

602 2009-27

Arrêt du 25 septembre 2009

II^e COUR ADMINISTRATIVE

COMPOSITION	Président : Juges : Greffière-stagiaire :	Michel Wuilleret Christian Pfammatter, Josef Hayoz Samah Ousmane
PARTIES		

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. Par courrier du 22 avril 2009, le HFR Hôpital Fribourg (ci-après, l'Hôpital) a invité la société Y. SA, et la société X. SA, à lui faire parvenir une offre relative à l'approvisionnement de boissons du HFR Hôpital Fribourg-hôpital cantonal, portant sur la période d'une année. Selon le document d'appel d'offres (titre 2 p. 3), la procédure choisie pour la passation du marché en question était une procédure sur invitation. Le même document fixait comme critère principal d'adjudication le prix et comme critère secondaire à faible pondération les conditions de livraison. Par ailleurs, il a été précisé que l'offre jugée économiquement la plus avantageuse serait retenue.

La société X. SA a déposé son offre le 4 mars 2009 pour un montant de 216'209 fr. La société Y. SA a, quant à elle, remis son offre en date du 6 mai 2009, pour un montant de 213'229.70 fr.

Lors de la procédure d'évaluation des offres, les deux sociétés soumissionnaires ont obtenu, chacune, un total de 100 points en ce qui concerne les critères relatifs à l'acceptation des conditions de livraison. La différence s'est jouée sur le critère principal, c'est-à-dire le prix: la société Y. SA a obtenu 400 points contre 384.23 pour la société X. SA. Avec un total de 500 points, la société Y. SA a obtenu la note maximale fixée par le document d'appel d'offre et devancé sa concurrente (qui a totalisé 484.23 points) de 15.77 points.

Par décision du 18 mai 2009, le marché a été adjugé à la société Y. SA.

B. Agissant le 28 mai 2009, X. SA a contesté devant le Tribunal cantonal la décision d'adjudication du 18 mai 2009 dont elle demande l'annulation sous suite de frais et dépens. A titre principal, elle conclut au renvoi de la décision à l'autorité inférieure pour la reprise de la procédure de passation et nouvelle décision; subsidiairement, elle demande au Tribunal cantonal "de constater le caractère illicite de la décision du 18 mai 2009". A l'appui de ses conclusions, la recourante fait valoir une violation de l'article 12 al. 1 let. b bis de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2). Selon elle, en se contentant de deux soumissionnaires, l'adjudicatrice a transgressé les règles régissant la procédure sur invitation. Elle prétend qu'en réalité, c'est une procédure de gré à gré qui a été menée. En outre, elle fait valoir qu'étant donné que le seuil de 100'000 fr. est dépassé et que l'adjudicateur avait choisi la procédure sur invitation, il ne pouvait pas opter pour une procédure de rang inférieur, et cela, même si le seuil le lui permettait.

Dans son mémoire de recours, la recourante a également formulé une requête d'effet suspensif.

C. Invité à se déterminer, l'Hôpital conclut au rejet du recours sous suite de frais et dépens. Il relève que, du moment où il prévoit que "l'adjudicateur doit si possible demander au moins 3 offres", l'article 12 al. 1 let. b bis AIMP a été cité de manière incomplète et fallacieuse par la recourante. A ce sujet, il rappelle que le site Simap.ch prescrit à l'adjudicateur de tout mettre en œuvre pour éviter qu'on lui reproche d'avoir invité des "soumissionnaires alibis". Cela étant, il souligne que, de l'aveu même des deux fournisseurs, la concurrence qu'ils se livrent empêche toute autre entreprise de fournir

des prix au niveau qu'ils offrent pour le marché concerné, de telle manière que la convocation d'un troisième fournisseur n'aurait été qu'un alibi. Pour finir, l'Hôpital estime que le recours peut être qualifié de téméraire et constitutif d'un abus de droit.

D. Dans ses observations du 9 juillet 2009, la société Y. SA conclut également au rejet du recours, sous suite de frais et dépens et s'oppose à l'octroi de l'effet suspensif requis. Pour l'essentiel, elle fait valoir les mêmes arguments que ceux avancés par l'Hôpital en ce qui concerne le libellé de l'article 12 al. 1 let. b bis AIMP. Selon elle, le motif invoqué par la recourante ne pourrait pas, de toute manière, être considéré comme un motif de nullité absolue, justifiant l'annulation de toute la procédure. Partant, elle estime que la recourante, dont l'offre n'est pas concurrentielle, n'a pas un intérêt pour recourir. Sur le plan formel, elle précise que les règles relatives aux informations devant figurer dans le document d'appel d'offre ont été respectées conformément à l'article 14 du Règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11). Enfin, elle souligne que, maintenant que les parties ont eu connaissance des prix offerts, l'annulation de la procédure contreviendrait hautement aux règles de la concurrence.

e n d r o i t

1. a) Selon l'art. 76 let. a du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), a qualité pour recourir quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.

