

# FR\_GERICHTE 602 2021 157 vom 22. Februar 2022

FR Kantonsgericht, 2022-02-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_602\\_2021\\_157](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2021_157)

FR: FR\_GERICHTE 602 2021 157 du 22 février 2022

IT: FR\_GERICHTE 602 2021 157 del 22 febbraio 2022

## Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

## Erwägungen

### E. 2

al. 1 de la loi fribourgeoise du 11 février 1998 sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1). Le Tribunal cantonal peut entrer en matière sur ses mérites; 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 ou incomplète 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). De plus, selon l'art. 96a CPJA, l'autorité de recours examine avec retenue les décisions d'une autorité à laquelle la législation accorde une large marge d'appréciation (al. 1). Tel est le cas en particulier des décisions relatives à l'évaluation du travail, des aptitudes et du comportement d'une personne (al. 2, let. a); que, dans un premier grief, la recourante tente de remettre en cause la notation de son offre en expliquant que l'adjudicateur n'aurait pas respecté l'échelle des notes qu'il avait annoncée dans les documents d'appel d'offres. Elle estime, que, dans ce cadre, il ne s'agit donc pas de contester une note en tant que telle - ce qu'elle sait très difficile à obtenir vu la marge d'appréciation très importante reconnue à l'autorité par l'art. 96a CPJA - mais de se plaindre d'une violation d'une règle figurant dans l'appel d'offres. Elle perd de vue cependant que l'échelle de notation elle-même contient des notions indéterminées qui ne font que confirmer la marge d'appréciation de l'adjudicateur; qu'en l'occurrence, l'échelle de notation retenue par la commune intimée est reprise du modèle figurant dans le Guide romand sur les marchés publics et se présente comme suit: qu'à la lecture de ce tableau et de la description de la notation, il tombe sous le sens que les notes ne sont pas attribuées abstraitement, mais dépendent étroitement de l'objet du marché et réservent intrinsèquement un large pouvoir d'appréciation à l'adjudicateur. En particulier, savoir si l'information ou le document requis a un contenu qui ne répond pas aux attentes (note 1 insuffisant) ou si ce contenu ne répond que partiellement aux attentes (note 2 partiellement insuffisant) n'enlève rien au pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur. Tout dépend de l'importance attachée au critère par ce dernier et des lacunes constatées. Ainsi, une information peut raisonnablement ne pas répondre

Tribunal cantonal TC Page 9 de 13 aux attentes, et obtenir la note 1, quand bien même son contenu comporterait certains éléments corrects, mais objectivement très secondaires au point de passer au second plan. Il n'y a pas, de ce point de vue, l'automatisme allégué par la recourante, qui impliquerait d'attribuer nécessairement une note 2, sous prétexte que le

