



**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 146
602 2019 148

Arrêt du 26 mars 2020

II^e Cour administrative

Composition

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

Parties

A. _____ SA, recourante, représentée par Me David Millet,
avocat

contre

CONSEIL D'ETAT DU CANTON DE FRIBOURG, autorité intimée

B. _____ SA, intimée, représentée par Me Thierry Amy, avocat

Objet

Marchés publics

Recours du 4 décembre 2019 contre la décision du 18 novembre
2019

attendu

que, dans le cadre de la transformation et de l'assainissement de l'Hôtel cantonal à Fribourg, le Service des bâtiments a lancé une procédure ouverte d'appel d'offres pour des travaux d'installation de chauffage et de rafraîchissement – CFC 240.0;

que, par décision du 18 novembre 2019, le Conseil d'Etat a adjugé les travaux à l'entreprise B. _____ SA pour un montant de CHF 420'178.-;

qu'agissant le 4 décembre 2019 en qualité de soumissionnaire écarté, A. _____ SA a contesté devant le Tribunal cantonal la décision du 18 novembre 2019 dont elle demande l'annulation, sous suite de frais et dépens. Elle conclut principalement au renvoi du dossier à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants et subsidiairement à l'adjudication du marché litigieux en sa faveur pour le prix de CHF 407'565.- qu'elle avait proposé dans son offre;

qu'à l'appui de ses conclusions, la recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue dès lors qu'à son avis, l'autorité intimée n'a pas motivé la décision d'adjudication. Elle conteste également l'adjudication en invoquant un abus du pouvoir d'appréciation, une violation de l'interdiction de l'arbitraire et une inégalité dans la notation des critères d'adjudication;

que, parallèlement, sur un plan procédural, la recourante a requis l'octroi de l'effet suspensif et la possibilité de consulter l'intégralité du dossier, y compris l'offre de l'adjudicataire ainsi que le tableau d'analyse multicritère complet pour toutes les offres;

que, par mesure provisionnelle urgente du 5 décembre 2019, 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'octroi de l'effet suspensif;

que, le 23 décembre 2019, l'adjudicataire a déposé une détermination sur le recours dont elle conclut au rejet, sous suite de frais et dépens;

que, le 6 février 2020, l'autorité intimée a produit ses observations sur le recours dont elle demande le rejet dans la mesure où il est recevable;

que, le 26 février 2020, la recourante est intervenue pour requérir à nouveau l'accès complet au dossier, notamment à la grille d'évaluation des critères d'adjudication et à de prétendues différentes versions du tableau d'analyse multicritères;

considérant

que, 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);

que, du moment que l'offre de la recourante vient en troisième position dans l'appréciation des soumissions avec 5.60 points de retard sur l'adjudicataire sur une échelle de 500 points, tout en ayant offert le prix le plus bas, on peut admettre qu'elle a qualité pour agir (ATF 141 II 14

consid. 4). L'admission de ses griefs pourrait théoriquement conduire à une adjudication en sa faveur;

que le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière sur les mérites du recours;

que, 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);

que la recourante se plaint tout d'abord d'une violation de son droit d'être entendue dès lors que la décision attaquée ne serait pas suffisamment motivée;

qu'il faut constater à cet égard que l'intéressée a obtenu une motivation complète et détaillée dans le cadre de la réponse au recours, de sorte qu'elle a pu se rendre compte de la portée de la décision attaquée et des raisons pour lesquelles son offre n'a pas été retenue. Elle a par ailleurs disposé de suffisamment de temps depuis la notification des observations pour déposer une éventuelle prise de position complémentaire si elle estimait que les précisions reçues la justifiait, ce qu'elle n'a pas fait;

que, par conséquent, on doit constater qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu a été, de toute manière, réparée au stade de la procédure de recours;

qu'en outre, il convient de rappeler que, selon l'art 34a al. 2 RMP, les décisions d'adjudication sont sommairement motivées et indiquent la voie de recours. Il est communément admis que le tableau récapitulatif multicritère annexé à la décision tient lieu de motivation;

