

602 2008-129

Arrêt du 11 décembre 2008

II^e COUR ADMINISTRATIVE

COMPOSITION Président : Michel Wuilleret
 Juges : Christian Pfammatter, Josef Hayoz

PARTIES **X. SA, recourante**, représentée par Me Daniel Guignard, avocat, av. des Mousquines 20, case postale 805, 1001 Lausanne,

contre

Y. SA, autorité intimée, représentée par Me Nicolas Charrière, avocat,
bd de Pérolles 4, case postale 1431, 1701 Fribourg,

W. SA, intimée,

Z. AG, intimée, représentée par Me Daniel Schneuwly, avocat, rue de Romont 35, case postale 1447, 1701 Fribourg,

OBJET Marchés publics

Recours du 17 octobre 2008 contre la décision du 6 octobre 2008

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. La société Y. SA avec siège à Fribourg a pour but la fourniture de services dans le domaine de la logistique, de l'achat de matériel de construction et d'entretien de réseaux d'énergie et de fluides (électricité, eau, gaz, chauffage à distance, multimédia, etc.) ainsi que des prestations associées, notamment d'une plate-forme informatique. Elle forme une société simple avec ses partenaires BKW FMB Energie AG, à Berne, Groupe E SA, à Fribourg, Romande Energie SA, à Morges, les Services Industriels de Lausanne (SIL) et ceux de Genève (SIG).

Par avis publié le 16 juin 2008 sur le site Internet, Y. SA a lancé un appel d'offres en procédure ouverte pour la fourniture de poteaux en bois pour le marché 2009. Cet appel d'offres prévoyait notamment :

2.2. Nature et importance du marché

Marché d'achat de fournitures pour 2009 : Poteaux bois devant supporter des lignes électriques, fournis obligatoirement par deux fournisseurs différents, sur la base de la division du marché en 2 lots.

Le premier représentant 80% du marché et le second 20% du marché.

...

Critères d'aptitude: conformément aux critères cités dans le dossier.

4.7. Critères d'adjudication

Les critères d'adjudication sont, dans l'ordre d'importance décroissant, les suivants :

<i>Critères & Eléments d'appréciation</i>	<i>Pondération</i>
1. <i>Prix</i>	<i>100%</i>
	<i>Total :</i>
	<i>100%</i>

...

4.16 Contrôle et explication de l'offre

...

Une erreur de calcul manifeste du prix unitaire ou global, ainsi qu'un prix unitaire ou manifestement trop bas doit être vérifiée au préalable auprès du soumissionnaire concerné, notamment par le fait que ses prix n'ont aucun rapport avec ceux pratiqués habituellement ou avec ceux offerts par les autres soumissionnaires.

Le soumissionnaire devra apporter tout justificatif utile à la compréhension de ses prix.

Si l'adjudicateur estime que les justificatifs apportés par le soumissionnaire démontrent clairement et de manière évidente que le soumissionnaire ne peut pas réaliser le marché dans de bonnes conditions d'exécution ou sans mettre en péril la pérennité de son entreprise, l'adjudicateur prendra une décision d'exclusion du soumissionnaire pour juste motif.

La décision d'exclusion intervient d'office pour des erreurs manifestes répétitives, prépondérantes ou abusives au point de porter un préjudice à la crédibilité de l'offre dans son entier.

Dans le cadre de la vérification des prix auprès du soumissionnaire, l'adjudicateur prendra également une décision d'exclusion si le soumissionnaire ne confirme pas ses prix ou si ce dernier annonce fermement et de manière définitive une modification de ses prix.

Le cas échéant, l'adjudicateur se réserve le droit d'engager une procédure en dommage et intérêts.

L'annexe 1 au dossier d'appel d'offres intitulée "cahier des charges logistique & commerciale" prévoyait en outre les critères d'aptitude suivant :

1.1 Critères d'aptitude

1. *Le délai de livraison garanti est de 2 jours, sur tout le territoire national, dès réception de la commande.*

2. *Le fournisseur assure la livraison de la marchandise, toutefois le partenaire peut librement à ses frais choisir un transporteur. Le fournisseur assurera le même accès et les services à tous les transporteurs.*

3. *Les frais forfaitaires de livraison sont plafonnés à CHF 400.00 par livraison jusqu'à 45 m³, auxquels CHF 50.00 seront ajoutés par lieu de déchargement. Le nombre de lieux de déchargement n'est pas limité. L'emplacement des lieux de déchargement est le territoire suisse.*

4. à 8. ...

