

FR_GERICHTE 602 2022 188 vom 14. Dezember 2022

FR Kantonsgericht, 2022-12-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2022_188

FR: FR_GERICHTE 602 2022 188 du 14 décembre 2022

IT: FR_GERICHTE 602 2022 188 del 14 dicembre 2022

Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 27

octobre 2022. Sur requête de la recourante, nouvellement représentée par un avocat, un délai pour déposer des contre-observations de dix jours – échéant le 21 novembre 2022 – lui a été imparti. Le 21 novembre 2022, celle-ci a requis une prolongation dudit délai au 21 décembre 2022. Le délai a été prolongé jusqu'au 28 novembre 2022. Dans ses contre-observations du 28 novembre 2022, la recourante demande l'accès à l'entier du dossier de l'autorité intimée, y compris à l'offre de l'adjudicataire. Elle indique qu'en raison des informations ayant été portées à sa connaissance, notamment relatives à l'adjudication qui aurait été faite, elle se voit dans l'obligation de modifier ses conclusions. Sur le fond, elle conclut ainsi principalement à l'annulation de la décision d'exclusion du 26 août 2022 et de la décision d'adjudication du même jour, dans la mesure où elles ne sont pas nulles, et à ce que la procédure d'adjudication soit reprise et sa candidature réintégrée; subsidiairement, elle demande qu'il soit constaté que la décision d'exclusion du 26 août 2022 et la décision d'adjudication du 26 août 2022 sont illicites.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 7 G. Il sera fait état des arguments développés par les parties à l'appui de leurs conclusions dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige. en droit 1. 1.1. Dans la mesure où la nouvelle législation fribourgeoise sur les marchés publics (soit l'Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics [ROF 2022_11] et la loi du 2 février 2022 sur les marchés publics [ROF 2022_12]) n'est pas encore en vigueur, il y a lieu de continuer à appliquer ci-après les règles découlant de la loi cantonale du 11 février 1998 sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1), l'accord intercantonal du 25 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). 1.2. Le recours contre la décision d'exclusion du 26 août 2022 a été déposé dans le délai et les formes prescrits, par la destinataire de la décision litigieuse, qui s'est acquittée de l'avance de frais dans le délai imparti. En ce qui concerne l'intérêt de la recourante à contester la décision d'exclusion prise à son encontre, il y a cependant lieu de préciser ce qui suit. 2. 2.1. En droit des marchés publics, l'intérêt à contester une décision d'exclusion consiste à obtenir l'adjudication du marché, respectivement à obtenir des dommages-intérêts. Cela signifie qu'au moment où la décision d'adjudication est entrée en force sans avoir été contestée, il n'existe plus d'intérêt à contester la décision d'exclusion puisque même l'annulation de celle-ci ne peut pas conduire à l'obtention du marché ou au versement d'un dédommagement (cf. arrêt TF 2C_603/2021 du 8 février 2022). Selon la jurisprudence, toute personne concernée par l'issue d'une

procédure a l'obligation de se renseigner sur l'existence et le contenu de la décision qui la clôt dès qu'elle peut en soupçonner l'existence, sous peine de se voir opposer l'irrecevabilité d'un éventuel recours dirigée contre elle pour cause de tardiveté (ATF 139 IV 228 consid. 1.3; arrêts TF 2C_83/2020 du 14 septembre 2020 consid. 4.2; 2C_309/2018 du 10 septembre 2018 consid. 4.1). Il convient à cet égard de s'en tenir aux règles de la bonne foi qui s'appliquent non seulement à l'administration, mais aussi aux justiciables (ATF 122 I 97 consid. 3a/aa); ainsi, l'intéressé doit agir dans un délai raisonnable dès qu'il a connaissance de quelque manière que ce soit de la décision qu'il entend contester (ATF 111 V 149 consid. 4c; arrêts TF 2C_83/2020 du 14 septembre 2020 consid. 4.2; 9C_202/2014 du 11 juillet 2014 consid. 4.2). Attendre passivement est en effet contraire au principe de la bonne foi (ATF 139 IV 228 consid. 1.3; 134 V 306 consid. 4.2; 107 Ia 72 consid. 4a; arrêt TF 2C_83/2020 du 14 septembre 2020 consid. 4.2 et les références citées). Le Tribunal fédéral n'a pas fixé de critères pour déterminer si l'intéressé a agi dans un délai raisonnable; en principe, il tient compte du délai légal dans lequel le recours aurait dû être formé et de la diligence dont on pouvait s'attendre de la part de l'intéressé en fonction des particularités du cas d'espèce (cf. ATF 139 IV 228 consid. 1.3;

