

# FR\_GERICHTE 602 2022 139 vom 6. Dezember 2022

FR Kantonsgericht, 2022-12-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_602\\_2022\\_139](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2022_139)

FR: FR\_GERICHTE 602 2022 139 du 6 décembre 2022

IT: FR\_GERICHTE 602 2022 139 del 6 dicembre 2022

## Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

## Erwägungen

### E. 5

mars 2019 consid. 4); qu'en l'occurrence et à titre préalable, il faut remarquer que le marché du service hivernal, qui se déroule tous les 10 ans, présente des caractéristiques qui le rendent tout à fait spécifique. Tout d'abord, il est réparti sur de nombreux lots; cela permet une comparaison objective de la valeur des offres, même si la longueur des différents itinéraires formant ces lots peut varier, dès lors que les offres se basent sur des prix unitaires. Par ailleurs, l'importance du prix est très élevée dans la pondération des offres et, en réalité, s'avère pratiquement seule déterminante une fois les critères d'aptitude remplis. Or, les soumissionnaires sont, par définition, très libres dans la manière de calculer leurs prix. Cette liberté dans la pondération des coûts et des marges bénéficiaires conduit à des différences très importantes entre les offres, qui ont d'ailleurs donné lieu à des litiges lors des dernières attributions du même marché en 2001 et 2012 (cf. arrêts TC 2A 2001 76 du 19 mars 2002, 602 2012 87 du 4 octobre 2012). On ne saurait perdre de vue, en outre, que la nature même du marché impose aux entreprises de transport d'être très proches du lieu d'engagement prévu par le lot pour lequel elles déposent une offre. En cas d'alarme, l'intervention doit avoir lieu dans les 20 minutes. Cela restreint très fortement le cercle des potentiels concurrents. Du moment qu'en raison de la répartition géographique des lots, seules quelques entreprises locales sont, à chaque fois, véritablement concernées, il existe un risque évident de concertation des futurs Tribunal cantonal TC Page 7 de 13 soumissionnaires afin de se répartir, au prix le plus élevé possible, les lots où elles peuvent intervenir; que l'examen du tableau d'ouverture des offres confirme le caractère particulier du marché: Lots Soumissionnaire 1 Soumissionnaire 2 Soumissionnaire 3 Premier arrondissement 121 1'895'520.- 2'549'259.- interruption 122 2'778'660.- interruption 123 682'882.- 1'255'997.- 2'341'398.- adjugé 124 946'747.- (retirée) 1'414'316.- adjugé 125 1'298'215.- 2'617'540.- 2'886'360.- Recours dumping rejeté ce jour 126 916'139.- (retirée) 1'314'047.- 2'929'440.- Recours dumping rejeté ce jour 127 1'329'879.- 2'929'440.- 2'968'21.- Recours dumping rejeté ce jour 128 1'414'101.- adjugé 129 3'080'220.- interruption recours 130 2'994'060.- interruption recours 131 3'850'275.- interruption 132 3'851'020.- interruption 134 2'026'375.- 2'520'180.- interruption recours Deuxième arrondissement 221 768'978.- adjugé 222 774'500.- adjugé 223 781'363.- adjugé 224 2'917'054.- interruption 225 2'061'378.- 2'812'047.- interruption 226 3'023'677.- interruption 227 2'294'010.- interruption 228 2'311'242.- 2'929'440.- interruption 229 3'414'090.- interruption Tribunal cantonal TC Page 8 de 13 Troisième arrondissement 321 970'000.- adjugé 322 1'459'701.- adjugé 323 1'469'189.- adjugé 324 569'517.- adjugé 325

