

# FR\_GERICHTE 602 2025 67 vom 4. November 2025

FR Kantonsgericht, 2025-11-04, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_602\\_2025\\_67](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2025_67)

FR: FR\_GERICHTE 602 2025 67 du 4 novembre 2025

IT: FR\_GERICHTE 602 2025 67 del 4 novembre 2025

## Regeste

Arrêt de la IIe Cour administrative du Tribunal cantonal | Beschaffungswesen

## Erwägungen

### E. 2

Pour toutes les adjudications listées en réponse à la question 1 a), veuillez expliquer quelle a été la valeur du marché retenue par la Commune A. \_\_\_\_\_ et comment cette valeur a été calculée.

#### E. 2.1

Dans le domaine des marchés publics, le droit de recours de la COMCO s'étend, en vertu de l'art. 9 al. 2bis LMI, à toute décision qui viole la LMI, en particulier le principe de non-discrimination au sens de l'art. 3 en lien avec l'art. 5 al. 1 LMI, ainsi que l'obligation de publication, respectivement le principe de transparence au sens de l'art. 5 al. 2 LMI (cf. arrêt TC FR 602 2024 92 du 20 mai 2025 consid. 2). La LMI reste en effet applicable subsidiairement, dans la mesure où, premièrement, elle régit les questions qui n'auraient par hypothèse pas été réglementées par le droit (inter-)cantonal; deuxièmement, la LMI interdit au droit (inter-)cantonal d'abaisser ses standards (par exemple en ce qui concerne l'accès non discriminatoire au marché; cf. art. 5 al. 1 en relation avec l'art. 3 al. 1 LMI) en-deçà des exigences minimales posées dans cette loi-cadre, qui dérogerait dans ce cas au droit (inter-)cantonal contraire (cf. art. 49 Cst.). Troisièmement et par ailleurs, la LMI constitue un standard minimum dont l'applicabilité n'est pas levée lorsqu'existent des règles cantonales ou communales conformes à ses exigences essentielles; leur violation se confond alors avec celle du droit plus détaillé sur les marchés publics (cf. ATF 141 II 113 consid. 3.1.5 et les références citées). En d'autres termes, le non-respect de l'un des principes fondamentaux susmentionnés aboutira le cas échéant non seulement au constat de violation des règles topiques sur les marchés publics, mais également à celui de l'art. 5 LMI. Une violation d'une disposition du droit des marchés publics consiste en principe aussi en une violation des principes du droit du marché intérieur de non-discrimination et de transparence (cf. arrêt TC FR 602 2024 92 du 20 mai 2025 consid. 2 et les références citées).

#### E. 2.2

Aux termes de l'art. 5 al. 1 LMI, les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'art. 3. Lorsque l'adjudication d'un marché ou l'octroi d'une concession de monopole sont fondés sur l'accord intercantonal sur les marchés publics conclu sur la base

du Protocole du 30 mars 2012 portant amendement de l'Accord sur les marchés publics, les dispositions de la présente loi sont présumées respectées. Selon l'art. 3 LMI, la liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles: a. s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, b. sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants, et c. répondent au principe de la proportionnalité (al. 1). Les restrictions visées à l'al. 1 ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (al. 3). Quant à l'art. 5 al. 2 LMI, il prévoit que les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales et communales veillent à ce que les projets de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux, de même que les critères de participation et d'attribution du marché, soient publiés dans un organe officiel. Ils tiennent compte à cet égard des engagements internationaux pris par la Confédération. Cette disposition consacre le principe de transparence (cf. ATF 141 II 113 consid. 3.1.3 et les références citées). 3.

### **E. 3**

Pour toutes les adjudications listées en réponse à la question 1 a), veuillez expliquer si et comment ces adjudications ont fait l'objet d'une publication.

#### **E. 3.1**

Selon l'art. 8 AIMP 2019, un marché public est un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. Il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique

Tribunal cantonal TC Page 7 de 11 étant fournie par le soumissionnaire (al. 1). On distingue les types de prestations suivants: a) les travaux de construction (gros œuvre et second œuvre); b) les fournitures; c) les services (al. 2).

