



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

602 2019 118
602 2019 120

Arrêt du 30 octobre 2019

II^e Cour administrative

Composition

Président : Christian Pfammatter
Juges : Johannes Frölicher, Dominique Gross
Greffière-rapporteure : Vanessa Thalmann

Parties

A._____ SA, recourante, représentée par Me Alain Sauteur,
avocat

contre

CONSEIL D'ETAT DU CANTON DE FRIBOURG, autorité intimée,

B._____ SA, intimée, représentée par Me Charles Fragnière,
avocat

Objet

Marchés publics

Recours du 12 septembre 2019 contre la décision du 20 août 2019

considérant en fait

A. En 2019, le Conseil d'Etat du canton de Fribourg a lancé, par publication dans la Feuille officielle et sur la plateforme Simap, un appel d'offres en procédure ouverte portant sur l'assainissement et l'agrandissement de C. _____ à D. _____ – Publication n° 3. Le marché comporte cinq lots, une offre étant possible pour chacun d'entre eux. Le lot n° 1 concerne les travaux d'isolation (CFC 255 Calorifugeage).

Le cahier des charges comprend notamment, au point A, les dispositions administratives de l'appel d'offres. Celles-ci décrivent les critères d'adjudication au ch. 4. Le ch. 4.1 a trait au barème des notes, qui est de 0 à 5 (0 constituant la plus mauvaise et 5 la meilleure note), et décrit les appréciations générales déterminant chaque note. Le ch. 4.4 mentionne les motifs d'exclusion. Au point B, l'appel d'offres indique les formulaires des critères d'aptitude et d'adjudication: B1 critères d'adjudication et de pondération; B2 formulaire des critères d'aptitude; B3 formulaire des critères d'adjudication qualité; B4 formulaire sur la méthode de calcul des hausses.

Dans les documents d'appel d'offres (cf. formulaire B1 Critères d'adjudication et de pondération), le pouvoir adjudicateur a fixé la pondération pour chacun des groupes de critères d'adjudication: (1) coût (prix de l'offre), 65%; (2) qualité, 35%, lequel est réparti en sept sous-critères: (2.1) domaine d'activité, savoir faire, 3%; spécialisation, 3%; (2.2) organigramme de l'entreprise, 2%; qualification du personnel (diplômes et certificats), 2%; (2.3) assurance qualité ou équivalent, 2%; (2.4) composante environnementale, 2%; (2.5) références en rapport avec l'objet, sur les 8 dernières années, 10%; (2.6) qualification du responsable du chantier (diplômes), 2%; qualification du responsable du chantier (expérience), 5%; (2.7) nombre et qualification du personnel prévu pour le chantier, 4%.

B. Par décision du 20 août 2019, le Conseil d'Etat a adjugé les travaux de calorifugeage (lot n° 1 – CFC 255) à l'entreprise B. _____ SA pour un montant de CHF 200'541.-. Selon le tableau d'analyse multicritères, deux autres entreprises ont été classées, dont A. _____ SA qui est arrivée en deuxième position.

C. Par mémoire du 12 septembre 2019, A. _____ SA a recouru contre cette décision auprès du Tribunal cantonal (602 2019 118). Elle conclut – sous suite de frais et dépens – principalement à ce que la décision d'adjudication soit réformée en ce sens que l'offre de B. _____ SA soit exclue et que le marché lui soit attribué pour un montant de CHF 234'030.- (TTC). Subsidiairement, elle requiert l'annulation de la décision d'adjudication et le renvoi de l'affaire au Conseil d'Etat pour nouvelle décision au sens des considérants du jugement à intervenir. En outre, elle demande que l'effet suspensif soit accordé (602 2019 120).

