

602 2008-123

602 2008-125

## Arrêt du 14 janvier 2009

### II<sup>e</sup> COUR ADMINISTRATIVE

COMPOSITION

Président :

Michel Wuilleret

Juges :

Christian Pfammatter, Josef Hayoz

PARTIES

**X. SA, recourante**, représentée par Me Anton Henninger, avocat, Freiburgstrasse 10, case postale 141, 3280 Morat,

**Y. SA, recourante**, représentée par Me Daniel Schneuwly, avocat, rue de Romont 35, case postale 1447, 1701 Fribourg,

contre

**SERVICE DES PONTS ET CHAUSSEES**, rue des Chanoines 17, case postale, 1701 Fribourg, **autorité intimée**,

OBJET

Marchés publics

Recours du 30 septembre et du 2 octobre 2008 contre la décision du 18 septembre 2008

**c o n s i d é r a n t e n f a i t**

A. Par publication dans la Feuille officielle du 7 juillet 2008, le Service des ponts et chaussées (SPC) a lancé un appel d'offres pour l'entretien des canalisations des routes cantonales, travaux de pompage, curage, inspection par caméra, pour la période 2009 à 2013. Les lieux d'exécution étaient divisés en trois arrondissements.

Les documents d'appel d'offres comportaient un devis descriptif des travaux, des conditions générales et particulières ainsi que les critères d'adjudication à remplir. En particulier, il était exigé, au titre des données techniques du camion, un véhicule d'hydrocurage à haute pression recycleur, avec filtre à particules, le non-respect de cette exigence entraînant l'élimination du soumissionnaire.

B. Les entreprises X. SA, Y. SA, et Z. SA ont déposé des offres pour les trois arrondissements concernés. Lors de l'ouverture des offres, le 22 août 2008, Z. SA venait en tête dans le 1<sup>er</sup> arrondissement avec 129'316 fr., X. SA dans le 2<sup>ème</sup> arrondissement avec 136'049 fr. et Y. SA dans le 3<sup>ème</sup> arrondissement avec 137'469 fr.

C. En annexe à son offre, Y. SA a déposé une remarque, le 19 août 2008, dans laquelle elle a indiqué, s'agissant de la position "filtre à particules", que son véhicule Scania R 420 CB remplissait la norme Euro 4 et était équipé d'un système dénommé "OXIKAT pour moteur EGR" qui fonctionne pour une importante réduction des particules.

Estimant à réception de ce document que l'exigence d'un filtre à particules figurant dans l'appel d'offres était imprécise dès lors qu'il existe différentes valeurs de limitation des gaz d'échappement des camions (par ordre de qualité: Euro 4 ou Euro 5 avec filtre à particules fermé, Euro 3 avec filtres à particules fermé et, enfin, Euro 4 ou Euro 5 sans filtre ou avec filtre ouvert), le SPC a décidé, le 18 septembre 2008, d'annuler la procédure de mise en soumission conformément à l'art. 34 al. 1 du règlement sur les marchés publics (RMP; RSF 122.91.11).

D. Agissant le 30 septembre 2008 (procédure 602 2008 123), X. SA (ci-après, la recourante I) a contesté devant le Tribunal cantonal la décision d'annulation de la procédure de passation du marché. Elle conclut principalement à l'annulation de la décision attaquée, sous suite de frais et dépens, et à l'obtention de l'intégralité du marché concernant les trois lots. Subsidiairement elle requiert l'attribution du lot concernant l'arrondissement 2. A titre plus subsidiaire, elle demande que la procédure soit continuée par l'autorité intimée ainsi qu'une indemnité de 30'000 fr. Sub-subsidiairement, elle exige le paiement d'une indemnité de 599'387 fr.