L'intérêt au recours n'est digne de protection que s'il est propre ou personnel au recourant. Selon une formule consacrée, celui qui recourt doit être atteint par la décision attaquée "dans une mesure plus grande que la généralité des administrés" et son intérêt se trouver dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération avec l'objet du litige. Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt général, dans l'intérêt de la loi ou d'un tiers est en revanche irrecevable. En outre, l'intérêt du recourant n'est digne de protection que s'il est actuel et pratique, c'est-à-dire si sa situation de fait ou de droit est susceptible d'être influencée par l'issue du recours. L'admission du recours doit donc lui procurer un avantage ou supprimer un inconvénient de nature matérielle ou idéale. En d'autres termes, l'intérêt digne de protection consiste, sous cet aspect, en l'utilité pratique que le succès du pourvoi constituerait pour le recourant. Il fait défaut lorsque sont en jeu des questions purement abstraites, des problèmes d'intérêt théorique ou lorsque le pourvoi est dirigé uniquement contre les motifs de la décision. Il incombe au recourant d'alléguer les faits qu'il considère comme propres à fonder sa qualité pour agir lorsqu'ils ne ressortent pas à l'évidence de la décision attaquée ou du dossier de la cause (cf. ATF 133 II 249 cons. 1.1 p. 251, 2A.279/2004 cons. 1.2, p.2, 1C_260/2007, cons. 3, p. 2 ss, 1C_503/2008, cons. 3.2, p. 3, ATA 2A 01 72 du 2 octobre 2007, B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 350-351 et les références citées).

b) Les soumissionnaires évincés ne sont pas à considérer comme des tiers, mais comme des destinataires de la décision; ils auront donc a priori la qualité pour recourir en cas de procédure ouverte sélective ou sur invitation y compris dans l'hypothèse où le contrat est déjà conclu. Le droit de recours vaut également (aux même conditions) pour tous les tiers non contactés qui entendent recourir contre une adjudication de gré à gré, après avoir été informés par la notification édictale (Cf. JAAC 70.3, cons. 2b,

J.-B ZUFFEREY/ C. MAILLARD, N. MICHEL, Droit des marchés Publics: présentation générale, éléments choisis et code annoté et la jurisprudence citée, p. 134).

Les recourants devront cependant attester d'un intérêt pratique au recours, à savoir rendre vraisemblables les chances qu'ils avaient d'accomplir la prestation adjugée et d'obtenir le marché en question. La compétitivité du recourant n'aura par contre plus d'influence sur sa qualité pour recourir dès l'instant où il invoque un vice de procédure fondamental (cf. dans ce sens J.-B ZUFFEREY/ C. MAILLARD, N. MICHEL p. 134).

2. Dans le cas particulier, la recourante n'a pas indiqué clairement ce qu'elle entend obtenir par son recours. Elle n'a pas prétendu que l'admission de ses critiques devait conduire à ce que le marché lui soit adjugé. Elle semble plutôt, au vu de ce qu'elle déclare, vouloir agir pour faire réparer des erreurs de procédure, sans nécessairement prétendre à l'adjudication. Dans la mesure où, ce faisant, elle invoque la sauvegarde d'intérêts généraux et non pas les siens propres, son recours est irrecevable car ce n'est pas le rôle des particuliers, mais celui de l'Etat, d'agir dans ce but (cf. ATF 1C_260/2007, cons. 3, 1C_503/2008, cons. 3.2, p. 3 ATA 2A 04 108 du 21 janvier 2005, A. GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, p. 899).

De plus, en exigeant de la recourante qu'elle puisse faire valoir un intérêt digne de protection, la loi subordonne la recevabilité du recours à ce que l'admission de celui-ci présente un avantage réel pour l'intéressée. Or, en l'espèce, à supposer que la procédure de l'évaluation de l'offre eût réuni trois soumissionnaires au total ou même plus, cela n'aurait rien changé à la situation de la recourante qui est, de toute manière, devancée par Y. SA de 15.77 points. Une telle éventualité n'aurait eu aucune influence sur la position de la recourante qui, au mieux, finirait deuxième derrière Y. SA. En d'autres termes, même avec plus de concurrents, la recourante n'aurait eu aucune chance d'obtenir l'adjudication litigieuse.

