

# TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

IIe COUR ADMINISTRATIVE

**Séance du 23 août 2006**

Statuant sur le recours interjeté le 26 juillet 2006  
**(2A 06 58)**

par

**B.,**

contre

la décision prise le 4 juillet 2006 par le **Préfet du district de la Glâne** confirmant sur recours l'adjudication d'un marché de transports scolaires à l'entreprise **X.**, représentée par Me Jean-Christophe a Marca, avocat à Fribourg, par la Commission scolaire du cercle de Châtonnaye-Middes-Torny-le-Grand;

**(Marchés publics)**

## Considérant :

### En fait:

- A. Par appel d'offres en procédure ouverte publié dans la Feuille officielle du 27 janvier 2006, la Commission scolaire du cercle de Châtonnaye-Middes-Torny-le-Grand a mis en soumission le marché de transports scolaires de son cercle pour la période 2006-2012.

Dans les documents d'appel d'offres, l'adjudicateur a proposé aux soumissionnaires deux variantes, l'une concernant des transports avec un bus de 40 places, l'autre avec deux bus de 25 places. Dans tous les cas, les véhicules devaient être maintenus en parfait état de fonctionnement et subir des contrôles techniques réguliers. Le personnel devait être au bénéfice du permis de conduire pour la catégorie de véhicule utilisé et le prestataire devait se couvrir contre tous les risques inhérents à sa profession. Les critères d'adjudication retenus étaient les suivants :

- L'offre tarifaire Coefficient 5
- La qualité (organisation, personnel, matériel) Coefficient 3
- La capacité à répondre au cahier des charges Coefficient 2

- B. Par décision du 21 mars 2006, communiquée aux soumissionnaires le 23, la Commission scolaire a attribué le marché en retenant la variante de deux bus de 25 places. Parmi les cinq soumissionnaires ayant déposé une offre, elle a adjugé les transports scolaires à l'entreprise X. qui a obtenu le maximum de 60 points. Le kilomètre revient ainsi à 4 fr. 94 toutes taxes comprises (TTC) pour 2 x 7'000 km/an et les kilomètres hors contrat, entre 1'000 et 1'500 par année, seront payés 3 fr. /km TTC au maximum.

La société B. arrive en deuxième position avec 53.3 points.

Tous les soumissionnaires ont obtenu la note maximale s'agissant de la qualité et de la capacité à répondre au cahier des charge, seul le prix proposé les a départagés.

- C. Le 20 avril 2006, B. a contesté devant le Préfet du district de la Glâne la décision d'adjudication du 21 mars 2006. Elle a fait valoir que la société adjudicataire ne remplirait pas le cahier des charges. Cette dernière

emploierait des chauffeurs ne disposant pas du permis pour autocar alors qu'elle utilise des bus scolaires de 4,6 t. Contrairement à l'attestation produite, l'adjudicataire ferait l'objet d'une poursuite d'une employée licenciée. Enfin, elle utiliserait un bus transformé qui n'aurait pas le droit de transporter plus de 13 enfants compte tenu de son poids à vide de 3'010 kg.

Par décision du 4 juillet 2006, le préfet a rejeté le recours. Il a jugé que les motifs invoqués par la recourante ne justifiaient pas une exclusion de l'adjudicataire, étant entendu que cette dernière s'est engagée, comme les autres soumissionnaires, à respecter strictement le cahier des charges. Il a souligné en particulier qu'il n'entendait pas investiguer sur les faits allégués, fondés sur de simples allégations reposant sur les déclarations et le témoignage d'une ancienne employée en litige avec l'entreprise adjudicataire.

- D. Agissant le 26 juillet 2006, B. a recouru devant le Tribunal administratif contre la décision du 4 juillet 2006 dont elle demande implicitement l'annulation. A l'appui de ses conclusions, la recourante reprend les griefs déjà invoqués devant la préfecture en joignant les preuves de ses déclarations. Il ressort en particulier des documents produits qu'une employée de l'adjudicataire a conduit un autocar scolaire en août et septembre 2005 alors qu'elle ne possédait pas le permis de conduire pour cette catégorie de véhicule. Il découle également du ticket de pesage du véhicule FR ... que celui-ci - destiné au transport d'enfants et propriété de l'adjudicatrice - ne pèse pas 2'560 kg, poids du chauffeur inclus, mais 2'940 sans chauffeur et que, par conséquent, il n'est pas possible, nonobstant l'indication du permis de circulation, de transporter 24 enfants en respectant la limite de charge maximale de 3'500 kg.