9. *Le test Luxpole doit être effectué sur chaque poteau. Chaque poteau doit être marqué du résultat du test Luxpole. Les frais du test sont comptés dans le prix du poteau.*

10. ...

B. Dans le délai imparti au 26 août 2008, X. SA a déposé une offre d'un montant total de CHF 854'717,25. Les sociétés W. AG, et Z. AG, ont soumissionné respectivement pour un montant de CHF 777'782,73 et 960'877.-.

Le 2 septembre 2008, la société X. SA a fait part de ses doutes à l'adjudicateur quant à l'offre faite par W. AG qui lui semblait anormalement basse compte tenu de l'augmentation du prix des matières premières et du transport, d'une part, du coût des tests Luxpole, d'autre part.

Suite à cette intervention, l'adjudicateur a invité, le 19 septembre 2008, les trois soumissionnaires à lui fournir une analyse de prix détaillée des offres communiquées.

C. Par décision du 6 octobre 2008, Y. SA a attribué le marché lot de 80% à l'entreprise W. AG pour le montant hors TVA de CHF 722'825.- et celui du lot de 20% à la société Z. AG pour CHF 195'361.-, hors TVA.

L'entreprise X. SA a été classée au 2^{ème} rang sur 3 pour le lot de 80% et au 3^{ème} rang sur 3 pour le lot de 20%.

D. Par mémoire de recours déposé le 17 octobre 2008, la société X. SA a saisi le Tribunal cantonal. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, principalement à ce que la décision rendue le 6 octobre 2008 par Y. SA soit réformée en ce sens que le lot de 80% du marché sur la fourniture de poteaux en bois 2009 lui soit adjugé. A titre subsidiaire, elle réclame l'annulation de la décision entreprise et au renvoi de la cause à Y. SA pour nouvelle décision. Elle sollicite également l'octroi de l'effet suspensif au recours.

La recourante allègue en premier lieu une violation par l'autorité intimée de son obligation d'écartier toute offre apparaissant anormalement basse si la sous-enchère pratiquée fait craindre que son auteur ne serait pas en mesure de réaliser le marché dans les conditions attendues ou qu'il ne pourrait pas le réaliser sans mettre en péril la pérennité de son entreprise ou encore si le prix offert laisse prévoir que le soumissionnaire travaille à perte. Or, tel est le cas selon la recourante s'agissant de l'offre déposée par W. AG. Elle est le fruit d'un dumping si important que le prix offert signifie nécessairement que cette entreprise a accepté de travailler à perte pour décrocher le marché et éliminer définitivement un concurrent du marché "oligopolistique" des poteaux de bois afin de conquérir une position dominante. A l'appui de sa démonstration, la recourante a comparé les offres pour les marchés 2008 et 2009. Il en résulte que l'augmentation de prix par m³ pratiquée par W. AG (+ CHF 46,59) ne couvre même pas le coût occasionné par le test Luxpole exigé pour le marché 2009 et qui devrait logiquement être répercuté. Par ailleurs, la majoration effectuée par la société intimée entre le marché 2008 et 2009 est beaucoup trop faible pour compenser l'augmentation massive des autres coûts de production (matières premières, transport, électricité, sels d'imprégnation, bois) que tous les acteurs de ce secteur économique ont immanquablement subie car indépendante de leur volonté. Le prix de vente au m³ de la recourante a ainsi subi une augmentation annuelle de 19,75% alors que, dans le même temps, de manière économiquement injustifiée, W. AG n'augmentait que de 6,60% son prix au m³. Enfin, l'offre de l'intimée est très inférieure à celle de ses deux concurrents. Or, s'agissant de produits comme des poteaux de bois, aucune ingéniosité technique particulière ne peut expliquer l'importante différence de prix constatée entre l'intimée et ses concurrents. La recourante en conclut qu'il s'agit d'un cas de sous-enchère qui est si importante qu'elle laisse craindre que W. AG ne sera pas en mesure d'exécuter la prestation offerte selon les critères de qualité attendue et qu'elle travaillera à perte.