#### **E. 3.2**

Aux termes de l'art. 17 AIMP 2019, suivant sa valeur et les valeurs seuils, un marché public peut, au choix de l'adjudicateur, être adjugé selon la procédure ouverte, la procédure sélective, la procédure sur invitation ou la procédure de gré à gré. L'art. 16 al. 1, 1ère phrase, AIMP 2019 prévoit que la procédure est choisie en fonction de la valeur du marché et des valeurs seuils indiquées aux annexes 1 et 2. Ainsi, le choix de la procédure appropriée dépend, d'une part, du type de marché à attribuer et, d'autre part, de la valeur estimée du marché concerné, laquelle est comparée aux valeurs seuils applicables (cf. arrêt TC FR 602 2024 92 du 20 mai 2025 consid. 4.2).

##### **E. 3.2.1**

Selon l'art. 15 AIMP 2019, l'adjudicateur estime la valeur probable du marché (al. 1). Pour les contrats de durée déterminée, la valeur du marché est calculée en additionnant les rémunérations à verser sur toute la durée du contrat, y compris les rémunérations liées aux éventuelles options de prolongation. La durée de ces contrats ne peut, en règle générale, pas dépasser cinq ans. Dans les cas dûment motivés, une durée plus longue peut être prévue (al. 4). L'annexe 2 AIMP 2019 mentionne les valeurs seuils pour les marchés non soumis aux accords internationaux, comme en l'espèce. Il en ressort que, pour un marché de services, dès CHF 250'000.-, la procédure ouverte ou sélective est applicable (en dessous de CHF

150'000.-, il s'agit de la procédure de gré à gré et en dessous de CHF 250'000.- de la procédure sur invitation).

### **E. 3.2.2**

Les art. 18 ss AIMP 2019 traite des différents types de procédure. Dans la procédure ouverte, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché (art. 18 al. 1 AIMP 2019). Tout soumissionnaire peut présenter une offre (art. 18 al. 2 AIMP 2019). Dans la procédure sélective, l'adjudicateur lance un appel d'offres public pour le marché en invitant les soumissionnaires à présenter, dans un premier temps, une demande de participation (art. 19 al. 1 AIMP 2019). L'adjudicateur choisit les soumissionnaires autorisés à présenter une offre en fonction de leur aptitude (art. 19 al. 2 AIMP 2019). L'adjudicateur peut limiter le nombre de soumissionnaires autorisés à présenter une offre, à condition qu'une concurrence efficace reste garantie. Il autorise si possible au moins trois soumissionnaires à présenter une offre (art. 19 al. 3 AIMP 2019). La procédure sur invitation est applicable aux marchés publics qui ne sont pas soumis aux accords internationaux et qui atteignent les valeurs seuils indiquées dans l'annexe 2 (art. 20 al. 1 AIMP 2019). Dans la procédure sur invitation, l'adjudicateur invite les soumissionnaires de son choix à présenter une offre, sans lancer d'appel d'offres public. A cette fin, il établit des documents d'appel d'offres. Il demande si possible au moins trois offres (art. 20 al. 2 AIMP 2019). Enfin, dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge un marché public directement à un soumissionnaire, sans lancer d'appel d'offres. Il peut demander des offres à des fins de comparaison et procéder à des négociations (art. 21 al. 1 AIMP 2019). L'adjudicateur peut adjuger un marché de gré à gré sans considération des valeurs seuils lorsqu'une des conditions de l'art. 21 al. 2 AIMP 2019 est remplie.

Tribunal cantonal TC Page 8 de 11

## **E. 4**

La recourante invoque une violation de l'interdiction de discrimination (art. 5 al. 1 LMI), dont il résulte également une violation de l'obligation de publication (art. 5 al. 2 LMI). Elle fait valoir que le marché litigieux aurait dû faire l'objet d'une procédure ouverte ou sélective et non d'une procédure sur invitation telle que réalisée.