Tribunal cantonal TC Page 5 de 7 111 V 149 consid. 4; 106 V 93 consid. 2; 2C_83/2020 du 14 septembre 2020 consid. 4.3) (pour le tout, cf. arrêt TF 2C_603/2021 du 8 février 2022 consid. 6.1). 2.2. En l'occurrence, dans son recours du 5 septembre 2022 dirigé contre la décision d'exclusion relative au lot n° 2, la recourante demande sa réintégration dans la procédure d'adjudication. A ce moment-là, elle n'avait pas eu connaissance de la décision d'adjudication du 26 août 2022, celle-ci ne lui ayant pas été communiquée. Par ailleurs, dès lors que le Juge délégué à l'instruction a interdit, par mesure provisionnelle urgente du 6 septembre 2022, une éventuelle adjudication du marché (lot n° 2) jusqu'à droit connu sur la demande d'effet suspensif au recours, il aurait été attendu de l'autorité intimée qu'elle informe sans délai le Tribunal du fait que le marché public avait déjà été adjugé en 2022 et qu'elle n'attende pas le 20 octobre 2022 pour communiquer cette information dans ses observations sur le recours. Cela étant, les observations de l'OCN laissent très clairement apparaître qu'une décision d'adjudication a été rendue. En effet, il en ressort explicitement que l'OCN a adjugé le marché public par décision du 26 août 2022. Le ch. 4 des conclusions sur le fond a la teneur suivante: "confirmer la décision du 26 août 2022 adjugeant le marché du lot 2 à B. _____ SA". De plus, s'agissant de l'effet suspensif, l'OCN requiert non seulement que la demande d'octroi de ce dernier soit rejetée mais également qu'il soit autorisé à conclure le contrat avec B. _____ SA. Ces observations de l'OCN ont été transmises à la recourante par envoi recommandé du 27 octobre 2022, reçu le 31 octobre 2022. Il en résulte que la recourante a été informée de l'existence de la décision d'adjudication, le 31 octobre 2022 au plus tard. A cela s'ajoute que cette décision a été rendue publique par publication sur la plateforme Simap en 2022, à laquelle renvoie également la publication dans la FO n° ccc en 2022. C'est le lieu de rappeler que, selon l'art. 34a al. 1 RMP, l'adjudicateur communique ses décisions soit par notification individuelle, soit par publication dans la Feuille officielle. Sur la base de ce qui précède, il peut ainsi être retenu que, dès le 31 octobre 2022 au plus tard, la recourante a eu une connaissance suffisante de la décision d'adjudication pour pouvoir valablement la contester dès cette date. Suite à la communication des observations, la recourante a recouru au service d'un mandataire professionnel, lequel a requis du Tribunal un délai pour déposer des contre-observations (cf. ses interventions des 8 et 11 novembre 2022). Ce dernier ne pouvait pas ignorer que le recours déposé contre la décision d'exclusion n'avait d'intérêt que

si la décision d'adjudication n'était pas définitive et exécutoire, puisqu'une réintégration dans la procédure d'adjudication serait sinon impossible. Or, la recourante n'a pas déposé de recours contre la décision d'adjudication du 26 août 2022. Certes, dans ses contre-observations, elle a expliqué qu'au vu notamment des informations portées à sa connaissance, notamment relatives à l'adjudication qui aurait été faite, elle se devait de formuler de nouvelles conclusions, dont celle tendant à l'annulation de la décision d'adjudication dans la mesure où elle n'est pas nulle. Cela étant, en matière de marché public, le délai de recours est de dix jours (cf. art. 15 AIMP). Or, à supposer que cette nouvelle conclusion doive être interprétée comme étant un recours contre la décision d'adjudication, celui-ci serait manifestement tardif, compte tenu du fait que la recourante a eu connaissance de l'existence de celle-ci le 31 octobre 2022 au plus tard et qu'elle n'a formulé sa nouvelle conclusion que 28 jours plus tard, ce qui ne saurait à l'évidence consister en un délai raisonnable au sens de la jurisprudence précitée (cf. consid. 2.1 ci-dessus) s'agissant d'un recours en matière de marché public.