La recourante requiert la production du dossier complet d'appel d'offres et d'adjudication de tous les soumissionnaires y compris leurs réponses à la demande de l'autorité intimée, du 19 septembre 2008, de lui fournir une analyse de prix détaillée des offres communiquées. Elle demande également la production des documents d'appel d'offres pour la fourniture de poteaux en bois pour les marchés 2007 et 2008, le procès-verbal d'ouverture des offres du marché 2007 et les décisions d'adjudication attribuant le lot de 80% du marché des poteaux en bois pour les marchés 2007 et 2008, ainsi que leurs grilles d'évaluation.

Elle réclame enfin une expertise financière sur l'offre déposée par la société intimée aux fins d'établir la sous-enchère pratiquée par cette dernière et son choix de travailler à perte, l'audition du directeur adjoint de X. SA et la possibilité de compléter sa motivation dans le cadre d'un deuxième échange d'écriture.

E. Par courrier du 5 novembre 2008, la société intimée s'est déterminée sur le recours. Son offre remplit tous les critères de qualité et de stockage réclamés et elle a fourni tous les renseignements demandés. Elle conteste que son offre relève du dumping. Au contraire, les prix ont été calculés de manière sérieuse, la gestion de l'entreprise, les coûts d'achat et le concept de stockage ont été encore améliorés et le système de management de l'entreprise est garanti ISO 9001. Elle assure pouvoir obtenir une marge suffisante pour son

offre 2009, n'avoir aucun intérêt à travailler à perte et être en très bonne situation pour calculer ses offres.

Le 11 novembre 2008, l'autorité intimée a déposé ses observations. Elle relève en premier lieu que le marché en question est restreint puisqu'il se résume quasi exclusivement aux trois entreprises ayant participé à la présente procédure. Pour le reste, elle relève en substance qu'elle a minutieusement analysé les offres remises par les trois entreprises concurrentes, ainsi que les explications complémentaires qu'elles ont fournies concernant la calculation du prix. S'agissant de la société intimée, elle a pu vérifier de quelle façon W. AG avait pu collaborer avec la société A. GmbH & Co. KG afin de réduire les prix de revient de façon à pouvoir proposer un prix permettant de dégager une marge suffisante. L'audit a en outre permis de démontrer que le marché, s'il était définitivement adjugé à la société intimée, doublerait le secteur "poteaux" de cette entreprise, secteur qui ne représente cependant que de 6,7% de l'activité globale de W. AG. Par ailleurs, l'examen de certaines factures émises par la société A. GmbH & Co. KG pour des poteaux identiques à ceux objets du marché en question, fait apparaître, par rapport aux prix offerts par la société intimée, une marge brute de 35 à 50%. C'est dire que W. AG pourra encore négocier des conditions plus favorables, compte tenu des importantes quantités si l'adjudication lui est confirmée. Partant, la marge brute de 35% à 50% lui permet aisément d'y intégrer les autres frais importants, notamment les coûts des tests Luxpole. Par ailleurs, il est faux de tenir compte d'un coût de CHF 650.- pour une campagne de 200 poteaux attestés, comme le fait la recourante. La société B. SA peut en effet procéder au contrôle d'une quantité jusqu'à 600 poteaux, d'où des frais de déplacement par poteau de CHF 1,10 et non pas de 3,25. Les frais de déplacement avancés par la recourante sont également erronés. Bref, une marge nette estimée à 15% est parfaitement réaliste.

La comparaison des prix avec les marchés 2007 et 2008 n'est pas pertinente si ce n'est à démontrer que la recourante s'attendait à un marché 2009 aux conditions préétablies, notamment en ce qui concerne les prix offerts par ses concurrents. Connaissant les prix pratiqués par les sociétés X. SA et Z. AG en 2007 et 2008, inférieurs à ceux qu'elle a offerts pour ces marchés, il était évident que la société intimée devait consentir un sacrifice important dans l'élaboration de son prix pour le marché 2009, ce qu'elle a fait. En revanche, la recourante s'est contentée de répercuter les augmentations dont elle se prévaut, en pensant que la société W. AG ferait de même. Le manque d'anticipation de la recourante lui est imputable.