document n'est pas totalement inutilisable. En réalité, à tout le moins lorsque l'échelle de notation choisie est standard et ne comporte - comme en l'espèce - aucune particularité, contester la mise en œuvre de cette échelle revient à contester l'usage du pouvoir d'appréciation par l'adjudicateur. Or, l'évaluation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication n'est revue qu'avec une retenue particulière, parce qu'elle suppose souvent des connaissances techniques, qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres présentées par les soumissionnaires et qu'elle comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part de l'adjudicateur. Sur ce point, le pouvoir d'examen de l'autorité de recours est pratiquement restreint à l'arbitraire (cf. art. 96a CPJA déjà cité; arrêt TC FR 602 2016 35 du 5 avril 2017, considérant 5 citant notamment les ATF 125 II 86 consid. 6; arrêts TF 2D\_15/2011 du 31 octobre 2011; 2D\_34/2010 du 23 février 2011 consid. 2.1; 2D\_87/2008 du 10 novembre 2008 consid. 2); qu'en l'occurrence, on cherche en vain une violation du droit dans la mise en œuvre des critères et sous-critères d'adjudication. A l'évidence, la commune intimée n'a pas dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation en constatant que l'organisation mise sur pied par la soumissionnaire pour l'exécution du marché est gravement déficiente. L'imbrication de la société recourante avec sa partenaire, qui est présentée parfois comme "co-soumissionnaire" (point 2.1. de l'offre) et parfois comme sous-traitante (point 2.4. de l'offre), n'est pas claire et complique objectivement les rapports avec la direction des travaux, spécialement en cas de problème. Cette lacune majeure est mise en évidence également dans la répartition des tâches entre les deux entreprises, la sous-traitante pouvant être appelée à suppléer la soumissionnaire "si nécessaire". Cela va même plus loin puisque, selon la lettre de la recourante du 28 mai 2021, "A. \_\_\_\_\_ SA étant le représentant de E. \_\_\_\_\_ AG à F. \_\_\_\_\_, qui est le fournisseur et le fabricant de l'équipement sportif, la partie technique est supervisée par Monsieur M. \_\_\_\_\_ de l'entreprise E. \_\_\_\_\_ AG". Qui fait donc quoi ? L'offre de la recourante entretient ainsi une incertitude manifeste sur la répartition des rôles et des responsabilités entre les deux sociétés, apte à détourner un maître d'ouvrage. Cette mauvaise organisation est liée également à l'apparente insuffisance des effectifs mis en œuvre par la recourante, qui se réserve la possibilité d'appeler sa sous-traitante à la rescousse en cas de difficulté dans l'exécution conforme du marché. A cet égard, il est frappant de comparer l'effectif proposé par la recourante avec celui offert par l'adjudicataire. Sur le formulaire R6, le nombre moyen de personnes prévues sur la durée d'exécution du marché par la recourante est de 4, alors qu'il est de 12 pour l'adjudicataire. Cette disproportion des moyens se retrouve dans le délai de production et fabrication en atelier qui est de 30 à 40 jours pour la recourante et de 15 jours par l'adjudicataire. Face aux doutes que cette organisation bancal suscite objectivement, le bureau technique a consulté une collaboratrice de la commune de J. \_\_\_\_\_, commune indiquée comme référence par la soumissionnaire. Les informations reçues à cette occasion indiquent un manque de réactivité de l'entreprise, qui ne fait que confirmer les défauts qui ressortent de la lecture de l'offre. Il ressort ainsi de ce qui précède, et qui sera repris ci-après, que l'offre de la recourante entre en contradiction frontale avec la volonté du maître de l'ouvrage d'exiger une organisation claire et simple aussi bien pour l'exécution du marché (critère 2) que pour l'organisation de base de l'entreprise (critère 4); que, dans le détail, la notation des sous-critères ne fait que concrétiser les constatations exposées ci-dessus;

Tribunal cantonal TC Page 10 de 13 que, s'agissant du sous-critère 2.1 (organigramme de l'entreprise), on ne peut que constater, avec l'adjudicateur, que la recourante n'a pas produit un tel document qui suppose une représentation schématique et graphique de son

