

FR_GERICHTE 602 2022 123 vom 6. Dezember 2022

FR Kantonsgericht, 2022-12-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2022_123

FR: FR_GERICHTE 602 2022 123 du 6 décembre 2022

IT: FR_GERICHTE 602 2022 123 del 6 dicembre 2022

Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 15

novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP 1994; RSF 122.91.2) et le règlement cantonal du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11); que, déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 2 al. 1 LMP dès lors que, suite au désistement de l'entreprise D._____ SA, l'offre de la recourante arrive en seconde position et que, par conséquent, une adjudication en sa faveur pourrait Tribunal cantonal TC Page 7 de 12 éventuellement intervenir si l'offre de l'adjudicataire devait être exclue. Le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière sur les mérites du recours; que, cela étant, il faut rappeler que le présent arrêt ne concerne que le lot 126. Même si la recourante se réfère à l'attribution d'autres lots du service hivernal à l'intimée pour mettre en doute la capacité de celle-ci à exécuter le présent marché, il n'en demeure pas moins que seule cette procédure de passation est ici litigieuse. Les critiques de la recourante qui dépassent ce cadre, spécialement celles en lien avec l'interruption de diverses autres procédures et ses conséquences (retard dans la passation du marché), n'ont pas à être traitées dans le cadre de la procédure 602 2022 123, mais le seront dans un jugement spécifique au lot 134 (602 2022 127); que, selon l'art. 16 al. 1 AIMP 1994, 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 1994). 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, tout d'abord, compte tenu des informations complètes transmises par les parties dans le cadre des écritures, aucun motif ne justifie d'accorder à la recourante un libre accès au dossier de l'autorité intimée, notamment aux offres des soumissionnaires dont, notamment, la calculation de détail est couverte par le secret d'affaires. Vu la motivation ci-après qui conduit au rejet du recours, l'intérêt de la recourante à consulter ces pièces n'est pas prépondérant; que, par ailleurs, pour être précis, il faut remarquer que le tableau comparatif des offres qui a été communiqué aux parties contenait encore la notation de la société D._____ SA, qui avait proposé le prix le plus bas. Or, selon la formule retenue par l'Etat de Fribourg, ce montant plancher constituait le point de comparaison pour noter les prix de ses concurrents (250 points, soit le 50% du maximum possible, pour l'offre la moins chère et un pourcentage proportionnel

calculé sur la différence de prix pour les autres offres). Du moment que D. _____ SA s'est désistée avant l'adjudication, l'attribution des points n'est pas correcte puisque, désormais, c'est B. _____ Sàrl qui est la moins chère et qui doit, à ce titre, recevoir les 250 points. Son avance sur la recourante n'est donc pas de 81.07 points, mais de plus de 175 points; que le grief principal de la recourante consiste à reprocher à l'autorité intimée d'avoir attribué le lot 126 à l'entreprise B. _____ Sàrl alors que celle-ci aurait dû être exclue du marché en raison d'une offre anormalement basse; que, contrairement à ce que semble croire la recourante, le seul fait qu'une offre soit nettement plus basse que celles déposées par ses concurrents n'implique pas nécessairement une exclusion. En effet, les soumissionnaires sont libres en principe de calculer le montant de leur offre. Même une offre en dessous du prix de revient n'est pas en tant que telle illicite du moment que le soumissionnaire remplit les critères d'aptitude et les conditions d'adjudication. En cas de doute à ce propos, l'adjudicataire peut certes demander des explications à l'auteur de l'offre. Lorsque, sur la base de cette démarche, il apparaît que l'offre spécialement basse présente effectivement des défauts, c'est en raison de ces défauts qu'elle sera exclue ou mal notée, mais pas en raison du bas