La société Z. AG, également invitée à se déterminer, a déposé ses observations le 20 novembre 2008. Elle constate que l'offre de la recourante est assez proche de l'offre retenue, l'écart n'est en effet que de 9,88%. D'après elle, pareille différence n'a absolument rien d'extraordinaire dans les procédures des marchés publics où des écarts bien plus importants sont devenus la règle. Le constat est identique s'agissant du lot 20%.

E. Le Juge délégué à l'instruction de la cause a considéré que les pièces versées au dossier par les parties suffisent à l'autorité de céans pour juger du bien-fondé des arguments des uns et des autres et qu'aucune circonstance particulière ne justifie un deuxième échange d'écriture, contrairement à ce que réclame la recourante déjà dans son mémoire de recours (art. 89 al. 2 du code de procédure et de juridiction administrative; CPJA; RSF 150.1). En conséquence, il n'a pas jugé utile de lui transmettre les dossiers réclamés qui, par ailleurs, sont pour l'essentiel des documents confidentiels (cf. ci-dessous partie en droit, consid. 2).

e n d r o i t

1. a) Déposé dans le délai et les formes prescrits, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 2 de la loi sur les marchés publics (LMP; RSF 122.91.1). Par ailleurs, l'avance de frais a été versée dans le délai imparti. Dès lors qu'en qualité de soumissionnaire évincé, la recourante conclut à l'adjudication du marché litigieux en sa faveur, elle a manifestement qualité pour contester la décision attribuant les travaux à un concurrent. Le Tribunal cantonal peut donc examiner les mérites du recours.

b) Selon l'art. 16 de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2), 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 des faits (let. b). En revanche, l'autorité de recours ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité.

S'agissant des marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation lors de l'adjudication. L'appréciation de l'autorité judiciaire ne saurait donc se substituer à celle de l'adjudicateur. Partant, le Tribunal cantonal ne peut revoir l'appréciation des prestations offertes sur la base des critères d'adjudication qu'avec une retenue particulière, parce qu'une telle appréciation suppose souvent des connaissances techniques, qu'elle repose nécessairement sur une comparaison des offres soumises par les soumissionnaires et qu'elle comporte aussi, inévitablement, une composante subjective de la part du pouvoir adjudicateur. Sur ce point, le Tribunal cantonal est pratiquement restreint à l'arbitraire. Comme en matière d'exams, la Cour se bornera, le plus souvent, à vérifier que les règles de procédure relatives à la passation du marché public en question, ont été respectées (ATF 125 II 98s).

2. La recourante réclame de pouvoir consulter le dossier complet d'appel d'offres et d'adjudication de ses deux concurrents pour les marchés 2007, 2008 et 2009 et leurs réponses respectives suite à la demande d'explications complémentaires sur les prix offerts.

Selon l'art. 11 let. g AIMP, lors de la passation de marchés, le principe du traitement confidentiel des informations doit être respecté. Il s'agit de protéger la propriété intellectuelle des intéressés, d'une part, et de préserver leur secret commercial, d'autre part.

Les dossiers complets dont la recourante sollicite la consultation contiennent de toute évidence des données stratégiques et confidentielles qui relèvent du secret commercial. La recourante ne saurait y avoir accès. Par ailleurs, les dossiers des marchés publics 2007 et 2008 ne concernent pas la présente procédure et les motifs qu'en tire la recourante sont sans pertinence (cf. consid. 5 ci-dessous).

3. En l'occurrence, la seule question à examiner est celle de savoir si, comme le prétend la recourante, l'autorité intimée aurait dû écarter l'offre retenue au motif que le prix fait par W. AG constituerait un prix de dumping impossible à tenir lors de la réalisation de l'ouvrage.

