

FR_GERICHTE 602 2017 83 vom 15. Januar 2018

FR Kantonsgericht, 2018-01-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2017_83

FR: FR_GERICHTE 602 2017 83 du 15 janvier 2018

IT: FR_GERICHTE 602 2017 83 del 15 gennaio 2018

Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 2

est ici litigieux. Il s'agit de luminaires type 14 et type 14 var LED, plafonniers encastrés sans bords de dimensions spéciales 750mm x 750mm; que, le 12 juillet 2016, constatant que l'offre n'était pas assortie de la fiche technique du luminaire ni de son dessin, le bureau technique de l'adjudicateur a pris contact avec l'entreprise pour obtenir ces documents. Il lui a été répondu que celle-ci ne faisait pas de dessin de fabrication pour un luminaire spécial au stade de la soumission; que, le 21 mars 2017, la Commission de bâtisse a informé A. _____ que le marché lié au lot 2 avait été adjugé à B. _____ SA pour un montant de CHF 334'005.65 TTC. Selon le tableau d'évaluation des offres remis avec cette décision, il ressort qu'à l'issue de la mise en œuvre des critères d'adjudication, l'adjudicataire a obtenu 386.61 points contre 380 points à A. _____; que, dans le détail, il apparaît que A. _____ a présenté la meilleure offre au niveau du critère du prix (CHF 299'310.10 contre CHF 334'005.65 pour B. _____), ce qui lui a permis d'obtenir à ce titre 275 points (note de 5) contre 206.61 (note de 3.76) à sa concurrente. En revanche, s'agissant du critère 2 relatif à l'adéquation du produit proposé, A. _____ n'a obtenu que 45 points (note 3) contre 60 points (note 4) à B. _____ et, au titre du critère 3 concernant la qualité esthétique, A. _____ s'est vue décerner 60 points (note 2) contre 120 points (note 4) à B. _____; qu'agissant le 3 avril 2017, A. _____ a contesté la décision d'adjudication du 21 mars 2017 auprès du Préfet de la Gruyère; que, par prononcé du 15 mai 2017, le Conseil d'Etat a pris acte de la récusation du Préfet de la Gruyère et a désigné le Préfet de la Veveyse en qualité de Préfet suppléant extraordinaire; que, le 10 juillet 2017, le Préfet de la Veveyse a rejeté le recours. Il a considéré en substance que, dans la mesure où la recourante n'avait pas fourni avec son offre les spécifications techniques requises par les documents d'appel d'offres, notamment les dessins d'encombrement, les détails de montage et les courbes photométriques des luminaires, il n'était pas arbitraire de noter différemment l'offre de l'adjudicataire – qui avait satisfait à son obligation – et celle de la Tribunal cantonal TC Page 3 de 9 recourante, incomplète, qui ne permettait pas à l'autorité adjudicatrice d'évaluer de manière correcte et concrète sa proposition; que par recours du 19 juillet 2017, A. _____ a contesté auprès du Tribunal cantonal la décision préfectorale du 10 juillet 2017 dont elle demande principalement la réformation en ce sens que le lot 2 lui soit adjugé. Elle conclut subsidiairement à l'annulation du prononcé contesté et au renvoi de la cause au préfet pour nouvelle décision dans le sens des considérants avec adjudication du lot 2 en sa faveur. Plus subsidiairement encore, elle requiert l'annulation des décisions du 10 juillet et du 21 mars 2017 et que l'autorité de première instance soit tenue de lui attribuer le marché