A l'appui de ses conclusions, la recourante fait valoir que l'adjudicataire aurait dû être exclue pour non-remise de renseignements et documents. En effet, elle relève que la note de 0 a été attribuée à l'offre de l'adjudicataire pour les postes "domaine d'activité, savoir faire" ainsi que "qualification du personnel (diplômes et certificats)", ce qui indique que cette dernière n'a pas fourni les informations ou les documents permettant d'évaluer ces critères. Elle estime ainsi que ces omissions tombent sous les motifs d'exclusion. En outre, de l'avis de la recourante, le critère 2.2 "qualification du personnel (diplômes et certificats)" représente en réalité un critère relevant de l'aptitude des soumissionnaires, même si ce critère n'a pas été intégré au document B2 formulaire

des critères d'aptitude, mais dans le document B3 formulaire des critères d'adjudication qualité. Elle soutient que l'adjudicataire ayant obtenu la note de 0 au critère précité, l'offre de cette dernière devait être exclue, puisqu'un critère d'aptitude était manquant.

D. Par mesure provisionnelle urgente du 13 septembre 2019, le Juge délégué à l'instruction a interdit toute mesure d'exécution de la décision attaquée (signature du contrat) jusqu'à droit connu sur la requête d'effet suspensif (602 2019 119).

E. Dans sa détermination du 25 septembre 2019, l'adjudicataire intimée conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours et de la requête de restitution de l'effet suspensif. Elle soutient pour l'essentiel que les arguments avancés par la recourante ne portent pas sur la procédure d'adjudication, mais sur l'établissement de l'appel d'offres. Elle estime que, par les moyens invoqués, la recourante souhaiterait corriger l'appel d'offres – qu'elle n'a pas contesté en temps utile – en ce sens que les critères d'adjudication 2.1 (domaine d'activité, savoir faire) et 2.2 (qualification du personnel [diplômes et certificats]) deviennent des critères d'aptitude, ce qui n'a pas été voulu par le pouvoir adjudicateur. Pour le reste, elle souligne que, s'il l'avait jugé nécessaire, le pouvoir adjudicateur aurait pu l'inviter à fournir des documents complémentaires pour évaluer son aptitude, ce qu'il n'a pas fait. Elle ajoute enfin qu'elle a obtenu différentes notes en rapport avec la qualification du personnel (cf. critères 2.6 et 2.7), de sorte que, même si la qualification du personnel devait être un critère d'aptitude, le pouvoir adjudicateur disposait de suffisamment d'éléments pour juger du respect de ce critère; dans tous les cas, la note de 0 au critère d'adjudication 2.2 ne saurait selon elle être éliminatoire à elle seule.

Dans ses observations du 14 octobre 2019, la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (DAEC), chargée par le Conseil d'Etat de le représenter, conclut au rejet du recours dans la mesure où il est recevable et renonce à une décision sur la demande de restitution de l'effet suspensif formée par la recourante si le jugement sur le fond peut être rendu rapidement. Elle soutient que le recours vise en réalité le contenu de l'appel d'offres et non la décision d'adjudication, de sorte que la recourante est forclosée dans son argumentation. Elle relève en effet qu'en prétendant qu'au lieu de se voir attribuer les notes de 0 aux deux critères d'adjudication relatifs au domaine d'activité et savoir-faire ainsi qu'à la qualification du personnel (diplômes et certificats), l'offre de l'adjudicataire aurait dû être exclue dans la mesure où celle-ci n'a pas fourni certains documents en lien avec ces critères, la recourante perd de vue que le cahier des charges prévoyait expressément ce cas de figure au niveau du barème des notes (cf. ch. 4.1 du cahier des charges), puisqu'il y était indiqué que la note 0 serait attribuée "au candidat qui n'a pas fourni l'information ou le document non éliminatoire demandé par rapport à un critère fixé". Or, elle explique qu'en l'espèce, l'adjudicataire n'a pas fourni les documents en question, non obligatoires, en lien avec les critères précités, de sorte que le pouvoir adjudicateur lui a attribué la note de 0. De plus, la DAEC souligne que, contrairement à ce que soutient la recourante, le critère "qualification du personnel" (diplômes et certificats) est bien un critère d'adjudication, prévu en tant que tel dans le cahier des charges et non contesté lors de l'appel d'offres. Elle ajoute que, dans la mesure où des documents non obligatoires n'ont pas été produits par l'adjudicataire, le pouvoir adjudicateur pouvait attribuer la note de 0 sur ce critère, sans avoir à exclure l'offre.