Dans leurs observations respectives, la Commission scolaire et l'autorité intimée concluent au rejet du recours. En particulier, la Commission scolaire et les conseils communaux de Châtonnaye et Torny déclarent maintenir leur confiance envers X., tout en s'engageant à veiller continuellement et scrupuleusement au respect des normes et exigences en matière de transport d'enfants.

- E. Par décision superprovisionnelle du 16 août 2006, le Juge délégué à l'instruction du recours a interdit toute mesure d'exécution du contrat jusqu'à droit connu sur la question d'un octroi d'office de l'effet suspensif au recours.

Le même jour, le Juge délégué à l'instruction du recours a refusé une prolongation de 30 jours du délai imparti à l'intimée pour déposer ses observations en soulignant que le Tribunal administratif entendait rendre sa décision avant le début de l'année scolaire prévue le 24 août 2006.

- F. Le 18 août 2006, agissant dans le délai de grâce de trois jours prévu par l'art. 29 al. 3 du code du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1), la société X. a déposé ses déterminations sur le recours en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à son irrecevabilité et subsidiairement à son rejet.

L'intimée relève tout d'abord que le mémoire de recours ne contient aucune conclusion et aucun grief, de sorte qu'il ne satisfait pas aux exigences minimales de l'art. 81 CPJA et qu'il s'avère dès lors irrecevable.

L'adjudicataire remarque ensuite que les faits dénoncés par la recourante ne constituent pas une violation des critères d'aptitude fixés par l'adjudicateur. Il n'a jamais été indiqué, dans les documents d'appel d'offres, qu'une éventuelle infraction du genre de celles mentionnées par la recourante pourrait entraîner une exclusion d'un soumissionnaire. Dans ces conditions, au courant de l'affaire avant même l'ouverture du marché, la recourante aurait dû recourir contre l'appel d'offres si elle estimait que le fait d'avoir confié le transport d'enfants à un chauffeur sans autorisation adéquate constituait un motif d'exclusion. La recourante ne peut pas prétendre actuellement que cette informalité constituerait une violation d'un critère d'aptitude.

L'intimée souligne également que la recourante n'a aucune chance d'emporter le marché en cas d'admission de son recours et que, par conséquent, celui-ci doit être déclaré irrecevable. Elle estime que même si, contre toute attente, les accusations portées contre elle devaient être prises en considération dans le cadre de l'appréciation des notes et en particulier de celle portant sur la qualité, la différence de points la séparant de la recourante est telle que cette dernière ne pourrait pas lui passer devant et obtenir le marché. Le défaut qui pourrait être imputable à l'intimée n'impliquerait pas une baisse significative de la note. Même en obtenant 4 sur 6 seulement, elle garderait toutefois, avec 54 points, le meilleur résultat de tous les soumissionnaires.

Au demeurant, dans le cas d'une nouvelle appréciation des offres reçues, l'adjudicateur devrait également examiner s'il y a lieu de réduire les points attribués à d'autres soumissionnaires. A cet égard, l'intimée indique que, le 17 septembre 2004, un des chauffeurs employé par la recourante a été surpris à consommer de l'alcool et a prétendu qu'il était autorisé à boire jusqu'à concurrence d'un taux d'alcoolémie de 0,8 pour mille. L'intimée considère que ce fait est beaucoup plus grave que ce qui peut lui être reproché et devrait entraîner une diminution encore plus sévère de la note de qualité, ce qui lui permettrait de garder le marché.

S'agissant des faits, l'intimée explique que le minibus immatriculé FR ... dispose d'une annexe au permis de circulation qui permet à son détenteur d'en modifier l'aménagement des places. Il existe ainsi pour ce véhicule une configuration scolaire et une configuration voyage. Lorsqu'il a été pesé le 29 mars 2006, celui-ci se trouvait en configuration voyage avec un poids de 2'940 kg. Pour l'intimée, dans cette configuration, conformément à l'annexe au permis de circulation, le poids maximal admis sur les deux essieux est de 3'840 kg (1'600 + 2'240). Dans la mesure où la recourante se fonde sur un poids en configuration non scolaire, sa critique serait dépourvue de pertinence.