litigieux. A l'appui de ses conclusions, la recourante se plaint tout d'abord de l'incompétence décisionnelle de la Commission de bâtisse, dès lors qu'à son avis, seule l'Association de communes avait qualité d'adjudicateur. Elle fait valoir ensuite le caractère inadéquat et erroné des critères d'adjudication. Selon elle, le descriptif des luminaires extrêmement précis figurant dans l'appel d'offres ne laisse aucune latitude sur le plan esthétique. Il n'est ainsi pas possible d'appliquer un critère esthétique du moment qu'il ne peut pas y avoir de qualités esthétiques différentes d'un projet par rapport à un autre. Pour ce qui est de la fiche technique, la recourante explique que tant qu'il n'existe pas un produit sur le marché ou un prototype réalisé, une fiche technique ne peut pas être fournie. Un tel document ne peut reposer que sur un luminaire existant, faute de quoi il n'a aucune valeur. Il était donc faux de requérir la production d'une fiche technique et il n'y avait aucun sens de soumettre les soumissionnaires à ce critère. Dans un autre grief, la recourante invoque l'arbitraire de la décision d'adjudication et celle sur recours en soulignant qu'il n'y a aucune différence esthétique entre son luminaire carré et celui de l'adjudicataire, de sorte qu'elle ne comprend pas comment il peut y avoir une différence de notation à ce propos. Quant à la fiche technique, la recourante est persuadée que ses concurrents n'ont pas pu présenter une fiche technique ayant valeur réelle puisque cela n'est pas possible tant qu'un luminaire n'est pas en production. Enfin, la recourante allègue une violation du droit d'être entendu en raison de l'absence de motivation de la décision préfectorale; que, sous l'angle procédural, la recourante a requis la production de l'ensemble du dossier de la procédure antérieure ainsi que les dossiers des trois premiers soumissionnaires. Elle a demandé également l'octroi de l'effet suspensif au recours; que, dans ses observations du 29 août 2017, le Préfet de la Veveyse conclut au rejet du recours. Il relève qu'il convient de s'interroger sur la manière dont le coût de l'offre a été calculé par la recourante, étant donné que ce produit n'était pas encore existant sur le marché et que les modalités techniques sont manquantes. Il explique que l'adjudicateur a voulu parer au risque de potentielles lacunes dans l'exécution du projet, puisqu'en l'absence de dessin technique du luminaire, toute demande de la part de l'adjudicateur aurait pu être contestée par le soumissionnaire et ainsi engendrer d'éventuels coûts supplémentaires. La recourante ne pouvait dès lors s'attendre à se voir attribuer une note similaire aux autres soumissionnaires puisqu'elle n'a pas rempli la condition spéciale du chiffre 7 des conditions spéciales pour la lustrerie. Par conséquent, il était juste d'attribuer la note 2 pour l'esthétique qui n'a pas pu être jugée notamment s'agissant des réflecteurs, des grilles, des LED, des détails de montage et des autres éléments variables, et la note 3 pour la technique, à défaut de dessin et de fiche technique. Le préfet relève également que le grief d'incompétence de la Commission de bâtisse relève du formalisme excessif; Tribunal cantonal TC Page 4 de 9 que, le 4 septembre 2017, la recourante a déposé une réponse spontanée suite à la communication des observations du préfet pour contester tout formalisme excessif dans le fait de souligner l'incompétence de la Commission de bâtisse. Elle a indiqué en outre qu'elle désirait voir les offres de ses concurrents dès lors qu'elle maintient qu'il n'est pas possible de produire un dessin de fabrication et une fiche technique; que, le 11 septembre 2017, B._____ a informé le Tribunal cantonal qu'elle s'opposait strictement à la communication de son offre à la recourante, notamment le dessin de fabrication et la fiche technique, en invoquant le secret commercial et industriel et a conclu au rejet du recours; que, le même jour, la recourante est intervenue pour informer le Tribunal cantonal que, conformément à la proposition qui lui avait été faite par le Juge délégué à l'instruction du recours, elle allait déposer ultérieurement une réponse globale. Elle a néanmoins souligné une fois de plus, d'une part, qu'un dessin de fabrication n'avait