1'041'125.- adjudgé 326 2'592'123.- interruption 327 667'818.- adjudgé 328 615'139.- adjudgé 329 1'352'572.- adjudgé qu'il ressort de ce tableau que - compte tenu des deux désistements d'une entreprise arrivant en première position - sur les 31 lots, 23 (74.20 %) n'ont fait l'objet que d'une seule et unique soumission, que 5 lots (16.15 %) ont opposé deux concurrents et 3 lots (9.65 %) 3 concurrents; que, compte tenu de la quasi-absence de concurrence et des risques évidents d'entente entre soumissionnaires, il tombe sous le sens que l'estimation de la valeur du marché par le service spécialisé de l'adjudicateur joue un rôle essentiel pour déterminer si l'offre unique ( $\frac{3}{4}$  des cas), respectivement les deux ou trois offres entrées, permettent quand même de garantir une concurrence efficace; qu'en l'occurrence, il y a lieu d'emblée de constater que le prix offert par la recourante pour le même marché, soit le lot 130, a augmenté de 110.93% par rapport à la période 2013/2023 puisqu'il est passé de CHF 1'419'469.- à CHF 2'994'060.-. S'il n'est pas contestable que l'actuel appel d'offres n'est pas tout à fait identique, notamment en raison de l'exigence de plaques bleues qui interdit l'usage du véhicule à d'autres fins pendant le service hivernal et, cas échéant, en raison de modification légales, il n'en demeure pas moins que la différence de prix, qui dépasse très largement l'évolution du coût de la vie, interpelle. Il est tout aussi surprenant que, sur les 31 lots à adjudger, 14 d'entre eux, soit près de la moitié, ont fait l'objet d'une passation de marché non contestée. Si, comme le soutient la recourante, sa calculation était véritablement objective, il serait en principe exclu que la moitié des adjudications s'inscrive pleinement dans les prévisions financières du SPC. A cet égard, on peut remarquer que, par décisions de ce jour, la Cour a rejeté les recours de soumissionnaires évincés, qui avaient adopté des prix similaires à celle de la recourante et qui se plaignaient d'offres anormalement basses de l'adjudicataire (arrêts TC FR 602 2022 118, 123 et 125; cf. tableau ci-dessous). En d'autres termes, déjà au stade de l'examen du simple montant global de l'offre de la recourante (comparaison avec la période précédente, comparaison avec d'autres lots), il apparaît que celle-ci présente des indices sérieux de prix surfaits; que ces indices se transforment en certitude si l'on aborde le contenu concret de l'offre; 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" Tribunal cantonal TC Page 9 de 13 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, il saute aux yeux que la recourante a adopté une conception maximaliste des prix. Elle compte en particulier CHF 1'000'000.- pour la mise à disposition du camion équipé pendant les 10 ans que dure la période d'engagement (CHF 20'000 x 50 mois). Contrairement à ce qu'elle prétend, le prix de CHF 335'000.- pour un camion adapté au service hivernal est excessif. Le simple courriel produit par l'intéressée et émanant de B. \_\_\_\_\_ SA ne constitue qu'une simple allégation générale, qui n'est fondée sur aucun élément probant apte à mettre en doute l'estimation faite par le SPC à CHF 200'000.-. Au contraire, l'appréciation du service spécialisé est clairement confirmée par les offres fermes faites par les fournisseurs dans des procédures parallèles puisque les camions Scania G 450 B4x4HZ et Renault P6x6 ont été proposés à CHF 178'000.- par leur concessionnaire respectif. Le fait que la recourante ait opté pour un camion cas échéant plus

cher, qui va au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour le marché (Scania G 500 4x4), n'est pas un motif pour retenir un prix supérieur au modèle plancher; qu'il faut préciser à cet égard, que le coût de CHF 200'000.- représente le prix du camion neuf équipé pour recevoir l'épandeur 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 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. Ce chiffre n'est d'ailleurs pas éloigné de l'estimation de B. \_\_\_\_\_ SA qui indique notamment CHF 115'000.- 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); Tribunal cantonal TC Page 10 de 13 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; que, même en tenant compte d'une marge mensuelle de CHF 1'000.- (considérée comme raisonnable par le SPC) calculée sur 70 mois au lieu de 50, le prix de la mise à disposition du camion s'élève au mieux à CHF 421'670.-. Par rapport au prix offert de CHF 1'000'000.-, la différence est de CHF 578'330.-, ce qui représente un dépassement de l'estimation de 137.15%; qu'un autre poste de l'offre de la recourante démontre une exagération manifeste. Pour le service de piquet, celle-ci a prévu CHF 6'000.- par mois pour le 1er chauffeur et CHF 12'000.- par mois (soit 2x CHF 6'000.-) pour les chauffeurs 2 et 3. Le service de piquet s'élève ainsi à CHF 900'000.- sur