Tribunal cantonal TC Page 8 de 12 prix (ATF 143 II 553 consid. 7.1; 141 II 353 consid. 8.3.2; arrêt TF 2C_838/2019 du 17 septembre 2020 consid. 2.2.1; 2D_46/2020 du 8 mars 2021 consid. 3.2.1); qu'au demeurant, face à un prix qui lui est très favorable, l'adjudicataire n'est pas tenu de demander ces explications complémentaires au soumissionnaire, en tous cas pas en l'absence d'indice qui pourrait laisser penser que ce dernier ne remplirait pas les conditions de participation à la procédure ou les exigences du marché. Il faut rappeler qu'une soumission constitue une offre qui lie son auteur et, pour autant que le contrat vienne à terme, la partie est tenue d'apporter les prestations convenues, sous peine de conséquences civiles, voire de sanctions relevant des marchés publics. L'adjudicataire peut donc admettre jusqu'à un certain point que son partenaire remplira ses engagements contractuels tant qu'aucun élément concret objectif ne justifie de supposer que tel ne sera pas le cas (ATF 141 II 14 consid. 10.3); qu'il s'ensuit que la recourante ne peut requérir l'annulation de la décision attaquée au seul motif formel que, face à un prix beaucoup plus bas que celui des autres soumissionnaires, l'autorité intimée n'a pas mis en œuvre l'art. 29 RMP pour demander des renseignements complémentaires à l'adjudicataire. Cette disposition réserve uniquement la possibilité de requérir des explications du soumissionnaire, mais ne contient aucune obligation de l'adjudicataire allant dans ce sens; qu'au-delà de cet aspect formel, la position de l'autorité intimée échappe également à la critique du point de vue matériel. En effet, on cherche en vain dans le dossier le moindre indice qui laisserait supposer que l'intimée ne respecte pas les conditions de participation ou qu'elle puisse ne pas remplir les conditions du marché; qu'à la lecture de l'offre, il apparaît clairement que l'entreprise B. _____ Sàrl dispose des moyens suffisants pour satisfaire aux exigences du service hivernal. Cela se vérifie aussi bien spécifiquement en lien avec le lot 126 que dans une appréciation globale qui prend en considération les autres lots qui lui ont été attribués. Pour chaque lot, elle peut compter en suffisance sur des chauffeurs expérimentés, nommément cités et dont les CV ont été produits. De même, aucun doute ne plane sur la possibilité pour cette entreprise de disposer des véhicules et matériels neufs requis par le marché. Elle bénéficie en outre à Broc d'une infrastructure existante de proximité indispensable pour intervenir dans les délais fixés par les conditions d'appel d'offres. Sur ces deux derniers points (finance et infrastructure), son appartenance à E. _____ joue un rôle déterminant dès lors que les autres entités du groupe peuvent apporter leur soutien à l'entreprise. Si c'est

bien cette dernière qui est adjudicataire et qui remplit le cahier des charges du service hivernal, il n'en demeure pas moins que, par le biais d'accords contractuels passés à l'intérieur du groupe, elle peut bénéficier d'avantages qui facilitent et assurent l'exécution du marché, tout en garantissant des prix concurrentiels. Face à une situation aussi favorable, l'autorité intimée n'avait pas à limiter les adjudications à deux lots seulement. La grandeur de l'entreprise, notamment sous l'angle de l'effectif de son personnel et de sa capacité à acquérir les véhicules indispensables au marché, justifie de renoncer à cette possibilité que l'adjudicateur s'est réservée dans les documents d'appel d'offres. Il n'y a aucun abus ou excès de son pouvoir d'appréciation dans sa démarche; que la recourante n'a pas été en mesure de fournir le moindre argument sérieux apte à mettre en doute les constatations qui précèdent; qu'elle s'est arrêtée sur des détails (domiciliation d'un chauffeur à Charmey, incident allégué de pose d'une chaîne à neige) qui n'ont strictement aucune incidence sur la capacité générale de l'intimée à assurer le service d'hiver;