F. Il sera fait état des arguments développés par les parties à l'appui de leurs conclusions dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

en droit

1.

1.1. Déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 2 al. 1 de la loi fribourgeoise du 11 février 1998 sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1).

Du moment que l'offre de la recourante vient en seconde position dans l'appréciation des soumissions et considérant que l'entreprise conclut à l'attribution du marché, on doit admettre qu'elle a en principe qualité pour agir (ATF 141 II 14 consid. 4). L'admission de ses griefs, qui visent à obtenir l'exclusion de l'offre de l'adjudicataire, pourrait théoriquement conduire à une adjudication en sa faveur.

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

1.2. Selon l'art. 16 al. 1 de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2), le recours devant le Tribunal cantonal peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et pour constatation inexacte des faits (let. b). Le Tribunal cantonal ne revoit pas le grief d'inopportunité (art. 78 al. 2 du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative [CPJA; RSF 150.1] et art. 16 al. 2 AIMP).

2.

En l'occurrence, la recourante fait valoir que le critère 2.2 "qualification du personnel (diplômes et certificats)" représente en réalité un critère relevant de l'aptitude des soumissionnaires au sens de l'art. 20 du règlement fribourgeois du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11), même si ce critère n'a pas été intégré au document B2 formulaire des critères d'aptitude, mais dans le document B3 formulaire des critères d'adjudication qualité. Elle soutient que ce dernier n'ayant pas été rempli par l'adjudicataire – qui a obtenu la note de 0 –, l'offre de cette dernière devait être exclue, puisqu'un critère d'aptitude était manquant.

2.1. Selon la jurisprudence, les documents de l'appel d'offres – qui contiennent les conditions fixées par l'adjudicateur pour la qualification des candidats – font partie intégrante de l'appel d'offres, si bien qu'en vertu du principe de la bonne foi, les éventuels vices les affectant doivent être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure, dans le délai de dix jours dès leur remise (cf. ATF 130 I 241 consid. 4.2; 125 I 203 consid. 3a). Certes, convient-il, en principe, de réserver les effets de la forclusion aux seules irrégularités qui sont particulièrement évidentes ou manifestes, car l'on ne saurait exiger des soumissionnaires qu'ils procèdent à un examen juridique approfondi de l'appel d'offres et des documents de l'appel d'offres, vu leurs connaissances généralement limitées en la matière et le délai relativement court qui leur est imparti pour déposer leurs offres (cf. ATF 130 I 241 consid. 4.3).

2.2. En l'occurrence, le critère 2.2 "Qualification du personnel (diplômes et certificats)" est expressément mentionné comme étant un critère d'adjudication dans les documents d'appel d'offres (cf. formulaire B1 Critères d'adjudication et de pondération et formulaire B3 des critères d'adjudication qualité; cf. également let. A ci-dessus). Aussi, si la recourante entendait contester que ce critère soit considéré comme un critère d'adjudication alors qu'elle estimait qu'il s'agissait

d'un critère d'aptitude, elle aurait dû soulever ce grief au stade de l'appel d'offres déjà; faute d'avoir recouru à ce moment-là, elle ne peut plus contester ce grief avec la décision d'adjudication. A toutes fins utiles, il peut être souligné que le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion d'admettre que le critère de la qualité puisse être pris en compte au stade de l'adjudication, en tout cas là où la compétence ou l'expérience professionnelles sont en jeu (cf. ATF 139 II 489 / JdT 2014 I p. 84).

3.