### **E. 4.1**

En l'espèce, il n'est à juste titre pas contesté qu'on se trouve en présence d'un marché public, lequel porte sur des services. La commune a adjugé le marché litigieux pour un montant de CHF 313'294.- TTC. A lui seul, ce montant dépasse déjà la valeur seuil de CHF 250'000.- nécessitant d'organiser une procédure ouverte ou sélective. Or, le contrat ayant été conclu pour une durée de cinq ans, la valeur du marché s'élève en réalité à un montant de CHF 1'566'470.- TTC (cf. art. 15 al. 4 AIMP 2019), dépassant ainsi très largement la valeur seuil susmentionnée. Ainsi, même si la commune adjudicatrice choisit la procédure en procédant à une estimation (cf. art. 15 al. 1 AIMP 2019), elle devait en l'occurrence à l'évidence se rendre compte que les valeurs seuils étaient dépassées. Il s'ensuit que le marché devait en principe passer par une procédure de passation ouverte ou sélective, permettant une pleine mise en concurrence (cf. ATF 141 II 113 consid. 5). En recourant à une procédure sur invitation alors qu'une procédure ouverte ou sélective s'imposait, la commune n'a pas appliqué l'AIMP de manière conforme et a restreint l'accès au marché.

### **E. 4.2**

La commune justifie toutefois le fait d'avoir opté pour la procédure sur invitation par les problèmes rencontrés avec la précédente société qui s'occupait de ses transports scolaires, en termes de communication, d'organisation (notamment quant à l'établissement des horaires et du temps de réaction pour répondre aux demandes) et, surtout, de sécurité (en particulier manque d'entretien sur les véhicules, tels que pneus lisses, ceintures bloquées ou portes coulissantes qui ne fermaient pas normalement). Elle soutient également que la situation relevait d'une certaine urgence, étant donné qu'elle ne voulait pas renouveler le contrat avec celle-ci et que le délai était trop court pour organiser une procédure ouverte. Elle souligne que le délai pour commander et équiper un bus scolaire est de minimum six mois et que la rentrée scolaire 2023/2024 était fixée au 24 août 2023. Par son argumentation, la commune allègue qu'elle se trouvait dans une situation d'urgence. Il convient ainsi encore d'examiner si elle était fondée à adjuger le marché concerné de gré à gré.

#### **E. 4.2.1**

Dans des cas exceptionnels, prévus à l'art. 21 al. 2 AIMP 2019, l'adjudicateur peut adjuger un marché de gré à gré sans considération des valeurs seuils. Il en va ainsi notamment lorsqu'en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle que, même en réduisant les délais, une procédure ouverte, sélective ou sur invitation ne peut être menée à bien (let. d). La teneur de l'art. 21 al. 2 let. d AIMP 2019 est identique à celle de l'art. 21 al. 2 let. d de la loi du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1). Dans sa jurisprudence relative à cette dernière disposition, le Tribunal administratif fédéral a retenu qu'une adjudication de gré à gré en raison de l'urgence est autorisée aux conditions cumulatives suivantes: la situation d'urgence impérieuse est la conséquence d'un événement imprévisible et ne doit pas être imputable à l'adjudicateur. En outre, l'urgence doit être telle que l'organisation d'une procédure d'appel d'offres ne permettrait pas d'y faire face, même en réduisant les délais. Enfin, l'adjudicateur peut recourir à

Tribunal cantonal TC Page 9 de 11 la procédure de gré à gré dans la seule mesure nécessaire à rétablir une situation normale (cf. décision incidente TAF B-4043/2024 du 9 août 2024 consid. 4.2.2 et les références citées). L'art. 46 al. 4 AIMP 2019 prévoit que pour les marchés non soumis aux accords internationaux, le délai de remise des offres est en général d'au moins 20 jours. Dans le cas de prestation largement standardisées, il peut être réduit à 5 jours au minimum.