Tribunal cantonal TC Page 9 de 12 que, surtout, la recourante s'est focalisée sur le prix offert pour prétendre qu'avec le montant requis, le service d'hiver ne pourrait pas être rentable. Ce faisant, elle a perdu de vue que le détail de la calculation de l'offre relève de la liberté du soumissionnaire et n'est pas déterminant pour autant que les conditions du marché soient remplies, ce qui est bien le cas en l'espèce (cf. ci-dessus); qu'en réalité, à examiner l'offre de la recourante, on ne peut s'empêcher de constater que cette dernière défend une conception maximaliste des prix; qu'en préambule, il convient de rappeler que le service hivernal se déroule sur 7 mois dans l'année, de début octobre à fin avril (cf. ch. 1.2.2 CAO). Le document d'appel d'offres, lettre D, "Série de prix" est donc erroné lorsqu'il demande des offres pour 50 mois sur 10 ans, puisque le marché se déroule pendant 70 mois sur 10 ans. Cela étant, du moment que le présent examen vise uniquement à déterminer si l'offre de la recourante est excessive, cette erreur ne modifie pas fondamentalement l'appréciation dès lors que les deux parties se sont fondées sur une base commune, soit 50 mois pendant 10 ans, en fixant des prix unitaires multipliés par 50. Un ajustement au bénéfice de la soumissionnaire sera néanmoins effectué ci-après si nécessaire, notamment en matière de répartition des frais d'utilisation du camion; que, concrètement, la recourante compte CHF 1'200'000.- pour la mise à disposition du camion équipé pendant les 10 ans que dure la période d'engagement (CHF 24'000.- x 50 mois). Pour arriver à ce montant, elle se base tout d'abord sur une estimation du prix du camion à neuf de CHF 300'000.- Or, elle oublie qu'elle a déposé elle-même une offre d'un fournisseur pour un camion neuf s'élevant à env. CHF 180'000.- (cf. Scania G 450 B4x4HZ; offre de la recourante, dernière page récapitulative du fournisseur, produite pour les lots 126 et 134). Ce montant correspond aussi aux indications fournies par l'intimée pour un camion Renault P6x6. Compte tenu de ces prix concrets, on ne voit pas pourquoi l'estimation de CHF 200'000.- retenue pour le prix d'un camion par l'autorité intimée serait erronée. Les affirmations de la recourante concernant l'estimation du prix d'un camion neuf à CHF 300'000.- relèvent de l'exagération pure et simple et entachent sa crédibilité. qu'il faut préciser à cet égard, que le coût de CHF 200'000.- représente le prix du camion neuf équipé pour recevoir l'épandeuse à sel et à saumure ainsi que la lame à neige, mais pas le prix de ces deux accessoires proprement dits, de l'ordre de CHF 125'000.-, qui ne font pas partie du calcul du prix de mise à disposition du véhicule selon le ch. 1 de la série de prix. Ils sont payés à part par l'Etat et ne font pas directement partie du marché public, quand bien même les offres du fournisseur des accessoires doivent être produites dans la soumission à titre de contrôle. Même si cette démarche semble insolite pour une collectivité qui entend obtenir l'offre la plus

avantageuse, il y a lieu d'en tenir compte dès lors qu'elle ne porte pas préjudice aux soumissionnaires, tous traités de manière égale; qu'il résulte de ce qui précède que l'estimation du prix du camion à CHF 200'000.-, soit CHF 20'000.- par an sur 10 ans, effectuée par le SPC ne constitue aucun excès ou abus du pouvoir d'appréciation reconnu à un service spécialisé; qu'à ces chiffres, il faut ajouter les frais d'entretien estimés aux mêmes montants (CHF 200'000.- sur 10 ans ou CHF 20'000.- par an) par le SPC, mais dont seule la moitié (6/12ème) est, à son avis, à charge de l'Etat (CHF 10'000.-) dès lors que l'entreprise utilise le véhicule à son profit pour la période de l'année en dehors du service hivernal et doit par conséquent supporter cette partie des frais. En réalité, du moment que le service hivernal dure 7 mois, le montant à charge de l'adjudicateur est de 7/12ème, soit CHF 11'667.-. Il n'en demeure pas moins qu'aucun indice ne laisse penser qu'en