4. a) Un prix sensiblement plus bas n'implique pas nécessairement que le soumissionnaire fasse du dumping illicite. La probabilité existe aussi que les prix plus élevés des concurrents résultent tout simplement de l'utilisation de techniques et méthodes

plus chères, voire, le cas échéant, d'ententes illicites entre eux. Il est donc difficile de faire la part des choses.

Selon l'art. XIII ch. 4 let. a in fine de l'Accord sur les marchés publics (RO 1996 p. 624), si une entité a reçu une soumission anormalement inférieure aux autres soumissions présentées, elle pourra se renseigner auprès du soumissionnaire pour s'assurer qu'il est en mesure de remplir les conditions de participation et qu'il est apte à satisfaire aux modalités du marché (pour la pratique fribourgeoise: BGC 1995 p. 1793/1794).

En d'autres termes, face à un prix spécialement bas, l'adjudicateur doit s'assurer que l'entreprise en cause est en mesure d'exécuter l'ouvrage aux conditions annoncées. Cela suppose non seulement une information sur les capacités financières et techniques de l'intéressée, mais aussi sur le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (cf. art. 11 let. e de l'Accord intercantonal). Un soumissionnaire pratiquant le dumping devra être écarté s'il apparaît qu'il finance la différence de prix en utilisant des moyens illégaux, comme par exemple en violant les réglementations fiscales ou douanières ou en ne respectant pas les conventions collectives de travail (cf. P. GALLI, D. LEHMANN, P. RECHSTEINER, Das Öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, p. 145, 146 et 210). En revanche, à défaut de décision spécifique rendue par les autorités compétentes en matière de concurrence déloyale ou de cartels, on ne saurait reprocher à l'adjudicateur de ne pas examiner d'office si le prix litigieux constitue une violation de l'art. 3 let. f de la loi sur la concurrence déloyale (RS 241) ou de l'art. 7 al. 2 let. d de la loi sur les cartels (RS 251). Si les concurrents estiment que l'offre litigieuse constitue une sous-enchère contraire à ces dispositions, il leur incombe de saisir les autorités judiciaires compétentes qui pourront, elles, si nécessaire, intervenir auprès de l'adjudicateur afin d'éviter qu'un marché public ne soit attribué sur la base d'un acte illicite. L'adjudicateur n'a pas une vue d'ensemble de la situation de l'entreprise en cause, ni les moyens et le temps nécessaire pour mener l'instruction délicate que ce genre d'enquête implique.

En résumé, un cas de dumping justifie l'exclusion du soumissionnaire s'il apparaît que l'entreprise n'est pas en mesure techniquement, économiquement ou financièrement de réaliser l'ouvrage au prix offert ou si la différence de prix s'explique par un acte illicite. L'adjudicateur qui a en mains une offre à un prix nettement plus bas que celui des autres soumissionnaires est tenu d'effectuer des démarches raisonnables pour s'assurer dans la mesure du possible que cette offre favorable est réalisable par l'entreprise et qu'elle ne participe pas d'un acte illicite. Ce devoir de diligence de l'adjudicateur n'englobe pas cependant l'obligation de se prononcer sur des griefs liés directement au droit de la concurrence et des cartels. Dans ces situations, le soumissionnaire ne sera en principe exclu pour comportement illicite que sur la base d'une décision spécifique des autorités judiciaires compétentes en matière de concurrence déloyale ou de cartels, mises en œuvre par des concurrents lésés (RFJ 1997 no 15 consid. 4 p. 116 à 118).

b) Dans le cas particulier, il y a lieu de relever principalement que la différence de prix entre l'offre de la recourante pour le marché 2009, lot 80%, s'élevait à CHF 854'717,25 alors que celle de la société intimée était de CHF 777'782,73, soit une différence de prix de CHF 76'934,52 ce qui représente un écart de 9,88%. Comme le relève à juste titre l'autre entreprise écartée, un tel écart n'a rien d'extraordinaire, en particulier pour un tel marché. En d'autres termes, l'autorité intimée n'avait même pas à entreprendre des démarches pour vérifier si l'offre faite était économiquement réalisable par l'adjudicataire.