Tribunal cantonal TC Page 6 de 7 Il s'ensuit que la recourante n'a pas recouru contre la décision d'adjudication du 26 août 2022, respectivement, qu'elle n'a pas recouru en temps utile. Partant, la décision d'adjudication susmentionnée est entrée en force de chose décidée, de sorte que la recourante ne dispose plus d'un intérêt à demander sa réintégration à la procédure d'adjudication et, donc, à contester son exclusion (cf. à ce propos, arrêt TF 2C_603/2021 du 22 février 2022). Le fait que le Juge délégué à l'instruction ait interdit une éventuelle adjudication par mesure provisionnelle urgente du 6 septembre 2022 ne change rien à ce constat. En effet, dès lors que l'adjudication était intervenue antérieurement, la mesure provisionnelle urgente ne pouvait plus que signifier que la conclusion du contrat était interdite. Pour être complet, il est enfin relevé que, dans ces circonstances, la recourante ne peut partant plus faire constater l'illicéité de la décision d'adjudication, qui était seule susceptible d'aboutir au dédommagement qu'elle semble chercher à obtenir par la formulation de ses nouvelles conclusions dans ses contre-observations. 3. Il résulte de ce qui précède que, faute pour la recourante de disposer d'un intérêt à demander sa réintégration à la procédure d'adjudication et, partant, à contester son exclusion, le recours (602 2022 188) doit être déclaré irrecevable. Vu l'issue du litige, la demande d'effet suspensif (602 2022 190) est devenue sans objet. De même, dès lors que le recours est déclaré irrecevable, il n'y a pas lieu de donner suite à la demande d'accès au dossier complet ni aux requêtes de mesures d'instruction (audition, expertise judiciaire) formulées par la recourante. 4. 4.1. Il appartient à la recourante qui succombe de supporter les frais de procédure conformément à l'art. 131 du code fribourgeois du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1). 4.2. L'OCN, qui a mandaté un mandataire professionnel pour défendre ses intérêts, requiert l'octroi d'une indemnité de partie. Selon l'art. 139 CPJA, aucune indemnité de partie n'est allouée aux collectivités publiques visées à l'art. 133 – à savoir la Confédération, l'Etat, les communes et autres personnes morales de droit public ainsi que les particuliers et les institutions privées chargés de tâches de droit public –, sauf dans les cas où leurs intérêts patrimoniaux sont en cause ou que des circonstances particulières ont rendu nécessaire l'appel à des mandataires extérieurs. D'après la jurisprudence, la notion d'intérêts patrimoniaux recouvre les cas où la collectivité publique agit comme un simple particulier et/ou les cas où sont en cause des intérêts faisant partie de son patrimoine financier, et non pas administratif (arrêt TA FR 4F 1991 34 du 10 avril 1992 consid. 5 in RFJ 1992 199). Aussi, lorsque la décision prise entraîne des conséquences pécuniaires, doit-on admettre que ses intérêts patrimoniaux sont en cause et

que, par conséquent, la collectivité publique ne bénéficie ni de l'exonération des frais de procédure prévue par l'art. 133 CPJA ni de celle de l'indemnité de partie de l'art. 139 CPJA (arrêts TA FR 1A 93 62 du 23 février 1994 in RFJ 1994 232, 233; 1A 2001 92 du 25 avril 2002 consid. 4).

Tribunal cantonal TC Page 7 de 7 En l'occurrence, l'OCN est un établissement de droit public, doté de la personnalité juridique (cf. art. 1 al. 1 de la loi fribourgeoise du 7 mai 1996 sur l'Office de la circulation et de la navigation, LOCN; RSF 122.23.7). La décision litigieuse exclut l'offre d'un soumissionnaire d'une procédure de marché public se rapportant au parc informatique garantissant le fonctionnement de l'établissement, soit à son patrimoine administratif. Partant, les intérêts patrimoniaux de l'OCN, au sens de l'art. 139 CPJA, ne sont pas en cause. Pour le reste, ce dernier a élaboré l'appel d'offres et doit donc disposer des connaissances détaillées non seulement de la situation de fait mais également de celle juridique sur la base de laquelle il doit œuvrer. Admettre le contraire signifie que la complexité de la procédure de marchés publics dépasse les compétences de l'OCN. Cela vaut d'autant plus qu'en l'occurrence, la problématique sur le fond reposait davantage sur des connaissances techniques que juridiques et que l'OCN dispose en outre d'un service juridique. Partant, face à une telle situation, la Cour de céans ne saurait admettre que les conditions posées par l'art. 139 CPJA sont remplies en l'espèce. La demande de l'autorité intimée tendant à l'octroi d'une indemnité de partie doit être rejetée. la Cour arrête : I. Le recours (602 2022 188) est irrecevable. II. La requête d'octroi de l'effet suspensif (602 2022 190), devenue sans objet, est rayée du rôle. III. Les frais de procédure, par CHF 1'500.-, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont prélevés sur l'avance de frais versée. Le solde de CHF 1'000.- est restitué à la recourante. IV. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie. V. Notification. Pour autant qu'elle pose une question de principe, la présente 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 14 décembre 2022/jfr/vth Le Président suppléant : La Greffière-rapporteuse :

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