Tribunal cantonal TC Page 10 de 12 retenant des coûts d'entretien sur 10 ans à CHF 200'000.- le SPC aurait commis un excès ou un abus de son pouvoir d'appréciation. Outre le fait que la recourante se limite à de simples affirmations pour contester cette appréciation, il faut remarquer, par surabondance, que ce chiffre n'est pas éloigné de l'estimation effectuée dans une procédure parallèle par un recourant qui estime notamment à CHF 115'000.- les frais d'entretien et réparation + CHF 50'000.- d'intérêts et inflation sur 10 ans, sans les assurances et les impôts; qu'il faut encore ajouter les frais mensuels de garage par CHF 500.-, soit CHF 3'500.- par an (7x500.-); qu'au total, le coût de revient annuel de la mise à disposition du camion s'élève à environ CHF 35'167.- (CHF 20'000.- pour le camion + CHF 11'667.- pour l'entretien + CHF 3'500.- pour le garage) ou à CHF 351'670.- sur 10 ans. Le prix offert comporte donc prima facie une marge de plus de CHF 848'330.- sur le coût de revient, alors même que la soumissionnaire dispose librement du véhicule pendant 5 mois par an pendant 10 ans, de début mai à fin septembre. Le fait que le camion puisse, cas échéant, être amorti comptablement sur une période plus courte que 10 ans ne change rien à cette libre disposition matérielle du véhicule même amorti. Cette situation laisse ouverte la possibilité à un concurrent de proposer un prix bien plus bas que CHF 1'200'000.-; que de même, il saute aux yeux que le service de piquet pour le chauffeur n°1 et le chauffeur n°2, offert à CHF 800'000.- (2X CHF 400'000.-), ne tient pas compte des variations de la météo. Il ressort des explications improbables de la recourante qu'elle s'est fondée sur la situation de crise qui peut exister à quelques occasions en Gruyère (où plusieurs interventions successives de déneigement et de salage sont nécessaires par mauvais temps durable) pour l'étendre à toute la période du service hivernal. Ce faisant, elle occulte complètement le fait que, même en Gruyère, la météo d'octobre à avril n'implique pas régulièrement un tel déploiement de force. Du moment qu'on parle ici de coût et non pas de personnel (en quantité suffisante), il tombe sous le sens que les frais supplémentaires occasionnés lors des événements exceptionnels sont compensés largement par les périodes d'accalmie. Vouloir étendre une solution financière maximaliste sous prétexte de répondre à l'intérêt public lié au service hivernal dénote une profonde incompréhension des règles de la concurrence. Le propre d'une offre fournie dans le cadre des marchés publics consiste précisément à pondérer les besoins et les coûts. En l'occurrence, le service hivernal en cause n'exige pas, et de loin, qu'une double infrastructure soit maintenue nuit et jour pendant toute la période. On ose espérer que l'entreprise chargée du déneigement et du salage consulte la météo pour planifier plus ou moins densément le personnel de piquet. Par ailleurs, compte tenu des salaires versés ordinairement aux chauffeurs actifs (env. CHF 4'800.-/mois, cf. réglementation des salaires, salaires indicatifs, ASTAG Fribourg du 28 mai 2018), le coût du service de piquet, soit l'indemnité versée pour être simplement disponible, à CHF 8'000.-

par mois pour le 1er chauffeur, paraît démesuré, même en tenant compte de frais supplémentaires (non précisés) d'organisation et de coordination. L'ajout du même montant pour le deuxième chauffeur n'est pas sérieusement défendable. En bref, en établissant son offre, la recourante s'est comportée comme si l'adjudication lui était acquise quel que soit le prix offert. Or, on peut attendre d'un soumissionnaire qu'il prenne un certain risque pour obtenir le marché convoité. S'il s'y refuse, il ne doit pas s'étonner si d'autres concurrents plus dynamiques emportent l'adjudication; qu'en conclusion, loin d'établir une quelconque illicéité de la part de l'intimée, l'examen du dossier montre plutôt que la recourante a déposé une offre à un prix très élevé, peu concurrentiel. Le fait que d'autres soumissionnaires aient choisi exactement la même calculation maximaliste de leur offre

Tribunal cantonal TC Page 11 de 12 n'a pas pour effet de modifier ce qui précède, mais de créer une forte suspicion d'entente illicite entre ces soumissionnaires locaux; que, manifestement mal fondé, le recours ne peut être que rejeté; que la Cour ayant statué sur le fond de l'affaire, la demande d'octroi de l'effet suspensif au recours (601 2022 124) est devenue sans objet; qu'il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure (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). Dès lors que ce mandataire a répondu de manière globale aux recours formés dans les procédures 602 2022 118 (J. _____ SA), 602 2022 123 et 602 2022 125 (toutes deux ouvertes par A. _____), il y a lieu de répartir l'indemnité à laquelle il a droit entre ces trois dossiers en se fondant sur la liste de frais unique de CHF 10'153.30 qu'il a déposée, divisée par 3. Pour l'affaire 602 2022 123, l'indemnité s'élève donc à CHF 3'384.45; (dispositif sur la page suivante)

Tribunal cantonal TC Page 12 de 12 la Cour arrête : I. Le recours (602 2022 123) est rejeté. Partant, la décision d'adjudication du lot 126 du 29 mars 2022 est confirmée. II. La demande d'octroi de l'effet suspensif au recours (602 2022 124) est classée. III. Les frais de procédure sont mis par CHF 3'000.- à la charge de la recourante. Ils sont compensés avec l'avance de frais effectuée. IV. Un montant de CHF 3'384.45 à verser à Me Nicolas Charrière 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 6 décembre 2022/cpf Le Président : Le Greffier-stagiaire :

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