que l'art. 34a al. 3 RMP précise que, sur demande du soumissionnaire non retenu, l'adjudicateur indique le type de procédure utilisé (let. a), le nom du soumissionnaire retenu (let. b), le prix de l'offre retenue (let. c), les motifs pour lesquels son offre n'a pas été retenue (let. d) et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue (let. e);

qu'en l'occurrence, à réception de la décision attaquée et du tableau d'analyse multicritères, la recourante n'a pas pris contact avec le Service des bâtiments afin de connaître les motifs essentiels pour lesquels son offre n'a pas été retenue et les caractéristiques de l'offre choisie. Elle a directement recouru auprès du Tribunal cantonal;

qu'ainsi qu'il a été vu ci-dessus, elle a obtenu dans le cadre de la procédure de recours les informations utiles qu'elle aurait reçues si elle avait suivi les règles de l'art 34a RMP. Elle ne peut donc pas se plaindre du fait qu'elle a dû recourir pour obtenir une motivation plus précise;

que, sur le fond, la recourante conteste l'appréciation de son offre en lien avec les critères 2.2 "qualification du personnel (diplômes certificats)", 2.6 "qualifications du responsable du chantier (diplômes)", qualifications du responsable du chantier (expérience)" et 2.7 "nombre et qualification du personnel prévu pour le chantier";

que, selon la grille d'évaluation, arrêtée le 22 août 2019, il est notamment prévu ce qui suit:

- critère 2.2: qualification du personnel: note 2 (reçue par la recourante): seulement des CFC, note 5 (reçue par l'adjudicataire): plusieurs diplômes supérieurs ou maîtrises fédérales, nombreux CFC;
- critère 2.6, qualification du responsable du chantier (diplômes): note 3 (recourante): CFC ou équivalent, note 5 (adjudicataire): diplôme HES ou équivalent;
- critère 2.6, qualification du responsable du chantier (expérience): note 1 (recourante) expérience de moins de 5 ans, note 3 (adjudicataire): expérience de 10 à 15 ans;
- critère 2.7, nombre et qualification du personnel prévu sur le chantier: note 3 (recourante): personnel de l'entreprise (chantier) juste suffisant, note 5 (adjudicataire): personnel de l'entreprise (chantier) correspondant parfaitement aux exigences;

que les distinctions faites dans le cadre de cette grille d'évaluation sont défendables et s'inscrivent clairement dans le pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée. Elles ne s'avèrent donc pas arbitraires. De plus, cette grille a été établie avant l'ouverture des offres le 9 septembre 2019 et n'a donc pas été établie dans le but de favoriser ou de porter préjudice à un soumissionnaire précis;

qu'en tant que, sur le principe, la recourante conteste la pertinence du critère 2.2, on doit constater qu'elle est forclosée pour faire valoir cette critique dès lors qu'elle n'a pas agi contre la demande d'appel d'offre (document C1) qui mentionnait expressément ce critère (ATF 130 I 241 consid. 4.2; 125 I 203 consid. 3a; arrêt TC FR 602 2019 118 du 30 octobre 2019);

qu'au demeurant, contrairement à ce que prétend la recourante, il entre dans le pouvoir d'appréciation du maître de l'ouvrage de noter la qualification globale du personnel de l'entreprise soumissionnaire actif dans le domaine du marché - indépendamment des personnes qui seront affectées au chantier - dès lors que des personnes non impliquées directement sur le chantier peuvent aussi avoir une influence au sein de l'entreprise sur la gestion du marché attribué;

que, pour le surplus, la recourante ne conteste pas qu'elle ne dispose que de personnes au bénéfice de CFC, ce qui justifie la note 2 reçue pour le critère 2.2. Elle ne nie pas non plus que l'adjudicataire compte deux titulaires de diplômes fédéraux et de plusieurs CFC dans ses rangs (note 5). Les critiques sur ces critères sont donc injustifiées;