L'intimée confirme par ailleurs l'usage d'un de ses autocars par une employée, titulaire du permis D1 ainsi que du permis provisoire D. Elle prétend toutefois, sans le prouver, avoir pris des renseignements auprès de l'Office de la circulation et de la navigation afin de s'assurer que l'intéressée pouvait conduire des véhicules de l'entreprise dont le poids dépassait 3,5 tonnes. Il lui aurait été répondu par l'affirmative. C'est donc mal renseignée et sous l'emprise d'une erreur que l'adjudicataire a confié son véhicule à une personne non autorisée. L'intimée souligne cependant qu'actuellement, tous les chauffeurs qu'elle emploie sont titulaires des permis requis.

#### **En droit:**

1. a) Selon l'art. 35 du règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11), le délai de recours contre la décision du préfet statuant comme autorité de recours contre une décision communale en matière de marché public est de 10 jours. De plus, en vertu de l'art. 15 al. 2bis de l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP; RSF 122.91.2), les fêtes judiciaires ne s'appliquent pas dans ce domaine.

En déposant son recours le 26 juillet 2006 contre une décision notifiée le 5 juillet, la société recourante n'a pas respecté le délai de recours de 10 jours.

Il faut cependant constater que, dans la décision attaquée, le préfet s'est trompé dans l'indication des voies de droit en informant la recourante qu'elle disposait d'un délai de recours de 30 jours. Sous l'angle de la bonne foi, on ne saurait dès lors sanctionner B., qui a agi sans l'aide d'un mandataire professionnel, pour s'être fiée aux indications erronées de la préfecture. Il convient par conséquent d'entrer en matière sur le recours nonobstant le non-respect du délai de recours de 10 jours (RFJ 2002 p. 158 ss).

- b) Selon l'art. 81 al. 1 CPJA, le mémoire de recours contient, sous peine d'irrecevabilité, les conclusions du recourant et ses motifs.

En l'occurrence, même si le mémoire de recours ne contient pas de conclusions formelles, il est évident, à la lecture de l'acte, que le recourant, arrivé en deuxième position dans le classement des soumissionnaires, demande implicitement l'annulation de l'adjudication et l'obtention du marché.

Sur le fond, la recourante invoque un certains nombres de faits qui n'auraient pas été pris en considération par l'autorité intimée et qui, s'ils l'avaient été, ne pouvaient conduire, selon elle, à l'adjudication du marché à la société X. Ces critiques sont suffisantes pour déterminer sur quels points la décision attaquée est contestée, de sorte que le recours contient des griefs respectant l'exigence minimale prévue à l'art. 81 CPJA.

La recourante n'avait pas à préciser si les faits invoqués doivent être pris en considération dans le cadre de la mise en œuvre des critères d'aptitude ou dans celle des critères d'adjudication.

- c) Le Tribunal administratif peut donc statuer sur les mérites du recours.

2. Selon l'art. 16 al. 1 AIMP, le recours devant le Tribunal administratif peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (lettre a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (lettre b). En revanche, à défaut d'habilitation légale expresse, le Tribunal administratif ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité (art. 16 al. 2 AIMP).

3. Comme l'intimée l'a indiqué à juste titre, l'adjudicateur n'a pas mentionné expressément dans les documents d'appel d'offres que des infractions graves aux règles sur le transport d'enfants commises antérieurement à l'ouverture des soumissions pouvaient entraîner une exclusion du marché. En réalité, l'adjudicateur n'a subordonné à aucun critère d'aptitude la participation des soumissionnaires au marché en cause. Il n'y a donc pas lieu d'examiner les critiques de la recourante sous cet angle.

Les critiques de la recourante visant le respect des charges sociales par l'intimée et l'état des poursuites, qui relèveraient également des critères d'aptitude, sont d'emblée sans fondement dès lors qu'un accord a été trouvé avec l'employée en cause et que la poursuite a été retirée.

4. a) Dans les documents d'appel d'offres, la commission scolaire a indiqué qu'elle prendrait en considération trois critères pour départager les concurrents, soit l'offre tarifaire, la qualité (organisation, personnel, matériel) et la capacité à répondre au cahier des charges. Sur la base d'informations reçues de la Direction de l'instruction publique, de la culture et du sport (la Direction) attestant du sérieux des cinq entreprises ayant déposé une offre, la commission scolaire a estimé que tous les soumissionnaires remplissaient de manière optimale les critères liés à la qualité et à la capacité à répondre au cahier des charges, de sorte qu'elle leur a attribué à tous la note maximale de 6. Elle n'a pas changé d'avis sur la base des informations nouvelles reçues dans le cadre de la procédure de recours devant le préfet et devant le Tribunal administratif. Elle s'est limitée à indiquer qu'il lui suffit que l'entreprise en cause ait signé une déclaration selon laquelle elle entendait respecter en tous points le cahier des charges pour admettre que tel sera le cas ces 6 prochaines années. Dans sa décision du 4 juillet 2006, le préfet a adopté la même position et n'a tenu aucun compte des faits graves portés à sa connaissance par la recourante.