La recourante soutient de plus que l'adjudicataire aurait dû être exclue en raison de la non-remise de renseignements et documents. Elle souligne que la note de 0 a été attribuée à l'offre de l'adjudicataire pour les postes "domaine d'activité, savoir faire" ainsi que "qualification du personnel (diplômes et certificats)", ce qui indique que cette dernière n'a pas fourni les informations ou les documents permettant d'évaluer ces critères. Elle estime ainsi que ces omissions tombent sous les motifs d'exclusion mentionnés au document B2 formulaire des critères d'aptitude, notamment sous l'angle des documents non remplis du formulaire B2 et des attestations manquantes au sens du ch. 8; elle ajoute que l'on retrouve ces mêmes motifs d'exclusion dans les dispositions administratives de l'appel d'offres, au ch. 4.4, où il est précisé que l'absence d'une seule pièce ou preuve requise ainsi qu'un jugement d'inaptitude relatif à un seul critère entraîneront l'exclusion du soumissionnaire.

3.1. Le cahier des charges fixe le barème des notes des critères d'adjudication (cf. formulaire B1 Critères d'adjudication et de pondération), qui est de 0 à 5 (0 constituant la plus mauvaise et 5 la meilleure note), et décrit les appréciations générales déterminant chaque note comme suit (cf. A, dispositions administratives de l'appel d'offres, ch. 4.1):

0	<i>Candidat qui n'a pas fourni l'information ou le document non éliminatoire demandé par rapport à un critère fixé</i>
1 <i>Insuffisant</i>	<i>Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond pas aux attentes</i>
2 <i>Partiellement suffisant</i>	<i>Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond que partiellement aux attentes</i>
3 <i>Suffisant</i>	<i>Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé et dont le contenu répond aux attentes minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats</i>
4 <i>Bon et avantageux</i>	<i>Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes et qui présente un minimum d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification</i>
5 <i>Très intéressant</i>	<i>Candidat qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes avec beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats, ceci sans tomber dans la surqualité ou la surqualification."</i>

Le ch. 4.4 des dispositions administratives de l'appel d'offres se rapporte aux motifs d'exclusion. Il est libellé comme suit:

"L'absence d'une seule pièce ou preuve requise ainsi qu'un jugement d'inaptitude relatif à un seul critère entraîneront l'exclusion du soumissionnaire. L'exclusion du soumissionnaire peut également être prononcée pour les motifs prévus à l'article 25 du Règlement sur les marchés publics du 28 avril 1998 (RMP).

Est un motif d'exclusion :

- une offre nominative*
- une offre incomplète*
- une offre déposée hors des délais impartis*
- modification du descriptif*
- modification(s) de prix après le dépôt de l'offre (sauf erreur de plume)*
- articles dont le prix n'a pas été rempli (idem pour variante)*
- absence de similitudes entre matériaux proposés par l'architecte et produits proposés par l'entrepreneur. Sur demande du M.O. l'entrepreneur sera tenu d'établir, au besoin, la preuve de la similitude*
- produit/échantillon jugé non conforme d'un point de vue esthétique, mécanique ou technique*
- absence d'engagement de l'entreprise sur les attestations à fournir et/ou sur les renseignements assurance RC*
- conditions générales non signés et/ou planning des travaux et/ou annexes non remplies et/ou non signées*
- attestation manquante ou non conforme*
- critère(s) d'aptitude manquant(s) ou non conforme(s)*
- offre anormalement basse."*

Le formulaire B2 des critères d'aptitude contient également la liste de motifs d'exclusion suivante:

"1. RMP du canton de fribourg du 28 avril 1998, art. 25.

- 2. Modification du descriptif (les variantes doivent être jointes à l'offre).*
- 3. Modification(s) de prix après le dépôt de l'offre.*
- 4. Articles dont le prix n'a pas été rempli ou partiellement".*
- 5. Absence de similitudes (visuelles, esthétiques, détails) entre les matériaux proposés par l'architecte et produits proposés par l'entrepreneur. Sur demande du MO, l'entrepreneur sera tenu d'établir, au besoin, la preuve de la similitude.*
- 6. Absence d'engagement de l'entreprise sur les attestations à fournir et/ou sur les renseignements généraux.*
- 7. Documents suivants non signés et/ou non remplis*
 - a) formulaires B2 et B3*
 - b) descriptif (soumission)*
- 8. Attestations manquantes ou non-conformes.*