3. Par ailleurs, les violations des règles procédure qu'elle invoque ne sont pas suffisantes pour imposer une annulation de la procédure de passation nonobstant ce qui précède.

a) En vue de satisfaire à l'objectif de développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics, la législation tend à organiser l'attribution des marchés de telle sorte que le pouvoir adjudicateur soit en mesure de comparer différentes offres et de retenir la plus avantageuse, sur la base de critères objectifs (ATA 602 2008-25 du 5 juin 2008).

En ce qui concerne la procédure sur invitation, tous les législateurs (fédéral, cantonaux, européen) ont prévu, qu'en principe, une concurrence normale impose l'existence de trois offres valables au moins. Le but est qu'à l'issue d'une procédure de passation de marché public, le pouvoir adjudicateur soit en mesure de comparer entre les prix ou entre les autres caractéristiques de différentes offres afin d'attribuer le marché conformément aux critères définis. Dans une telle situation, le but même de mise en concurrence visé par la procédure de marché public peut être considéré comme atteint (cf. ATA 602 2008-25 du 5 juin 2008).

Cela étant, le texte même de l'article 12 al. 1 let. b bis AIMP - qui précise que l'adjudicateur doit si possible demander au moins trois offres - démontre clairement que l'exigence de la participation de trois concurrents au moins n'est pas absolue. Par l'usage du conditionnel, le législateur a souligné qu'il était conscient que dans certains cas, il

s'avère difficile voir impossible de remplir cette exigence. S'il est vrai qu'en principe, dans la procédure sur invitation, la réunion de trois offres au moins est nécessaire pour présumer l'existence d'une concurrence effective, il est possible néanmoins de se contenter exceptionnellement de deux offres lorsqu'il est établi que l'adjudicateur ne pouvait raisonnablement pas agir autrement et que par ce biais le jeu de la concurrence n'a pas été faussé. En d'autres termes, ce qui est déterminant pour l'issue du litige est d'examiner si, concrètement, dans le cadre de la procédure litigieuse, l'entité adjudicatrice n'était pas en mesure de réunir trois concurrents effectifs d'une part et que le jeu de la concurrence a été respecté de l'autre.

b) En l'occurrence, il sied de relever que la recourante fait valoir une violation de l'article 12 al. 1 let. b bis AIMP, sans démontrer en quoi le développement d'une concurrence effective a pu être compromis.

En effet, l'instruction de la cause met en relief l'existence d'une concurrence acharnée entre la société Y. SA et la société X. SA pour le marché concerné. Ainsi, le Tribunal administratif (depuis le 1^{er} janvier 2008, Tribunal cantonal) avait déjà eu à trancher un litige opposant les deux sociétés soumissionnaires dans le cadre de la passation d'un marché de fourniture similaire mis en concours par la même entité adjudicatrice (cf. ATA 2A 06 91 du 13 février 2007). De plus, les prix particulièrement bas offerts par les deux sociétés pour le marché précité constituent des éléments objectifs impliquant l'existence d'une concurrence effective. Sous cet angle, il faut constater que l'autorité adjudicatrice a été en mesure de comparer les différents prix proposés sur le marché et de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Par ailleurs, selon les déclarations de l'Hôpital, cette concurrence acharnée que les deux sociétés se livrent empêche toute autre entreprise de proposer des prix au même niveau que ceux offerts par les sociétés en question pour ce marché spécifique. Du moment où, concrètement, l'autorité intimée ne pouvait réunir que deux offres concurrentielles, on ne saurait raisonnablement pas exiger la participation d'un troisième soumissionnaire, tout en sachant, que celle-ci s'avérerait complètement superflue.

4. a) Au vu ce qui précède, le recours doit être rejeté. Par ailleurs, le présent arrêt tranchant le litige au fond, la demande d'effet suspensif devient sans objet.

b) Il appartient à la recourante, qui succombe, de supporter les frais de la procédure, en application de l'article 131 CPJA.

c) Il lui incombe également de verser une indemnité de partie à l'adjudicataire qui a fait appel à un avocat pour défendre ses intérêts.

Conformément au principe de l'article 139 CPJA, il n'y a pas lieu d'allouer une indemnité de partie à l'Hôpital Fribourg HFR, en sa qualité d'adjudicateur public.

I a C o u r a r r ê t e :

- I. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
- II. Les frais de procédure sont mis par 1'000 fr. à la charge de la recourante.
- III. Un montant de 1'439,55 fr. (y compris 101,90 fr. de TVA) à verser à Me Benoît Sansonnens à titre d'indemnité de partie est mis à la charge de la recourante.
- IV. Il n'est pas alloué d'indemnité de partie à l'autorité intimée.

Dans la mesure où le seuil fixé par l'article 83 let. f de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110) 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.

210.2; 210.10