

FR_GERICHTE 602 2017 154 vom 19. April 2018

FR Kantonsgericht, 2018-04-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2017_154

FR: FR_GERICHTE 602 2017 154 du 19 avril 2018

IT: FR_GERICHTE 602 2017 154 del 19 aprile 2018

Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 2

al. 1 de la loi cantonale du 11 février 1998 sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1); que, 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 un nombre de points supérieur à l'adjudicataire, pourrait théoriquement conduire à une adjudication en sa faveur; que, selon l'art. 16 al. 1 AIMP, 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). 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 le préfet a constaté à juste titre que la procédure de passation du marché est affectée d'un vice formel qui a laissé planer une grande incertitude sur le résultat de l'évaluation des offres. Si, dans un premier temps, les critères et sous-critères, ainsi que leur pondération ont été transmis correctement aux soumissionnaires, le bureau technique chargé par l'adjudicatrice de gérer les évaluations n'a pas fait correctement son travail dès lors qu'après la prise de la décision d'adjudication, il n'a pas communiqué aux participants une grille d'évaluation claire qui comportait d'emblée toutes les informations les concernant relatives aux points obtenus pour chaque critère et

Tribunal cantonal TC Page 8 de 10 sous-critère. Pire, il a transmis des renseignements erronés, qui ont dû être corrigés par la suite, ce qui a provoqué des doutes auprès de la recourante sur l'existence éventuelle de manipulations des résultats, compte tenu du faible écart entre les différentes évaluations. Dans ce sens, le comportement négligeant de l'adjudicatrice et surtout de son auxiliaire a suscité une méfiance qui a conduit à la présente procédure; que, cela étant, ainsi qu'on le verra, l'examen des offres montre clairement que la décision d'adjudication est fondée et ne couvre aucun comportement déloyal de l'adjudicatrice; que, s'agissant de la mise en œuvre du critère "environnemental", la recourante reconnaît sans ambiguïté avoir constaté, dès réception du document d'appel d'offres, que le sous-critère "lieu du siège de l'entreprise" ne pouvait pas concerner la notion de siège social unique au sens du droit des sociétés, dès l'instant où cette notion juridique est

sans aucun lien avec les préoccupations environnementales clairement indiquées au titre du critère 4. Elle admet, à bon droit, que le seul sens que ce sous-critère peut avoir dans ce contexte est celui de la proximité géographique du centre d'exploitation du soumissionnaire avec l'emplacement du chantier. Cette interprétation recouvre exactement celle qui a été appliquée par l'adjudicatrice. Dès lors, l'intéressée ne peut pas remettre en cause la formulation du sous-critère, sous prétexte qu'il se référerait à une notion juridique qui serait inapplicable en l'espèce. Il était reconnaissable pour tous les participants à la soumission que la notion de siège devait être interprétée comme étant un centre d'exploitation de l'entreprise, dont la proximité était apte à réduire le plus possible les nuisances environnementales provoquées par les travaux qui font l'objet du marché. La recourante n'est donc pas de bonne foi lorsqu'elle invoque la notion juridique du siège social au sens étroit pour affirmer actuellement que le sous-critère ne serait pas applicable. En réalité, elle savait exactement quelle était sa portée concrète et, si elle avait des doutes sur les détails de sa mise en œuvre (prise en compte ou non des sous-traitants), il lui incombait pour le moins de poser une question au maître de l'ouvrage, ce qu'elle n'a pas fait. Partant, le litige ne porte pas sur une prétendue modification d'un critère en cours de procédure, mais uniquement sur la mise en œuvre d'un critère tel qu'il a été annoncé et compris par tous les protagonistes de l'affaire au moment de la publication de l'appel d'offres; que l'admissibilité d'un critère environnemental basé uniquement sur l'éloignement du chantier est discutable dès lors que la simple distance séparant le soumissionnaire du lieu d'exécution du marché implique en principe de favoriser le concurrent local et de faire ainsi obstacle à l'ouverture voulue par la législation sur les marchés publics (cf. notamment, POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 205 et les références). Néanmoins, il faut constater qu'en l'occurrence, la recourante n'a pas recouru contre l'appel d'offres et ne peut donc pas remettre en cause au stade de l'adjudication l'existence de ce critère qui a été parfaitement compris dès sa publication (ATF 130 I 241 consid. 4.2; 125 I 203 consid. 3a); que, même si ce sous-critère devait ne pas être pleinement compatible avec le droit des marchés publics, son utilisation dans le cas particulier n'aboutit pas à une situation à ce point insoutenable qu'il conviendrait de considérer que l'attribution du marché est nulle. Il ne s'agit pas d'un vice de procédure fondamental qui rendrait impossible une adjudication et qui devrait être pris en considération quel que soit le stade où se trouve la passation du marché (arrêts TC FR 602 2016 35/36 du 5 avril 2017 consid. 3c; 602 2011 24 du 27 juin 2011). Ce n'est qu'un sous-critère très secondaire (8 points sur 100), qui vise essentiellement à départager des concurrents dont les offres sont équivalentes. Dans le cadre du présent recours, la recourante ne peut donc pas remettre en question sur le principe ce critère qu'elle n'a pas contesté en temps utile;

