

# FR\_GERICHTE 602 2022 258 vom 27. März 2023

FR Kantonsgericht, 2023-03-27, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_602\\_2022\\_258](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2022_258)

FR: FR\_GERICHTE 602 2022 258 du 27 mars 2023

IT: FR\_GERICHTE 602 2022 258 del 27 marzo 2023

## Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

## Erwägungen

### E. 29

novembre 2022. Par lettre du 8 février 2023, le Juge délégué à l'instruction rend la recourante attentive au fait que, comme indiqué par la DIME dans son courrier du 6 février 2023, le marché en question a été adjugé le 29 novembre 2022 et que, pour qu'une décision d'exclusion – qui est de nature incidente – puisse être contrôlée par le tribunal, il faut que la décision finale, soit la décision d'adjudication, soit formellement contestée dans le délai légal de recours de 10 jours dès que l'intéressé en a eu connaissance. La recourante n'a pas réagi à ce courrier.

Tribunal cantonal TC Page 3 de 5 Dans ses observations du 3 mars 2023, la DIME conclut, sous suite de frais, au rejet du recours dans la mesure où il est recevable. Elle explique les motifs ayant conduit à l'exclusion de l'offre de la recourante. F. 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. La nouvelle législation fribourgeoise sur les marchés publics – soit l'accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics (AIMP 2019; RSF 122.91.3), la loi cantonale du 2 février 2022 sur les marchés publics (LCMP; RSF 122.91.1) et le règlement cantonal du 12 décembre 2022 sur les marchés publics (RCMP; RSF 122.91.21) –, est entrée en vigueur le 1er janvier 2023. Les procédures qui ont été lancées avant l'entrée en vigueur de l'AIMP 2019 et de la LCMP demeurent soumises à l'ancien droit (cf. art. 20 al. 1 LCMP et art. 64 al. 1 AIMP 2019). En l'espèce, il y a ainsi lieu de continuer à appliquer ci-après les règles découlant de l'ancienne loi cantonale du 11 février 1998 sur les marchés publics (aLMP), de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP 1994; RSF 122.91.2) et de l'aRMP. 1.2. Le recours contre la décision d'exclusion du 29 novembre 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

Tribunal cantonal TC Page 4 de 5 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; 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 12 décembre 2022 dirigé contre la décision d'exclusion du 29 novembre 2022, 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 29 novembre 2022, celle-ci ne lui ayant pas été communiquée. Dans sa lettre du 6 février 2023, la DIME a non seulement requis une prolongation de délai pour déposer ses observations mais également informé le tribunal que le marché public litigieux avait été adjugé par décision du 29 novembre 2022. Par courrier A+ du 8 février 2023 – reçu le 9 février 2023 –, le Juge délégué à l'instruction a transmis cette lettre à la recourante, en la rendant formellement attentive au fait que le marché litigieux avait été adjugé le 29 novembre 2022 (soit le même jour que la décision d'exclusion) et que, pour qu'une décision d'exclusion – qui est de nature incidente – puisse être contrôlée par le Tribunal, il faut que la décision finale, soit la décision d'adjudication, soit formellement contestée dans le délai légal de recours de 10 jours dès que l'intéressé en a eu connaissance. La recourante a ainsi été informée de l'existence de la décision d'adjudication, le 9 février 2023 au plus tard. Dès cette date, elle a eu une connaissance suffisante de la décision d'adjudication pour pouvoir valablement la contester. En outre, elle a été rendue expressément attentive au fait que son recours contre la décision d'exclusion n'avait d'intérêt que si la décision d'adjudication était également contestée, autrement dit si elle n'était pas définitive et exécutoire. Or, la recourante n'a pas réagi à la communication du 8 février 2023. Il s'ensuit que la recourante n'a pas recouru contre la décision d'adjudication du 29 novembre 2022. Partant, celle-ci 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; arrêts TC FR 602 2022 185 du 14 décembre 2022 consid. 2; 602 2022 217 du 26 janvier 2023 consid. 2). 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 258) doit être déclaré irrecevable. Vu l'issue du litige, la demande d'effet suspensif (602 2022 187) est devenue sans objet. En tout état, il peut être brièvement relevé que, si le recours n'était pas irrecevable, il aurait dû, à première vue, être rejeté (cf. art. 25 al. 1 let. a et h aRMP en lien avec le cahier des charges). En effet, il ressort du dossier, notamment, que

l'entreprise n'a produit l'échantillon exigé par le cahier des charges que lors de la seconde séance de clarification du 14 mars 2022 et que celui-ci ne

Tribunal cantonal TC Page 5 de 5 correspond pas à ce qui était demandé. A aucun moment, l'entreprise ne tente de prouver que tel n'est pas le cas. A cela s'ajoute que la recourante – qui n'a pas produit de plan d'atelier – n'a pas annoncé de sous-traitant dans son offre, mais il ressort des protocoles d'audition qu'elle aurait eu recours à un "fournisseur" pour une grande partie du marché et que celui-ci a de plus changé entre la première et la seconde séance de clarification, de sorte que les prix annoncés dans l'offre n'étaient plus d'actualité. 4. 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). la Cour arrête : I. Le recours (602 2022 258) est irrecevable. II. La requête d'octroi de l'effet suspensif (602 2022 260), 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. 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 27 mars 2023/jfr/vth Le Président La Greffière-rapporteure

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