En substance, la recourante I estime que, dans la mesure où elle remplit manifestement toutes les conditions d'adjudication, aucune raison ne justifie l'annulation de la procédure. Elle considère que l'adjonction d'une précision quant aux filtres à particules ne modifiera pas sensiblement la prestation mise en soumission. Il ne s'agit pas d'une modification significative du marché, de sorte que la condition pour lancer une nouvelle procédure n'est pas remplie. La recourante I affirme en outre que la prétendue imprécision du critère lié au filtre à particules cache en réalité les erreurs des offres des autres soumissionnaires, qui ne respectaient pas ce critère, suffisamment précis. Elle y voit une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. En outre, dans la mesure où elle a respecté les exigences du cahier des charges, annuler la procédure sous prétexte que certains concurrents n'ont pas compris ou respecté l'exigence du filtre à particules constitue une violation du principe

de l'égalité de traitement. Il est inadmissible qu'une seconde chance soit donnée aux autres soumissionnaires qui ont soumis une offre non conforme dans les mêmes délais et les mêmes conditions qu'elle-même a observés. A son avis, un tel procédé est arbitraire. Elle requiert que la Cour adjuge directement le marché litigieux, sans renvoyer l'affaire à l'autorité intimée.

E. Par acte du 2 octobre 2008 (procédure 602 2008 125), Y. SA (ci-après, la recourante II) a également recouru contre la décision d'annulation de la procédure prise le 18 septembre 2008 par le SPC. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, principalement à l'octroi du marché pour l'arrondissement 3 et, subsidiairement à ce que la procédure interrompue soit poursuivie. Très subsidiairement, elle requiert une indemnité de 6'900 fr. au titre des frais d'établissement des offres et de 549'879 fr. à titre de dommages-intérêts.

A l'appui de ses conclusions, la recourante II se plaint de l'absence de juste motif à la décision d'interruption de la procédure. Dans la mesure où elle remplit les exigences de protection de l'air auxquelles l'adjudicateur a fait référence dans les informations générales données aux soumissionnaires, elle estime qu'une exigence d'un filtre à particules ne lui est pas opposable. Il suffit que les véhicules respectent la norme Euro 4. Aller au-delà et exiger, sous forme d'un critère éliminatoire, un système de filtre à particules reviendrait à fixer un critère discriminatoire, contraire à la loi fédérale sur le marché intérieur. D'ailleurs, du moment que l'engagement de sous-traitants pour les travaux de contrôle par caméra n'est pas subordonné à l'utilisation d'un véhicule muni d'un tel filtre, cet aspect du marché doit être considéré comme absolument secondaire. Enfin, la recourante II sollicite également du tribunal qu'il attribue directement le marché, les entreprises soumissionnaires n'ayant pas à subir les conséquences des erreurs de l'autorité intimée.

F. Dans ses observations, le SPC souligne que le véhicule proposé par la recourante II n'est pas équipé d'un filtre à particules. Il indique que l'autorité était concrètement devant le choix de continuer la procédure et d'attribuer le marché, en étant confrontée à des recours des entreprises non retenues à cause du filtre à particules manquant ou d'annuler et de répéter la procédure, en étant alors confrontée aux recours des entreprises qui proposaient les meilleures prix et qui disposaient de véhicules équipés de tels filtres. Elle a choisi cette 2<sup>ème</sup> variante.

Le SPC propose également que la Cour attribue directement le marché, par économie de procédure.

G. Il ressort du dossier que le camion de l'entreprise X. SA dispose d'un filtre à particules certifié VERT par l'Office fédéral de l'environnement. Le véhicule MAN/TGA 430 de l'entreprise Z. (offre la plus favorable pour l'arrondissement 1) est également doté d'un filtre à particules.

L'entreprise Z. SA n'a pas été invitée à se déterminer sur les recours.

## **e n d r o i t**

1. a) Dès l'instant où les deux recours visent la même décision et contiennent des griefs similaires, il se justifie de procéder à la jonction des procédures 602 08 123 et 125, conformément à l'art. 42 du code de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1).

b) Formés dans le délai légal de 10 jours dès la notification de la décision d'interruption du 18 septembre 2008 et les avances de frais requises ayant été payées, les recours, dûment motivés, sont recevables (art. 15 al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics; AIMP; RSF 122.91.2). Le Tribunal cantonal peut donc entrer en matière sur leurs mérites.

c) Selon l'art. 16 al. 1 AIMP, le recours devant le Tribunal cantonal 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 cantonal ne peut pas examiner en l'espèce le grief d'inopportunité (art. 16 al. 2 AIMP).