pas de sens puisqu'il ne peut pas s'écarter des spécificités de l'appel d'offres et, d'autre part, qu'il était impossible de livrer une fiche technique utilisable sans avoir établi un prototype; que, le 18 septembre 2017, l'Association de communes a produit sa détermination sur le recours dont elle conclut au rejet sous suite de frais et dépens. S'agissant tout d'abord de la compétence de la Commission de bâtisse pour procéder aux adjudications, l'intimée produit une copie du mandat donné le 16 octobre 2013 par l'Association de communes à la Commission de bâtisse qui prévoit que cette dernière procède à l'attribution des adjudications sans limite de montant. Ce mandat a été finalisé lors de l'assemblée de l'Association de communes le 20 novembre 2013. L'autorité adjudicatrice fait valoir par ailleurs l'irrecevabilité du grief visant le caractère inadéquat et erroné des critères d'adjudication dès lors que la recourante n'a pas recouru en temps utile contre la décision d'appel d'offres et qu'elle est donc forclosée pour s'en plaindre au stade de l'adjudication. A titre subsidiaire, l'adjudicatrice conclut au rejet du grief. Elle explique qu'elle souhaitait obtenir des fiches techniques, intégrant des dessins des soumissionnaires, pour s'assurer que ceux-ci étaient capables de fournir les luminaires, faits sur mesure, avec les dimensions exactes. En plus des caractéristiques lumineuses qui devaient être respectées, la méthode d'encastrement du luminaire était importante. Elle avait demandé un encastrement sans rebord dans un faux-plafond en placoplâtre, avec un diffuseur affleurant avec le plafond. En l'absence de fiche technique ou de dessin, il n'était pas possible de se rendre compte du produit offert. En outre, en cas d'adjudication, le maître de l'ouvrage n'aurait pas eu la possibilité de vérifier si le luminaire qui avait été offert correspondait à celui effectivement livré. En d'autres termes, sans fiche technique, y compris le dessin, l'adjudicateur aurait pris une décision à l'aveugle. Contrairement aux affirmations de la recourante, il n'était pas impossible de produire une fiche technique. Il suffisait de demander à un dessinateur de créer les dessins requis et d'y ajouter les spécifications techniques. Sans cette fiche, il était très difficile d'évaluer la qualité du produit proposé et il aurait été possible d'exclure la recourante pour ce motif. Compte tenu de cette situation et des défauts de l'offre de la recourante, il n'était pas arbitraire de lui attribuer des notes différentes de celles de ses concurrents qui ont produits la fiche technique requise. Enfin, reprenant le contenu de la décision préfectorale attaquée, l'adjudicatrice estime que tous les points essentiels y ont été traités et que, par conséquent, le droit d'être entendu n'a pas été violé; que, le 6 octobre 2017, la recourante a déposé ses déterminations complémentaires. En substance, elle reprend les arguments déjà invoqués. Elle affirme à nouveau qu'il est impossible techniquement de présenter une fiche technique exacte sans créer un prototype passé dans un Tribunal cantonal TC Page 5 de 9 laboratoire pour obtenir une courbe photométrique du luminaire. Sous l'angle de l'esthétique, elle souligne qu'il n'est pas concevable d'opérer une distinction entre les soumissionnaires. L'autorité a exigé un luminaire carré très précis. Il n'est absolument pas possible de faire œuvre de création. L'illustration concernant les articles type 14 et 14 var LED qui fait partie de l'appel d'offres présente exactement l'esthétique voulue par l'architecte. Aucun dessin ne pouvait être plus parlant que l'illustration. Ce critère n'avait pas lieu d'être ou, sinon, tous les intervenants devaient obtenir une note similaire. Pour le surplus, la recourante conteste qu'il y ait le moindre secret de fabrication justifiant la confidentialité des offres. Il n'y a pas de création particulière, ni de données commerciales confidentielles. Aucun motif ne justifie de ne pas lui communiquer les offres de ses concurrents concernant les critères 2 et 3. Sous l'angle procédural, la recourante requiert la fixation d'une audience, afin qu'elle puisse être entendue et qu'elle puisse consulter le dossier; que, le 12 octobre 2017, l'Association de