#### **E. 4.2.2**

En l'espèce, il ressort du dossier que la commune a résilié le contrat qui la liait à l'ancien prestataire le 16 février 2023 avec effet au 22 août 2023. Selon les pièces produites par celle-ci, respectivement ses déclarations, elle a contacté trois sociétés – C. \_\_\_\_\_ SA, D. \_\_\_\_\_ SA ainsi que B. \_\_\_\_\_ SA – le 16 janvier 2023, le 15 février 2023 et à une date inconnue (un entretien ayant eu lieu le 13 mars 2023) afin de leur demander une offre pour ses transports scolaires pour la rentrée scolaire 2023/2024. Ainsi, en requérant des offres dès la mi-janvier 2023 alors que la rentrée scolaire était fixée au 24 août 2023, la commune disposait en soi d'un laps de temps suffisant (plus de huit mois) pour effectuer une procédure ouverte ou sélective (cf. notamment art. 46 al. 4 AIMP 2019 selon lequel le délai de remise des offres pour les marchés non soumis aux accords internationaux est en général d'au moins 20 jours). Quoiqu'il en soit, comme mentionné ci-dessus (cf. consid. 4.2.1), l'adjudicateur peut recourir à la procédure de gré à gré dans la seule mesure

nécessaire à rétablir une situation normale; or, en l'occurrence, le marché des transports scolaires de la commune a été attribué pour la durée de cinq ans, soit bien au-delà de la seule mesure nécessaire à rétablir une situation normale. Par ailleurs, les problèmes invoqués par la commune pour justifier la résiliation du contrat avec l'ancien prestataire – quand bien même ceux-ci ne sont en soi pas directement pertinents pour la présente procédure – montrent qu'ils étaient non seulement fréquents et répétés mais également qu'ils perduraient depuis un certain temps, voire depuis plusieurs années. En effet, il ressort des observations de la commune notamment ce qui suit: "malgré plusieurs demandes [...] pour qu'ils s'occupent de cette tâche, notre requête n'a jamais été satisfaite", "pendant plusieurs années, nous avons également demandé [...] de nous fournir des bus plus grands pour faciliter la mise en place des horaires et diminuer les temps d'attente des élèves pour des questions de sécurité mais notre requête n'a jamais abouti", "la collaboration avec [...] était devenue difficile, que ce soit pour la communication ou pour la sécurité de nos élèves", "il y avait un réel manque d'entretien sur la véhicules. Les chauffeurs nous avaient rapporté, plusieurs fois, qu'ils devaient rouler avec des pneus lisses, des ceintures bloquées ou des portes coulissantes qui ne fermaient pas normalement", "au niveau de l'organisation, leur secrétariat mettait aussi toujours plus de temps à nous répondre... s'il répondait". En outre, dans sa lettre de réponse à la COMCO du 14 avril 2025, la commune a déclaré que le transporteur précédent ne donnait plus satisfaction (sécurité, entretien des véhicules, problèmes d'organisation et de communication) et qu'elle ne voulait plus renouveler son contrat par manque de confiance. Partant, on ne se trouve en l'occurrence à l'évidence pas non plus en présence d'un événement imprévisible. Bien au contraire, dans une telle situation, il appartenait à la commune de prendre les mesures appropriées en temps voulu afin de procéder à un appel d'offres en procédure ouverte ou sélective. Au vu des arguments invoqués et des pièces au dossier, il apparaît manifestement que les conditions posées par l'art. 21 al. 2 let. d AIMP 2019 qui auraient permis à la commune de déroger au principe d'un appel d'offres ouvert ne sont pas réunies, en l'absence d'une situation d'urgence.

#### **E. 4.3**

Pour être complet, la Cour relève enfin qu'une justification au sens de l'art. 3 al. 1 LMI (cf. supra consid. 2.2) n'apparaît pas réalisée et n'est aucunement démontrée par la commune.