qu'en ce qui concerne les griefs visant la mise en oeuvre des critères 2.6 (diplômes), 2.6 (expérience). En effet, son chef de chantier est au bénéfice d'un CFC uniquement et n'agit en qualité de chef de chantier que depuis 3 ans. Les notes de 3 et de 1 sont conformes à la grille d'évaluation. Dans la mesure où l'adjudicataire répond, elle aux exigences justifiant les notes de 5 et de 3, la notation sur la base du critère 2.6, diplôme et expérience, échappe à la critique;

qu'à la lecture de la grille d'évaluation, il est vrai que le critère 2.7 relatif au nombre et à la qualification du personnel sur le chantier laisse ouvert un certain pouvoir d'appréciation puisqu'il se fonde notamment sur un nombre "juste suffisant" (note 3 de la recourante) et un nombre "correspondant parfaitement aux exigences" (note 5 de l'adjudicataire). Les précisions données après coup par l'ingénieur CVS du pool des mandataires dans le cadre des observations de l'autorité intimée ne sont pas déterminantes à ce propos, même si elles donnent une indication sur la manière dont le critère peut avoir été mis en oeuvre;

qu'il en ressort que 4 personnes dont 1 technicien, 1 contremaître, 1 monteur qualifié et 1 monteur non qualifié forment une équipe de chantier suffisante (note 3) et que la note 5 est attribuée dès 5 personnes, dont 1 technicien, 1 contremaître, 2 monteurs qualifiés et 1 monteur non qualifié;

qu'en l'occurrence, la recourante a annoncé 4 personnes pour le chantier, dont 1 responsable de chantier (CFC de projecteur et de monteur), 1 chef d'équipe (CFC de monteur), 1 monteur en chauffage avec CFC et 1 monteur non qualifié. Elle n'a pas compté en tant que personne mise à disposition pour le chantier l'aide-monteur annoncé;

que, pour sa part, l'adjudicataire s'est engagée à mettre 8 à 10 personnes à disposition sur le chantier parmi lesquelles 2 responsables de chantier (ingénieur HES et CFC), 1 contremaître (CFC avec maîtrise), 6 ouvriers avec CFC et deux apprentis;

que, face à des effectifs aussi dissemblables, on doit constater que, même sans les précisions données dans les observations, la différence de notation se fonde sur des faits objectifs, de sorte que la mise en oeuvre du critère 2.7 reste conforme aux exigences d'égalité de traitement des concurrents;

qu'en effet, il entre à nouveau dans le pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur de donner la préférence à une entreprise qui peut assurer une présence accrue sur le chantier. Cela ressort clairement de la grille d'évaluation telle qu'elle a été arrêtée le 22 août 2019;

que ces considérants conduisent au rejet du recours, manifestement mal fondé;

que, dans la mesure où la recourante a disposé de toutes les informations nécessaires pour défendre ses intérêts en lien avec les griefs invoqués (spécialement par le biais des renseignements sur sa notation et celle de l'adjudicataire figurant dans les observations de l'autorité intimée et qui correspondent au dossier de la cause), il n'y a pas lieu de lui donner accès à l'offre de l'adjudicataire et encore moins aux documents purement internes de l'adjudicateur. Ses requêtes procédurales sont ainsi rejetées;

que, la Cour s'étant prononcée sur le fond, la demande d'octroi de l'effet suspensif (602 2019 148) est devenue sans objet;

qu'il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure (art. 131 CPJA);

qu'il lui incombe aussi de verser une indemnité de partie à l'adjudicataire qui a fait appel aux services d'un avocat pour défendre ses intérêts (art 137 CPJA);

(dispositif en page suivante)

la Cour arrête :

- I. Le recours (602 2019 146) est rejeté dans la mesure où il est recevable.
Partant, la décision du 18 novembre 2019 est confirmée.
- II. Il est constaté que la requête d'octroi de l'effet suspensif (602 2019 148) est devenue sans objet.
- III. Les frais de procédure sont mis par CHF 2'500.- à la charge de la recourante. Ils sont compensés avec l'avance de frais effectuée.
- IV. Un montant de CHF 5'700.- (y compris CHF 407.50 de TVA) à verser à Me Amy 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, cette 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 26 mars 2020/cpf

Le Président :

La Greffière-rapporteure :