communes s'est prononcée spontanément sur l'écriture du

E. 6

octobre 2017 si elle requiert des débats publics, qui seraient limités aux plaidoiries, ou si, comme il semble, elle demande plutôt à être entendue dans le cadre de l'instruction de la cause, l'audience sollicitée étant couplée avec une consultation du dossier. Dans cette dernière hypothèse de séance d'instruction, il n'y a pas lieu de donner suite à la requête dès lors que la recourante est déjà intervenue à cinq reprises pour donner son avis sur toutes les interventions de ses parties adverses. On ne voit pas ce qu'elle peut ajouter de plus, de sorte que l'instruction de l'affaire est close; que, si l'on devait interpréter la requête d'organiser une audience comme étant en réalité une demande de débats publics, celle-ci devrait aussi être rejetée. Selon l'art. 91bis CPJA, des débats ne peuvent être requis lorsque la cause semble manifestement bien fondé ou mal fondé, pour des questions purement techniques, les questions d'assistance judiciaire ou de récusation. En l'occurrence, ainsi qu'on le verra ci-dessous, le recours est manifestement mal fondé; que, selon la jurisprudence, les soumissionnaires ne peuvent pas tirer des garanties minimales offertes par l'art. 8 Cst. un droit de consulter l'offre de concurrents. Il ressort du principe de confidentialité prévu par l'art. 11 let. g AIMP qu'en droit des marchés publics, les garanties habituelles d'accès au dossier cèdent le pas aux préoccupations de confidentialité. Cette particularité doit être prise en considération également dans la procédure de recours, dès lors qu'à défaut, la confidentialité des offres pourrait être remise en question (ATF 139 II 489 consid. 3.3 et les références). Du moment que la recourante sait - et c'est ce qui est déterminant - que ses concurrents ont déposé une fiche technique et un dessin à l'appui de leur offre, la défense de ses intérêts ne va pas au-delà et n'impose pas de lui communiquer ces documents contre la volonté de Tribunal cantonal TC Page 7 de 9 leur auteur. Il convient dès lors d'écarter la requête de consultation des offres des autres soumissionnaires; que, sur le fond et à l'évidence, on ne saurait reprocher à la décision attaquée de ne pas contenir une motivation suffisante. Ce prononcé explique clairement pour quels motifs le recours a été rejeté. Sur cette base, la recourante a pu recourir en toute connaissance de cause pour défendre ses droits. Il n'y a donc pas de violation du droit d'être entendu; que, dans le cadre de la présente procédure, l'Association de communes a produit les délégations de compétence qui autorisait la Commission de bâtisse à procéder à l'adjudication litigieuse. C'est donc en vain que la recourante invoque une incompétence de la Commission de bâtisse en la matière; que, selon la jurisprudence, les documents d'appel d'offres font partie intégrante de l'appel d'offres, de sorte que, pour autant qu'ils soient facilement reconnaissables, les vices les affectant doivent en principe être contestés, sous peine de forclusion, à ce stade déjà de la procédure, dans le délai de dix jours dès leur remise (ATF 130 I 241 consid. 4.2; 125 I 203 consid. 3a); qu'en outre, même dans les cas où il n'aurait pas l'obligation de saisir immédiatement le juge, le soumissionnaire qui constate une irrégularité dans le déroulement de la procédure d'appel d'offres reste tenu, en principe, de la signaler sans attendre à l'adjudicateur, au risque d'adopter un comportement contraire aux principes de la bonne foi et de la sécurité du droit (ATF 130 I 241 consid. 4.3; arrêt TC FR 602 2012 134 du 19 avril 2013); que, dans le cas particulier, la recourante, qui estime que deux des trois critères d'adjudication ne sont pas adaptés pour juger de l'attribution du marché, n'a pas contesté dans le délai la décision d'appel d'offres qui contenait lesdits critères et, alors même qu'elle avait été contactée par le service technique du maître de l'ouvrage en raison de l'absence de la fiche technique en annexe de son offre, elle n'a pas attiré son attention sur une éventuelle inadéquation des critères. Elle s'est contentée de lui indiquer qu'elle ne faisait pas de dessin

