

FR_GERICHTE 602 2020 52 vom 15. Juni 2020

FR Kantonsgericht, 2020-06-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2020_52

FR: FR_GERICHTE 602 2020 52 du 15 juin 2020

IT: FR_GERICHTE 602 2020 52 del 15 giugno 2020

Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

Volltext

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 — Pouvoir Judiciaire PJ Gerichtsbehörden GB 602 2020 52 602 2020 53 Arrêt du 15 juin 2020 IIe Cour administrative Composition Président : Christian Pfammatter Juges : Johannes Frölicher, Yann Hofmann Greffier-stagiaire : Florian Demierre Parties A. _____ SÀRL, recourante, représentée par Me Hervé Bovet, avocat contre ETAT DE FRIBOURG, agissant par la DIRECTION DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE, DE LA CULTURE ET DU SPORT, autorité intimée Objet Marchés publics Recours du 9 avril 2020 contre la décision du 31 mars 2020

Tribunal cantonal TC Page 2 de 6 attendu que, le 6 mars 2020, le Service de l'informatique et des télécommunications (SITel), agissant en qualité de service organisateur au profit de la Direction de l'instruction publique, de la culture et du sport (DICS), a lancé un appel d'offres public en procédure ouverte pour renouveler l'ensemble des périphériques d'impression du secondaire 2, du Service de la formation professionnelle, ainsi que de la Haute Ecole Pédagogique et du Conservatoire. Le marché prévoit la mise à disposition d'appareils multifonctions et d'imprimantes sous le régime contractuel de type "all-in", ainsi qu'une solution logicielle de gestion sécurisée et d'authentification par badges en location sur une période donnée. Selon le cahier des charges figurant sous le fascicule 4, il est prévu notamment au titre des exigences envers le logiciel de gestion sécurisée (ch. 4.2.2): Le logiciel de gestion sécurisée à mettre en œuvre dans le cadre de cet appel d'offres est B. _____ de l'entreprise C. _____. Ce logiciel de gestion sécurisée a déjà fait l'objet d'un appel d'offres (cf. SIAP n° 954979), son choix n'est donc pas remis en question. Le soumissionnaire s'engage donc à fournir des imprimantes compatibles avec B. _____. Cette compatibilité est un critère éliminatoire; que, le 31 mars 2020, le SITel a répondu aux questions des soumissionnaires, qui demandaient notamment si le marché était réservé aux revendeurs de produits C. _____. L'autorité a souligné qu'il n'y avait pas d'élimination si les imprimantes proposées étaient compatibles avec B. _____. Aucune restriction n'était posée en lien avec le constructeur du matériel, mais uniquement sur la compatibilité avec B. _____, afin d'ouvrir autant que possible ce marché à la concurrence, tout en assurant l'interchangeabilité avec la solution existante. Il a été rappelé que B. _____ était compatible avec 10 constructeurs; que, parallèlement, en réponse à une question d'un soumissionnaire (question 20), le SITel a modifié les fascicules 2 et 6, qui ont été mis à jour sur la présentation du prix; qu'agissant le 9 avril 2020, l'entreprise A. _____ Sàrl a recouru auprès du Tribunal cantonal contre l'appel d'offre en expliquant qu'elle ne travaille

pas avec le produit C. _____, mais avec le produit D. _____, qui n'est pas compatible avec le logiciel B. _____. Elle estime qu'en exigeant une compatibilité avec un logiciel précis et en renonçant à la mention "ou l'équivalent" tel qu'il est prévu ordinairement, l'adjudicateur a violé l'art. 16 al. 2 du règlement fribourgeois du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RSF 122.91.11). Ce faisant, elle fait valoir que l'autorité a transgressé les règles relatives à l'égalité de traitement des soumissionnaires et celles relatives à une concurrence efficace. Elle prétend que le marché est réservé aux prestataires de service disposant de la marque C. _____ et qu'il n'est pas démontré l'incompatibilité de l'utilisation des appareils existants avec le logiciel B. _____. En conséquence, la recourante conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de l'appel d'offres litigieux. Elle requiert parallèlement l'octroi de l'effet suspensif à son recours; que, le 14 mai 2020, l'Etat de Fribourg, agissant par la DICS et la Direction des finances, dont dépend le SITel, a déposé des observations dans lesquelles il conclut principalement à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, à son rejet. Il demande également la condamnation de la recourante aux frais de justice et au versement d'une indemnité pour ses frais de défense et le retard occasionné par la procédure. L'autorité intimée estime que la recourante est forclosée pour contester l'appel d'offres dès lors que celui-ci a été publié le 6 mars 2020 et que, par conséquent, le recours formé le 9 avril 2020 l'a été hors délai. Elle souligne que la mise à jour de l'appel d'offres