#### **E. 10**

ans. Pour tenter de justifier ces montants exorbitants, la recourante s'est livrée à un exposé détaillé des exigences de l'OTR1 afin de démontrer que trois chauffeurs sont en permanence nécessaires si l'on veut garantir une intervention 7 jours sur 7 et 24 heures sur 24 de début octobre à fin avril. Vu les restrictions légales des durées d'engagement des chauffeurs, le but fixé ne peut être atteint, à son avis, qu'en organisant un service de piquet permanent avec trois collaborateurs. Cette démonstration légale oublie cependant de tenir compte des réalités de la météo. Le calcul effectué par la recourante pourrait, cas échéant, être pris en considération si les situations de crise, où plusieurs interventions successives de déneigement et de salage sont indispensables pour maintenir la sécurité routière, impliquaient systématiquement de dépasser le temps de conduite autorisé du chauffeur et

n'étaient quasiment pas planifiables. Or, même dans le Sud du canton, 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 d'un mauvais temps durable sont compensés largement par les périodes d'accalmie. En l'occurrence, le service hivernal en cause n'exige pas, et de loin, qu'une triple infrastructure de piquet soit maintenue 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. De même, 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 6'000.- par mois par chauffeur, déjà élevée pour le 1er chauffeur, n'est pas défendable pour le 2ème et le 3ème chauffeur, même en tenant compte de frais d'organisation et de coordination. De ce point de vue, l'estimation du SPC qui, au titre du service de piquet, estime à CHF 6'000.- le coût mensuel pour le 1er chauffeur et à CHF 2'500.- pour le 2ème, soit en tout à CHF 425'000.- pour 50 mois, s'avère parfaitement raisonnable. Il s'ensuit que, pour ce poste, le prix offert par la recourante à CHF 900'000.- dépasse de CHF 475'000.- le niveau admissible, soit de 111.76 %; qu'il ressort de ce qui précède que, dans le meilleur des cas, l'offre de la recourante présente un surcoût de CHF 1'053'330.- (CHF 578'330.- pour le camion + CHF 475'000 pour le service de piquet); qu'en outre, s'agissant du coût des interventions proprement dites qui comprend l'usage du camion avec chargement du véhicule, carburant et salaire du chauffeur, il ressort qu'avec un prix de CHF 400.- de l'heure, la recourante ne fait aucune différence en fonction de la nature de l'engagement et demande le même montant qu'il s'agisse de salage, de déneigement ou d'intervention mixte salage et déneigement. Un tel procédé indifférencié n'est pas correct dès lors Tribunal cantonal TC Page 11 de 13 que les travaux effectués ne sont pas identiques et requièrent des manutentions d'intensité différente. C'est pour ce motif d'ailleurs que ces trois sortes d'intervention figurent dans des rubriques différentes. Même s'il convient de se montrer très prudent avec les recommandations tarifaires proposées par des associations professionnelles qui défendent en priorité les intérêts de leurs membres, sachant que les prix pratiqués par les entreprises de transport sont souvent entre 40 et 50 % inférieurs aux dites recommandations (cf. arrêt TC FR 602 2012 87 du 4 octobre 2012 consid. 7d avec les références) et que, par conséquent, leur portée n'est en rien déterminante, on ne saurait ignorer que celles de l'ASTAG Fribourg mentionnent une augmentation du tarif horaire pour une intervention mixte par rapport aux deux autres. Il est donc exclu de considérer que, lorsque seul le salage, ou respectivement le déneigement, entre en considération, le même prix de CHF 400.- par heure soit admissible. En omettant de procéder aux distinctions qui s'imposent, la recourante a - à nouveau - dépassé les limites. Si pareil comportement ne porte pas à conséquence dans un marché équilibré puisque la sanction viendra par le biais de l'offre plus avantageuse d'un concurrent, tel n'est pas le cas en l'espèce du moment que les soumissionnaires bénéficient dans leur région d'une position de quasi-monopole. Dans cette situation, il y a lieu de se montrer particulièrement strict quant au respect de l'estimations du prix maximal du marché, sous peine de protéger un comportement contraire au principe de concurrence et à l'essence même des marchés publics; que si l'on tient compte du fait que la même situation s'est reproduite dans 15 autres procédures ayant fait l'objet d'une interruption en raison de calculations similaires à celle de la recourante, on doit constater qu'en réalité, dans toutes ces procédures, ce n'est pas tant le dépassement du budget alloué