de fabrication pour un luminaire spécial au stade de la soumission; que la recourante est donc forclosée pour se plaindre de l'inadéquation des critères d'adjudication; qu'elle est également trop tard pour contester l'obligation qui lui était faite par le chiffre 7 des conditions spéciales de l'appel d'offres pour la lustrerie de produire une fiche technique complète, y compris le dessin du luminaire proposé; qu'en réalité, face à une volonté clairement affichée par la recourante de ne pas se plier aux conditions du marché, son offre aurait dû être écartée de la procédure de mise en soumission; que, cela étant, il tombe sous le sens qu'en ayant présenté une offre incomplète, la notation de celle-ci au titre des critères d'adjudication ne pouvait être la même que celle des autres concurrents qui eux ont respecté les exigences de l'adjudicatrice; que, contrairement à ce qu'affirme la recourante, le simple fait qu'elle occupe une place importante sur le marché des luminaires ne la dispensait pas, à l'évidence, de respecter la volonté du maître de l'ouvrage; que ce dernier a clairement expliqué que l'exigence d'une fiche technique et d'un dessin avait pour but de s'assurer de la réalisation future du marché dans le respect de l'offre qui avait été faite; Tribunal cantonal TC Page 8 de 9 qu'il n'est pas douteux que la production d'un dessin et d'une fiche technique liant le soumissionnaire sont des moyens adéquats pour éviter les problèmes d'interprétation dans le cadre de l'exécution du futur contrat; que, dans ce sens, la fiche technique constitue un engagement du soumissionnaire sur la qualité future des luminaires. Ce n'est pas véritablement le problème du maître de l'ouvrage de savoir si la fiche technique produite découle de tests de laboratoire ou d'une simple extrapolation du soumissionnaire. Ce qui est décisif c'est que ce dernier est tenu par la fiche qu'il établit, de sorte que l'adjudicateur peut comparer la valeur technique annoncée des différents produits qui lui sont offerts et en exiger le respect en cas d'attribution du marché; que toute l'argumentation développée par la recourante au sujet d'une prétendue impossibilité d'établir une fiche technique sans disposer préalablement d'un prototype est ainsi sans la moindre pertinence; que ce qui est valable sous l'angle technique l'est aussi du point de vue esthétique. L'examen de la notation des offres montre que l'adjudicateur a voulu être sûr que le produit offert corresponde bien au cahier des charges. En d'autres termes, les soumissionnaires qui ont produit un dessin du luminaire, certes sans particularité, ont obtenu la note 4. Ce faisant, ils ont garanti sans contestation possible que leur luminaire aura les caractéristiques esthétiques simples requises par l'appel d'offres. Du moment que la recourante n'a pas fourni le dessin qui, pour l'adjudicatrice, constitue la garantie du respect des exigences du marché, il n'y a rien de choquant à ce que son offre soit plus mal notée que celle de ses concurrentes. La volonté de l'adjudicatrice de disposer d'un dessin pour éviter les éventuelles discussions sur l'interprétation de l'offre est déterminante non seulement pour la mise en œuvre du critère de l'adéquation du produit, mais aussi sous l'angle de l'esthétique de celui-ci et échappe à la critique. En refusant de se plier à cette exigence raisonnable, la recourante s'est mise dans l'impossibilité de remporter le marché. Au demeurant, ainsi que l'adjudicatrice et le préfet l'expliquent, il existait encore une certaine marge pour les soumissionnaires en matière d'esthétique, tant il est vrai que même un luminaire carré encastré dans le plafond peut se distinguer d'un autre par des caractéristiques visuelles différentes. Du moment que la recourante n'a pas fourni de dessin, il n'était pas possible de procéder à une véritable comparaison de son produit et il fallait s'en remettre à un autre modèle figurant dans le catalogue. De ce point de vue également, il n'était pas déraisonnable de sanctionner une offre lacunaire par une notation plus basse; que, manifestement mal fondé, le recours ne peut être que rejeté dans la mesure de sa recevabilité; que, ce faisant, la demande d'octroi de l'effet suspensif (procédure 602 2017 84) 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 également de verser une indemnité de partie à l'Association de communes, qui n'a pas de service juridique et qui a été contrainte de faire appel aux services de mandataires extérieurs pour défendre ses intérêts (art. 139 CPJA); que l'adjudicataire qui n'a pas fait appel à un avocat n'a pas droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA); Tribunal cantonal TC Page 9 de 9 la Cour arrête: I. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable. Partant, la décision préfectorale du 10 juillet 2017 est confirmée. II. 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. III. Un montant de CHF 5'871.65 (y compris CHF 434.30 de TVA) à verser à Me Riedo et Me Noël à titre d'indemnité de partie est mis à la charge de la recourante. IV. Notification. Pour autant qu'elle porte sur 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 15 janvier 2018/cpf Président Greffière-stagiaire

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.