2. Selon l'art. 13 let. i AIMP, les dispositions d'exécution cantonales doivent garantir la possibilité d'interrompre et de répéter la procédure de passation en cas de justes motifs. Par justes motifs, il faut entendre toutes les circonstances imprévisibles et importantes qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger du pouvoir adjudicateur que la procédure de passation aboutisse à une adjudication (P. GALLI / A. MOSER / E. LANG / E. CLERC, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 2007, p. 214 ss). L'art. 34 RMP qui, en droit fribourgeois, règle la question de l'interruption et de la répétition de la procédure, ne prévoit pas expressément un motif d'interruption en raison d'un défaut dans la procédure de soumission. Il est cependant admis qu'un tel défaut peut, selon les circonstances, constituer un juste motif au sens de l'art. 13 AIMP, notamment lors d'erreurs graves au moment du lancement de la procédure de soumission (STEFAN SCHERLER, *Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren*, in: Zufferey/Stöckli (éditeurs), *Marchés publics* 2008, p. 289).

3. Dans le cas particulier, l'autorité intimée a posé, comme critère d'aptitude, que le véhicule chargé de procéder au curage des canalisations doit être pourvu d'un filtre à particules, sans toutefois préciser la nature exacte de ce filtre. C'est en raison de cette imprécision que le SPC a décidé d'interrompre la procédure de passation du marché.

a) Tout d'abord, il faut constater que l'exigence d'un filtre à particules répond à un intérêt public pertinent. Des raisons évidentes de santé publique postulent en effet que l'Etat, en qualité d'adjudicateur, soumette ses marchés à des conditions élevées en matière de protection de l'environnement. Concrètement, l'adjudicateur public peut promouvoir l'utilisation de filtres à particules, en imposant leur usage aux entreprises qui entendent contracter avec lui. Cette condition fait partie de sa politique environnementale et ressort clairement de sa liberté contractuelle. Dans cette perspective, il importe peu que des camions sans filtre à particules soient encore tolérés sur les routes par la législation actuelle; dans les marchés qu'il adjuge, l'Etat peut, à l'évidence, poser des conditions plus sévères que le minimum légal en matière de protection de l'air.

Du moment que les filtres à particules sont largement disponibles sur le marché, il ne saurait être question de violation de la loi sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02), comme le prétend la recourante II. Tous les soumissionnaires sont traités de la même façon, quelle que soit leur provenance, de sorte que cette exigence, fondée sur des motifs raisonnables, n'est pas une entrave illicite au marché litigieux.

C'est donc à tort que la recourante II conteste la légalité du critère d'aptitude technique lié à la présence d'un filtre à particules sur le véhicule chargé de procéder à l'hydrocurage des canalisations.

Il faut d'ailleurs constater que l'intéressée n'a pas réagi pour se plaindre de ce critère lorsqu'elle en a pris connaissance dans les documents d'appel d'offres. Elle a attendu la présente procédure pour en contester la validité, ce qui est contraire aux règles de la bonne foi.

En outre, dans la mesure où les travaux de contrôle par caméra ne se font pas, en principe, avec des camions, l'autorité intimée n'avait pas à reprendre l'exigence du filtre à particules en ce qui concerne cet aspect du marché, notamment vis-à-vis d'éventuels sous-traitants.

b) La légalité du critère lié au filtre à particules étant admise, on ne voit pas en quoi la mise en œuvre de ce critère poserait des questions d'interprétation et justifierait une interruption de la procédure. Du moment que la recourante II n'a pas proposé un véhicule muni d'un filtre à particules, elle doit être écartée du marché conformément aux conditions liées aux données techniques, p. 8 des documents d'appel d'offres. Le fait que son camion Scania dispose d'un système de recirculation des gaz d'échappement ne change rien à la constatation de l'absence d'un filtre. Partant, au vu des offres reçues, l'attribution du marché pour les arrondissements 2 et 3 ne pose aucun problème qui imposerait une interruption de la procédure. Au contraire, un tel procédé reviendrait à modifier le marché tel que proposé, en favorisant indument la recourante II qui disposerait d'une nouvelle chance d'obtenir l'adjudication dans une prochaine procédure.