Tribunal cantonal TC Page 9 de 10 qu'en l'occurrence, il ressort clairement du dossier que la succursale que l'intimée exploite à J. _____, à 4 km seulement du chantier, constitue un véritable centre opérationnel où elle dispose du personnel et des machines nécessaires pour exécuter l'ouvrage mis en soumission. Cette constatation était d'ailleurs un fait notoire pour la commune adjudicatrice, qui abrite la succursale sur son territoire. Il apparaît ainsi qu'en indiquant que le siège de l'entreprise était constitué par la succursale de J. _____, l'intimée a fourni à la commune et son auxiliaire toutes les informations nécessaires pour évaluer cet aspect du critère environnemental; que, dès l'instant où, selon ses propres dires, elle avait compris la portée réelle du sous-critère du siège, il appartenait à la recourante d'indiquer dans son offre où se situait le centre opérationnel de son entreprise pour la réalisation du marché s'il n'était pas à G. _____. Or, l'examen des documents qu'elle a

signés montre que l'essentiel des moyens mis en œuvre proviendra de G. _____, située à 35 km. La seule remarque qui pourrait être interprétée comme un renvoi à un sous-traitant concerne le paragraphe consacré à l'économie des transports lorsqu'il est dit "Toutes les mesures organisationnelles seront prises pour limiter l'impact des transports sur l'environnement (...) Les transporteurs locaux seront favorisés de façon à limiter l'impact des transports sur l'environnement". Une telle affirmation générale ne constitue qu'une déclaration d'intention qui ne contient aucun engagement concret. Elle n'indique pas quel sous-traitant serait concerné et dans quelle mesure il le serait. Elle n'a donc aucune valeur dans la perspective d'une prise en considération de la proximité géographique du centre d'exploitation du soumissionnaire, même en lien avec un sous-traitant. Il apparaît ainsi que, même si l'on suit la définition large que la recourante donne actuellement de la notion de "siège de l'entreprise" qui peut englober aussi cas échéant un centre d'exploitation d'un sous-traitants, on doit constater que son offre ne contient aucune indication pertinente à ce sujet et que la différence dans la notation des deux concurrents est justifiée; que, dans ces conditions, nonobstant la rhétorique utilisée par la recourante, il ne fait aucun doute que cette dernière ne peut en aucun cas rattraper le retard qu'elle enregistre sur l'intimée à l'issue de la mise en œuvre du critère environnemental; qu'il importe peu dès lors de savoir si l'écart entre les concurrents est d'un point (96 à 95) ou de

E. 3

points (98 à 95). Tout au plus peut-on s'étonner de la réduction de 8 à 6 points de la note de l'intimée dont le centre d'exploitation n'est distant que de 4 km du chantier alors que la recourante, avec un centre à 35 km, reçoit encore 4 points; qu'il ressort de ce qui précède que, quelle que soit la manière d'attribuer les notes aux deux concurrents, selon l'évaluation initiale de la commune ou selon celle, plus discutable, du préfet en cours de procédure, le résultat de l'adjudication reste le même; que c'est en vain par conséquent que la recourante reproche au préfet d'avoir outrepassé les limites de ses compétences en modifiant l'attribution des notes et en adjugeant lui-même le marché; qu'il est tout aussi inutile, pour les mêmes raisons, d'examiner si la notation de la recourante, qui obtient 2 points pour le sous-critère de la "provenance du tout-venant" en indiquant une entreprise de transport et non pas une gravière est erronée ainsi que l'affirme l'intimée; que, mal fondé, le recours doit être rejeté;

Tribunal cantonal TC Page 10 de 10 que, dès l'instant où la Cour a statué sur le fond, la requête d'effet suspensif contenue dans le mémoire de recours est devenue sans objet; qu'il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 CPJA; que, 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). Il y a lieu cependant de corriger la liste de frais déposée, qui ne respecte pas pleinement les règles fixées en la matière par l'art. 8 du Tarif du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (RSF 150.12); la Cour arrête: I. Le recours 602 2017 154 est rejeté dans la mesure où il est recevable. Partant, la décision préfectorale du 11 décembre 2017 est confirmée. II. La requête d'effet suspensif 602 2017 155 est devenue sans objet. III. Les frais de procédure, par CHF 2'500.-, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont prélevés sur l'avance de frais effectuée. Le solde de CHF 1'000.- est restitué à la recourante. IV. Un montant de CHF 7'377.45 (y compris CHF 527.45 de TVA) à verser à Me Christophe Claude Maillard 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 19 avril 2018/cpf Le Président: La Greffière-stagiaire:

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