Tribunal cantonal TC Page 10 de 11 Certes, l'intérêt public à assurer la disponibilité des transports scolaires pour la rentrée scolaire est légitime; toutefois, il a été constaté ci-dessus que cet intérêt pouvait être pleinement satisfait par une procédure ouverte ou sélective. Par ailleurs, la restriction à la liberté d'accès n'était pas nécessaire, de sorte qu'elle ne respecte pas le principe de la proportionnalité.

#### **E. 4.4**

Sur le vu de ce qui précède, l'accès au marché a été restreint de manière illicite, dès lors qu'en optant pour une procédure sur invitation, sans publication sur la plateforme simap.ch, les entreprises non invitées qui auraient pu déposer une offre en cas d'application correcte de l'AIMP 2019, c'est-à-dire s'il avait été procédé à une procédure ouverte ou sélective, ont été exclues de la participation à la procédure. Partant, l'adjudication du marché des transports scolaires de la commune a indûment restreint l'accès au marché, violant ainsi le principe de non-discrimination prévu à l'art. 3 al. 1 en lien avec l'art. 5 al. 1 LMI.

#### **E. 5**

Reste encore à examiner le grief de la recourante portant sur la violation de l'obligation de publication. L'art. 48 al. 1 AIMP 2019 prévoit que, dans les procédures ouvertes ou sélectives, l'adjudicateur publie l'avis préalable, l'appel d'offres, l'adjudication et l'interruption de la procédure sur une plateforme Internet pour les marchés publics exploitée conjointement par la Confédération et les cantons. Il publie également les adjudications de gré à gré des marchés soumis aux accords internationaux. En droit cantonal, l'art. 22 RCMP dispose que dans les procédures ouvertes ou sélectives, l'adjudicateur publie l'avis préalable, l'appel d'offres, l'interruption de la procédure, l'adjudication ou la révocation de celle-ci sur la plateforme simap.ch (al. 1). Dans la procédure de gré à gré au sens de l'art. 21 al. 2 AIMP 2019, l'adjudicateur publie les adjudications sur la plateforme simap.ch, y compris pour les marchés dont la valeur n'atteint pas le seuil des traités internationaux (al. 2). Les adjudications selon l'art. 21 al. 2 AIMP 2019 doivent être publiées au plus tard dans les 30 jours après l'adjudication du marché (al. 3). En choisissant la procédure sur invitation, la commune n'a procédé à aucune publication sur la plateforme simap.ch. Or, comme exposé ci-dessus, elle aurait dû organiser une procédure ouverte ou sélective et, conformément aux dispositions susmentionnées, il lui incombait partant de publier notamment l'appel d'offres et l'adjudication. Ce faisant, elle a violé le principe de transparence.

#### **E. 6**

Il résulte de ce qui précède que les dispositions du droit du marché intérieur ont été violées par le choix de la procédure sur invitation. Partant, le recours doit être admis. Etant donné que la COMCO ne peut demander que la constatation de l'illicéité de la décision attaquée, il convient donc de constater que l'adjudication communale du 20 avril 2023 à C. \_\_\_\_\_ SA restreint de manière illicite l'accès au marché et constitue une violation de l'art. 5 LMI.

#### **E. 7**

Aucun frais de procédure ne peut être mis à la charge de la commune (cf. art. 133 CPJA; cf. également arrêt TC FR 602 2024 92 du 20 mai 2025 consid. 8). Etant donné que la recourante ne peut demander qu'une constatation et non l'annulation ou la réformation de la décision qui lui a été notifiée, C. \_\_\_\_\_ SA n'a pas été invitée à prendre position et n'a ainsi pas non plus à supporter de frais. Par conséquent, il n'est pas perçu de frais de procédure.

Tribunal cantonal TC Page 11 de 11 la Cour arrête : I. Le recours est admis. Partant, il est constaté que la décision d'adjudication du 20 avril 2023 restreint l'accès au marché de manière illicite et constitue une violation à l'art. 5 LMI. II. Il n'est pas perçu de frais de procédure. III. Notification. Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification. Fribourg, le 4 novembre 2025/vth/mbe Le Président La Greffière-rapporteure

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