Tribunal cantonal TC Page 3 de 6 qui a eu lieu le 31 mars 2020 n'a concerné que des questions de présentation des prix, soit que les fascicules 2 et 6, mais que les conditions et exigences de l'appel d'offres publié le 6 mars 2002 sont demeurées inchangées. Les fascicules 1, 3, 4 et 5 n'ont pas été modifiés le 31 mars 2020 et n'ont par conséquent pas été republiés à cette date. Sur le fond, le maître de l'ouvrage souligne que l'appel d'offres litigieux est une extension aux écoles et aux services rattachés d'une solution déjà déployée dans l'ensemble des services de l'administration cantonale suite à un appel d'offres, datant d'avril 2017. Il ne s'agit pas, comme le prétend la recourante, de l'acquisition d'un service d'impression centralisé, mais bien d'une extension d'un marché préalable, conformément aux dispositions du ch. 2.1 du fascicule 1. Dans le marché initial de 2017, toutes les combinaisons de produits matériels et logiciels étaient permises, sans exigence éliminatoire quant au logiciel de pilotage. L'adjudication a débouché sur une solution basée sur le logiciel B. _____ et sur des imprimantes C. _____. A ce jour, une extension basée sur un autre logiciel de gestion centralisée des impressions ne serait pas acceptable, car elle engendrerait d'importants coûts supplémentaires et des complications pratiques excessives en ce qui concerne le maintien en condition opérationnelle de la solution (notamment pour la formation du personnel technique et des utilisateurs, pour les mises à jour spécifiques aux deux logiciels, pour la maintenance et les sauvegardes), de même qu'en raison de la nécessité de mettre en place des infrastructures supplémentaires dédiées. Par contre, l'autorité intimée indique que, comme le logiciel B. _____ est compatible avec bon nombre de marques d'imprimantes selon les prescriptions techniques de son éditeur, elle a décidé d'ouvrir, autant que raisonnablement possible, la concurrence entre des distributeurs de diverses marques d'imprimantes, tout en tenant compte de ses impératifs de compatibilité avec le logiciel de gestion des impressions déjà largement déployé au sein de l'Etat suite au premier appel d'offres. Le site de l'éditeur du logiciel B. _____ indique précisément quelles sont les marques d'imprimantes compatibles et dans quelle mesure cette compatibilité est offerte pour chaque marque compatible. Le fait que la recourante représente un constructeur qui n'est pas compatible avec B. _____ est un choix

stratégique de partenariat commercial et technique dont elle doit assumer les conséquences. La compatibilité ou l'interopérabilité de deux solutions d'impression basées sur des logiciels de pilotage différents n'étant pas démontrée, le SITel n'a pas souhaité prendre le risque de mettre en œuvre des solutions hétérogènes dans la mesure où il le considère comme techniquement et financièrement non maîtrisable. Contrairement à ce que prétend la recourante, l'appel d'offres ne comporte pas d'exigence quant à la marque des imprimantes proposées par les soumissionnaires. Seul le critère de la compatibilité technique avec l'environnement dans lequel la solution doit être déployée (soit le logiciel B. _____) est contraignant et ce, pour des raisons légitimes. Il n'y a donc pas de logiciel équivalent à proposer; que l'autorité intimée mentionne enfin que, si l'adjudication prévue ne peut pas intervenir avant la mi-juin en raison du présent recours, le déploiement de la solution d'impression au sein des écoles devra être retardé d'une année scolaire complète, ce qui engendrerait de forts inconvénients et impliquerait des surcoûts importants; que, le 5 juin 2020, la recourante a répliqué. Elle relève que le chiffre 1.18 du fascicule 2 (aussi bien dans sa "version finale" au 6 mars 2020 que dans sa "version 2.0" au 31 mars 2020) mentionne que le "présente appel d'offres peut faire l'objet d'un recours [...] dans un délai de dix jours dès la date de publication de l'appel d'offres". A son avis, la "version 2.0" du fascicule 2 est un nouvel appel d'offres remplaçant dans son entier le précédent. Partant, le nouvel appel d'offres pouvait faire l'objet d'un recours dans les 10 jours dès sa publication, soit jusqu'au 10 avril 2020. La recourante constate qu'actuellement, le logiciel B. _____ n'est pas déployé dans les services

Tribunal cantonal TC Page 4 de 6 concernés par l'appel d'offres (écoles et services rattachés). Il ne se justifie donc pas d'écarter d'emblée les entreprises travaillant avec des marques d'imprimantes non agréées par le logiciel B. _____. Si la solution proposée par la recourante devait effectivement engendrer "des coûts supplémentaires et des complications excessives", ce fait pourra être pris en compte, mais seulement au moment de l'analyse de l'adjudication; considérant que, dans la mesure où la recourante n'a pas contesté dans le délai de recours de 10 jours l'appel d'offre lorsqu'il a été publié initialement le 6 mars 2020 et n'a agi que le 9 avril 2020 en réaction à la nouvelle publication partielle du 31 mars 2020 - qui ne concernait pas le fascicule n° 4 relatif à l'exigence de compatibilité avec le logiciel B. _____ - il est vraisemblable que le recours a été déposé hors délai et s'avère ainsi irrecevable; que, de plus, même si, par hypothèse, la recourante était autorisée à participer à la procédure de marché public, l'incompatibilité de son produit avec le logiciel B. _____ excluait d'emblée une adjudication en sa faveur au stade de l'appréciation des offres. Elle n'a donc pas d'intérêt digne de protection à contester un appel d'offres en lien avec un marché qu'elle n'a aucune chance d'obtenir; que, cela étant, du moment que le recours s'avère de toute manière mal fondé, la question de sa recevabilité peut demeurer indécise; que, selon l'art. 16 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). En revanche, faute d'habilitation légale expresse, le Tribunal cantonal ne revoit pas en l'espèce le grief d'inopportunité (art. 78 al. 2 du code cantonal du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative, CPJA; RSF 150.1); qu'il appartient à l'entité adjudicatrice d'arrêter ses besoins. Il en découle qu'elle définit librement les prestations qu'elle souhaite acquérir, pour autant qu'elle respecte les principes de non-discrimination et de transparence (POLTIER, droit des marchés publics, Berne 2014 ch. 4.3.2.1.). Il appartient ainsi au maître de l'ouvrage de définir le marché;