au SPC pour le service hivernal qui est au centre des critiques, mais plutôt la constatation que les offres déposées ne permettent pas de garantir une concurrence efficace au sens de l'art. 34 let. b RMP; qu'au vu du caractère manifestement abusif des prix pratiqués par ces entreprises, le fait qu'elles aient choisi la même méthode pour justifier leurs outrances tend à démontrer qu'il y a eu concertation. Si ce n'est sur le lot précis mis en soumission, du moins sur la manière de calculer les offres, certaines ayant même perdu le sens des réalités. Dans le meilleur des cas, pour ne pas parler d'une tentative de répartition du marché, elles ont soit anticipé le fait qu'elles seraient les seules à déposer une offre pour le lot en question, soit que l'éventuel concurrent opterait pour une calculation similaire à la leur, ce qui aurait pour effet de faire exploser le niveau de prix du marché. Ces situations se sont concrétisées dans la moitié des 31 lots mis en concurrence. Or, il est exclu que, sous prétexte qu'il n'y a pas eu des offres moins chères, l'Etat soit condamné à adjuger les lots en cause à ces prix prohibitifs et à avaliser ainsi les abus commis; que, replacée dans ce contexte, l'interruption de la procédure concernant le lot 130 est conforme à l'art. 34 let. b RMP car les offres déposées ne permettent pas de garantir une concurrence efficace; qu'au demeurant, avec un dépassement du prix estimatif d'au moins CHF 105'333.- par an (et assurément plus) pour le lot 130, la recourante participe clairement au dépassement du budget alloué au SPC pour le service hivernal. Sachant que, malgré les abus constatés, la recourante n'est pas la pire soumissionnaire ayant tenté de forcer l'Etat à payer des montants déraisonnables pour des prestations locales qu'elle est la seule ou presque à fournir, il ne fait pas de doute que, cumulés, les surcoûts abusifs résultant des 15 procédures interrompues dépassent de manière très conséquente le budget de CHF 4 mio.- à disposition pour remplir la tâche d'intérêt public en jeu. Les interruptions prononcées peuvent donc aussi s'appuyer valablement sur l'art. 34 let. e RMP. Au demeurant, les soumissionnaires ont été clairement avertis que l'adjudicateur se réservait le droit Tribunal cantonal TC Page 12 de 13 d'interrompre la procédure au cas où le financement disponible serait inférieur à l'offre économiquement la plus avantageuse (ch. 1.5 CAO); qu'en résumé, la décision attaquée respecte pleinement le droit des marchés publics. Elle ne concrétise aucune violation des principes de transparence ou de bonne foi tels qu'ils ont été réservés par la jurisprudence. Face aux abus constatés, l'adjudicateur n'a pas commis d'excès ou d'abus de son pouvoir d'appréciation en ordonnant l'interruption des procédures manifestement viciées. Dès l'instant où le service d'hiver relève d'une tâche d'intérêt public lié à la sécurité routière, il est normal qu'il ait prévu une répétition des procédures annulées. Il lui appartiendra de prendre les dispositions nécessaires pour assurer un minimum de concurrence véritable dans ce marché très spécifique, quitte à fixer dans l'appel d'offres des prix maximums, établis sur la base d'estimations indiscutables, au-delà desquels il sera procédé par une adjudication de gré à gré; que, mal fondé, le recours (602 2022 139) doit être rejeté; que la Cour ayant statué au fond, la requête d'octroi de l'effet suspensif (602 2022 140) au recours est devenue sans objet et doit être classée; qu'il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure (art. 131 CPJA); que, pour le même motif, elle n'a pas droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA); (dispositif en page suivante) Tribunal cantonal TC Page 13 de 13 la Cour arrête : I. Le recours (602 2022 139) est rejeté. Partant, la décision d'interruption du 14 avril 2022 est confirmée. II. La requête d'octroi de l'effet suspensif au recours (602 2022 257) 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 versée. 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 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.