Une telle position est manifestement insoutenable. Il est évident qu'invité à fournir une telle déclaration, chaque soumissionnaire à un marché public va garantir qu'il respectera le cahier des charges. Un adjudicateur ou l'autorité saisie d'un recours contre une adjudication ne sauraient en aucun cas se contenter de cette affirmation pour ignorer des éléments de fait importants influant sur la mise en œuvre des critères d'adjudication dûment choisis. A défaut, toute procédure d'adjudication fondée sur d'autres critères que le prix serait vidée de son sens.

Or, il ne fait aucun doute qu'en l'occurrence, en posant comme critère, outre le prix, la qualité et le respect du cahier des charges, l'adjudicateur n'a pas voulu attribuer le marché automatiquement à l'entreprise la moins chère. Il incombait dès lors à l'adjudicateur, puis à l'autorité de recours saisie d'une contestation de l'adjudication d'examiner les offres également sous ces angles particuliers. A cet égard, les informations générales reçues de la Direction ne pouvaient être prises en considération qu'aussi longtemps qu'aucun autre renseignement contraire n'était venu à connaissance, influant directement sur la mise en œuvre du critère de qualité.

- b) En l'état, il faut constater que l'intimée reconnaît avoir attribué au moins durant deux mois un autocar destiné au transport scolaire à une personne ne disposant pas du permis de conduire requis. Cette informalité doit être considérée comme étant très grave de la part d'un transporteur spécialisé. En effet, elle est imputable directement à l'entreprise, qui a confié un véhicule à quelqu'un qui n'avait pas le droit de l'utiliser. C'est donc une faute de gestion de la société en cause, voire un problème de structure et non pas

en premier lieu une faute individuelle d'un chauffeur, qui a fait ce qu'on lui a dit. En outre, l'intimée ne peut pas se disculper en invoquant son ignorance des normes de base régissant sa profession. Il est évident et élémentaire qu'un élève-conducteur ne peut pas transporter seul 35 enfants. Pareille infraction est inadmissible et doit peser lourdement dans l'appréciation de la qualité d'un transporteur. Il est exclu, en effet, qu'une entreprise qui ne respecte pas, de la sorte, les principes de sécurité puisse se voir créditer d'une note maximale du point de vue de la qualité ou du respect du cahier des charges. On pourrait discuter si les faits qui ont été rapportés et prouvés par la recourante étaient anciens. Il faut toutefois constater que c'est en août et septembre de l'année passée que l'adjudicataire a fait conduire un autocar par une personne non autorisée. De plus, compte tenu des allégations formulées dans le recours devant le préfet, il n'est pas exclu qu'une deuxième personne, nommément citée, ait dû rouler plusieurs mois sans disposer du permis pour autocar.

- c) Les explications que l'intimée donne concernant le poids du minibus FR ... ne permettent pas non plus d'écarter sans autre ce grief. Il faut rappeler en effet que le poids total fixé dans le permis de circulation est de 3'500 kg. Or, en se référant aux explications de l'intéressée, on doit constater qu'elle invoque l'annexe à ce permis pour prétendre que le véhicule pourrait rouler avec un poids total de 3'840 kg, 1'600 kg sur le 1<sup>er</sup> essieu et 2'240 kg sur le 2<sup>ème</sup> essieu. Ce faisant, elle perd de vue que l'annexe en cause précise expressément ce qui suit : « Tout en respectant le poids total, la charge admise par essieu ne doit pas dépasser les valeurs suivantes : 1<sup>er</sup> essieu : 1'600 kg; 2<sup>ème</sup> essieu 2'240 kg ». En d'autres termes, que ce soit en configuration voyage ou en configuration scolaire, il est possible de répartir le poids sur les essieux, mais le poids total de 3'500 kg ne doit pas être dépassé. Les explications données par l'intimée laissent donc planer un doute sérieux sur sa compréhension de la portée du permis de circulation et sur la manière dont elle utilise le véhicule.
- d) Même si, formellement, l'entreprise adjudicataire dispose des chauffeurs et du matériel nécessaire pour remplir le cahier des charges, la qualité du service qu'elle offre - dont l'appréciation ne saurait faire abstraction des expériences concrètes récentes - ne saurait être tenue pour suffisante, car l'intéressée est, au moins pour un certain temps, décrédibilisée sous l'angle du respect des règles de sécurité.

