critère n'est que de 3,75% et que les aberrations que relève le recourant peuvent être corrigées par le critère B, d'un poids de 25%, dès lors qu'une entreprise trop petite pour réaliser le mandat n'obtiendra jamais les points nécessaires pour figurer comme adjudicataire.

6. Dans la mesure où il n'appartient pas au Tribunal administratif de se substituer à l'adjudicateur pour apprécier, sous l'angle technique, si, individuellement, les références à l'appui des offres sont significatives par rapport à l'objet à construire, il se justifie d'annuler l'adjudication et de renvoyer la cause à l'Association du CO pour qu'elle applique correctement le critère D relatif aux références. Elle devra être en mesure de motiver techniquement le refus de prise en considération de tel ou tel objet correctement mentionné dans les références produites.

La procédure devra donc être reprise au stade de l'adjudication avec une nouvelle appréciation de toutes les offres telles qu'elles ont été reçues au terme du délai de soumission.

7. a) La Cour ayant ainsi statué au fond, la demande d'effet suspensif est devenue sans objet.
- b) L'Etat de Fribourg, agissant par le préfet, et l'Association du CO, chargée d'une tâche d'intérêt public, sont exonérés des frais de procédure en application de l'art. 133 CPJA.

Il appartient en revanche à l'Association du CO, qui a commis l'informalité, de verser une indemnité de partie au recourant qui a obtenu gain de cause (art. 137 CPJA).