organisation. L'avantage d'un organigramme est de clarifier les structures et les hiérarchies, ce que ne permet pas l'explication écrite alambiquée fournie par la recourante. Compte tenu de l'importance attachée par l'adjudicateur à une organisation claire du marché, celui-ci n'a commis aucun excès ou abus de son pouvoir d'appréciation en attribuant la note de 1 pour ce sous-critère. D'ailleurs, la recourante semble oublier que l'exigence d'un organigramme n'est pas seulement formelle, mais comporte surtout une indication matérielle sur les conditions de réalisation du marché. En l'occurrence, l'offre très compliquée de la soumissionnaire sur son organisation est clairement insuffisante; qu'en ce qui concerne le sous-critère 2.2 (nombre, planification et disponibilité des moyens et des ressources pour l'exécution du marché), il apparaît clairement que la recourante n'a pas rempli de manière complète le formulaire (personnes clés manquantes), ni transmis le planning demandé. L'absence d'un tableau détaillant dans le temps les interventions indispensables ne permet pas d'apprécier l'engagement concret de l'entreprise sur la durée de l'exécution du marché. Cette lacune est d'autant plus grave que l'effectif annoncé est squelettique en comparaison de celui qui est proposé par l'adjudicataire et laisse présager des difficultés certaines dans l'exécution. En bref, les renseignements et documents produits par la recourante ne méritent pas une note supérieure à 1. En tous les cas, l'adjudicateur n'a pas violé la loi en attribuant cette note; que, pour le sous-critère 4.1 (organisation qualité du soumissionnaire pour satisfaire les exigences du client), il apparaît clairement que la recourante, qui ne dispose pas d'une certification ISO 9001, n'a pas fourni de document spécifique sur son organisation qualité. Elle s'est contentée de se prévaloir de celle de son sous-traitant alors qu'il était exigé qu'elle décrive sa propre situation de soumissionnaire. Compte tenu de ce qui a été souligné précédemment sur la confusion qui entoure l'organisation de l'entreprise - manifestement néfaste au bon déroulement du marché - on ne saurait reprocher à l'adjudicateur d'avoir sanctionné par la note 1 l'absence du document relatif à l'organisation qualité propre à la recourante; qu'il reste le critère 3 (qualité technique de l'offre) où l'offre de la recourante a obtenu la note 2 ("correspondant partiellement aux attentes"). De l'avis de l'intéressée, elle aurait dû obtenir la note 3, qui correspond à une information ou un document qui répond aux "attentes minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats". A nouveau, la soumissionnaire évincée perd de vue qu'il entre largement dans le pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur de décider si l'offre technique est suffisante, sans plus, (note 3) ou si elle est partiellement insuffisante (note 4). En l'occurrence, dans les documents d'appel d'offres, l'adjudicateur a demandé aux soumissionnaires de remettre un rapport technique montrant la compréhension du projet et ses enjeux: qualité d'exécution, standard Minergie P-Eco. Il a requis également que les éventuels risques ou difficultés prévisibles du chantier soient mis en évidence. Si l'intéressée a bien transmis une lettre expliquant les qualités d'exécution et le standard Minergie P- Eco, elle s'est contentée de mentionner ce qui suit en matière de risques et difficultés du chantier: "Sur le plan technique, et sur la base des plans reçus, nous ne voyons pas de difficultés majeures. En ce qui concerne le montage, il y a toujours un risque d'accident, mais tout est fait pour éviter cela, notamment par l'assemblage correct du pont-roulant et en exigeant des monteurs qu'ils utilisent leurs équipements de protection individuels. Vérification qu'il n'y a pas de coactivité dans leur zone de travail et contrôler que les outils pour le montage sont en bon état". L'adjudicateur pouvait raisonnablement considérer que ces considérations générales ne répondent pas à la question des

Tribunal cantonal TC Page 11 de 13 risques et difficultés inhérents au chantier concret. En comparaison, l'adjudicataire est entrée en matière sur les différents CFC du projet et a

relevé, comme attendu, les difficultés pratiques, respectivement les risques, qu'elle estimait liés au projet tel que défini dans l'appel d'offre. Sur la base du document présenté, la commune intimée pouvait raisonnablement considérer que l'examen des risques et difficultés effectué par la recourante était lacunaire, de sorte que l'attribution d'une note 2 n'est pas contraire au droit; qu'il découle de ce qui précède que la notation de la recourante s'inscrit pleinement dans le pouvoir d'appréciation reconnu à l'adjudicateur. Tous les griefs invoqués en lien avec dite notation sont ainsi rejetés; que, par ailleurs, cette constatation conduit également au rejet de l'allégation de la recourante selon laquelle son offre aurait été écartée de manière arbitraire parce que l'adjudicateur aurait préféré traiter avec E. \_\_\_\_\_ SA. Ainsi qu'il a été vu en détail, la notation reflète une appréciation conforme de l'offre en fonction des critères annoncés dans l'appel d'offres. Ce n'est pas tant l'existence d'une sous-traitance de E. \_\_\_\_\_ SA qui a été reprochée à la recourante, mais l'organisation déficiente et floue qu'elle a mise en place, spécialement dans ses rapports avec cette tierce entreprise. Aucune critique n'a été formée sur la sous-traitance en tant que telle; que les prétendus indices qui laisseraient soupçonner la volonté d'écarter la recourante par une manipulation des notes destinée uniquement à compenser le retard de l'adjudicataire en matière de prix n'ont aucune pertinence. A nouveau, on doit rappeler que la notation qui a été attribuée s'inscrit pleinement dans le pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur. Cela clôt le débat sur une quelconque manipulation des notes; qu'au demeurant, il était parfaitement normal que le bureau technique se soit étonné de recevoir une offre émanant de A. \_\_\_\_\_ SA alors que c'était E. \_\_\_\_\_ SA qui avait été invitée à soumissionner. De même, compte tenu de l'imbrication peu claire des deux entreprises, il était légitime de demander pourquoi celles-ci n'avaient pas formé un consortium. Le rappel de la volonté de l'adjudicateur de favoriser une organisation claire et simple, en évitant si possible la sous-traitance, ne fait que correspondre à la réalité, explicitée ci-dessus. Quant aux simulations de notation, avec des notes plus élevées, effectuées par le bureau technique, l'intimée a expliqué qu'elles ont été faites en vue de l'entretien de motivation du 27 juillet 2021 et visaient à dissuader la soumissionnaire écartée de déposer un recours. Quoi qu'il en soit, il s'agit de toute manière d'opérations internes, qui relèvent de la liberté de l'adjudicateur et qui ne regardent en rien un soumissionnaire. Enfin, il est patent que, dans le contexte de la mauvaise organisation qui ressortait de la mise en œuvre des critères 2 et 4, la référence donnée par la commune de J. \_\_\_\_\_ confirmant le manque de réactivité n'a pas servi la recourante. Il était cependant légitime que, face à une offre déficiente, l'adjudicateur prenne contact avec une référence indiquée par la soumissionnaire elle-même; qu'on peine à suivre la recourante lorsqu'elle fait valoir que la commune n'aurait pas procédé elle-même à l'évaluation des offres et aurait délégué la notation au seul bureau technique. Il ressort clairement du dossier que le rapport d'évaluation des offres a été présenté à la Commission technique de la commune le 12 juillet 2021. Le procès-verbal de la séance mentionne expressément que les propositions d'adjudication ont été soumises à cette autorité qui les a approuvées, sous réserve des avis de droit nécessaires. A l'évidence, l'adjudicateur a exercé sa compétence décisionnelle. Au demeurant, on ne peut que constater que, dans la procédure de recours