S'agissant du 1<sup>er</sup> arrondissement, il apparaît que le camion MAN GTA de l'entreprise Z. est muni d'un filtre à particules, de sorte que, là également, la mise en œuvre du critère ne pose pas de difficulté spéciale et n'impose pas une interruption de la procédure. Peu importe que, dans ce cas, le filtre à particules soit d'un modèle plus ancien que celui de la recourante I. Il suffit pour admettre que le critère d'aptitude fixé dans les documents d'appel d'offres est respecté.

c) Il s'ensuit que les recours doivent être admis en tant qu'ils contestent l'interruption de la procédure. La décision attaquée est annulée.

4. Selon l'art. 98 al. 2 CPJA, en cas d'annulation, l'autorité de recours statue elle-même sur l'affaire ou la renvoie à l'autorité inférieure, s'il y a lieu, avec des instructions impératives.

En l'espèce, l'autorité adjudicatrice ainsi que les deux recourantes ont expressément demandé au Tribunal cantonal de statuer en adjugeant le marché litigieux. Il apparaît en effet que la Cour dispose de tous les éléments pour se prononcer en toute connaissance de cause, de sorte qu'un renvoi de l'affaire au SPC ne se justifie pas.

En conséquence, il y a lieu d'attribuer le marché comme suit:

- 1<sup>er</sup> arrondissement à l'entreprise Z., pour le montant offert de 129'316 fr.
- 2<sup>ème</sup> arrondissement à l'entreprise X. SA pour le montant offert de 136'049 fr.
- 3<sup>ème</sup> arrondissement à l'entreprise X. SA, pour le montant offert de 143'581 fr.

L'entreprise Y. SA, qui n'a pas proposé un camion avec filtre à particules est exclue du marché.

5. a) La recourante I, qui obtient gain de cause pour l'essentiel, a droit à une indemnité de partie réduite représentant les 4/5 de ses frais.

Toutefois, la complexité de l'affaire ne justifie pas de dépasser la limite maximale de 5'000 fr. d'honoraires prévue à l'art. 8 al. 1 du tarif des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (RSF 150.12), de sorte que le calcul des dépens doit être corrigé en conséquence.

b) La recourante II, qui obtient gain de cause en tant que la décision d'interruption est annulée et succombe pour le surplus, a droit à une indemnité de partie réduite représentant 1/5 de sa liste de frais.

c) Compte tenu de la situation, il n'est pas perçu de frais de procédure.

### **I a C o u r a r r ê t e :**

- I. Les recours sont admis dans le sens des considérants. La décision attaquée est annulée.
- II. Le marché litigieux est adjugé comme suit:
  - 1<sup>er</sup> arrondissement à l'entreprise Z. SA, pour le montant offert de 129'316 fr.
  - 2<sup>ème</sup> arrondissement à l'entreprise X. SA, pour le montant offert de 136'049 fr.
  - 3<sup>ème</sup> arrondissement à l'entreprise X. SA, pour le montant offert de 143'581 fr.
- III. L'entreprise Y. SA, qui n'a pas proposé un camion avec filtre à particules, est exclue du marché.
- IV. Il n'est pas perçu de frais de procédure. Les avances de frais qui ont été effectuées sont restituées aux parties.
- V. Un montant de 4'477 fr. 35 (y compris 316 fr. 25 de TVA) à verser à Me Henninger à titre d'indemnité de partie réduite est mis à la charge de l'Etat de Fribourg.
- IV. Un montant de 667 fr. 80 (y compris 47 fr. 15 de TVA) à verser à Me Daniel Schneuwly à titre d'indemnité de partie réduite est mis à la charge de l'Etat de Fribourg.

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.

*210.2.3; 210.5*