qu'en l'occurrence, le marché concerne l'acquisition d'imprimantes et non pas le logiciel de gestion sécurisé avec lequel ces dernières doivent être compatibles sous peine d'exclusion. Selon la politique informatique de l'Etat de Fribourg, ce logiciel - choisi en 2017 à l'issue d'une procédure de marché public conforme à la libre concurrence - est destiné à constituer la base de gestion uniforme de toutes les solutions d'impression de cette collectivité publique. Dans un premier temps, il a été mis en œuvre dans l'administration générale de l'Etat, avant que son usage ne soit étendu aux autres secteurs, notamment aux écoles et aux services qui en dépendent. Il est patent, dans les conditions décrites ci-dessus, que la volonté de l'Etat de rationaliser la gestion des imprimantes par le biais d'un seul logiciel répond à des considérations raisonnables, compatibles avec les exigences de non-discrimination et de concurrence issues du droit des marchés publics. Du moment que la recourante reconnaît elle-même que ses imprimantes ne sont pas compatibles

Tribunal cantonal TC Page 5 de 6 avec le logiciel B._____, elle ne peut pas, sous ce prétexte, imposer à l'adjudicateur un autre marché qui remettrait en cause le choix initial opéré en 2017, en le forçant, contre sa volonté, à implémenter un autre logiciel pour la gestion des imprimantes des écoles. Il relève à l'évidence de la liberté du pouvoir adjudicateur de ne pas accepter une telle solution, qui comporte des risques techniques et économiques non maîtrisés et qui contredit sa politique en matière informatique (sur ces questions, ATF 137 II 313, consid. 3.5 et 3.6); qu'en outre, en se plaignant que l'adjudicateur aurait omis de préciser qu'il était possible d'offrir un produit "équivalent" à celui faisant l'objet de l'appel d'offres, la recourante perd de vue qu'il n'a jamais été question de mettre en concurrence le logiciel de gestion sécurisé, mais que le marché ne porte que sur les imprimantes. Or, il ressort clairement de l'appel d'offres et des réponses aux questions des soumissionnaires qu'il n'est pas exigé des imprimantes de la marque C._____, mais uniquement des imprimantes compatibles B._____. Selon le site de l'éditeur de ce logiciel, ce produit est compatible avec une dizaine de marques d'imprimantes, parmi les plus importantes sur le marché. Ce faisant, l'appel d'offres est largement ouvert à la concurrence et permet aux soumissionnaires de présenter des imprimantes de marques différentes, mais "équivalentes" dans leur fonctionnalité et leur compatibilité. Le seul fait que la recourante ait choisi de représenter une marque dont les imprimantes sont incompatibles avec le logiciel B._____ - qui ne sont donc pas équivalentes au sens décrit ci-dessus - ne concrétise ainsi aucune discrimination contraire au droit des marchés publics; que, par conséquent, la recourante conteste en vain la légalité de l'appel d'offres litigieux et son recours ne peut être que rejeté. La compatibilité exigée avec le logiciel B._____ constitue un critère de qualification lié au produit parfaitement valable (arrêts TF 2C_698/2019 du 24 avril 2020 consid. 4.1; 2C_346/2013 du 20 janvier 2014 consid. 2.2); que, le recours étant rejeté, la demande d'octroi de l'effet suspensif est devenue sans objet et peut être classée; qu'il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure (art. 131 CPJA); qu'en sa qualité de collectivité publique, l'Etat de Fribourg n'a pas droit à une indemnité de partie (art. 139 CPJA). Par ailleurs, la réparation du dommage allégué que lui aurait causé la recourante en usant de son droit de recourir ne fait pas partie de la présente procédure; (dispositif sur la page suivante)

Tribunal cantonal TC Page 6 de 6 la Cour arrête : I. Le recours (602 2020 52) est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Partant, la décision d'appel d'offres est confirmée. II. Sans objet, la demande d'octroi de l'effet suspensif au recours (602 2020 53) 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. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie. 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 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 juin 2020/cpf Le Président : Le Greffier-stagiaire :

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