9. Critère(s) d'aptitude non conforme(s) ou manquant(s)."

3.2. Il ressort du dossier que l'adjudicataire intimée a obtenu la note de 0 aux critères 2.1 "Domaine d'activité, savoir faire" et 2.2 "Qualification du personnel (diplômes et certificats)". Dans les documents d'appel d'offres, ces deux critères sont expressément mentionnés comme étant des critères d'adjudication. Dans ces conditions, la recourante ne peut pas prétendre à l'exclusion de l'offre de l'intimée en se fondant sur le formulaire B2 des critères d'aptitude, lequel – comme son intitulé l'indique – concerne uniquement les critères d'aptitude. En revanche, le formulaire B3 des critères d'adjudication qualité – parmi lesquels figurent les critères 2.1 "Domaine d'activité, savoir faire" et 2.2 "Qualification du personnel (diplômes et certificats)" – précise que l'évaluation des critères d'adjudication sera faite selon la grille d'évaluation, laquelle indique clairement que l'absence d'information à un critère entraîne la note de 0. En outre, comme exposé ci-dessus, le cahier des charges fixe le barème des notes des critères d'adjudication. Or, celui-ci prévoit expressément que la note 0 est attribuée au candidat qui n'a pas fourni l'information ou le document non éliminatoire demandé par rapport à un critère fixé. En l'occurrence, l'adjudicataire intimée n'a pas fourni l'information ou les documents en lien avec les critères d'adjudication précités. Compte tenu des conséquences attachées à l'absence d'information prévues dans la grille d'évaluation, il est évident que les informations ou documents en question doivent être considérées comme non éliminatoires. Contrairement à ce que soutient la recourante, ils ne peuvent ainsi pas tomber sous le coup d'un motif d'exclusion au sens du ch. 4.4 des dispositions administratives de l'appel d'offres, puisqu'il ne s'agit pas d'une pièce ou preuve "requis", mais bien uniquement d'une information ou d'un document non éliminatoire. Partant, c'est à juste titre que le pouvoir adjudicateur a attribué, à l'offre de l'adjudicataire, la note de 0 pour les critères susmentionnés. Pour le reste, faute d'avoir contesté l'appel d'offres en temps voulu, la recourante ne peut plus remettre en cause, au stade de la décision d'adjudication, le barème de notation annoncé et expliqué dans le cahier des charges.

4.

4.1. Mal fondé, le recours doit ainsi être rejeté.

L'affaire étant jugée au fond, la demande de restitution de l'effet suspensif (602 2019 120) est devenue sans objet.

4.2. Il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 CPJA.

Pour le même motif, il lui incombe de verser une indemnité de partie à l'intimée qui a fait appel aux services d'un avocat pour défendre ses intérêts (art. 137 CPJA). Selon la liste de frais déposée, l'indemnité de partie est arrêtée à CHF 4'819.60 (honoraires: CHF 4'475.-; TVA 7.7%: CHF 344.60). Elle est mise à la charge de la recourante qui s'en acquittera directement auprès du mandataire de l'intimée (art. 137, 140 et 141 CPJA).

(dispositif en page suivante)

la Cour arrête :

- I. Le recours (602 2019 118) est rejeté.
- II. La requête de restitution de l'effet suspensif (602 2019 120), devenue sans objet, est rayée du rôle.
- III. Les frais de procédure, par CHF 3'000.-, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont compensés avec l'avance de frais versée.
- IV. Un montant de CHF 4'819.60 (y compris CHF 344.60 de TVA), à verser à Me Charles Fragnière à titre d'indemnité de partie, est mis à la charge de la recourante.
- V. Notification.

Pour autant qu'elle pose une question de principe, la présente décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification.

La fixation du montant des frais de procédure et de l'indemnité de partie 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).

Fribourg, le 30 octobre 2019/jfr/vth

Le Président :

La Greffière-rapporteuse :