Il est vrai que, dans ses observations, l'intimée a déclaré que, pour sa part, la recourante aurait employé en 2004 un chauffeur de bus, qui aurait consommé de l'alcool avant de prendre le volant. Si cette faute individuelle d'un chauffeur est grave, elle n'implique pas cependant l'entreprise elle-



même, qui ne peut, par définition, être constamment derrière chaque employé. Or, il n'a jamais été allégué que la recourante aurait failli à son devoir de directive ou de surveillance de son personnel. En d'autres termes, la faute imputable à l'intimée relève de sa responsabilité propre, alors que le fait relevé concernant la recourante est une faute individuelle d'un chauffeur qui justifie une pondération différente. De la même manière qu'on ne saurait prendre en considération un non-respect d'une priorité de droite par un chauffeur pour juger de la qualité de l'entreprise, il est exclu de tenir compte de la faute individuelle dénoncée par l'intimée.

- e) Compte tenu de ce qui précède, il apparaît que l'adjudication du marché est désormais incertaine dans la mesure où l'intimée ne disposait que de 6.7 points d'avance sur la recourante (60 contre 53.3) à l'issue de la mise en œuvre des critères d'adjudication. Contrairement à ce que prétend l'intimée, vu la gravité des faits qui lui sont reprochés et qu'elle a admis, il ne serait pas nécessairement arbitraire et déraisonnable de réduire sa note de qualité à un point qui lui fasse perdre le marché. L'octroi d'une note de 3 sur 6 – étant précisé que traditionnellement 4 sur 6 est encore « suffisant » - au titre de la qualité (pour un nouveau total de 50) suffirait à faire pencher la balance en faveur de la recourante.
5. Dans ces conditions, le Tribunal administratif – qui ne peut substituer sa propre appréciation à celle de l'adjudicateur - doit se limiter à constater qu'en ne tirant aucune conséquence des manquements dénoncés par la recourante alors qu'ils influent directement sur la mise en œuvre du critère de la qualité, la décision préfectorale est contraire au droit. Elle doit donc être annulée. Il y a lieu également de mettre à néant l'adjudication du marché à X. et de renvoyer la cause à la commission scolaire pour nouvelle décision. Il appartient en effet à l'adjudicateur de procéder à une nouvelle pondération des offres sur la base des éléments mis à jour dans la présente procédure et d'apprécier lui-même l'influence que la violation grave des règles sur le transport d'enfants commise en 2005 par l'intimée doit nécessairement avoir sur la note liée à la qualité, sans s'arrêter - comme il l'a fait jusqu'à présent - aux affirmations gratuites de l'intéressée selon lesquelles elle s'engage à respecter à l'avenir le cahier des charges.

Si la commission scolaire devait arriver à la conclusion que la recourante a présenté la meilleure proposition de contrat, elle devrait encore lui demander de confirmer son offre, limitée au 16 mars 2006, avant de lui adjuger le marché. Dans ce cas, compte tenu des circonstances, notamment du retard dû à l'indication erronée d'un délai de recours de 30 jours, le début du contrat pourra être reporté au 30 septembre 2006 afin de permettre à l'entreprise de s'organiser.

6. Il appartient à la société intimée qui succombe de supporter les frais de procédure en application de l'art. 131 CPJA.

La recourante qui n'a pas fait appel aux services d'un avocat pour défendre ses intérêts n'a pas droit à une indemnité de partie (art. 137 CPJA).

7. Dès l'instant où le Tribunal administratif a connaissance, dans le cadre de son activité, de faits pouvant être constitutifs d'infractions pénales, il a l'obligation de dénoncer ces faits à l'autorité compétente. Il agit de même si ceux-ci peuvent imposer l'intervention d'une autorité administrative qui n'a pas été impliquée jusqu'ici dans la procédure.

En l'occurrence, il se justifie de dénoncer formellement au Juge d'instruction les faits liés à l'usage d'un autocar sans autorisation par une ou plusieurs personnes employées de la société intimée, ainsi que la consommation d'alcool par un chauffeur de la recourante. Parallèlement, il y a lieu de saisir l'Office cantonal de la circulation et de la navigation de ces mêmes faits, ainsi que de la question de la validité du permis de circulation du véhicule FR ....

210.2