Tribunal cantonal TC Page 12 de 13 subséquente, la commune s'en est tenue strictement à sa décision d'adjudication en confirmant à chaque fois la mise à l'écart de l'offre de la recourante; qu'enfin, c'est en vain que la recourante voit une violation de son droit d'être entendue dans le fait de ne pas avoir obtenu un accès complet au dossier. Il n'y avait tout d'abord aucune raison de lui donner accès à l'offre de l'adjudicataire dès lors que celle-ci s'y

opposait formellement. De plus, une consultation était d'autant moins justifiée que les critiques de la recourante visaient sa propre notation et ne concernaient pas sa concurrente. Il n'y avait pas lieu non plus de donner accès au rapport d'évaluation du bureau technique destiné à l'adjudicateur (pièces 109) ou au procès-verbal de la séance de la Commission technique du 12 juillet 2021 (pièce 110). Il s'agit de documents internes qui ne regardent pas, en principe, un soumissionnaire. De toute manière, on doit constater que ces documents confidentiels, qui figurent au dossier judiciaire, ne divergent en rien des déclarations de l'adjudicateur. Quant à la note téléphonique concernant la demande de renseignements auprès de la commune de J. \_\_\_\_\_ (pièce 108), outre qu'il s'agit également d'un document interne, son contenu - qui souligne le manque de réactivité de la recourante - a été communiqué dans son principe à l'intéressée. Celle-ci en a d'ailleurs obtenu confirmation directement auprès de la commune de J. \_\_\_\_\_; que, pour les mêmes motifs que ceux qui viennent d'être indiqués, il se justifie de refuser également la consultation de ces documents dans le cadre de la présente procédure; que, manifestement mal fondé, le recours ne peut être que rejeté; que l'affaire étant jugée au fond, la demande d'octroi de l'effet suspensif (602 2021 159), devenue sans objet, peut être classée; 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 la commune qui a fait appel à une avocate pour défendre ses intérêts. Compte tenu de la complexité et de l'ampleur du mémoire de recours, le travail requis pour y répondre dépassait manifestement la capacité d'une administration communale et constitue une circonstance particulière au sens de l'art. 139 CPJA; (dispositif sur la page suivante)

Tribunal cantonal TC Page 13 de 13 la Cour arrête : I. Le recours (602 2021 157) est rejeté. Partant, la décision préfectorale du 14 octobre 2021 est confirmée. II. La requête d'octroi de l'effet suspensif (602 2021 159), sans objet, est classée. 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 4'342.90, y compris CHF 310.50 de TVA, à verser à Me Petrig 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 22 février 2022/cpf Le Président : Le Greffier-stagiaire :

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