Malgré tout et parce que formellement invitée par la recourante à le faire, l'autorité intimée a pris soin d'effectuer une analyse comparée de prix et même de procéder à un audit au siège de la société intimée. Elle a ainsi pu constater que la situation financière de celle-ci est saine, qu'elle honore ses charges sociales et qu'elle est à jour avec ses paiements. En cas d'attribution du marché, le secteur marché des poteaux serait doublé chez W. AG mais resterait à 6,7% de l'activité totale de la société, soit une part modeste, les principaux secteurs restant le commerce des grumes (bois de menuiserie) et de panneaux massifs.

S'agissant du marché litigieux, les poteaux sont fournis par une entreprise allemande (A. GmbH & Co. KG) dont le 100% des bois provient des forêts dont celle-ci est propriétaire en Forêt Noire. Par rapport aux prix demandés par la société allemande et ceux offerts par W. AG, celle-ci s'assure une marge brute de 35 à 50%. C'est dire si les frais liés au marché litigieux (tests Luxpole, manutention, stockage et livraison) peuvent aisément être intégrés dans le prix offert tout en assurant une marge nette estimée à 15%.

Vu ce qui précède, l'adjudicateur n'avait pas de raison de refuser l'attribution des travaux à W. AG qui a déposé l'offre la plus avantageuse au sens de l'art. 13 let. f de l'Accord intercantonal.

5. La recourante estime que la majoration effectuée par la société intimée entre le marché 2008 et le marché 2009 est beaucoup trop faible pour compenser l'augmentation massive des autres coûts de production (matières premières, transport, etc.) que tous les acteurs de ce secteur économique ont immanquablement subie car indépendante de leur volonté. Cet argument ne résiste pas à l'examen.

En effet, pour le marché 2008 (lot 80%), la différence de prix par m³ entre W. AG et X. SA n'était que de 2,2%; la recourante avait décroché le marché, le seul critère étant le prix. Pour avoir une chance de se voir adjuger le marché pour 2009, W. AG devait logiquement revoir ses plans. C'est ce qu'elle a manifestement fait en réduisant sa marge. Elle a notamment trouvé un terrain d'accord avec son fournisseur, A. GmbH & Co. KG, qui a consenti à réduire sa propre marge.

La mise en soumission pour 2009 a ainsi joué le rôle qui lui est dévolu puisque l'adjudicateur a obtenu le meilleur prix possible par le jeu de la concurrence entre les trois soumissionnaires. Tout en respectant l'égalité de traitement entre ces derniers, l'autorité intimée a permis l'utilisation parcimonieuse des fonds publics, ce qui constitue finalement le but essentiel des marchés publics.

6. Mal fondé, le recours doit être rejeté.

La cause étant jugée au fond, la demande d'effet suspensif devient sans objet.

7. a) Conformément à l'art. 131 al. 1 CPJA, les frais de procédure sont mis à la charge de la recourante qui succombe. Arrêtés à CHF 1'000.-, ils seront prélevés sur l'avance de frais fournie dont le solde est restitué à la recourante.

b) Compte des partenaires qui composent Y. SA (BKW FMB Energie AG, Groupe E SA, Romande Energie SA, les Services Industriels de Lausanne et les Services Industriels de Genève), l'autorité intimée était manifestement en mesure de répondre au recours sans le concours d'un mandataire extérieur. Il ne se justifie dès lors pas de lui accorder une indemnité de partie (art. 139 CPJA). La société Z. AG a, pour sa part, expressément renoncé à l'octroi d'une indemnité.

I a C o u r a r r ê t e :

I. Le recours est rejeté.

Partant, la décision du 6 octobre 2008 est confirmée.

II. Les frais de justice, par CHF 1'000.-, sont mis à la charge de X. SA. Ils sont prélevés sur l'avance de frais dont le solde est restitué à la recourante.

III. Il n'est pas octroyé d'indemnité de partie.

Dans la mesure où le seuil fixé par l'art. 83 let. f de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral est atteint, la présente décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral, à Lausanne, dans les 30 jours dès sa notification, pour autant qu'elle soulève une question juridique de principe.

210.3